القانون المدني

المصادر الإرادية للالتزام

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

منشورات جامعة دمشق
كلية الحقوق

القانون المدني
المصادر الإرادية للالتزام

الدكتور
فواز صالح
أستاذ في قسم القانون الخاص

جامعة دمشق

١٤٤١ - ١٤٤٢ هـ
٢٠٢٠ - ٢٠٢١ م

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

فهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة:	**19**
الفصل التمهيدي: التعريف بالنظرية العامة للالتزامات	**23**
الفرع الأول: تعريف الالتزام وعناصره	**23**
المبحث الأول: تعريف الالتزام	23
المطلب الأول: المذهب الشخصي في تعريف الالتزام	24
المطلب الثاني: المذهب المادي في تعريف الالتزام	25
المطلب الثالث: حكم الشريعة الإسلامية وموقف المشرع السوري	26
الفقرة –1– حكم الشريعة الإسلامية في تعريف الالتزام	27
الفقرة –2– موقف المشرع السوري	27
المبحث الثاني: عنصرا الالتزام	40
المطلب الأول: عنصر المديونية	40
المطلب الثاني: عنصر المسؤولية	41
الفرع الثاني: أهمية النظرية العامة للالتزامات وموقعها في القانون المدني السوري	42
المبحث الأول: أهمية النظرية العامة للالتزامات	42
المبحث الثاني: موقع النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني السوري	44
الفرع الثالث: أنواع الالتزامات	45
المبحث الأول: تقسيم الالتزامات من حيث طبيعتها	46

المبحث الثاني: تقسيم الالتزامات من حيث المحل 47
المبحث الثالث: تقسيم الالتزامات من حيث مضمونها 51
المبحث الرابع: تقسيم الالتزامات من حيث قوتها 53
المبحث الخامس: تقسيم الالتزامات من حيث مصادرها 56
المطلب الأول: التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام 57
المطلب الثاني: التقسيم الحديث لمصادر الالتزام 61
الباب الأول: العقد 65
الفصل الأول: مفهوم العقد 67
الفرع الأول: التطور التاريخي لفكرة العقد وتعريفه 67
المبحث الأول: التطور التاريخي لفكرة العقد 67
المبحث الثاني: تعريف العقد 70
الفرع الثاني: التمييز بين الاتفاق والعقد 74
المبحث الأول: نطاق العقد 76
المبحث الثاني: موقع النظرية العامة لأحكام العقد في مصادر الالتزام 78
الفرع الثالث: تصنيف وتقسيم العقود 79
المبحث الأول: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد 80
المطلب الأول: تعريف العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد 80
المطلب الثاني: الفوائد العملية لهذا التصنيف 82
المطلب الثالث: العقد الملزم للجانبين التام و العقد الملزم للجانبين الناقص 84
المبحث الثاني: عقود المعاوضة وعقود التبرع 85
المطلب الأول: تعريف عقود المعاوضة وعقود التبرع 85
المطلب الثاني: الفوائد العملية لهذا التصنيف 87

المبحث الثالث: العقود المحددة والعقود الاحتمالية (أو عقود الغرر) 88
المطلب الأول: تعريف العقود المحددة والعقود الاحتمالية: 89
المطلب الثاني: الفوائد العملية لهذا التصنيف 90
المبحث الرابع: العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية 91
المبحث الخامس: العقود المسماة والعقود غير المسماة: 99
المطلب الأول: تعريف العقد المسمى والعقد غير المسمى 100
المطلب الثاني: الفوائد المترتبة على هذا التقسيم 101
المبحث السادس: العقود الفورية والعقود المستمّرة أو الزمنية 102
المطلب الأول: تعريف العقد الفوري والعقد المستمّر أو العقد الزمني 102
المطلب الثاني: فوائد هذا التقسيم 104
المبحث السابع: عقود مناقشة حرة وعقود إذعان 105
المطلب الأول: تعريف عقد المناقشة الحرة وعقد الإذعان 105
المطلب الثاني: فوائد هذا التقسيم 107
المبحث الثامن: العقود المدنية والعقود الإدارية 108
المطلب الأول: تعريف العقد المدني والعقد الإداري 108
المطلب الثاني: فوائد هذا التقسيم 114
الفرع الرابع: مبدأ سلطان الإدارة 115
المبحث الأول: نشأة مبدأ سلطان الإرادة 116
المطلب الأول: ظهور مبدأ سلطان الإرادة وازدهاره 116
المطلب الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة 118
المطلب الثالث: تقويم مبدأ سلطان الإرادة في العصر الراهن 120
المبحث الثاني: مضمون مبدأ سلطان الإرادة ومداها 122
المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تكوين العقد 122

المطلب الثاني: أثر سلطان الإرادة في تحديد أثار العقد 127
الفصل الثاني: تكوين العقد 129
الفرع الأول: مرحلة ما قبل العقد 129
المبحث الأول: المفاوضات 130
المطلب الأول: المبادئ القانونية التي تحكم المفاوضات 131
المطلب الثاني: المسؤولية عن الضرر الناجم عن عدم نجاح المفاوضات 133
المبحث الثاني: الالتزام بالإعلام 136
المبحث الثالث: مشروع العقد 139
الفرع الثاني : أركان العقد 146
المبحث الأول: الرضـا 150
المطلب الأول: وجود الرضا 150
الفقرة-1- التعبير عن الإرادة 151
الفقرة-2- تطابق الإرادتين 163
أولاً- الإيجاب 163
ثانياً- القبول 173
الفقرة-3- اقتران الإرادتين 198
الفقرة-4- الرضا بطريق النيابة 205
المطلب الثاني: صحة الرضا 221
الفقرة-1- الأهلية 221
الفقرة-2- عيوب الإرادة 221
أولاً- الغلط 223
ثانياً- التدليس 234

ثالثاً- الإكراه 249
رابعاً- الغبن الاستغلالي 257
المبحث الثاني: المحل 268
المطلب الأول: تعريف المحل 268
المطلب الثاني: شروط المحل 270
الفقرة-1- الوجود والإمكان 270
الفقرة-2- التعيين 275
الفقرة-3- مشروعية المحل 279
المبحث الثالث: السبب 281
المطلب الأول: منشئ نظرية السبب في التشريعات الوضعية 282
المطلب الثاني: تعريف السبب 284
الفقرة-1- تعريف السبب في القانون 284
الفقرة-2- السبب في الفقه الإسلامي 298
المبحث الرابع: البطلان والإبطال 300
المطلب الأول: مفهوم البطلان والإبطال 301
الفقرة-1- تعريف البطلان والإبطال 301
الفقرة-2- التمييز بين البطلان وبين الإبطال 303
الفقرة-3- التمييز بين البطلان و الإبطال وبين بعض المفاهيم القانونية الأخرى المقاربة منهما 305
المطلب الثاني: خصائص البطلان والإبطال 307
الفقرة-1- خصائص البطلان 307
الفقرة-2- خصائص الإبطال 313
المطلب الثالث: آثار البطلان والإبطال 321

الفقرة-1- آثار البطلان والإبطال بين المتعاقدين 321
الفقرة-2- أثر الإبطال والبطلان بالنسبة إلى الغير 321
الفصل الثالث: آثـار العقـد 331
الفرع الأول: القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع 337
المبحث الأول: تعيين مضمون العقد 338
المطلب الأول: تفسير العقد وتكييفه 338
الفقرة-1- تفسير العقد 339
الفقرة-2- تكييف العقد 347
المطلب الثاني: تحديد نطاق العقد 348
الفقرة-1- عوامل تحديد مستلزمات العقد 349
الفقرة-2- رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في تكملة العقد 351
المطلب الثالث: تنفيذ العقد 351
الفقرة-1- المبدأ العام: العقد شريعة المتعاقدين: وجوب تنفيذ العقد وفقاً لمضمونه 352
الفقرة-2- الاستثناءات من المبدأ: نظرية الظروف الطارئة 355
المبحث الثاني: المسؤولية العقدية: أو الجزاء المؤيد لتنفيذ العقد 368
المطلب الأول: أركان المسؤولية العقدية 371
الفقرة-1- الخطأ العقدي 371
الفقرة-2- الضرر 378
الفقرة-3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر 386
المطلب الثاني: دفع المسؤولية 386
الفقرة-1- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ 387
الفقرة-2- خطأ المضرور 391

الفقرة-3- خطأ الغير 392
المطلب الثالث: تعديل أحكام المسؤولية العقدية والتأمين عليها 392
الفقرة-1- تعديل قواعد المسؤولية العقدية 393
الفقرة-2- التأمين على المسؤولية 395
الفرع الثاني: قوة العقد من حيث الأشخاص 396
المبحث الأول: أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين 396
المطلب الأول: أثر العقد بالنسبة إلى الخلف لعام 397
الفقرة-1- المبدأ: انصراف آثار العقد إلى الخلف العام 397
الفقرة-2- الاستثناء: عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام 400
المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص 403
الفقرة-1- تعريف الخلف الخاص 404
الفقرة-2- شروط سريان آثار العقد على الخلف الخاص 405
المطلب الثالث: أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين 409
الفقرة-1- دعوى شهر الإعسار 409
الفقرة-2- دعوى الصورية 410
الفقرة-3- دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية) 410
الفقرة-4- الدعوى غير المباشرة 411
المبحث الثاني: أثر العقد بالنسبة إلى الغير 412
المطلب الأول: التعهد عن الغير 414
الفقرة-1- تعريف التعهد عن الغير وطبيعته القانونية 415
الفقرة-2- شروط التعهد عن الغير 416
الفقرة-3- آثار التعهد عن الغير 418
المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير 423

الفقرة-1- مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير 423
الفقرة-2- شروط الاشتراط لمصلحة الغير 428
الفقرة-3- آثـار الاشتراط لمصلحة الغير 432
المطلب الثالث: الدعوى المباشرة 438
الفقرة-1- حالات الدعوى المباشرة في القانون المدني 439
الفقرة-2- حالات الدعوى المباشرة في القوانين الأخرى 439
الفصل الرابـع: انحلال العقـد 441
الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ 443
المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم التنفيذ 443
المطلب الأول: تعريف الدفع بعدم التنفيذ وتطوره التاريخي 443
المطلـب الثـاني: المقارنـة بـين الـدفع بعـدم التنفيـذ وبعـض المفـاهيم القانونية القريبة منه 446
الفقرة-1- الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس 446
الفقرة-2- الدفع بعدم التنفيذ والفسخ 449
الفقرة-3- الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة 450
المبحث الثاني: شروط الدفع بعدم التنفيذ وآثاره 451
المطلب الأول: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ 452
المطلب الثاني: آثار الدفع بعدم التنفيذ 456
الفقرة-1- آثار الدفع بعدم التنفيذ بين الأطراف 456
الفقرة-2- آثار الدفع بعدم التنفيذ تجاه الغير 457
الفرع الثاني: فسخ العقد 457
المبحث الأول: الفسخ القضائي 458
المطلب الأول: مفهوم الفسخ 458

الفقرة-1- تعريف الفسخ 459
الفقرة-2- الأساس القانوني لنظرية الفسخ 459
الفقرة-3- مجال تطبيق الفسخ 462
المطلب الثاني: شروط الفسخ 463
المطلب الثالث: أحكام الفسخ 470
الفقرة-1- خيار الدائن 471
الفقرة-2- السلطة التقديرية للقاضي 475
الفقرة-3- خيار المدين 478
المطلب الرابع: آثار الفسخ 480
الفقرة-1- أثر الفسخ بين المتعاقدين 481
الفقرة-2- أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير 483
المبحث الثاني: الفسخ الاتفاقي 485
المطلب الأول: مفهوم الشرط الفاسخ الصريح 485
المطلب الثاني: حكم الاتفاق على الفسخ 486
المبحث الثالث: الفسخ بإرادة منفردة 489
المطلب الأول: نص القانون 491
المطلب الثاني: في القضاء 494
الفرع الثالث: الانفساخ 495
المبحث الأول: مفهوم الانفساخ 495
المطلب الأول: تعريف الانفساخ 496
المطلب الثاني: المقارنة بين الفسخ والانفساخ 497
المبحث الثاني: شروط الانفساخ وآثاره 498
المطلب الأول: شروط الانفساخ 498

المطلب الثاني: آثار الانفساخ 500
المبحث الثالث: تبعة الهلاك (مبدأ تحمل التبعة) 501
المطلب الأول: في القانون 501
المطلب الثاني: تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي 503
الباب الثاني: الإرادة المنفردة **505**
الفصل الأول: مفهوم الإرادة المنفردة 507
الفرع الأول: مفهوم الإرادة المنفردة في القانونين الفرنسي والألماني 507
المبحث الأول: مفهوم الإرادة المنفردة في القانون الفرنسي 508
المبحث الثاني: مفهوم الإرادة في القانون الألماني 511
الفرع الثاني: مفهوم الإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري 512
المبحث الأول: الإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية 513
المبحث الثاني: الإرادة المنفردة في القانون السوري 514
المطلب الأول: موقع الإرادة المنفردة في القانون السوري 514
المطلب الثاني: خصائص تصرف الإرادة المنفردة 516
الفصل الثاني: أحكام الوعد بالجائزة 519
الفرع الأول: مفهوم الوعد بجائزة وشروطه 519
المبحث الأول: مفهوم الوعد بجائزة 520
المطلب الأول: تعريف الوعد بجائزة وطبيعته القانونية 520
الفقرة-1- تعريف الوعد بجائزة 521
الفقرة-2- الطبيعة القانونية للوعد بجائزة 521
المطلب الثاني: خصائص الوعد بجائزة 521
المبحث الثاني: شروط الوعد بجائزة 522

الفرع الثاني: آثار الوعد بجائزة 524
المبحث الأول: حالة تعيين مدة للوعد 524
المطلب الأول آثار الوعد بجائزة قبل إنجاز العمل 524
المطلب الثاني آثار الوعد بعد إنجاز العمل 525
المبحث الثاني: حالة عدم تعيين مدة للوعد 526
المراجع: **527**

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

تقديم الكتاب

يضم هذا الكتاب بين دفتيه شرح أحكام النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، التي تضمنها الكتاب الأول من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1949/6/15. وتعدّ النظرية العامة للالتزام، التي تتضمن مصادر الالتزام وأحكامه، المحور الأساسي الذي يدور حوله كل أحكام القانون المدني على نحوٍ خاصٍ، وأحكام القانون الخاص على نحوٍ عامٍ. ويُقسم هذا الكتاب إلى جزأين: تناول الجزء الأول مصادر الالتزام الإرادية، ويتضمنه الكتاب الذي بين يديك؛ وأما الجزء الثاني فهو مخصص لمصادر الالتزام غير الإرادية. وقد حاولنا قدر الإمكان المقارنة بين القانون المدني السوري من ناحية وبين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي وأحكام الشريعة الإسلامية من ناحية أخرى، ولاسيما بعد تعديل النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر الرئاسي رقم 131-2016 تاريخ 10 شباط 2016 المتضمن تعديل قانون العقود، والنظام العام وإثبات الالتزامات، والصادر بناءً على تفويض تشريعي بموجب القانون رقم 177-2015 تاريخ 16 شباط 2015 المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجالات العدالة والمعاملات "الأعمال" الداخلية، ولاسيما المادتين 8 و27 منه، وصادق البرلمان الفرنسي على هذا الأمر الرئاسي، بعد أن أدخل عليه بعض التعديلات البسيطة، بالقانون رقم 287-2018 تاريخ 21 نيسان 2018. كما حاولنا أن نغني الكتاب بأحدث الاجتهادات القضائية الصادرة في سورية وفي فرنسا؛ وكذلك بأحدث القوانين الصادرة في سورية والمتعلقة بمواضيعه، وكان أحدثها قانون العمل رقم 17 تاريخ 2010/4/12، وقانون الشركات الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 29

تاريخ 2011/2/14، والمرسوم التشريعي رقم 62 تاريخ 2013/9/16 المتضمن قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والقانون رقم 3 تاريخ 2014/3/11 المتعلق بالمعاملات الالكترونية، والقانون رقم 14 تاريخ 2015/7/26 المتعلق بالتجارة الداخلية وحماية المستهلك، والقانون رقم 20 تاريخ 2015/11/11 المتعلق بإيجار العقارات. ولا ندعي الكمال، فالكمال لله وحده، ولكن نتمنى أن نكون قد وفقنا في عرض مواضيعه، والله الموفق والمعين.

دمشق 2019/8/3

المؤلف

مقدمة

1- يعدّ القانون المدني من أهم فروع القانون الخاص، ويتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص. والعلاقات التي تنظمها قواعد القانون المدني على نوعين: علاقات مالية وعلاقات غير مالية تنظم الأحوال الشخصية للأفراد، وهذا هو الحال بالنسبة إلى القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 والمسمى بقانون نابليون. أما بالنسبة إلى الدول العربية فإن قواعد القانون المدني فيها تقتصر على تنظيم العلاقات المالية بين الأشخاص فقط. أما العلاقات غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية فتنظمها قواعد قانونية مستمدّة من الأحكام الدينية، وهذا هو الحال بالنسبة إلى القانون المدني السوري وكذلك القانون المدني المصري، حيث ترك أمر تنظيم العلاقات غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية للأحكام الدينية المستمدّة من الشريعة الإسلامية والشريعة المسيحية والشريعة اليهودية.

- الحق العيني والحق الشخصي:

2- تُنشِئ العلاقات المالية التي تنظمها قواعد القانون المدني، بصفة أساسية، نوعين من الحقوق للأشخاص القانونية: حقوق عينية وحقوق شخصية. والقانون المدني يقوم، في أساسه، على هذا التقسيم الذي يشكل المحور الأساسي الذي تقوم عليه أحكام القانون المدني في الكثير من الدول ومنها الجمهورية العربية السورية. كما تُنشِئ العلاقات المالية بين الأشخاص نوعاً آخر من الحقوق هو الحقوق الفكرية أو الحقوق الذهنية، ولا ينظم القانون المدني هذا النوع من الحقوق، وإنما تنظمها في معظم الدول قوانين خاصة بها.[1]

---

[1]- من أهم القوانين التي تنظم الحقوق الفكرية أو الحقوق الذهنية في سورية: القانون رقم 8 تاريخ 2007/3/12، المتعلق بالعلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة. والمرسوم التشريعي رقم 62 تاريخ 2013/9/16 المتضمن

التمييز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو الالتزامات بارز وظاهر للعيان في القانون المدني السوري، الذي يقوم في تقسيمه على هذا التمييز، إذ إنه يتضمن باباً تمهيدياً(المواد من 1 و إلى 91) وقسمين، القسم الأول مخصص للحقوق الشخصية أو الالتزامات (المواد من 92 و إلى 767)، والقسم الثاني ويتضمن الحقوق العينية (المواد من 768 وإلى 1130).[2]

والحق العيني Le droit réel هو سلطة مباشرة يمنحها القانون لشخص على شيء معين بالذات، يمارسها في حدود معينة يضعها القانون. فحق الملكية مثلاً يمنح صاحبه سلطة مباشرة على الشيء الذي يملكه، تخوله استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه من دون حاجة إلى وساطة الغير.

وتقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية. والفرق بينهما هو أن الحقوق العينية الأصلية تتمتع بوجود مستقل، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق. في حين أن الحقوق العينية التبعية لا توجد مستقلةً، وإنما يرتبط وجودها بوجود حق شخصي تضمن الوفاء به، لذا فإنها تتبع هذا الحق في وجودها.

قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له، والذي أنهى العمل بالقانون رقم 12 تاريخ 2001/2/27. والقانون رقم 18 تاريخ 2012/3/30 المتعلق ببراءات الاختراع، والذي أنهى العمل بالمرسوم التشريعي رقم 47 تاريخ 1946/10/9، والمتعلق بتنظيم حماية الملكية التجارية والصناعية المطبق فقط على براءات الاختراع.

[2]– كذلك الحال بالنسبة إلى القانون المدني المصري، الذي هو أساس القانون المدني السوري، إذ إنه هو أيضاً يتضمن باباً تمهيدياً (المواد من 1 وإلى 88)، وقسمين: القسم الأول مخصص للحقوق الشخصية أو الالتزامات (المواد من 89 وإلى 801)، والثاني يتضمن الحقوق العينية (المواد من 802 وإلى 1149).

وأما الحق الشخصي Le droit de créance فهو سلطة يمنحها القانون لشخص يسمى الدائن قِبل شخص آخر يسمى المدين تخوله إجبار المدين على إعطائه شيئاً، أو على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل لمصلحته.[3]

ويستخلص من ذلك أن الفرق بين الحق العيني والحق الشخصي يقوم على أساس محل الحق. فالحق العيني محله الشيء نفسه، في حين أن محل الحق الشخصي هو عمل المدين، الذي يمكن أن يكون إيجابياً أو سلبياً.[4]

---

[3]- يجب عدم الخلط بين الحق الشخصي Le droit de créance وحقوق الشخصية Droits de la personnalité، التي تُعرّف بأنها حقوق تتصل بالشخصية الإنسانية، وتثبت للشخص بصفته إنساناً، وتعدّ ضرورية لحمايته، وتسمى أيضاً بالحقوق الملازمة للشخصية. وتعرف أيضاً بأنها: "مجموعة الحقوق الأساسية المتمثلة في الامتيازات أو القيم أو السلطات أو الإمكانيات، المستمدّة من شخصية الإنسان القانونية بمقوماتها وعناصرها في مظاهر وجودها المختلفة، لا تنفصل عنها في وجودها، والمكرسة لحمايتها من كل اعتداء بهدف الحفاظ عليها وتنميتها بما يحقق خير المجتمع وسلامته". د. محمد واصل، الحقوق الملازمة للشخصية – دراسة قانونية مقارنة، دار الجاحظ للطباعة والنشر، دمشق، طبعة أولى 1995، ص 74.

وتجدر الإشارة إلى أن اصطلاح الحق الشخصي مستمّد من القانون الروماني وهو مأخوذ من اسم الدعوى الشخصية التي كان هذا القانون يمنحها للدائن لضمان حقه.

[4]- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية – دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002، ص4.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل التمّهيدي

التعريف بالنظرية العامة للالتزامات

3- يشمل التعريف بالنظرية العامة للالتزامات تعريف الالتزام أولاً، ثم بيان عناصره، وبعد ذلك بيان أهمية النظرية العامة للالتزامات، وأخيراً تحديد أنواع الالتزامات.

الفرع الأول

تعريف الالتزام وعناصره

4- أتناول تعريف الالتزام في المبحث الأول، ثم أخصص المبحث الثاني لعناصره.

المبحث الأول

تعريف الالتزام

5- الالتزام هو رابطة أو علاقة قانونية بين شخصين، يلتزم بموجبها أحدهما وهو المدين بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر وهو الدائن، أو أن يمتنع عن القيام بعمل يضر بمصالحه. وقد تطورت هذه الرابطة من عهد القانون الروماني إلى وقتنا المعاصر، حتى وصلت إلى ما هي عليه اليوم. وكانت هذه الرابطة، في بداية الأمر، تمّنح الدائن سلطة واسعة ليس فقط على مال المدين، وإنما على جسمه أيضاً. وهذا ما كان يميز الالتزام من الحق العيني. ومن ثم بعد ذلك تمّ تقييد هذه السلطة على نحوٍ أصبحت تقتصر على ما التزم به المدين. وفي وقت متأخر انحصرت سلطة الدائن الناشئة من هذه الرابطة في التنفيذ على أموال المدين. واختلف الفقهاء والمشرعون في تعريف الالتزام، وظهر نتيجة ذلك مذهبان: أولهما شخصي، والآخر مادي.

المطلب الأول

المذهب الشخصي في تعريف الالتزام

6- ينظر أنصار هذا المذهب إلى الالتزام بوصفه رابطة شخصية بين شخصين، هما الدائن والمدين. ويستطيع الدائن بموجب هذه الرابطة إخضاع المدين لإرادته. وتمنح هذه الرابطة الدائن سلطة على شخص المدين تخوله الحق في استرقاقه والتصرف في جسمه. وقد أخذ القانون الروماني بهذا المذهب. ومن ثم أخذ به القانون المدني الفرنسي عند صدوره في العام 1804، ومعظم القوانين اللاتينية في صياغتها الأصلية عند صدورها. ومن أهم أنصار هذا المذهب الفقيه الفرنسي بلانيول، والفقيه الألماني سافيني. ويترتب على الأخذ بالمذهب الشخصي في تعريف الالتزام نتائج عدّة أهمها:

1:- عدم جواز تغيير طرفي الالتزام، وهما الدائن والمدين، بعد نشوئه، وذلك لأن الالتزام هو رابطة شخصية بين الدائن والمدين، وينحصر أثره بينهما ومن ثم لا يجوز تغييرهما. ويترتب على ذلك عدم قبول أنصار هذا المذهب نظرية حوالة الحق التي يتغير فيها الدائن، وكذلك نظرية حوالة الدين التي يتغير فيها المدين. وهذا ما يفسر خلو القانون الروماني من أحكام هاتين النظريتين. وتبدو آثار هذا المذهب واضحةً في القانون المدني الفرنسي في صياغته الأصلية لعام 1804، الذي كان يتضمن فقط أحكام حوالة الحق، من دون أحكام حوالة الدين.[5]

---

[5]- وبعد تعديل النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر الرئاسي رقم 131-2016 تاريخ 10 شباط 2016 المتضمن تعديل قانون العقود، والنظام العام وإثبات الالتزامات، والصادر بناءً على تفويض تشريعي بموجب القانون رقم 177-2015 تاريخ 16 شباط 2015 المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجالات العدالة والمعاملات "الأعمال" الداخلية، ولاسيما المادتين 8 و27 منه، وصادق البرلمان الفرنسي على هذا الأمر الرئاسي، بعد أن أدخل عليه بعض التعديلات البسيطة، بالقانون رقم 287-2018 تاريخ 21

2:- لا يقوم الالتزام إلا إذا كان طرفاه موجودين وقت نشوئه ومعينين. في الحقيقة لا يمكن أن يَنشأ التزامٌ من دون أن يكون هناك مدين؛ ولكن يمكن أن ينشأ التزام من دون أن يكون الدائن موجوداً أو معيناً وقت نشوئه، إلا أن أنصار المذهب الشخصي يرفضون ذلك. ويترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يكون منعقداً إلا إذا كان الغير موجوداً وقت الاشتراط. كما يرفض أنصار هذه النظرية إمكانية نشوء التزام بإرادة منفردة لدائن غير معين، كالوعد بجائزة.

المطلب الثاني

المذهب المادي في تعريف الالتزام

7- يعرّف أنصار هذا المذهب الالتزام بالنظر إلى محله أو موضوعه لا بالنظر إلى طرفيه. فالالتزام بالنظر إلى محله يشكل عنصراً مالياً يدخل في الذمة المالية لكل من الدائن والمدين. ويدخل في ذمة الدائن كعنصر إيجابي (حق)، أما في ذمة المدين فيدخل كعنصر سلبي (دين). ومن ثم فإن هذا المذهب يجرد الالتزام من العلاقة الشخصية التي تنشأ بين الدائن والمدين، ويعدّ الالتزام حالة قانونية. وظهر هذا المذهب في القانون الألماني، وقد نادى به الفقهاء الألمان من أجل تحرير قانونهم من سيطرة النظريات الرومانية، وإضفاء طابع جرماني مميز خاص بهم عليه. وقد انتقل هذا المذهب إلى فرنسا بوساطة الفقيه سالي، وتبناه المشرع الفرنسي بموجب التعديلات التي أدخلها على القانون المدني بعد صدوره في العام 1804، ولاسيما التعديل بموجب الأمر الرئاسي رقم 131-2016 تاريخ 10 شباط 2016 المتضمن تعديل قانون العقود، والنظام العام وإثبات الالتزامات، والصادر بناءً على تفويض تشريعي بموجب القانون رقم 177-2015 تاريخ 16 شباط

نيسان 2018، أصبح القانون الفرنسي يتضمن أحكام نظرية حوالة الدين أيضاً، إضافة إلى حوالة العقد.

2015 المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجالات العدالة والمعاملات "الأعمال" الداخلية، ولاسيما المادتين 8 و27 منه، وصادق البرلمان الفرنسي على هذا الأمر الرئاسي، بعد أن أدخل عليه بعض التعديلات البسيطة، بالقانون رقم 287-2018 تاريخ 21 نيسان 2018.

ويترتب على الأخذ بالمذهب المادي في تعريف الالتزام نتائج عدّة أهمها:

1:- مسايرة التطور في مفهوم الالتزام، وكذلك التطور الاقتصادي، إذ أنه يساعدّ على رواج التجارة وسهولة تداول الحقوق الشخصية، وهذا ما تتطلبه الأعمال التجارية وعقد الصفقات.

2:- جواز تغيير طرفي الالتزام بعد نشوئه، طالما أن العبرة هي لمحل الالتزام لا لطرفيه. ومن ثم يجيز أنصار هذا المذهب حوالة الحق وكذلك حوالة الدين.

3:- جواز قيام الالتزام، في حال كان المدين به موجوداً ومعيناً، من دون وجود دائن وقت نشوئه أو من دون تعيينه، بشرط أن يعرف الدائن وقت تنفيذ الالتزام.

ويترتب على ذلك أن المذهب المادي يجيز:

أ:- الوعد بجائزة لدائن غير معين وقت الجائزة.

ب:- الاشتراط لمصلحة الغير، حتى لو لم يكن المستفيد موجوداً وقت الاشتراط، كأن يؤمن شخص على حياته لمصلحة ابنه الذي لم يلد بعد.

ج:- الإسناد لحاملها: إذ إن توقيع المدين على سند لحامله يرتب التزاماً في ذمته لصالح دائن غير معين، هو حامل السند الذي يقدمه للمسحوب عليه للوفاء بقيمته.

المطلب الثالث

حكم الشريعة الإسلامية وموقف المشرع السوري

8- قبل بيان موقف المشرع السوري من تعريف الالتزام، أعرض حكم الشريعة الإسلامية في ذلك.

الفقرة -1- حكم الشريعة الإسلامية في تعريف الالتزام:

9- يرى الفقهاء أن الالتزام اصطبغ في الفقه الإسلامي بالصبغة المادية.[6] ظهر أثر ذلك في جواز انتقال الالتزام من ناحيتيه الإيجابية والسلبية، إذ يقر فقهاء الشريعة الإسلامية حوالة الحق وحوالة الدين.[7] وقد ذهب المذهب الشافعي إلى أكثر من ذلك إذ إنه أضفى على الحوالة قوة البيع القطعي.[8] كما يمكن في الفقه الإسلامي قيام الالتزام من دون تعيين الملتزم له الدائن وقت نشوئه.[9] كما لم تعطِ الشريعة الإسلامية للدائن أي حق على جسم مدينه، وإنما أجازت له التنفيذ على أمواله. ولكن يبدو أن الفقه الإسلامي لم يجرد الالتزام، كما هو عليه الأمر في المذهب المادي، بصورة مطلقة من الصفة الشخصية، إذ إنه يقرّ للقضاء بسلطة إجبار المدين على الوفاء بطريق الحبس وذلك إذا لم يكن معسراً. وهذا الإجبار عن طريق حبس المدين يبرز الجانب الشخصي في الالتزام. ومن ثمّ يمكن القول إن الفقه الإسلامي أخذ بمذهب يتوسط المذهبين الشخصي والمادي، على نحوٍ يأخذ بمزاياهما ويتجنب مساوءهما.

الفقرة -2- موقف المشرع السوري:

10- صدر القانون المدني السوري بموجب المرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 1949/6/15، وهو مستمدّ في الأصل

---

[6]- د.محمد وحيد سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1979، ص4 وما يليها. د. عبد المجيد الحكيم، في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، بغداد 1969، ص11.

[7]- انظر المادة 681 من مجلة الأحكام العدلية.

[8]- د. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني، نظرية الالتزامات العامة /1/ المصادر، العقد والإرادة المنفردة، ط4، مطبعة دار الحياة، دمشق 1964، بند 53، ص 77.

[9]- د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني - 2-، في الالتزامات، المجلد الأول: نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، 1987، ص18.

من القانون المدني المصري الصادر بتاريخ 1948/7/16، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1949/10/15.[10] وقبل نفاذ القانون المدني السوري كانت تطبق أحكام مجلة الأحكام العدّلية في سورية، والتي صدرت في ظل الإمبراطورية العثمانية التي كانت سورية جزءاً منها.

أولاً:- مجلة الأحكام العدّلية:

11- قامت الدولة العثمانية بتشكيل لجنة مهمتها وضع قانون للمعاملات، على غرار القانون المدني في الدول الغربية، مستمدّ من أحكام المذهب الحنفي بحسبانه المذهب الرسمي للدولة العثمانية. وقد انتهت هذه اللجنة، بعد عمل استمّر لأكثر من عشرين عاماً، من وضع أحكام هذا القانون بتاريخ 21/شعبان/1293 للهجرة، وسمي بمجلة الأحكام العدّلية.[11] ولا تقتصر المجلة على أحكام المعاملات في الفقه الحنفي فقط، وإنما تحتوي أيضاً على أحكام المرافعات (أصول المحاكمات) التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم.[12]

1- حسنات المجلة:

12- تمّتاز المجلة بما يأتي:

أ:- سهولة الرجوع إلى أحكامها، وذلك لأن اللجنة المكلفة بوضعها وضعت أحكامها على الطريقة التشريعية المعروفة، فيسرت بذلك على القاضي كثيراً وسهلت عمله، إذ إنها اقتصرت على ذكر قول واحد من أقوال فقهاء المذهب الحنفي، وهو الحكم الواجب إتباعه.

---

[10]- استغرق وضع القانون المدني المصري أكثر من اثني عشر عاماً، إذ شكلت أول لجنة لوضع مشروع قانون مدني جديد في مصر في العام 1936.

[11]- سليم رستمّ باز اللبناني، شرح المجلة، الطبقة الثالثة، المطبعة الأدبية، بيروت 1923.

[12]- انظر المرجع السابق. وانظر كذلك: د.الزرقاء: شرح القانون المدني ....، المصادر، المرجع السابق، بند 1 وما يليه، ص5 وما يليها.

ب:- أعادت المجلة بعض المواضيع إلى مواطنها الأصلية حيث يجب أن تكون. ومثال ذلك عقد المضاربة، إذ إنها نصت عليه في كتاب الشركات.

ج:- تقنين بعض القواعد الكلية، وعددها 99 قاعدةً. وتشكل هذه القواعد النواة الأساسية لصياغة نظرية عامة في الالتزامات والأموال.

د:- التقسيم والتبسيط في المواضيع المطروحة.

2- عيوب المجلة:

13- على الرغم من حسنات المجلة المشار إليها أعلاه، فقد اعتراها بعض العيوب والنواقص، وأهمها:

أ:- استمّدت المجلة أحكامها من المذهب الحنفي وحده، ولم تأخذ بالحسبان أحكام بقية المذاهب.

ب:- اشتمّلت المجلة، إضافةً إلى أحكام المعاملات، على أحكام المرافعات التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم. وأحكام المرافعات محلها قانون المرافعات، أو قانون أصول المحاكمات.

ج:- جاءت بعض المواد في المجلة بإيضاحات لا حاجة إلى النص عليها في متنها؛ لأنها تعدّ من باب الزيادة. ويتطلب فنّ الصياغة القانونية الإيجاز في العرض وعدم الإسهاب. ومثال ذلك كتاب البيع الذي ينص على تعريف البائع بأنه " الشخص الذي يبيع "، وعلى تعريف المشتري بأنه " الشخص الذي يشتري."[13]

3- تعديل أحكام المجلة:

14- طرأت على المجلة، في العهد العثماني، تعديلات عدّة تتعلق بالحقوق العينية وبالمرافعات (أصول المحاكمات). ولكن أبرز هذه التعديلات تتعلق بقواعد

---

[13]- انظر المواد 160 وحتى 162 من المجلة.

العقد، وأدخلت أحكامها في قانون أصول المحاكمات.[14] وضمنت المادة 64 من قانون أصول المحاكمات هذه التعديلات في ثلاثة مبادئ جوهرية، هي: إدخال اصطلاح الأموال المعنوية، كالملكية الأدبية والفنية، وحقوق الامتياز، في مفهوم المال؛ وتكريس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعدّ نتيجة حتمّية لمبدأ سلطان الإرادة؛ وإن الاتفاق على الأمور الجوهرية في العقد يكفي لصحته، ويمكن تأجيل الاتفاق على الأمور الثانوية، وإذا حصل خلاف بشأنها فيما بعد، فيتولى القاضي حله بالاستعانة بالخبراء إذا لزم الأمر، وذلك بما يحقق العدالة.[15]

15- وبقيت أحكام المجلة نافذة في عهد الانتداب الفرنسي على سورية، بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى وزوال الإمبراطورية العثمانية، ولكن أدخلت سلطات الانتداب الفرنسي تعديلات عدّة عليها، أهمها قانون الملكية العقارية رقم 3339 لعام 1932، وهو يقوم على أساس سجل عقاري عيني، ومن ثم يختلف تمّاماً عما جاءت به القوانين العثمانية في هذا الشأن. ونتيجة ذلك أصبح كل ما يخالف أحكام هذا القانون في المجلة منسوخاً.[16]

ثانياً:- في القانون المدني:

16- برزت في سورية، بعد جلاء القوات الفرنسية عنها في نيسان 1946، حاجة ماسة إلى قانون مدني جديد ينظم أمور المجتمّع، وتنسجم أحكامه مع تطورات العصر في ذلك الحين. وظهر في سورية، على غرار مصر، تياران متعاكسان. وقد نادى أنصار التيار الأول بوضع قانون مدني مستمدّ من أحكام الفقه

---

[14]- وذلك تجنباً للتعديل الصريح لأحكام المجلة بنظريات أجنبية المصدر.

[15]- د. الزرقاء، شرح القانون المدني ...، المصادر، المرجع السابق، بند 6، ص13 وما يليها.

[16]- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دون تاريخ، ص 13 وما يليها.

الإسلامي بمختلف مذاهبه ومصادره، في حين أن أنصار التيار الثاني شجعوا فكرة وضع قانون مدني مستمدّ من التشريعات الأجنبية. وكانت الغلبة في النهاية لأنصار التيار الثاني. ومن ثمّ تمّ تشكيل لجنة مهمتها وضع مشروع قانون مدني جديد مستمدّ من التقنيات الأجنبية. وقد أخذت هذه اللجنة القانون المدني المصري، الذي صدر في تمّوز 1948، ودخل حيز التنفيذ في تشرين الأول 1949، واستمدّت منه مشروع القانون المدني السوري. وقد صدر هذا القانون بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18، ودخل حيز التنفيذ في 1949/6/15، أي قبل أن يدخل أصله القانون المدني المصري حيز التنفيذ.[17]

1- أهم نقاط الاختلاف بين القانون المدني السوري والقانون المدني المصري:

17- على الرغم من أن القانون المدني السوري مستمدّ من القانون المدني المصري، لكن التطابق بينهما ليس كاملاً، إذ إنه هناك مواطن اختلاف عدّيدة بينهما تكمن فيما يأتي:

أ:- من حيث مصادر القواعد القانونية:

18- تعدّ مبادئ الشريعة الإسلامية بموجب المادة الأولى من القانون المدني السوري المصدر الثاني للقاعدة القانونية، أما في القانون المدني المصري فتأتي مبادئ الشريعة الإسلامية في الترتيب الثالث، في حين أن العرف يأتي في الترتيب الثاني. وفي الحقيقة هذا الاختلاف بين القانونين ليس له أهمية كبيرة على الصعيد العملي، والسبب في ذلك أن العرف في الشريعة الإسلامية له أهمية كبرى في بناء الأحكام. زدّ على ذلك أن تطبيق أحكام الفقه الإسلامي مدةً طويلةً في سورية جعل منها أعرافاً ثابتة ضاربة جذورها في القدم.

---

[17]- د.الزرقاء، المرجع السابق، بند 9 وما يليه، ص17 وما يليها.

ب:- من حيث نظرية العقد:

19- يختلف القانون المدني السوري عن أصله المصري في عدّة أمور بالنسبة إلى نظرية العقد، أهمها:

(1)- تثبت أهلية الأداء كاملة للشخص في القانون المدني السوري بإتمامه الثامنة عشرة من العمر وفقاً لأحكام المادة 2/46 منه؛ في حين أن هذه الأهلية لا تثبت كاملة للشخص في القانون المدني المصري إلا بإتمامه الحادية والعشرين، طبقاً لما جاء في المادة 2/44 منه.

(2)- ينعقد العقد بين غائبين في القانون المدني السوري في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول، طبقاً للمادة 98 منه؛ في حين أنه ينعقد في القانون المصري في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، وفقاً للمادة 97 منه. ويترتب على ذلك أن المشرع السوري أخذ بنظرية التعبير عن القبول، في حين أن المشرع المصري أخذ بنظرية العلم بالقبول.

(3)- ينتج التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه. ويعني ذلك أن الأصل في التعبير عن الإرادة في القانون المصري أنه متلقى، طبقاً لما جاء في المادة 91 منه؛ في حين أن المشرع السوري لم يأخذ بهذه القاعدة، ومن ثم فالأصل في التعبير عن الإرادة في القانون السوري أنه ملقى، أي يرتب أثره بمجرد صدوره.

(4)- حدد القانون المدني السوري مدة تقادم حق الأبطال في عيوب الإرادة ونقص الأهلية بسنة واحدة وفقاً للمادة 141 منه؛ في حين أن القانون المدني المصري حددها بثلاث سنوات، وفقاً للمادة 140 منه.

(5)- تضمن القانون المدني المصري مبدأ استقلال التعبير عن الإرادة عن صاحبه، إذ إن موت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقده أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره لا يمنع من ترتب هذا الأثر عندما يتصل التعبير بعلم من وجه إليه،

وفقاً لما جاء في المادة 62 منه؛ في حين أن القانون المدني السوري لم يتضمن هذا المبدأ.

ج:- من حيث معدّل الفائدة:

20- لا يمكن أن يزيد معدّل الفائدة الاتفاقية في القانون المدني المصري على 7%، وفقاً للمادة 227 منه؛ في حين أن هذا المعدّل حده الأقصى في القانون المدني السوري هو 9%، طبقاً للمادة 228 منه.

د:- من حيث إثبات الالتزام:

21- نص القانون المدني المصري على أحكام إثبات الالتزام في المواد 389 وحتى 417 منه؛ في حين أن المشرع السوري ارتأى حذف هذه المواد، وذلك لأن إثبات الالتزام ينظمه قانون مستقل في سورية وهو قانون البينات رقم 359 لعام 1947. وتجدر الإشارة إلى أن المواد من 389 وإلى 417 من القانون المصري قد ألغيت بالقانون رقم 25 لعام 1968 الذي ينظم الإثبات.

هـ:- من حيث الحقوق العينية:

22- احتفظ القانون المدني السوري بأحكام التشريع العقاري الصادر في ظل الانتداب الفرنسي بموجب القرار رقم 3339 لعام 1932 بعد تصحيح متونها في مواضعها، وذلك لأن هذه الأحكام تتصل بالسجل العقاري والمبادئ القانونية التي يقوم عليها. ومن ثم لم يأخذ القانون المدني السوري بأحكام الحقوق العينية الواردة في القانون المدني المصري.[18] ويعود السبب في ذلك إلى حرص المشرع السوري على الاحتفاظ بوحدة التشريع العقاري بين سورية ولبنان، إذ إن قانون الملكية العقارية الصادر بالقرار رقم 3339 لعام 1932 في ظل الانتداب الفرنسي كان يطبق في سورية ولبنان معاً من جهة، ومن جهة أخرى حرص المشرع على الاحتفاظ بالاجتهاد القضائي المستقر في سورية بشأن هذا الموضوع.

---

[18]- انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري.

و:- من حيث حق الشفعة والاسترداد:

23- لم ينص القانون المدني السوري على حق الشفعة؛ في حين أن القانون المصري يأخذ به.[19] وكان قانون الملكية العقارية لعام 1932 في سورية قد احتفظ بشفعة الشريك في الملك بشروط جديدة، وبالمقابل ألغى شفعة الجار، وكذلك شفعة الخليط في حقوق الارتفاق. في حين أن القانون المدني السوري ألغى ما تبقى من أحكام الشفعة في الملكية العقارية، كما ألغى حق الشفعة في المنقول، وهو ما يعرف بحق الاسترداد. ولكن القانون حافظ على هذا الحق فقط في نطاق بيع الحقوق المتنازع عليها. وعللت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري هذا الإلغاء بالقول إن الشفعة من الحقوق الضعيفة وأن الحياة الاقتصادية والاجتماعية في سورية لا توجب الاستمرار على الأخذ بها.

ويعارض الفقه في سورية، بحق، الإلغاء الكامل لحق الشفعة في القانون المدني السوري، وذلك لأن حق الشفعة يحقق وظيفة عمرانية مهمة تتمثل في الإسهام في تنظيم الملكية العقارية في حال اجتماع الحصص المشاعة المجزأة وانتقالها بحق الشفعة إلى يد واحدة، ومن ثم يستقل صاحبها في التصرف بالمال مما يؤدي إلى تجنب مساوئ إدارة المال الشائع واستغلاله.[20]

2- تعريف الالتزام في القانون المدني السوري:

24- لم يرد نص في القانون المدني السوري، ولا في أصله القانون المصري، يعرّف الالتزام. ولكن كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يعرّف

---

[19]- الشفعة وفقاً لأحكام المادة 935 من القانون المدني المصري هي رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الحالات التي ينص عليها القانون.

[20]- د. الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، ص47. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، 1- المصادر الإرادية، مطبعة رياض، دمشق 1983/1982، ص14.

الالتزام في المادة 121 منه والتي تنص على أن الالتزام ((حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل)). وقد حذف هذا النص رغبة في استبعاد التعاريف من القانون بحسبانها عمل فقهي.[21]وهذا يشكل دليلاً قاطعاً على أن القانون المدني المصري، ومن ثمّ القانون المدني السوري، قد أخذ بالنظرية المادية في تعريف الالتزام. وهناك نصوص عدّيدة في القانون المدني السوري تدعم هذا الرأي، ومنها:

أ:- أخذ القانون المدني السوري بحوالة الحق (المواد من 303 وإلى 314، وهي تقابل المواد من 303 وإلى 314 مدني مصري)، و بحوالة الدين (المواد من 315 وإلى 321، وهي تقابل المواد من 315 وإلى 322 مدني مصري)، وهي من نتائج الأخذ بالنظرية المادية في تعريف الالتزام.

ب:- أجاز القانون المدني السوري نشوء الالتزام من دون حاجة إلى وجود الدائن أو تعيينه، كما هو الحال في الوعد بجائزة (المادة 163، وهي مطابقة 162 مدني مصري). وكذلك في الاشتراط لمصلحة الغير، إذ تجيز المادة 157 منه، وهي مطابقة للمادة 156 مدني مصري، أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة، كما تجيز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد.

ج:- لا يملك الدائن، من حيث المبدأ، أي سلطة على شخص مدينه، وإنما تنحصر سلطته على أموال المدين. وأموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، طبقاً للمادة 1/235 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/234 مدني مصري. ولكن لم يهمل القانون السوري الطابع الشخصي للالتزام على نحوٍ كاملٍ. فشخص المدين يعدّ عنصراً أساسياً من عناصر الالتزام.[22] زدّ على ذلك أن القانون أعطى

---

[21]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 13، ص112 وما يليها.

[22]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 15، ص21.

للدائن، في حالات استثنائية، سلطة على شخص المدين، وهذا من آثار النظرية الشخصية في تعريف الالتزام.[23]

---

[23]- وتنص على هذه الحالات المادة 460 من قانون أصول المحاكمات لعام 1953 وتعديلاته، والتي جاء فيها: ((يقرر الرئيس حبس المحكوم عليه لتأمين استيفاء الحقوق التالية دون غيرها: أ- تعويض الأضرار المتولدة عن جرم جزائي. ب- النفقة. ج- المهر. د- استرجاع البائنة في حالة فسخ عقد الزواج والتفريق المؤقت والدائم. هـ- تسليم الولد إلى الشخص الذي عهد إليه بحفظه، وتأمين إراعة الصغير لوليه)). وقد صدر قانون أصول المحاكمات الجديد رقم 1 تاريخ 2016/1/3، وأنهر العمل بالقانون القديم الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 لعام 1953. وتنص المادة 439 من قانون أصول المحاكمات الجديد على ما يأتي:

((يقرر الرئيس حبس المحكوم عليه لتأمين استيفاء الحقوق الآتية دون غيرها:

أ- المبالغ والتعويضات والالزامات المحكوم بها في الدعاوى الجزائية بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية إذا كانت ناجمة عن جرم جزائي.

ب- المبالغ والتعويضات والالزامات المحكوم بها من المحاكم المدنية بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية، باستثناء الحكم بالرد المنصوص عليه في قانون العقوبات العام.

ج- في قضايا الأحوال الشخصية الآتية:

1- النفقة بأنواعها.

2- المهر المعجل والمؤجل المسمى بصك الزواج أو بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية.

3- استرجاع البائنة في حالة فسخ عقد الزواج والتفريق المؤقت والدائم.

4- تسليم الولد إلى الشخص الذي عهد إليه بحفظه، وتأمين إراعة الصغير لوليه...)).

3- **خصائص الالتزام:**

25- الالتزام هو إذاً حالة قانونية يجب بمقتضاها على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل. ويترتب على ذلك أن الالتزام يمتاز بالخصائص الآتية:

أ:- القيمة المالية للالتزام: يتمتع الالتزام بقيمة مالية، فهو يدخل في العنصر السلبي للذمة المالية للمدين، ويقابله حق الدائن وهو حق شخصي ويدخل في العنصر الإيجابي لذمته المالية.

ب:- وطالما أن الالتزام له قيمة مالية، فهو قابل للانتقال فيما بين الأحياء، وفي بعض التشريعات قابل للانتقال بسبب الموت، كما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي، إذ إن شخصية الوارث هي امتداد لشخصية المورث، ومن ثمّ في حال قبول التركة تنتقل التزامات المورث إلى الوارث. أما في القانون المدني السوري، وكذلك في الشريعة الإسلامية، فلا ينتقل الالتزام بسبب الموت إلى الورثة وذلك لأن شخصية الوارث لا تعدّ امتداداً لشخصية المورث. وإذا لم تكفِ أموال المورث لوفاء ديونه، فإن ما تبقى منها ينقضي ولا ينتقل إلى ورثته، وهذا ما تعبر عنه القاعدة القائلة إن لا تركة إلا بعد سداد الديون. وينتقل الالتزام فيما بين الأحياء بموجب أحكام حوالة الدين المنصوص عليها في المواد من 315 وإلى 321 من القانون المدني السوري.

ج:- لكل التزام بداية ونهاية، ومن ثمّ فالالتزام هو عارض وقتي. وهذا يتطلب أن يكون للالتزام أسباب تنشئه وهي مصادره، وأسباب تؤدي إلى انقضائه.[24]

4- التمييز بين الالتزام والحق الشخصي:

26- لا يميز الفقه، في أغلبيته، بين الالتزام والحق الشخصي. ويذهب عميد الفقهاء العرب السنهوري إلى أن: (الحق الشخصي هو الالتزام: ويسمى حقاً إذا

---

[24]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 15، ص23 وما يليها.

نظرنا إليه من جهة الدائن، ودينا إذا نظرنا إليه من جهة المدين). ويعرّف هذا الفقيه الجليل الالتزام بأنه (حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل).[25] ويرى الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت أن (الحق الشخصي والالتزام شيء واحد، فهو حق إذا نظر إليه من ناحية الدائن والتزام إذا نظر إليه من ناحية المدين. ولما كانت لهذه الناحية أهميتها من حيث أن الوفاء بالحق لا يتمّ إلا بواسطة المدين فقد غلبت كلمة "الالتزام" كلمة "الحق الشخصي"، وصارت عنواناً على الرابطة كلها، أي باعتبارها حقاً وباعتبارها التزاماً).[26] ويرى الدكتور محمد وحيد الدين سوار أن الالتزام (ليس سوى الوجه السلبي للحق الشخصي أو لحق الدائنية فالحق الشخصي والالتزام هما وجهان لعلاقة قانونية واحدة، شأنهما في ذلك شأن وجهي قطعة النقود.) ومن ثم يعرّف الالتزام بأنه (رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين "يسمى المدين"، بالقيام بأداء يمكن تقويمه بالمال قصد تحقيق مصلحة مالية أو غير مالية لشخص آخر معين أو قابل للتعيين "اسمه الدائن"، يكون له بمقتضى هذه المصلحة الحق في أن يطالب المدين بالتنفيذ، وأن يضطره للتنفيذ كرهاً، إن لم يقم به طوعاً).[27] ويرد على هذا التعريف أنه طويل ويشمل على نواحي لا تدخل في ماهية الالتزام، وإنما هي بمنزلة شروط. والمنطق القانوني السليم والعلمي يقتضيان عدم إدخال الشروط في التعريف. زدّ على ذلك أن هذا التعريف يغلب عليه الطابع الشخصي للالتزام. وهذا ما ذهب إليه أيضاً كل من المشرع السوري والمشرع المصري، إذ جاءت صياغة عنوان القسم الأول من القانونين السوري والمصري على النحو الآتي:

---

[25]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 1، ص103.

[26]– د.أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة مصر، 1954، بند 17، ص15.

[27]– د.سوار، مصادر الالتزام...، المرجع السابق، بند 5، ص18 و 19.

"الالتزامات أو الحقوق الشخصية". فالحقوق الشخصية هنا معطوفة على الالتزامات بحرف العطف (أو) الدالة على الترادف. وأن دلّ هذا العطف على شيء فإنما يدل على أن الالتزامات والحقوق الشخصية، في نظر هذين المشرعين، إنما هما تعبيران مترادفان، مفهومهما واحد.

وبالمقابل ينتقد بعض الفقهاء، وهم أقلية، هذا الخلط بين الالتزام وبين الحق الشخصي، فهما (مفهومان مختلفان، وحقيقتان متباينتان؛ لكن بينهما تقابل وتلازم في الوجود مع اتحاد في الموضوع، فلا يمكن تصور وجود حق شخصي لأحد دون التزام بموضوعه يقع على شخص آخر، كما لا يتصور قيام التزام شخص بموضوع دون وجود حق فيه لآخر).[28] ومن ثمّ فإن الحق الشخصي يقوم على مفهوم الدائنية، وهذه الدائنية تمنح الدائن مطلباً قانونياً؛ في حين أن الالتزام يستند على مفهوم المديونية، وهذه المديونية ترتب على المدين تكليفاً قانونياً.[29] ويستخلص من كل ذلك أنه يجب تعريف الالتزام والحق الشخصي بتعريفين مختلفين يظهران طبيعة كل منهما إلى حيز الوجود. ومن ثمّ فالالتزام هو (كون شخص مكلفاً قانوناً تجاه غيره بعمل أو بامتناع عن عمل). وأما الحق الشخصي فهو (مطلب مشروع قانوناً لشخص تجاه آخر بعمل أو امتناع عن عمل. أو هو: كون شخص دائناً لغيره قانوناً بعمل أو بامتناع عن عمل).[30]

ويبدو لي أن أنصار التمييز بين الحق الشخصي والالتزام على حق نظراً لاختلاف معناهما على الرغم من التقابل بينهما. ولكن الترادف بينهما أصبح شائعاً في الفقه والقانون، والخطأ الشائع يغلب الصحيح المهجور في الكثير من الحالات.

---

[28]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني ...، المصادر، المرجع السابق، بند44، ص68.

[29]- المرجع السابق، بند 45، ص68 و 69.

[30]- المرجع السابق، بند 47، ص70و 71.

المبحث الثاني

عنصرا الالتزام

27- يميز أنصار النظرية المادية في تعريف الالتزام بين عنصرين له، هما المديونية والمسؤولية. فالالتزام هو، في الحقيقة، واجب قانوني يقع على عاتق المدين به، ومن ثم هو المسؤول عن الوفاء به من حيث المبدأ.

المطلب الأول

عنصر المديونية

28- ويقصد بعنصر المديونية في الالتزام Facteur devoir الواجب القانوني الذي يقع على عاتق شخص لمصلحة شخص آخر. إذاً عنصر المديونية يتضمن ناحية الوجوب.[31] وعنصر المديونية هو الذي يفسح المجال لأعمال عنصر المسؤولية، وذلك إذا تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه طوعاً. ويترتب على ذلك أن وفاء المدين لالتزامه طوعاً لا يعدّ تبرعاً منه، وإنما على العكس من ذلك يعدّ أداءً لواجب قانوني ترتب على نحوٍ مسبقٍ في ذمته. ويؤدي هذا الوفاء الطوعي إلى انقضاء الالتزام، ومن ثمّ لا يكون هناك محل لقيام عنصر المسؤولية. والمدين بالالتزام هو الشخص الملتزم، ولكن أنصار النظرية المادية لا يمنحون أي سلطة للدائن على شخص المدين، ومن ثمّ لا يجيزون حبس المدين من أجل إجباره على وفاء الدين المترتب في ذمته.

والأصل في الالتزام أن يجتمع فيه عنصرا المديونية والمسؤولية. ولكن من الممكن أن ينفك التلازم بين هذين العنصرين في بعض الحالات. ومن ثمّ يمكن أن يوجد عنصر المديونية من دون عنصر المسؤولية. وهذا هو الحال بالنسبة إلى الالتزام

---

[31]- د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام ...، المرجع السابق، ص7 وما يليها. وانظر كذلك: د.الزرقاء، المرجع السابق، بند 52، ص75 وما يليها.

الطبيعي، فالملتزم بهذا الالتزام يبقى مديناً، ولكن لا يمكن إجباره قضاءً على الوفاء به. وبالمقابل إذا قام المدين بالتزام طبيعي بتنفيذه طوعاً ومن ثمّ الوفاء به، فيعدّ هذا الوفاء صحيحاً ومبرئاً للذمة، ولا يعدّ دفعاً لغير المستحق أو تبرعاً، ومن ثمّ لا يحق للمدين بعد الوفاء أن يطالب باسترداد ما أداه.[32]

المطلب الثاني
عنصر المسؤولية

29- ويقصد بعنصر المسؤولية في الالتزام Facteur engagement إجبار المدين على تنفيذ التزامه إذا رفض تنفيذه طوعاً. ومن ثمّ فإن عنصر المسؤولية يتضمن ناحية الإجبار. ويترتب على ذلك أنه لا يكون هناك محل لقيام عنصر المسؤولية إلا في حال رفض المدين التنفيذ الطوعي لالتزامه. ولا يعدّ شخص المدين، في النظرية المادية، مسؤولاً عن الالتزام، وإنما المسؤول هو ماله.[33] وكما أنه يمكن أن يوجد عنصر المديونية في الالتزام من دون عنصر المسؤولية، فمن الممكن أيضاً أن يوجد عنصر المسؤولية من دون عنصر المديونية وهذا هو الحال عندما يتحمل شخص آخر غير المدين المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام. ومثال ذلك الكفيل العيني الذي يعدّ مسؤولاً عن وفاء دين المدين الذي كفله تجاه الدائن وذلك عندما رتب رهناً على عقاره ضماناً لوفاء ذلك الدين.[34]

ويميز الفقه الإسلامي أيضا بين المديونية والمسؤولية، إذ إن الفقهاء المسلمين فرقوا بين الدين والمطالبة، وهذه التفرقة (تظهر أن الدين نفسه ليس في نظر الفقهاء إلا المال الموجود في الذمة، دون اعتبار للرابطة، وهي المطالبة، فهي قد

---

[32]- د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص8.

[33]- د.الزرقاء، المرجع السابق، بند 52، ص76.

[34]- تنص المادة 1059 مدني على أنه ((يمكن رهن العقار ضماناً لدين على غير الراهن)).

أضيفت إليه إضافةً).[35]واستناداً إلى ذلك قال الفقهاء إن الحق المجرد أو الدين المجرد يمكن أن يكون لشخص أو على شخص؛ في حين أن المطالبة تكون لشخص آخر أو على شخص آخر. والدين يقابل عنصر المديونية؛ في حين أن المطالبة تقابل عنصر المسؤولية.[36]

الفرع الثاني

أهمية النظرية العامة للالتزامات وموقعها في القانون المدني السوري

30- تعدّ النظرية العامة للالتزامات حجر الأساس الذي يبنى عليه مجمل أحكام القانون المدني على نحوٍ خاصٍ، وأحكام القانون الخاص وبعض فروع القانون العام على نحوٍ عامٍ. فالقانون المدني بأكمله يدور حول هذا المحور الأساسي، وكذلك الحال بالنسبة إلى القانون التجاري، إضافةً إلى قوانين أخرى كقانون العمل وقانون الأحوال الشخصية. ونتيجة لذلك أفرد القانون المدني السوري مكاناً خاصاً لهذه النظرية.

المبحث الأول

أهمية النظرية العامة للالتزامات

31- تتضمن النظرية العامة للالتزامات نشوء الالتزام، وأثره المتمثل بالتنفيذ، الطوعي أو الإجباري، عيناً أو بمقابل، ومن ثم انقضاء الالتزام، أي تتضمن مصادر الالتزام وأحكامه. ولا تشمل هذه النظرية على الجزئيات والتفاصيل الدقيقة، وإنما تتضمن الأصول الكلية المجردة والمبادئ العامة، ومن ثمّ فإنها

---

[35]- حسن شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول: طرفا الالتزام/ رسالة دكتوراه، القاهرة 1936،ص199- 200.

[36]- د.عبد المجيد الحكيم، في مصادر الالتزام، ط3 بغداد، 1969، ص11، هامش 10، أشار إليه د.سليمان مرقس، المرجع السابق، ص16، هامش 7.

تعطي مجالاً كبيراً للتجريد والتعميم. وتقوم هذه النظرية على المنطق السليم في التقريب بين هذه الأصول والمبادئ واستخلاص النتائج المترتبة عليها.[37] وبما أن هذه النظرية تقوم على التجريد والمنطق فقد اعتقد بعض الفقهاء أن أحكامها ثابتة لا تتغير بتغير الزمن وتقدم المجتمع.[38] ولكن هذا الاعتقاد يخالف مفهوم القانون ذاته. فالقانون هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع. والقانون بهذا المعنى يعكس الأوضاع الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية السائدة في المجتمع، ومن ثمّ فهي أيضاً تتطور بتطور المجتمع وتقدم العلم. ونضرب مثلاً على هذا التطور تأثير التقدم العلمي الحاصل في مجالات الطب والوراثة وعلوم الأحياء في القانون، الأمر الذي أدى إلى وضع الإطار القانوني لهذا التقدم ولتطبيقاته، فظهرت عقود جديدة لم تكن معروفة، كما ظهرت ممارسات جديدة لم تكن معروفة سابقاً. كذلك الحال بالنسبة إلى حماية البيئة، فقد تدخل المشرع ووضع الإطار القانوني المناسب لذلك، الأمر الذي تطلب في بعض الأحيان تعديل القانون المدني وتطوير قواعده المتعلقة بالعقود وبالمسؤولية المدنية من أجل أن يساير هذا التطور الحاصل في المجتمع نتيجة ذلك التقدم العلمي في المجالات المشار إليها أعلاه. ويبدو أن هذا التطور الحاصل في النظرية العامة للالتزامات لم يكن على درجة واحدة تبعاً للموضوعات التي تتناولها هذه النظرية. فقد كان هذا التطور واضحاً بالنسبة إلى موضوعات مصادر الالتزام، ولكنه كان أقل وضوحاً بالنسبة إلى موضوعات أحكام الالتزام.

---

[37]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 15 وما يليه، ص114وما يليها. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 17، ص31 وما يليها.

[38]– لمزيد من التوسع حول هذا الموضوع انظر: د.مرقس، المرجع السابق، بند 18، ص33 وما يليها.

المبحث الثاني

موقع النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني السوري

32- سبقت الإشارة إلى أن القانون المدني السوري يقوم، في أساسه، على التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، ومن ثمّ فإنه يتخذ، على غرار القانون المدني الفرنسي لعام 1804، المستمدّ من القانون الروماني، أنواع الحق أساساً لترتيب موضوعاته. وقد قسمت موضوعات هذا القانون إلى باب تمهيدي وقسمين. يتضمن الباب التمهيدي الأحكام العامة للقانون وللحق وتطبيق القانون. أما القسم الأول فيتناول الالتزامات أو الحقوق الشخصية. ويتضمن هذا القسم كتابين، الكتاب الأول يعالج الالتزامات بوجه عام، وهذه هي النظرية العامة للالتزامات. وأما الكتاب الثاني فهو مخصص للعقود المسماة. في حين أن القسم الثاني يتضمن الحقوق العينية. ويتناول الكتاب الأول من القسم الأول المتعلق بالالتزامات بوجه عام موضوعين أساسيين هما مصادر الالتزام وأحكام الالتزام في ذاته. ولهذا الترتيب الذي أخذ به القانون المدني السوري والمتعلق بالنظرية العامة للالتزامات حسنات ومساوئ.

ومن حسنات هذا الترتيب أنه جعل من النظرية العامة للالتزامات نظرية جامعة، تجمع فيها جميع الفروع. كما أنه يمتاز بجمال الصياغة الفنية المورثة من القانون الروماني، وبحسن التسلسل.

وعلى الرغم من هذه الحسنات، فإن هذا الترتيب كان عرضة لانتقادات كثيرة، إذ يرى بعض الفقهاء أن هذا الترتيب غير سديد.[39]

---

[39]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 60، ص88 و 89. والذي يرى أن هذا الترتيب يتخذ وذلك لأنه يتخذ (الحق والالتزام أساساً للبحث والتفريع والترتيب مع أنهما، أي الحق والالتزام، أثر لمصادرهما المولدة لهما؛ ويأتي فيها البحث عن المصدر "وهو المنشئ المؤثر" كفرع في مباحث الحق والالتزام. وهذا خلاف ما يقتضيه الواقع الطبيعي،

ومن مساوئ هذا الترتيب أنه يدرج بعض المواضيع في غير مكانها الطبيعي. ومثال ذلك حوالة الحق وحوالة الدين ذُكِرتا في بحث انتقال الالتزام، في حين أنهما تتمّان بعقد، والعقد كما هو معروف من مصادر الالتزام. وكذلك الحال بالنسبة إلى عقد الرهن فإنه ذُكِر في مباحث الحق العيني، ولم يُذكر في مباحث العقود المسماة.[40] ونتيجة هذه المساوئ يؤيد بعض الفقه موقف القانون الألماني الذي يتخذ مصدر الالتزام أساساً لترتيب النظرية العامة للالتزامات. ويقسم هذا المصدر إلى قسمين وهما التصرفات القانونية والوقائع القانونية، كما سنرى لاحقاً.[41]

الفرع الثالث
أنواع الالتزامات

33- لم يعتمد القانون المدني السوري أي تصنيف للالتزامات، ولكن الفقه يميز عموماً بين عدّة أنواع من الالتزامات. فمن حيث الطبيعة تقسم الالتزامات إلى أصلية وتبعية أو جزائية. ومن حيث المحل تقسم إلى التزام بإعطاء، والتزام بعمل، والتزام بالامتناع عن عمل. ومن حيث المضمون تقسم إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة. ومن حيث القوة تقسم إلى التزامات مدنية والتزامات طبيعية. ومن حيث المصدر تقسم إلى التزامات إرادية والتزامات غير إرادية.

فإن المصدر يوجد أولاً، فيستلزم وجود الحق والالتزام اللذين يأتيان نتيجة مطاوعة في نظر القانون. فمن الواجب أن يتخذ المصدر، لا الأثر، أساساً للبحث والتفريع والترتيب، وأن تبنى النظرية العامة عليه وتأتي الحقوق والالتزامات كثمرات ونتائج لأحوال المصدر، بعكس ترتيب نظرية الالتزامات التقليدية تماماً).

[40]- المرجع السابق، بند 61، ص89.

[41]- المرجع السابق، بند 62، ص90.

المبحث الأول

تقسيم الالتزامات من حيث طبيعتها

34- تقسم الالتزامات من حيث طبيعتها إلى التزامات أصلية والتزامات تبعية أو جزائية.

أولاً:- الالتزامات الأصلية:

35- الالتزام الأصلي هو الذي ينشأ في ذمة المدين ابتداءً، ولا يكون وجوده مرتبطاً بوجود أي التزامٍ سابقٍ في ذمة ذلك المدين، ومثال ذلك التزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المشتري بدفع الثمن، وكذلك التزام رب العمل بدفع الأجرة، والتزام العامل بأداء العمل المتفق عليه في عقد العمل، وأيضاً التزام سائق السيارة بالتقيد بالسرعة القانونية، والتزام الأب بالإنفاق على أولاده القصر. ويلاحظ هنا أن بعض الالتزامات الأصلية ينشأ من العقد، وبعضها الآخر ينشأ من القانون. ومن ثمّ يترتب على الإخلال بهذه الالتزامات نوعان من المسؤولية وهما: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.[42]

ثانياً:- الالتزامات التبعية أو الجزائية:

36- الالتزام التبعي أو الجزائي هو الالتزام الذي يتبع في وجوده التزاماً أصلياً، وهو الالتزام بالتعويض المترتب في ذمة المدين نتيجة إخلاله بالتزام أصلي نشأ مسبقاً في ذمته، مما أدى إلى إلحاق الضرر بالغير. وهذا الالتزام يُعرّف بالمسؤولية المدنية. ومن ثمّ فإن الالتزام التبعي أو الجزائي يكون نتيجة للالتزام الأصلي. فإذا أخل حائز المركبة بالتزامه بالتقيد بالسرعة القانونية وأدى ذلك إلى إلحاق ضرر بالغير، يلتزم المسؤول بدفع تعويض لجبر ذلك الضرر.

---

[42]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 16، ص25.

المبحث الثاني

تقسيم الالتزامات من حيث المحل

37- تقسم الالتزامات من حيث محلها إلى التزام بإعطاء شيء، والتزام بعمل، والتزام بالامتناع عن عمل.

أولا:- الالتزام بإعطاء شيء:

38- محل الالتزام بإعطاء شيء هو قيام المدين بنقل حق عيني إلى الدائن، أو قيامه بإنشاء حق عيني لمصلحة الدائن. ومثال نقل حق عيني التزام البائع، في عقد البيع العقاري، بنقل ملكية العقار إلى المشتري؛ ومثال إنشاء حق عيني، التزام المدين بإنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار آخر. ويتمّ تنفيذ الالتزام بإعطاء شيء، في معظم الأحيان، بقوة القانون، كما في التزام البائع بنقل ملكية شيء منقول معين بالذات، إذ إنه يُنقل الملكية من تلقاء ذاته. ويترتب على ذلك أن هذا النوع من الالتزام ينشأ وينقضي في الوقت ذاته.[43]وقد يحتاج تنفيذ الالتزام بإعطاء شيء، في بعض الأحيان، إلى قيام المدين بعمل معين لمصلحة الدائن، ومثال ذلك التزام بائع العقار بتسجيل العقار على اسم الدائن في السجل العقاري، والتزام بائع شيء منقول معين بالنوع بالإفراز. ففي مثل هاتين الحالتين لا تنتقل ملكية المبيع بمجرد إنشاء الالتزام، وإنما لا بدَّ من أن يقوم المدين بعمل حتى تنتقل الملكية إلى الدائن. وإذا امتنع المدين عن القيام بإجراءات التسجيل فيستطيع الدائن، في حالة بيع عقار، أن يحصل على حكم قضائي بتثبيت عقد البيع وتنفيذه، ويتمّ نقل الملكية في السجل العقاري بموجب هذا الحكم. أما في حالة بيع شيء معين بالنوع، فإذا امتنع البائع عن إفراز الشيء المثلي، يجوز للدائن

---

[43]- تنص المادة 205 مدني سوري، وهي تقابل المادة 204 مدني مصري، على أن ((الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر إذا كان محله شيئاً معيناً مملوكاً للملتزم ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق العيني من ملكية أو سواها وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)).

الحصول على شيء من النوع ذاته وعلى نفقة المدين، وذلك بموافقة القاضي أو من دونها حسب الأحوال.[44] ويتبين من خلال ذلك أن الالتزام بإعطاء شيء هو في جوهره وحقيقته التزام بعمل.[45]

ثانياً:- الالتزام بعمل:

39- محل الالتزام بعمل هو قيام المدين بعمل لمصلحة الدائن. وقد يكون هذا العمل عملاً مادياً، كالتزام الفضولي بالقيام بعمل لحساب رب العمل. وقد يكون عملاً قانونياً، كالتزام المقاول بإنجاز ما تعهد القيام به، والتزام الناقل بنقل الأشخاص أو البضائع، والتزام الوكيل بإبرام تصرف قانوني لحساب موكله. وإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بالقيام بعمل لمصلحة الدائن، يجب عندئذ التمييز بين نوعين من الأعمال، هما: النوع الأول ويتضمن الأعمال العادية التي لا ترتبط بشخص المدين، ومن ثمّ يستطيع أن يقوم بها شخص غير المدين، كالتزام الناقل بنقل بضاعة أو بنقل الأشخاص. ففي مثل هذا النوع إذا امتنع المدين عن القيام بعمله، أجاز المشرع للدائن أن يحصل على ترخيص من القاضي في تنفيذ

---

[44]- تنص المادة 206 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 205 مدني مصري، على أنه ((1- إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء. 2- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض)).

وتنص المادة 825 مدني على أنه ((1- تكتسب الحقوق العينية العقارية وتنتقل بتسجيلها في السجل العقاري. 2- ... 3- كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائي يكون مالكاً له قبل تسجيله على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل)).

[45]- د.سوار، مصادر الالتزام...، المرجع السابق، بند 16، ص24. و د.مرقس، المرجع السابق، بند 16، ص27.

الالتزام على نفقة المدين طالما أن تنفيذه ممكن. وفي حالة الاستعجال يجوز للدائن أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين من دون الحصول على مثل ذلك الترخيص.[46] وأما النوع الثاني فيتضمن الأعمال المرتبطة بشخص المدين، ومن ثمّ تقوم على الاعتبار الشخصي للمدين، وذلك لأنها تتطلب درجة معينة من الكفاءة والمهنية، ومثال ذلك التزام فنان مشهور بإحياء حفلة فنية، أو التزام ملحن مشهور بتلحين أغنية، والتزام محام بالدفاع شخصياً عن موكله. ففي هذا النوع لا يجوز أن ينوب شخص آخر عن المدين في القيام بالعمل محل التزام هذا الأخير. كما لا يجوز إجبار المدين على القيام بهذا النوع من الأعمال، لأن ذلك يشكل اعتداءً على حريته الشخصية. ولكن يمكن للدائن إجبار المدين بطريق غير مباشر وهو فرض غرامة تهديديه على المدين. وفي نهاية المطاف يحق للدائن، عند امتناع المدين عن القيام بالعمل، أن يطلب التنفيذ عن طريق التعويض، أو أن يطلب فسخ العقد.[47]

ثالثاً:- الالتزام بالامتناع عن عمل:

40- محل الالتزام بالامتناع عن عمل هو امتناع المدين عن القيام بعمل كان يحق له أن يقوم به لولا أنه التزم بالامتناع عن ذلك لمصلحة الدائن. وبهذا الامتناع يضيق المدين من مجال نشاطه الطبيعي المسموح له قانوناً. وقد يكون

---

[46]- تنص المادة 210 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 209 مدني مصري، على أن أنه ((1- في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. 2- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء)).

[47]-د.مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة -2-، أحكام الالتزام في ذاته، الطبعة الأولى، مطبعة دار الحياة، دمشق 1964، بند 25 وما يليه، ص41.

هذا الامتناع امتناعاً عن عمل مادي، كالتزام الجار بعدم تعلية جداره. وقد يكون امتناعاً عن عمل قانوني، كالتزام العامل بالامتناع عن منافسة رب العمل بعد انتهاء العقد. وفي هذا النوع من الالتزامات يكون التنفيذ العيني للالتزام بامتناع المدين عن القيام بذلك العمل. وإذا خالف المدين التزامه بالامتناع عن القيام بعمل، أجاز القانون للدائن طلب إزالة المخالفة، أو أن يقوم بإزالة المخالفة على نفقة المدين.[48]

أخيراً يلاحظ أن الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل هو التزام سلبي، في حين أن الالتزام بإعطاء شيء، أو الالتزام بالقيام بعمل هي التزامات إيجابية.

- الالتزامات العينية والالتزامات النقدية:

41- الالتزام بإعطاء شيء والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن القيام بعمل هي التزامات عينية لا تتأثر بالتغييرات النقدية زيادة وانخفاضاً. أما الالتزام النقدي فهو الذي يلتزم المدين به بأداء مبلغ من النقود. والنقود هي أشياء معينة بالنوع ولكنها تخضع لأحكام خاصة. فلا يُنظر، عند الوفاء، إلى جودة النقود. ولا يلتزم الدائن بمبلغ من المال بإثبات الضرر من أجل المطالبة بالفوائد الناجمة عن التأخير في تنفيذ المدين التزامه بأداء مبلغ من النقود.[49]

---

[48]- تنص المادة 213 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 212 مدني مصري، على أنه ((إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام. وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين)).

[49]- د. سوار، المرجع السابق، ص26 وما يليها.

المبحث الثالث

تقسيم الالتزامات من حيث مضمونها

42- يقسم الفقه الحديث الالتزام بعمل إلى نوعين وهما: التزام بتحقيق غاية أو نتيجة، والتزام ببذل عناية أو بوسيلة. ويعود الفضل في هذا التقسيم إلى الفقيه الفرنسي ديموغ Demogue.[50]

أولاً:- الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة:

43- يلتزم المدين بالتزام بنتيجة بالقيام بأداء معين، وتحقيق نتيجة معينة، كالتزام الناقل بأجر بنقل المسافر إلى مكان معين، أو نقل البضاعة إلى مكان معين، وكذلك التزام المتعهد في التعهد عن الغير بقبول الغير التعهد، والتزام حارس الأشياء غير الحية أو حارس الحيوان بعدم إلحاق الشيء أو الحيوان الذي تحت حراسته الضرر بالغير. وبمجرد عدم تحقق النتيجة يعدّ المدين مسؤولاً عن ذلك. ولا يتوجب على الدائن إثبات الخطأ في جانب المدين، وإنما يتوجب عليه فقط إثبات الالتزام. ويستطيع المدين أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن النتيجة التي التزم بتحقيقها لم تتحقق نتيجة سبب أجنبي كالقوة القاهرة. ففي عقد النقل يلتزم الناقل بتوصيل المسافر سليماً معافى إلى المكان المقصود، ومن ثمّ إذا أصيب المسافر في أثناء عملية النقل بضرر، فيعدّ الناقل مسؤولاً عن تعويض ذلك الضرر، ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك لأن التزامه بسلامة المسافر هو التزام بتحقيق نتيجة.[51]

---

[50]- انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

J.Flour, J.-L.Aubert et E. Saveaux, Droit civil, Les obligations- L'acte juridique, 10e édition, Armand Colin, Paris 2002, n°43, p.26 et 27.

[51]- د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة 1978، بند 45، ص229 وما يليها.

ثانياً:- الالتزام ببذل عناية أو التزام بوسيلة:

44- الالتزام ببذل عناية هو الالتزام الذي يلتزم فيه المدين ببذل العناية المطلوبة في أثناء القيام بعمله، من دون أن يكون ملتزماً بالقيام بأداء معين أو بتحقيق نتيجة ما. ومثال ذلك التزام الطبيب بعلاج مريضه، فهو يلتزم ببذل العناية الواجبة في أثناء القيام بالعمل الطبي من أجل شفاء المريض، ولا يلتزم بتحقيق هذا الشفاء. وهذا الالتزام يفرض على الطبيب أن يكون يقظاً وحذراً في أثناء القيام بالأعمال الطبية.[52] ويقتصر التزام الطبيب بالعناية على الأعمال الطبية وحدها، كالتشخيص والعلاج والجراحة، ومن ثمّ لا يوجد ما يمنع من قيام التزامات بنتيجة على عاتق الطبيب، كما في حالة نقل الدم، أو التحاليل الطبية العادية، أو استخدام أجهزة طبية في العلاج، أو الأضرار الناجمة عن الإنتانات في المشافي.[53] ومثال ذلك أيضاً التزام المحامي بالدفاع عن موكله، إذ إنه يلتزم ببذل العناية المطلوبة للدفاع عن مصالح موكله.

ولا يكفي عدم تحقيق النتيجة في هذا النوع من الالتزامات لقيام مسؤولية المدين، وإنما يجب على الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية المطلوبة، وهي عادة العناية التي يبذلها الرجل المعتاد.[54]

---

[52]- د. فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب- دراسة قانونية مقارنة في القانون السوري والفرنسي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدّد الأول، 2006، ص134 وما يليها.

[53]- د.فواز صالح، المرجع السابق، ص142 وما يليها. وكذلك د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند 53، ص370 وما يليها.

[54]- تنص المادة 212 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 211 مدني مصري، على أنه ((1- في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون

المبحث الرابع

تقسيم الالتزامات من حيث قوتها

45- تقسم الالتزامات من حيث قوتها إلى نوعين وهما: التزام مدني والتزام طبيعي.

أولاً:- الالتزام المدني:

46- الالتزام المدني هو الالتزام الذي يستطيع الدائن به أن يجبر المدين على تنفيذه تنفيذاً عينياً أو بمقابل. ويترتب على ذلك أن الالتزام المدني يتوافر فيه عنصرا الالتزام المديونية والمسؤولية، ومن ثمّ فهو التزام كامل، ومثال ذلك التزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المسؤول عن الفعل غير المشرع بتعويض المضرور.

ثانياً:- الالتزام الطبيعي:

47- الالتزام الطبيعي هو، على غرار الالتزام المدني، التزام قانوني، وذلك لأن القانون يوجب الوفاء به. ويختلف الالتزام الطبيعي عن الالتزام المدني في أن الدائن في الالتزام الطبيعي لا يستطيع إجبار المدين على تنفيذه. ويترتب على ذلك أن الالتزام الطبيعي يتوافر فيه عنصر المديونية من دون عنصر المسؤولية، ومن ثمّ فهو التزام ناقص. وهو، في هذا المعنى، يختلف عن الالتزام الأدبي البحت الذي لا يوجب القانون الوفاء به.[55] وخصص القانون المدني السوري المواد من 200 وإلى 203، والمادة 383 للالتزام الطبيعي، وهي مطابقة للمواد من 199 وإلى 202 والمادة 386 مدني مصري.

أو الاتفاق على غير ذلك. 2- وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم)).

[55]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 16، ص29.

1- نشوء الالتزام الطبيعي:

48- لم يحدد القانون المدني السوري الالتزامات الطبيعية على سبيل الحصر، والتي تظهر في صور عدّة. ويمكن ردّ هذه الصور إلى طائفتين، هما:

أ:- التزامات طبيعية تخلفت عن التزامات مدنية:

49- وهذه الالتزامات على نوعين: فإما أن تكون التزامات طبيعية تخلفت عن التزامات مدنية ناقصة لم تنشأ في الأصل، كالتزام ناقص الأهلية بالتبرع الذي تقرر بطلانه، فالتبرع هو تصرف ضار ضرراً محضاً بالنسبة إلى ناقص الأهلية، ومن ثمّ فهو باطل. فإذا قام ناقص الأهلية، بعد بلوغه سن الرشد، بالوفاء بهذا الالتزام طوعاً فيعدّ ذلك الوفاء صحيحاً. وإما أن تكون التزامات طبيعية تخلفت عن التزامات مدنية تحللت بعد نشؤها، ومثال ذلك ما جاء في المادة 383 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 386 مدني مصري، والتي تنص على أن التقادم يؤدي إلى انقضاء الدين، ومع ذلك فإنه يتخلف في ذمة المدين التزاماً طبيعياً، فإذا قام المدين بالوفاء بالدين، بعد انقضائه بالتقادم، فيعدّ هذا الوفاء صحيحاً.

ب:- التزامات طبيعية نشأت في الأصل واجباً أدبياً:

50- ومثال هذه الالتزامات التزام شخص بالإنفاق على بعض أقاربه ممن هو غير ملتزم قانوناً بالإنفاق عليهم؛ وكذلك التزام شخص بتقديم هدية إلى آخر اعترافاً منه بالجميل الذي أسداه له؛ والتزام تاجر، تسبب عن طريق المنافسة المشروعة، بإفلاس تاجر آخر بتعويض الضرر الذي لحق به.

وقد ترك المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تقدير نشوء التزام طبيعي.[56] ولكن لا يجوز أن ينشأ التزام طبيعي يخالف النظام العام، وفقاً لما ذهبت إليه المادة 201 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 200 مدني مصري.

2- آثار الالتزام الطبيعي:

تترتب على نشوء الالتزام الطبيعي الآثار الآتية:

أ:- لا جبر في تنفيذ الالتزام الطبيعي:

51- وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 2/200 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/199 مدني مصري، وذلك لأن عنصر المسؤولية غير متوافر في الالتزام الطبيعي، ومن ثمّ لا يتمتع هذا الالتزام بالحماية القضائية. ويترتب على ذلك أن حق الدائن في الالتزام الطبيعي لا تحميه دعوى.

ب:- وفاء المدين بالالتزام الطبيعي طوعاً يعدّ صحيحاً:

52- لا يعدّ الوفاء بالتزام طبيعي تبرعاً، وإنما هو وفاء قانوني صحيح، لأن المدين يقصد من وراء ذلك التخلص من دين سابق في ذمته. ويترتب على ذلك أنه لا يُشترط توافر أهلية التبرع في الموفي. كما لا يخضع هذا الوفاء لحكم تصرفات المريض مرض الموت. وبالمقابل يُشترط أن يتمّ هذا الوفاء طوعاً

---

[56]- ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن وجود التزامٍ طبيعي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولكن محكمة النقض تمارس رقابتها على تحول هذا الالتزام إلى التزامٍ مدني. ونتيجة ذلك صادقت محكمة النقض الفرنسية على قرارٍ تضمن أن إنشاء سندٍ والتوقيع عليه من قبل أختين التزمتا فيه تجاه أخٍ لهما، الذي لم يشمله وصيةٌ محررةٌ قبل الاعتراف به، ومن ثمّ أُستبعد من تركة والدهم بالتساوي، فإن إنشاء مثل هذا السند والتوقيع عليه حول التزامهما من التزامٍ طبيعي إلى التزامٍ مدنيٍ، نقض فرنسي، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 1073، تاريخ 2017/10/11، منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية على الشابكة على الرابط الآتي:
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_2986/premiere_chambre_civile_3169/2017_7946/octobre_8283/1073_11_37860.html.

وباختيار المدين، كما يُشترط أن يعلم المدين عند الوفاء بأنه مدين بالتزام طبيعي هو غير مجبر قانوناً على تنفيذه. كما لا يعدّ هذا الوفاء دفعاً لغير المستحق، ومن ثمّ يمتنع على الموفي استرداد ما أداه بموجب دعوى استرداد الدفع غير المستحق. فلا يسترد المدين ما أداه إذا كان قاصداً الوفاء بالتزام طبيعي، وفقاً لما جاء في المادة 202 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 201 مدني مصري.

ج:- الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني:

53- وهذا ما نصت عليه المادة 203 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 202 مدني مصري، ويترتب على ذلك أنه إذا تعهد المدين في الالتزام الطبيعي بالوفاء، فيؤدي ذلك إلى تحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذه. ويكون الالتزام الطبيعي القديم سبباً لهذا الالتزام.[57]

المبحث الخامس

تقسيم الالتزامات من حيث مصادرها

54- يقصد بمصادر الالتزامات الأسباب القانونية التي تؤدي إلى نشوئها. فمصدر التزام البائع بتسليم المبيع هو عقد البيع، ومصدر التزام متسبب الضرر بتعويض المضرور هو الفعل غير المشروع، ومصدر التزام الأب بالإنفاق على أولاده هو القانون. ويترتب على ذلك أن مصادر الالتزامات تتنوع بتنوع السبب الذي أنشأها. ويميز الفقه بصورة عامة بين تقسيمين أساسيين لمصادر الالتزام، أحدهما تقليدي والآخر حديث.

---

[57] -د.الزرقاء، شرح القانون المدني ...، أحكام الالتزام، المرجع السابق، بند 14 وما يليه، ص24 وما يليها. و د. سوار، المرجع السابق، بند 24 وما يليه، ص30 وما يليها.

المطلب الأول

التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام

55- ويستمّد هذا التقسيم أساسه من القانون الروماني الذي كان يميز في عهده العلمي بين نوعين من المصادر وهما الجريمة *Delicta* والعقد *Contractus*. وهذا هو التقسيم الذي تبناه الفقيه الروماني غايوس Gaius، إذ إنه قسم الالتزامات، حسب مصادرها، إلى قسمين أساسيين، هما: التزامات ناشئة من العقد، والتزامات ناشئة من الجريمة. ولكن هذا التقسيم كان ناقصاً وقاصراً، وفقاً لما أشار إليه الفقه غايوس نفسه، إذ إنه قال بوجود مصدر ثالث للالتزامات يتضمن الالتزامات التي لا تنشأ من العقد ولا من الجريمة، ويشمل خليطاً من الوقائع القانونية المشروعة وغير المشروعة. ولكن غايوس وضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال غير مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من الجريمة، والتي كانت محددة على سبيل الحصر. وكذلك فإنه وضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من العقد والذي كان محدوداً أيضاً، وذلك لما بينها من شبه ليس من حيث المصدر وإنما من حيث الأثر. وهكذا فإن غايوس كان يرى أن الالتزامات الناشئة من بعض الأعمال غير المشروعة هي كالالتزامات الناشئة من الجريمة، وأن الالتزامات الناشئة من بعض الأعمال المشروعة هي كالالتزامات الناشئة من العقد. ونتيجة ذلك ظهر في عهد جوستينان تقسيمٌ آخر لمصادر الالتزام، وهو تقسيم رباعي يميز بين التزامات عقدية، والتزامات شبيهة بالالتزامات العقدية، والتزامات جرمية، والتزامات شبيهة بالالتزامات الجرمية.[58]

---

[58]- د.محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، الجزء الثاني، مطبعة جامعة دمشق، 1961، ص299 وما يليها. و د.عكاشة محمد عبد العال و د.طارق المجذوب،

ومن ثمّ أخذ الفقيه الفرنسي بوتيه Pothier بهذا التقسيم الرباعي، وأضاف إليه مصدراً خامساً وهو القانون، بعد أن حور بعض الشيء في النظرية الرومانية. ومصادر الالتزام عند هذا الفقيه هي: العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون. ويلاحظ أن الفقهاء الرومان لم يستخدموا مصطلحي شبه العقد وشبه الجريمة، وإنما هما تحور لما كان يقصده غايوس ومن بعده جوستينان من الالتزامات الشبيهة بالالتزامات العقدية والالتزامات الشبيهة بالالتزامات الجريمة.

ومن ثمّ أخذ القانون المدني الفرنسي، في صياغته الأصلية لعام 1804، والمعروف بقانون نابليون، بهذا التقسيم الخماسي لمصادر الالتزام، إذ يتبين من أحكام المادتين 1101 و 1370 منه أن مصادر الالتزام هي: العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون. والعقد، وفقاً لأحكام المادة 1101 السابقة الذكر، هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص تجاه شخص آخر أو عدّة أشخاص آخرين، بإعطاء شيء أو بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء. وذهبت المادة 1370 منه إلى أنه يمكن أن تنشأ التزامات من دون أن يكون هناك أي اتفاق بين الملتزم والشخص الذي يلتزم نحوه. وبعض هذه الالتزامات يمكن أن ينشأ من القانون وحده، وبعضها الآخر يمكن أن ينشأ من العمل الشخصي الذي قام به الملتزم. وتنشأ هذه الالتزامات من شبه عقد أو من جريمة أو شبه جريمة.

وتعرف المادة 1371 من هذا القانون شبه العقد بأنه عمل إرادي محض صادر من شخص، والذي ينشأ منه التزام نحو الغير، وفي بعض الأحيان ينشأ منه التزامات متبادلة بين الطرفين. ونص القانون المدني الفرنسي على تطبيقين لشبه العقد، وهما: الفضالة ودفع غير المستحق، وذلك في المادتين 1372 و 1376 منه.

تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المكتبة القانونية، مطبعة ابن خلدون 1986، ص365 وما يليها. وانظر كذلك: د.مرقس، المرجع السابق، بند 23، ص43 وما يليها.

وتنص المادة 1382 وما بعدها من هذا القانون على أحكام الجريمة وشبه الجريمة معاً. ولم يرتب المشرع الفرنسي أي فرق بينهما من حيث الأثر، وذلك تبعاً لتوافر العمد أو عدم توافره. فالمادة 1382 منه تنص على أن كل فعل يقوم به شخص، ويسبب ضرراً للغير، يلزم من قام به بجبر ذلك الضرر. ويسأل الشخص، بموجب المادة 1383، ليس فقط عن الضرر الذي يسببه بفعله الإرادي، وإنما أيضاً عن الضرر الناجم عن إهماله وقلة احترازه.

وأخيراً فقد أعطت المادة 3/1370 مدني فرنسي بعض الأمثلة التي تنشأ فيها الالتزامات مباشرة من القانون بغض النظر عن إرادة الأشخاص. ومثال ذلك التزامات الجوار، والتزامات الأوصياء، وأخيراً التزامات بعض المدراء الذين يعهد إليهم القيام ببعض الوظائف ولا يمكن لهم رفض ذلك.

- نقد التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام:

56- على الرغم من بساطة التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام وسهولته فإنه كان عرضة لانتقادات عديدة أهمها:

1:- عدم أهمية تقسيم الفعل غير المشروع كمصدر للالتزام إلى جريمة وشبه جريمة، وذلك على أساس توافر العمد أو عدم توافره. والسبب في ذلك هو أن الفعل الضار غير المشروع العمد يُنشِئ التزاماً على عاتق مرتكبه بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالغير. ولا يختلف هذا الالتزام من حيث الأثر، في القانون، عن الالتزام الذي ينشأ من الفعل الضار غير المشروع وغير العمد، إذ أن هذا الفعل أيضاً يُنشِئ التزاماً على عاتق مرتكبه بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالغير. ومن ثم فلا يوجد أي أهمية للتمييز بين الجريمة وشبه الجريمة مصدراً للالتزام.

2:- لا يتضمن هذا التقسيم كل مصادر الالتزام، فهو لا يشمل مثلاً الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام، ومن ثم فهو تقسيم ناقص.

3:- إن مصطلح شبه العقد هو مصطلح مضلل. فشبه العقد، وفقاً لرأي أنصار التقسيم التقليدي، يقترب من العقد من حيث أنه عمل إرادي، ويفترق عن الجريمة وشبه الجريمة من حيث أنه عمل مشروع. والحقيقة هي عكس ذلك تماماً، فشبه العقد يفترق عن العقد من حيث أنه عمل غير إرادي، ويقترب من الجريمة وشبه الجريمة من حيث أنه عمل غير مشروع. وشبه العقد هو عمل غير إرادي، وذلك لأن الالتزام الذي ينشأ منه لم تتدخل الإرادة في إنشائه، لا بل في بعض الحالات ينشأ على الرغم من إرادة الملتزم. ونتيجة ذلك لا يشترط توافر الأهلية في الملتزم بهذا الالتزام، في حين أن الملتزم بالتزام عقدي يشترط فيه توافر أهلية التعاقد، وذلك لأن التزامه يَنشأ من إرادته. فالشخص الذي يقوم بالبناء في أرض الغير، فعله هذا يُنشِئ التزاماً على عاتق صاحب الأرض بأن يعوضه. ولكن الالتزام بالتعويض، في هذا المثال، لا ينشأ من العمل الإرادي المتمثل بالبناء في أرض الغير، ولا يقع هذا الالتزام على عاتق من صدر منه هذا العمل الإرادي وهو الباني، وإنما الملتزم بالتعويض هو صاحب الأرض الذي لم يعبر عن إرادته مطلقاً. وإذا نظرنا بعمق إلى الالتزام الذي ينشأ من شبه العقد يتبين لنا أنه عمل غير مشروع. فقد جرت العادة أن ننظر بداية إلى العمل الذي يبدأ به شبه العقد، وهو في المثال السابق البناء، فلا يعدّ هذا الفعل مصدر الالتزام بالتعويض، وإنما مصدر هذا الالتزام هو الإثراء بلا سبب وهو عمل غير مشروع.[59]

ونتيجة هذه الانتقادات ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين، من معارضي التقسيم التقليدي، إلى تقسيم مصادر الالتزام إلى مصدرين اثنين، وهما: العقد والقانون. وقد ردّ هؤلاء الفقهاء الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد إلى القانون.[60]

---

[59]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 26، ص123.

[60]- انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

Planiol, De la classification des obligations, Revue critique 1904, p.224 et s.

56 مكرر- وقد تعدلت هذه الأحكام في القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر الرئاسي رقم 131-2016 تاريخ 10 شباط 2016 المتضمن تعديل قانون العقود، والنظام العام وإثبات الالتزامات، والصادر بناءً على تفويض تشريعي بموجب القانون رقم 177-2015 تاريخ 16 شباط 2015 المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجالات العدالة والمعاملات "الأعمال" الداخلية، ولاسيما المادتين 8 و27 منه، والذي دخل حيز التنفيذ، بموجب المادة 9 منه، في 10/1/ 2016،[61] وصادق البرلمان الفرنسي على هذا الأمر الرئاسي، بعد أن أدخل عليه بعض التعديلات البسيطة، بالقانون رقم 287-2018 تاريخ 21 نيسان 2018. وهجر المشرع الفرنسي في القانون المدني، في صياغته الجديدة وفق التعديلات المشار إليها أعلاه، التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام، معتنقاً التقسيم الحديث الذي أخذ به القانون الألماني لعام 1901، وفق ما سأبينه في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

التقسيم الحديث لمصادر الالتزام

57- لم تتضمن القوانين الحديثة نصاً خاصاً يتعلق بتعداد مصادر الالتزام أو ترتيبها أو تقسيمها، كالقانون الألماني والقانون السويسري ومشروع القانون الفرنسي والإيطالي والقانون الإيطالي الجديد. ولكن يستخلص من تعقب النصوص التي

---

[61]- وأما العقود المبرمة قبل 2016/10/1 فتبقى خاضعة لأحكام القانون المدني في صياغته القديمة، ونتيجة ذلك نقضت محكمة النقض الفرنسية قراراً تضمن تطبيق أحكام هذا الأمر الرئاسي على عقدٍ مبرمٍ قبل تاريخ نفاذه الواقع في 2016/10/1، نقض فرنسي، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 837، تاريخ 2018/9/19، منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية على الشابكة على الرابط الآتي:

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_2986/premiere_chambre_civile_3169/2018_8490/septembre_8937/837_19_40225.htm

خصصتها هذه القوانين لمصادر الالتزام أنها تكرس خمسة مصادر للالتزام، وهي: العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون.[62] وبالمقارنة بين التقسيم الحديث والتقسيم التقليدي نجد أنهما يتشابهان في مصدرين وهما العقد والقانون. في حين أن التقسيم الحديث دمج الجريمة وشبه الجريمة في مصدر واحد وهو العمل غير المشروع، واستبدل بشبه العقد الإثراء بلا سبب، ومن ثم أضاف الترتيب الحديث مصدراً جديداً إلى مصادر الالتزام وهو الإرادة المنفردة.

وأخذ القانون المدني المصري بهذا التقسيم. ومن ثم أخذ به القانون المدني السوري. فمن الرجوع إلى نصوص هذا القانون نجد أنه لم يخصص أي نص لترتيب أو مصادر الالتزام أو تعدّادها. ولكنه بالمقابل كرس المصادر الخمسة للالتزام المشار إليها أعلاه. وفي الحقيقة يمكن ردَ هذه المصادر الخمسة إلى نوعين، وهما: التصرفات القانونية والوقائع القانونية.

1:- التصرفات القانونية Les actes juridiques :

58- التصرفات القانونية هي الأعمال القانونية التي تتجه فيها الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، كإنشاء حق شخصي أو عيني، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه. وهذه التصرفات إما أن تكون ثنائية كالعقد، أو أن تكون أحادية كتصرفات الإرادة المنفردة. ونتيجة ذلك تسمى التصرفات القانونية بالمصادر الإرادية للالتزام.

2:- الوقائع القانونية Les faits juridiques :

59- الوقائع القانونية هي الأعمال المادية التي لا أثر فيها للإرادة في إحداث أثر قانوني. وهذه الوقائع إما أن تكون أفعالاً ضارة، كالعمل غير المشروع، أو أفعالاً نافعة كالإثراء بلا سبب. ويدخل ضمن هذه الوقائع القانونية القانون كمصدر غير إرادي للالتزام. وتسمى الوقائع القانونية بالمصادر غير الإرادية للالتزام.

---

[62]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 30، ص127. و د. مرقس، المرجع السابق، بند 27، ص51.

ويستخلص من ذلك أن الفرق بين التصرف القانوني وبين الواقعة القانونية هو أن إرادة الأشخاص في التصرف القانوني هي التي ترتب الآثار القانونية المترتبة على ذلك التصرف، في حين أنه لا دخل لهذه الإرادة في إحداث الآثار القانونية المترتبة على الواقعة القانونية، وإنما القانون هو الذي يرتب مثل تلك الآثار. ولا يغير في ذلك شيء، إذا كانت للإرادة في بعض الوقائع القانونية دخل في إحداث الأثر، لأن الأثر هنا لا ينشأ من الإرادة ذاتها وإنما من الواقعة نفسها التي رتب القانون على وقوعها مثل ذلك الأثر. فإذا أراد شخص إلحاق ضرر بالآخر، فالتزامه بتعويض الضرر لا ينشأ من إرادته، وإنما ينشأ من واقعة العمل غير المشروع الذي ارتكبه.[63]

59 مكرر – ووفق التعديلات الجديدة للنظرية العامة للالتزام في القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر الرئاسي رقم 131-2016 تاريخ 10 شباط 2016، والصادر بناءً على تفويض تشريعي بموجب القانون رقم 177-2015 تاريخ 16 شباط 2015 المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجالات العدالة والمعاملات "الأعمال" الداخلية، ولاسيما المادتين 8 و27 منه،[64] والمصادق عليها من البرلمان الفرنسي، بعد أن أدخل عليها بعض التعديلات البسيطة، بالقانون رقم 287-2018 تاريخ 21 نيسان 2018، أخذ المشرع الفرنسي بالتقسيم الحديث لمصادر الالتزام، ونحا في ذلك منحى المشرع الألماني، وهذا ما يُستخلص من المادة (1100) من القانون الفرنسي، في صياغته الجديدة، التي

---

[63]– د.عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984، بند 16 وما يليه، ص30 وما يليه.

[64]– انظر باللغة الفرنسية:

Rapport au Présidant de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publié au JORF n°0035 du 11 février 2016, p. 1 et s.

تنص على أن الالتزامات تنشأ من التصرفات القانونية، والوقائع القانونية، ومن سلطة القانون وحدها. كما يمكن أن تنشأ من التنفيذ الطوعي أو من الوعد بتنفيذ واجب الضمير نحو الغير. وعرفت المادة (1100–1) منه التصرفات القانونية بأنها هي تعابير عن الإرادة تهدف إلى إحداث آثار قانونية، وهي إما أن تكون اتفاقية أو تكون أحادية.

وأما الوقائع القانونية فهي، وفق ما نصت عليه المادة (1100–2) من هذا التقنين، أعمال أو أحداث يرتب القانون عليها آثاراً قانونية. وهي إما أن تكون فعلاً ضاراً أو تكون فعلاً نافعاً.

ويقتصر هذا الكتاب على المصادر الإرادية للالتزام، ومن ثم سأتناول العقد، أو التصرف القانون الثنائي، في الباب الأول منه، ومن ثم أخصص الباب الثاني لتصرف الإرادة المنفردة.

الباب الأول

العقد

60- للإرادة الدور الأساسي والجوهري في التصرفات القانونية، فهي التي تُنشِئ الأثر القانوني الذي يترتب عليها، وهو الالتزام، أو تنقله أو تعدّله أو تنهيه. وكل التزام، في نطاق التصرفات القانونية، يقابله حق. ومن ثم فإن التصرفات القانونية هي، في الآن ذاته، مصدر للالتزام وللحق. والتصرفات القانونية إما أن تصدر عن إرادتين أو أكثر أو عن إرادة واحدة. وعلى ذلك تقسم التصرفات القانونية إلى تصرفات قانونية ثنائية، وتصرفات قانونية أحادية. والشرط الأساسي في التصرفات القانونية هو أن تتجه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المترتب عليها، فإذا لم تتجه الإرادة إلى إحداث هذا الأثر القانوني، فلا يقوم التصرف القانوني. ومثال التصرفات القانونية الثنائية العقد، الذي يحتل مكانة بارزة في التعامل بين أفراد المجتمع، إذ إن كل فرد منا يبرم عشرات العقود في اليوم الواحد من دون أن يعير ذلك أهمية كبيرة، لأن موضوعها لا يشكل قيمة مالية ذات أهمية كبيرة، وإنما تبرم معظم هذه العقود لتدبر الشؤون اليومية المعتادة. وبالمقابل، عندما يشكل موضوع العقد قيمة مالية كبيرة يتطلب الأمر إحاطة عملية التعاقد بالعناية والاهتمام اللازمين، والاستعانة برجال القانون المختصين للإشراف على عملية انعقاد العقد وفق المبادئ القانونية التي يتضمنها القانون، والتي تشكل النظام القانوني للعقد. ومن ثمّ يعدّ العقد من أهم الأنظمة القانونية على الإطلاق، وأكثرها شيوعاً. ويحتل مكانةً بارزةً في عالم المال والأعمال. كما يعدّ العقد من أهم مصادر الالتزام، ومع ذلك لا يقتصر دوره على إنشاء الالتزام، وإنما يمكن أن يؤدي إلى تعديل الالتزام، أو نقله، أو إنهائه. ويترتب على ذلك أن أحكام النظرية

العامة للعقد، والتي نص عليها القانون المدني في الباب المخصص لمصادر الالتزام تطبق على العقد أيضاً عندما يقوم بتعديل الالتزام، أو نقله، أو إنهائه.

ويتناول هذا الباب العقد في أربعة فصول، إذ يعالج الفصل الأول مفهوم العقد، وأما الفصل الثاني فهو مخصص لتكوين العقد، في حين أن الفصل الثالث يبين آثار العقد، ثم أختتمَ هذا الباب بالفصل الرابع الذي يعالج انحلال العقد.

الفصل الأول

مفهوم العقد

61- قبل البحث في شروط تكوين العقد وآثاره الملزمة وانحلاله لا بدّ من بيان أحكام مهمة بالنسبة إلى مفهوم العقد. فلا نستطيع أن نتحدث عن شروط تكوين العقد قبل أن نحدد مفهوم العقد، ومن ثم تعريفه. وبعد ذلك نبين أنواع العقود، ومن ثمّ نعرض لمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد. عندها سوف تمّهد لنا هذه الأبحاث الأرضية المناسبة للحديث عن شروط تكوين العقد وآثاره الملزمة.

الفرع الأول

التطور التاريخي لفكرة العقد وتعريفه

62- قبل بيان تعريف العقد وتحديد المقصود به لا بدّ من عرض تاريخ موجز يبين كيفية ظهور هذا المفهوم وتطوره.

المبحث الأول

التطور التاريخي لفكرة العقد

63- في الحقيقة يعود مفهوم العقد إلى العصور القديمة الراسخة في التاريخ البشري. ولا نستطيع أن نحدد على وجه الدقة الفترة الزمنية التي عُرِف فيها مفهوم العقد. ويعتقد بعض الفقهاء أن الناس عرفوا في البداية التعامل أو التبادل الفوري، أي ما نطلق عليه في عصرنا الراهن العقد المنجز الذي يرتب آثاره فور انعقاده. فكان الإنسان، عند الحاجة، يعطي، ومن ثم يأخذ بقدر ما يعطي، وهذا ما نطلق عليه في العصر الراهن عقد المقايضة.

أما بالنسبة إلى العقود التي تُنشِئ التزامات مستقبلية، فلم تكن معروفة في العهود الأولى من تاريخ البشرية، وظهرت في عهود متقدمة بعض الشيء. ويعتقد أن

ظهور مثل هذه العقود في مراحل لاحقة من تاريخ البشرية، يعود في الأصل إلى فكرة الدية في جرائم القتل. فمن المعلوم أن القتل كان يوجب الثأر وكان سبباً في نشوب الحرب بين أسرة القاتل وأسرة المقتول. ثم عرف بعد ذلك فكرة أخذ الدية، لتحل محل الثأر، ومن ثم ظهرت الالتزامات المستقبلية، وذلك لأنه في كثير من الأحيان لم تكن أسرة القاتل تملك مقدار الدية، فكانت تلتمّس من أسرة المقتول أن تستمهلها لتتمكن من دفع الدية بعد جمعها. وعلى هذا فإن الاتفاق الذي كانت أسرة المقتول تمنح بموجبه أسرة القاتل مهلة لتتمكن من دفع الدية هو الأصل التاريخي للعقود التي تُنشِئ التزامات مستقبلية.[65]

ويذهب قسم آخر من الفقهاء إلى أن أصل العقد هو الاتفاق الذي كان يتمّ بين الخصمين ويتفقان بموجبه على التحكيم بينهما.[66]

وقد مرَّ تطور مفهوم العقد بمراحل مختلفة من تاريخ البشرية، وخاصة تاريخ التشريع، وذلك من حيث الشكليات التي كان يخضع لها، وحرية الإرادة. وكلما كانت البشرية تتقدم في الرقي والازدهار، كلما كان العقد يتحرر من الشكليات، وخاصة إذا لم يكن الأمر يتعلق بمصلحة عامة. ففي بدايات القانون الروماني، كان العقد يخضع لشكليات عدّة، لا ينعقد إلا إذا تحققت تلك الشكليات. ففي المانسيباسيو *La mancipatio*، وهو طريقة عقدية لانتقال الملكية مقتصرة على الرومانيين وعلى الملكية الرومانية، وهو عبارة عن بيع بطريقة القبض باليد، لم تكن الملكية تنتقل إلا إذا توافرت شكليات عدّة منها: وجود ميزان، وقطعة نحاس، وحامل للميزان، وعدد معين من الشهود لا يقل عن خمسة (تتوافر فيهم شروط معينة، وكذلك بالنسبة إلى حامل الميزان، وهي أن يكونوا وطنيين رومانيين،

---

[65]– د.مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول: المدخل الفقهي العام، المجلد الأول، الطبعة السادسة، 1959، مطبعة جامعة دمشق ، بند 135، ص279 وما يليها.

[66]– د.عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، بند 89.

وذكوراً، وبالغين)، وحضور البائع والمشتري، وإحضار الشيء المطلوب بيعه وذلك إذا كان منقولاً، وقبض المشتري على الشيء، ومن ثم تصريح شخصي من المشتري يتضمن ألفاظاً رسمية يقول فيها (إن هذا الشيء هو لي بموجب الحقوق الوطنية الرومانية)، ويبين المشتري سبب الملكية (كالشراء)، وأخيراً يقرع المشتري الميزان بقطعة من نحاس، ثم يلقيها إلى البائع كثمن للشيء.[67]أما إذا كان المبيع عقاراً، فكان يتوجب إحضار جزء من تراب الأرض في مجلس العقد.

وفي الجاهلية أيضاً، عرف العرب بعض البيوع التي كانت تثقلها الشكليات، كبيع الملامسة، وإلقاء الحجر، أو المنابذة (حيث ينبذ البائع المبيع إلى المشتري). وعندما جاءت الشريعة الإسلامية السمحاء، أطلقت البيع من هذه القيود، وأخضعته فقط لارتباط الإيجاب والقبول الصادرين بالتراضي. وقررت أن هذا التراضي هو الذي يُلزم وليست الشكليات. وأوجبت الوفاء بالعقود، فقد جاء في القرآن الكريم (يَـاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوٓاْ اوْفُوا بِالْعُقُودِ).[68] وأوجب القرآن الكريم كتابة العقد، ولكن الكتابة هنا ليست شرطاً لانعقاد العقد، وإنما هي شرط إثبات، يقول الله عزّ وجل: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلاَ يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللهَ رَبَّهُ وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الاُخْرَىَ وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ وَلاَ تَسْأَمُوٓاْ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَو كَبِيراً إِلَىَ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىَ أَلاَّ تَرْتَابُوٓاْ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلاَّ تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلاَ يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ وَإِن تَفْعَلُواْ فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُواْ اللهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللهُ وَاللهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ).[69] لا بل لقد

---

[67]– د.محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية، المرجع السابق، ص 241 وما بعدها.

[68]– سورة المائدة، الآية رقم 1.

[69]– سورة البقرة، الآية رقم 281.

ذهب الفقه الإسلامي إلى أبعد من ذلك، حيث اعتدّ بكل ما يغني عن الإيجاب والقبول في الدلالة على ارتباط الإرادتين وتوافقها. وعلى هذا فقد أجاز التعاطي في البيع، ويكون بقبض المبيع بعد معرفة الثمن، ولم يشترط حضور المبيع في مجلس العقد. وكان القانون الكنسي، قبل الشريعة الإسلامية، قد حرر العقد من الشكليات التي كان القانون الروماني يفرضها ويعلق انعقاده على توافرها.

المبحث الثاني

تعريف العقد

64- العقد لغة هو الرابط، وهو الجمع بين طرفي حبلين وشدّ أحدهما بالآخر، أو الجمع بين أطراف الشيء وربطهما مع بعضهما بعضاً، أي هو الربط المحكم، وضده الحل. ومنه العقدة وهي الموصل بين طرفي حبلين الذي يمسكهما ويوثقهما، واستناداً إلى ذلك أطلق لفظ العقد على اليمين والعهد الذي يلزم الإنسان نفسه باحترامه، وعلى الاتفاق في المعاملات المالية كالبيع وما شابه ذلك.[70]

أما العقد اصطلاحاً فقد كان الفقه الإسلامي التقليدي يعرفه بأنه كل تصرف ثنائي أو أحادي من شأنه أن يرتب أثراً شرعياً، كالبيع والإيجار والشركة والوصية والطلاق. ولكن الفقه المعاصر يقصر تعريف العقد على التصرفات الثنائية القائمة على ارتباط إيجاب بقبول.[71] وقد تضمنت مجلة الأحكام العدّلية التعريف الذي تبناه الفقهاء المعاصرون،[72] وذلك في المادتين 103 و 104 من الكتاب الأول منها

---

[70]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة النوري، دمشق 1987، ص315.

[71]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 25، ص38 وما يليها.

[72]- من أوائل هؤلاء الفقهاء الفقيه الحنفي المعاصر أحمد قدري باشا الذي يعرف العقد في المادة 262 من كتابه " مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان" بأنه: ((ارتباط الإيجاب

والمخصص للبيوع. وتنص المادة 103 على أن " العقد التزام المتعاقدين أمراً وتعهد به وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول". وجاء في المادة 104 على أن " الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما". ويستخلص من ذلك أن العقد في اصطلاح الفقهاء الشرعيين هو " ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله".[73]

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني المصري،[74] لم يعرفا العقد. على العكس من ذلك، فإن التقنين المدني الفرنسي نص على تعريف العقد في المادة 1101 منه في صياغتها القديمة لعام 1804، إذ جاء فيها إن العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص تجاه شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء. وتعرف هذه المادة، في صياغتها الجديدة لعام 2018، العقد بأنه اتفاق إرادات بين شخصين أو عدة أشخاص يهدف إلى إنشاء الالتزامات أو تعديلها أو نقلها أو انقضائها.

الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه))، أشار إليه د. عبد الباقي، المرجع السابق، ص39.

[73]– د.مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول: المدخل الفقهي العام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 275.

[74]– كانت المادة 122 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تعرف العقد بأنه ((اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها)). وأشارت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون إلى أن الغاية من إيراد تعريف للعقد في متن القانون هي نبذ كل تفرقة بينه وبين الاتفاق. ولكن حذف هذا النص أثناء المداولات البرلمانية تماشياً مع قواعد الصياغة القانونية التي تتطلب التقليل من التعاريف. انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص11.

ويعرف العقد، في اصطلاح الفقهاء القانونيين، بأنه " توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله".[75] أو هو " اتفاق إرادتين على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه".[76]ويستخلص من ذلك أن العقد يستلزم توافر إرادة مشتركة وهي عبارة عن توافق إرادتين أو ارتباط إيجاب بقبول، واتجاه هذه الإرادة المشتركة إلى إحداث أثر يرتبه القانون متمثل بإنشاء حق عيني أو شخصي أي التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، يتحقق طوعاً أو جبراً بقوة القانون.[77]ويترتب على ذلك أن توافر الإرادة المشتركة، المتمثلة بارتباط إيجاب بقبول، لا يكفي لوحده لقيام العقد وإن كان أمراً لازماً لقيامه، وإنما لا بد من أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني حتى يقوم العقد. فقبول دعوة على العشاء يشكل إرادة مشتركة، ولكنها لا تؤدي إلى قيام عقد، وذلك لأن هذه الإرادة المشتركة لا تتجه إلى إحداث أثر يرتبه القانون.

- المقارنة بين التعريف الفقهي للعقد والتعريف القانوني له:

65- العقد في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية هو ارتباط بين إرادتين، وليس اتفاق هاتين الإرادتين نفسه، كما ذهب إليه فقهاء القانون.

يتبين من ذلك أن التعريف الفقهي للعقد هو الأصح، وذلك لأنه قد يتمّ الاتفاق بين الإرادتين حتى لو لم يتحقق شروط الانعقاد المطلوبة شرعاً، ومثال ذلك العقد الباطل، ففي هذه الحال لا نكون أمام انعقاد على الرغم من قيام الاتفاق، وذلك لأن الانعقاد في اصطلاح فقهاء الشريعة، وكما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدّلية، هو ارتباط بين إرادتين على وجه مشروع. ويترتب على ذلك أن التعريف الفقهي للعقد لا يشمل العقد الباطل، وذلك لأنه لا يوجد فيه ارتباط، ومن ثم لا

---

[75]- د.السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 36، ص137.

[76]- د.السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، بند 77-80.

[77]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 23، ص33 وما يليها.

يترتب عليه أي نتيجة. أما التعريف القانوني للعقد فإنه يتضمن أيضاً العقد الباطل، وذلك لأن العقد الباطل هو أيضاً اتفاق بين إرادتين.

ويعدّ التعريف الفقهي للعقد أدق من التعريف القانوني له، وذلك لأن التعريف الفقهي يبرز الحقيقة العقدية إلى حيز الوجود على نحوٍ واضحٍ وجليٍ، وذلك عن طريق بيان الأجزاء التي يتكون منها العقد وهي الإيجاب والقبول.

ولا يظهر اتفاق الإرادتين الحقيقة العقدية بصورة بارزة، وإنما الذي يظهره ويبرزه هو ارتباط الإيجاب بالقبول، وما يتضمنان من تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى ليتمّ التلاقي بينهما، ومن ثمّ يبرز إلى الوجود الحقيقة العقدية. فلا ينعقد العقد، بمعناه الدقيق، باتفاق الإرادتين، كما هو عليه الأمر في التعريف القانوني.

والتعريف القانوني للعقد يشمل أيضاً الوعد بالعقد لأنه هو أيضاً اتفاق بين إرادتين. فإذا تمّ اتفاق بين إرادتين على التعاقد، فلا يعني ذلك انعقاد العقد، ولا يتمّ هذا الانعقاد إلا إذا تحركت كل من الإرادتين نحو الأخرى حتى يتمّ التلاقي بينهما. ويظهر من ذلك أن التعريف القانوني للعقد غير مانع، وعلى العكس من ذلك فإن التعريف الفقهي له هو تعريف مانع، حيث إنه يميزه من غيره من التصرفات الشرعية تميّزاً تاماً.[78]

---

[78]– د.الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، بند 134، ص277 وما يليها. حيث يشير بأنه (يجب أن يكون التعريف جامعاً مانعاً. والتعريف الجامع هو الذي يشمل جميع أفراد الشخص المعرف بحيث لا يخرج عنه ما يجب أن يتناوله. أما التعريف المانع فهو الذي يكون قيوده وحدوده مميزة للشيء المعرف عن غيره بصورة كاملة وتامة، ويخرج عنه كل ما ليس من أفراده).

الفرع الثاني

التمييز بين الاتفاق والعقد

66- تعرف المادة 1101 مدني فرنسي، في صياغتها القديمة قبل تعديلها، العقد بأنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص تجاه شخص آخر أو عدّة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعل شيء أو بالامتناع عن فعل شيء.[79] ويبدو من نص هذه المادة أن المشرع الفرنسي يميز بين العقد وبين الاتفاق. فالعقد هو اتفاق بين إرادتين. ومعنى ذلك أن الاتفاق أعم وأشمل من العقد.

والعقد حسب هذا التعريف هو نوع Espèce، في حين أن الاتفاق هو جنس Genre. ويترتب على ذلك أن كل عقد هو اتفاق، ولكن العكس غير صحيح، فكل اتفاق لا يعدّ عقداً. واستناداً إلى ذلك فقد ميز بعض الفقهاء الفرنسيين بين العقد والاتفاق. فالاتفاق هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. في حين أن توافق الإرادتين في العقد لا يتجه سوى إلى إنشاء التزام أو نقله. وعلى هذا فإن وفاء الدين هو اتفاق وليس عقداً، وذلك لأن وفاء الدين، في رأي هؤلاء الفقهاء هو اتفاق يؤدي إلى انقضاء الدين بقبض الدائن له.[80] وقد أخذ المشرع الفرنسي هذا التمييز بين العقد والاتفاق عن دوما Domat وبوتيه Pothier. وقال هذان الفقيهان إن هناك فوائد عملية تترتب على هذا التمييز، وبصورة خاصة من حيث الأهلية، إذ تشترط في طرفي العقد في حالة إنشاء الالتزام أهلية هي غير تلك التي تشترط في طرفي الاتفاق في حالة لا يتمّ فيها إنشاء الالتزامات.

---

[79]- وتعرف المادة 165 من قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1932 وتعديلاته الاتفاق بأنه ((كل التئام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً)).

[80]- د.السنهوري، نظرية العقد، بند 67 حتى 78.

وينتقد قسم آخر من الفقهاء هذا التمييز بين العقد والاتفاق ويقول بعدم صحته. ويرد أصحاب هذا التيار على الذين قالوا بالتمييز بين العقد والاتفاق وبوجود فوائد عملية لذلك بأنه لا يوجد أي فائدة لذلك. ففي وفاء الدين، لا يشكل ذلك اتفاقاً، وإنما هو تنفيذ وعلى ذلك فإذا امتنع الدائن عن الاستيفاء ورفض تسلم دينه، يجيز القانون أن يتمّ الوفاء بإرادة المدين وحده، وفقاً للقانون، ويؤدي ذلك إلى إبراء ذمته وانقضاء الدين. فأين هو إذاً توافق الإرادتين في مثل هذه الحالة؟!

وأما اختلاف الأهلية فمرده ليس التمييز بين العقد والاتفاق، وإنما اختلاف طبيعة التصرف القانوني ومدى خطورته بالنسبة إلى المتعاقدين. فقد يتطلب الأمر في بعض الاتفاقات أهلية أتمّ وأكمل مما يتطلبه في بعض العقود المسماة. فناقص الأهلية يمكن له إبرام عقد مسمى يعدّ بالنسبة إليه تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً، في حين أنه لا يجوز له ذلك بشأن اتفاق يدور بين النفع والضرر.[81] وعلى ذلك يعدّ أصحاب هذا التيار الاتفاق والعقد مترادفين لا فرق بينهما. فالاتفاق بمعناه القانوني هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني. والعقد بمعناه العام أيضاً هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني. وبهذا أخذ المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة الأولى منه. وكذلك مشروع القانون المدني المصري. إذاً يجب أن يكون الهدف من اتفاق الإرادتين هو إحداث أثر قانوني، كنقل ملكية المبيع مقابل الثمن في عقد البيع، حتى يمكن أن يعدّ عقداً. فالاتفاق على تنظيم رحلة أو نزهة لا يعدّ عقداً، وقبول دعوة إلى وليمة أو إلى حفلة زواج لا يعدّ عقداً. ولكن يتميز الاتفاق عن العقد المسمى الذي هو في الأصل نوع من الاتفاقات القانونية التي لها موضوع خاص، كنقل الملكية بعوض في عقد البيع، وتمليك المنفعة بعوض في

---

[81]– د.مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني ...، المصادر، المرجع السابق، بند 65، هامش 1، ص95 و 96.

عقد الإيجار، حيث يعدّ الاتفاق هنا أعم و أشمل من العقد المسمى، وذلك لأن الاتفاق يشمل العقد المسمى والعقد غير المسمى.

وقد هجر المشرع الفرنسي، في صياغته الجديدة للمادة (1101) لعام 2018، فكرة التمييز بين العقد وبين الاتفاق، التي كان يمكن استخلاصها من الصياغة القديمة لهذه المادة؛ إذ إنها تعرف العقد بأنه اتفاق إرادات بين شخصين أو عدة أشخاص يهدف إلى إنشاء الالتزامات أو تعديلها أو نقلها أو انقضائها.[82]

ونستخلص من ذلك أن العقد بمعناه العام هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني الذي يمكن أن يتمثل في إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه.[83]

المبحث الأول

نطاق العقد

67- لا تطبق الأحكام العامة التي تنظم نظرية العقد في القانون المدني السوري، والتي تعدّ جزءاً من النظرية العامة للالتزامات، إلا على الاتفاقات التي تقع ضمن نطاق القانون الخاص، وتنظم العلاقات المالية بين الأفراد. فهي لا تطبق على الاتفاقات التي تتمّ بين الدول (المعاهدات). وكذلك فهي لا تطبق على الاتفاقات التي تهدف إلى تنظيم الحياة السياسية في الدولة، ومثال ذلك الاتفاق الذي يتمّ بين النائب وناخبيه. كما لا تطبق أحكام هذه النظرية على العقود التي تتمّ ضمن

---

[82]- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، (1) العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت 2018، ص39 و40.

[83]- يقترح د.مصطفى الزرقاء التعريف الآتي للعقد: ((هو اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو إنهائه)). وذلك لأن هذا الأستاذ الجليل يرى أن معنى الإنشاء يرافق النقل والتعديل ولا ينفصل عنهما، وذلك لأن النقل يشكل بالنسبة إلى المنقول إليه إنشاء جديد لحق أو التزام لم يكونا لديه قبل ذلك. انظر: شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 66، ص 95 وما يليها.

نطاق القانون الإداري بين الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة بصفتها صاحبة السيادة وبين الأفراد. وقد استقر قضاء مجلس الدولة في فرنسا، وكذلك في مصر وفي سورية، على أن المحاكم الإدارية ليست ملزمة بتطبيق أحكام النظرية العامة للعقد في القانون المدني على العقود الإدارية المتعلقة بإدارة المرافق العامة، إلا أنه لا يوجد مانع من تطبيق أحكام هذه النظرية التي لا تتعارض مع المصلحة العامة المتمثلة بتأمين حسن سير إدارة تلك المرافق.

وكذلك لا تطبق أحكام النظرية العامة للعقد في القانون المدني على الاتفاقات التي تتمّ ضمن نطاق القانون الخاص، ولكنها تنظم العلاقات غير المالية بين الأفراد، كالزواج الذي هو عبارة عن اتفاق بين الزوجين.

وعلى الرغم من عدم تطبيق أحكام النظرية العامة للعقد على كل هذه الاتفاقات، إلا أنها أثرت بشكل أو بآخر في صياغة القواعد القانونية في نطاق القانون الدولي أو القانون الإداري أو قانون الأحوال الشخصية.

وبالمقابل تطبق أحكام النظرية العامة للعقد في القانون المدني على جميع الاتفاقات التي تتمّ ضمن نطاق القانون الخاص وتنظم العلاقات المالية بين الأفراد. وهذه الاتفاقات هي التي تطلق عليها تسمية العقود. ولا فرق هنا في أن يكون المتعاقدان على قدم المساواة، أو يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر. ولا فرق أيضاً في أن يوفق العقد بين مصالح متعارضة، أو يجمع بين مصالح متوافقة. وكذلك الحال بالنسبة إلى العقود الذاتية والعقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كعقود العمل الجماعية، فكلها تدخل ضمن نطاق القانون الخاص، ومن ثمّ تخضع لأحكام النظرية العامة للعقد.[84]

---

[84]– د.السنهوري، الوسيط...، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 39، ص139 و 140. ود.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 29، ص49 وما يليها.

المبحث الثاني

موقع النظرية العامة لأحكام العقد في مصادر الالتزام

68- تبدأ النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني السوري بمصادر الالتزام، وهذا أمر يفرضه المنطق القانوني السليم. وهناك مصادر عدّة للالتزام. ولم يتضمن القانون المدني السوري نصاً يتعلق بترتيب هذه المصادر، وإنما بحث في هذه المصادر في خمسة فصول مستقلة ومرتبة على الشكل الآتي:

الفصل الأول: العقد (المواد من 92 وإلى 162، وهي تقابل المواد من 89 وإلى 161 مدني مصري).

الفصل الثاني: الإرادة المنفردة (المادة 163، وهي مطابقة للمادة 162 مدني مصري).

الفصل الثالث: العمل غير المشروع (المواد من 164 وإلى 179، وهي تقابل المواد من 163 وإلى 178 مدني مصري).

الفصل الرابع: الإثراء بلا سبب (المواد من 180 وإلى 198، وهي تقابل المواد من 179 وإلى 197 مدني مصري).

الفصل الخامس: القانون (المادة 199، وهي مطابقة للمادة 198 مدني مصري).

وجرت العادة على هذا الترتيب. وهكذا تبدأ النظرية العامة للالتزامات بأحكام العقد، الذي يعدّ من أهم هذه المصادر.

ويرى بعض الفقهاء تقديم نظرية العمل غير المشروع، أو الفعل الضار، على نظرية العقد، وذلك لأن الفعل الضار ظهر تاريخياً قبل ظهور العقد. فالفعل الضار هو سبب مادي للالتزام، في حين أن العقد هو سبب إرادي، والأفعال المادية عُرفت بنتائجها الحقوقية قبل تصرفات الإرادة، هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، فإنه من نتائج العقد المسؤولية العقدية. ولكن قد لا تتوافر أركان هذه المسؤولية، ومن ثم فقد تنتفي هذه المسؤولية، ومع ذلك يبقى الشخص مسؤولاً

وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية التي هي من نتائج الفعل الضار. ونتيجة ذلك نجد في النظرية العامة لأحكام العقد إحالات كثيرة على موضوع المسؤولية التقصيرية، ومثال ذلك المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة فسخ العقد أو بطلانه. لهذا السبب يجب أن تبدأ مصادر الالتزام بالفعل الضار، فلا يمكن الإحالة على موضوع لم تُعرف أحكامه بعد.[85]

الفرع الثالث

تصنيف وتقسيم العقود

69- لم يتطرق القانون المدني السوري، ولا القانون المدني المصري، إلى تصنيف العقود وتقسيمها على نحوٍ مباشرٍ. وحسناً فعلا وذلك لأن هذا البحث يدخل ضمن نطاق عمل الفقه. على العكس من ذلك، فإن القانون المدني الفرنسي قد بحث في هذا التقسيم، وخصص له، في صياغته القديمة لعام 1804، ثلاثة تصنيفات رئيسة وهي: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد (المادتان 1102 و1103)، والعقود بعوض وعقود التبرع (المادتان 1105 و1106)، وأخيراً العقود المحددة والعقود الاحتمالية (المادة 1104).[86] وقد أضاف التعديل الجديد لهذا القانون في العام 2016، والمصادق عليه من البرلمان الفرنسي بموجب القانون الصادر في العام 2018، تصنيفات أخرى على هذه

---

[85]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني ....، المصادر، المرجع السابق، بند 69 و70، ص100 وما يليها.

[86]- لقد خصص المشرع الفرنسي الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثالث للأحكام الفقهية للعقود والالتزامات الاتفاقية بشكل عام. وتطرق في هذا الفصل إلى تعريف العقد في المادة 1101 كمصدر من مصادر الالتزام. وبعد ذلك بين أهم تقسيمات العقد المشار إليها في المتن.

التصنيفات. وخصص المشرع، وفق التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي لعام 2018، المواد من 1105 ولغاية 1111-1 لهذه التصنيفات.

وأبدأ أولاً بالتصنيفات التي جاء بها القانون المدني الفرنسي في صياغته القديمة لعام 1804، ومن ثمّ أعرض التصنيفات الأخرى التي نص عليها التعديل الجديد لهذا القانون في العام 2018، وغيرها من التصنيفات التي أخذ بها الفقه القانوني المعاصر.

المبحث الأول

العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد

70- يتبين من هذه التسمية أن هذا التصنيف يقوم على الأثر الملزم للعقد. فإذا كان العقد ينشئ التزامات على عاتق الطرفين المتعاقدين فهو عقد ملزم للجانبين، أما إذا كان يرتب التزامات على عاتق طرف واحد فهو عقد ملزم لجانب واحد.

المطلب الأول

تعريف العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

أولاً:- تعريف العقد الملزم لجانبين:

71- عرفت المادة 1102 مدني فرنسي، في صياغتها القديمة لعام 1804، العقد الملزم للجانبين، ويسمى أيضاً بالعقد التبادلي، Le contrat synallagmatique بأنه العقد الذي يلتزم فيه المتعاقدان بصورة متبادلة ومتقابلة الواحد تجاه الآخر. وهذا ما أكدت عليه المادة 1106 من هذا القانون في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه يعدّ العقد ملزماً للجانبين عندما يلتزم المتعاقدون على نحوٍ تبادلي بعضهم تجاه بعضهم الآخر. ومن ثم يكون فيه كلٌ من المتعاقدين دائناً ومديناً في الآن ذاته ومنذ لحظة انعقاد العقد. ففي عقد البيع مثلاً، يكون البائع دائناً بالثمن ومديناً بتسليم المبيع، ويكون

المشتري دائناً بالتسليم ومديناً بالثمن. وكذلك الحال في عقد الإيجار وعقد المقايضة وعقد الشركة وعقد العمل.

ثانياً:- تعريف العقد الملزم لجانب واحد:

72- العقد الملزم لجانب واحد Le contrat unilatéral هو، وفقاً لنص المادة 1103 مدني فرنسي، في صياغتها القديمة لعام 1804، العقد الذي يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص تجاه شخص آخر أو عدّة أشخاص آخرين، دون أن يكون هناك أي التزام من طرف هؤلاء الأشخاص، أي الطرف الثاني. وهذا ما أكدت عليه المادة 1106 من هذا القانون في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه يعدّ ملزماً لجانب واحد عندما يلتزم شخص أو عدة أشخاص تجاه شخصٍ آخر أو عدة أشخاص آخرين من دون أن يكون هناك التزام متبادل على عاتق هؤلاء.

إذاً العقد الملزم لجانب واحد يُنشِئ في أثناء انعقاده الالتزامات في ذمة طرف واحد فقط، ولا يرتب أي التزام على عاتق الطرف الآخر، وعلى هذا فإن الطرف الملتزم يكون دائماً هو المدين، والطرف غير الملتزم يكون بصورة دائمة هو الدائن. والمثال النموذجي الذي يضرب في هذا المجال هو الهبة، والتي هي وفقاً لأحكام المادة 454 /1 مدني ((عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض)).[87] إذاً الهبة لا تُنشئ التزامات سوى في ذمة الواهب الذي يلتزم بموجبها بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له. وكذلك الحال بالنسبة إلى عقود الرد، مثل القرض والوديعة، حيث ترتب التزامات فقط في ذمة المقترض أو المودع لديه، اللذين يلتزمان برد ما تسلموه على سبيل القرض أو الوديعة في

[87]- وهذا هو نص الفقرة الأولى من المادة 486 من القانون المدني المصري.

التاريخ المحدد.[88] وأخيراً نستطيع أن نستشهد، في هذا المجال، بالوعد بالعقد أيضاً. فهذا الوعد لا يُنشئ التزامات إلا في ذمة الواعدَ.

المطلب الثاني

الفوائد العملية لهذا التصنيف

73- يترتب على التمييز بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد فوائد عملية عدّة، سواء من الناحية الشكلية أو الإثبات أم من الناحية الموضوعية.

أولاً:- من الناحية الموضوعية:

74- ترجع أهمية هذا التصنيف إلى فكرة التقابل والارتباط بين الالتزامات المتبادلة التي ينشئها العقد الملزم للجانبين في ذمة كلٍ من المتعاقدين منذ لحظة انعقاده. ويبقى الارتباط والتقابل بين هذه الالتزامات قائماً حتى لو نفذ أحد المتعاقدين التزاماته، ولم ينفذ المتعاقد الآخر التزاماته المتقابلة. ومن ثمّ يؤدي هذا التقابل إلى نتيجة مهمة جداً، وهي أن حق كلٍ من الطرفين ودينه الناشئين من العقد لا ينفصلان عن بعضهما بعضاً. ويترتب على هذا التقابل ثلاث قواعد أساسية وهي:

1- الدفع بعدم التنفيذ:[89] ومضمون هذه القاعدة هو أنه إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، ومع ذلك طالب المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه المتقابل فيحق لهذا الأخير

---

[88]- يرى بعض الفقه المصري أن عقد القرض وعقد العارية وكذلك عقد الرهن الحيازي تعدّ في ظل القانون المدني المصري الجديد عقوداً ملزمة لجانبين، وذلك لأن القانون عدّها عقوداً رضائية لا عينية، ومن ثمّ لم يعدّ التسليم ركناً فيها وإنما هو التزام يقع على عاتق المقرض والمعير والراهن. انظر: د.السنهوري، المرجع السابق، بند 56، ص 159، هامش1.

[89]- فواز صالح، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المقارن الفرنسي والسوري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص من كلية الحقوق في جامعة العلوم الاجتماعية، تولوز 1، في فرنسا ، تولوز، عام 2000. وعنوانها باللغة الفرنسية هو:

أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ويدفع تلك المطالبة بعدم تنفيذ المطالب لالتزامه المتقابل، ويكون امتناعه في مثل هذه الحال مشروعاً. ومن الواضح أن هذا الدفع يستلزم توافر التزامين متقابلين، وهذا الأمر لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين (المادة 162 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 161 مدني مصري).

2:- الفسخ: ويعني الفسخ أنه إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه وامتنع عن تنفيذه بخطأ منه يحق للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد من أجل أن يتحلل هو أيضاً من تنفيذ التزامه. ويستخلص من ذلك أن قاعدة الفسخ لا تطبق إلا في العقود الملزمة للجانبين والتي تُنشئ التزامات متقابلة (المادة 158 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 157 مدني مصري).

3:- الانفساخ: ويعني أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه نتيجة سبب أجنبي، يؤدي ذلك إلى انقضاء التزامه. ويترتب على هذا الانقضاء سقوط الالتزام المقابل والمترتب في ذمة المتعاقد الآخر (المادة 160 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 159 مدني مصري).

ثانياً:- من الناحية الثبوتية:

75- يجب تحرير السند العادي الذي يثبت عقداً ملزماً للجانبين أو تبادلياً على نسختين أصليتين. أما بالنسبة إلى السند الذي يثبت بعض العقود الملزمة لجانب واحد فإنه يحرر على نسخة واحدة.

L'exception d'inexécution en droit comparé français et syrien.

المطلب الثالث

العقد الملزم للجانبين التام و العقد الملزم للجانبين الناقص

76- يميز بعض الفقهاء في العقود الملزمة للجانبين بين نوعين، وهما: العقد الملزم للجانبين التام والعقد الملزم للجانبين الناقص أو غير التام. والعقد الملزم للجانبين التام هو العقد الذي يُنشئ منذ انعقاده التزامات متقابلة في ذمة كلا المتعاقدين، فمصدر الالتزامات المتقابلة في هذه الحال هو العقد. في حين أن العقد الملزم للجانبين غير التام لا يُنشئ، حين انعقاده، التزامات إلا في ذمة أحد المتعاقدين، وفي أثناء تنفيذ العقد يَنشأ التزام على عاتق المتعاقد الآخر أيضاً، ولكن مصدر هذا الالتزام ليس هو العقد، وإنما قد يكون الفعل الضار أو الإثراء بلا سبب. ففي عقد الوديعة من دون أجر مثلاً، لا يُنشئ العقد التزامات إلا في ذمة المودع لديه حيث يتوجب عليه المحافظة على الوديعة إلى حين استرجاعها، ومن ثمّ يلتزم أيضاً برد الوديعة. ويتبين من ذلك أن مصدر التزامات المودع لديه هو العقد ذاته. ولكن قد يضطر المودع لديه إلى صرف بعض النفقات لكي يؤمن حفظ الوديعة وذلك في أثناء الاحتفاظ بها، أي في أثناء تنفيذ العقد، ومن ثمّ فإنه يتوجب على المودع حين استرداد الوديعة أن يدفع للمودع لديه النفقات التي صرفها على حفظ الوديعة. ومصدر التزامه بدفع النفقات ليس العقد، وإنما هو واقعة الإثراء بلا سبب.

والسؤال الذي يثور بهذا الشأن هو: هل تطبق على العقود الملزمة للجانبين الناقصة القواعد التي تطبق على العقود الملزمة للجانبين التامة، وخاصة الفسخ بسبب عدم التنفيذ والدفع بعدم التنفيذ؟ بالنسبة إلى الفسخ بسبب عدم التنفيذ أجاز الاجتهاد القضائي الفرنسي تطبيقه بشأن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقود

الملزمة للجانبين الناقصة، وذلك منذ أواخر القرن التاسع عشر.[90] أما فيما يتعلق بالدفع بعدم التنفيذ، فلا تقبل أغلبية الفقهاء الفرنسيين تطبيق أحكام هذه النظرية بشأن العقد الملزم للجانبين الناقص، وذلك لأن التزامات الطرفين في هذا العقد هي متبادلة ولكنها غير متقابلة. والدفع بعدم التنفيذ لا يطبق، في نظرهم، إلا في حالة عدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة. وأما الأقلية، فرأيها أنه يمكن تطبيق أحكام الدفع بعدم التنفيذ على مثل هذه العقود.[91]

المبحث الثاني

عقود المعاوضة وعقود التبرع

ويقوم هذا التصنيف على تقسيم العقود من حيث موضوعها.

المطلب الأول

تعريف عقود المعاوضة وعقود التبرع

أولاً:- تعريف عقود المعاوضة:

77- عرفت المادة 1106 مدني فرنسي، في صياغتها القديمة لعام 1804، عقد المعاوضة Contrat à titre onéreux بأنه العقد الذي يُلزم كلاً من المتعاقدين على إعطاء شيء أو فعله. إذاً هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه. وهذا ما أكدت عليه المادة 1107 من هذا القانون في صياغتها الجديد لعام 2018، إذ جاء فيها إنه يعدّ العقد معاوضةً عندما يأخذ كل فريق من الأفرقاء من الآخر منفعة كمقابل لما أعطاه.

---

[90]- انظر في ذلك: القرار الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ 1893/6/29، والمنشور في مجلة دالوز 2،1894، ص 437.

[91]- فواز صالح ، الدفع بعدم التنفيذ...، المرجع السابق.

ففي البيع يقوم البائع بإعطاء المبيع للمشتري، وبالمقابل فإنه يأخذ الثمن منه، فهو إذاً عقد معاوضة. وكذلك الحال بالنسبة إلى الإيجار، حيث يقوم المؤجر بإعطاء المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، وبالمقابل فإنه يأخذ منه الأجرة التي تشكل ثمناً لهذا الانتفاع.

ثانياً:- تعريف عقود التبرع:

78- عرفت المادة 1105 مدني فرنسي، في صياغتها القديمة لعام 1804، عقد التبرع Contrat de bienfaisance ou à titre gratuit بأنه العقد الذي يقوم فيه أحد المتعاقدين بإعطاء الآخر منفعة مجانية، أي أنه لا يأخذ مقابلاً لما أعطاه. وهذا ما أكدت عليه المادة 1107 من هذا القانون في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيه إنه يعدّ العقد تبرعاً عندما يقدم أحد الأفرقاء إلى الآخر منفعةً من دون أن ينتظر أخذ مقابل لها.

والمثال على ذلك الهبة من دون عوض، وكذلك الحال بالنسبة إلى العارية والقرض من دون فائدة.

ويميز بعض الفقهاء في عقود التبرع بين عقود التفضل Les actes de bienfaisances وبين الهبات Les donations. ففي عقود التفضل لا يتنازل فيها المتبرع عن ماله وإنما يتبرع بمنفعة هذا المال، فالمال ذاته يبقى في ملكيته. ففي العارية، لا يتبرع المعير بالعين التي تبقى في ملكيته، وإنما يتبرع بمنفعتها، فهو إذاً عقد تفضل وليس عقد تبرع. وأما في الهبات فيتبرع الواهب بالمال ذاته ويخرج عن ملكية ماله، كما هو عليه الحال في عقد الهبة دون عوض.[92]

[92]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 59، ص162. د. سوار، المرجع السابق، بند 48، ص 47.

المطلب الثاني

الفوائد العملية لهذا التصنيف

79- يترتب على التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع، بنوعيها الهبات وعقود التفضل، نتائج مهمة أهمها:

1- من حيث المسؤولية: تكون مسؤولية المتبرع، عادة أخف من مسؤولية المتعاقد في عقود المعاوضة، لأنه يتنازل عن ماله من دون مقابل. فالواهب لا يضمن، من حيث المبدأ، خلو الشيء الموهوب من العيوب، وفقاً لما نصت عليه المادة 1/463 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/495 مدني مصري؛ في حين أن البائع يضمن العيوب الخفية التي قد تظهر مستقبلاً في المبيع طبقاً لما ذهبت إليه المادة 415 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 447 مدني مصري. وفي عقد الوديعة، يلتزم الوديع ببذل العناية، من أجل حفظ الشيء، التي يبذلها في حفظ أمواله، من دون أن يكلف في سبيل ذلك بأكثر من عناية الرجل المعتاد، إذا كانت الوديعة من دون أجر، أي تبرعاً. أما إذا كانت الوديعة بأجر، أي معاوضة، فيلتزم الوديع ببذل عناية الرجل المعتاد في حفظ الوديعة حتى لو كانت أزيد من العناية التي يبذلها في حفظ أمواله، طبقاً لما جاء في المادة 686 مدني سوري، وهي تقابل المادة 720 مدني مصري.

2- من حيث عيوب الإرادة: يؤثر الغلط في الشخص في عقود التبرع، ويكون سبباً من أسباب إبطال العقد، وذلك لأن شخص المتبرع له يكون دوماً محل اعتبار؛ في حين أنه لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار في العقد، مثال ذلك عقد الشركة، وعقد الوكالة وعقد المزارعة.

3- من حيث الشكل: يكفي التراضي، من حيث المبدأ، لانعقاد عقود المعاوضة وذلك لأنها عقود رضائية، أما بالنسبة إلى الهبة فلا يكفي التراضي من أجل انعقادها، وإنما تطلب المشرع إضافةً إلى ذلك شروط أخرى من أجل انعقادها،

وذلك لأنها ليست عقداً رضائياً، وإنما هي إما أن تكون عقداً عينياً كهبة المنقول، أو تكون عقداً شكلياً كهبة العقار،(المادة 456 مدني سوري، وهي تقابل المادة 488 مدني مصري).

4- من حيث المحل: يجوز، من حيث المبدأ، أن يكون محل عقود المعاوضة أشياء مستقبلية (المادة 132 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 131 مدني مصري)؛ أما في الهبة، فقد نص القانون على أن هبة الأموال المستقبلية باطلة (المادة 460 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 492 مدني مصري).

5- من حيث الأهلية: الأهلية اللازمة لانعقاد عقود التبرع هي أشد من الأهلية اللازمة لانعقاد عقود المعاوضة، وذلك لأن عقود التبرع هي تصرفات ضارة ضرراً محضاً؛ في حين أن عقود المعاوضة هي تصرفات دائرة بين النفع والضرر.

6- من حيث أحكام الالتزام: الطعن بالدعوى البولصية، أي دعوى عدم نفاذ التصرف، في عقود التبرع أيسر منه في عقود المعاوضة (المادة 239 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 238 مدني مصري)، فلا حاجة إلى إثبات سوء نية المتبرع له في عقد التبرع الواقع من مدينٍ معسرٍ من أجل قبول هذه الدعوى. أما في عقود المعاوضات فيشترط من أجل عدم نفاذ التصرف في حق الدائن أن يكون كل من المدين والمتصرف إليه سيء النية. ويتوافر سوء نية المدين إذا كان عالماً بأنه معسرٌ وقت التصرف، أما بالنسبة إلى المتصرف إليه فيكون سيء النية إذا كان عالماً وقت التصرف بإعسار المدين.

المبحث الثالث

العقود المحددة والعقود الاحتمالية (أو عقود الغرر)

تقسم عقود المعاوضة إلى عقود محددة وعقود احتمالية. ويقوم هذا التقسيم على طبيعة العقد.

المطلب الأول

تعريف العقود المحددة والعقود الاحتمالية

أولاً- تعريف العقود المحددة:

80- العقد المحدد Le contrat commutatif هو، وفقاً لأحكام المادة 1104 مدني فرنسي، في صياغتها القديمة لعام 1804، العقد الذي يلتزم فيه كلّ من المتعاقدين بإعطاء أو فعل شيء الذي ينظر إليه على أنه يقابل الشيء الذي أعطاه إياه أو أداه له المتعاقد الآخر. وهذا ما أكدت عليه المادة 1108 من هذا القانون في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ إنها تنص على أنه يعدّ العقد محدداً عندما يلتزم كل فريق من الأفرقاء بأن يقدم إلى الآخر منفعةً التي يُنظر إليها كمقابل لما أخذه.

ويستخلص من ذلك أن كل متعاقد يستطيع، في العقد المحدد، أن يحدد وقت انعقاد العقد ما يعطي وما يأخذ مقابله، والمثال على ذلك عقد البيع.

ثانياً- تعريف العقود الاحتمالية:

81- إذا كان المقابل في العقد هو عبارة عن فرصة الربح أو الخسارة تبعاً لحدث غير مؤكد فيعدّ العقد احتمالياً، وهذا ما ذهبت إليه الفقرة الثانية من المادة 1104 مدني فرنسي، في صياغتها القديم لعام 1804. وهذا ما أكدت عليه المادة 1108 من هذا القانون في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ إنها تنص على أنه يعدّ العقد احتمالياً عندما يقبل الأفرقاء أن تتبع آثار العقد، بالنسبة إلى المنافع وإلى الخسائر التي تنتج عنه، لحدث غير مؤكد. ففي العقد الاحتمالي Le contrat aléatoire لا يستطيع أحد المتعاقدين أن يقدر وقت التعاقد مقدار ما يأخذ أو ما يعطي، وإنما يتوقف ذلك على حدث مستقبلي غير مؤكد الوجود يترتب عليه زيادة التزامات المتعاقدين أو نقصانها. يستخلص من ذلك أن العقد

الاحتمالي يقوم منذ لحظة انعقاده على احتمال الربح والخسارة لكل متعاقد، ولا يعرف في تلك اللحظة من منهما سيحقق الربح ومن منهما ستلحق به الخسارة. ومن ثم فإن احتمال الربح والخسارة هو جوهر العقد الاحتمالي. ومثال العقد الاحتمالي عقد التأمين، وكذلك عقد الرهان، وأيضاً البيع مقابل ريع مدى الحياة. والأصل في العقد الاحتمالي أن يكون من عقود المعاوضة، كما في الأمثلة السابقة. ولكن يمكن أن يكون العقد الاحتمالي من عقود التبرع أيضاً، ومثال ذلك الهبة على شكل ريع مدى الحياة.

المطلب الثاني

الفوائد العملية لهذا التصنيف

82- وتبدو أهمية التمييز بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية من الناحية الاقتصادية، أما من الناحية القانونية فهذه الأهمية محدودة. ويبدو ذلك على النحو الآتي:

1- تقوم العقود الاحتمالية على أساس الغرر أو الاحتمال في الربح والخسارة، فإذا انتفى هذا الاحتمال كان العقد باطلاً. فإذا باع شخص منزلاً مقابل ريع لمدى الحياة يعطى لشخص ثالث، ثم تبين أن المستفيد كان وقت انعقاد العقد متوفياً، فهنا العقد باطل وذلك لأن الاحتمال الذي يقوم عليه هذا العقد هو غير موجود في الأصل، حتى لو توهم البائع وجوده في أثناء انعقاد العقد. وهذا ما أكدت عليه المادة 362 من قانون التجارة البحرية رقم 46 لعام 2006 عندما نصت على أنه ((1- يقع باطلاً عقد التأمين الذي يبرم بعد تحقق الخطر المؤمن منه أو بعد زواله إذا ثبت أن نبأ تحققه أو زواله بلغ إلى المكان الذي يوجد فيه المؤمن له قبل إصدار أمره بإجراء التأمين أو إلى مكان توقيع العقد قبل أن يوقعه المؤمن. 2- وإذا كان التأمين معقوداً على شرط الأنباء السارة أو السيئة فلا يبطل إلا إذا ثبت علم المؤمن له بتحقق الخطر أو علم المؤمن بزواله)).

2- عندما يكون للغبن المادي أو المجرد تأثير في العقد، فإن دعوى الغبن لاتسمع بشأن العقود الاحتمالية، وذلك لأن هذه العقود تقوم على الاحتمال، وهو يعني في الأصل حصول الغبن بالنسبة إلى أحد المتعاقدين في حين أنها يمكن أن ترد بشأن العقود المحددة. ومثال ذلك المادة 393 مدني سوري التي تسمح بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل في حال بيع عقار لقاصر لا تتوافر فيه الأهلية بغبن يزيد على الخمس، إذ إنها تطبق فقط على عقد البيع محدد القيمة ولا تطبق على العقد الاحتمالي حتى لو كان العقار مملوكاً لقاصر.

المبحث الرابع

العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية

ويقوم هذا التصنيف على أساس كيفية انعقاد العقد.

أولاً- تعريف العقود الرضائية:

83- لم ينص القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، على هذا التصنيف. في حين أن المادة 1109 من هذا القانون، وفق التعديل الجديد لهذا القانون في العام 2018، تنص صراحةً عليه. ويعدّ العقد رضائياً، وفق أحكام هذه المادة، عندما ينعقد بمجرد تبادل الرضا أياً كانت وسيلة التعبير عنه.

ويُستخلص مما تقدم أن العقد الرضائي Le contrat consensuel هو العقد الذي ينعقد بمجرد ارتباط إرادتين وتطابقهما. ومن ثم فإن انعقاده لا يستلزم سوى توافر التراضي، أي تلاقي الإيجاب والقبول. ولا يتوقف انعقاد هذا العقد على طريقة معينة لارتباط هاتين الإرادتين، فقد يكون هذا الارتباط شفاهة، أو كتابة وهو الدارج عملياً.[93] ونتيجة ذلك تعدّ عقود الإذعان عقوداً رضائية وإن كان رضا

---

[93]- إذا كان العقد المكتوب موقعاً من طرف واحد، كالبائع في عقد البيع، فيعدّ ملزماً له، ويجوز للمشتري أن يجبره قضاءً على تسليم المبيع. ولا يجوز في مثل هذه الحالة للبائع أن يحتج بعدم توقيع المشتري على العقد، وإنما يجوز ذلك لمن له مصلحة في ذلك كمشتر آخر

المتعاقد المذعن محدوداً، إذ لا يحق له مناقشة شروط العقد، وإنما يجب عليه الإذعان لها. والأصل بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة أن العقود رضائية ولا يتطلب من أجل انعقادها أي إجراء آخر، إلا ما استثني بموجب نص خاص، قانوناً أو اتفاقاً، يقضي بضرورة توافر شكلية معينة أو ضرورة تسليم الشيء من أجل انعقاد عقد ما. ويترتب على ذلك أنه يجوز للمتعاقدين اشتراط الكتابة مثلاً من أجل انعقاد العقد، أو اشتراط تسليم الشيء محل العقد.

ثانياً- تعريف العقود الشكلية:

84- تنص المادة 1109 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يعد العقدَ رسمياً عندما يخضع صحته لأشكال محددة في القانون. يُستخلص من ذلك أن العقد الشكلي، أو العقد الرسمي، ou le contrat Le contrat formel solennel هو العقد الذي لا يكفي فيه ارتباط إيجاب بقبول وتطابقهما من أجل انعقاد العقد، وإنما يتوقف هذا الانعقاد إضافةً إلى ذلك على توافر بعض الشكليات والمراسم المعينة، فيكون العقد في هذه الحال عقداً

من البائع. نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1810/أساس 2143، تاريخ 1999/11/28، منشور في الموسوعة القضاء المدني...، القاعدة رقم 4354، ص2149. وفي المعنى ذاته قرار 60/أساس 180، تاريخ 1995/2/19، المحامون، العدّدان 9 و 10 لعام 1996، ص871. وقرار 1333/أساس 1615، تاريخ 1995/11/19، منشور في موسوعة القضاء المدني...، القاعدة رقم 4365، ص2153. ويغني طلب المشتري تسجيل المبيع باسمه، أو تصرفه بالمبيع عن توقيعه على العقد. نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 379/أساس 269، تاريخ 1995/4/30، المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 1997، ص471. كما أن كتابة المتعاقد اسمه بخط يده على العقد يغني عن التوقيع لأنه لا يشترط أن يكون للتوقيع شكل معين، ومن ثمّ يمكن عدّ كتابة الاسم بمنزلة التوقيع. نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 750/أساس1314، تاريخ 1998/5/10، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4405، ص2170.

شكلياً. ويترتب على ذلك أن الشكلية تعدّ في مثل هذه الحال بمنزلة ركن خامس للعقد الذي لا ينعقد إلا بتوافرها إضافةً إلى الأركان الأخرى. ويهدف المشرع من وراء فرض الشكلية إلى تنبيه المتعاقد إلى خطورة آثار التصرف الذي يبرمه وأهميته، ومن ثم أراد أن يتأكد من أن إرادة هذا المتعاقد قد اتجهت إلى إحداث تلك الآثار، وذلك حماية له. وتتمثل هذه الشكلية عادة في الكتابة والرسمية. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 456 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 488 مدني مصري، والتي اشترطت أن تكون الهبة بسند رسمي وإلا وقعت باطلة. ويسمى العقد الشكلي في مثل هذه الحال بالعقد الرسمي.[94] وتجدر الإشارة إلى أن التشريعات الحديثة تضمنت مبدأ الرضائية في العقود، ولكنها لم تطبقه على نحوٍ مطلقٍ، إذ إنها نصت على بعض العقود الشكلية أيضاً. ولكن الشكلية في هذه التشريعات تختلف عن الشكلية في العصور القديمة، إذ لا تكفي الشكلية وحدها لانعقاد العقد، وإنما لا بدّ فيه، إضافةً إليها، من تلاقي الإيجاب والقبول أيضاً، ويترتب على ذلك أن وظيفة الشكلية في هذه التشريعات هي وظيفة حمائية، إذ إنها تهدف إلى حماية المتعاقد؛ في حين أن الشكلية في القانون الروماني كانت تكفي لوحدها لانعقاد العقد، ومن ثمّ فإن الشكلية كانت تقوم بوظيفة فنية لا حمائية. ونتيجة ذلك لم يكن جائزاً في القانون الروماني الطعن في العقد بالغلط أو التدليس أو الإكراه.[95]

1:- شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات:

85- إذا استلزم القانون توافر الشكلية لانعقاد العقد، ففي هذه الحال يتوقف قيام العقد على توافر هذه الشكلية وجوداً وعدماً، فإذا توافرت هذه الشكلية انعقد العقد،

---

[94]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 42، ص83. وانظر كذلك: د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005، ص15 وما يليها.

[95]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 48، ص150 وما يليها.

وإذا غابت فلا ينعقد. في حين أنه لا تأثير لشكلية الإثبات في انعقاد العقد، فالعقد في هذه الحال ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما، ولكن يتوقف إثبات ذلك على توافر الشكلية التي استلزمها القانون.[96] ولا تأثير لغياب هذه الشكلية، كالكتابة، في انعقاد العقد، حيث يجوز في هذه الحال إثبات العقد بالإقرار أو باليمين الحاسمة. ومثال ذلك عقد الصلح، إذ تنص المادة 520 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 552 مدني مصري، على عدم جواز إثبات الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي. وكذلك الحال بالنسبة إلى عقد العمل الزراعي، حيث اشترط القانون أن يكون خطياً أي مكتوباً. والكتابة هنا شرط للإثبات، وهذا ما يستفاد من نص المادة 8 من قانون العلاقات الزراعية رقم 56، تاريخ 2004/12/29.[97] وكذلك الحال أيضاً بالنسبة إلى عقد العمل الفردي، إذ تنص المادة 47 من قانون العمل الجديد رقم 17 تاريخ 4/12/ 2010 على أن الكتابة شرط ضروري لإثبات العقد.[98] ومثال ذلك أيضاً عقد المزارعة المنصوص عليه في المادة 96/ب من قانون تنظيم العلاقات الزراعية لعام 2004.

---

[96]- تنص المادة 54/أ من قانون البينات لعام 1947 وتعديلاته على أنه ((إذا كان الالتزام التعاقدي، في غير المواد التجارية، تزيد قيمته على خمسمائة ليرة، أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك...)).

[97]- تنص المادة 8 من قانون العلاقات الزراعية لعام 2004 على أنه ((أ- تنظم العلاقات بين صاحب العمل الزراعي والعمال الزراعيين بعقد عمل خطي. يحرر العقد على ثلاث نسخ تودع إحداها لدى المديرية وتعطى نسخة لكل من طرفي العقد. ب- إذا لم يحرر عقد خطي، جاز للعامل وحده إثبات حقوقه بطرق الإثبات كافة....)).

[98]- تنص المادة 47 من قانون العمل رقم 17 لعام 2010 على أنه ((أ- يلتزم صاحب العمل بتحرير عقد العمل المبرم مع العامل كتابةً وباللغة العربية على ثلاث نسخ، لكل من الطرفين نسخة، ونسخة باللغة الأجنبية في حال كان العامل غير عربي، ويلتزم صاحب العمل بإيداع

وقد تضمن القانون المدني السوري، على عقدين شكليين وهما: عقد الشركة ويشترط فيه الكتابة، وعقد هبة العقار ويشترط فيه الرسمية. وإذا لم تكن الهبة بسند رسمي، فتقع باطلة.[99] أما بالنسبة إلى الهبة المستترة بعقد بيع صوري، فإن المشرع أعفى هذه الهبات من الشكلية، إذ إنه لم يشترط فيها الرسمية. ومن ثمّ تكون هذه الهبات صحيحة على الرغم من أنها لم توثق في ورقة رسمية سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أم إلى الغير.[100]وهناك عقود شكلية خارج نطاق القانون المدني نصت عليها قوانين أخرى، مثل اتفاق العمل الجماعي الذي اشترطت المادة 186 من قانون العمل لعام 2010 أن يكون مكتوباً باللغة العربية وإلا كان العقد باطلاً. وكذلك مثل عقد رهن السفينة، إذ تشترط المادة 69 من قانون التجارة البحرية رقم 46 تاريخ 2006/12/5 أن يكون هذا العقد رسمياً تحت طائلة البطلان. ومثال ذلك أيضاً عقد التسليف على الأسناد، إذ اشترطت المادة 238 من قانون التجارة لعام 2007 أن يكون خطياً تحت طائلة البطلان. ولكن هذا البطلان من نوع خاص لا يجوز التمسك به وفق أحكام هذه المادة إلا للمستفيد.

ومثال ذلك أيضاً تنازل المؤلف عن حقوقه على مصنفه، إذ تشترط المادة 8/ب من المرسوم التشريعي رقم 62 لعام 2013، المتضمن قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، أن يكون التصرف موثقاً بسندٍ خطيٍ أو الكتروني تحت طائلة

الثالثة لدى مديرية التأمينات الاجتماعية المختصة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تحرير العقد.
ب- إذا لم يوجد عقد مكتوب جاز للعامل إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات ولصاحب العمل إثبات العكس بنفس الطريقة)).

[99]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 853، تاريخ 2005/6/2، مجلة المحامون، العدّدان 1 و 2 لعام 2006، ص115.

[100]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 685، تاريخ 1999/5/2، سجلات محكمة النقض.

البطلان؛ وكذلك المادة 25/ب من القانون ذاته التي تنص على بطلان تصرف فناني الأداء عن حقوقهم سواء أكان بعوض أم بغير عوض.

2:- شكلية الانعقاد والشكليات الملطفة:

86- يتوقف انعقاد العقد على توافر شكلية الانعقاد، إذ إن العقد لا ينعقد في مثل هذه الحال بمجرد ارتباط إيجاب بقبول وتطابقهما، وإنما لا بدّ زيادةً على ذلك أن ينصب هذا الارتباط في القالب الذي يحدده القانون أو الاتفاق، كهبة العقار إذ لا تنعقد إلا بسند رسمي. ولكن قد يتطلب المشرع توافر شكليات أخرى في العقد من دون أن يتوقف على توافرها انعقاد العقد، وإنما يؤدي عدم التقيد بها إلى تعرض المتعاقدين لبعض الصعوبات. ويترتب على ذلك أن مثل هذه الشكليات لا تعدّ استثناءً على مبدأ الرضائية، وإنما "هي مجرد تلطيفٍ له".[101] وأهم أنواع هذه الشكليات الملطفة لمبدأ الرضائية هي:

أ:- شكليات الإشهار:

87- ومثال هذه الشكليات شهر بعض التصرفات القانونية في سجلات معينة من أجل سريان آثارها بين المتعاقدين وتجاه الغير، كشهر التصرفات القانونية المتعلقة بالعقارات في السجل العقاري، فالمادة 11 من القرار رقم 188 لعام 1926 وتعديلاته المتضمن إنشاء السجل العقاري تنص على أن ((الصكوك الاختيارية والاتفاقات المتعلقة بإحداث حق عيني أو نقله أو إعلانه أو تعديله أو إبطاله لا تكون نافذة حتى بين المتعاقدين إلا اعتباراً من تاريخ تسجيلها...)). وهذا ما أكدت عليه المادة 825 مدني بقولها أن الحقوق العينية العقارية تكتسب وتنتقل بتسجيلها في السجل العقاري. ومثال ذلك أيضاً ضرورة تسجيل جميع العقود والتصرفات الواردة على المتجر في سجل المتجر الذي أحدثه قانون التجارة الجديد رقم 33

---

[101]- د.سوار، المرجع السابق، بند 263، ص203.

لعام 2007 والنافذ بدءاً من 2008/4/1، ولا تسري هذه العقود والتصرفات بحق الغير ما لم تسجل في هذا السجل، طبقاً لما ذهبت إليه المادة 57 من هذا القانون.

ب:- الشكليات المالية:

88- وتقوم هذه الشكليات على تسجيل بعض العقود لدى جهات عامة معينة من أجل تسهيل استيفاء الرسوم المترتبة عليها. ويترتب على تخلف هذه الشكلية غرامة مالية من ناحية، وعدم سريان العقد على الغير حسن النية إلا من اليوم الذي يصبح فيه ثابت التاريخ، وفق ما نصت عليه المادة 11 من قانون البينات لعام 1947 وتعديلاته، من ناحية أخرى. ومثال ذلك المادة 3 من قانون الإيجار الجديد رقم 6 لعام 2001 وتعديلاته التي نصت على أن تسجل عقود الإيجار في الوحدات الإدارية، ويستوفى من المؤجر عند التسجيل رسم مقداره 1% من بدل الإيجار الشهري شرط ألا يزيد على مدةَ سنة واحدة مهما كانت مدةَ العقد.

وتعدلت هذه المادة بموجب القانون رقم 13 لعام 2014، وأصبح الرسم 1% من بدل الإيجار الشهري مهما بلغت مدة الإيجار وقيمته، على ألا يقل الرسم عن 500ل.س. للعقار السكني وعن 1000 ل.س. للعقار التجاري أو الصناعي والمكاتب الفنية والخدمية. وهذا ما أكدت عليه المادة 3 من قانون الإيجار الجديد رقم 20 لعام 2015، الذي أنهى العمل بقانون الإيجار رقم 6 لعام 2001 وتعديلاته.

ويعدّ العقد المسجل وفق أحكام هذه المادة سنداً تنفيذياً يحق للمؤجر بموجبه أن يسترد عقاره عند انتهاء مدةَ الإيجار عن طريق دائرة التنفيذ. أما في حال عدم تسجيل العقد فيخضع في إثباته للقواعد القانونية النافذة، وفقاً لما جاء في المادة 4

من القانون ذاته. ولم ينص المشرع على فرض غرامة مالية في حال عدم تسجيل العقد.[102]

ج:- الشكليات الإدارية:

89- ينص المشرع في بعض الأحيان على شكليات إدارية تتطلب ضرورة تبليغ العقد لجهات معينة، أو ضرورة الحصول على ترخيص إداري قبل إبرام العقد. ولا تؤثر هذه الشكليات في انعقاد العقد، وإنما عدم مراعاتها يعدّ جرماً جزائياً من نوع المخالفة يستوجب غالباً عقوبة الغرامة. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 25 من قانون العمل رقم 17 لعام 2010، إذ إنها ألزمت صاحب العمل خلال مدةّ خمسة عشر يوماً من تاريخ استخدامه أحد المتعطلين في وظيفة أو عمل لديه بأن يرسل وثيقة القيد المتعلقة به إلى المكتب العام للتشغيل الذي أصدرته. ويعاقب صاحب العمل في حال مخالفة هذا الحكم بغرامة مقدارها 5000 ليرة سورية عن كل عامل، وذلك بموجب المادة 255 من القانون ذاته.

ثالثاً- العقود العينية:

90- تنص المادة 1109 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يعدّ العقد عينياً عندما يخضع تكوينه إلى تسليم شيء.

يُستخلص من ذلك أن العقد العيني Le contrat réel هو العقد الذي لا يكفي لانعقاده مجرد توافر التراضي، وإنما لا بدّ إضافةً إلى ذلك تسليم العين التي يرد عليها العقد. ويترتب على ذلك أن العقد العيني يشبه العقد الشكلي من حيث أن التراضي فيهما لا يكفي لانعقاد العقد، وإنما لا بدّ فوق ذلك من توافر إجراء آخر. ويتمَثل هذا الإجراء في العقد الشكلي بتوافر الشكلية التي نص عليها المشرع،

---

[102]- د.محمد عرفان الخطيب و د. فواز صالح، عقد الإيجار، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، مطبعة الروضة، دمشق 2006/2005، ص428 و ما يليها.

كالكتابة أو الرسمية. أما في العقد العيني فيتمثل هذا الأجراء في تسليم الشيء المعقود عليه من أحد المتعاقدين للآخر. ويرجع ظهور العقد العيني إلى القانون الروماني كاستثناء على مبدأ شكلية العقود الذي كان سائداً في ذلك الوقت. وبموجب هذا الاستثناء حل تسليم العين محل الشكل في عملية انعقاد العقد في بعض العقود كالقرض والعارية والوديعة والرهن الحيازي.

وقد ورث القانون المدني الفرنسي العقود العينية هذه عن القانون الروماني. والعقود العينية في هذا القانون هي: الهبة والقرض والرهن الحيازي والعارية والوديعة. ولكن الفقه الحديث ينتقد التوسع في مفهوم العقد العيني. ففي القانون الألماني مثلاً هناك عقدان عينيان فقط وهما القرض والرهن الحيازي. وفي القانون السويسري هناك عقد واحد وهو الرهن الحيازي.[103] أما القانون المدني السوري فتضمن نوعين من العقود العينية وهما: هبة المنقول (المادة 456)، ورهن المنقول (المادة 1030). ويؤخذ على القانون المدني السوري نزع صفة العقد العيني عن الوديعة، فلا يعقل أن يسمى شخص وديعاً قبل أن يتسلم الوديعة. وفي الفقه الإسلامي، العقود العينية هي: الهبة، والقرض، والرهن الحيازي، والعارية، والوديعة.

المبحث الخامس

العقود المسماة والعقود غير المسماة

91- ويقوم هذا التصنيف وفقاً لما إذا كان المشرع قد نظم أحكام العقد أم لا. وكان لهذا التصنيف في القانون الروماني فائدة كبيرة، حيث لم تكن تتمتع بالتنفيذ الجبري إلا العقود المسماة المبرمة وفقاً للمراسم الشكلية التي يتطلبها القانون.

---

[103]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 45، ص 90 وما يليها.

ومن ثمّ لم يكن البريتور، وهو والي القضاء بين الوطنيين، يسمع الدعوى بشأن عقد غير مسمى. ولم ينص القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، على هذا التصنيف؛ في حين أن المادة 1105 من هذا القانون، وفق التعديل الجديد له في العام 2018، تنص صراحةً عليه، إذ جاء فيها أن العقود تخضع، سواء أكان لها تسمية خاصة أم لا، للقواعد العامة المنصوص عليها في هذا الباب الفرعي. وتحدد القواعد الخاصة ببعض العقود ضمن الأحكام الخاصة بكل عقد منها، على أن تطبق القواعد العامة مع مراعاة هذه القواعد الخاصة.

المطلب الأول

تعريف العقد المسمى والعقد غير المسمى

أولاً:- تعريف العقد المسمى:

92- العقد المسمى Le contrat nommé هو العقد الذي أضفى المشرع عليه اسماً خاصاً يميزه من غيره من العقود، ونظمه بموجب أحكام خاصة به، وذلك نتيجة كثرة تداوله بين الأشخاص. وقد خصص المشرع السوري الكتاب الثاني من القسم الأول من القانون المدني للعقود المسماة. زدّ على ذلك أن المشرع تناول أحكام عقد الرهن الحيازي وعقد الرهن التأميني في الكتاب الرابع من القسم الثاني من هذا القانون، بحسبانهما من التأمينات العينية.

ثانياً:- تعريف العقد غير المسمى:

93- العقد غير المسمى Le contrat innommé هو العقد الذي لم يضف المشرع عليه اسماً خاصاً، ومن ثمّ لم ينظمه بموجب أحكام خاصة به، وإنما يخضع في انعقاده وفي آثاره للأحكام العامة لنظرية العقد. ولكن اعتاد الأشخاص على إطلاق بعض التسميات على بعض هذه العقود، كعقد العلاج الطبي الذي

يـربط المـريض بالطبيـب المعـالج، وعقـد نشـر إعـلان فـي جريـدة، وعقـد الاستثمار،[104] ومع ذلك تحتفظ هذه العقود بتسميتها كعقود غير مسماة.

المطلب الثاني

الفوائد المترتبة على هذا التقسيم

94- طالما أن المشرع خصّ العقود المسماة بأحكام خاصة بها، فإن أي نزاع ينشأ بصدد عقد مسمى ويعرض على القاضي، فيتوجب عليه أن يبحث عن حلٍ لهذا النزاع ضمن الأحكام الخاصة التي تنظم العقد محل النزاع بشرط عدم اتفاق الطرفين على حل مخالف في العقد المبرم بينهما. ولا يجوز للقاضي أن يطبق على مثل هذا النزاع القواعد العامة لنظرية العقد، إلا في حال تعذر عليه العثور على حلٍ للنزاع المطروح عليه ضمن الأحكام الخاصة للعقد محل النزاع. وبالمقابل إذا كان النزاع المطروح على القاضي ناشئاً من عقد غير مسمى، فيجب على القاضي أن يبحث عن حلٍ له مباشرةً بالعودة إلى الأحكام العامة لنظرية العقد. ولا يتقيد القاضي بالتسمية التي يطلقها المتعاقدان على عقدهما، وإنما من حق القاضي إطلاق التسمية الصحيحة للعقد والتي تتفق مع الأحكام الخاصة به. والعمل الذي يقوم به القاضي في مثل هذه الحال يسمى بالتكييف القانوني. فإذا أطلق المتعاقدان على العقد المبرم بينهما تسمية البيع التي تتعارض مع الأحكام الخاصة بعقد البيع، فلا يتقيد القاضي بتلك التسمية، وإنما يجب عليه إضفاء التسمية الصحيحة على العقد التي تضمن تطبيق الأحكام الخاصة به، كما لو تبين للقاضي أن التسمية الحقيقية للعقد هي الهبة، ومن ثمّ عليه أن يضفي على العقد اسم الهبة بدلاً من البيع.

---

[104] - نقض سوري، الغرفة المدنية الثالثة، قرار 927/أساس 1168، تاريخ 2000/4/5، منشور في موسوعة القضاء المدني الجديد...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4723، ص2315.

المبحث السادس

العقود الفورية والعقود المستمرة أو الزمنية

95- يقوم هذا التقسيم على أساس زمن تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد. ولم ينص القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، على هذا التصنيف؛ في حين أن المادة 1111-1 من هذا القانون، وفق التعديل الجديد له في العام 2018، تنص على أن العقد الفوري "ذو التنفيذ الآني" هو الذي يمكن أن تنفذ الالتزامات الناشئة منه بأداء وحيد؛ في حين أن العقد المستمر " ذو التنفيذ المتعاقب" هو تنفيذ التزامات أحد الأفرقاء على الأقل بأداءات متعددة متعاقبة زمنياً.

المطلب الأول

تعريف العقد الفوري والعقد المستمر أو العقد الزمني

أولاً:- العقد الفوري:

95 مكرر- يمكن تعريف العقد الفوري Le contrat instantané بأنه العقد الذي لا يعدّ الزمن عنصراً أساسياً فيه ولو اتفق المتعاقدان على تأجيل تنفيذ الالتزامات أو على تنفيذها على دفعات، ما دام أن الزمن عنصر عرضي فيها، ولا دخل له في تعيين محله. ومثال ذلك عقد البيع حتى لو كان الثمن مؤجلاً، لأن الزمن لا يدخل في تعيين المبيع والثمن، وتدخل الزمن المتمثل بالأجل هنا ليس من جوهر العقد وإنما هو تدخل عرضي. ولا يفقد العقد صفته الفورية حتى لو كان الأجل إجبارياً، كما لو اتفق شخص مع فنان تشكيلي على أن يرسم له لوحة، لأن رسم اللوحة سيستغرق بعض الوقت الذي يعدّ أجلاً إجبارياً، ومع ذلك فإن هذا الأجل هو عنصر عرضي لأنه لا يدخل في تعيين محل العقد المتمثل باللوحة والثمن المتفق عليه. فالزمن في مثل هذه الحالات يتدخل من أجل تحديد وقت التنفيذ، لا من أجل تعيين محل العقد.

ثانياً- تعريف العقد المستمّر أو الزمني:

96- العقد المستمّر Le contrat successif هو العقد الذي يعدّ الزمن عنصراً جوهرياً فيه، ويدخل في تحديد محله. ويكون العقد مستمّراً إذا كان محله منفعة أو عملاً، فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدةٍ زمنية مهما قصرت، كما لا يمكن تصور العمل من دون أن يكون مقترناً بمدةٍ زمنية. ويُستخلص من ذلك أن عقد الإيجار هو عقد مستمّر، وذلك لأن محله هو المنفعة والأجرة، ومن ثمّ فإن الزمن هو عنصر جوهري فيه إذ بدونه لا يمكن تحديد مقدار تلك المنفعة. وكذلك الحال بالنسبة إلى عقد العمل، إذ إن الزمن فيه عنصر جوهري وذلك لأنه لا يمكن تحديد محله المتمثل بتقديم العامل العمل المتفق عليه مقابل الأجر إلا إذا كان مقاساً بالزمن. ويمكن للمتعاقدين في حال ما إذا كان الزمن لا يدخل في تعيين محل العقد أن يتفقا على تكرار محل العقد بتجدد الزمن مدةً معينةً أو غير معينة بحيث يصبح الزمن عنصراً جوهرياً فيه، ويترتب على مثل هذا الاتفاق أن العقد ينقلب من عقد فوري إلى عقد زمني، كما في عقد التوريد إذ إن الأصل فيه إمكانية تحديد الشيء محل العقد في كل مرة من دون أن يتدخل الزمن في ذلك، ولكن الاتفاق على تكرار توريد ذات الشيء مرات عدّة تتجدد بتجدد فترات الزمن خلال المدةّ المتفق عليها يؤدي إلى تحويل العقد من عقد فوري إلى عقد زمني.[105] ونتيجة ذلك فإن الفقه يميز بين نوعين من العقود المستمّرة أو الزمنية وهما العقد المستمّر ذات التنفيذ المستمّر ومثاله عقد الإيجار، والعقد المستمّر ذات التنفيذ الدوري ومثاله عقد التوريد.

---

[105]- د. مرقس، المرجع السابق، بند 57، ص108 و109.

المطلب الثاني

فوائد هذا التقسيم

97- يترتب على تقسيم العقود إلى عقود فورية وعقود مستمرّة أو زمنية نتائج عدّة، وأهمها:

1:- تطبق قاعدة الأثر الرجعي في الفسخ على العقد الفوري؛ في حين أنها لا تطبق على العقد المستمّر أو الزمني، وذلك لأن ما نُفذ من العقد الفوري يمكن إعادته، أما ما نُفذ من العقد المستمّر فلا يمكن إعادته. ومن ثمّ ينتج الفسخ أثره في العقد المستمّر بالنسبة إلى المستقبل فقط لا بالنسبة إلى الماضي.

2:- استحالة تنفيذ الالتزام في العقد الفوري بسبب القوة القاهرة مؤقتاً تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد، وتبقى التزامات كل من الطرفين حتى تزول القوة القاهرة من دون نقصان، كما أنها قد تؤدي إلى انفساخ العقد إذا طالت مدةً وقف العقد. أما في العقد المستمّر فيترتب على التوقف طرح مدةّ التوقف من أصل مدةّ العقد المستمّر. وبمعنى آخر فإن استحالة تنفيذ الالتزام في العقد المستمّر تؤدي إلى انفساخ العقد كلياً أو جزئياً، لا إلى وقف تنفيذ الالتزام، كما في العقد الفوري.

3:- إذا تأخر أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه في عقد فوري، فمن حيث المبدأ، لا بدّ من إعذاره حتى يمكن المطالبة بالتعويض، بينما لا ضرورة للإعذار في العقد المستمّر في هذه الحالة لعدم إمكانية تدارك ما فات من مدةّ لم ينفذ فيها العقد.

4:- المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو العقد المستمّر. أما في العقود الفورية فلا تطبق هذه النظرية إلا إذا كانت مؤجلة التنفيذ.

5:- لا يجوز لأي من المتعاقدين في العقد الفوري فسخ العقد، من حيث المبدأ، بإرادته المنفردة. أما في العقد المستمّر المبرم لمدةّ غير محددة فالأصل أنه يجوز

لأي من المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته المنفردة، شرط تبليغ المتعاقد الآخر برغبته في إنهاء العقد قبل مدةً معقولة حتى يتمكن من تدبر أمره في الوقت المناسب.

المبحث السابع

عقود مناقشة حرة وعقود إذعان

98- يقوم هذا التقسيم على حرية المتعاقدين في مناقشة شروط العقد من عدمها. ولم ينص القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، على هذا التصنيف؛ في حين أن المادة 1110 من هذا القانون، وفق التعديل الجديد له في العام 2018، تنص على أن عقد المناقشة الحرة هو العقد الذي تكون شروطه قابلة للتفاوض بين الأفرقاء؛ في حين أن عقد الإذعان هو الذي يتضمن مجموعة من الشروط غير قابلة للتفاوض محددة مسبقاً من قبل أحد الأفرقاء.

المطلب الأول

تعريف عقد المناقشة الحرة وعقد الإذعان

أولاً:- تعريف عقد المناقشة الحرة:

98 مكرر- عقد المناقشة الحرة، أو عقد المساومة، Le contrat de gré à gré هو العقد الذي يخضع للمناقشة الحرة من حيث إبرامه أو من حيث شروطه، ومن ثم يشترك المتعاقدان بحرية في صياغة بنوده، كعقد البيع والمقايضة والقرض. والأصل في العقود أنها تخضع في إبرامها للمناقشة الحرة بين المتعاقدين وذلك استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة. ولكن في بعض الحالات يفرض أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر، كما في عقود الإذعان.

ثانياً:- تعريف عقد الإذعان:

99- عقد الإذعان Le contrat d'adhésion هو العقد الذي لا يخضع للمناقشة الحرة لا من حيث إبرامه ولا من حيث تحديد شروطه، وإنما يفرض فيه

أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر الذي يقتصر دوره على القبول بهذه الشروط أو رفضها من دون أن يكون له الحق في مناقشتها من أجل تعديلها. ومثال ذلك عقد الاشتراك لدى المؤسسة العامة للكهرباء،[106] وكذلك عقد الاشتراك لدى المؤسسة العامة للمياه، وعقود الاشتراك في خطوط الهاتف، وعقود النقل مع شركات النقل الجوي. وبالمقابل لا يعدّ عقد الأشغال العامة عقد إذعان على الرغم من أنه عقد إداري تضع الإدارة شروطه مسبقاً، ولا تقبل من حيث المبدأ نقاشاً بخصوصها، إلا أن الإدارة لا تحتكر أعمال المقاولة.[107] وكذلك لا يعدّ عقد إذعان عقد المقاولة الذي يبرمه المقاول الأصلي، المتعاقد مع الإدارة، مع مقاول ثانوي من أجل نقل الاحضارات، حتى لو تضمن العقد شرطاً ينص على أنه في حال توقف شاحنات الناقلين، لا يحق لهؤلاء أن يطالبوا المتعاقد الأصلي بالمصاريف وأضرار التوقف.[108] وبرزت عقود الإذعان مع ظهور الاحتكارات القانونية لحاجات متصلة بالمرافق العامة. ويُستخلص من ذلك أن الطرف القوي اقتصادياً يفرض شروطه على الطرف الضعيف. ويجب توافر الشروط الآتية في العقد حتى يعدّ عقد إذعان:

1:- أن يكون محل العقد سلعة أو مرافق تعدّ من الضروريات الأولى بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، أي بالنسبة إلى جمهور الناس، لا يمكنهم الاستغناء عنها في حياتهم المعيشية من دون ضيق أو حرج. ويترتب على ذلك أن السلع

---

[106]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثالثة، قرار 547/أساس 855، تاريخ 1996/7/21، مجلة المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 2000، ص718.

[107]- نقض مصري، 1954/5/22، مجموعة أحكام النقض، س5، ص788، أشار إليه د.عبد الباقي، المرجع السابق، ص208، هامش 1.

[108]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 3930/1803، تاريخ 1982/10/4، سجلات محكمة النقض 1982.

الضرورية التي تكون محلاً لعقد الإذعان "هي تلك التي لا غنى للناس عنها، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة".[109]

2:- احتكار أحد المتعاقدين، وهو الموجب، لهذه السلع أو المرافق سواء أكان احتكاره قانونياً أم فعلياً،[110]بحيث لا يوجد من ينافسه في تقديم هذه السلع والمرافق للمستهلكين أو المنتفعين، أو أن المنافسة في ذلك هي محدودة.

3:- أن تكون صيغة الإيجاب الموجه لجمهور الناس واحدة وذلك بالنسبة إلى كل فئة منها، ولمدةً غير محدودة، أي على وجه الدوام.

المطلب الثاني

فوائد هذا التقسيم

100- وتظهر أهمية هذا التصنيف في النواحي الآتية:

1:- أراد المشرع حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان. فالقانون المدني السوري يجيز للقاضي تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان وإعفاء الطرف الضعيف منها، ويمنع الأفراد من الاتفاق على خلافها تحت طائلة البطلان.[111]

---

[109]- نقض مصري، 1974/3/12، مجموعة النقض س25، ص492، أشار إليه د.عبد الباقي، المرجع السابق، ص207، هامش 1.

[110]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 71/ أساس 678، تاريخ 1972/2/6، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 365، ص664.

[111]- تنص المادة 150 مدني على أنه ((إذا تمّ العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)).

2:- تخضع عقود الإذعان غالباً لرقابة المشرع السابقة، وذلك من أجل إقامة التوازن بين طرفي العقد لاسيما عندما تحاول إرادة الطرف القوي اقتصادياً التحكم بإرادة الطرف الآخر. وقد يدفع احتكار الشخص لسلعة أو خدمة تتصل بمرفق عام إلى فرض سعر ثابت لها مما قد يضر بمصلحة المستهلك، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى ممارسة هذه الرقابة السابقة على مثل هذه العقود.

3:- إذا كانت عبارة العقد غامضة وفي حاجة إلى التفسير، ولم يتمكن القاضي من إجلاء ذلك الغموض والوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فعليه في مثل هذه الحال أن يفسر الشك لمصلحة المدين إذا كان العقد من عقود المناقشة الحرة. أما في عقود الإذعان فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في العقد ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، وفقاً لما نصت عليه المادة 152 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 151 مدني مصري.

المبحث الثامن

العقود المدنية والعقود الإدارية

101- يقوم هذا التقسيم على أساس أطراف العقد ومدى تعلقه بمرفق عام.

المطلب الأول

تعريف العقد المدني والعقد الإداري

أولاً: تعريف العقد المدني:

102- العقد المدني Le contrat civil هو العقد الذي يبرم بين أشخاص القانون الخاص بعضهم بعضاً، أو بينهم وبين شخص من أشخاص القانون العام عندما لا يتعاقد بحسبانه صاحب سيادة. ومن ثمّ فإن هذا العقد يخضع لأحكام القانون المدني من حيث المبدأ. وقد يكون العقد المدني عقداً تجارياً، ومن ثم يخضع لأحكام قانون التجارة.

1:- العقد المدني والعقد التجاري:

103- لا يختلف العقد التجاري عن العقد المدني من حيث طبيعته، إذ إن جوهرهما واحد. وإنما يختلف عنه من حيث القواعد التي يخضع لها، إذ إن العقد التجاري يخضع كما تقدم لأحكام قانون التجارة التي تأخذ بالحسبان ما تحتاجه التجارة من سرعة ومن ثقة تنعكسان على العقد التجاري لاسيما من حيث انعقاده ومن حيث إثباته. ويعدّ العقد تجارياً إذا أبرمه تاجر لغايات تجارته، أو إذا أُبرم بهدف تحقيق الربح سواء أكان الشخص الذي أبرمه تاجراً أم لا. وقد نص قانون التجارة الجديد لعام 2007 على بعض العقود التجارية، وأهمها: عقد الرهن التجاري، وعقد النقل، والوكالة التجارية والسمسرة، والحساب الجاري، والأعمال المصرفية كالودائع والحوالات وإيداع الأسناد، وإيجار الصناديق، والاعتمادات المصرفية.

2:- أهمية التمييز بين العقد المدني والعقد التجاري:

104- يترتب على التمييز بين العقد المدني والعقد التجاري نتائج عدّة، وأهمها:

أ:- يخضع إثبات العقد المدني للقواعد العامة للإثبات المنصوص عليها في قانون البينات لعام 1947 وتعديلاته؛ في حين أن العقد التجاري لا يخضع إثباته لهذه القواعد، وإنما يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات،[112] مع مراعاة الاستثناءات

---

[112]- جاء في قرارٍ لمحكمة النقض السورية أنه إذا كانت العلاقة بين طرفي الدعوى تجارية يجوز التثبت من وقائع الدعوى بالشهادة مهما بلغ قيمة الحق المدعى به، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 192/ أساس 233، تاريخ 2014/8/18/ سجلات محكمة النقض. وبالمقابل إذا كانت قيمة الالتزامات الناشئة من عقد مدني تزيد على خمسمائة ليرة سورية، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة.

المنصوص عليها في القوانين الخاصة، وفق ما نصت عليه المادة 104 من قانون التجارة لعام 2007.

ب:- لا يعدّ السند العادي حجة على الغير في العقد المدني إلا من اليوم الذي يكون له تاريخ ثابت (المادة 1/11 من قانون البينات)، ويعدّ كذلك من يوم مصادقة الكاتب بالعدّل عليه، أو إدراج مضمونه في ورقة ثابتة التاريخ، أو تأشير موظف مختص عليه، أو وفاة أحد ممن لهم أثر عليه، أو من اليوم الذي يصبح مستحيلاً عليه أن يكتب أو يبصم نتيجة حادث أو مرض. أما في العقد التجاري فقد أجازت المادة 105 من قانون التجارة لعام 2007 إثبات تاريخ السند العادي بالنسبة إلى الغير بجميع طرق الإثبات.

ج:- يكون الإعذار، في العقد المدني، بإنذار المدين بوساطة الكاتب بالعدّل، ويمكن أن يتمّ عن طريق البريد، وفق ما ذهبت إليه المادة 221 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 219 مدني مصري، أما في العقد التجاري فيتمّ بإنذار رسمي، أو بإرسال برقية أو فاكس أو رسالة عادية أو مضمونة، ويجوز أن يتمّ شفوياً أو عن طريق الهاتف أو بأي وسيلة أخرى، ويثبت توجيه الإنذار بجميع وسائل الإثبات المقبولة في المواد التجارية.

د:- إذا تعدّد المدينون في عقد مدني فلا يفترض التضامن بينهم، ولا يكون ذلك إلا بموجب اتفاق بين المتعاقدين، أما في العقد التجاري فالتضامن مفترض بينهم في مثل هذه الحال طبقاً لما جاء في المادة 109 من قانون التجارة لعام 2007.

هـ:- يجوز للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي في العقد المدني إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، كما يجوز له إعفاء المدين منه إذا أثبت هذا الأخير عدم إلحاق ضرر بالدائن، وفق ما نصت عليه المادة 225 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 224 مدني

مصري.[113] أما في العقد التجاري فيجوز للقاضي إعفاء المدين من التعويض الاتفاقي في حال ثبوت عدم إلحاق ضرر بالدائن، ولكن لا يحق له تخفيض هذا التعويض حتى لو أثبت المدين أن تقديره كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نُفذ في جزءٍ منه، طبقاً لما نصت عليه المادة 107 من قانون التجارة لعام 2007.

و:- تتقادم الالتزامات الناشئة من العقد المدني في حال عدم تنفيذها بمرور خمس عشرة سنة من حيث المبدأ طبقاً لما جاء في المادة 372 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 374 مدني مصري، أما في العقد التجاري فتتقادم بمرور عشر سنوات، وفق ما نصت عليه المادة 115 من قانون التجارة.

ز:- إذا طالب الدائن في العقد المدني بفسخ العقد يمكن للمدين توقي ذلك بأن يقوم بتنفيذ التزامه بشرط ألا يُلحق ذلك ضرراً جسيماً بالدائن، أما في العقد التجاري فإذا طالب الدائن بالفسخ وبقي متمسكاً به لا يقبل من المدين تنفيذ التزامه بعد ذلك، ومن ثمّ لا يستطيع أن يتوقى الفسخ، وفق ما ذهبت إليه المادة 2/113 من قانون التجارة. كما تمنع هذه المادة في الفقرة الأولى منها المحكمة من منح مهل للوفاء في المواد التجارية إلا في ظروف استثنائية للغاية، ومن ثمّ فإنها تشددت أكثر من المادة 2/344 مدني سوري، وهي تقابل المادة 2/346 مدني مصري، التي لم تشترط من أجل منح مهل للمدين أن تكون هناك ظروف استثنائية، وإنما أجازت هذا الأمر في حالات استثنائية.

---

[113]- نقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 341/ أساس 336، تاريخ 2010/4/12، مجلة المحامون، الأعداد 3-6 لعام 2012، ص421 و422، وجاء فيه أن ذلك يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

ح:- تعدّ النزاعات الناشئة من العقد التجاري من اختصاص المحاكم التجارية، المحدثة بموجب القانون رقم 33 لعام 2012.

ثانياً:- تعريف العقد الإداري:

105- العقد الإداري Le contrat administratif هو العقد الذي يكون شخص من أشخاص القانون العام طرفاً فيه بصفته صاحب السيادة بهدف تسيير مرفق عام، وتنصرف نيته فيه إلى الأخذ بأحكام القانون العام، ومن ثمّ يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.[114] ولا تعدّ كل العقود التي تبرمها أشخاص القانون العام عقوداً إدارية، وإنما قد تبرم هذه الأشخاص عقوداً مدنية أيضاً، ومن ثمّ تخضع هذه العقود لأحكام القانون الخاص، ولا تتصرف هذه الأشخاص في مثل هذه العقود بصفتها صاحبة السيادة. فلا يعدّ مثلاً عقد التخصص بالعقار المبرم بين البلدية، وهي أحد أشخاص القانون العام، وأحد الأفراد عقداً إدارياً، وإنما هو عقد عادي يخضع للقواعد العامة.[115]وكذلك فإن إعلان الإدارة عن مزايدة لعدّد من المحلات لا يتعارض مع أحكام القانون المدني، ولا يغير ذلك من طبيعة العقد المدنية، لأنه لا يستهدف تنظيم مرفق عام أو إدارته، أو تسييره أو استغلاله.[116]وبيع البلدية عقاراً من شخص بيعاً لايتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة هو عقد عادي يخضع لأحكام القانون

---

[114]- نقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 24/ أساس 249، تاريخ 2014/6/17، مجلة القانون لعام 2015، ص37.

[115]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 582/ أساس 919، تاريخ 1997/4/26، منشور في موسوعة القضاء المدني الجديد...، المرجع السابق القاعدة رقم 4784، ص2345.

[116]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 845/ أساس 214، تاريخ 1995/8/27، والذي أكد على قراري الهيئة العامة لمحكمة النقض رقم 3، تاريخ 1981/1/4، ورقم 57، تاريخ 1979/5/16، المرجع السابق، القاعدة رقم 4779، ص2343.

المدني.[117] واستقر الاجتهاد القضائي على أن المعيار المميز للعقد الإداري لا يكمن في صفة المتعاقدين، وإنما في موضوع العقد واتصاله بالمرفق العام اتصالاً مباشراً، إضافةً إلى نية الشخص الاعتباري بالأخذ بأسلوب القانون العام في وضع شروط غير مألوفة في القانون الخاص.[118]

106- ويترتب على ذلك أن العقد لا يعدّ عقداً إدارياً إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

1- أن تكون جهة من جهات الإدارة، كأحد أشخاص القانون العام، طرفاً فيه وذلك بصفتها صاحب السيادة.

2- أن يتصل العقد بمرفق عام اتصالاً مباشراً من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله.

3- أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، تمنح جهة الإدارة سلطة واسعة في تنفيذ العقد وفي تعديله وفي إنهائه.[119]

---

[117]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1382/ أساس 1525، تاريخ 1998/8/30، المحامون، العدّدان 3 و 4 لعام 2000، ص296.

[118]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثالثة، قرار 1139/ أساس 1219، تاريخ 1998/5/31، منشور في موسوعة القضاء المدني الجديد...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4778، ص2342. والغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 845/ أساس 214، تاريخ 1995/8/27، المرجع السابق، القاعدة رقم 4779، ص2343. وقرار رقم 196/ أساس 191، تاريخ 2000/3/26، المرجع السابق، القاعدة رقم 4783، ص2345. وقرار الهيئة العامة لمحكمة النقض رقم 260/ أساس 754، تاريخ 2001/9/24، المرجع السابق، ص2347، هامش 1. ونقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 812/ أساس 918، تاريخ 2008/12/24، المحامون، العدّدان 11 و 12 لعام 2009، ص1585.

[119]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثالثة، قرار 3285/ أساس 3865، تاريخ 2000/11/8، منشور في موسوعة القضاء المدني الجديد...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4780، ص2343.

ولا يشترط أن يكون العقد الإداري مكتوباً، فيمكن أن يكون العقد غير مكتوب إذا كان قليل القيمة التي تبرم بناءً على الفاتورة، كأن تقوم وزارة الصحة باستجرار كميات قليلة من المواد الطبية مخصصة لبعض مشافيها.[120]

المطلب الثاني
فوائد هذا التقسيم

107- يترتب على التمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية أن المنازعات الناشئة من العقد الإداري تكون من اختصاص القضاء الإداري لا من اختصاص القضاء العادي. ولا تطبق من حيث المبدأ الأحكام العامة للعقد المنصوص عليها في القانون المدني على العقد الإداري، وإنما يطبق القضاء الإداري عليها أحكاماً خاصة تنسجم مع طبيعة العقد الإداري الذي تكون الجهة الإدارية طرفاً فيه بصفتها صاحبة السيادة. ومن ثمّ فهي تتمتع بصلاحيات تخولها الحق في تعديل العقد وفي إنهائه في بعض الحالات بإرادتها المنفردة. كما يمكن لها في حال امتناع المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته مصادرة التأمين، وفرض جزاءات مالية من دون حاجة إلى الرجوع إلى القضاء من أجل الحصول على حكم بذلك.[121]

وهذا ما استقر عليه أيضاً القضاء الإداري السوري. انظر الأحكام المشار إليها من قبل د.محمد الحسين و د.مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، مطبعة جامعة دمشق، دمشق 2006/2005، ص15.

[120]- نقض سوري، غرفة تنازع الاختصاص، قرار رقم 8/ أساس 21، تاريخ 2014/10/28، مجلة المحامون، الأعداد 7-12 لعام 2015، ص543.

[121]- للمزيد حول حقوق الإدارة انظر: د.محمد الحسين ود.مهند نوح، المرجع السابق، ص 225 و ما يليها.

الفرع الرابع
مبدأ سلطان الإدارة

108- لا يعني مبدأ سلطان الإرادة إن الإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من الالتزامات فقط، وإنما يعني أيضاً أنه إذا لم تُنشِئ الإرادة التزاماً ما فمعنى ذلك أنه لا وجود لمثل هذا الالتزام.[122]كما يعني هذا المبدأ أن الإرادة حرة في تعيين الآثار التي تترتب على التصرف القانوني. والإرادة عندما تُنشِئ الالتزام لا يستلزم ذلك أن ترد في شكل معين، وإنما يكفي من أجل ذلك أن يعبر عنها صاحبها ليبرزها إلى عالم ملموس، ولا يشترط أن ينصب هذا التعبير في قالب معين أو شكل محدد. ومن ثمّ يمكن أن يكون التعبير عن هذه الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً أو حتى باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال على حقيقة المقصود منه.

109- ويتضح من ذلك أن أنصار هذا المبدأ يعدّون أن الإرادة هي التي تشرع وهي التي تُنشئ ما يحلو لها من التزامات، ولا يمكن أن يكون هناك التزام خارج نطاق الإرادة. ويستخلص من ذلك أن أنصار هذا المبدأ ينطلقون من مبدأ تقديس الفرد وتسخير المجتمع لخدمته، فلا يجوز بنظرهم تقييد الحرية الفردية التي تشكل العنصر الأساسي في الشخصية الفردية التي لا تكتمل إلا إذا كان الفرد حراً. والإرادة الحرة هي التي تعبر عن هذه الشخصية التي يقوم عليها القانون الطبيعي وينادي باحترامها، ومن ثمّ فإن كل التزام يَنشأ من إرادة حرة ينسجم مع قواعد القانون الطبيعي.[123]

---

[122] - انظر في ذلك باللغة الفرنسية :

Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, Les obligations, I, op.cit., n°94.

[123]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 41، ص 141.

المبحث الأول

نشأة مبدأ سلطان الإرادة:

110- يعود الفضل في ظهور مبدأ سلطان الإرادة إلى القانون الكنسي. ومن ثمّ بعد ذلك ازدهر هذا المبدأ في القرن السابع عشر وحتى نهاية القرن التاسع عشر تقريباً، إذ إنه بدءاً من هذا الوقت أخذ هذا المبدأ يتراجع.

المطلب الأول

ظهور مبدأ سلطان الإرادة وازدهاره

111- كانت العقود في بداية ظهورها في القانون الروماني تخضع لمراسم وشكليات معينة، إذ إن انعقاد العقد كان مرتبطاً بتوافر تلك الشكليات، لذلك كانت العقود في بداية القانون الروماني تعدّ شكلية. وكانت هذه العقود الشكلية عقوداً مجردة، بحيث كان العقد يعدّ صحيحاً إذا انعقد وفقاً للشكليات التي كان يتطلبها القانون حتى لو كان سبب العقد غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو غير موجود، ومن دون أن يتوقف انعقاد العقد في مثل هذه الحال على توافر الإرادة.[124] ونتيجة لتطور المجتمع الروماني في مرحلة معينة من مراحل تكوينه، وازدهار التجارة، استلزمت السرعة في المعاملات ضرورة التمييز بين العقد الشكلي والعقد الرضائي الذي ينعقد بمجرد توافر الإرادة، ومن ثمّ يحكمه مبدأ سلطان الإرادة. وعلى الرغم من ذلك لم يعرف القانون الروماني تطبيقاً عاماً لمبدأ سلطان الإرادة.

وبقيت الشكلية تطبق في نطاق العقود حتى القرن الثاني عشر. وبعد ذلك برز دور الإرادة في تكوين العقد، وأصبحت هي العنصر الأساسي في عملية انعقاد العقد، وساعدّ على ذلك عوامل عدّيدة منها: المبادئ الدينية التي تضمنها القانون

---

[124]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 27، ص41 و ما يليها.

الكنسي، وأهم هذه المبادئ احترام الكلام المعطى والوعود، وحسن النية في تنفيذ العقد، وعدم الحنث باليمين؛[125] وإلغاء الإجراءات الشكلية التي كانت تعيق حركة التجارة والمبادلات التجارية نتيجة التطور الاقتصادي؛ وتدخل الدولة تدريجياً في العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد، وحمايتها للعقود التي كانت تتمّ بمجرد التراضي بين المتعاقدين من دون مراعاة الشكل المخصص له قديماً.

وعندما قامت الثورة الفرنسية في العام 1789 استندت إلى نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية متشبعة بروح الفردية، وكانت نتيجة ذلك أن مشرعي القانون المدني الفرنسي لعام 1804 وضعوا هذا القانون على أساس تقديس الحرية الفردية، واحترام الإرادة. وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الفرنسي، في صياغته الأصلية لعام 1804، لم يتضمن صراحة مبدأ سلطان الإرادة. فلا يوجد في هذا القانون أي نص يشير إلى هذا المبدأ صراحة. ولكن هناك نصوص تشير بطريقة غير مباشرة إلى الدور البارز الذي يقوم به مبدأ سلطان الإرادة، وخاصة في نطاق العقود. ومن هذه النصوص مثلاً المادة 6 التي تمنع الأفراد من أن يخالفوا في اتفاقاتهم الخاصة النظام العام والآداب. ومن باب المخالفة يعني ذلك أنه يمكن للأفراد مخالفة أحكام القوانين التي لا تعدّ من النظام العام. فالقاعدة إذاً هي الحرية التعاقدية بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب. وكذلك الأمر

---

[125]– كان رجال الكنيسة في البداية يحلفون المتعاقدين على احترام عقودهم، فإذا أخل أحدهم بعد ذلك بالتزامه الناشئ من العقد، كان ذلك يعدّ حنثاً باليمين الذي حلفها عند انعقاد العقد، ومن ثمّ كان ذلك يعدّ بداية خطئاً دينياً يستوجب العقاب حتى لو لم يكن العقد قد فرغ في القالب الشكلي اللازم لانعقاده. ثمّ أصبح مجرد التعهد متضمناً ذلك القسم حتى لو لم يتمّ تحليف المتعاقدين اليمين عند انعقاد العقد، وكان الإخلال بهذا العهد يستوجب العقاب الديني نفسه. ثم بعد ذلك كان بالإمكان إكراه المتعهد المخل بتعهده عن طريق دعوى ترفع أمام المحاكم الكنسية. ومن هنا نشئ مبدأ سلطان الإرادة. انظر في ذلك: د. مرقس، المرجع السابق، بند 34، ص63 وما يليها.

بالنسبة إلى المادة 1134 من القانون المذكور، في صياغتها القديمة لعام 1804، التي تنص على أن الاتفاقات المنعقدة بطريقة صحيحة هي شريعة المتعاقدين. فهذه المادة كانت تضع اتفاقات الأفراد على قدم المساواة مع نظام أو قانون صادر من السلطة العامة. وطبقاً لهذه المادة يعدّ العقد قانون المتعاقدين. ويستخلص من ذلك أن الإرادة تستمّد قوتها الملزمة من الاتفاق نفسه. والإرادة هي التي تحكم، من حيث المبدأ نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي.[126]

111 مكرر- وبالمقابل فقد ضمن المشرع الفرنسي، في التعديل الجديد للقانون المدني لعام 2018، هذا القانون مبدأ سلطان الإرادة، إقراراً منه بأهمية هذا المبدأ، وخصه بثلاثة مواد هي المواد من 1102 ولغاية 1104. وتنص المادة 1102 في صياغتها الجديدة على أن كل شخص حرٌّ في أن يتعاقد أو أن يرفض التعاقد، وحرٌّ في أن يختار المتعاقد الأخر الذي يتعاقد معه، وفي تحديد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود المبينة في القانون. ولا يمكن أن تؤدي الحرية التعاقدية إلى مخالفة النظام العام. وتعدّ العقود المبرمة قانوناً بمنزلة القانون بالنسبة إلى من أبرمها، وفق ما تنص عليه المادة 1103 في صياغتها الجديدة. وعدّت المادة 1104 في صياغتها الجديدة مبدأ سلطان الإرادة من النظام العام، إذ إنها تنص على أنه يجب أن تُناقش العقود وتُبرم وتُنفذ بحسن نية؛ ويعدّ هذا الحكم من النظام العام.

المطلب الثاني

تراجع مبدأ سلطان الإرادة

112- تعرض مبدأ سلطان الإرادة إلى انتقادات شديدة في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وذلك نتيجة المغالاة في تطبيقه في آخر مراحل

---

[126]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 43، ص144 وما يليها.

ازدهاره. زدّ على ذلك أن العوامل الاقتصادية ذاتها التي ساعدّت على ازدهار هذا المبدأ أسهمت في تراجعه أيضاً. فبعد أن أسهمت هذه العوامل في انتشار المذهب الفردي الذي ازدهر مبدأ سلطان الإرادة في ظله، أدت إلى ظهور مبدأ التدخل المشبع بروح الاشتراكية، وذلك لأن ظهور الآلة وقيام الصناعات الكبرى وبروز الشركات العملاقة أخل بالتوازن القائم بين المصالح الاقتصادية لأرباب العمل وللعمال.[127]

وترجح بعض القوانين الغربية كالقانون الألماني الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنية أو الحقيقية.[128]

ومن جهة أخرى، فإن ظهور مبدأ التدخل المشبع بروح الاشتراكية فرض قيوداً على إرادة الأفراد في إنشاء الالتزامات وتحديد آثارها إذا اقتضت ذلك مصلحة الجماعة التي ترجح في ظل هذا المذهب على مصالح الأفراد. وتهدف هذه القيود إلى حماية الطرف الضعيف في العقد من هيمنة الطرف القوي، كما في عقود الإذعان إذ يمكن للقاضي تعديل الشروط التعسفية الواردة في مثل هذه العقود، أو إعفاء الطرف الضعيف منها. كما يمكن أن تهدف هذه القيود إلى حماية مصالح الجماعة، ومن ثم يحد القانون من دور الإرادة في ترتيب آثار التصرف القانوني، ومثال ذلك تقييد اكتساب الحقوق العينية العقارية وانتقالها بالتسجيل في السجل العقاري.[129]

---

[127]– د.مرقس، المرجع السابق، بند 36، ص68 وما يليها.

[128]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 44، ص146 و 147.

[129]– د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 27، ص14 وما يليها.

المطلب الثالث

تقويم مبدأ سلطان الإرادة في العصر الراهن

113- يعدّ العقد في معظم القوانين المعاصرة، ولا أغالي إذا قلت جميعها، من أهم مصادر الالتزام. ومبدأ سلطان الإرادة هو الذي يحكم عملية انعقاد العقد، سواء بالنسبة إلى الحرية التعاقدية التي يعبر عنها مبدأ الرضائية، أم بالنسبة إلى تحديد مضمون العقد وآثاره. فالإنسان وفق هذا المبدأ حرٌّ في أن يتعاقد، كما أنه حرٌّ في أن يرفض التعاقد، وفق ما جاء في المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أن كل شخص حرٌّ في أن يتعاقد أو أن يرفض التعاقد، وحرٌّ في أن يختار المتعاقد الأخر الذي يتعاقد معه، وفي تحديد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود المبينة في القانون. ولا يمكن لهذه الحرية التعاقدية أن تؤدي إلى مخالفة النظام العام.

وإذا اختار الشخص أن يتعاقد، فيكفي من أجل ذلك أن يعبر عن إرادته من دون أن يكون ملزماً في إفراغها في شكل معين أو قالب محدد. والإنسان حرٌّ أيضاً في تحديد الآثار التي يمكن أن تترتب على عقده فيما لو اختار أن يتعاقد. وبالمقابل لم يمنح أي قانون معاصر قيمة مطلقة لمبدأ سلطان الإرادة، وإنما يفرض القانون قيوداً عدّة على هذا المبدأ، أهمها عدم مخالفة النظام العام والآداب. وهذه القيود قد ترد على الحرية التعاقدية بشقيها، وقد ترد على قدرة الإرادة في تحديد الآثار التي تترتب على العقد. والقانون المدني السوري نحا هذا المنحى. فالعقد، وفق أحكام المادة 1/148 منه، وهي مطابقة للمادة 1/147 مدني مصري، شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما، أو للأسباب التي يحددها القانون. ويلاحظ إحياء هذا المبدأ في مجالات كانت تشكل استثناءً عليه. في الحقيقة أصدر المشرع السوري بدءاً من بداية القرن الحادي

والعشرين عدّة قوانين أعاد بموجبها بعض العقود التي لم تكن تخضع قبل ذلك لمبدأ سلطان الإرادة إلى نطاق هذا المبدأ. ودشن هذه العودة القانون رقم 6 لعام 2001 المتضمن قانون إيجار العقارات،[130] إذ إنه أعاد عقد الإيجار المبرم بعد تاريخ نفاذه إلى نطاق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بالنسبة إلى العقارات المؤجرة للسكن. ثم بعد ذلك صدر قانون العلاقات الزراعية الجديد رقم 56 لعام 2004 الذي أعاد عقد العمل الزراعي وكذلك عقد المزارعة إلى نطاق المبدأ المذكور. ومن ثم بعد ذلك صدر القانون رقم 10 لعام 2006 الذي قرر إعادة عقد إيجار العقارات لغايات تجارية أو مهنية أو صناعية والمبرمة بعد تاريخ نفاذه إلى نطاق مبدأ العقدة شريعة المتعاقدين،[131] الذي هو نتيجة حتمّية لمبدأ سلطان الإرادة. ومن ثمّ صدر قانون العمل الجديد رقم 17 لعام 2010 الذي أعاد عقد العمل الفردي إلى نطاق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. ويُستخلص من ذلك أن المشرع السوري يتجه إلى إعادة الاعتبار لمبدأ سلطان الإرادة من خلال إلغاء الكثير من القيود التي كانت ترد على الحرية التعاقدية. ومن ثمّ يبدو أن المشرع السوري يتجه مجدداً إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعدّ نتيجة حتمّية لمبدأ الحرية التعاقدية، جوهر مبدأ سلطان الإرادة.

---

[130]– وقد أُنهي العمل به بموجب القانون رقم 20 تاريخ 2015/11/11، المتضمن قانون إيجار العقارات الجديد.

[131]– وقد أُنهي العمل به بموجب القانون رقم 20 تاريخ 2015/11/11، المتضمن قانون إيجار العقارات الجديد.

المبحث الثاني

مضمون مبدأ سلطان الإرادة ومداها

114- يترتب على مبدأ سلطان الإرادة، قبل كل شيء، أن الفرد حرٌّ في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد. ولا تقتصر أهمية مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تكوين العقد، وإنما تمتد إلى آثاره أيضاً.

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تكوين العقد

يبرز دور الإرادة، كمبدأ منشئ للالتزام، وقت إبرام العقد، وفي أثناء تحديد محتواه.

أولاً:- وقت إبرام العقد:

115- يحكم مبدأ الرضائية عملية إبرام العقد. ومبدأ الرضائية هو في الأصل يتفرع عن مبدأ عام هو مبدأ سلطان الإرادة. إذاً مبدأ الرضائية هو نتيجة حتمّية لمبدأ سلطان الإرادة واستقلاليتها. والفرد حرٌّ في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد. ولكن حرية الفرد ليست مطلقة، لا شك في أنه يمكن للفرد أن يتعاقد كما يحلو له، ولكن هذه الحرية يقيدها النظام العام والآداب، حيث لا يجوز للأفراد إبرام العقود المخالفة للنظام العام. وكذلك الحال بالنسبة إلى حرية الفرد في ألا يتعاقد، فهي أيضاً ليست مطلقة. فالفرد يجبر في القانون السوري على التعاقد في أحوال معينة، ومثال ذلك:

1:- تلزم المادة 1/94 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/93 مدني مصري، الموجب الذي عين ميعاداً للقبول بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، فإذا صدر القبول قبل انقضاء الميعاد وكان مطابقاً للإيجاب، يجبر الموجب على التعاقد. ولا يحق له التراجع عن إيجابه.

2:- يشكل اتفاق العمل الجماعي المبرم بين ممثلي العمال في مهنة ما، كالنقابة، وبين عدّد من أصحاب الأعمال أو من يمثلونهم وفقاً لأحكام المادة 184 وما يليها من قانون العمل رقم 17 لعام 2010، قيداً مهماً على حرية الفرد في ألا يتعاقد.

3:- اعتداد المشرع، في بعض الأحيان، بالإرادة الظاهرة، كما هو عليه الحال في التصرفات المجردة، كالتوقيع على الأسناد التجارية أو عقد الكفالة. وتشكل الإرادة الظاهرة هنا قيداً مهماً على حرية الفرد في ألا يتعاقد، وذلك لأن في هذه الحالات ينعقد العقد حتى لو كانت إرادة الفرد الحقيقية لا تتجه إلى ذلك.

4:- يشكل القانون نفسه، في بعض الأحوال، قيداً على حرية الفرد في ألا يتعاقد. وهذا ما كان عليه الحال بالنسبة إلى المرسوم التشريعي رقم 111 تاريخ 1952 وتعديلاته والمتضمن أحكام تأجير العقارات، حيث كان هذا المرسوم التشريعي يقضي بالتجديد الحكمي للعقد عند انتهاء مدته حتى لو لم يرضَ بذلك المؤجر، كما أنه كان ينص على التحديد القانوني للأجرة. ولكن القانون رقم 6 الصادر في 2001/2/15، والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2001/2/21، ألغى أحكام هذا المرسوم التشريعي، وأعاد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وكذلك لسلطان الإرادة، قوته بالنسبة إلى عقود إيجار العقارات المعدّة للسكن. فقد أخضعت المادة الأولى من هذا القانون تأجير العقارات المعدّة للسكن أو الاصطياف أو السياحة أو الاستجمام لإرادة المتعاقدين بدءاً من تاريخ نفاذ القانون. أما بالنسبة إلى العقارات المؤجرة في ظل أحكام المرسوم التشريعي رقم 111 المشار إليه، أو العقارات التي يتمّ تأجيرها بعد نفاذ القانون الجديد لأعمال تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنة حرة أو علمية منظمة قانوناً فتخضع، وفقاً لأحكام الفقرة /ب/ من المادة الأولى من القانون المذكور للتجديد الحكمي، ومن ثمّ تشكل قيداً خطيراً على حرية الفرد في ألا يتعاقد. وقد تعدّل قانون الإيجار الجديد رقم 6 لعام 2001

بموجب القانون رقم 10 تاريخ 2006/2/26 والذي أخضع عقد إيجار العقارات لغايات تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنة حرة أو علمية المبرم بعد تاريخ نفاذه، الواقع في 2006/3/9، لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. أما بالنسبة إلى العقارات المؤجرة لمثل هذه الغايات قبل تاريخ نفاذ القانون رقم 10 لعام 2006 فتبقى خاضعة للتجديد الحكمي، ومن ثمّ لا يطبق عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.[132]وقد أكد القانون رقم 20 لعام 2015، الذي أنهى العمل بالقانون رقم 6 لعام 2001 وتعديلاته، على هذه الأحكام، كما أكد في المادة 1/ج منه على العقارات المؤجرة في ظل نفاذ أحكام المرسوم التشريعي رقم 111 لعام 1952

تبقى خاضعة لأحكام التمديد الحكمي وتحديد بدل الإيجار، ومن ثمّ تُستثنى هذه العقود من نطاق مبدأ سلطان الإرادة.

5:- لا يستطيع بعض أصحاب المهن الحرة، كالحلاق، وسائق التاكسي، رفض التعاقد، وذلك وفقاً للقواعد الناظمة لهذه المهن المسخرة لخدمة الجمهور، حيث يجبر فيها صاحب المهنة على التعاقد. فلا يحق لسائق التاكسي العمومي أن يمتنع عن نقل الركاب، كما لا يحق له أن يقوم بانتقائهم، إذ تنص المادة 49/199 من قانون السير السوري رقم 31 لعام 2004 وتعديلاته على أن الامتناع عن نقل الركاب في سيارة الركوب العامة، أو انتفاء الركاب يعدّ مخالفة تستوجب غرامة ومقدارها 500 ليرة سورية.

6:- تلزم المادة 186 من قانون السير لعام 2004 مالك المركبة الآلية بإبرام عقد تأمين، يغطي المسؤولية المدنية التي تترتب عليه عن الأضرار الجسدية

---

[132]- د.محمد عرفان الخطيب و د.فواز صالح، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص421 وما يليها.

والمادية التي يسببها استعمال هذه المركبة، لدى جهات التأمين المرخص لها بالعمل في سورية.[133]

7:- تلزم المادة 151 من قانون الطيران المدني رقم 6 لعام 2004 كل مستثمر لطائرة تعمل في إقليم سورية بإبرام عقد تأمين يغطي مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب طاقم الطائرة والركاب والأمتعة والبضائع التي تكون على متن الطائرة، وأيضاً الأشخاص والأموال على سطح الأرض. كما يجب عليه التأمين على مستخدميه المعرضين لمخاطر الطيران لتغطية الأضرار التي قد تنشأ منها.[134]

8:- تُلزم المادة 30 من نظام استثمار المناطق الحرة في سورية المؤسسة العامة للمناطق الحرة بإجراء التأمين على البضائع المودعة في المستودعات والساحات

---

[133]- كما تنص المادة 187 من قانون السير لعام 2004 على أنه ((أ- يجب على مالكي المركبات الآلية الأجنبية الداخلة إلى أراضي الجمهورية العربية السورية إجراء عقد التأمين عليها مدة مكوثها في سورية أو عبورها فيها، أما المركبات الآلية المسجلة لدى الدول العربية فيطبق عليها مبدأ المعاملة بالمثل...)). زد على ذلك أن محكمة النقض السورية قررت أنه لا مجال لإعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في عقد التأمين الإلزامي. قرار الغرفة المدنية الرابعة رقم 1558/ أساس 1119، تاريخ 2008/4/28، المحامون، العددان 11 و 12 لعام 2009، ص1596.

[134]- تنص المادة 152 من قانون الطيران المدني لعام 2004 على أنه ((يجوز الاستعاضة عن التأمين المنصوص عليه في المادة 151 بإحدى الضمانات التالية: أ- إيداع تأمين نقدي في خزينة الدولة المسجلة فيها الطائرة أو مصرف مرخص له بذلك من الدولة. ب- تقديم كفالة من بنك مرخص له بذلك من الدولة المسجلة فيها الطائرة بشرط أن تتحقق هذه الدولة من ملاءته وقدرته على الوفاء بالتزاماته. ج- تقديم كفالة من الدولة المسجلة فيها الطائرة بشرط أن تتعهد فيها هذه الدولة بعدم الدفع بأي حصانة قضائية عند النزاع حول تلك الكفالة.
وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة يجب أن تكون الضمانات السابقة في الحدود التي تقررها المؤسسة في ضوء الاتفاقيات الدولية)).

العامة وذلك لقاء أخطار الحريق والمسؤولية المدنية. ولكن أجازت هذه المادة للمؤسسة الرجوع على أصحاب البضائع المودعة ببدلات التأمين المتناسبة مع قيمة البضاعة المودعة ومدةّ الإيداع.

ثانياً- تحديد محتوى العقد:

116- يسمح مبدأ سلطان الإرادة للمتعاقدين بتحديد محتوى العقد كما يرغبون. فلهم أن يحددوا بأنفسهم حقوقهم والتزاماتهم التي ستنشأ من إبرام العقد. وهذه الحرية التعاقدية هي مهمة جداً حتى أنه في بعض الأحيان يتمّ المزج بينها وبين مبدأ سلطان الإرادة نفسه. في الحقيقة الحرية التعاقدية هي أيضاً، كما هو عليه الأمر بالنسبة إلى مبدأ الرضائية، نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الإرادة، فهي تأتي في المرتبة الثانية بعده. وقد وصفها بعضهم بأنها "جوهر مبدأ سلطان الإرادة".[135] واستناداً إلى الحرية التعاقدية يجب على القاضي عندما يقوم بتقدير صحة عقد ما، من حيث المبدأ، ألا يدخل في الحسبان أي اعتبار أجنبي عن الإرادة. كل ما أراده المتعاقدان، وفقط ما أراده المتعاقدان، هو ملزم لهما. لهذا السبب لا يعدّ الغبن، من حيث المبدأ، سبباً لإبطال العقد.

ولا يجوز أن نتساءل هنا فيما إذا كان ما أراده المتعاقدان عادلاً أم غير عادل وذلك لأن هذا السؤال لا يستقيم بحد ذاته مع فقه مبدأ سلطان الإرادة. فالإرادة من حيث المبدأ لا تلتزم إلا إذا كان ما أراده صاحبها عادلاً بالنسبة إليه.

وأشرت قبل قليل إلى أن الحرية التعاقدية ليست مطلقة وإنما يقيدها النظام العام والآداب. ولكن الفقهاء الفرنسيين الكلاسيكيين الذين وجدوا في النظام العام والآداب تقييداً يصعب قبوله بالنسبة إلى مبدأ يعدّونه أساسياً في نطاق النظرية

---

[135]- د.سوار، المرجع السابق، بند 54، ص51.

العامة للالتزامات. لذلك فقد فسر هؤلاء الفقهاء مفهومي النظام العام والآداب على نحوٍ ضيقٍ كلما أمكن ذلك.

إضافةً إلى ذلك فهم لا يطبقونها إلا بالنسبة إلى محل العقد. أما بالنسبة إلى البواعث والأهداف التي دفعت المتعاقدين فتبقى، حتى لو كانت غير شرعية وغير أخلاقية، من دون أثر بالنسبة إلى صحة الاتفاق المبرم. وهكذا فإن محتوى العقد نفسه لا يؤخذ بالحسبان إلا في حالات استثنائية. أما بالنسبة إلى الهدف المراد تحقيقه من قبل المتعاقدين والأسباب التي دفعتهم إلى التعاقد فلا تؤخذ أبداً بالحسبان.

المطلب الثاني

أثر سلطان الإرادة في تحديد آثار العقد

117- لا يقتصر دور الإرادة على حرية الفرد في التعاقد ومن ثمّ إنشاء الالتزام المترتب على العقد، وتحديد مضمونه، وإنما الفرد حرٌّ من حيث المبدأ في تحديد الآثار المترتبة على عقده. وطالما أن العقد هو اتفاق إرادتين، فإن هاتين الإرادتين حرتان في تحديد الآثار المترتبة على العقد الذي تنشئانه. ويترتب على ذلك أنه لا يحق لصاحب إحدى هاتين الإرادتين أن يقوم بتعديل هذه الآثار أو نقضها بإرادته المنفردة، وهذا ما يستفاد من نص المادة 1/148 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/147 مدني مصري، والمادة 1103 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الجديدة لعام 2018. ولكن حرية الإرادة في تحديد الآثار المترتبة على العقد ليست مطلقة، وإنما ترد عليها أيضاً بعض القيود التي تفرضها المصلحة العامة. فقد يسمح المشرع للقاضي أن يتدخل في العقد الذي أبرمه الأفراد ويعدّل بعض أحكامه بما يخالف ما أتفق المتعاقدان بداية عليه. ومثال ذلك نظرية الظروف الطارئة التي تنص عليها المادة 2/148 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة

2/148 مدني مصري، والتي تجيز للقاضي في حال حدوث ظروف طارئة تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقاً أن يتدخل من أجل أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وهذا الرد يتضمن تعديلاً للعقد.

ومثال ذلك أيضاً عقود الإذعان، فقد أجازت المادة 150 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 149 مدني مصري، للقاضي، إذا كان العقد يتضمن شروطاً تعسفية، أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها.

الفصل الثاني

تكوين العقد

118- لا ينعقد العقد إلا إذا توافرت أركانه، وكانت هذه الأركان هي مثار اهتمام رجال القانون. ومن ثم لم تكن المرحلة التي تسبق توافر هذه الأركان التي يقوم عليها العقد ذات أهمية في نظر الفقه القانوني. ولكن نتيجة تقدم العلم في مختلف المجالات، وظهور أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة سابقاً، كعقود نقل التكنولوجيا،[136] تتطلب نقاشات مطولة قبل إبرامها، أخذت مرحلة ما قبل العقد تحتل مكانة بارزة في المؤلفات الفقهية المعاصرة. وقبل عرض أركان العقد، لا بد من بيان الأحكام القانونية التي تطبق على مرحلة ما قبل العقد.

الفرع الأول

مرحلة ما قبل العقد

119- كان جلُّ اهتمام الفقه التقليدي منصباً على مرحلة تكوين العقد، وكذلك تنفيذه وانحلاله. ولم تكن مرحلة ما قبل التعاقد تثير الاهتمام. ولكن نتيجة التقدم العلمي ونمو الاقتصاد ظهرت أنواع جديدة من العقود والمعاملات المالية، يحتاج إبرامها إلى مناقشات تتصف في بعض الأحيان بالتعقيد مما يؤدي إلى تكريس وقت طويل لها من أجل الوصول إلى مرحلة إبرام العقد. ولا تقتصر هذه المفاوضات على القانونين فحسب، وإنما يشارك فيها فنيون ومتخصصون حسب موضوع تلك المفاوضات. وأصبحت الشركات الكبرى تخصص أموالاً طائلة في ميزانياتها لعملية المفاوضات. وتمتلك مثل هذه الشركات فريقاً متكاملاً لإدارة

---

[136]- د.صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا: دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2004.

المفاوضات. ونتيجة ذلك أصبحت مرحلة ما قبل التعاقد تثير اهتمام الفقه، وأضحى لها أهمية لا تقل عن أهمية بقية مراحل تكوين العقد. ولا تقتصر مرحلة ما قبل التعاقد على المفاوضات، وإنما تشمل أيضاً الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية التي يمكن أن تبرم قبل الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وتشمل كذلك مشروع العقد الذي يتوصل إليه الأطراف في أثناء المفاوضات. زدّ على ذلك أن القانون في بعض الأحيان يفرض على طرف ما تقديم المعلومات الضرورية بشأن العقد المراد إبرامه للطرف الآخر قبل إبرام هذا العقد.[137]

المبحث الأول

المفاوضات

120- كانت العقود، في الماضي، بسيطة، ومن ثمّ لا تحتاج إلى مناقشات مسبقة، وكانت تبرم في الكثير من الأحيان شفاهةً، ولم تكن تُحرر في مستند مكتوب. ولكن نتيجة أهمية بعض العقود والتعقيد الذي يحيط بها، أصبحت تسبقها عملية مفاوضات طويلة وشاقة في بعض الأحيان، تشمل الأمور الفنية والمالية والقانونية المتعلقة بالعقد المراد إبرامه. وعملية المفاوضات مكلفة بالنسبة إلى الأطراف، لأنها قد تتطلب الانتقال والسفر من أجل التفاوض المباشر، على الرغم من التطور الذي وصل إليه المجتمع في مجال الاتصالات اللاسلكية عبر الشابكة "الانترنت" وغيرها من الوسائل الحديثة. ولكن الكثير من الشركات الكبرى تفضل التفاوض المباشر من أجل الحفاظ على سرية المفاوضات. كما قد تتطلب المفاوضات تنفيذ بعض الدراسات الفنية والاقتصادية، كدراسة الجدوى الاقتصادية

---

[137]- د.مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول: العقد، الطبعة الثالثة، المركز العربي للمطبوعات، بيروت 2003، ص161 وما يليها.

للمشروع. وتحكم عملية المفاوضات مبادئ قانونية يجب على الأطراف المتفاوضة التقيد بها تحت طائلة المسؤولية المدنية.

المطلب الأول

المبادئ القانونية التي تحكم المفاوضات

121- لم يتطرق القانون المدني السوري، على غرار القانون المدني المصري، إلى مرحلة ما قبل التعاقد، ومن ثم لم يتضمن المبادئ القانونية التي تحكم المفاوضات. وكذلك الحال بالنسبة إلى القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، إذ إنه جاء خالياً من أي حكم يتعلق بالمفاوضات. ونتيجة أهمية هذه المرحلة، نظم المشرع الفرنسي في التعديل الجديد للنظرية العامة للالتزام فيه في العام 2018مرحلة المفاوضات وخصها بالمواد من 1112 ولغاية 1112-2 منه، نصت على المبادئ التي تحكم المفاوضات، كما أنها بينت طبيعة المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التي نشأت في مرحلة المفاوضات.

والمفاوضات هي مناقشات وتبادل وجهات نظر بين طرفين يرغبان في التعاقد، وتكون بناءً على دعوة من أحدهما للآخر للدخول في عملية التفاوض من أجل الوصول إلى إبرام عقد في حال نجاحها. ولا تعدّ الدعوة إلى التفاوض إيجاباً، وذلك لأنها لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ومن ثمّ لا يترتب على من يوجه هذه الدعوة، من حيث المبدأ، أي التزام. ويمكن له أن يتراجع عنها في أي وقت يشاء سواء قبل قبول الطرف الآخر الدخول معه في المفاوضات، أم بعده. وأهم المبادئ القانونية التي تحكم المفاوضات هي الآتية:

أولاً:- مبدأ الحرية التعاقدية:

122- تنص المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه تعدّ المبادرة إلى المفاوضات ما قبل التعاقدية وسيرها وانقطاعها حرةً.

ومبدأ الحرية التعاقدية هو نتيجة طبيعة لمبدأ سلطان الإرادة. وبما أن المفاوضات هي دعوة من أحد الطرفين إلى الآخر من أجل تبادل وجهات النظر حول موضوع ما من أجل الوصول إلى إبرام عقد نهائي بشأنه، فإن هذه المناقشات لا تلزم أياً من الطرفين. وفي الواقع قد لا تلقى الدعوة إلى التفاوض قبولاً من الطرف الموجه إليه، ومن ثمّ لا يكون هناك أي مفاوضات بين الطرفين. وقد تلقى الدعوة قبولاً من الطرف الآخر، ويدخل الطرفان في مناقشات مباشرة شخصية أو عن طريق المراسلات. ولا يترتب على قبول الطرف الآخر الدعوة أي التزام عليه بإبرام عقد نهائي مع من وجه له الدعوة. كما لا يترتب على من وجه الدعوة أي التزام بإبرام مثل ذلك العقد. ويترتب على ذلك أن كلا الطرفين يحتفظ، في مرحلة المفاوضات، بكامل حريته في رفض التعاقد. ومن حيث المبدأ يستطيع أي من الطرفين أن ينسحب من عملية التفاوض في أي وقت يشاء، لأن الدخول في هذه العملية لا يُنشئ أي التزام على عاتق أي منهما بإبرام عقد نهائي أو بالاستمرار بالمفاوضات حتى الوصول إلى اتفاق حول العقد النهائي.

ثانياً:- مبدأ حسن النية:

123- تنص المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أن المفاوضات يجب أن تلبي على نحوٍ آمر متطلبات حسن النية. ويعدّ مبدأ حسن النية من أهم المبادئ القانونية التي تحكم مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه. ولا تقتصر أهميته على هاتين المرحلتين، وإنما يعدّ أيضاً من أهم المبادئ التي تحكم مرحلة ما قبل التعاقد وخاصة مرحلة المفاوضات، إذ يجب أن

يكون كلا الطرفين في المفاوضات حسن النية. فمن وجه الدعوة إلى المفاوضات يجب أن تكون هذه الدعوة عن حسن نية، فإذا لاقت القبول من الطرف الآخر، فيُفترض أن يقبل من وجه الدعوة بإبرام عقد نهائي، وإلا سوف يعدّ غير جدي في توجيه الدعوة إلى التفاوض، ومن ثمّ لا يكون حسن النية، عندئذ يمكن أن يكون مسؤولاً عن الضرر الذي لحق بالطرف الآخر نتيجة رفضه التعاقد على الرغم من قبول الطرف الآخر بشروطه. وذلك لأنه يترتب على عدم جديته، ومن ثمّ سوء نيته، صرف الطرف الآخر نفقات من دون جدوى، وفوات فرصة إبرام عقد عليه كان يمكن أن يجلب له بعض المنافع. ويتطلب مبدأ حسن النية من الطرفين في المفاوضات عدم المماطلة والتسويف في التعبير عن مواقفه، وعدم إنهاء المفاوضات بشكل مفاجئ ومن دون أي مسوغٍ، وخاصة إذا كانت المفاوضات قد حققت تقدماً ملحوظاً نحو إبرام العقد النهائي.

المطلب الثاني

المسؤولية عن الضرر الناجم عن عدم نجاح المفاوضات

124- الأصل أنه لا يشترط أن تتكلل المفاوضات بالنجاح، ومن ثمّ لا تترتب أي مسؤولية نتيجة فشل المفاوضات. وسبقت الإشارة إلى أن كل من الطرفين يحتفظ بحريته في رفض التعاقد، لأنه لا يَنشأ من المفاوضات أي التزام عليهما. ولكن إذا تبين أن فشل المفاوضات كان بسبب سوء نية أحد الطرفين، عندئذ يمكن أن يترتب على سوء النية التزام بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي لحق به نتيجة فشل المفاوضات، ومن ثمّ تقوم المسؤولية المدنية في مثل هذه الحال. فإذا تبين مثلاً أن أحد الطرفين لم يكن جدياً في المفاوضات منذ البداية ومع ذلك استمّر فيها، وكلف الطرف الآخر إهدار النفقات والوقت من دون أي نتيجة، فإذا أثبت المتضرر أن الطرف الأول لم يكن جدياً، يحق له أن يطالبه بالتعويض عن

الضرر الذي لحق به نتيجة تلك المفاوضات، وتكون هذه المسؤولية على أساس الخطأ، وفق أحكام المادة 164 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 163 مدني مصري، لأن عدم الجدية والاستمرار في المفاوضات يشكل خطأ يستوجب المسؤولية.

كما أن قطع المفاوضات فجأةً ومن دون أي مسوغ قد يشكل خطأ، ومن ثمّ يستوجب المسؤولية وفق أحكام المادة السابقة.

ولا يمكن القول هنا، من أجل التخلص من المسؤولية، إن الأطراف غير ملزمين بالتعاقد، إذ إن الحرية التعاقدية هي من أهم المبادئ القانونية التي تحكم عملية المفاوضات، وهذه الحرية هي حق لكلا الطرفين، وذلك لأنه لا يجوز التعسف في استعمال الحق. فعندما لا يكون الشخص جدياً ومع ذلك يدخل في المفاوضات، أو عندما تكون المفاوضات قد قطعت شوطاً كبيراً ويقوم أحد الطرفين بقطعها فجأةً ومن دون أي مسوغ قانوني استناداً إلى حقه في رفض التعاقد، يكون قد تعسف في استعمال حقه، ومن ثم يُسأل عن الضرر الذي ألحقه بالطرف الآخر نتيجة ذلك. ولا تقوم المسؤولية في مثل هذه الحالات إلا إذا توافرت جميع أركانها من خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما.

والخطأ هنا يمكن أن يكون عمداً، كما يمكن أن يكون نتيجة تقصير أو إهمال، ومثال ذلك أن يوهم المشتري، في أثناء مرحلة المفاوضات، البائع بأنه قادر على دفع ثمن العقار، وأخفى عليه حاجته إلى الاقتراض من مصرف، وكان قد طلب من البائع عدم تأجيره. ومن ثمّ بعد ذلك يمتنع عن التعاقد بسبب عدم تمكنه من الحصول على قرض، ومن ثمّ عدم توافر كامل ثمن العقار لديه، فيعدّ المشتري مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي لحق بالبائع نتيجة عدم إبرام العقد النهائي.[138]

---

[138]- انظر في ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية:

Cass.civ. 1re, 6 janv. 1998, JCP.98, II, 10066, note B.Fages.

ومثال ذلك أيضاً أن تتفاوض شركة مع مالك عقار من أجل استئجاره شرط أن يخلي العقار من المستأجرين. وبعد قيام المؤجر بإخلاء المستأجرين من العقار، تمتنع الشركة من دون مبرر عن إبرام عقد إيجار معه، وذلك نتيجة بعض المشكلات التي اعترضت عملها، فتعدّ الشركة مسؤولة عن الضرر الذي لحق بمالك العقار نتيجة رفضها إبرام عقد إيجار معه وفقاً للمفاوضات التي تمّت بينهما.

وأما الضرر فيجب أن يكون أكيداً ومباشراً وشخصياً حتى يمكن التعويض عنه، ويمكن أن يكون مادياً أو أدبياً.

وقد يتفق الطرفان خطياً على متابعة المفاوضات مستقبلاً بينهما من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي. ومثل هذا الاتفاق المبدئي يُنشِئ التزامات على عاتق الطرفين بمتابعة المفاوضات، ولكنه لا يُنشئ على عاتقهما أي التزام بإبرام العقد النهائي. وإذا رفض أحد الطرفين بعد ذلك متابعة المفاوضات من دون سبب مشروع، فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر نتيجة رفضه متابعة المفاوضات. وتكون المسؤولية في مثل هذه الحال عقدية، وذلك لأن الضرر ناجم عن الإخلال بالتزام عقدي حتى لو كان اتفاقاً مبدئياً، وليس عقداً نهائياً. والالتزام بمتابعة المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ومن ثمّ لا يمكن للمدين هنا أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي. ولا يمكن أن يكون التعويض عن الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر، في مثل هذه الحال، إلزام الطرف الأول بإبرام العقد النهائي، وذلك لأن مثل هذا الإلزام يتناقض مع مبدأ الحرية التعاقدية. ومن ثمّ فإن التعويض يقدر في مثل هذه الحال بمبلغ من المال يساوي الضرر الذي لحق بالطرف الآخر نتيجة رفض الطرف الأول متابعة المفاوضات.

وتنص المادة 1112، في فقرتها الثانية، من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه في حال ارتكاب خطأ في المفاوضات، لا يشمل التعويض عن الضرر الذي ينجم عنه خسارة المنافع المنتظرة من العقد الذي لم يُبرم، ولا خسارة فرصة الحصول على منافعه.

المبحث الثاني
الالتزام بالإعلام

125- قد يفرض المشرع في بعض الأحيان التزاماً قانونياً بالإعلام على أحد الطرفين المتفاوضين، وهذا الالتزام يقع غالباً على عاتق البائع المحترف، أو مقدم الخدمة المحترف تجاه المستهلك.[139] ويلتزم الطرف المحترف، بموجب هذا الالتزام، بإعلام المستهلك قبل إبرام العقد عن كل ما يتعلق بالسلعة المباعة أو بالخدمة المقدمة من مواصفات وطريقة الاستعمال والصيانة. ونتيجة التقدم الحاصل في مختلف مجالات الحياة، لاسيما في مجال الصناعة والتجارة، تدخل المشرع في العدّيد من الدول وسن قوانين تهدف إلى حماية المستهلك وتفرض

---

[139]- عرفت المادة 1 من قانون حماية المستهلك رقم 2 تاريخ 2008/3/10 المستهلك بأنه " كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري سلعاً استهلاكية بأنواعها المختلفة الزراعية والصناعية بهدف التغذية، أو لاستخدامها للأغراض الشخصية أو المنزلية، أو الذي يستفيد من أية خدمة سواء المقدمة من فرد أو من مجموعة أفراد أو من شخص اعتباري وفي مختلف المجالات المنصوص عليها في هذا القانون". هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، العدّد 14، تاريخ 2008/3/26. وقد أُنهي العمل بهذا القانون بموجب القانون رقم 14، تاريخ 2015/7/26، الذي عرّف المستهلك في المادة 1 منه بأنه: " كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري سلعاً استهلاكية بأنواعها المختلفة، غذائية كانت أو زراعية أو صناعية، بهدف التغذية، أو لاستخدامها للأغراض الشخصية أو المنزلية، أو الذي يستفيد من أي خدمة مُقدمة من فرد أو مجموعة من الأفراد أو من شخص اعتباري في مختلف المجالات المنصوص عليها في هذا القانون"

على الطرف المحترف الالتزام بالإعلام تجاه المستهلك. وكان هذا هو الحال بالنسبة إلى المشرع الفرنسي الذي تدخل منذ عام 1978 لضمان حماية المستهلك. وقد جمع المشرع الفرنسي كل النصوص المتعلقة بحماية المستهلك وبالاستهلاك في قانون خاص هو قانون الاستهلاك. وكذلك الحال بالنسبة إلى المشرع السوري الذي تدخل بموجب القانون رقم 2 تاريخ 2008/3/10 من أجل حماية المستهلك،[140] إذ جاء في المادة 32 منه أنه " على كل مقدم خدمة أو سلعة إعلام المستهلكين بالمواصفات الأساسية للخدمة التي يقدمها وفق الأنظمة لدى الجهة المختصة". زد على ذلك أن المادة 22 من القانون ذاته تنص على ما يأتي: " على المنتج أو المستورد أو بائع السلعة أو مقدم الخدمة إعلام المستهلك بوساطة نشرة أو بطاقة بيان مرافقة للسلعة تتضمن: سعر ومواصفة المادة، طريقة الاستعمال، المخاطر المحتملة، وطرق الوقاية منها، مدةّ الصلاحية، اسم المنتج أو الشركة وعنوانها، كمية المنتج بالوحدات الدولية". وتعاقب المادة 43 من القانون ذاته كل من يخالف أحكام المادتين 22 و32 بالغرامة من عشرة آلاف إلى عشرين ألف ليرة سورية. وقد أُنهي العمل بالقانون رقم 2 لعام 2008 وتعديلاته بموجب القانون رقم 14، تاريخ 2015/7/26، وجاء هذا القانون خالياً من أي حكم يتضمن الالتزام بالإعلام، وفق ما كان تنص عليه المادتان 22 و32 من القانون 2 لعام 2008. وبالمقابل تنص المادة 19/أ من هذا القانون على أنه ((يجب أن يكون المنتج مطابقاً ومحققاً للواصفات القياسية والمتطلبات الصحية، والبيئية والأمان الخاصة به، وفي حال عدم وجودها فتخضع للقرارات والتعليمات الصادرة عن الوزارة، ويلتزم المنتج والبائع بالإعلان عن مواصفات المنتج ونوعه

---

[140]– دخل القانون رقم 2، الصادر بتاريخ 2008/3/10 حول حماية المستهلك بتاريخ 2008/6/10، وذلك بموجب المادة 53 منه والتي تنص على أن " ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعتبر نافذاً بعد ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره".

وطريقة حفظه وتخزينه واستعماله ومدة الصلاحية إذا كانت طبيعة المنتج تتطلب ذلك)).

126- وقديماً لم يكن أي من المتعاقدين ملزماً بتقديم معلومات للمتعاقد الآخر طالما لا يفرض القانون عليه مثل ذلك الالتزام، إذ إنه كان من واجب كل شخص أن يطلب المعلومات التي يحتاج إليها. ولكن القضاء في فرنسا تنبه إلى مسألة عدم المساواة بين المتعاقدين في المعلومات، وإخلاله بتوازن العقد، ونتيجة ذلك تدخل على نحو تدريجي وفرض على بعض المتعاقدين التزاماً بإعلام المتعاقد الأخر مستنداً في ذلك إلى مبدأ حسن النية المنصوص عليه في المادة 3/1134 مدني فرنسي في صياغتها القديمة لعام 1804، على الرغم من أن هذه المادة تتعلق بتنفيذ العقد.[141] والالتزام بتقديم معلومات للطرف الآخر يمكن أن يُفرض في مختلف مراحل عملية التعاقد بدءاً من المفاوضات وانتهاءً بالتنفيذ. ويُفرض الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد من أجل سهولة الحصول على الرضا المستنير للطرف الأخر.[142] وعدم مراعاة هذا الالتزام يؤدي إلى إبطال العقد استناداً إلى عيوب الإرادة والتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

126 مكرر- وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في التعديل الجديد للنظرية العامة للالتزام في القانون المدني في العام 2018، فقد ألزم المتعاقد بتقديم المعلومات للمتعاقد الآخر إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضاه. وهذا ما تنص عليه المادة 1112-1 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها لعام 2018، إذ

---

[141]- انظر باللغة الفرنسية:

F.Terré, PH.Simler et Y.Lequette, Droit civil, Les obligations, 8e édition, Dalloz 2002, N°258 et s., p.255 et s.

[142]- انظر باللغة الفرنسية:

Y.Boyer, L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, Thèse Aix 1977.

جاء فيها إنه يجب على الفريق الذي يعرف معلومةً تؤثر في رضا الفريق الآخر نظراً لأهميتها أن يُطلعه عليها طالما أن هذا الفريق يجهلها على نحوٍ مشروعٍ، أو أنه وضع ثقته في المتعاقد الآخر.

ومع ذلك لا يشمل واجب الإعلام المنصوص عليه أعلاه تقدير قيمة الأداء.

والمعلومات التي تتمتع بأهمية مؤثرة هي التي لها علاقة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو بصفة الأفرقاء. ويقع على عاتق الفريق الذي يدعي بأن له الحق في معلومةٍ أن يثبت بأن الفريق الآخر مدين له بتقديمها؛ ويحق لهذا الأخير أن يثبت بأنه قدمها له. ويعدّ هذا الالتزام من النظام العام، ومن ثمّ لا يجوز التضييق من نطاقه، أو استبعاده. وفضلاً عن مسؤولية الملتزم بواجب الإعلام، فإن الإخلال به يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 1130، في صياغتها الجديدة لعام 2018، وما يليها من القانون المدني الفرنسي.

المبحث الثالث

مشروع العقد

127- يعدّ مشروع العقد مرحلة من مراحل تكوين الإرادة في أثناء المفاوضات التي تسبق إبرام العقد النهائي. ويمكن أن يكون مشروع العقد نتيجةً للمناقشات التي وصلت إلى مرحلة تتطلب أن تكون مكتوبة، كما يمكن أن يكون سابقاً لمرحلة المفاوضات، ومن ثمّ يكون مشروع العقد الأساس الذي تنطلق منه المفاوضات. ويترتب على ذلك أن مكانة مشروع العقد في مرحلة ما قبل التعاقد متغيرة، إذ يمكن أن يكون لاحقاً للمناقشات أو أن يتدخل في أثناء المفاوضات، أو يمكن أن يكون الأساس الذي تنطلق منه المفاوضات.

ويشترط في مشروع العقد أن يكون مكتوباً، وهذا ما يميزه من المفاوضات التي لا يشترط فيها أن تكون مكتوبة.[143] ومن ثمّ فإن الإرادة التي يتمّ التعبير عنها شفاهة لا يمكن أن تشكل مشروع عقد، وإنما تبقى هذه الإرادة في إطار المفاوضات. ولايهم الشكل الذي يفرغ فيه مشروع العقد، فيمكن أن يكون عبارة عن مسودات، أو يمكن أن يفرغ في شكل جاهز للتوقيع عليه من قبل الأطراف المعنية، كمشروع العقد الذي يعدّه المحامي بهدف توقيعه من قبل الطرفين المتفاوضين. وفي بعض الأحيان قد يسبق مشروع العقد Projet de contrat مشروع أولي L'avant-projet الذي يعدّ وثيقة تحضيرية يمكن من خلالها البدء بإعداد نص يكون محل نقاش بين الأطراف المتفاوضة قبل أن يصبح مشروعاً. أما المشروع فهو تصرف ينظم المستقبل، معدّ من قبل هيئة أو شخص، وخاضع من أجل اعتماده أو المصادقة عليه إلى رقابة هيئة أو سلطة أخرى، أو حتى لقبول متعاقد آخر محتمَل، ويشمل هذا التعريف مشروع العقد أيضاً.[144] ولا يعدّ مشروع العقد، من حيث المبدأ، إيجاباً، وذلك لأنه لا يُنشِئ أي التزام على عاتق الطرفين المتفاوضين، في حين أن الإيجاب يُنشِئ في بعض الحالات التزامات على عاتق الموجب.

كما أن مشروع العقد ينقصه إرادة التعاقد، وإن كان يعبر عن إرادة ما ولكن هذه الإرادة غير ملزمة، وذلك في حال ما إذا كان أحد الطرفين في المفاوضات هو

---

[143]- قررت محكمة النقض السورية ((إن الوثيقة غير الموقعة من كافة أطرافها ليست أكثر من مشروع عقد نظمه أحد الفرقاء ووقع عليه أملاً بتوقيع الآخرين، ولا يصبح نافذ المفعول إلا باعتماده من كافة الفرقاء))، الغرفة المدنية الثانية، قرار 343/أساس 6821، تاريخ 1992/3/4، المحامون، العدّدان 7 و 8 لعام 1993، ص729.

[144]- انظر في ذلك:

Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 1re édition, Paris 1987, p.655.

الذي قام بإعداد مشروع العقد. وطالما أن الطرفين لم يوقعا على مشروع العقد فلا يكون له أي قوة ملزمة. ولكن الأمر يختلف عندما يقوم الطرفان بالتوقيع على مشروع العقد، فهل يحتفظ المشروع بتكييفه كمشروع عقد أم أنه ينقلب إلى عقد نهائي؟ في الحقيقة الجواب عن هذا السؤال يختلف تبعاً لظروف الواقعة، إذ غالباً يقوم الطرفان بالتوقيع على مشروع العقد بالأحرف الأولى لأنه ليس لهما صلاحية التوقيع على العقد النهائي لأن ذلك يحتاج إلى مصادقة أو موافقة جهة أخرى، كمجلس الإدارة في الشركات المساهمة مثلاً، فيبقى مشروع العقد محتفظاً في مثل هذه الحال بتكييفه الأصلي إلى أن تتمّ المصادقة عليه وينقلب إلى عقد نهائي. وإذا كان مشروع العقد يحتاج إلى مصادقة من طرف واحد، فإذا كان الطرف الآخر قد وقع عليه وكانت العناصر الجوهرية للعقد النهائي محددة فيه، فإنه يعدّ إيجاباً من هذا الشخص.

وفي جميع الأحوال فإن الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر ما إذا كان العقد قد تمّ بمجرد التوقيع على مشروع العقد أم لا.

وإذا تضمن مشروع العقد الذي وقع عليه الطرفان تعهداً من أحدهما بعرض مشروع العقد على مجلس إدارة الشركة المساهمة مثلاً من أجل تصديقه والموافقة عليه، وأخل هذا الطرف بالتزامه، فإنه يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر نتيجة إخلاله بالتزامه العقدي، ومن ثم يكون التعويض في مثل هذه الحال على أساس المسؤولية العقدية.

وكذلك الحال إذا كان مشروع العقد أو الاتفاق يحتاج إلى مصادقة القاضي عليه، فلا يعدّ عقداً نهائياً، حتى لو كان الطرفان موقعين عليه، إلا من تاريخ مصادقة القاضي عليه، ومثال ذلك مشروع الاتفاق الذي يجب على الزوجين إعداده من أجل تنظيم نتائج التطليق بناءً على طلب مشترك منهما، طبقاً لما نصت عليه

المادة 230 مدني فرنسي، فلا يعدّ عقداً نهائياً إلا بعد مصادقة القاضي المختص عليه.

ويعدّ مشروع العقد بداية لعقد قادم، ومن ثمّ يجب أن يتضمن تحديد الحقوق والالتزامات التي يمكن أن تنتج عن عقد نهائي. ومن ثمّ فهو يتضمن فكرة أولية عن العقد المراد إبرامه.

وتبدو أهمية مشروع العقد في أنه يساعدّ على تحديد الأفكار التي تعدّ أساس المفاوضات على نحوٍ أفضل، كما أنه يساعدّ على تحديد إرادة الأطراف المتفاوضة، وتنظيم عملية التعاقد بالنسبة إلى العقود التي تتصف بالتعقيد، وذلك لأنه لا يمكن التعبير، في مثل هذه العقود، عن الإرادة على نحوٍ مستنيرٍ إلا بعد الإطلاع على مشروع العقد ومناقشته.

والمبدأ هو أن الأطراف أحرارٌ في إعداد مشروع عقد في أثناء المفاوضات من عدمه. فهم غير ملزمين، من حيث المبدأ، بإعداد مشروع عقد يلخص ما توصلت إليه المفاوضات قبل إبرام العقد النهائي. ولكن غالباً يقوم الأطراف بإعداد مثل هذا المشروع في أثناء مرحلة المفاوضات حول صياغة العقد النهائي، لأن ذلك يسهل عليهم الوصول إلى الصياغة النهائية للعقد المراد إبرامه. ويلجأ الأطراف، في معظم الأحيان، إلى رجال القانون من أجل صياغة مثل ذلك المشروع، لاسيما إذا كانت المفاوضات تتعلق بعقد يمتاز بنوع من التعقيد والدقة بحيث يحتاج إلى تدخل صاحب الاختصاص من أجل صياغته في قالبٍ قانونيٍ سليمٍ، الأمر الذي يضفي على مثل هذا المشروع كل الضمانات المرجوة من قبل الأطراف المتفاوضة.

واستثناءً من هذا المبدأ يُلزَم الأطراف المتفاوضة في بعض الحالات بصياغة مشروع عقد مكتوب. ومصدر هذا الإلزام إما أن يكون إرادة الأطراف ذاتها، أو أن يكون القانون. فقد يتفق الطرفان في أثناء المفاوضات على أن تتمّ هذه

المفاوضات انطلاقاً من مشروع عقد يقوم بإعداده أحدهما. ومن ثمّ فإن إعداد مشروع عقد هو ملزم في مثل هذه الحال، ليس من أجل التعبير عن إرادة نهائية، وإنما من أجل الدخول في المفاوضات على أساس محدد. وعدم إعداد مثل هذا المشروع يعدّ عائقاً أمام المفاوضات، ومن ثمّ أمام إبرام عقد نهائي، إذ إنها لا يمكن أن تبدأ إلا انطلاقاً من مشروع عقد مكتوب. ويترتب على ذلك أن الطرف الذي التزم بإعداد مشروع عقد، يعدّ أساساً للمفاوضات، وأخل بهذا الالتزام فإنه يعدّ مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر بشرط أن تتوافر أركان هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما. ويكون التعويض في مثل هذه الحال على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن الالتزام بإعداد مشروع عقد هو التزام عقدي وهو التزام بنتيجة، ومن ثمّ الإخلال به يرتب مسؤولية عقدية لا يمكن للمدين دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي، وجزاء هذه المسؤولية هو التعويض النقدي، ولا يمكن أن يكون بأي شكل من الأشكال الإجبار على إبرام العقد النهائي، لأن ذلك يتناقض مع مبدأ الحرية التعاقدية.

إضافةً إلى ذلك، فقد كرس الاجتهاد القضائي في فرنسا التزاماً بالإعلام وبالاستعلام في مرحلة ما قبل التعاقد.[145] ولا شك في أن هذا الالتزام هو مستقل عن مشروع العقد ومجال تطبيقه أوسع نطاقاً من مجال تطبيق مشروع العقد، ولكن تقديم مشروع عقد يشكل عنصراً من عناصر تنفيذ هذا الالتزام الذي يجد تبريره في المادة 3/1134 مدني فرنسي في صياغتها القديمة لعام 1804، والإخلال بهذا الالتزام يستوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. وفي بعض الأحيان يفرض القانون على عاتق أحد الطرفين التزاماً بإعداد مشروع عقد

---

[145]– انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

M.Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, Préf. J.Ghestin, LGDJ, 1992, n°288 et s.

وتقديمه للطرف الآخر. ومثال ذلك المادة 2/122 من قانون التأمينات الفرنسي التي تنص على أنه يجب على المؤمِن أن يقدم للمؤَمن له نسخة عن مشروع العقد والوثائق المرافقة به أو قائمة معلومات حول العقد التي يبين بدقة الضمانات، وكذلك التزامات المؤمِن. ولا تُلزم الوثائق المقدمة طبقاً لنص هذه المادة أي من الطرفين.

وكذلك بالنسبة إلى المادة 1/1 من القانون الفرنسي رقم 89/1008 تاريخ 1989/12/31 والمتعلق بتطوير الشركات التجارية والحرفية وبتحسين بيئتها الاقتصادية والقانونية والاجتماعية، والتي تنص على أنه يلزم كل شخص، يضع تحت تصرف شخص آخر اسماً تجارياً أو علامةً أو شعاراً مقابل التزامه الحصري أو شبه الحصري بممارسة نشاطه، بصورةٍ مسبقةٍ على توقيع أي عقدٍ يبرم لمصلحة الطرفين، بأن يقدم للطرف الآخر وثيقة تتضمن معلومات صحيحة صادقة، والتي تسمح له بأن يُقْدم على التعاقد وهو عالم بتفاصيل الأمور. وتبين الفقرة الرابعة من هذه المادة أن الوثيقة المشار إليها في الفقرة الأولى ومشروع العقد يجب أن يقدمان إلى الطرف الآخر قبل عشرين يوماً على الأقل من توقيع العقد، أو عند الاقتضاء قبل دفع أي مبلغٍ يتطلب دفعه قبل توقيع العقد. ومشروع العقد المشار إليه في الفقرة الرابعة من هذه المادة لا يقتصر على تنفيذ الالتزام بالإعلام، وإنما هو في الحقيقة بمنزلة إيجابٍ حقيقي.

ولا يعني إعداد مشروع عقدٍ، من حيث المبدأ، أن الطرفين ملزمان بإبرام عقد نهائي، فقد سبقت الإشارة إلى أن مشروع العقد ليس له أي قوة ملزمة، ومن ثمّ فهو لا يُنشئ أي التزام على عاتق الطرفين في المفاوضات. ويترتب على ذلك أن باستطاعة الطرفين التراجع عن مشروع العقد الذي توصلا إليه من دون أن يرتب ذلك، من حيث المبدأ، أي مسؤولية على الطرف الذي لا يريد أن يكمل مشوار إبرام العقد النهائي. فطرفا المفاوضات لهما كامل الحرية في إعداد مشروع عقدٍ

وفي الرجوع عنه. ولكن إذا تبين أن الطرف الذي تراجع عن مشروع العقد قد تعسف في استعمال حقه، فإنه يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يُلحقه بالطرف الآخر نتيجة ذلك، ويُلزم بتعويضه عن ذلك الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية، كما لو أقدم شخص على إعداد مشروع عقد من دون أن تكون لديه إرادة جدية منذ البداية في التعاقد، أو عندما يقوم طرف بالتراجع فجأةً عن مشروع العقد الذي تمّ التوصل إليه بعد أن قطع الطرفان شوطاً كبيراً من المفاوضات.[146] ويمكن أن يكون مشروع العقد الذي تمّ التراجع عنه بالنسبة إلى الغير فرصة لتنفيذ بعض المهام أو الخدمات، ومن ثمّ يحق للغير أن يطالب بأتعابه نتيجة القيام بتلك المهام، فمثلاً يستحق المحامي كامل أتعابه عن الاستشارات التي يقدمها بصدد مشروع عقد. وبالمقابل فإن السمسار الذي تدخل في إعداد مشروع العقد لا يستحق أتعابه ما لم يُبرم عقد نهائي.

أما إذا قرر الطرفان الموافقة على مشروع العقد وإبرام العقد النهائي، فإما أن يصبح المشروع هو نفسه العقد النهائي وذلك بالتوقيع عليه، أو أن يقوم الطرفان بإبرام عقد نهائي ومن ثمّ يكون هذا العقد مستقلاً عن مشروع العقد. وفي الحالة الأخيرة لا يكون لمشروع العقد أي تأثير في العقد النهائي بعد إبرامه، من حيث المبدأ، لأن كلاهما له كيانه المستقل عن الآخر. ومع ذلك قد يكون لمشروع العقد في مثل هذه الحال تأثيرٌ في العقد النهائي في بعض الحالات الاستثنائية. ويثور السؤال في هذا الإطار حول ما إذا كان بالإمكان الاستناد إلى مشروع العقد من أجل إثبات العقد النهائي إذا لم يكن مكتوباً. الجواب عن هذا السؤال هو بالنفي، وذلك لأن العقد لا يمكن إثباته إلا بالكتابة، ومشروع العقد مستقل عن العقد

---

[146]– ودعوى المسؤولية التقصيرية لا تكون من اختصاص المحكمة المختصة بالنظر في العقد المراد إبرامه، وإنما تحدد المحكمة المختصة وفقاً لقواعد الاختصاص القيمي.

النهائي. ولكن هل يمكن عدّ مشروع العقد في مثل هذه الحال مبدأ ثبوت بالكتابة بحيث يمكن معه إثبات وجود العقد النهائي بالشهادة، وفقاً لما نصت عليه المادة 56 من قانون البينات السوري لعام 1947 وتعديلاته. في الحقيقة إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة المذكورة آنفاً في مشروع العقد يمكن عدّه مبدأ ثبوت بالكتابة. كما يمكن للقاضي الرجوع إلى مشروع العقد، في حال غموض العقد النهائي، من أجل التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

الفرع الثاني
أركان العقد

128- العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. أو هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله. يتبين من ذلك أن العقد لا ينعقد إلا إذا توافرت أركانه وهي: الرضا وما يتبعه من أهلية المتعاقدين. والرضا هو توافق إرادتين وتطابقهما. وأما الأهلية، فيقصد بها أن تصدر الإرادة من شخصٍ أهلٍ لذلك. والأهلية تكون ركناً في العقد بالنسبة إلى عديم التمييز، إذ تعدّ جميع تصرفاته باطلة. كما أنها تعدّ ركناً في العقد بالنسبة إلى ناقص الأهلية فيما يتعلق بتصرفاته الضارة ضرراً محضاً، إذ إنها تعدّ باطلة. أما بالنسبة إلى تصرفات المميز الدائرة بين النفع والضرر، فتعدّ الأهلية فيها شرطاً من شروط الصحة، لأن هذه التصرفات تكون منعقدة ولكنها قابلة للإبطال لمصلحة المميز. ولكن درج الفقه على عدّ الأهلية شرطاً من شروط صحة العقد.

والمحل، إذ يجب أن يكون هذا التوافق بشأن محلٍ مشروعٍ. والسبب، إذ يجب أن يكون لتوافق الإرادتين سببٌ مشروعٌ، ومن ثمّ يجب أن تتجه الإرادة إلى غاية مشروعة. ولا تعدّ هذه الأركان محل اتفاق بين الفقهاء، إذ أنهم اختلفوا أشد الاختلاف حولها، ولكن لم يكن لهذا الاختلاف سوى قيمة نظرية بحتة. ويرى

بعض الفقهاء أن أركان العقد اثنان وهما الرضا والسبب، في حين أن الأهلية بالنسبة إلى هذا الفريق هي من شروط صحة العقد، وأما المحل فيعدّ ركناً في الالتزام لا ركناً في العقد، ولكن المحل يذكر عادة مقترناً بالعقد وذلك لأن محل الالتزامات العقدية يعين باتفاق المتعاقدين، ومن ثمّ يجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون.[147] في حين يرى قسم آخر من الفقهاء أن العقد يقوم على ركن واحد وهو الرضا، وذلك لأن المحل والسبب هما ركنان في الالتزام لا في العقد الذي يُنشئ الالتزام، ولكن جرى الاصطلاح على عدّهما من أركان العقد.[148]ويذهب قسم ثالث من الفقه إلى أن أركان العقد ثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب. وإذا كان المحل يعدّ ركناً مباشراً في الالتزام، إلا أنه يعدّ ركناً في العقد أيضاً وإن كان ذلك بصفة غير مباشرة، وذلك لأن المحل المباشر للعقد هو الالتزامات التي يُنشئها، ومن ثمّ فإن محل هذه الالتزامات هو على نحوٍ غير مباشر محل للعقد أيضاً. ويترتب على ذلك أن عدم توافر الشروط القانونية في محل الالتزام لا ينجم عنه بطلان الالتزام فقط، وإنما يؤدي أيضاً إلى بطلان العقد الذي كان يفترض فيه إنشاء ذلك الالتزام. وأما السبب فإنه ركنٌ للعقد، وذلك لأنه يعبر عن غاية المتعاقد من وراء التعاقد.[149]ويرى قسم رابع من الفقه أن أركان أو مقومات العقد أربعة وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب.[150]والرأي عندي أن أركان العقد أربعة وفق ما ذهب إليه القسم الرابع من الفقه، ولكن مع بعض التفصيل بالنسبة إلى الأهلية وفق ما أشرت إليه قبل قليل، إذ إنها قد تعدّ من

147- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 68، ص170.

148- د.أبو ستيت، المرجع السابق، بند 72، ص70.

149- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 39، ص86، هامش 1. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 67، ص131.

150- د. سوار، المرجع السابق، ص55.

أركان العقد وقد تعدّ من شروط صحة العقد. وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني السوري قد بحث تحت عنوان " أركان العقد " في الرضا وما يتبعه من أهلية المتعاقدين وفي المحل والسبب. (الرضا والأهلية: المواد من 92 وإلى 131، وهي تقابل المواد من 89 وإلى 130 مدني مصري؛ والمحل: المواد من 132 وإلى 136، وهي مطابقة للمواد من 131 وإلى 135 مدني مصري؛ والسبب: المادتان 137 و138، وهما مطابقتان للمادتين 136 و137 مدني مصري). أما القانون المدني الفرنسي فكان ينص صراحة في المادة 1108 منه، في صياغتها القديمة لعام 1804، على ضرورة توافر أربعة شروط من أجل صحة أي اتفاق، وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب. ونتيجة الانتقادات الكثيرة الموجهة إلى ركن السبب، فقد دمج المشرع الفرنسي، في التعديل الجديد للنظرية العامة للالتزام في القانون المدني في العام 2018، ركن السبب مع ركن المحل، وأصبحت المادة 1128 منه تنص في صياغتها الجديدة على أنه يعدّ ضرورياً من أجل صحة العقد: رضا الأفرقاء، وأهليتهم التعاقدية، ومضمون مشروع ومؤكد.

زدّ على ذلك أن الشكل في العقود الشكلية يعدّ ركناً إضافيا، ومن ثمّ لا تنعقد هذه العقود حتى لو توافرت فيها الأركان السابقة، وإنما لا بدَّ إضافةً إلى ذلك أن تتوافر فيها الشكلية التي تطلبها القانون من أجل انعقادها.

129- أما في الفقه الإسلامي فركن العقد هو التراضي المعبَّر عنه بالإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما في الدلالة. وذلك لأن الركن عند فقهاء الشريعة هو ما يكون به قوام الشيء ووجوده، ومن ثمّ فهو كل أمر ربط به غيره وجوداً وعدماً، ويعدّ جزءاً داخلاً في ماهيته. أما العاقد والمحل فليسا من أركان العقد بل هما عناصر خارجية عن عملية التعاقد يتوقف عليها وجود العقد، وإنما هما من شروط العقد. وأما الشرط فهو كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً وهو خارج عن

ماهيته، ومثال ذلك أهلية العاقد فإذا انعدمت، انعدم العقد. في حين أن السبب في الفقه هو كل حادث ربط الشرع به أمراً آخر وجوداً وعدماً، وهو خارج عن ماهيته. وتنقسم شروط انعقاد العقد في الفقه الإسلامي إلى شروط عامة وشروط خاصة. والشروط العامة يجب توافرها في كل عقد، أما الخاصة فهي التي يشترط وجودها في بعض العقود من دون غيرها إضافةً إلى الشروط العامة، مثال ذلك عقد النكاح الذي اشترط فيه الشرع توافر الإشهار والشهود، وكالتسليم في العقود العينية. والشروط العامة هي:

1:- أهلية العاقدين: والمراد بها أن يكون العاقدان متمتعين بالصفات التي تسوغ لهما شرعاً مباشرة العقد.

2:- قابلية محل العقد لحكمه: وإذا كان محل العقد غير قابل لحكمه فلا ينعقد. فمثلاً لا ينعقد بيع ما ليس بمالٍ شرعاً، كما لا ينعقد بيع المال الموقوف.

3:- ألا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان: ومثال ذلك الهبة من مال الصغير القاصر.

4:- أن يستوفي العقد شروط انعقاده الخاصة به.

5:- كون العقد مفيداً: فلا ينعقد الرهن مثلاً في مقابل الأمانة. لأن الوديعة أمانة غير مضمونة. وكذلك الحال عند الحنفية فلا يجوز التعاقد على عدم الاشتغال في التجارة.

6:- بقاء الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول.

7:- اتحاد مجلس العقد: الأصل أن يتصل القبول بالإيجاب مباشرة وفوراً لينفذ العقد.[151]

---

[151]- د.الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد...، المرجع السابق، بند 137 وما يليه، ص284 وما يليها.

المبحث الأول

الرضـا

130- يميز الفقه في هذا المجال بين وجود الرضا وبين سلامة الرضا. ويتطلب وجود الرضا وجود الإرادة، في حين أن سلامة الرضا تفترض وجود الإرادة ومن ثمّ تستلزم صحة هذه الإرادة. والرضا بوصفه ركناً من أركان العقد يستلزم وجود إرادتين، ويترتب على ذلك إن الرضا لا يكون سليماً إلا إذا كانت الإرادتان صحيحتين.

المطلب الأول

وجود الرضا

131- الرضا هو توافق وتطابق الإرادتين في العقد. أو هو الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما في الدلالة. وكذلك يُعرّف بأنه تحرك الإرادة إلى شيء ما وتعلقها به.[152] ويترتب على ذلك أن وجود الرضا يستلزم وجود الإرادة. ويرتبط الرضا بالإرادة، من حيث المبدأ، في مجال التصرف القانوني على نحوٍ عامٍ، وفي مجال العقد على نحوٍ خاصٍ، بعلاقةٍ طرديةٍ. ويترتب على ذلك أن وجود الإرادة يستتبع وجود الرضا، وانعدام الإرادة يرتب انعدام الرضا. ومن ثمّ فالرضا معدوم عند عديم التمييز، وفاقد الوعي نتيجة مسكر أو مخدر أو تنويم مغناطيسي، وذلك نتيجة انعدام الإرادة عندهم. ويقصد بوجود الإرادة صدورها عن صاحبها بقصد إحداث أثر قانوني وهو هنا إنشاء الالتزام، بحسبان العقد المصدر الإرادي الأول للالتزام. أما إذا لم تتجه الإرادة إلى إحداث مثل هذا الأثر، فلا يقوم الرضا كركن من أركان العقد، ومن ثمّ لا يترتب على مثل هذه الإرادة انعقاد العقد. وفي حال

---

[152]- د.مرقس،، بند رقم 68 وما يليه، ص132 وما يليها.

وقوع خلاف حول ما إذا كانت الإرادة قد اتجهت إلى إحداث أثر قانوني أم لا، فالمحكمة المختصة هي التي تفصل في مثل هذا الخلاف.[153]

والإرادة هي أمرٌ باطنيّ، فلا بدّ إذاً من التعبير عنها صراحةً أو ضمناً. وقد يتفق هذا التعبير الظاهر مع الإرادة الباطنة، وقد يختلف عنها. ومن هنا نشأت نظريتان حول الإرادة التعاقدية، وهما: نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة.[154]

الفقرة-1- التعبير عن الإرادة:

132- الإرادة أمرٌ مستقرٌ في أعماق النفس البشرية لا يمكن إدراكه على نحوٍ مباشرٍ لأنها لا تقع تحت الحسّ. والإرادة بهذا المعنى هي كل عمل يكمن في النفس ينعقد به العزم على شيءٍ معينٍ.[155]ومن ثمّ لا يعلم بها إلا خالق النفس البشرية وصاحبها، أما غيرهما فلا يمكن له العلم بالإرادة إلا إذا عبّر عنها صاحبها، واتخذت مظهراً خارجياً ملموساً يمكن الاعتداد به قانوناً. ويسمى هذا المظهر الخارجي المحسوس بالتعبير عن الإرادة.[156]ومن ثمّ فإن الهدف من التعبير عن الإرادة هو إحاطة الوسط الخارجي العلم بها من أجل أن تتمكن من ترتيب الأثر المترتب عليها قانوناً، وهو إنشاء الالتزام، في مجال العقد بوصفه مصدراً للالتزام. ويستلزم مبدأ الرضائية المطبق في القوانين المعاصرة عدم فرض طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة. ومن ثمّ فإن الشخص يمكن له أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تحلو له، وكما يرتأي دونما أن يكون ملزماً بإفراغ التعبير عن إرادته في قالبٍ أو شكلٍ معينٍ. ويستلزم انعقاد العقد، من حيث المبدأ،

---

[153]- د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002، بند 55 و 56، ص78 و 79.

[154]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 77 وما يليه، ص179 وما يليها.

[155]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 75، ص174 و 175.

[156]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 71، ص135.

التعبير عن إرادتين متطابقتين، ولكن قد يتطلب القانون إضافةً إلى ذلك توافر شروط أخرى. وهذا ما ذهبت إليه المادة 92 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 89 مدني مصري، إذ تنص على أنه ((يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)).[157] وهذا ما جاء في المادة 1113 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه يتكون العقد بالتقاء إيجاب وقبول اللذين بموجبهما يعبر الأفرقاء عن إرادتهم في أن يلتزموا.

وفي الفقه الإسلامي الرضا هو إيجاب وقبول، ويُعبّر عنه بصيغة العقد. واشترط الفقهاء جلاء المعنى في صيغة العقد، وتوافق الإيجاب والقبول، وجزم الإرادتين. وجلاء المعنى يعني أن تكون مادة اللفظ المستعملة للتعبير عن الإيجاب والقبول في كلّ عقدٍ تدل دلالةً واضحةً عرفاً على العقد. وجزم الإرادتين يعني أن تكون صيغة الإيجاب والقبول تفيد البت في العقد، وليس فيها ما يفيد التردد. ويرجح الفقهاء هنا صيغة الماضي: بعتُ، اشتريتُ. وقد يكون بصيغة المضارع: أبيعك الآن. ويمكن أن يتمّ التعبير عن الإرادة بالكتابة، والإشارة، والدلالة ومعناها أن يكون الانعقاد مستفاداً بفعل من شأنه أن يترتب على العقد (التعاطي) و (لسان الحال) ولا بدّ من التسليم في العقود العينية.[158]

---

[157]– وهذا ما جاء أيضاً في المادة 94 من قانون تنظيم العلاقات الزراعية لعام 2004، والتي تنص على أنه ((يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين مطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون)). ويقصد بالعقد في هذه المادة عقد المزارعة.

[158]– د.الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد...، المرجع السابق، ص 304 وما يليها.

أولاً:- التعبير الصريح والتعبير الضمني:

133- تنص المادة 93 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 90 مدني مصري، على أن ((1- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

2- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً)). ويستخلص من هذا النص أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحاً، كما يمكن أن يكون ضمنياً.

1:- التعبير الصريح:

134- ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا اتخذ صاحبها مظهراً يدل في ذاته على الكشف عن إرادته وفق ما هو متعارف عليه بين الناس. ويكون التعبير الصريح عن الإرادة باللفظ، كاستعمال لفظ يدل بذاته على الكشف مباشرة عن إرادة من لفظه، كما لو قال البائع بعتك هذا الشيء بكذا، فرد المشتري بقوله اشتريت. كما يكون بالكتابة أيضاً. ولا يهم شكل هذه الكتابة، فقد تكون عادية أو رسمية، وقد تكون مطبوعة على الحاسوب أو الآلة الطابعة أو تكون مخطوطة باليد، وقد تكون كتابة عادية أو الكترونية. ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً، كما لو قال البائع بعتك هذا الشيء بكذا، فهز المشتري برأسه نحو الأسفل دلالة على القبول، أما إذا هز برأسه بشكل أفقي أو هز بكتفيه نحو الأعلى ونحو الأسفل فذلك يكون دلالة على الرفض. وأخيراً يمكن أن يكون التعبير الصريح عن الإرادة باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، كما لو قام شخص بوضع آلة، في مكان معين، لتوزيع المشروبات الساخنة والباردة مقابل ثمن محدد، أو وقوف سيارات الأجرة في المواقف المخصصة لها بانتظار من يرغب بركوبها.

2:- التعبير الضمني:

135- ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً عندما لا يدل المظهر الذي اتخذه صاحبها مباشرة على الكشف عن إرادته، وإنما يكشف عنها على نحوٍ غير مباشر. ويترتب على ذلك أن الوسيلة المستخدمة في هذا التعبير لا تدل بذاتها وعلى نحوٍ مباشرٍ على حقيقة المعنى الذي يقصده صاحب الإرادة إلا أن ظروف الحال تسمح بترجيح هذا المعنى على غيره من المعاني المحتملة.[159]ومثال ذلك قيام الوكيل بتنفيذ العمل القانوني المطلوب منه بموجب الوكالة التي عرضت عليه ولم يقبلها صراحةً، وكذلك بقاء المستأجر في العقار المأجور بعد انتهاء مدةَ الإيجار وقيامه بتنفيذ أعمال ديكور جديدة فيه، فيعدّ ذلك إيجاباً ضمنياً بتجديد الإيجار، وإذا قبل المؤجر قبض الأجرة منه مع علمه بالأعمال التي قام بها، فيعدّ ذلك قبولاً ضمنياً منه. ومثال ذلك أيضاً إعلان قناة تلفزيونية عن مسلسل تلفزيوني يُعرض على شاشتها قريباً عَرَضه عليها منتجه، فهذا العرض يفيد ضمناً شراء حقوق عرض هذا المسلسل.

ويستخلص من ذلك أن التعبير عن الإرادة يكون بجميع الوسائل التي تتوافر فيها الدلالة الكافية، كاللفظ، والكتابة، والإشارة المتداولة عرفاً، واتخاذ موقف. ويمكن أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمنياً، ولا فرق بينهما- في الأصل- من حيث الأثر القانوني. ولكن قد يستلزم القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 221/د مدني سوري، وهي مطابقة

159- أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري إلى التعبير الضمني عن الإرادة والتمييز بينه وبين التعبير الصريح وذلك بصدد تعليقها على المادة 2/124 منه، والتي أصبحت المادة 2/90 من القانون المدني المصري (وتقابلها المادة 2/93 من القانون المدني السوري وهي مطابقة لها)، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، الجزء الثاني، ص14.

للمادة 220/د مدني مصري، إذ إنها قررت أنه لا ضرورة لإعذار المدين إذا كان قد صرح كتابةً أنه لا يريد تنفيذ التزامه. ومن الأمثلة على ذلك أيضاً المادة 443 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 475 مدني مصري، المتعلقة ببيع التركة، والتي تنص على أنه إذا كان البائع قد باع شيئاً من مشتملات التركة، أو استوفى بعض ما لها من ديون، يجب عليه أن يرد للمشتري ما استولى عليه ما لم يكن قد اشترط صراحة في عقد البيع عدم الرد. وكذلك الحال بالنسبة إلى المادة 2/654 مدنسي سوري، وهي مطابقة للمادة 2/688 مدني مصري، والتي تنص على أن ما يتوصل إليه العامل من اختراعات في أثناء خدمة رب العمل، فتكون من حق العامل ما لم تكن طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تتطلب منه الوصول إلى مثل تلك الاختراعات، أو كان رب العمل قد اشترط صراحة في العقد أن تكون مثل تلك الاختراعات من حقه. ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 18 من قانون البينات لعام 1947، إذ إنها تقرر أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت عنه إلا إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً، أو أنه قصد من تدوين ما قام به أن تقوم مقام السند بالنسبة إلى من أثبتت حقاً لمصلحته. كما يمكن أن يتفق المتعاقدان على أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً، كأن يشترطا أن يكون اتفاقهما مكتوباً.

ثانياً:- السكوت:

136- لا يعدّ السكوت المجرد، من حيث المبدأ، تعبيراً عن الإرادة لا إيجاباً ولا قبولاً، وذلك لأن الإرادة حركة أما السكوت فسكون. ويترتب على ذلك أن السكوت لا يعدّ تعبيراً ضمنياً عن الإرادة، لأن التعبير الضمني يستلزم استعمال وسائل من أجل التعبير عن الإرادة، وإن كانت لا تدل بذاتها وعلى نحو مباشر على حقيقة المعنى المقصود الذي اتجهت الإرادة إليه، إلا أن ظروف الحال ترجح هذا المعنى

على غيره. ويترتب على ذلك أن التعبير الضمني عن الإرادة هو وضع إيجابي، في حين أن السكوت هو وضع سلبي.[160]

ولا يعدّ السكوت إيجاباً مطلقاً، لأن الإيجاب هو الإرادة المبتدئة التي تكون الشق الأول من العقد، فلا بد من أن يدل عليها عمل إيجابي.[161]أما بالنسبة إلى القبول، فإن السكوت قد يعدّ قبولاً وذلك على سبيل الاستثناء، لأنه في بعض المعاملات قد يجعل سبق الإيجاب من السكوت دلالة على الرضا، وهذا هو السكوت الملابس Silence circonstancié.[162]وقد نصت المادة 67 من مجلة الأحكام العدلية على أنه "لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان"، وذلك لأن السكوت عدم، ودلالة العدم هي الرفض لا القبول. وهذا هو المبدأ العام والمتمثل في أن السكوت لا يعدّ تعبيراً عن الإرادة. ولكن ترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات، حيث يعدّ السكوت فيها تعبيراً عن الإرادة وذلك إذا أحاطت به ظروفٌ ملابسةٌ، ولكنه لا يعدّ إلا قبولاً. وعلى هذا نصت المادة 99 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 98 مدني مصري، إذ جاء فيها إنه:((1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف

---

[160]- جاء في المذكر الإيضاحية للمشروع التمّهيدي للقانون المدني المصري تعليقاً على المادة 142 من المشروع، والتي أصبحت المادة 98 من القانون المدني المصري، وتقابلها المادة 99 من القانون المدني السوري وهي مطابقة لها، ((أن التعبير الضمني وضع إيجابي، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي. وقد يكون التعبير الضمني بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً. أما السكوت، فمن الممنوع على الإطلاق أن يتضمن إيجاباً، وإنما يجوز في بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولاً...))، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص57.

[161]- د.سوار، المرجع السابق، بند 71، ص 66.

[162]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 112 وما يليه، ص 220 وما يليها. و د. سوار، المرجع السابق، بند 72، ص 67.

تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً، فإن العقد يعتبر قد تمّ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

2- ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه)).

ويتبين من نص هذه المادة أن السكوت يعدّ قبولاً في ثلاث حالات وهي:

1:- إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، كما لو تعاقد صاحب بقالية مع صاحب مخبز على أن يورد له يومياً كمية من منتجاته بشكل يومي ولمدة محددة، فإذا انتهت المدة واستمّر صاحب المخبز بالتوريد وسكت صاحب البقالية، فيعدّ سكوته قبولاً لأنه متصل بتعامل سابق بينهما. وكما لو كان أحد الأشخاص مشتركاً في جريدة لمدة معينة، واستمّرت إدارة الجريدة في إرسالها له بعد انتهاء المدة، وسكت المشترك عن ذلك ولم يرد الأعدّاد التي استلمها بعد انتهاء مدة اشتراكه، فقد يستخلص من سكوته أنه قبل تجديد اشتراكه. أما إذا لم يكن هناك تعامل سابق بين إدارة الجريدة والمرسل إليه، فلا يعدّ سكوت هذا الأخير قبولاً حتى لو كانت إدارة الجريدة قد اشترطت في مراسلاتها ضرورة ردّ الجريدة في حال رفض الاشتراك تحت طائلة عدّ عدم الرد قبولاً.

2:- إذا كانت طبيعة المعاملة تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر جواباً من القابل. ومثال ذلك ما درجت عليه المصارف قديماً من إرسال كشف يتضمن رصيد حساب الزبون لديه دورياً، وكان الكشف يتضمن أن عدم الاعتراض عليه خلال المدة المحددة فيه يعدّ قبولاً بمضمونه. وقد قل شيوع هذا التعامل بعد أن شاع التعامل بالبطاقات المصرفية، إذ بإمكان الزبون في أي لحظة أن يعرف رصيد حسابه بموجب هذه البطاقة.

3:- إذا كان في الإيجاب منفعة محضة للقابل، فيعدّ سكوته قبولاً، كالإيجاب في هبة المنقول الذي يعدّ منفعة محضة للموهوب له، ومن ثم يعدّ سكوته قبولاً. وكما في عارية الاستعمال، فإذا عرضت على شخص وسكت، فيعدّ سكوته قبولاً، لأنه تمّخض له منفعة محضة عن هذا الإيجاب.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الحالات لم تحدد على سبيل الحصر، ومن ثمّ يمكن القياس عليها، ومثال ذلك سكوت الموكل على تجاوز الوكيل حدود وكالته وهو عالم بذلك، فيعدّ سكوته إجازة ومن ثم يسري هذا التجاوز بحقه. وكذلك سكوت المالك الحقيقي في بيع ملك الغير على ذلك على الرغم من علمه به، فيعدّ هذا السكوت إقراراً إذا كان من دون عذر.

زدّ على ذلك أن القانون ينص في مواضع أخرى متفرقة على عدّ السكوت قبولاً. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 1/389 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/421 مدني مصري، إذ قررت إنه يجب على المشتري في البيع بشرط التجربة أن يعلن رفضه المبيع في المدةّ المتفق عليها، وفي حال عدم الاتفاق على المدةّ فعليه أن يعلن رفضه في مدةّ معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدةّ وسكت المشتري وكان بإمكانه تجربة المبيع يعدّ سكوته قبولاً.

أضف إلى ذلك أن المادة 8/139 من قانون الشركات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 29 تاريخ 2011/2/14 تنص على أنه يمكن أن ينتخب لعضوية إدارة الشركة المساهمة المغفلة شخص غائب، ويجب عليه في مثل هذه الحال أن يعلن عن قبوله بتلك العضوية أو رفضها خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغه نتيجة الانتخاب، ويعدّ سكوته قبولاً منه بالعضوية.

ثالثاً:- حكم الاختلاف بين الإرادة وبين التعبير عنها:

137- الإرادة هي جوهر العقد وقوامه، ومن ثمّ لا يقوم العقد إلا إذا كانت الإرادة موجودة. وسبقت الإشارة إلى أن الإرادة أمر نفسي مستقر في أعماق النفس

البشرية، والتعرف إليها يستوجب من حيث المبدأ الغوص في هذه الأعماق، وهذا عمل شاق إن لم يكن مستحيلاً. ويترتب على ذلك أن الإرادة لا يكون لها وجود خارجي محسوس إلا بالتعبير عنها وفق ما تقدم، والتعبير عن الإرادة هو الذي يبرزها إلى العالم الخارجي، فهو مظهرها المادي والزي الذي ترتديه في الخارج. وقد يكون التعبير عن الإرادة مطابقاً لها، وقد يكون مخالفاً لها، وفي هذه الحال يثور سؤال مفاده هو هل يعتد في حال الاختلاف بين الإرادة وبين التعبير عنها، بالإرادة ذاتها وهي الإرادة الباطنة أو الحقيقية، أم يعتد بمظهرها الخارجي المتمثل بالتعبير عنها، وهو الإرادة الظاهرة؟ ظهرت نظريتان في هذا المجال، أعرضهما تباعاً ثم أعرض موقف المشرع السوري منهما.

1:- الإرادة الباطنة أو الإرادة الحقيقية:

138- يرى أنصار هذه النظرية أنه في حال الاختلاف بين الإرادة الحقيقية وبين التعبير عنها، فترجح الإرادة الباطنة أو الحقيقية، لأن التعبير عنها ليس سوى وسيلة للكشف عنها، ومن ثمّ لا يعتد به إلا في الحدود التي يكون فيها مطابقاً للإرادة. فالإرادة هي وفق هذه النظرية قوام الرضا بوصفه ركناً من أركان العقد لا التعبير بذاته. ويترتب على ذلك أن التعبير عن الإرادة وفق هذه النظرية هو قرينة على الإرادة، وهذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، وفي حال إثبات العكس ترجح الإرادة الباطنة La volonté interne على الإرادة الظاهرة والمعلن عنها بالتعبير. وفي حال تعذر الوصول إلى الإرادة الباطنة الكامنة في أعماق النفس، فعلى القاضي أن يفترض هذه الإرادة. والإرادة المفترضة هي إرادة باطنة لا إرادة ظاهرة.[163] ويأخذ بهذه النظرية القانون المدني الفرنسي لعام 1804. ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن التعبير الذي يقع فيه خطأ مادي لا ينتج أي أثر، وإنما يجب تصحيح ذلك الخطأ بما يتفق مع المعنى الذي اتجهت إليه الإرادة الحقيقية.

---

[163]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 78، ص179.

ومثال ذلك أن يتقدم شخص بإيجاب لآخر عارضاً عليه شراء سيارته بمليون ليرة، فيرد عليه البائع بأنه يقبل أن يبيعه سيارته بمائة ألف، فهنا يجب تصحيح الخطأ الذي تضمنه تعبير البائع عن إرادته بما يتفق مع المعنى الذي اتجهت إليه إرادة البائع وهو قبول البيع بثمن وقدره مليون ليرة. وكذلك لا عبرة وفق هذه النظرية للتعبير الصوري عن الإرادة، وإنما العبرة للإرادة الحقيقية المغايرة لهذا التعبير الصوري. وإذا كانت عبارة العقد غامضة فيتوجب على القاضي وفق هذه النظرية أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهي إرادتهما الحقيقية، من أجل تفسير العقد، وإذا لم يتمكن من ذلك فيفترض هذه الإرادة. ولا يخضع القاضي في ذلك لرقابة محكمة النقض، وذلك لأن تفسير العقد يعدّ مسألة واقع ومن ثمّ تخضع للسلطة التقديرية للقاضي. ويجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب ومقترنة بسببها، ومن ثمّ يعدّ السبب في القوانين التي تأخذ بالإرادة الباطنة ركناً، من حيث المبدأ، في الالتزام الإرادي، ومن ثمّ في التصرفات القانونية.

2:- نظرية الإرادة الظاهرة:

139- يرى أنصار هذه النظرية أن القانون ينظم العلاقات الاجتماعية ومن ثمّ فهو ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية. وبالنسبة إلى العلاقات التعاقدية التي ينظمها القانون بهذا المعنى، فلا تنتج الإرادة أثراً بالنسبة إليها إلا إذا اتخذت مظهراً اجتماعياً، وذلك بالتعبير عنها. فهذا التعبير هو شيء مادي محسوس يستطيع القانون أن ينظمه ويرتب أحكامه، من دون حاجة إلى الغوص في أعماق النفس. ومن ثمّ لا يعتد بالإرادة الباطنة إلا عندما تظهر في العالم الاجتماعي، وظهورها يكون بالتعبير عنها بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة. ولا يعدّ التعبير في هذه النظرية مجرد قرينة على الإرادة، وإنما هو الإرادة ذاتها في نظر أنصار هذه النظرية، وهذه الإرادة هي الإرادة الظاهرة La volonté externe، أو هو الإعلان عن الإرادة La déclaration de volonté. ويترتب على ذلك أنه لا

يجوز إثبات اختلاف بين الإرادة الفعلية وبين التعبير عنها، فالتعبير هو الكيان الذي تتجسد فيه هذه الإرادة.[164] وتكون هذه الإرادة مجردة من عيوب الإرادة الباطنة، وكذلك من السبب الذي اقترنت به هذه الإرادة ومن ثمّ حركها. ويؤدي هذا الأمر إلى استقرار التعامل. ومن ثمّ فأن قوام الرضا وفق هذه النظرية هو التعبير عن الإرادة لا الإرادة الباطنة أو الحقيقية في حال الاختلاف بينهما. و يعدّ التعبير هنا قرينة قانونية قاطعة على الإرادة الباطنة أو الحقيقية لا يجوز إثبات عكسها. وقد أخذ القانون المدني الألماني بهذه النظرية. ولا يشترط أنصار هذه النظرية مظهراً معيناً للتعبير عن الإرادة، وإنما يجوز أن يكون التعبير بأي مظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة. ومن ثمّ يمكن أن يكون التعبير صريحاً، كما يمكن أن يكون ضمنياً، وقد يكون السكوت في بعض الحالات تعبيراً عن الإرادة. كما يجب أن يكون التعبير صادراً عن إرادة حرة ومدركة ومتجهة إلى إصداره.[165] وفي حال غموض عبارة العقد فيجب على القاضي وفق هذه النظرية أن يزيل هذا الغموض بالرجوع إلى العرف السائد وما هو متبع في التعامل، ويخضع القاضي في تفسيره لرقابة محكمة النقض. ولا يُلزم القاضي في ظل هذه النظرية بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، لأنها لا تعتد بها، وإنما تعتد بالتعبير عن هذه النية. فإذا كان هذا التعبير غامضاً، لجأ القاضي إلى تفسيره مستعيناً بالظروف الخارجية التي أحاطت بعملية التعاقد.

3:- موقف المشرع السوري:

140- سبقت الإشارة إلى أن القانون المدني الفرنسي أخذ بنظرية الإرادة الباطنة، وأن القانون المدني الألماني أعتنق نظرية الإرادة الظاهرة، ولكن أي من القانونين لم يأخذ بأي من النظريتين على نحوٍ مطلقٍ، وإنما القانون الفرنسي يأخذ بنظرية

---

[164]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 75، ص145.

[165]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 79، ص180 وما يليها.

الإرادة الظاهرة أيضاً ولكن في حالات استثنائية، وكذلك الأمر بالنسبة إلى القانون الألماني الذي يأخذ بنظرية الإرادة الباطنة في بعض الحالات الاستثنائية.

وأخذ القانون المدني السوري بنظرية الإرادة الباطنة كأساس، ولكنه أكملها بنظرية الإرادة الظاهرة.[166] ويتضح ذلك من المادة 92 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 89 مدني مصري، والتي تنص على أنه ((يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين...)). ويتبين من ذلك أن المشرع استلزم التطابق بين إرادتي الطرفين ذاتيهما، ومن ثمّ فالعقد يقوم على هاتين الإرادتين المتطابقتين لا على مجرد التعبير عنهما.[167] كما يشترط القانون المدني السوري أن يكون الباعث أو الدافع للإرادة مشروعاً، وإلا كانت الإرادة باطلة. كما استلزم القانون توافر إرادة مدركة وحرة وسليمة خالية من العيوب. ومن ناحية أخرى ألزم القانون القاضي في حال غموض عبارة العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من دون الوقوف عند المعنى الحرفي لهذه العبارة. وفي حالة الصورية، فإن العقد الحقيقي هو الذي يسري بحق المتعاقدين. ولكن رغبة من المشرع في الحفاظ على استقرار التعامل، فقد أخذ ببعض أحكام نظرية الإرادة الظاهرة. ومثال ذلك إعطاء الخيار للغير بالتمسك بالعقد الصوري. وكذلك منع الانحراف عن عبارة العقد الواضحة من أجل الوصول إلى إرادة المتعاقدين. وكذلك الحال بالنسبة إلى عيوب الإرادة، فهي لا تؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا كانت صادرة من الطرف الآخر أو كان يعلم بها أو من المفروض حتماً أن يعلم بها. أما إذا لم يكن هذا الطرف يعلم بتلك العيوب، فيبقى العقد صحيحاً بالاستناد إلى الإرادة الظاهرة. ويستخلص من

166- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 80، ص182.

167- خلافاً لهذا الرأي يرى الأستاذ الجليل الدكتور مصطفى الزرقاء أن المادة 92 من القانون المدني السوري تبني العقد على الإرادة الظاهرة، المرجع السابق، بند 88، ص 123.

ذلك أن القانون المدني يأخذ على غرار القانون المدني الفرنسي بنظرية الإرادة الباطنة، ويكملها في بعض الحالات بنظرية الإرادة الظاهرة.

الفقرة-2- تطابق الإرادتين:

141- سبقت الإشارة إلى أن الرضا يستلزم، لأنه ركنٌ من أركان العقد، توافر إرادتين والتعبير عنهما، الأولى تعدّ إيجاباً والثانية تشكل قبولاً. ولا يقوم الرضا بمجرد توافر إرادتين والتعبير عنهما، وإنما يجب أن تكون هاتان الإرادتان متطابقتين ومتوافقتين. وتبدأ عملية التعاقد عادة بالإيجاب، إذ يتقدم شخص إلى آخر بعرض يتضمن جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه. وهذا العرض إما أن يلقى قبولاً من الموجه إليه مطابقاً للإيجاب بكل عناصره، فينعقد به العقد؛ أو يلقى رفضاً، فيسقط الإيجاب.

أولاً:- الإيجاب:

142- تبدأ عملية التعاقد بعرض يتقدم به شخص إلى آخر، وإذا تضمن هذا العرض الأمور الجوهرية للعقد المراد إبرامه فيعدّ إيجاباً، أما إذا لم يتضمن مثل هذه الأمور فأنه يعدّ دعوة إلى التعاقد، ومن يلبي هذه الدعوة يتقدم بإيجاب ومن ثمّ تبدأ الخطوة الأولى في عملية التعاقد. ويستخلص من ذلك أن الإيجاب L'offre ou la pollicitation كونه تعبير عن الإرادة قد يمر بمراحل عدّة.

1:- تعريف الإيجاب وخصائصه:

أ:- تعريف الإيجاب:

143- الإيجاب L'offre هو تعبير عن الإرادة بات وحازم يتضمن عرضاً من شخص إلى آخر، يعبر فيه عن نيته في إبرام عقد استناداً إلى شروط يحددها هذا العرض بدقة.

ب:- خصائص الإيجاب:

144- يتبين من تعريف الإيجاب أنه يتمتع بالخصائص الآتية:

(1)- الإيجاب تعبير عن الإرادة: ولا يشترط أن يكون هذا التعبير صريحاً، وإنما يمكن أن يكون ضمنياً أيضاً،[168] وذلك لأن القانون لم يشترط أن يكون الإيجاب صريحاً. لا بل على العكس من ذلك يستخلص من بعض نصوص القانون أن الإيجاب يمكن أن يكون ضمنياً، ومثال ذلك ما جاء في المادة 1/566 مدني سوري، وهي تقابل المادة 1/599 مدني مصري، إذ تنص على أنه ((إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، اعتبر الإيجار قد تمّدد بشروطه الأولى ولكن لمدةٍ غير معينة،...)). ولكن بما أن الإيجاب يعدّ الخطوة الأولى التي تبدأ معها عملية التعاقد، فإنه يكون غالباً صريحاً.

(2)- مجرد أن يصدر الإيجاب من الموجب يكون صالحاً في القانون المدني السوري لأن يقترن به القبول، وهذا هو أثر الإيجاب. فإذا حصل ذلك وكان القبول

---

[168]- يعرف الأستاذ القدير الدكتور محمد وحيد الدين سوار الإيجاب بأنه ((تعبير عن الإرادة، بات، متلقى، يعرض فيه شخص على آخر أو على الجمهور إبرام عقد. وهو لا يكون إلا صريحاً...))، المرجع السابق، بند 76، ص70. والرأي عندي أن الإيجاب لا يشترط فيه أن يكون صريحاً، وذلك لأن المادة 93 مدني سوري نصت على أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحاً، كما يجوز أن يكون ضمنياً ما لم ينص القانون أو العقد على أن يكون صريحاً. ولا يوجد نص في القانون يستلزم أن يكون الإيجاب صريحاً، ومن ثم يمكن أن يكون ضمنياً أيضاً، وهذا ما استقر عليه الفقه. انظر في ذلك: د.مرقس، المرجع السابق، بند 72، ص137. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 91، ص124 وما يليها. كما أن الأستاذ القدير الدكتور سوار يقرّ في موضع آخر من كتابه أن الإيجاب يمكن أن يكون ضمنياً ويضرب مثلاً على ذلك بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انقضاء مدةّ الإيجار يعدّ تعبيراً عن إرادته في تجديد الإيجار بإيجاب ضمني، المرجع السابق، بند 72، ص68.

مطابقاً له انعقد العقد. أما في القانون المدني المصري، فلا يصلح الإيجاب لأن يقترن به القبول إلا من وقت وصوله إلى علم الطرف الآخر وهو الموجه إليه.[169]

(3)- الإيجاب تعبير بات وحازم: التعبير البات والحازم هو التعبير الذي يعبر عن نية الموجب في التعاقد والالتزام وفقاً للقانون متى قبل الموجه إليه الإيجاب من دون أي تعديل. ومن ثمّ لا يكون الإيجاب كذلك إذا كان من صدر منه التعبير يقصد دعوة شخص إلى التفاوض ومن ثمّ التعاقد، أو كان يقصد تعليق عرضه على شرط. ولا يصدر الإيجاب عادة إلا بعد مفاوضات قد تطول وقد تقصر، وخاصة في العقود المهمة.[170] ويعدّ دعوة إلى التعاقد العرض الذي لا يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كمن ينشر إعلاناً في جريدة يعبر فيه عن رغبته في بيع منزله بثمن مغر بداعي السفر، ومن دون أن يحدد الثمن ومساحة البيت. كما تعدّ دعوة إلى التعاقد العرض الذي يقوم على الاعتبار الشخصي للمتعاقد وإن كان يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كمن ينشر إعلاناً في جريدة يعبر فيه عن رغبته في التعاقد مع شخص لشغل وظيفة شاغرة في شركته، ويتضمن الإعلان كل عناصر عقد العمل المراد إبرامه. وقد يكون الإيجاب معلقاً على شرط أي مقترنا بتحفظات، فإذا اقترن القبول به بعد تحقق الشرط فلا ينعقد العقد. ويمكن أن يكون الشرط صريحاً كما يمكن أن يكون ضمنياً. ومثال الشرط الصريح أن يتضمن العرض بيع عدّد من الأسهم لشركة مساهمة تُداول أسهمها في سوق الأوراق المالية بسعر محدد بشرط عدم ارتفاع الأسعار في السوق المذكور قبل صدور القبول من الموجه إليه العرض، فإذا

---

[169]- تنص المادة 91 مدني مصري على أنه ((ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك)). وقد ارتأى المشرع السوري حذف هذا النص من القانون المدني السوري.

[170]- انظر بند رقم 120 وما يليه من هذا الكتاب.

صدر القبول ولم يكن السعر قد ارتفع انعقد العقد؛ أما إذا كان السعر قد ارتفع فلا ينعقد العقد. ومثال الشرط الضمني نشر إعلان من قبل صاحب مسرح يعلن فيه تقديم عرض مسرحي أو حفل موسيقي بتاريخ محدد، ويحدد فيه الأماكن التي تباع فيها البطاقات وثمنها، فهذا العرض يعدّ إيجاباً ولكنه مقيد بشرط ضمني وهو عدم نفاد البطاقات.

وإذا حصل نزاع حول ما إذا كان العرض يعدّ إيجاباً باتاً أم دعوة للتعاقد، فتبت فيه المحكمة المختصة، ويخضع ذلك لسلطتها التقديرية، ومن ثمّ لا يخضع قرارها لرقابة محكمة النقض متى كان مسوغاً، إذ إن مثل هذا الأمر يعدّ من مسائل الواقع لا من مسائل القانون.[171]

(4)- يجب أن يتضمن العرض الأمور الجوهرية للعقد المراد إبرامه: ولا يعدّ العرض الذي لا يتضمن مثل هذه العناصر إيجاباً، وإنما يعدّ دعوة إلى التعاقد. فإذا كان العرض يتعلق ببيع، فيجب أن يحدد بدقة المبيع والثمن، وإلا لا يعدّ إيجاباً. وهذا ما أكدت عليه المادة 1114 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه يتضمن الإيجاب، الموجه إلى شخصٍ معينٍ أو غير معينٍ، العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويعبر عن إرادة صاحبه بأن يلتزم في حال القبول. على خلاف ذلك يكون هناك دعوة إلى الدخول في مفاوضاتٍ.

(5)- لا يشترط أن يوجه الإيجاب إلى شخص معين بالذات، وإنما يمكن أن يوجه إلى الجمهور أيضاً: يوجه الإيجاب عادة إلى شخص معين، ولكن لا يوجد ما يمنع قانوناً من توجيه الإيجاب إلى الجمهور. ويشترط في مثل هذه الحال ألا

---

[171]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 102، ص208.

يكون شخص الموجه إليه محل اعتبار.[172] وعلى الرغم من أن القانون المدني السوري لم يتطرق للإيجاب الموجه للجمهور صراحة، فإن الحياة اليومية تزخر بمثل هذا النوع من الإيجاب، والأمثلة على ذلك لا تحصى. فعرض البضائع في واجهات المحلات مع بيان أسعارها يعدّ إيجاباً من أصحاب هذه المحلات لجمهور الناس. ويعدّ إيجاباً موجهاً للجمهور وضع آلات ميكانيكية توزع المشروبات الساخنة والباردة، أو بعض المأكولات الخفيفة، أو الطوابع، أو الجرائد، في أماكن محددة مع بيان أسعارها. وكذلك وضع خطوط هاتفية مع أجهزتها تعمل على البطاقات مسبقة الدفع أو القطع النقدية. ووضع شاشات الحاسوب في المطارات تعمل على البطاقات مسبقة الدفع من أجل تصفح الشابكة (شبكة الانترنيت). ولكن نشر أو إعلان عروض أو طلبات مع بيان الأسعار الجاري التعامل بها في المحلات موجه للجمهور لا يعدّ إيجاباً في حال قيام الشك بشأنها، وإنما يعدّ دعوة موجهة للجمهور من أجل التفاوض.

2:- القوة الملزمة للإيجاب:

145- ثار السؤال حول ما إذا كان بإمكان الموجب الرجوع عن إيجابه قبل أن يقترن به القبول؟ وتقتضي الإجابة عن هذا السؤال معرفة ما إذا كان الإيجاب مقترناً بميعاد للقبول، أم أنه غير مقترن بمثل ذلك الميعاد.

أ:- عدم اقتران الإيجاب بميعاد للقبول:

146- الإيجاب هو تعبير عن الإرادة ليس له قوة ملزمة إلا إذا وصل إلى علم الموجه إليه، ومن ثم يحق للموجب أن يرجع عن إيجابه طالما أنه لم يصل إلى علم الموجه إليه، لأن مثل هذا الرجوع لا يسبب، من حيث المبدأ، أي ضرر للموجه له الإيجاب. ومثال ذلك أن يرسل شخص رسالة إلى آخر تتضمن إيجاباً، وقبل أن تصل الرسالة إلى المرسل إليه أرسل له الموجب فاكساً يسحب بموجبه

---

[172]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 58، ص120 وما يليها.

ذلك الإيجاب، فيكون هذا الرجوع صحيحاً ولا يرتب من حيث المبدأ أي مسؤولية على الموجب. وكذلك الحال إذا صدر إيجاب من شخص إلى آخر يجمعهما مجلس واحد، إذ يحق للموجب أن يتراجع عن إيجابه حتى لو علم به الموجه إليه طالما أنه لم يقترن به قبول. ويبقى الإيجاب قائماً في مثل هذه الحالة، ويجوز أن يقترن بالقبول ما دام مجلس العقد لم ينفض، فإذا انفض سقط الإيجاب وامتنع القبول.[173] ويترتب على ذلك أن الإيجاب إذا لم يكن مقترناً بميعاد للقبول يعدّ غير ملزم، ومن ثم يحق للموجب الرجوع عنه طالما أنه لم يصل إلى علم الموجه إليه ومن ثمّ لم يقترن به قبول. ويستفاد ذلك من نص المادة 94 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 93 مدني مصري، عن طريق مفهوم المخالفة، إذ تلزم هذه المادة الموجب بالبقاء على إيجابه إذا عين ميعاداً للقبول، ومن ثمّ إذا لم يعين ميعاداً للقبول جاز له الرجوع عن إيجابه قبل أن يقترن به قبول.[174] ولكن يبقى الإيجاب ملزماً في مثل هذه الحالة إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول في وقت مناسب وبالطريق المعتاد.[175] وإذا تبين أن الموجب قد تعسف في استعمال حقه بالرجوع عن الإيجاب قبل أن يقترن به قبول، فيحق للموجه له الإيجاب الرجوع على الموجب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة رجوعه عن إيجابه على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق بموجب أحكام المادتين 5 و 6 مدني سوري، وهما مطابقتان للمادتين 4 و5 مدني مصري.[176]

---

[173]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 256/أساس 354، تاريخ 1997/3/2، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4375، ص2158.

[174]– د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 60، ص126 وما يليها.

[175]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 309/أساس 2515، تاريخ 1992/3/4، المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 1993، ص474.

[176]– د.سوار، المرجع السابق، بند 79، ص71 و72.

ب:- اقتران الإيجاب بميعاد للقبول:

147- إذا اقترن الإيجاب بميعاد للقبول فيلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه طيلة مدةَ الميعاد، ومن ثمّ لا يحق له الرجوع عنه قبل انقضاء ذلك الميعاد ما لم يكن هذا الإيجاب قد سقط برفض الموجه إليه قبل انقضاء الميعاد. وهذا ما ذهب إليه القضاء والفقه في فرنسا، إذ إن القانون المدني الفرنسي، في صياغته لعام 1804، سكت عن بيان حكم مثل هذا الإيجاب. ولكن اختلف الفقه حول تحديد الأساس القانوني للقوة الملزمة للإيجاب في مثل هذه الفرضية، وظهرت ثلاث نظريات وهي: العقد الضمني، والمسؤولية التقصيرية، والإرادة المنفردة.[177] وبالقابل تنص المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه لا يمكن الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء المدة المحدد من قبل صاحبه؛ وعند عدم تحديد مدةٍ، لا يمكن الرجوع عنه إلا بعد انقضاء مدةٍ معقولةٍ. وفي حال الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء تلك المدة، فلا ينعقد العقد. ولكن يرتب هذا الرجوع المسؤولية التقصيرية على عاتق صاحبه وفقاً للقواعد العامة، من دون إلزامه بالتعويض عن خسارة المنافع المنتظرة من العقد.

أما في القانون السوري، فقد قنن المشرع حكماً خاصاً بالإيجاب المقترن بميعاد للقبول، نص عليه في المادة 94 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 93 مدني مصري، إذ جاء فيها أنه: ((1- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. 2- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة)). ويستخلص من هذا النص أن المبدأ في القانون السوري هو أن الإيجاب غير ملزم، ومن ثمّ يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل أن يقترن به قبول. ويستثنى من ذلك حالة ما إذا عين الموجب ميعاداً للقبول، فيلزم

177- انظر باللغة الفرنسية:

Ch. Larroumet, Droit civil, Tome 3, Les obligations- Le contrat, 3ème édition, Economica- Delta, 1996, N°95 et s., p.84 et s.

الموجب بالبقاء على إيجابه مدةَ الميعاد ما لم يسقط الإيجاب برفض الموجه إليه له قبل انقضاء الميعاد المعين. ويمكن أن يكون تحديد الميعاد صريحًا في الإيجاب؛ كما يمكن أن يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، كالإيجاب في البيع بشرط التجربة.[178] وكذا لو كان الإيجاب موجهاً إلى غائب من دون أن يقترن صراحة بميعاد للقبول، فيستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل أن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه المدةَ اللازمة لوصول الإيجاب إلى علم الموجه إليه ولتدبر أمره. ويرى الاجتهاد القضائي في فرنسا أن كل إيجاب مقترن ضمنياً بمدةَ معقولة للقبول تسمح للموجه إليه بالتأمل في الإيجاب، وتختلف هذه المدةَ تبعاً للعرف والظروف، ويخضع تقديرها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.[179] وهذا ما أكدت عليه المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الجديدة لعام 2018، والمشار إليها أعلاه.

3:- سقوط الإيجاب:

148- الإيجاب هو عرض بات يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه يقدمه الموجب للموجب له. والأصل أن الإيجاب غير ملزم للموجب ما لم يكن مقترناً بميعاد للقبول، عندها يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن يسقط الإيجاب. ويسقط الإيجاب سواء، أكان ملزماً أم غير ملزم، في الحالات الآتية:

أ:- رجوع الموجب عن إيجابه:

149- يحق للموجب، من حيث المبدأ، أن يتراجع عن إيجابه غير الملزم طالما لم يقترن به قبول حتى لو كان الإيجاب قد وصل إلى علم الموجه إليه، أي

---

[178]- د.سوار، المرجع السابق، بند رقم 79. و د.السنهوري، الوسيط..، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 103 وما يليه، ص208 وما يليها.

[179]- نقض فرنسي، الغرفة الاجتماعية، 1972/3/22، منشور في مجلة دالوز 1972، ص468.

الموجب له. وهذا ما أكدت عليه المادة 1/95 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/94 مدني مصري، إذ جاء فيها أنه ((إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل)). ويقترن القبول بالإيجاب في القانون المدني السوري بمجرد صدوره، وفق ما نصت عليه المادة 98 منه. أما في القانون المدني المصري فلا يعدّ القبول مقترناً بالإيجاب إلا من الوقت الذي يعلم فيه الموجب بصدور القبول، وفق ما نصت عليه المادة 97 منه. في حين أنه يعدّ القبول مقترناً بالإيجاب في القانون المدني الفرنسي بمجرد أن يصل القبول إلى الموجب، وفق ما نصت عليه المادة 1121 منه في صياغتها الجديدة لعام 2018.

وبالمقابل لا يحق للموجب أن يتراجع عن إيجابه إذا كان ملزماً قبل انقضاء ميعاد القبول.

ب:- رفض الموجب له الإيجاب:

150- يسقط الإيجاب برفضه من قبل الموجب له. وإذا كان الإيجاب ملزماً ورفضه الموجب له فيؤدي ذلك إلى سقوطه حتى قبل انقضاء ميعاد القبول. ويمكن أن يكون الرفض صريحاً، كما يمكن أن يكون ضمنياً كما لو تضمن القبول زيادة في الإيجاب، أو إنقاصاً منه، أو تعديلاً له. وقد يكون الرفض في صورة إيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول.[180] ويعدّ القبول في مثل هذه الحالات إيجاباً جديداً، وفق ما نصت عليه المادة 97 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 96 مدني مصري. وهذا ما أكدت عليه المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه لا أثر للقبول غير المطابق للإيجاب؛ باستثناء أنه يمكن أن يشكل إيجاباً جديداً.

---

[180]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 105، ص211.

ج:- انقضاء الميعاد:

151- إذا كان الإيجاب مقترناً بميعاد للقبول، وانقضى الميعاد قبل أن يصدر القبول، فيؤدي ذلك ليس فقط إلى سقوط الإلزام في الإيجاب، وإنما إلى سقوط الإيجاب ذاته، وذلك لأن الموجب يقصد من خلال اقتران ميعاد للقبول بإيجابه عدم بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء ذلك الميعاد. وكذلك الحال إذا كان الإيجاب غير ملزم، وانفض مجلس العقد قبل أن يصدر القبول، فيترتب على انفضاض مجلس العقد في مثل هذه الحالة سقوط الإيجاب.

د:- موت الموجب أو فقده أهليته قبل صدور القبول، وكذلك موت الموجب له أو فقده أهليته قبل صدور القبول منه:

152- يسقط الإيجاب أيضاً بموت الموجب أو بفقده أهليته قبل صدور القبول، وكذلك بموت الموجب له أو بفقده أهليته قبل أن يصدر القبول منه. أما إذا مات أحدهما بعد وقوع القبول فإن العقد يكون قد انعقد بمجرد القبول في القانون المدني السوري، لأنه أخذ في تمّام إنشاء العقد بنظرية صدور القبول، طبقاً لما نصت عليه المادة 98 مدني. أما في القانون المدني المصري فلا ينعقد العقد، لأنه أخذ بنظرية لزوم علم الموجه إليه التعبير عن الإرادة بالقبول، وفقاً لما نصت عليخ المادة 97 منه. ونص القانون المدني المصري على بقاء التعبير عن الإرادة ولو مات من صدر منه حتى يتصل بعلم الموجه إليه، وفق ما جاء في المادة 92 منه، إذ تنص على أنه ((إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأمر عند اتصال التعبير بعلم من وجِه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل)). ولم يأخذ المشرع السوري بهذا النص، وإنما استبعده، ومن ثمّ فالرأي عندي أن سقوط الإيجاب بموت الموجب أو بفقده أهليته قبل صدور القبول، وكذلك بموت الموجب له أو بفقده أهليته قبل أن يصدر القبول منه في القانون

السوري يقتصر على الإيجاب غير الملزم. أما إذا كان الإيجاب ملزماً، أي مقترناً بميعاد للقبول، فيبقى الإيجاب قائماً على الرغم من موت الموجب أو فقدانه أهليته ما لم يكن شخصه محل اعتبار، ولا يسقط إلا برفض الموجب له أو بانقضاء الميعاد. وكذلك الحال تنص المادة 1117 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الجديدة لعام 2018 على أنه يبطل الإيجاب في حال عدم أهلية صاحبه، أو موته، أو موت الموجه إليه.

ثانياً:- القبول:

لا يكفي من أجل وجود الرضا صدور إيجاب من طرف، وإنما لا بد من أن يقترن به قبول يصدر من الطرف الآخر.

1:- تعريف القبول:

153- القبول هو تعبير عن الإرادة بات وحازم، على غرار الإيجاب، موجه من قبل الموجه إليه الإيجاب إلى الموجب يتضمن ارتضاءه بالإيجاب، ومن ثمّ يؤدي إلى قيام العقد. ويمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً، كما يمكن أن يقوم بالسكوت الملابس؛ ولكنه لا يكون إلا فردياً. ولا يلزم الموجه إليه الإيجاب بقبوله، وإنما له الخيار بين قبول الإيجاب وبين رفضه، وذلك استناداً إلى مبدأ حرية رفض التعاقد المنبثق عن مبدأ سلطان الإرادة. ولكن يمكن أن يلزم الموجه إليه الإيجاب بقبوله، على سبيل الاستثناء، وذلك عندما يكون الإيجاب قد صدر بناءً على دعوة منه، فلا يحق له في مثل هذه الحال أن يرفض الإيجاب، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه، ومن ثمّ يسأل عن تعويض الضرر الذي يمكن أن يلحق بالموجب نتيجة رفضه القبول بالإيجاب الذي صدر بناءً على دعوة منه.[181] ومثال ذلك الإعلانات

---

[181]- كانت المادة 136 من المشروع التمّهيدي للقانون المدني المصري تنص على أنه: ((يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه، ما لم يكن قد دعا إليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة)). ولكنه حذف في أثناء المناقشة

التي يوجهها التجار للجمهور يحثونهم فيها على شراء بضائعهم بأسعار مخفضة في مناسبات الأعياد، إذ إنها تتضمن دعوة إلى التعاقد، فإذا لاقت استجابةً، كانت هذه الاستجابة إيجاباً لا يجوز لمن وجه إليه أن يرفضه إلا لأسباب مشروعة، كنفاد البضاعة المعروضة للبيع.[182]ويمكن الرجوع عن القبول طالما أنه لم يصل إلى الموجب بشرط أن يصل الرجوع عن القبول إلى الموجب قبل وصول القبول ذاته؛ ولا يمكن تصور ذلك إلا في حالة التعاقد بين الغائبين. وهذا ما أكدت عليه المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه القبول طالما أن القبول لم يصل إلى الموجب يمكن الرجوع عنه بكل حريةٍ، على أن يصل الرجوع عن القبول إلى الموجب قبل القبول ذاته.

2:- مطابقة الإيجاب للقبول:

154- إذا اختار الموجب له قبول الإيجاب الموجه إليه فلا يقوم العقد إلا إذا كان القبول يطابق الإيجاب على نحوٍ كاملٍ، طبقاً لما نصت عليه المادة 92 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 89 مدني مصري، في الأمور الجوهرية والفرعية أيضاً،[183]وذلك لأن العقد ينعقد بالتراضي، أي بتطابق الإيجاب والقبول. ويترتب على ذلك أنه إذا كان القبول يتضمن زيادة في الإيجاب، أو كان يقيد منه أو يعدّل فيه، فلا يحصل التطابق بين الإيجاب وهذا القبول، وإنما يعدّ هذا القبول رفضاً ضمنياً للإيجاب، وينقلب هو إلى إيجاب جديد وفق ما نصت عليه المادة

لعلة الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة. انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء 2، ص45 و 46.

[182]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 110، ص216 و 217.

[183]- د.سوار، المرجع السابق، بند رقم 83، ص73.

97 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 96 مدني مصري.[184] وهذا ما أكدت عليه المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه لا أثر للقبول غير المطابق للإيجاب؛ باستثناء أنه يمكن أن يشكل إيجاباً جديداً.

ويجب أن يتمّ التراضي على أصل العقد وكذلك على الأمور الفرعية فيه. والتراضي على أصل العقد هو أساس انعقاده ويشمل أصل العقد جميع الأمور الجوهرية التي يعطيها المتعاقدان أهمية خاصة. ففي عقد البيع يكفي لانعقاد العقد اتفاق البائع والمشتري على المبيع والثمن بوصفهما الأمور الجوهرية في البيع.
ويجب أن يكون التراضي على أصل العقد واضحاً لا شك فيه، وذلك بأن يكون التعبير عنه دالاً عليه دلالة كافية. ولا يتوقف انعقاد العقد على اتفاق الموجب والقابل على جميع المسائل واحدة تلو الأخرى، إذ تنص المادة 96 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 95 مدني مصري، على أنه ((إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتمّ عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تمّ وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتمّ الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)). يتبين من ذلك أن القانون سمح للأطراف الاتفاق على الأمور الجوهرية، وتأجيل الاتفاق على المسائل الفرعية.

184- كانت المادة 178 من مجلة الأحكام العدلية تنص على أنه: ((تكفي موافقة القبول للإيجاب ضمناً. فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا المال بألف قرش، وقال المشتري اشتريته منك بألف وخمسمائة قرش، انعقد البيع على الألف. إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس، يلزم المشتري حينئذ أن يعطيه الخمسمائة قرش التي زادها أيضاً. وكذلك لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش، فقال البائع بعته منك بثمانمائة قرش، ينعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف)).

وهذا لا يمنع من انعقاد العقد. وإذا حصل خلاف فيما بعد حول هذه الأمور الفرعية، فيملك القاضي سلطة تكميلية لحسم الخلاف وفقاً لطبيعة المعاملة والعرف والعدالة وأحكام القانون، ومن ثمّ يخرج القاضي في مثل هذه الحال عن مهمته المألوفة والمتمثلة بتفسير العقد وذلك على سبيل الاستثناء.[185] وتجدر الإشارة إلى أن بيان مدى مطابقة القبول للإيجاب يعدّ من مسائل الواقع، ومن ثمّ يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع من دون أن تكون لمحكمة النقض رقابة عليه في هذا المجال طالما كان تقديره يستند إلى أسباب معقولة وسائغة.[186]

3:- بعض الصور الخاصة للقبول:

155- لا يعتد بالقبول، على غرار الإيجاب، إلا بعد التعبير عنه صراحةً أو ضمناً. وإضافةً إلى ذلك نص القانون على بعض الصور الخاصة للتعبير عن القبول، وأهمها:

أ:- السكوت قد يكون قبولاً إذا أحاطت به بعض الظروف الملابسة:

156- سبقت الإشارة إلى أن السكوت المجرد لا يعدّ، من حيث المبدأ، تعبيراً عن الإرادة لا إيجاباً ولا قبولاً، وذلك لأن الإرادة حركة أما السكوت فسكون. ولكن استثناءً، إذا أحاطت بالسكوت بعض الظروف الملابسة التي من شأنها أن تجعله يدل على الرضا، فيمكن أن يعدّ السكوت في هذه الحال تعبيراً عن الإرادة. إلا أنه لا يمكن أن يعدّ السكوت الملابس إيجاباً مطلقاً، لأن الإيجاب هو الإرادة المبتدئة التي تكون الشق الأول من العقد، فلا بدّ من أن يدل عليها عمل إيجابي، كما سبقت الإشارة إلى ذلك. أما بالنسبة إلى القبول، فإن السكوت الملابس قد يعدّ قبولاً وذلك على سبيل الاستثناء، وعلى هذا نصت المادة 99 مدني سوري، وهي

185- د. سوار، المرجع السابق، بند رقم 85 .

186- نقض مصري، 2 مايو 1963، طعن 28/142 ق، مجموعة أحكام النقض س14، ص653، قاعدة 93، أشار إليه د. عبد الباقي، المرجع السابق، ص141، هامش 1.

مطابقة للمادة 98 مدني مصري، والتي سبق ذكرها.[187]كما تنص المادة 8/139 من المرسوم التشريعي رقم 29، تاريخ 2011/2/8، المتضمن قانون الشركات على أنه ((يجب على الشخص المنتخب لعضوية مجلس إدارة الشركة المساهمة المغفلة الذي كان غائباً عند انتخابه أن يعلن عن قبوله بتلك العضوية أو رفضها خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغه نتيجة الانتخاب، ويعتبر سكوته قبولاً منه بالعضوية)). وبالمقابل تنص المادة 1120 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الجديدة لعام 2018 على أنه لا يعدّ السكوت قبولاً، ما لم يُستخلص خلاف ذلك من القانون، أو من الأعراف، أو من علاقات الأعمال، أو من ظروفٍ خاصةٍ.

ب:- تنفيذ العقد الذي يعرض الموجب إبرامه:

157- إذا عرض شخص على آخر إيجاباً، وقام الموجب له بتنفيذ هذا الإيجاب طوعاً، فيعدّ ذلك التنفيذ قبولاً ضمنياً للعقد، ومن ثمّ يقوم تنفيذ العقد في مثل هذه الحال مقام القبول، وينعقد به العقد. كما لو وكّلَ شخصٌ شخصاً آخرَ بشراء شيء له، فقام هذا الأخير بشرائه من دون أن يرد عليه بقبول الوكالة، فتنعقد الوكالة في مثل هذه الحال بشراء الشيء الذي يعدّ تنفيذاً للوكالة. ولا يمكن أن يعدّ تنفيذ العقد سوى تعبيراً عن إرادة القابل،[188]ومن ثمّ لا يمكن أن يعدّ في مثل هذه الظروف تعبيراً عن إرادة الموجب. وعندما يقوم تنفيذ العقد مقام القبول، يعدّ العقد منعقداً في الزمان والمكان اللذين قام فيهما الموجب له بتنفيذ العقد. أما في القانون المدني المصري، فيعدّ العقد منعقداً في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بقيام

---

[187]- انظر بند رقم 136 من هذا الكتاب.

[188]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 92، ص180.

الموجب له بتنفيذ العقد، وذلك لأن تنفيذ العقد الذي يقوم هنا مقام القبول لا ينتج أثره إلا من تاريخ وصوله إلى علم الموجب.[189]

ج:- القبول في عقود المزايدات:

158- الأصل في التعاقد أن يتمّ بالممارسة، ولكن هذا لا يمنع أن يتمّ التعاقد في بعض الأحيان عن طريق المزايدة، ويكون ذلك بطرح التعاقد في مزايدة علنية. كما في البيع سواء أكان جبراً كبيع أموال المدين في المزاد إثر التنفيذ الجبري عليها، أم كان طوعاً كطرح لوحة فنية لرسام مشهور في مزاد علني. ومن ثمّ فإن طرح التعاقد في المزاد العلني لا يعدّ إيجاباً وإن تمّ تحديد ثمن أساسي، وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد، والعطاء الذي يتقدم به المشارك في المزاد يعدّ إيجاباً، حتى لو كان مصحوباً بتقديم تأمين أخذه من يقوم بالمزاد، إذ لا يعدّ أخذ التأمين في مثل هذه الحال قبولاً وإنما هو شرط للمشاركة بالمزاد والتقدم بعطاء، أي بإيجاب.[190] وأما القبول فيكون في مثل هذه العقود، في القانون السوري، بالإحالة القطعية، فيتمّ العقد بين دائرة التنفيذ التي تحل، في البيع الجبري، محل المالك وبين المشتري الذي رسا عليه المزاد.[191] ويترتب على ذلك أن العطاء الذي يقدمه أحد المتزايدين هو الإيجاب وفي نهاية المزاد بعد آخر عطاء لا بد من قبول صاحب المزاد، ويكون ذلك بالإحالة القطعية، أو رسو المزاد وفق ما عبر عنه القانون المصري. و هذا ما نصت عليه المادة 100 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 99 مدني مصري، إذ جاء فيها إنه ((لا يتمّ العقد في المزايدات إلا بالإحالة القطعية، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً)). ومثال العطاء

---

[189]- د.السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، بند 114، ص225 و 226.

[190]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 92، ص196 و ما يليها.

[191]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 151، تاريخ 1962/3/13، منشور في مجلة القانون لعام 1963، ص202.

الباطل العطاء الذي يتقدم به محام في مزاد لبيع مال متنازع عليه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة أو الدائرة القضائية التي يباشر أعماله في منطقتها، وفق ما نصت عليه المادة 439 مدني سوري، وهي تقابل المادة 471 مدني مصري. وتمّر الإحالة في المزاد الرسمي، الذي تجريه دائرة حكومية أو قضائية أو إدارية، بمرحلتين أولى وثانية وبينهما فاصل، والثانية هي التي تسمى بالإحالة القطعية.[192]

د:- القبول في عقود الإذعان:

159- الأصل في العقود أنها تخضع في إبرامها للمناقشة الحرة بين المتعاقدين وذلك استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة. ولكن في بعض الحالات قد يفرض أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر، كما في عقود الإذعان. وعقد الإذعان هو العقد الذي لا يخضع للمناقشة الحرة لا من حيث إبرامه ولا من حيث تحديد شروطه، وإنما يفرض فيه أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر الذي يقتصر دوره على القبول بهذه الشروط أو رفضها من دون أن يكون له الحق في مناقشتها من أجل تعديلها. ومن ثمّ حتى يكون العقد عقدَ إذعانٍ لا بدَّ أن يُقَدم طرفٌ، يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك أو المنتفع احتكاراً قانونياً أو فعلياً، إيجاباً في قالب نموذجي موجهاً إلى جمهور الناس ولمدةٍ غير معينة، ليس لهم سوى القبول به جملةً أو رفضه جملةً.[193]ويجب توافر الشروط الآتية في العقد حتى يعدّ عقد إذعان: أن يكون محل العقد سلعة أو مرافق تعدّ من الضروريات الأولى بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين؛ واحتكار طرف لهذه السلعة أو المرافق سواء أكان احتكاره قانونياً أم فعلياً، أو أن المنافسة في تقديمها هي

---

[192]- د.سوار، المرجع السابق، بند رقم 86. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 93، ص181 وما يليها. ود.السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 115، ص226 وما يليها.

[193]- نقض سوري، 1958/6/22، منشور في مجلة القانون لعام 1958، ص371.

محدودة؛ وأن تكون صيغة الإيجاب الموجه لجمهور الناس واحدة وذلك بالنسبة إلى كل فئة منها، ولمدة غير محدودة. ومثال عقود الإذعان عقد الاشتراك لدى المؤسسة العامة للكهرباء، وكذلك عقد الاشتراك لدى المؤسسة العامة للمياه، وعقود الاشتراك في خطوط الهاتف، وعقود النقل مع شركات النقل الجوي. ويستخلص من ذلك أن الطرف القوي اقتصادياً يفرض شروطه على الطرف الضعيف في مثل هذه العقود.

160- الطبيعة القانونية لعقد الإذعان:

انقسم الفقه في فرنسا انقساماً شديداً حول الطبيعة القانونية لعقد الإذعان، وظهر نتيجة هذا الخلاف تياران فقهيان: الأول يرفض الطبيعة العقدية لعقد الإذعان، وذلك لأن القابل ليس حراً في التعبير عن إرادته واختيار شروط العقد، والحرية والاختيار هما قوام العقد، ومن ثمّ فإن عقد الإذعان أقرب إلى القانون منه إلى العقد ذاته؛ في حين أن الثاني يقر لعقد الإذعان بالطبيعة العقدية، إذ إنه يتمّ بتوافق إيجاب وقبول. وأما قيما يتعلق بخضوع أحد المتعاقدين لشروط المتعاقد الآخر، فذلك ناجم عن ظروف اقتصادية لا تأثير لها في الطبيعة العقدية لهذا النوع من التعامل. وخير وسيلة لمنع استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف في العقد هي تنظيم المشرع هذه العقود في القانون.[194] وقد اعتنق المشرع السوري الرأي الثاني الذي يقر الطبيعة العقدية لعقد الإذعان وذلك عن طريق تنظيم أحكامه في المواد 101 و150 و2/152 مدني، وهي مطابقة للمواد 100 و149 و151 مدني مصري.

---

[194]- انظر باللغة الفرنسية:

H., L., J. Mazeaud et F. Chbas, Leçons de droit civil, Obligations: théorie générale, 9e édition, Montchrestien 1998- Delta 2000, N°87 et s., p.78 et s.

وانظر باللغة العربية: د.السنهوري، المرجع السابق، بند 117، ص231 و 232.

ويقتصر القبول في عقد الإذعان على مجرد التسليم بشروط الموجب، طبقاً لما ذهبت إليه المادة 101 مدني التي تنص على أن ((القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيه)). ويترتب على ذلك أن التعاقد في عقد الإذعان يبدأ بإيجاب مصاغ في قالب نموذجي يقدمه محتكر سلعة أو مرفق إلى جمهور المستهلكين أو المنتفعين، وهو إيجاب مستمّر يعلن على هذا الجمهور بحيث إذا قبله أي شخص من الجمهور ينعقد العقد. ولكن قد يكون الإيجاب في عقد الإذعان مقترناً، في بعض الحالات، بتحفظات تفرضها طبيعة التعامل، كالإيجاب الذي تقدمه شركات النقل بمختلف أنواعه، البري والبحري والجوي، فهو معلق على شرط توافر الأماكن الشاغرة. وأما القبول فيكون بارتضاء شخص من الجمهور بهذا الإيجاب وبالشروط التي فرضها الموجب في إيجابه، وبمجرد صدور هذا القبول ينعقد العقد.

161- حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان:

أضفى المشرع حماية خاصة على الطرف المذعن خرج فيها عن القواعد العامة المطبقة على العقد. وتبدو هذه الحماية في ناحيتين أساسيتين، وهما:

- الناحية الأولى: حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية: بما أن الطرف القوي في عقد الإذعان هو الذي يضع شروطه، فقد يتضمن العقد شروطاً تعسفية لا يستطيع الطرف الضعيف أن يرفضها، إذ أن تعبيره عن إرادته في مثل هذه العقود يقتصر على التسليم بشروط الموجب والرضوخ لها جملة، أو رفضها جملة؛ وبما أن هذه العقود تتعلق بسلع أو خدمات ضرورية، فيضطر الطرف الضعيف إلى القبول بهذه الشروط. ونتيجة ذلك تدخل المشرع وأضفى على هذا الطرف حماية عن طريق منح القاضي سلطة تعديل مثل هذه الشروط أو إعفاء الطرف الضعيف منها بناءً على طلب من هذا الأخير، وهذا ما أكدت عليه المادة 150 مدني، والتي تنص على أنه: ((إذا تمّ العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن

شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)). ومثال الشروط التعسفية تلك المطبوعة بأحرف صغيرة غير مقرئة، إذا كانت تتعلق بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط، طبقاً لما نصت عليه المادة 3/716 مدني.

- الناحية الثانية: تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن: إذا تضمن العقد عبارات غامضة ولم يتمكن القاضي من تفسيرها، فعليه أن يفسر الشك في مصلحة المدين، وفقاً لما نصت عليه المادة 1/152 مدني، وهذا هو المبدأ. ولكن المشرع سرعان ما خرج عن هذا المبدأ، وذلك في الفقرة الثانية من المادة ذاتها، إذا ما تعلق الأمر بتفسير عبارات غامضة واردة في عقد إذعان، إذ إنه قرر عدم جواز تفسير تلك العبارات على نحو يضر بمصلحة الطرف المذعن؛ وبمعنى آخر يجب على القاضي أن يفسر العبارات الغامضة في عقد الإذعان في مصلحة الطرف المذعن مديناً كان أم دائناً.

هـ:- القبول في العقود الجماعية والعقود النموذجية:

162- ومثال العقود الجماعية اتفاق العمل الجماعي الذي تعرفه المادة 184 من قانون العمل الجديد رقم 17 لعام 2010 بأنه: ((...اتفاق ينظم شروط العمل وظروفه وأحكام التشغيل، وغير ذلك من الشروط التي تكفل راحة العمال وأمنهم وصحتهم، ويبرم بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال أو اتحاد عمال المحافظة أو اتحاد نقابات العمال حسب الحال، وبين صاحب عمل أو مجموعة من أصحاب الأعمال أو منظمة أو أكثر من منظماتهم)). ويجب أن يعرض اتفاق العمل الجماعي، بمقتضى المادة 186 من القانون ذاته، على مكتب النقابة أو المكتب التنفيذي لاتحاد عمال المحافظة أو المكتب التنفيذي للاتحاد العام لنقابات العمال حسب الحال، وأن توافق عليه الأغلبية المطلقة لأعضاء المكتب المعني.

ويستخلص من ذلك أن العقد يسري على الأقلية التي يمكن أن تعارض أحكامه، ومن ثمّ ترتبط هذه الأقلية بالعقد حتى لو كانت لا تقبل بأحكامه، وهذا يشكل خروجاً على القواعد العامة للعقد المنصوص عليها في القانون المدني.

أما العقد النموذجي فهو العقد الذي تضعه سلطة عامة أو منظمة غير حكومية أو أي جهة نظامية أخرى. فإذا أحال عقد إلى عقد نموذجي، يؤدي ذلك إلى تقيد طرفيه بالأحكام التي ينص عليها العقد النموذجي، إذ إن مثل تلك الإحالة تفترض أنهما قد أطلعا على تلك الأحكام. وتجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان ينص في المادة 146 منه على أنه ((في عقود الجماعة يتمّ القبول برضاء الأغلبية، وترتبط الأقلية بهذا القبول)). كما كان هذا المشروع ينص في المادة 147 منه على أنه ((إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود، فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه)). وقد تمّ حذف هذين النصين من المشروع النهائي بحجة أن الأول مكانه في قانون خاص وهو قانون العمل؛ والثاني حكمه واضح وجلي.[195]

4:- بعض الصور الخاصة للرضا:

نص القانون المدني السوري على بعض الصور الخاصة بالرضا، ومن أهمها:

أ: - الوعد بالعقد:

163- تمرّ عملية التعاقد بمراحل عدّة إلى أن يتمّ الوصول إلى ولادة عقد يرتب أثراً قانونياً متمثلاً بإنشاء التزامات على عاتق أحد الطرفين على الأقل. وتبدأ هذه العملية عادة بمرحلة مفاوضات يمكن أن تكون بناءً على دعوة موجهة من أحد

---

[195]- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص67 و68.

الطرفين إلى الآخر تتضمن رغبته في التعاقد بشروط قابلة للتفاوض. وسبقت الإشارة إلى أن مثل هذه الدعوة لا تشكل إيجاباً، ومن ثمّ لا يترتب عليها من حيث المبدأ أي أثر قانوني حتى لو لاقت قبولاً من الموجه إليه. ولكن قد يتمّخض عن هذه المفاوضات إيجابٌ باتٌ يعبر فيه صاحبه عن رغبته في التعاقد مع الموجه إليه بشروط محددة. وقد يقوم الإيجاب من دون حاجة إلى المرور بمرحلة المفاوضات. وسبقت الإشارة أيضاً إلى أن الإيجاب غير ملزم من حيث المبدأ، ما لم يكن مقترناً بميعاد للقبول. وقد تنتهي هذه المرحلة باقتران الإيجاب بقبول مشروط يعلق انعقاد العقد على تحريره في قالب مكتوب والتوقيع عليه، فلا ينعقد العقد إلا بإتمام تلك الإجراءات، ومن ثمّ نكون في مثل هذه المرحلة أمام مشروع عقد وليس أمام عقد نهائي. وقد يسبق انعقاد العقد وعد بإبرام ذلك العقد مستقبلاً. والوعد بالعقد مرحلة متقدمة على مشروع العقد، وذلك لأنه يتضمن اقتران قبول بإيجاب على نحوٍ نهائي. ومن ثمّ فهو عقد، ولكنه يتميز عن العقد الموعود بإبرامه مستقبلاً.[196]

164- تعريف الوعد بالعقد:

تنص المادة 102 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 101 مدني مصري، على أن ((1- الاتفاق الذي يعدّ بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدةَ التي يجب إبرامه فيها.

2- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن بإبرام هذا العقد)). كما تنص المادة 1124 من

---

[196]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 110، ص204 و 205.

القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أن الوعد الملزم لجانب واحد هو عقدٌ بموجبه يمنح فريقٌ، الواعد، إلى الآخر، المستفيد، الحق بأن يصرح برغبته في إبرام عقدٍ حُددت عناصره الأساسية"الجوهرية، ويتوقف تكوينه على قبول المستفيد.

يتبين مما تقدم أن الوعد بالعقد هو عقد يلتزم فيه أحد الطرفين، ويسمى الواعدَ، بإبرام عقد معين في المستقبل إذا رغب الطرف الآخر، ويسمى الموعود له، بذلك وأظهر رغبته بإبرام العقد خلال فترة محددة. ومثال ذلك إذا أراد أحد الأشخاص أن يهاجر إلى فرنسا في بداية العام الجديد، ومن ثمّ أراد أن يبيع جميع أملاكه ومن ضمنها البيت الذي يسكن فيه. فيستطيع أن يتفق مع جاره على أن يتنازل له عن منزله مقابل ثمنٍ محددٍ إذا رغب هو بذلك، وعبر عن رغبته قبل حلول العام الجديد. ومثال ذلك أيضاً من يستأجر عقاراً ليكون المركز الرئيسي لشركته التجارية لمدةٍ خمس سنوات، وخشية عدم تجديد العقد، إذ إن القانون رقم 20 لعام 2015، الذي أنهى العمل بالقانون رقم 10 لعام 2006، أخضع مثل هذا العقد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، استطاع المستأجر أن يستحصل من المؤجر على وعد بأن يبيعه ذلك العقار بثمنٍ محددٍ فيما إذا رغب هو بالشراء خلال مدةٍ الإيجار. والأصل أن الوعد بالعقد هو عقد ملزم لجانب واحد وهو الواعدَ، إذ يلتزم بإبرام العقد الموعود به إذا عبر الموعود له عن رغبته ضمن المدةٍ المحددة لذلك. ولكن يستفاد من صياغة المادة 102 مدني سوري أن الوعد بالعقد يمكن أن يكون ملزماً للطرفين، كما لو استطاع المؤجر في المثال السابق أن يستحصل هو أيضاً من المستأجر على وعد بأن يشتري منه ذلك العقار بثمنٍ محددٍ فيما إذا رغب هو ببيعه خلال مدةٍ الإيجار، فيكون مثل هذا الوعد ملزماً للطرفين معاً المستأجر والمؤجر، فإذا عبر المؤجر عن رغبته في البيع يلتزم المستأجر بالشراء؛ وإذا عبر المستأجر عن رغبته بالشراء يلتزم المؤجر بالبيع. والقبول في الوعد بالعقد ينصب

على الوعد ذاته، ولا علاقة له بالعقد الموعود به في الوعد بالعقد. ويترتب على ذلك أن قبول الوعد بالبيع لا يعني قبول البيع ذاته، ومن ثمّ لا يترتب على الوعد بالبيع انتقال ملكية المبيع إلى الموعود له حتى لو كان قد قبل الوعد بالبيع.

ولا ينعقد الوعد بالعقد في الفقه الإسلامي، وذلك لأنه يشترط أن تكون صيغة الإيجاب والقبول مفيدة للبت في العقد بصورة لا تردد فيها ولا تسويف. ومن ثمّ إذا انتفت دلالة الصيغة على وقوع الارتباط والتعاقد فلا عقد ولا التزام. لذلك قرر الفقهاء أن الوعد بالبيع لا ينعقد به البيع ولا يلزم صاحبه قضاءً. ومن صور الوعد أن تقترن عبارة الإيجاب أو القبول بأداة تأخير وتسويف، كحرف السين أو سوف، طبقاً لما نصت عليه المادة 171 من مجلة الأحكام العدَلية. أما إذا وقع العقد معلقاً وجوده على وجود شرط، أو يعقد بخيار لأحد الطرفين كما لو تبايعا على أن يكون المشتري مخيراً إلى ثلاثة أيام (خيار الشرط). كل ذلك لا ينافي الجزم الواجب وجوده في صيغة العقد.[197]

165- الفرق بين الوعد بالعقد والإيجاب الملزم:

يختلف الوعد بالعقد عن الإيجاب الملزم من حيث الطبيعة القانونية، إذ إن الإيجاب الملزم هو تصرف من جانب واحد يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه خلال الميعاد المعين لاقتران القبول به، ومن ثمّ فهو يقوم على الإرادة المنفردة؛ أما الوعد بالعقد فهو اتفاق بين إرادتين لا بد فيه من إيجاب وقبول. وعلى الرغم من هذا الاختلاف الجوهري بينهما من حيث الطبيعة، إلا أنهما يتشابهان كثيراً من حيث الأثر، إذ إن كلاهما ملزمٌ، ويؤدي القبول فيهما إلى انعقاد العقد. فالإيجاب الملزم إذا اقترن به القبول خلال الميعاد المحدد لذلك انعقد العقد؛ والوعد بالعقد إذا عبر الموعود له عن رغبته ضمن المدةَ المحددة يؤدي ذلك إلى انعقاد العقد

---

[197]- د.الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، بند 154، ص309.

الموعود به. ومع ذلك يتميز الوعد بالعقد عن الإيجاب الملزم من حيث الأثر في أنه إذا مات الموعود له يستطيع ورثته المطالبة بحقه في الوعد الذي انتقل إليهم مع حقوق التركة، لأن الوعد بالعقد هو عقد ومن ثمّ فهو يورَث. أما إذا مات من وجه إليه الإيجاب الملزم فلا يستطيع ورثته ممارسة القبول عنه، لأن القبول في مثل هذه الحال هو خيار وليس حقاً، والخيارات لا تورث، وإنما الحقوق وحدها تورث.[198]

166- الفرق بين الوعد بالعقد والعقد الابتدائي:

يلتقي الوعد بالعقد مع العقد الابتدائي في أن كلاهما عقدٌ تامٌ لا ينعقد إلا إذا اقترن قبولٌ بإيجابٍ، وتطابق معه تطابقاً كاملاً. كما يقترب الوعد بالعقد من العقد الابتدائي في أن كلاهما يستهدف أمراً آخراً، ومن ثمّ ليس هما المطلوبان بذاتهما، وإنما يعدّان خطوة نحو هدفٍ نهائي. ومع ذلك فأن الوعد بالعقد يختلف عن العقد الابتدائي اختلافاً جوهرياً يتمثل في أن الوعد بالعقد وسيلةٌ من أجل الوصول إلى العقد النهائي، وهو العقد الموعود بإبرامه مستقبلاً. فإذا عبر الموعد له عن رغبته ضمن المدةّ المحددة يؤدي ذلك إلى انعقاد العقد الموعود بإبرامه، وهو يختلف تمّام الاختلاف عن الوعد بالعقد. والموعود له ليس ملزماً بإبرام العقد النهائي، وإنما له الخيار في ذلك طالما أن الوعد بالعقد ملزم لجانب واحد وهو الواعدّ. ومن ثم فأن الوعد بالبيع ليس هو عقد البيع بذاته، ولا ينعقد البيع إلا إذا ارتضى به الموعود له في الوعد ضمن المدةّ المحددة. في حين أن العقد الابتدائي هو العقد ذاته المقصود في نهاية الأمر، ولكنه أبرم في شكل أولي من أجل إعادة صياغته لاحقاً في شكله النهائي.[199] ويتمّ اللجوء إلى العقد الابتدائي بشأن التصرفات القانونية

---

[198]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 81، ص175 و 176.

[199]- قررت محكمة النقض السورية أن الاتفاق مبدئياً بين شخصين على إنشاء محطة لتوزيع المحروقات بحيث يقدم أحدهما الأرض من أجل بناء المحطة عليها، ويقدم الآخر العمل،

الواردة على الأشياء التي لا تنتقل ملكيتها إلا بالتسجيل في سجل معين، كالعقارات والسيارات والمتاجر والسفن والطائرات. ويتطلب التسجيل في مثل هذه الحالات بعض الوقت نتيجة ما يستلزمه من إجراءات فرضها المشرع. كما في بيع عقارٍ مسجلٍ في السجل العقاري، إذ إن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل في السجل العقاري وفقاً لما نصت عليه المادة 1/825 مدني سوري، وهذه العملية تستغرق بعض الوقت، فيلجأ المتعاقدان إلى إبرام عقد بيع ابتدائي إلى أن يتمكنا من القيام بإجراءات التسجيل ومن ثمّ نقل الملكية. وينتج هذا العقد جميع آثار البيع باستثناء نقل الملكية الذي لا يتمّ إلا بالتسجيل في السجل العقاري، الذي يعدّ إجراءً لاحقاً للعقد النهائي أو لحكم قضائي يقوم مقامه. زدّ على ذلك أن عقد البيع الابتدائي يُنشئ التزاماً على عاتق البائع بالعمل على نقل ملكية العقار إلى المشتري.[200] ويرى الفقيه الكبير السنهوري أن العقد الابتدائي هو وعد بالعقد ملزم للجانبين،[201] وناصره في ذلك بعض الفقهاء.[202] وقد انتقد فقهاء آخرون بحق هذا الخلط بين الوعد بالعقد وبين العقد الابتدائي، نظراً للاختلاف الموجود بينهما سواء من حيث الطبيعة أم من حيث الأثر، وفق ما سبق شرحه.[203]

ويقتسما الأرباح مناصفة، وحصولهما من السلطات المختصة على الترخيص اللازم لإنشاء المحطة وتوزيع المحروقات، لا يعدّ وعداً بإنشاء المحطة وإنما هو عقد تمهيدي يهيئ السبيل لإبرام عقد الشركة بشكل خطي. الغرفة المدنية، قرار 285، تاريخ 1964/9/2، منشور في مجلة القانون لعام 1964، ص768.

[200]– د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 82، ص177 و178.

[201]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 132، ص249_ 251.

[202]– من هؤلاء الفقهاء الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، بند 101، ص98، هامش 1.

[203]– من هؤلاء الفقهاء الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، بند 111، ص205 و ما يليها. والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، بند 82، ص176 و ما يليها. ويرى د. عبد

167- شروط انعقاد الوعد بالعقد:

طالما أن الوعد بالعقد هو عقد فيجب أن تتوافر فيه الأركان العامة التي يقوم عليها كل عقد، وهي الرضا والأهلية، والمحل والسبب. ويترتب على ذلك ضرورة توافر إيجاب وقبول متطابقين، وصادرين من شخصين يتمتعان بالأهلية اللازمة لانعقاد الوعد بالعقد، وخاليين من عيوب الإرادة. وكذلك ضرورة أن يكون العقد الموعود بإبرامه مشروعاً، كونه محل الوعد بالعقد. وأخيراً ضرورة أن يكون للوعد سبب، وكون هذا السبب مشروعاً. ولكن لا يكفي توافر هذه الأركان لقيام الوعد بالعقد، وإنما حددت المادة 102 مدني سوري شروط خاصة أخرى لازمة لانعقاده، وتتلخص هذه الشروط بما يأتي:

- الشرط الأول: الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه في المستقبل. والمقصود بالمسائل الجوهرية هنا أركان العقد الموعود به وشروطه الأساسية التي يتوقف انعقاده عليها. فمثلاً إذا كان العقد الموعود به هو عقد بيع، فيجب أن يتمّ الاتفاق في الوعد بالعقد على المبيع وعلى الثمن بحسبانهما من المسائل الجوهرية للبيع؛ وإذا كان عقد إيجار، فيجب الاتفاق على العين المؤجرة والأجرة

- الشرط الثاني: تحديد المدةّ التي يلتزم الواعدّ بإبرام العقد الموعود به خلالها في حال ما إذا ارتضاه الموعود له. ويترتب على عدم تحديد هذه المدةّ بطلان الوعد

الباقي أن هذا الخلط بين الوعد بالعقد وبين العقد الابتدائي جاء في المادة 150 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، وهي أصل المادة 101 من القانون المدني المصري، والمطابقة للمادة 102 من القانون المدني السوري، إذ كانت هذه المادة تنص على أنه ((الاتفاق الابتدائي الذي يعدّ بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل...)). وقد حذفت كلمة ابتدائي في أثناء مناقشة النص في مجلس الشيوخ وذلك لأن العقود الابتدائية هي عقود نهائية، وليست مجرد وعود بعقود أخرى.

بالعقد.[204] ولا يمكن أن تتجاوز هذه المدةَ في الوعد بالبيع العقاري خمس عشرة سنة، وفقاً لما نصت عليه المادة 2/899 مدني سوري. ولكن لا يشترط أن ينص الوعد بالعقد صراحة على هذه المدة، إذ يمكن أن يكون الاتفاق عليها ضمنياً يمكن الاستدلال عليه من الظروف التي أحاطت بانعقاد الوعد بالعقد.[205]ويدخل استخلاص هذه المدةَ في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع. ومثال ذلك أن يؤجر شخص شقة صغيرة في بناء يملكه لشخص آخر، ويعدّه في العقد أن يؤجر له بدلاً عنها شقة أخرى أكبر منها مساحة مجرد أن يُخليها أحد المستأجرين في البناية ذاتها، فيكون الوعد صحيحاً على الرغم من عدم تحديد المدةَ صراحة، ومن ثمّ يمكن للقاضي أن يستخلص من ظروف هذا العقد المدةَ التي يلتزم فيها الواعدَ بوعده. وكذلك الحال إذا وعد المؤجر، في عقد الإيجار ذاته، المستأجر بأن يبيعه المأجور من دون أن يحدد مدةً لذلك، فيمكن أن يستخلص من ظروف هذا الوعد أن مدةَ الوعد هي ذات مدةَ الإيجار.

– الشرط الثالث: إذا كان انعقاد العقد الموعود به يستلزم توافر شكليات معينة، فيجب أن تتوافر هذه الشكليات في الوعد بالعقد أيضاً. فإذا كان انعقاد العقد الموعود به يحتاج إلى الكتابة فيجب أن يكون الوعد بالعقد مكتوباً أيضاً.[206] فالمشرع يشترط، في المادة 1/456 مدني سوري، وهي تقابل المادة 488 مدني مصري أن تكون الهبة بسند رسمي تحت طائلة البطلان، ما لم تكن قد تمّت تحت

---

[204]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار رقم 11، تاريخ 1974/6/8، مجلة المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 1974، ص149.

[205]– نقض مصري، 30 مارس 1977، مجموعة النقض س28، ص865، قاعدة 151، أشار إليه د.عبد الباقي، المرجع السابق، ص180، هامش 2.

[206]– د. سوار، المرجع السابق، بند 91، ص83 و ما يليها. ود. الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 108، ص144 و145.

ستار عقد آخر. ومن ثم فالوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بسند رسمي، وهذا ما أكدته المادة 458 مدني سوري، وهي تقابل المادة 490 مدني مصري. والغاية من فرض هذا الشرط، كما هو واضح في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري، هي عدم إفساح المجال للاحتيال على القانون عن طريق الإفلات من الشكل الذي فرضه القانون لانعقاد عقد ما، وذلك بأن يعدّل المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغبان في الإفلات من الشكل الذي تطلب القانون إفراغه فيه، ويلجأن إلى إبرام وعدٍ بالعقد المذكور من دون استيفاء الشكل المطلوب، ثم يحصلان على حكم قضائي بإتمام ذلك العقد من دون مراعاة للشكل الذي فرضه القانون.[207]

168- آثار الوعد بالعقد:

إذا توافرت في الوعد بالعقد شروط انعقاده السابقة، فينعقد صحيحاً، ويجب التمييز بين مرحلتين بالنسبة إلى الأثر المترتب عليه، إحداهما تسبق إبداء الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود به، والأخرى تلي إبداء هذه الرغبة. ففي المرحلة التي تسبق إبداء الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود به يُنشئ الوعد التزاماً على عاتق الواعدّ بإبرام العقد الموعود به مجرد أن يعبر الموعود له عن تلك الرغبة ضمن المدة التي يحددها الوعد صراحةً أو ضمناً. كما يرتب هذا الوعد في الآن ذاته حقاً شخصياً للموعود له يمكنه من مطالبة الواعدّ بإبرام العقد الموعود به إذا عبّر عن رغبته خلال مدةّ الوعد.[208] ومن ثمّ لا يؤثر موت الواعدّ أو الموعود له، من حيث المبدأ، في انعقاد العقد الموعود به في حال حصول الرضا به خلال مدةّ الوعد. ويباشر الموعود له خياره في حال موت الواعدّ بمواجهة ورثته، فإذا عبّر عن رغبته بإبرام العقد الموعود به ينعقد هذا العقد. أما إذا مات الموعود له قبل إظهار رغبته، انتقل حقه إلى ورثته ما لم يكن شخصه

---

[207]- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص73 و 74.

[208]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 115، ص217 و ما يليها.

محل اعتبار عندئذ يسقط الوعد بالعقد بموته.[209] ويُستخلص من ذلك إن الوعد بالعقد لا يرتب آثار العقد الموعود به، فالوعد ببيع شيء معين بالذات مثلاً لا ينقل ملكية هذا الشيء إلى الموعود له، ولا يلزم الموعود له بدفع الثمن بمجرد انعقاده، ولكنه يُنشئ التزاماً على عاتق الواعدّ بإبرام العقد الموعود به إذا أظهر الموعود له رغبته بإبرامه خلال مدةّ الوعد.[210] ويسقط الوعد بالعقد بانقضاء مدته من دون أن يعبّر الموعود له عن رغبته في إبرام العقد الموعود به.

أما في المرحلة التي تلي إبداء الموعود له رغبته بإبرام العقد الموعود به خلال مدةّ الوعد، ينعقد العقد الموعود به من تاريخ إبداء هذه الرغبة لا من تاريخ انعقاد الوعد. وأما في القانون المصري، فلا ينعقد العقد الموعود به إلا من تاريخ اتصال رغبة الموعود له بعلم الواعدّ خلال مدةّ الوعد.[211] وإذا نكل الواعدّ يحق للموعود له أن يطالب بتنفيذ الوعد أمام القضاء إذا كانت الشروط اللازمة لانعقاد العقد الموعود به وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة في الوعد، ويقوم حكم القاضي في مثل هذه الحال متى اكتسب الدرجة القطعية مقام العقد، وفقاً لما نصت عليه المادة 103 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 102 مدني مصري. ويرى بعض الفقهاء أن عدم استيفاء الوعد بالعقد الشكل المطلوب في العقد الموعود بإبرامه لا يترتب عليه بطلان الوعد، وإنما لا يمكن للموعود له إذا أظهر رغبته بإبرام العقد الموعود به أن يحصل على حكم قضائي، في حال ما إذا نكل الواعدّ، يقوم مقام العقد. وبالمقابل يمكن له أن يطالب الواعدّ بالتنفيذ عن طريق التعويض.[212] وهذا

---

[209]– د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 84، ص183 وما يليها.

[210]– د. سوار، المرجع السابق، بند 92، ص85.

[211]– د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 84، ص183 وما يليها.

[212]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 139، ص258 و 259. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 114، ص214 وما يليها.

الرأي، في نظري، سديد ويجد سنداً له في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.[213] وإذا تبين أن الواعدَ قد تصرف بالشيء محل العقد الموعود به قبل انقضاء المدةَ المتفق عليها في الوعد، ومن ثمّ أبدى بعد ذلك الموعود له رغبته بإبرام العقد الموعود به، فإذا كان هذا الشيء معيناً بالذات وكان المتصرف إليه حسن النية فإنه يملك هذا الشيء بموجب قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز؛ ولا يحق للموعود له في مثل هذه الحال سوى الرجوع على الواعدَ بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة ذلك. أما إذا كان المتصرف إليه سيء النية، فيحق للموعود له أن يستصدر حكماً من القاضي يقوم مقام العقد متى اكتسب الدرجة القطعية، وينتزع بموجبه الشيء من يد المتصرف إليه سيء النية.[214] وبالمقابل تنص المادة 1124 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يعدّ العقد المبرم خلافاً للوعد الملزم لجانب واحد مع الغير، الذي كان يعلم بوجوده، باطلاً.

أما إذا كان الوعد ببيع عقار مسجل في السجل العقاري، فلا يسري بحق الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيله تسجيلاً احتياطياً في السجل العقاري، طبقاً لأحكام المادة 900 مدني سوري. وتمنع المادة 901 مدني سوري الواعدَ ببيع عقار، في الميعاد المعطى للموعود له لتقرير اختياره، من بيعه أو من إنشاء أي حق عيني عليه غير التأمين.

---

[213]– جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن الوعد بإبرام عقد رسمي ((لا يكون خلواً من أي أثر قانوني إذا لم يستوف ركن الرسمية، فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة. وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض...))، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء 2، ص75.

[214]– د.سوار، المرجع السابق، بند 92، ص85 و 86.

ب:- العربون:

169- العربون هو مبلغ من المال، غالباً يكون نقوداً، يدفعها أحد المتعاقدين للآخر وقت انعقاد العقد. ويكون ذلك في أغلب الأحيان في عقد البيع أو عقد الإيجار. فقد يدفع المشتري للبائع عند انعقاد العقد جزءاً من الثمن بهدف إما حفظ حق أي منهما في العدول عن العقد، أو تأكيده والبدء بتنفيذه. ويترتب على ذلك أن العربون لا يدل على معنى واحد، وإنما يمكن أن يدل على معنيين متناقضين تمام التناقض، وهما العدول عن العقد بإرادة منفردة، استثناءً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، بعد انعقاده؛ وتأكيد العقد والبدء بتنفيذه. وقد انقسمت القوانين المعاصرة بين هاتين الدلالتين، فالقانون المدني الفرنسي يأخذ بدلالة العدول، إذ إن المادة 1590 تنص على أنه إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع عربون، فيحق لأي من المتعاقدين أن يعدّل عنه، فإذا عدّل من دفع العربون فقده؛ وإذا عدّل من قبضه ردّ ضعفه. ما لم يتبين من العقد أو من ظروف التعاقد أن المقصود من العربون هو غير ذلك. والوعد بالبيع هو، وفق أحكام المادة 1589 مدني فرنسي، بيع إذا تضمن إيجاباً تطابق مع قبول بشأن المبيع والثمن. وإذا كان هذا النص قد ورد بشأن البيع إلا أن الفقه والقضاء الفرنسيين عمما تطبيقه على جميع العقود التي يمكن أن تقترن بدفع عربون.[215] أما القانون المدني الألماني فقد أخذ بدلالة تأكيد العقد والبت فيه، وفق ما جاء في المادة 336 منه؛ وكذلك الحال بالنسبة إلى قانون الالتزامات السويسري الذي ينص في المادة 1/158 منه على أن من يقدم العربون يفترض أنه يقدمه بهدف إبرام العقد لا بهدف العدول عنه. ما لم يتبين من اتفاق الطرفين أو من ظروف التعاقد أن المقصود من دفع العربون هو غير ذلك. أما في القانون المدني السوري، فتنص المادة 104 منه على أن

---

[215]- انظر باللغة الفرنسية:

B.Starck, H.Roland et L.Boyer, Droit civil, Les obligations, 2- Contrat, 6ème édition, Litec, Paris 1998, N°393, p.143.

((1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. 2- فإذا عدّل من دفع العربون، فقده. وإذا عدّل من قبضه، رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر)). وهذا الحكم مطابق للمادة 103 مدني مصري. ويُستخلص من ذلك أن دفع العربون في القانون المدني السوري يدل، من حيث المبدأ، على أن كل متعاقد احتفظ بحقه في العدول عن العقد بعد انعقاده بإرادته المنفردة، ما لم يتبين من الاتفاق غير ذلك. ومن ثمّ فدفع العربون عند انعقاد العقد يعدّ قرينة على احتفاظ كل متعاقد بحقه في العدول عن العقد. ولكن هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بإثبات أن إرادة الطرفين المشتركة اتجهت إلى خلاف ذلك، ويمكن إثبات عكس هذه القرينة بجميع وسائل الإثبات.[216] ويترتب على ذلك أن العقد المقترن بالعربون لا يكون قطعياً، ويبقى لكل من المتعاقدين حق التنفيذ أو العدول.[217] وإثبات الغاية من دفع العربون مسألة واقع تخضع لسلطة القاضي التقديرية،[218] لا يخضع القاضي فيها لرقابة محكمة النقض متى كان حكمه مسوغاً.[219] ويجب على المحكمة أن تتحرى عن إرادة المتعاقدين، استناداً إلى عبارة العقد أو ظروف الدعوى، من أجل التعرف

---

[216]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 141/ أساس 673، تاريخ 1970/3/30، مجلة المحامون لعام 1970، ص272. وقرار الغرفة المدنية الثانية رقم 1779/أساس 1900، تاريخ 1996/12/29، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4641، ص2276 و 2277.

[217]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 289، تاريخ 1966/6/19، مجلة القانون لعام 1966، ص764.

[218]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 173، تاريخ 1956/9/10، مجلة القانون لعام 1956، ص610.

[219]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 954/ أساس 1357، تاريخ 1974/11/16، مجلة المحامون لعام 1974، ص318.

إلى نيتهما المشتركة في دفع العربون وبيان ما إذا كانت منصرفة إلى تأكيد العقد أم لا.[220] وإذا كان العقد، أو العرف، ينص على ميعاد يجب مباشرة خيار العدول خلاله، فيحق لأي من المتعاقدين أن يعدّل عن العقد خلال هذه المدة. وإذا لم يباشر حق الخيار خلال هذا الميعاد انقلب العقد نهائياً، ولا يمكن بعد ذلك العدول عنه بالإرادة المنفردة. أما إذا لم ينص العقد، أو العرف، على مثل ذلك الميعاد، يبقى خيار العدول قائماً، ويحق لأي من المتعاقدين أن يعدّل عنه طالما لم يصدر منه ما يدل صراحة أو ضمناً على تنازله عن خيار العدول عن العقد.[221] فإذا قام المشتري بعد دفع العربون بتنفيذ التزاماته التي يفرضها العقد عليه، فيدل ذلك على رغبته في تأكيد العقد، وتنازله عن حقه في العدول عنه. وإذا امتنع البائع عن تنفيذ التزاماته ضمن الأجل المحدد لها خلال مدة غير مألوفة بعد قبض العربون، فيدل ذلك ضمناً على عدوله عن العقد. وإذا نص عقد البيع على أن الدفعة

220- نقض سوري، الهيئة العامة، قرار 471، تاريخ 1957/1/21، مجلة القانون لعام 1957، ص548. وقرار الغرفة المدنية الثانية رقم 858/أساس 1288، تاريخ 2000/6/4، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4648، ص2280 و 2281.

221- جاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما يأتي((إن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، إلا أنه لا يجوز التمادي في ذلك الحق إلى أجل غير محدود، فإن كان المتعاقدان قد حددا ميعاداً لنقض البيع مقابل ترك العربون فلا دوام لهذا الحق إلا لغاية الأجل المضروب، بحيث إذا انقضى الميعاد سقط الحق في النقض فإذا لم يكن ثمة ميعاد فيدوم خيار النقض إما: إلى حين تنفيذ العقد كما لو سلم البائع المبيع للمشتري أو دفع المشتري للبائع الثمن، أو أن يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفاً رسمياً بتنفيذ الاتفاق أو إبداء رغبته في نقضه مقابل خسارة العربون حتى لا يبقى المتعاقد معلقاً إلى أجل غير مسمى))، الغرفة المدنية الثانية، قرار 609/أساس 102، تاريخ 1996/5/12، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4644، ص2278.

الأولى التي دفعها المشتري من الثمن هي عربون، فلا يعدّ العقد بيعاً بالعربون إذا كانت بنود العقد التالية تشير إلى أن البيع نهائي، لاسيما إذا كانت هذه البنود تحدد مدةً معينة لدفع رصيد الثمن.[222]

ويترتب على مباشرة المتعاقد لحقه في العدول عن العقد زوال العقد بأثر رجعي. وإذا كان من دفع العربون هو الذي عدّل، فيفقد العربون الذي دفعه عند انعقاد العقد؛ وإذا كان من قبض العربون قد عدّل، وجب عليه ردّ ضعفه. ويعدّ العربون مقابلاً متفقاً عليه لاستعمال خيار العدول، ولا يعدّ تعويضاً، إذ إنه يطبق حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر، وفق ما ذهبت إليه المادة 2/104 مدني سوري. ومن ثمّ يستحق العربون كاملاً حتى لو لم يلحق أي ضرر بالمتعاقد الآخر، أو لحق به ضرر أقل من قيمة العربون أو أكثر منه. ويترتب على ذلك أن العربون يتميز عن الشرط الجزائي، الذي يعدّ تعويضاً اتفاقياً، ومن ثمّ يمكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الشرط بما يتناسب مع الضرر الواقع، كما يمكن ألا يحكم القاضي بأي تعويض استناداً إلى الشرط الجزائي، إذا تبين أنه لم يلحق أي ضرر بالدائن، وفق ما ذهبت إليه المادة 225 مدني سوري.[223] ويترتب على

---

[222]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 552/أساس 3271، تاريخ 1992/3/18، المحامون، العدّدان 9 و 10 لعام 1993، ص888.

[223]– وتجدر الإشارة إلى أن المادة 107 من قانون التجارة السوري الجديد رقم 33 لعام 2007، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2008/4/1، جردت القاضي من سلطة تخفيض مبلغ التعويض في الشرط الجزائي في المواد التجارية. كما تنص المادة 101 من القانون نفسه على أنه في عقد الإيجار مع الوعد بالبيع، إذا تضمن العقد شرطاً يجيز للمؤجر الاحتفاظ على سبيل التعويض، في حال عدم وفاء المستأجر بالتزاماته، بأجور المدة المتبقية من الإيجار، يطبق هذا الشرط دون إعمال أحكام المادة 2/225 مدني.

ذلك أنه إذا كان العقد يتضمن شرطاً جزائياً عند النكول، فلا يعدّ المبلغ المدفوع عربوناً، وإنما يعدّ سلفة.[224]

الفقرة-3- اقتران الإرادتين:

170- يتمّ الاقتران بين إرادتين بوجود إيجاب يتصل به قبول متطابق معه تمّام التطابق، مما يؤدي إلى قيام العقد. لذا يتوجب بيان كيفية حصول هذا الاقتران من جهة؛ وتحديد الوقت الذي يتمّ فيه هذا الاقتران من جهة أخرى، إذ يتوقف على ذلك انعقاد العقد ومن ثمّ تَرَتُّب آثاره. ويختلف تحديد هذا الوقت تبعاً لما إذا كان المتعاقدان حاضرين، ومن ثمّ يجمعهما مجلسٌ واحد، أم كانا غائبين لا يجمعهما مجلس واحد. ويترتب على معرفة زمان العقد ومكانه نتائج عدّة، وأهمها: تحديد بدأ ترتب آثاره؛ وتحديد القانون الذي يحكمه عند تنازع القوانين من حيث الزمان؛ وتحديد القانون الذي يحكمه عند تنازع القوانين من حيث المكان، وتحديد المحكمة المختصة للنظر في الخلافات التي تَنشأ منه.[225]

---

[224]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1713، تاريخ 1965/8/4، مجلة المحامون لعام 1965، ص410. وقرار الغرفة المدنية الثانية رقم 1342/أساس 1700، تاريخ 1995/11/19، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4639، ص2275. وقرار 694/أساس 972، تاريخ 1996/5/12، المرجع السابق، القاعدة رقم 4640، ص2276. وقرار 201/أساس 644، تاريخ 1997/2/16، المرجع السابق، القاعدة رقم 4646، ص2279.

[225]- جاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما يأتي: ((إن الاجتهاد الدولي العام في فرنسا وإيطاليا وألمانيا وتركيا أجمع على أن كل عمل حقوقي ينظم داخل السفارة أو المفوضية يعتبر منظماً في أراضي الدولة الموجودة فيها، ويخضع للأشكال التي تفرضها قوانين هذه الدولة عملاً بقاعدة المكان يسود العقد))، قرار الغرفة المدنية الثالثة رقم 2159/أساس 2107، تاريخ 1997/12/7، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4349، ص2147.

أولاً:- التعاقد بين حاضرين:

171- في حالة التعاقد بين حاضرين يجمع مجلس واحد بين المتعاقدين. ويتمّ العقد، وفقاً لما ذهبت إليه المادة 92 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 89 مدني مصري، بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. ولا يثير زمان انعقاد العقد ومكانه أي إشكالات في مثل هذه الحالة، إذ إن زمان انعقاد العقد هو تاريخ تمامه وساعته، أي ساعة اقتران القبول بالإيجاب؛ أما مكان العقد، فالأصل فيه هو المكان الذي ينتج فيه القبول أثره، وهو المكان الذي كان المتعاقدان فيه وقت انعقاد العقد. وتنص المادة 95 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 94 مدني مصري، على أنه: ((1- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل. 2- ومع ذلك يتمّ العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدّل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد)). ويُستخلص من هذا النص أنه يجب أن يصدر القبول في مجلس العقد قبل أن يوجد مبطل للإيجاب. ويقصد بمجلس العقد الفترة الزمنية التي تكون بعد الإيجاب، والطرفان فيها مقبلان على التعاقد من دون انصراف من أحدهما عنه، هذا في حالة الإيجاب غير الملزم. أما في حالة الإيجاب الملزم، فتكون العبرة للمدةّ التي اقترن القبول بها لا لمجلس العقد.[226] ويعدّ التعاقد عن طريق الهاتف وغيره من الوسائل التي تنقل الكلام آنياً من قبيل التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وإن كان المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد، ومن ثمّ فهذا النوع من التعاقد يكون بين

---

[226]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 98، ص132 وما يليها.

غائبين من حيث المكان. وكان هذا الحكم يشمل أيضاً، قبل صدور قانون المعاملات الالكترونية السوري رقم 3 تاريخ 2014/3/11، التعاقد عبر الشابكة، أي الإنترنت، إذا كان يتمّ مباشرة بوساطة برامج خاصة مثل برنامج الدردشة أو المحادثة Chad، وأما إذا كان عبر البريد الإلكتروني فينطبق عليه حكم التعاقد بين الغائبين. وبعد صدور قانون المعاملات السوري رقم 3 تاريخ لعام 2014، فيعد العقد الالكتروني قد تمّ في المكان والزمان الذي استُلِمَ فيه القبول، وفق ما جاء في المادة 10 منه.

والأصل، في الفقه الإسلامي، أن يتصل القبول بالإيجاب مباشرة وفوراً لينفذ العقد. وهذا ما قال به الشافعية حيث اشترطوا فورية القبول بعد الإيجاب ليتحقق الارتباط الشرعي. ولكن هذا الحكم فيه ضيقٌ وحرجٌ، لذلك فقد أخذ الشافعية بمبدأ خيار المجلس لكلا العاقدين بعد العقد في البيع وأشباهه من العقود اللازمة القابلة للفسخ، حيث يثبت لكلا المتعاقدين حق فسخ العقد ما داما في اجتمّاعهما لم يفترقا عن المجلس. ونظراً لصعوبة ذلك جعل الفقهاء للعقد مجلساً، ويحدد بفترة زمنية تبدأ منذ الإيجاب وتنتهي إما بالاتفاق وانعقاد العقد، وإما بافتراق الطرفين أو بإعراض أحدهما، كما لو اشتغل بأمر آخر.

وإذا كان الإيجاب بالكتابة إلى غائب فمجلس العقد يبدأ منذ قراءة الغائب للكتاب، فإذا قَبِل في مجلسه تمّ العقد. ويُستثنى من ذلك قبول الموصى له أو رده، وذلك بعد وفاة الموصي؛ وسكوت الوكيل أو الموقوف عليه الغائبين عن ردّ الوكالة أو الوقف، فهو قبول.[227]

---

[227]– د.الزرقاء، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، بند 171، ص337 وما يليها.

ثانياً:- التعاقد بين غائبين:

172- أما في حال التعاقد بين غائبين، لا يجمعهما مجلسٌ واحدٌ ولا اتصالٌ مباشرٌ، فإن مجلس العقد يبدأ منذ وصول الإيجاب إلى علم الموجه إليه، ويمتد المدةَ المعتادة للإجابة بحسب طبيعة العقد والعرف.[228] ويتمّ التعاقد بين غائبين عادةً عن طريق المراسلة بمختلف طرقها من بريد أو برق أو فاكس أو رسول خاص. ويختلف زمن انعقاد العقد ومكانه في حالة التعاقد بين غائبين باختلاف النظريات المتعلقة بالوقت الذي ينتج فيه القبول أثره، وأهم هذه النظريات:

1:- نظرية إعلان أو صدور القبول:

173- وترى هذه النظرية أن العقد هو توافق إرادتين، ومن ثمّ ينعقد العقد بمجرد صدور القبول المطابق للإيجاب، إذ من هذه اللحظة يحصل التوافق بين الإرادتين قوام العقد. ويترتب على ذلك أنه يمتنع على الموجب من ذلك التاريخ العدول عن إيجابه. وأخذ القانون المدني السوري، على خلاف القانون المدني المصري، بهذه النظرية في المادة 98 منه، ومن ثمّ يكون مكان العقد هو مكان الطرف القابل. والسبب في هذا هو كثرة المعاملات بين سورية ولبنان، والقانون اللبناني يأخذ بنظرية إعلان القبول.[229] ولم يتضمن القانون المدني الفرنسي، في صياغته الأصلية لعام 1804 وقبل تعديل أحكام النظرية العامة للالتزام فيه بموجب الأمر الرئاسي الصادر في العام 2016 والمصادق عليه من قبل البرلمان بموجب القانون الصادر في العام 2018، نصاً يبين لحظة انعقاد العقد بين غائبين، ولكن يبدو من اجتهادات محكمة النقض الفرنسية أنها تبنت نظرية صدور القبول ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك، ومن ثمّ يكون مكان انعقاد العقد هو مكان

---

[228]- د.السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 120 وما يليه، ص237 وما يليها. وانظر كذلك: د.سوار، المرجع السابق، بند 84، ص73 وما يليها.

[229]- د.سوار، المرجع السابق، بند رقم 84. وكذلك انظر المذكرة الإيضاحية للقانون السوري.

القابل.[230] وهذا ما قررته محكمة النقض السورية أيضاً، إذ جاء في قرار لها أن التعاقد بين الغائبين يتمّ في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول.[231]

وتتميز هذه النظرية بتلبيتها لمتطلبات التجارة من حيث توافر السرعة في عقد الصفقات. وبالمقابل يؤخذ عليها أنها تضع الموجب تحت رحمة القابل، إذ إن هذا الأخير وحده يستطيع إثبات صدور القبول من عدمه، كما أنه يستطيع العدول عن قبوله أو إنكاره من دون أن يكون باستطاعة الموجب إثباته طالما أنه لم يعلم بصدوره. زدّ على ذلك أنه ليس من الضروري أن يتمّ التوافق بين إرادتين بمجرد صدور القبول، لأنه يمكن أن يتراجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول ولكن هذا العدول لا يصل إلى القابل إلا بعد صدور قبوله.[232]

---

[230]– نقض فرنسي، الغرفة الاجتمّاعية، 1954/7/20، منشور في مجلة الأسبوع القانوني (JCP) ، 1955، II ، 8775، تعليق Rabut . والغرفة المدنية الأولى، 1960/12/21، مجلة دالوز 1961، 417، تعليق Malaurie . والغرفة التجارية، 1981/1/7، المجلة الفصلية للقانون المدني (RTD civ) 1981، 849، تعليق Chabas.

[231]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 105، تاريخ 1964/3/30، مجلة القانون لعام 1964، ص394. وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن سمساراً يقيم في حلب أرسل رسالة إلى شخص في بيروت يعرض فيها وساطته لبيع عقار يملكه في حلب بسعر معين، فرد المرسل إليه على الرسالة بعدم موافقته على السعر ، وبأنه لا يدفع له لقاء وساطته إلا واحداً ونصفاً في المئة إذا تمكن من إيجاد مشتر بالسعر الذي حدده له، وعندما تسلم السمسار هذه الرسالة قبل بالعمل لقاء الأجر المعروض عليه. ويترتب على ذلك أن الرسالة التي أرسلها السمسار تضمنت إيجاباً، ولكن قبول المرسل إليه لم يتطابق معه فشكل إيجاباً جديداً، وعندما وصل إلى السمسار قبل به، فانعقد العقد في المكان الذي كان موجوداً فيه وهو مدينة حلب في سورية.

[232]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 123، ص241. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 101، ص194 و 195.

2:- نظرية تصدير القبول:

174- تكتفي هذه النظرية أيضاً بصدور أو إعلان القبول من أجل توافق الإرادتين وقيام العقد. ولكنها تشترط أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجعة فيه، وهو لا يكون كذلك إلا بتصدير القبول على نحوٍ لا يكون باستطاعة القابل استرداده، كأن يسلم الرسالة التي تتضمن على قبوله إلى ساعي البريد، أو يلقيها في صندوق البريد أو يسلمها إلى رسول خاص. وهذه النظرية هي تحوير لنظرية صدور القبول، وقال بها أنصارها من أجل تلافي الانتقادات التي وجهت إلى نظرية صدور القبول. وانتقدت هذه النظرية بأنه ليس من المنطق أن يزيد تصدير القبول إعلانه أي قيمة قانونية، كما أنه يمكن استرداد القبول المصدّر، إذ إن الرسالة تبقى، من حيث المبدأ ملكاً للمرسل إلى حين تسلمها من قبل المرسل إليه.[233]وأخذ قانون الالتزامات السويسري بهذه النظرية في المادة 1/10 منه التي تنص على أن العقد ينعقد بين غائبين وينتج أثره من لحظة تصدير القبول.

3:- نظرية تسليم أو وصول القبول:

175- وهذه النظرية أيضاً تحوير لنظرية صدور أو إعلان القبول، ولكنها ترى أن القبول لا يعدّ نهائياً إلا بوصوله إلى الموجب. ومن ثمّ ينعقد العقد في الوقت الذي يصل القبول إلى الموجب، وفي المكان الذي يوجد فيه هذا الأخير. وأخذ بهذه النظرية قانون الالتزامات البولوني في المادة 70 منه. وأخذ بها أيضاً القانون المدني الفرنسي بموجب التعديل الجديد في العام 2018، وهذا ما تنص عليه المادة 1121 منه في صياغتها الجديدة، إذ جاء فيها أن العقد يعدّ منعقداً بمجرد أن يصل القبول إلى الموجب. ويعدّ منعقداً في المكان الذي يصل فيه القبول. وهذا ما أخذ به أيضاً قانون المعاملات الالكترونية السوري رقم 3 لعام

---

[233]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 103، ص196.

2014 في المادة 10 منه، والتي تنص على أنه ((يعد العقد الالكتروني قد تمّ في المكان والزمان الذي استُلِمَ فيه القبول، ما لم يُتفق على غير ذلك)).

ويؤخذ على هذه النظرية أنها لا تضفي أي قيمة قانونية على إعلان القبول.[234]

4:- نظرية العلم بالقبول:

176- ويرى أنصار هذه النظرية أن توافق الإرادتين، قوام العقد، لا يتمّ إلا بوصول القبول إلى علم الموجب. ووصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به. ومن ثمّ لا ينعقد العقد إلا من وقت علم الموجب بصدور القبول. ونتيجة ذلك يكون مكان انعقاد العقد المكان الذي يوجد فيه الموجب، وزمان انعقاده هو وقت علم الموجب بالقبول. وتتميز هذه النظرية بأنها تقيم التعامل على أسس ثابتة، إذ يمتنع على الموجب العدول عن إيجابه من وقت علمه بالقبول. ويؤخذ على هذه النظرية أنها تضع القابل تحت رحمة الموجب طالما أن علم الموجب بالقبول هو أمرٌ شخصيٌ يقرره هو، ومن ثمّ يستطيع الموجب تحديد وقت حصول علمه بالقبول أو إنكاره من دون أن يكون باستطاعة القابل إثبات عكسه طالما أن العلم هو أمرٌ شخصيٌ.[235]وأخذ القانون المدني المصري بهذه النظرية في المادة 91 منه.

5:- نظرية خيار القبول:

177- يعدّ العقد، وفق هذه النظرية، منعقداً عندما يصدر الموجب له التعبير بالقبول، إلا أن القبول لا يكون ملزماً إلا بعلم الموجب به. ومن ثمّ يكون لكل من المتعاقدين خيار الرجوع عن العقد قبل وصول القبول إلى علم الموجب.[236]

---

[234]- د. السنهوري، المرجع السابق، بند 125، ص242.

[235]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 102، ص195 و196.

[236]- وهذه النظرية من وضع العلامة القدير الأستاذ الدكتور محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، بند 84، ص75.

الفقرة-4- الرضا بطريق النيابة:

178- تعني النيابة قيام شخص مقام شخص آخر في التصرف عنه بتفويض مشروع، هذا في الفقه الإسلامي. أما عند فقهاء القانون فهي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني.[237]

أولاً:- منشأ النيابة:

179- لم يكن القانون الروماني يعرف، في بداياته، فكرة النيابة على الرغم من أنه كان يجيز لرب الأسرة أن يصبح مالكاً أو دائناً من طريق أولاده أو أرقائه، إذ إن الملكية كانت حقاً لرب الأسرة فقط، وكانت تشمل أولاده وأرقاءه. ومن ثمّ تطور الأمر بعد ذلك، إذ أجاز القانون التزام الأب بتصرفات أولاده وأرقائه في حالات معينة. ونتيجة ذلك لم تكن النيابة الاتفاقية في القانون الروماني ترتب، خارج نطاق الحالات السابقة، أي أثرٍ مباشرٍ تجاه الموكل. فكان من يوكل شخصاً، غير ابنه أو رقيقه، في إبرام عقد لمصلحته مع الغير، كان العقد الذي يبرمه الوكيل في مثل هذه الحالة يرتب آثاره مباشرةً في ذمته، ثمّ بعد ذلك كان الوكيل ينقل تلك الحقوق والالتزامات إلى الموكل. أما بالنسبة إلى النيابة القانونية، فكان القانون الروماني يجيز، في آخر مراحل تطوره، أن ترتب آثاراً مباشرة تجاه الأصيل، ومن ثمّ تُنشئ علاقة مباشرة بينه وبين الغير الذي تعاقد معه النائب القانوني. ومن ثمّ عمم القانون المعاصر هذه الفكرة، فأصبحت النيابة، أياً كان مصدرها، تُنشئ علاقة مباشرة بين الغير والأصيل.[238]

وقد نص القانون المدني السوري، على غرار القانون المدني المصري، على نظرية عامة للنيابة في المواد من 105 وإلى 109 منه، وهي مطابقة للمواد من 104 وإلى 108 مدني مصري. وذلك نظراً لما تمتاز من أهمية في عالم المال والأعمال

---

[237]- د.السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 83، ص189 وما يليها.

[238]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 119، ص225 و 226.

والمعاملات. ولم يكن القانون المدني الفرنسي ينص، في صياغته الأصلية لعام 1804، على نظرية عامة للنيابة. ونظراً لأهمية هذه النظرية فقد خصها المشرع الفرنسي، في التعديل الجديد لأحكام النظرية العامة للالتزام فيه في العام 2018، بالمواد من 1153 ولغاية 1161.

ثانياً:- أنواع النيابة:

1- من حيث المصدر:

180- تنقسم النيابة بحسب مصدرها إلى قانونية ونيابة قضائية ونيابة اتفاقية، وهذا ما يُستفاد على نحوٍ غير مباشرٍ من المادة 1153 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه لا يحق للنائب القانوني أو القضائي أو الاتفاقي أن يتصرف إلا في حدود السلطات الممنوحة له.

أ:- النيابة القانونية: ومصدرها القانون، كنيابة الولي والفضولي والدائن الذي يستعمل حقوق مدينه بموجب دعوى غير مباشرة. وكذلك نيابة منتج التسجيل السمعي أو البصري عن مؤلفي مصنف بشأن استثمار حقوقهم، ونيابة منتج مصنف البرنامج الحاسوبي عن مؤلفي هذا المصنف بشأن استثمار حقوقهم عليه، وفق ما نصت عليه المادتان 15/ج و18/ج من المرسوم التشريعي رقم 62 لعام 2013 المتضمن قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

ب:- النيابة القضائية: ومصدرها سلطة القاضي، كما في نيابة الوصي المعين بموجب حكم قضائي والقيم والحارس القضائي ووكيل التفليسة.

ج:- النيابة الاتفاقية: ومصدرها الإرادة، ومثال ذلك عقد الوكالة. ولا يجب الخلط بين الوكالة والنيابة. فالنيابة هي سلطة لها مصادر عدّة. ومن ثمّ فهي أعم من الوكالة التي تعدّ أحد مصادرها.[239]

---

[239]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 121، ص157.

2- من حيث الأثر:

181- وتنقسم النيابة من حيث آثارها إلى:

أ:- نيابة كاملة: وهي التي تنتج أثاراً كاملة، وتسري هذه الآثار مباشرةً على الأصيل، ولا تسري على النائب طالما أنه تقيد بحدود النيابة، لذا تسمى هذه النيابة بالنيابة المباشرة أو الفورية.

ب:- نيابة ناقصة: وهي التي لا تنتج آثارها مباشرةً بالنسبة إلى الأصيل، وإنما تنتج آثارها في البداية بالنسبة إلى النائب، وبعد ذلك تؤول هذه الآثار إلى الأصيل بموجب العقد الذي أبرمه مع النائب، لذا تسمى هذه النيابة بالنيابة بالوساطة أو النيابة غير المباشرة. ومثال ذلك عقد الوكالة بالعمولة المنصوص عليه في المادة 171 وما يليها من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007، والذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 2008/4/1.[240]

ثالثاً:- شروط النيابة:

خصص المشرع السوري المواد من 105 إلى 109 من القانون المدني للنيابة. ومن الرجوع إلى هذه المواد يمكن تحديد شروط النيابة بالآتي:

---

[240] - تنص المادة 172 من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 على أنه ((1- يكتسب الوكيل بالعمولة الحقوق الناتجة عن العقد الذي يبرمه لحساب موكله ويكون ملتزماً مباشرة نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم كما لو كان العمل يختص به شخصياً ويحق لهؤلاء الأشخاص أن يحتجوا في مواجهته بجميع أسباب الدفع الناتجة عن علاقتهم المباشرة به ولا يحق لهم أن يخاصموا الموكل مباشرة. 2- أما علاقات الموكل بالوكيل بالعمولة أو بدائنيه فتسري عليها قواعد الوكالة)).

1:- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

182- النيابة في الاصطلاح القانوني هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني. ومن ثمّ يجب في النيابة أن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، وإن كانت آثار النيابة تسري على الأصيل.

أ:- الفرق بين الرسول والنائب:

183- تفترق النيابة عن المراسلة افتراقاً جوهرياً في الموضوع، وذلك لأن الرسول ناقل لإرادة المرسل، وهو مجرد مبلغ بين الطرفين؛ في حين أن النائب يتصرف بإرادته الشخصية ولكن لحساب الأصيل. ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

(1)- تعدّ إرادة النائب، في النيابة، هي محل اعتبار بالنظر إلى عيوب الرضا. أما في المراسلة فإن إرادة المرسل، وليس الرسول، هي محل اعتبار في هذه الحال. ومن ثمّ لا يشترط أن يكون الرسول أهلاً للأداء، حيث يمكن أن يكون قاصراً. لا بل يجوز أن يكون الرسول مجنوناً أو صبياً غير مميز طالما أنه قام بنقل الإرادة بشكل سليم.[241]

(2)- التعاقد بوساطة رسول يعدّ تعاقداً بين غائبين ولو كان في مجلس واحد لأنه تعاقد مع المرسل لا الرسول؛ في حين أن التعاقد بوساطة نائب، كالوكالة، فإنه يعدّ تعاقداً بين حاضرين إذا تمّ ذلك في مجلس واحد، أي إذا جمع مجلس العقد بين النائب وبين المتعاقد الآخر.[242]

---

[241]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 123، ص229 وما يليها.

[242]- د.السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 85، ص192. ود. سوار، المرجع السابق، بند 365، ص255 وما يليها. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 122، ص157 و 158.

ب:- العبرة لإرادة النائب ولعلمه:

184- تنص المادة 105 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 104 مدني مصري، على أنه ((إذا تمّ العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً)).

ويترتب على ذلك أن العبرة لإرادة النائب وعلمه بالنسبة إلى عيوب الإرادة لا لإرادة الأصيل. فإذا شاب إرادة النائب عيب من عيوب الإرادة، كالغلط أو التدليس أو الإكراه...، فيحق للأصيل أن يطالب بإبطال العقد حتى لو كانت إرادته سليمة. وكذلك الحال إذا صدر الإكراه أو التدليس من النائب، فيؤثر ذلك في إرادة الطرف الآخر، ومن ثمّ يحق له أن يطالب بإبطال العقد حتى لو كان الإكراه أو التدليس غير صادرين من الأصيل.[243]

وكذلك الحال، فإن العبرة لعلم النائب وجهله، من دون الأصيل، بالنسبة إلى الظروف التي يختلف فيها حكم العقد بين العلم والجهل بها. فإذا اشترى الوكيل بشراء شيء شيئاً وهو عالم بعيب قديم فيه فلا يثبت له ولا للأصيل حق ضمان العيب، ولو كان الأصيل جاهلاً بوجود ذلك العيب. ولكن لا يكون الأصيل ملزماً

---

[243]- قررت محكمة النقض الفرنسية، في أحد قراراتها، أن الطرق الاحتيالية التي لجأ إليها نائب البائع، الذي لا يعدّ شخصاً ثالثاً، ترتب مسؤولية البائع، ونتيجة ذلك نقضت المحكمة قراراً تضمن رد الطلبات المقدمة ضد البائع بحجة أنه لا يوجد في ملف الدعوى ما يُثبت بأن البائع كان على علم بالمعلومات المزورة التي قدمها نائبه، نقض فرنسي، الغرفة المدنية الثالثة، قرار رقم 668، تاريخ 2018/7/5، منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية على الشابكة على الرابط الآتي:

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_2986/troisieme_chambre_civile_3171/2018_8498/juillet_9199/668_5_41697.html.

تجاه الوكيل بقبول الشيء المشتري إذا كان الوكيل متجاوزاً حدود وكالته.[244] وإذا تعاقد النائب، وهو حسن النية، مع مدينٍ معسرٍ فلا يحق لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بدعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية). أما إذا كان النائب سيء النية في مثل تلك الحالة، فيحق للدائن التمسك بدعوى عدم نفاذ التصرف حتى لو كان الأصيل حسن النية.

ولكن مبدأ العبرة لعلم النائب وجهله من دون الأصيل قد يؤدي بإطلاقه إلى حالات تنافي منطق المسؤولية، وتسمح للأصيل أن يستغل هذا المبدأ بسوء نية للتهرب من مسؤوليات يجب أن يتحملها. لذلك إذا تصرف الوكيل وفقاً لتعليمات معينة صدرت من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل وكيله لظروفٍ كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها، فعلم الموكل هنا معتبرٌ ومؤثرٌ، ولو كان الوكيل حسن النية جاهلاً بتلك الظروف المؤثرة في التصرف.[245] وهذا ما نصت عليه المادة 105/ 2 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/104 مدني مصري، والتي جاء فيها: ((ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها)).

ويترتب على ذلك أنه لو كان الموكل يعلم بعيبٍ خفيٍ في شيءٍ معينٍ لدى شخصٍ، فوكل وكيلاً بشرائه بعينه، فاشتراه له فليس للموكل حق ضمان العيب ولو كان وكيله جاهلاً عند الشراء بالعيب الخفي الموجود في المبيع. أما لو وكله

---

[244]– د.الزرقاء، المرجع السابق، بند 128، ص163 و 164. ود.السنهوري ، المرجع السابق، بند 85 وما يليه، ص192 وما يليها. ود. سوار، المرجع السابق، بند 365، ص255 وما يليها.

[245]– نقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار 510/أساس 616، تاريخ 2000/12/19، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4382، ص2161.

بشراء شيءٍ من هذا النوع ولم يعطه تعليمات دقيقة تفيد بشراء ذلك الشيء المعيب بعينه، فوقع اختيار الوكيل على الشيء المعيب وهو جاهل بعيبه الخفي، فالعبرة هنا لعلم الوكيل وجهله، ومن ثمّ يحق للأصيل أن يتمسك بضمان العيب الخفي.[246]

ومن تطبيقات مبدأ العبرة لعلم النائب وجهله الجهل بانقضاء النيابة بعزل الوكيل أو بموت الموكل. فإذا كان النائب يجهل انقضاء النيابة، وأقدم على التعاقد مع الغير في حدود نيابته، فهل تسري أحكام هذا العقد على الموكل أم على خلفائه؟ الجواب فيه تفصيل: فإذا كان المتعاقد الآخر يعلم بانقضاء النيابة عند التعاقد فلا يسري العقد على الموكل أو على خلفائه. أما إذا كان المتعاقد الآخر يجهل ذلك فإن العقد يسري على الموكل أو على خلفائه. وهذا ما نصت عليه المادة 108 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 108 مدني مصري، بقولها إنه ((إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه حقاً كان أو التزاماً يضاف إلى الأصيل أو خلفائه)).[247]

ج:- العبرة في الأهلية للأصيل:

185- بما أن العقد الذي يبرمه النائب ينتج أثره في ذمة الأصيل، لذلك يجب أن تتوافر في الأصيل أهلية التعاقد. ولا تشترط هذه الأهلية في النائب. هذا بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية، حيث لا يشترط فيها أن تكون أهلية الوكيل مساوية لأهلية الموكل. ومن ثمّ يمكن أن يكون الوكيل ناقص أهلية الأداء، كالصغير المميز أو يكون محجوراً عليه، لأنه مفوض بإرادة الأصيل المنوب عنه ورضاه الذي يشترط فيه توافر أهلية الأداء كاملة. وأن حجره مقصورٌ على تصرفاته في حقوق نفسه.

---

[246]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 129، ص164 وما يليها. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 86، ص172 وما يليها.

[247]- د.الزرقاء، المرجع السابق، بند 130، ص166.

وهو في عقد الوكالة لا يلزم نفسه وإنما يلزم الأصيل الذي اختاره وفوضه، ويجب فقط أن يتوافر في الوكيل القدرة على التعبير عن إرادته، وهذا يكفي فيها التمييز. أما إذا كانت النيابة قانونية، فإن القانون هو الذي يضفي على النائب صفته، ومن ثمّ يعين أهليته وأهلية الأصيل.[248]

2:- تقيد النائب بحدود نيابته:

186- إذا كانت إرادة النائب، في التعاقد بالنيابة، هي محل اعتبار، إلا أن آثار العقد تسري على الأصيل لا على النائب. ويشترط من أجل ذلك أن يتصرف النائب في حدود نيابته. وهذا ما أكدت عليه المادة 1153 من القانون المدني الفرنسيب، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه لا يحق للنائب القانوني أو القضائي أو الاتفاقي أن يتصرف إلا في حدود السلطات الممنوحة له. وتنص المادة 1154 منه على أنه عندما يتصرف النائب في حدود سلطاته باسم المنيب "الأصيل" ولحسابه، يكون هذا الأخير وحده ملتزماً بالالتزامات المتعاقد عليها.

وهذا ما ذهبت إليه المادة 106 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 105 مدني مصري، إذ جاء فيها أنه: ((إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشئ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل)). واستناداً إلى ذلك إذا تجاوز النائب حدود نيابته فلا تسري آثار العقد على الأصيل، وإنما يعدّ هو مسؤولاً مباشرةً تجاه من تعاقد معه وجاز توجيه الخصومة ضده،[249] وهذا هو المبدأ. ولكن يستثنى من ذلك الحالات الآتية:

---

[248]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 87، ص195.

[249]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 606/ أساس 741، تاريخ 1960/9/26، منشور في مجلة نقابة المحامين لعام 1960، ص154.

أ:- أجازت المادة 2/669 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/703 مدني مصري، للوكيل أن يخرج عن الحدود المرسومة لوكالته إذا كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن أن الموكل ما كان إلا ليوافق على ذلك التصرف.

ب:- النيابة الظاهرة: وذلك رعاية لحسن النية وضماناً لاستقرار التعامل. ويكون ذلك عندما يعتقد الغير بسبب خطأ الأصيل أو إهماله، وبحسن نية، أن النائب يتصرف في حدود نيابته. و يفترض ذلك وجود مظهر خارجي من الأصيل، أو يمكن نسبته إليه، حمل الغير على الاعتقاد بأن النائب يتعامل في حدود نيابته. والمثال على النيابة الظاهرة، استمرار النائب في العمل باسم الأصيل بعد انقضاء النيابة من دون علم منه، وفقاً لما جاء في المادة 108 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 107 مدني مصري. وكذلك الوفاء بحسن نية إلى الدائن الظاهر.[250] ويترتب على ذلك أن وفاء الدين للوكيل استناداً إلى وكالته الثابتة بسند رسمي لم يجر سحبه من الوكيل، ولم يتمّ تبليغ المدين بانقضاء الوكالة، يعدّ مبرئاً لذمة المدين تجاه الموكل. كما تعدّ تصرفات الوكيل، حتى لو بعد عزله، حجة على الموكل الذي لا يقيم الدليل على علم المدين بعزل الوكيل المفوض بالقبض.[251] وهذا ما أكدت عليه أيضاً المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه لا يعدّ التصرف الذي يبرمه النائب من دون سلطة، أو متجاوزاً سلطاته، نافذاً تجاه الأصيل، باستثناء ما إذا كان الغير يعتقد على نحوٍ مشروعٍ بأنه من سلطة النائب، وحمله على هذا

---

[250]- د.سوار، المرجع السابق، بند 382، ص272. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 124، ص231 وما يليها.

[251]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 154/ أساس 305، تاريخ 1963/7/14، منشور في مجلة نقابة المحامين لعام 1963، ص59.

الاعتقاد بوجهٍ خاصٍ سلوك الأصيل أو تصريحاته. وإذا كان الغير المتعاقد يجهل أن النائب قد أبرم التصرف من دون سلطة أو متجاوزاً حدود سلطاته، يمكن له أن يطالب بالبطلان. ولا يمكن التمسك بعدم نفاذ التصرف أو بطلانه من اللحظة التي يقرّ فيها المنيب التصرف.

ج:- إقرار الأصيل تصرف النائب الذي تجاوز حدود نيابته، وذلك لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. ومتى صدر الإقرار ينتج العقد أثره بالنسبة إلى الأصيل من وقت انعقاده لا من وقت الإقرار.[252]

وإذا كانت سلطة النائب محددة بعبارات عامة، فلا تشمل سوى أعمال الحفظ والإدارة. وأما إذا كانت هذه السلطة محددة على نحوٍ خاصٍ، فلا يستطيع النائب إبرام سوى التصرفات المخول بها والتصرفات التابعة لها، وفق ما ذهبت إليه المادة 1155 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018.

وأجازت المادة 1158 من القانون ذاته للغير الذي يشك في حدود سلطة النائب الاتفاقي، بخصوص تصرفٍ يستعد لإبرامه، أن يطلب كتابةً من الأصيل أن يؤكد له، خلال مدةٍ معقولةٍ يحددها له، بأن النائب أهل لإبرام ذلك التصرف.

ويجب أن يتضمن الطلب أنه في حال عدم الردّ خلال تلك المدة فإن النائب يعدّ أهلاً لإبرام ذلك التصرف.

3:- تعاقد النائب باسم الأصيل:

187- بما أن آثار العقد الذي يبرمه النائب في حدود نيابته مع الغير تسري على الأصيل فإنه يتوجب على النائب أن يتعاقد، من حيث المبدأ، باسم الأصيل لا باسمه. وهذا ما أكدت عليه المادة 1154 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه عندما يتصرف النائب في حدود

---

[252]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 89، ص198. ود.الزرقاء، المرجع السابق، بند 127، ص162 و 163.

سلطاته باسم المنيب "الأصيل" ولحسابه، يكون هذا الأخير وحده ملتزماً بالالتزامات المتعاقد عليها. وعندما يعلن النائب أنه يتصرف لحساب الغير ولكنه يتعاقد باسمه، فهو وحده يكون ملتزماً تجاه المتعاقد معه.

يُستخلص من ذلك أنه إذا تعاقد النائب باسمه فلا يكون هناك نيابة، كما هو الحال بالنسبة إلى الوكيل. وتكون الوكالة في مثل هذه الحال مقتصرة على علاقة الوكيل بالموكل، وهذا ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر. ولا تضاف آثار العقد إلى الموكل، وإنما تضاف إلى الوكيل. ولكن ذلك لا يحول من دون مداعاة الموكل الوكيل من أجل إثبات أن التصرف الذي قام به الوكيل كان لمصلحته.[253] وبالمقابل يجوز للغير الذي علم بالتسخير بعد التعاقد أن يطعن بالصورية وإثبات أن المسخَّر ليس إلا وكيلاً عن الأصيل المستتر من أجل أن ينصرف أثر العقد إلى الأصيل.[254] ولكن استثناءً تسري آثار العقد على الأصيل في مثل هذه الفرضية في حالتين: إذا كان الغير يعلم حتماً بوجود النيابة، وإذا كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.[255] وهذا ما نصت عليه المادة 107 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 106 مدني مصري، التي جاء فيها أنه ((إذا لم يصرح العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب)). إذاً

---

[253]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 22، تاريخ 1968/1/27، مجلة القانون لعام 1968، ص311. وقرار الغرفة المدنية الثانية رقم 543/أساس 557، تاريخ 2000/4/24، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4356، ص2150.

[254]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 398، تاريخ 1981/3/3، مجلة المحامون لعام 1981، ص1041.

[255]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 90، ص198 و 199.

يجب على النائب عندما يتعاقد أن يصرح بأنه يتعاقد باسم الأصيل، وذلك حتى تسري آثار العقد على الأصيل. وفي بعض الأحيان قد يُفهم ضمناً أن النائب يتعاقد لحساب الأصيل، كما لو باع صانع بضاعة صاحب المحل الذي يعمل لديه.

رابعاً:- آثار النيابة:

تُنشِئ النيابة علاقة بين ثلاثة أشخاص وترتب آثاراً بالنسبة إليهم جميعاً.

1:- بالنسبة إلى العلاقة بين النائب والغير:

188- سبقت الإشارة إلى أن النائب يتعاقد بإرادته ولكن لحساب الأصيل. ومن ثمّ لا يرتب العقد الذي أبرمه مع الغير، في حدود نيابته، أي أثر بالنسبة إليه. ومن ثمّ لا يحق له أن يطالب بالحقوق التي ترتبت للأصيل، وبالمقابل لا يلتزم النائب بأي دين نشأ من ذلك العقد، لذا لا يجوز للغير مطالبة النائب شخصياً بتنفيذ العقد. ولكن إذا كان الوكيل مفوضاً بتنفيذ العقد عندئذ يصح مخاصمته بمفرده.[256] ويكون تاريخ السند الذي وقعه الوكيل حجة على الأصيل حتى لو لم يكن له تاريخاً ثابتاً، باستثناء ما إذا أثبت الأصيل عدم صحة التاريخ.[257] ولكن إذا أضر النائب بالغير، في أثناء مباشرة نيابته، فإنه يُسأل شخصياً عن ذلك الضرر استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية.[258]

---

[256]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 828، تاريخ 2005/6/14، مجلة المحامون، العدّدان 1 و 2 لعام 2006، ص109 و 110. وكذلك قرار 298، تاريخ 1991/8/26، مجلة المحامون، الأعدّاد 1-3 لعام 1992، ص89.

[257] - نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1140/أساس 1327، تاريخ 1996/8/25، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4384، ص2162.

[258]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 127، ص241.

2:- بالنسبة إلى العلاقة بين الأصيل والغير:

189- تنشأ من العقد الذي أبرمه النائب مع الغير، من حيث آثاره، علاقة مباشرة بين الأصيل والغير، بحيث تسري آثار العقد مباشرةً على الأصيل، فيُنشئ حقوقاً والتزامات في ذمته.[259] ومن ثمّ يحق للأصيل مطالبة الغير بحقوقه مباشرةً. كما يحق للغير أن يطالب الأصيل بتنفيذ التزاماته الناشئة من العقد المبرم مع النائب.[260]

3:- بالنسبة إلى العلاقة بين الأصيل والنائب:

190- ويحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة. ففي النيابة الاتفاقية، يحكم عقد الوكالة العلاقة بين الموكل والوكيل. وفي النيابة القانونية، يحدد القانون حدود النيابة وصلاحيات النائب وحقوقه. وكذلك الحال بالنسبة إلى النيابة القضائية، حيث يحدد حكم القاضي العلاقة بين النائب والأصيل.

وتجدر الإشارة إلى أن قيام نيابة قانونية أو قضائية غالباً يؤدي إلى تجريد الأصيل من السلطات المحولة إلى النائب طوال مدة النيابة؛ وأما في النيابة الاتفاقية فيحق للأصيل ممارسة حقوقه حتى لو كان قد وكل غيره بممارستها، وفق ما ذهبي إليه المادة 1159 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018.

---

[259]- نقض سوري، الهيئة العامة، قرار رقم 163/ أساس 488، تاريخ 2016/10/12، مجلة المحامون، الأعداد 7-12العام 2016، ص519 وما يليها، إذ جاء فيه " أن تجاوز الوكيل حدود الوكالة المرسومة مسألة واقع يخضع تقديره لمحكمة الموضوع، ومن ناحية أخرى فإن ما يجريه النائب في حدود نيابته ينصرف إلى الأصيل، وأن هذا الأصيل لا يعدّ من الغير، وأن العقد الذي يجريه النائب ينسحب آثاره على الأصيل ما لم يقم الأصيل الدليل على وقوع المواطأة والغش بين الوكيل وبين من تعاقد معه..."، ص521.

[260]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 94، ص200. ود.سوار، المرجع السابق، بند 388، ص276 و277.

خامساً:- تعاقد الشخص مع نفسه:

191- وفي اصطلاح فقهاء الشريعة تولي الشخص طرفي العقد. وإذا أراد النائب التعاقد مع نفسه، فقد يكون أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، وقد يكون نائباً عن الطرفين.

1:- المبدأ: منع تعاقد النائب مع نفسه:

192- منع القانون المدني السوري، وكذلك القانون المصري والقانون الفرنسي، من حيث المبدأ تعاقد النائب مع نفسه وذلك بسبب تعارض مصالح النائب مع مصالح الأصيل، ومن ثمّ خشية أن يرجح النائب مصالحه على مصالح الأصيل. و هذا ما كرسته المادة 109 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 108 مدني مصري، والتي تنص على أنه ((لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة)).[261] وهذا ما أكدت عليه المادة 1161 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه في حالة النيابة عن الأشخاص الطبيعيين، لا يمكن لنائب أن يتصرف لحساب عدة أشخاصٍ في العقد تتضارب مصالحهم، ولا أن يتعاقد لحسابه مع الأصيل. ويعدّ التصرف المبرم في هذه الحالات باطلاً ما لم يكن القانون يجيزه، أو أن الأصيل كان قد أجاز ذلك التصرف أو أقرّه.

---

[261]- وتنص المادة 160 من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 على أنه ((لا يحق للوكيل أن يتعاقد مع نفسه باسم موكله إلا بإجازة خطية من الموكل)).

2:- الاستثناءات الواردة على مبدأ منع تعاقد النائب مع نفسه:

193- لا يعدّ مبدأ منع تعاقد الشخص مع نفسه في القانون السوري، وكذلك في القانونين المصري والفرنسي، مطلقاً، وإنما ترد عليه استثناءات عدّة، وهي:

أ:- إذا أذن الأصيل للنائب أن يتعاقد مع نفسه، أو أجاز ذلك بعد تعاقد النائب مع نفسه، وذلك لأن الهدف من المنع حماية مصالح الأصيل، وليس المصلحة العامة.

ب:- وجود نص قانوني يجيز للنائب التعاقد مع نفسه، ومثال ذلك تعاقد الأب مع نفسه وبالنيابة عن طفله، هذا الأمر جائز في الشريعة الإسلامية. أما قانون الأحوال الشخصية السوري فيمنعه، وينص على وجوب تعيين وصي خاص مؤقت من قبل القاضي لتعارض المصلحة، وذلك وفقاً لما ذهبت إليه المادة 175 والمادة 179 أحوال.[262] وكذلك تعاقد النائب في البيع مع نفسه، فقد أجاز القانون ذلك إذا أذن له القاضي بذلك، لأن رقابة القاضي في هذه الحال تنفي التهمة. وهذا ما أكدته المادة 447 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 479 مدني مصري، إذ إنها تنص على أنه ((لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى)).

---

[262]- تنص المادة 175 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه ((تعين المحكمة وصياً خاصاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو عند تعارض مصالح القاصرين بعضها مع بعض)).

وتنص المادة 179 من القانون نفسه على أنه ((ينصب القاضي وصياً خاصاً مؤقتاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو من يمثله الوصي إن لم يبلغ هذا التعارض النزاع المنصوص عليه في المادة السابقة)).

ج:- وجود عرف تجاري يسمح بذلك، كما هو عليه الحال في الوكالة بالعمولة، وسمسار الأوراق التجارية، وذلك لأنه في حرص هؤلاء على ثقة عملائهم ضمان كاف لإقرار أعمالهم.[263]

3:- حكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون السوري:

194- سبقت الإشارة إلى أن المادة 109 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 108 مدني مصري، منعت، من حيث المبدأ، تعاقد الشخص مع نفسه. ولكن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات سبق ذكرها.

وفيما عدا تلك الاستثناءات لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه. ولكن ماذا لو تعاقد الشخص مع نفسه، خارج نطاق تلك الاستثناءات ؟

يستفاد من نص المادة 109 المشار إليه أعلاه أن جزاء هذه المخالفة لا يمكن أن يكون البطلان، وذلك لأن المادة 109 تجيز للأصيل إقرار التصرف، ولا ترد الإجازة على العقد الباطل. وكذلك لا يمكن أن يكون الجزاء القابلية للإبطال، وذلك لأن هذا الجزاء هو حق لأحد طرفي العقد. والأصيل ليس طرفاً في العقد.

ومن ثم فإن الجزاء هو عدم سريان العقد على الأصيل، وذلك لأن النائب يكون قد تجاوز حدود نيابته. وإذا أقر الأصيل التصرف، أي تعاقد النائب مع نفسه، سرى العقد عليه ونفذ بحقه.[264] وبالقابل فأن المادة 1161 مدني فرنسي، المشار إليها أعلاه، نصت صراحةً على أنه يعدّ تصرف النائب مع نفسه باطلاً ما لم يكن القانون يجيزه، أو أن المنيب كان قد أجازه ذلك أو أقرّه. والبطلان هنا نسبي وليس مطلقاً، ويحق لمن تضررت مصلحته أن يتمسك به. فإذا تعاقد النائب مع

---

[263]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 97، ص203 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 377 وما يليه، ص267 وما يليها.

[264]- د. مرقس، المرجع السابق، بند 131، ص245 وما يليها.

نفسه، ولم يتوافر استثناء من الاستثناءات التي نصت عليها هذه المادة، فيكون البطلان هنا من مصلحة الأصيل.

المطلب الثاني

صحة الرضا

تتعلق شروط صحة العقد بأهلية التعاقد وبعيوب الإرادة.

الفقرة-1- الأهلية:

195- أحكام الأهلية منصوص عليها في القانون المدني وفي قانون الأحوال الشخصية لعام 1953، حيث خصص القانون المدني المواد من 46 وإلى 50 والمواد من 110 وإلى 120 لها، وهي تقابل المواد من 44 وإلى 48، والمواد من 109 وإلى 120 مدني مصري؛ وخصص قانون الأحوال الشخصية السوري المواد من 162 وإلى 206 للأهلية والنيابة الشرعية.

وتعدّ الأهلية من أهم خصائص الشخصية، ومحلها عادة هو في المدخل إلى علم القانون.[265]

الفقرة-2- عيوب الإرادة:

196- عيب الإرادة هو اختلال في إرادة المتعاقد ناشئ من بعض عوامل مرافقة لانعقاد العقد تخل بسلامة اختياره لولا تأثيرها في نفسه لما أقدم على العقد. والعوامل التي تورث عيب الإرادة في القانون المدني السوري، وكذلك في القانون المدني السوري، هي: الغلط، والتدليس، والإكراه، والغبن الاستغلالي. وأما في القانون المدني الفرنسي فعيوب الإرادة التي تنال من صحة الرضا هي: الغلط والتدليس والإكراه، وفق ما نصت عليه المواد من 1130 وإلى 1144 منه في

---

[265]- د.هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مطبعة الإسكان العسكرية، دمشق 1987/1986، ص 341 وما يليها.

صياغتها الجديدة لعام 2018. ويتضح من ذلك أن عيوب الإرادة هي عبارة عن شوائب تشوب إرادة المتعاقد وقت انعقاد العقد، ولا تأثير لها إذا وقعت بعد ذلك.

وتسمى هذه العيوب في الفقه الإسلامي بشوائب الإرادة. وهذه الشوائب إما أن تَنشأ من سبب رافق ولادة الإرادة وأثر في تكوينها أو في توجيهها منذ البداية، كالإكراه على التعاقد، أو تنشأ من سبب طارئ يؤدي إلى اختلال في تنفيذ العقد، فتعدّ الإرادة معه معيبةً، كما في حالة تلف بعض المبيع قبل التسليم، فيختل رضا المشتري بالباقي وحده بحصته من الثمن.

وشوائب الإرادة في الفقه الإسلامي هي: الإكراه، والخِلابة، والغلط، واختلال التنفيذ.[266]

197- وتمتاز عيوب الإرادة بالخصائص الآتية:

1:- يجب أن تتوافر هذه العيوب في القانون وقت انعقاد العقد، وإلا فإنها لا ترتب أثرها المتمثل في إبطال العقد. وتطبق عيوب الإرادة على جميع العقود سواء أكانت بعوض أم بدونه.[267]كما تطبق على تصرفات الإرادة المنفردة.

2:- يجب أن تكون هذه العيوب دافعة للتعاقد، أي أن المتعاقد الذي شاب إرادته عيبٌ من هذه العيوب لما كان يقدم على إبرام العقد لو كان يعلم بذلك العيب. أما إذا لم تكن هي الدافعة إلى التعاقد، فلا يترتب عليها إبطال العقد.

3:- لا يستطيع القاضي أن يقرر إبطال العقد بسبب عيوب الإرادة إلا إذا طالب من تعيبت إرادته بإبطاله.

---

[266]- د.الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد...، المرجع السابق، بند 183، ص356 و 357.

[267]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1090/أساس 1352، تاريخ 1999/6/27، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4366، ص2154.

4:- يمتاز الغلط من بقية العيوب في أنه إذا قرر القاضي إبطال العقد بناءً على طلب المتعاقد الذي وقع في الغلط، وأدى ذلك إلى إلحاق ضررٍ به، فلا يحق له أن يطالب بالتعويض عنه، لأنه وقع في الغلط من تلقاء ذاته، ولا علاقة للمتعاقد الآخر بذلك. أما في بقية العيوب، فإذا قرر القاضي إبطال العقد بناءً على طلب المتعاقد صاحب الحق في ذلك، وأدى الإبطال إلى إلحاق ضرر به، فيحق له المطالبة بالتعويض عنه، لأن المتعاقد الآخر على صلة بالعيب.

5:- يمتاز الغبن الاستغلالي من بقية العيوب في أنه إذا طالب صاحب الحق في إبطال العقد بإبطاله، فإن هذا الطلب لا يلزم القاضي؛ في حين أنه إذا طالب صاحب الحق في إبطال العقد في بقية العيوب بإبطاله، فيلزم القاضي بأن يحكم بالإبطال إذا كانت شروط العيب متوافرة.

أولاً:- الغلط:

1:- تعريف الغلط:

198- الغلط L'erreur هو وهم يقوم بذهن المتعاقد، يصور له غير الواقع واقعاً ويدفعه إلى التعاقد. وإما أن يكون غير الواقع واقعة غير صحيحة يتوهم المتعاقد صحتها، أو أن يكون واقعة صحيحة يتوهم المتعاقد عدم صحتها. ومثال ذلك أن يشتري شخص آنية يعتقد أنها مصنوعة من فضة، في حين أنها مصنوعة من برونز. وهناك نظريتان قانونيتان في تعريف الغلط، الأولى تقليدية و الثانية حديثة.

أ:- النظرية التقليدية:

199- تقسم هذه النظرية الغلط إلى ثلاثة أنواع، وهي:

1:- الغلط المانع: وهو الذي يمنع انعقاد العقد لأنه يعدم الرضا، ويقع في:

- ماهية العقد: كأن يعطي شخص لآخر مبلغاً من المال على سبيل القرض، واعتقد الآخر أنه هبة.

– محل العقد: كما لو باع شخص من آخر إحدى السيارتين اللتين يملكهما، واعتقد المشتري أنه يشتري الأخرى.

– سبب الالتزام: كما لو تصالح الوارث مع الموصى له عن الوصية على مبلغ من المال، ثمّ تبين أن الوصية ملغاة.

– نقل إرادة أحد المتعاقدين على نحوٍ محرفٍ.

2: – غلط لا يؤثر في صحة العقد: ويقع في:

– شخص المتعاقد أو صفته عندما لا تكون شخصيته محل اعتبار.

– صفة غير جوهرية للشيء المعقود عليه.

– قيمة الشيء: كمن باع قطعة أثرية بمبلغ معتقداً أنه قيمتها الحقيقية، فيتبين أنها تساوي أكثر منه.

– الوقائع المادية: كالخطأ الحسابي.

– الباعث على التعاقد: كمن اشترى حصاناً لاعتقاده أن حصانه نفق، فتبين خلاف ذلك.

– القانون.

3:– غلط يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال: ويقع في الحالات الآتية:

– الغلط في مادة الشيء: كمن اشترى قطعة على أنها من الذهب، ثم تبين أنها من النحاس.

– الغلط في شخص المتعاقد عندما تكون شخصيته محل اعتبار، كما هو عليه الحال في عقود التبرع وشركات الأشخاص.

– والغلط في صفة جوهرية للشيء: كمن اشترى ساعة على أنها أثرية، فتبين عكس ذلك. والمعيار الذي تأخذ به هذه النظرية هو معيار مادي.[268]

---

[268]– د.مرقس، المرجع السابق، بند 193 وما يليه، ص356 وما يليها.

ب:- النظرية الحديثة:

200- ويرجع الفضل في ظهورها إلى القضاء الفرنسي. وترى هذه النظرية أن النظرية التقليدية هي ضيقةٌ وجامدة، ولا تتماشى مع المرونة التي تتطلبها الحياة العملية، ومراعاة إرادة المتعاقدين. فلا تكون العبرة للغلط في مادة الشيء من دون قيمته، فقد يكون الغلط في مادة شيءٍ أقل شأناً في نظر المتعاقد من الغلط في قيمته. وما يجب أخذه بالحسبان هو أن يقع الغلط في أمر جوهري بالنسبة إلى المتعاقد، بحيث يكون هو الدافع إلى التعاقد. فلا يجب أن يكون هناك أحوالٌ محددةٌ يؤثر فيها الغلط، وأحوالٌ أخرى لا يؤثر فيها. وإنما يجب حسبان كل الحالات متى وقع الغلط في أمرٍ جوهريٍ مهمٍ بالنسبة إلى المتعاقد، وكان هو الدافع إلى التعاقد. ولا فرق في أن يكون الغلط في مادة الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث أو في القانون. ومن ثمّ فإن النظرية الحديثة أخذت بمعيارٍ شخصيٍ، وهو معيارٌ مرنٌ.

وحتى يكون هذا الغلط سبباً لإبطال العقد يجب أن يكون مشتركاً، أي يجب أن يقع المتعاقد الآخر أيضاً فيه، أو كان هذا الأخير سيء النية، أي يعلم بالغلط أو من المفروض حتماً أن يعلم به.[269] وقد أخذ القانون المدني السوري بهذه النظرية في المادة 122 منه، وهي مطابقة للمادة 121 مدني مصري.

2:- شروط الغلط في القانون السوري:

201- تنص المادة 121 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 120 مدني مصري، على أنه ((إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه)). ويُستخلص من ذلك أنه يشترط في الغلط المعيب للإرادة شرطان، وهما:

---

[269]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 195، ص361 و 362.

أ:- أن يكون الغلط جوهرياً:

202- لا يعيب الغلط الإرادة إلا إذا كان جوهرياً، وعندئذ يؤدي إلى إبطال العقد. أما إذا كان الغلط غير جوهري فلا يعيب الإرادة، ولكن متى يكون الغلط جوهرياً؟

تجيب المادة 1/122 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/121 مدني مصري، عن هذا التساؤل بقولها إنه ((يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد، لو لم يقع في هذا الغلط)). يُستخلص من ذلك أن معيار التفرقة بين الغلط الجوهري والغلط غير الجوهري هو معيار ذاتي، وذلك لأن الدافع إلى التعاقد يختلف من شخص إلى آخر.[270] وبينت الفقرة الثانية من المادة 122 نفسها، وهي مطابقة للفقرة الثانية من المادة 121 مدني مصري، حالات الغلط الجوهري، حيث جاء فيها ما يأتي: ((ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص:

أ- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يُلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. ب- إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد)).

وقد ذُكرت هذه الحالات على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وهذا ما يُستفاد من مقدمة هذه الفقرة. ويُستخلص من ذلك أن المشرع السوري لم يقيد الغلط في حالات معينة، وذلك لأنه لم يأخذ بالحسبان ما يرد عليه الغلط، وإنما أخذ بالحسبان أثر الغلط في دفع الإرادة إلى التعاقد. ومن ثمّ فإن الغلط المعيب للإرادة في القانون المدني السوري يمكن أن يقع في صفة جوهرية للشيء، أو في شخص المتعاقد، أو في قيمة محل العقد، أو في الباعث.

---

[270]- د.سوار، المرجع السابق، بند 96، ص90 و 91.

1:- الغلط في صفة جوهرية للشيء: ومثال ذلك إذا اشترى شخص لوحة على أنها من صنع الرسام الايطالي الشهير ليوناردو ديفنشي، ثم تبين أنها مجرد تقليد أو أنها من صنع رسام مغمور. وكذلك الحال إذا اشترى شخص آنية على أنها أثرية وكانت هذه الصفة هي التي دفعته للتعاقد، ولكن يعتقد في الآن ذاته أنها مصنوعة من الذهب، ثمّ تبين بعد ذلك أن الآنية هي أثرية ولكنها مصنوعة من البرونز، فهنا الغلط لا يبطل العقد، لأنه لم يقع في صفة جوهرية للشيء دفعت المتعاقد الذي وقع في الغلط إلى التعاقد.[271]

2:- الغلط في شخص المتعاقد: لا يكون الغلط في شخص المتعاقد سبباً لإبطال العقد إلا في العقود التي تعدّ فيها شخصية المتعاقد أو صفته محل اعتبار في العقد. وهذا ما أكدت عليه المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ إنها تنص على أنه لا يعدّ الغلط في الصفات الجوهرية للمتعاقد سبباً للبطلان إلا في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي للمتعاقد.

وغالباً ما يكون شخص المتعاقد محل اعتبار في عقود التبرع، وكذلك في العقود التي يُنظر فيها إلى شخصية المتعاقد. ومثال ذلك تعاقد شخص مع فنان مشهور لأحياء سهرة فنية، ثمّ تبين خلاف ذلك. أو أن يتعاقد شخص مع طبيب بحسبانه الجراح الشهير، ثمّ تبين خلاف ذلك. وكذلك الحال إذا أجر شخص منزله لامرأة على أنها حسنة السيرة، ثمّ تبين أنها فاسدة السلوك.[272]

3:- الغلط في الباعث: ومثال ذلك أن يبيع شخص في مرضه جميع أمواله معتقداً أنه في مرض الموت، ثم شفي بعد ذلك، فيكون الباعث الدافع للتعاقد مغلوطاً، ومن ثم يحق له أن يطالب بإبطال العقد. وكذلك الحال إذا اشترى

271- د.مرقس، المرجع السابق، بند 196، ص362 و 363.

272- د.سوار، المرجع السابق، بند 98، ص92 و93.

شخص سيارة معتقداً أن سيارته احترقت، ثمّ تبين عدم صحة ذلك. وتنص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه لا يعدّ الغلط في باعث بسيط، أجنبي عن الصفات الجوهرية للأداء المستحق أو للمتعاقد، سبباً للبطلان(ويقصد به البطلان النسبي، ويقابل الإبطال في القانون المدني السوري)، ما لم يكن الأفرقاء قد جعلوا منه صراحةً عنصراً مؤثراً في رضاهم. ومع ذلك يعدّ الغلط في باعث على تبرعٍ، الذي لم يكن من وقع فيه ليقدم على التبرع من دونه، سبباً للبطلان.

4:- الغلط في القيمة: ومثال ذلك أن يبيع شخص شهادة استثمار يملكها بقيمة ألف ليرة سورية، ثمّ تبين أن هذه الشهادة قد ربحت جائزة مقدارها مليون ليرة سورية قبل بيعها، وكان صاحبها يجهل ذلك. فهنا يحق له أن يتمسك بالغلط في القيمة ويطلب إبطال البيع. وتنص المادة 1136 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه لا يعدّ الغلط في القيمة التي بموجبها يجري متعاقد تقديراً اقتصادياً غير صحيح للأداء، ومن دون أن يكون قد وقع في غلط في الصفات الجوهرية للأداء، سبباً للبطلان.

أما بالنسبة إلى الغلط في الحساب، فتنص المادة 124 مدني على أنه ((لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط)). والمقصود بالغلط في هذه المادة هو الأخطاء المادية التي تقع أثناء كتابة العقد وتكشف عنها الورقة بذاتها، ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد.

ب:- أن يعلم المتعاقد الآخر بالغلط:

203- وهذا ما نصت عليه المادة 121 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 120 مدني مصري، ومن ثمّ لا يكفي أن يكون الغلط جوهرياً حتى يؤدي إلى إبطال العقد، وإنما يجب أيضاً إضافةً إلى ذلك أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط

ذاته، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يكتشفه. فإذا اشترى شخص ساعة على أنها أثرية، ثمّ تبين خلاف ذلك، فيكون المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية للشيء. وإذا وقع البائع في الغلط ذاته، فيمكن إبطال العقد. وكذلك الحال، إذا لم يقع البائع في الغلط، وإنما كان عالماً بغلط المشتري، فحسن النية يوجب عليه أن يعلم المشتري بالغلط الذي وقع فيه، فإذا سكت عن ذلك، عدّ سيئ النية ومن ثمّ جاز للمشتري إبطال العقد جزاءً لسوء نيته. وكذلك الحال، إذا كان البائع يتاجر بالأشياء الأثرية حصراً، ومن ثمّ كان من السهل عليه أن يعلم ما إذا كانت الساعة أثرية، فإذا قصر بذلك، جاز للمشتري إبطال العقد.[273] ويتوجب على من يطالب بإبطال العقد لعلة الغلط أن يقيم الدليل على أن الطرف الآخر قد وقع أيضاً في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.[274] ويُستخلص من ذلك أن الغلط المشترك، وهو الذي يقوم في ذهن كلا المتعاقدين وقت التعاقد، يعيب إرادة المتعاقدين معاً، ومن ثمّ يجيز لمن يتضرر منه أن يتمسك بإبطال العقد، من دون أن يتمكن الآخر من معارضة ذلك. أما الغلط الفردي، وهو الذي يقوم في ذهن أحد المتعاقدين وقت التعاقد، فهو لا يؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

ج:- عدم جواز التمسك بالغلط خلافاً لما يقضي به حسن النية:

204- تنص المادة 125 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 124 مدني مصري، على أنه ((1- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

---

[273]- د.سوار، المرجع السابق، بند 103، ص95 و 96.

[274]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1633، تاريخ 1957/6/23، مجلة القانون لعام 1957، ص447.

2- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدّاده لتنفيذ هذا العقد)). ويُستخلص من ذلك أنه إذا اشترى شخص لوحة على أساس أنها أصلية، ثمّ تبين بعد ذلك أنها تقليد، لا يجوز له أن يتمّسك بالإبطال إذا عرض عليه البائع أن يسلمه اللوحة الأصلية، وذلك لأنه إذا تمّسك بالإبطال في مثل هذه الحال، كان ذلك مخالفاً لما يقضي به حسن النية.[275]

3:- جزاء الغلط:

205- إذا توافرت شروط الغلط، وتمّسك من وقع فيه بحقه في إبطال العقد، يجبر القاضي على الحكم بإبطال العقد. وإذا نجم عن هذا الإبطال ضرر لحق بمن طالب بالإبطال بسبب الغلط، فلا يحق له المطالبة بالتعويض وذلك لأنه وقع في الغلط من تلقاء نفسه.

4:- الغلط في القانون:

206- أجاز المشرع إبطال العقد ليس فقط في حالة الغلط في الواقع، وإنما أيضاً في حالة الغلط في القانون. تنص المادة 123 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 122 مدني مصري، على أنه ((يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع، هذا ما لم يقض القانون بغيره)). وتنص المادة 1132 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يعدّ الغلط في القانون أو في الواقع، ما لم يكن غير مغتفر، سبباً لبطلان العقد عندما يقع في الصفات الجوهرية للأداء المستحق أو في الصفات الجوهرية للمتعاقد.

أ:- تعريف الغلط في القانون:

207- والغلط في القانون هو توهم قاعدة قانونية على خلاف حقيقتها. ومن أمثلته:

---

[275]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 203، ص372.

1:- بيع الزوجة حصتها في تركة زوجها، وهي تعتقد أنها ترث الثمن فيها، في حين أن نصيبها هو الربع لأن الزوج لم يترك أولاداً. وهو غلط في القيمة.

2:- إقرار شخصٍ بدينٍ في ذمته وهو يعتقد أنه دينٌ مدنيٌ ملزمٌ له قانوناً، ثمّ يتبين بعد ذلك أن هذا الدين ما هو إلا دين طبيعي لا يُجبر على الوفاء به، وهو غلط في صفة جوهرية في الشيء.

3:- تبرع الزوج بماله لزوجته، وهو يعتقد أن عقد الزواج بينهما صحيح، ثمّ يتبين بعد ذلك أن عقد الزواج باطلٌ. وهو غلطٌ في شخص المتعاقد.[276]

والغلط في القانون، على غرار الغلط في الواقع، يعيب الإرادة، ويترتب عليه الأثر ذاته الذي يترتب على الغلط في الواقع، وهو إبطال العقد، ما لم يقض القانون بغير ذلك.[277]

ب:- شروط الغلط في القانون:

208- ويشترط للتمسك بالغلط في القانون توافر الشروط الآتية:

1:- أن يكون من شأن التمسك به تطبيق حكم القانون لا استبعاده، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 1/228 مدني سوري، وهي تقابل المادة 1/227 مدني مصري، والتي جاء فيها أنه ((يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على معدّل آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا المعدّل على تسعة في المئة فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا المعدّل وجب تخفيضها إلى تسعة في المئة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا

---

[276]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 204، ص373 وما يليها . ود.سوار، المرجع السابق، بند 104، ص96 و 97.

[277]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 277/ أساس 260، تاريخ 1969/6/25، مجلة المحامون لعام 1969، ص292.

المقدار)). ومن ثمّ لا يجوز للمقرض في مثل هذه الحال أن يحتج بجهله بهذه القاعدة ويطلب إبطال العقد من أجل تفادي إنقاص الفائدة إلى الحد الجائز.

2:- أن يقع الغلط في قاعدة قانونية صريحة منصوص عليها في القانون أو مجمع عليها في القضاء.

3:- ألا يكون هناك نص يمنع التمسك بالغلط في القانون، ومثال ذلك المادة 524 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 556 مدني مصري، والتي تنص على أنه ((لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون)).[278]

ثانياً:- التدليس:

1:- تعريف التدليس:

209- التدليس Le dol هو خديعة يمارسها أحد المتعاقدين توقع المتعاقد الآخر في وهم يدفعه إلى التعاقد. فكل أسلوب يلجأ إليه شخصٌ لتضليل شخص آخر وإيهامه وهماً يحمله على التعاقد، بحيث أنه لولا هذا التضليل لما أقدم على التعاقد يعدّ تدليساً، كمن يوهم شخصاً بأن الشيء الذي يبيعه سيفقد من الأسواق، فحمله ذلك على الشراء بالثمن الذي يطلبه البائع.

ولا يشترط دائماً أن يقوم المدلِّس بفعلٍ إيجابي لكي يتحقق التدليس، ففي بعض الحالات يكفي سكوت المدلسِ عن بعض الأمور التي يعلمها ويقضي مبدأ حسن النية توضيحها، بحيث يكون عدم بيانها هو الذي قاد المتعاقد الآخر إلى التعاقد، فإن هذا السكوت يشكل تدليساً. فكتمان عيبٍ في المبيع يكون تدليساً، بحيث لو عَلِم به المشتري لما أقدم على الشراء، وفي هذه الحال يحق للمشتري أن يطالب بإبطال العقد كجزاء للتدليس مع طلب تعويضٍ على أساس المسؤولية التقصيرية،

---

[278]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 174، ص305 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 105، ص97.

أو ضمان العيب الخفي مع الاحتفاظ بالعقد على أساس المسؤولية العقدية.[279] وهذا ما أكدت عليه المادة 1137 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ إنها عرفت التدليس بأنه واقعة بموجبها يحصل متعاقد على رضا المتعاقد الأخر عن طريق حيلٍ أو أكاذيب. يعدّ تدليساً أيضاً، وفق أحكام هذه المادة، إخفاء أحد المتعاقدين قصداً معلومةً يعرف طابعها المؤثر عند المتعاقد الأخر. ومع ذلك لا يعدّ تدليساً واقعة عدم كشف أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر تقديره لقيمة الأداء.

أ:- التمييز بين التدليس والغلط:

210- صلة التدليس بالغلط وثيقة، إذ إنه في كلا الحالتين يقع المتعاقد في وهمٍ يدفعه إلى التعاقد. ولكن الوهم الحاصل في الغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، أما في التدليس فيقع المتعاقد في الغلط بفعل المدلِّس،[280] ومن ثمّ فهو غلطٌ مدبرّ من قبل المدلِّس من أجل إيقاع المتعاقد الآخر فيه، وجره إليه عن طريق الحيلة والخديعة.[281]

ويثور السؤال حول ما إذا كان الغلط يغني عن التدليس في مجال عيوب الإرادة. في الحقيقة يجمع الفقه على أن الغلط في مفهوم النظرية التقليدية لا يغني عن التدليس، وذلك لأن الغلط لا يعيب الإرادة في هذه النظرية إلا إذا كان واقعاً في مادة الشيء أو في شخص المتعاقد عندما يكون ذلك محل اعتبارٍ. ومن ثمّ فهو

---

[279]- د.سوار، المرجع السابق، بند 111 وما يليه، ص101 وما يليها.

[280]- جاء في قرار لمحكمة النقض السورية ((أن التدليس يجعل العقد قابلاً للإبطال من جراء الغلط الذي يولده في نفس المتعاقد بصورة تحمله على التعاقد عملاً بالمادة 126 مدني وأن عناصر التدليس تتحقق باستعمال الطرق الاحتيالية للتأثير على إرادة الغير بقصد التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع)). الغرفة المدنية، قرار 215/ أساس 40، تاريخ 1962/5/7، مجموعة القواعد القانونية، ج1، ص241.

[281]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 160، ص331 و 332.

لا يعيب الإرادة إذا كان واقعاً في قيمة الشيء أو في الباعث. وهذا ما أكدت عليه المادة 1139 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه يعدّ الغلط الذي يكون نتيجة تدليسٍ معذوراً؛ ويعدّ سبباً للبطلان (أي الإبطال في القانون المدني السوري) حتى لو كان واقعاً في قيمة الأداء، أو في باعث بسيط على التعاقد.

وبالمقابل فإن الغلط الناجم عن التدليس يعيب الإرادة كلما كان التدليس دافعاً للتعاقد. ويترتب على ذلك أن التدليس يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد في حالات يعجز الغلط فيها عن ذلك، وهذا ما يبرر وجود التدليس إلى جانب الغلط في ظل النظرية التقليدية للغلط.[282] ولكن الفقه انقسم على نفسه حول ما إذا كان الغلط في مفهوم النظرية الحديثة يغني عن التدليس أم لا. فيرى بعضهم أن الغلط بمفهوم النظرية الحديثة يغني عن التدليس، وذلك لأن التدليس ما هو إلا غلط مدبر أو مستثار، وهو لا يبطل العقد إلا إذا كان هو الدافع للتعاقد، ومن ثمّ فإن الغلط الناجم عن التدليس لا بدّ أن يكون غلطاً دافعاً. والغلط الدافع في النظرية الحديثة يبطل العقد حتى لو كان واقعاً في القيمة أو في الباعث. ويترتب على ذلك أن كل عقد يمكن أن يتقرر إبطاله بسبب التدليس، يمكن في الآن ذاته أن يتقرر إبطاله بسبب الغلط. ويُستخلص من ذلك أن الغلط يغني عن التدليس.[283] وعلى الرغم من ذلك يقرُّ أصحاب هذا الرأي بوجود فرقٍ عمليٍ، في حال ما إذا وقع أحد المتعاقدين في غلطٍ دافعٍ إلى التعاقد ويمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد، بين أن يكون الغلط مرافقاً أو مصاحباً بالتدليس أو أن يكون غير مرافقٍ به. ويظهر هذا الفرق في سهولة إثبات الغلط المرافق بالتدليس، وفي إمكانية الحكم على المدلِّس

---

[282]– د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 169، ص348 و 349. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 185، ص332.

[283]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 185، ص332.

في الغلط المرافق بالتدليس بالتعويض عن الضرر الناجم عن إبطال العقد، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية. ومع ذلك فإن هذا الفرق هو عمليّ محضٌ، ولا علاقة له بأثر الغلط في صحة العقد.[284] ويرى قسم آخر من الفقهاء أن الغلط في النظرية الحديثة لا يغني عن التدليس، ويرى الإبقاء على التدليس عيباً مستقلاً إلى جانب الغلط نتيجة الفرق الموجود بينهما والمتمّثل في:

- سهولة إبطال العقد بسبب التدليس، وذلك لأن الطرق والأساليب الاحتيالية التي يلجأ إليها الطرف الآخر هي على الأغلب مادية يسهل إثباتها. أما الغلط المجرد فهو أمرٌ نفسيّ يصعب إثباته.

- تبدو الحاجة إلى حماية المدلَّس عليه أظهر من الحاجة إلى حماية الغالط الذي فرط في حق نفسه. ونتيجة لذلك فإن إبطال العقد بسبب الغلط المجرد لا يوجب التعويض. على العكس من ذلك فإن إبطال العقد بسبب التدليس يوجب على المدلِّس التعويض عن الضرر عملاً بأحكام المسؤولية التقصيرية.[285] وفي نظر بعض أنصار هذا الاتجاه إن الفرق الوحيد بين الغلط والتدليس يكمن في أنه يحق للمتعاقد الآخر أن يتوقى الإبطال بأن يظهر استعدّاده لتنفيذ العقد وفق ما اعتقده المتعاقد الذي وقع في الغلط، طبقاً لما نصت عليه المادة 124 مدني مصري، وهي مطابقة للمادة 125 مدني سوري، في حين أن المشرع لم يعطِ مثل هذا الحق للمتعاقد الذي لجأ إلى التدليس. ولا يصلح الفرق المشار إليه أعلاه بين الغلط

---

[284]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 186، ص333.

[285]- د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق بند 102، ص144 و 145. ود.مصطفى الجمال، د.رمضان أبو السعود، د.نبيل سعدّ، مصادر وأحكام الالتزام- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2006، ص116. وهذا ما أكدت عليه مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص171 و ما يليها.

والتدليس والمتمثل بسهولة إثبات التدليس وإمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن إبطال العقد بسبب التدليس سبباً كافياً لبقاء التدليس كعيبٍ مستقلٍ.[286] والرأي عندي أن الغلط لا يغني عن التدليس في ضوء أحكام القانون المدني السوري والمصري المتعلقة بهذين العيبين، فالفرق بينهما واضحٌ سواء من ناحية سهولة إثبات التدليس، أم من ناحية إمكانية الحكم على المدلِّس بالتعويض عن الضرر الناجم عن إبطال العقد بسبب التدليس، أم من ناحية حق المتعاقد الآخر في حالة الغلط في توقي الإبطال. زدّ على ذلك أن التدليس يمكن أن يعطل مضمون هذا الحق في توقي الإبطال، وذلك يمكن عدّ المتعاقد الآخر الذي سكت عمداً عن الغلط الذي وقع فيه شريكه في التعاقد، ومن ثمّ كتمّه عنه مدلِّساً، ويترتب على ذلك أنه يجوز للمتعاقد الذي كان ضحية هذا الكتمان أن يطالب بإبطال العقد استناداً إلى المادة 2/126 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/125 مدني مصري، والتي تنص على ما يأتي: ((ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلَّس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة)).[287]

ب:- التمييز بين التدليس والغش:

211- التدليس هو الخديعة التي تصاحب تكوين العقد، و تدفع إلى التعاقد؛ في حين أن الغش هو الخديعة التي تقع في تنفيذ العقد بعد تمام انعقاده، أو تقع في أمرٍ آخر خارج نطاق العقد. ومثال ذلك استعمال البائع وسائل احتيالية بعد انعقاد

---

[286]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 169، ص348 وما يليها. ود مرقس، المرجع السابق، بند 209 مكرر، ص389.

[287]- قارب د.سوار، المرجع السابق، بند 106، ص98 و ما يليها. وانظر: نقض سوري، قرار رقم 1952/ أساس 1795، تاريخ 2007/8/20، المحامون، العددان 3 و 4 لعام 2009، ص437.

العقد، فأوهم بها المشتري أن البضاعة التي يريد تسليمه إياها هي من النوعية المتفق عليها (وثائق أو فواتير مزورة)، وهي في الحقيقة من نوعية أدنى، فتسلمها المشتري ورضي بها، ثمّ بعد ذلك اكتشف رداءة البضاعة. فهذا ليس بتدليسٍ وإنما هو غشٌ وقعٌ في أثناء تنفيذ العقد ويخضع لأحكام خاصة.[288]

ونص القانون المدني على التدليس في المادتين 126 و127 منه، وهما مطابقتان للمادتين 125 و126 مدني مصري.

2:- عناصر التدليس:

للتدليس عنصران، أحدهما ماديٌ أو موضوعيٌ والآخر معنويٌ أو نفسيٌ.

أ:- العنصر المادي:

212- تنص المادة 126 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 125 مدني مصري، على أنه ((1- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. 2- ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلَّس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة)). يُستخلص من ذلك أن العنصر المادي للتدليس يتمثل في لجوء الطرف المدلسِ إلى أعمالٍ ماديةٍ توقع الطرف الآخر في وهمٍ. وتسمى هذه الأعمال في القانون بالحيل أو الطرق

---

[288]- د.سوار، المرجع السابق، بند 112، ص102. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، بند 147، ص187 و 188. ويبدو أن محكمة النقض السورية قد ساوت بين الغش والتدليس، إذ أنها قضت في أحد قراراتها أن المطالبة بإبطال العقد سواء أكان لغش أو تدليس أو غلط، فلا يجوز في جميع الأحوال أن تتجاوز مدةّ التقادم خمس عشرة سنة. الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 422، أساس 786، تاريخ 1996/3/31، سجلات محكمة النقض. وهذه المساواة في غير محلها القانوني، لأن الغش لا يعدّ عيباً من عيوب الإرادة، وتأثيره على العقد يختلف من حالة إلى أخرى، ومن ثم فهو لا يسري عليه التقادم الخاص بعيوب الإرادة والمنصوص عليه في المادة 141 مدني.

الاحتيالية. واشترطت هذه المادة أن تكون هذه الحيل على قدرٍ من الجسامة حتى تشكل العنصر المادي للتدليس. والمعيار في ذلك هو معيارٌ شخصيٌ لا ماديّ، ومعنى ذلك أن معرفة ما إذا كانت الحيل التي لجأ إليها الطرف المدلِّس تُكوّن العنصر المادي للتدليس أم لا تتوقف على الأثر الذي تركته في الطرف الآخر الذي وجهت إليه، بشرط أن تكون على قدرٍ من الجسامة.[289] ولكن ذلك لا يعني أن تصل هذه الحيل إلى درجة الطرق الاحتيالية التي تكوّن جرم الاحتيال المنصوص عليه في المادة 641 من قانون العقوبات السوري لعام 1949 وتعديلاته،[290] وإنما يكفي أن تؤدي هذه الحيل إلى تضليل المتعاقد الآخر وإيقاعه في الوهم ومن ثمّ جره إلى التعاقد.[291] ويترتب على ذلك أن نطاق تطبيق التدليس المدني أوسع بكثير من نطاق تطبيق جرم الاحتيال. ولا شك في أن وسائل الاحتيال المنصوص عليها في المادة 641 من قانون العقوبات السوري تشكل حيلاً، وبالمقابل ليس من الضرورة أن تعدّ الحيل المنصوص عليها في المادة 126 مدني سوري وسائل احتيالية بمفهوم المادة 641 من قانون العقوبات السوري. زدّ على ذلك أن الاحتيال الجزائي يكون بهدف الاستيلاء على مال

---

[289]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 162، ص132 و ما يليها.

[290]- تنص المادة 641 من قانون العقوبات السوري على أن ((1- كل من حمل الغير على تسليمه مالاً منقولاً أو غير منقول أو إسناداً تتضمن تعهداً أو إبراءً فاستولى عليها احتيالاً: إما باستعمال الدسائس، أو بتلفيق أكذوبة أيدها شخص ثالث ولو عن حسن نية، أو بظرف مهد له المجرم أو ظرف استفاد منه، أو بتصرفه بأموال منقولة أو غير منقولة وهو يعلم أن ليس له صفة للتصرف بها، أو باستعماله اسماً مستعاراً أو صفة كاذبة، عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبالغرامة من مائة إلى خمسمائة ليرة. 2- يطبق العقاب نفسه في محاولة ارتكاب هذا الجرم)).

[291]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 93/أساس 251، تاريخ 1957/4/28، مجلة المحامون لعام 1957، ص268.

الغير، أما التدليس المدني فيكون بهدف حصول الطرف المدلسِ على شروطٍ تعاقديةٍ أفضل.[292] ومثال الحيل التي تكوّن العنصر المادي للتدليس عرض رسائل غير صحيحة، أو الاستعانة بشهود زورٍ، أو إعلان شركة عن نفسها في وسائل الإعلان المقروءة أو المسموعة أو المرئية خلافاً لحقيقتها. وتشترط محكمة النقض السورية أن تكون الحيل غير مشروعة.[293]

ولا يعدّ الكذب الدارج بين الناس، من حيث المبدأ، تدليساً، وذلك لأنه من المفروض أن المتعاقد يدرك هذه الأساليب الدارجة وبمقدوره الحذر منها. ولكن المادة 12/ج من قانون حماية المستهلك رقم 2 لعام 2008[294] عدّت ((المبالغة بوصف المنتج، بما لا يتفق مع الحقيقة والواقع الفعلي بهدف تشجيع المستهلك على اقتناء المنتج أو تلقي الخدمة)) مخالفة لأحكامه. و تعاقب المادة 41 من القانون ذاته كل من يرتكب هذه المخالفة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر، وبالغرامة من خمسين ألف ليرة إلى مائة ألف، أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويسمى هذا الكذب الدارج الترويجي في الفقه الإسلامي تغريراً. وإذا اقترن بغبن في القيمة، فيؤدي ذلك، أي اجتمّاع التغرير مع الغبن، إلى توافر عيب في الإرادة من شأنه أن يؤدي إلى إبطال العقد. ويسمى هذا الحق بخيار الغبن مع التغرير (المادتان 356 و 357 من مجلة الأحكام العدّلية).

---

[292]– نقض سوري، الغرفة الجنحية، قرار رقم 1920، تاريخ 1968/8/24، مجلة المحامون، العدّدان 10 و 11 لعام 1968، ص314.

[293]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار رقم 135/ أساس 80، تاريخ 1963/3/3، منشور في التقنين المدني السوري، شفيق طعمة وأديب استنبولي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دمشق 1989، القاعدة رقم 134، ص450.

[294]– القانون رقم 2 تاريخ 2008/3/10 منشور في الجريدة الرسمية، العدّد 14، تاريخ 26 آذار 2008، ص581 وما يليها. وقد أُنهي العمل به بموجب القانون رقم 14 تاريخ 2015/7/26، ويبدو أنه لم يتضمن مثل هذا الحكم.

ولكن الكذب في واقعةٍ معينةٍ ذات تأثير في نظر المتعاقد الآخر يعدّ من الحيل التي تكوّن العنصر المادي للتدليس. وهذا هو الكذب المضلل.[295] ويكون الكذب كذلك إذا كان القانون أو العقد أو طبيعة المعاملة يفرض على المتعاقدين الإدلاء بمعلومات ووقائع صحيحة ومطابقة للواقع حول عملية التعاقد والظروف المحيطة بها. ومثال ذلك أيضاً أن يقوم طالب التأمين بإعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين من نتيجتها إخفاء أخطار معينة تزيد في تبعة الشركة ومسؤوليتها. ويكفي لعدّ الكذب تدليساً أن يكون قابلاً للتصديق حسب مقدرة وبراءة الطرف الكاذب من ناحية، وحالة الطرف الآخر من ناحية أخرى.[296] إلا أن مجرد الكذب لا يكفي لقيام التدليس في العقد ما لم يتبين بوضوح أن المتعاقد المخدوع لم يكن باستطاعته استجلاء الحقيقة.[297] ويترتب على ذلك أن معيار التمييز بين الكذب الذي يعدّ تدليساً والكذب الذي لا يعدّ كذلك هو معيارٌ ذاتيّ. وتجدر الإشارة إلى أن المادة 126 مدني سوري لم تنص صراحةً على الكذب، وإنما نصت على الكتمان. والكتمان في حقيقته نوعٌ من الكذب، وهو كذبٌ سلبيّ. ولا تأثير للكتمان

---

[295]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار رقم 411، تاريخ 1974/6/8، المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 1974، ص149.

[296]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 2566، تاريخ 10/30، 1958، مجلة القانون لعام 1959، ص19.

[297]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 9/ أساس 451، تاريخ 1953/1/20، مجلة نقابة المحامين لعام 1953، ص227. وقرار 352، تاريخ 1954/10/6، مجلة القانون لعام 1954، ص915، وجاء فيه أن تأكيد أحد المتعاقدين إلى الآخر أن العقد سيبقى تأميناً لقاء البضائع التي ستسلم إليه لا يكفي لقيام التدليس، لأنه كذب مجرد لم يرافقه أعمال مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة. وقرار 613/ أساس 713، تاريخ 1979/4/16، المحامون لعام 1979، ص392.

العادي، على غرار الكذب العادي أو المجرد، في العقد.[298] ولكن إذا تعلق الكتمان بناحية يوجب القانون أو العقد أو طبيعة المعاملة بيانها، ولا يسهل على الطرف الآخر العلم بها عن طريقٍ آخر، فيعدّ عندئذٍ هذا الكتمان عنصراً مادياً في التدليس.[299] ومن ثمّ إذا كان الطرف الآخر يعلم بالأمر الذي كتمه الطرف المدلِّس وقت التعاقد، أو كان باستطاعته أن يعلم به، فلا يعدّ الكتمان في مثل هذه الحال من الحيل المكوّنة للتدليس. والمثال على الكتمان الذي يعدّ عنصراً مادياً للتدليس كتمان المؤمَّن له في عقد التأمين مسائل ذات تأثير بالنسبة إلى شركة التأمين، أو كتمان بائع المتجر الحكم الصادر بإغلاقه عن المشتري.

ب:- العنصر المعنوي:

213- ويعني نية التضليل من أجل بلوغ غرضٍ غير مشروعٍ. ويترتب على ذلك أن مجرد توافر الطرق الاحتيالية لا يكفي لقيام التدليس، وإنما يجب أن يكون قصد المتعاقد المدلِّس من اللجوء إلى هذه الطرق هو تضليل المتعاقد الآخر،

---

[298]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 107/ أساس 815، تاريخ 1975/2/17، مجلة القانون لعام 1975، ص255، وجاء فيه ((أن مجرد الكذب لا يكفي للتدليس ما لم يتبين بوضوح أن المتعاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب... وقعود الطاعنة عن استجلاء حقيقة الأسعار لا ينال من القاعدة التي أتى عليها الحكم المذكور ...)). وفي المعنى ذاته: قرار 613/ أساس 713، تاريخ 1979/4/16، مجلة المحامون لعام 1979، ص392.

[299]- تنص المادة 366 من قانون التجارة البحرية رقم46 لعام 2006 على أنه ((1- يجوز للمؤمن أن يطلب إبطال عقد التأمين إذا قدم المؤمن له ولو بغير سوء نية بيانات غير صحيحة أو كتم بسوء قصد ما يلزم من البيانات وكان من شأن ذلك التقليل بصورة محسوسة من تقدير المؤمن لأهمية الخطر. 2- ويجوز طلب الإبطال ولو لم يكن للبيان غير الصحيح أو الكتمان أي صلة بالضرر الذي لحق الشيء المؤمن عليه. 3- ويكون للمؤمن الحق في قسط التأمين كاملاً إذا ثبت سوء القصد من جانب المؤمن له)).

ويتحقق ذلك بالفعل.[300] ويترتب على ذلك أنه يجب أن يكون العنصر المادي الذي لجأ إليه أحد المتعاقدين هو الذي دفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد. وهذا يعني أنه في التدليس يجب أن يتوافر لدى كلٍ من المتعاقدين أحد العنصرين، العنصر المادي لدى المتعاقد المدلِّس والعنصر المعنوي لدى المتعاقد المدلَّس عليه.[301] ولا يقوم التدليس إذا انعدمت نية التضليل لدى المتعاقد المدلِّس، كما هو الحال بالنسبة إلى البائع الذي يطري على بضاعته بقصد استهواء الناس لا بنية تضليلهم. زدّ على ذلك أن توافر نية التضليل بقصد تحقيق غرضٍ مشروعٍ يمنع من قيام التدليس. ويترتب على ذلك أنه يجب أن يكون الغرض من اللجوء إلى الحيل المكونة للعنصر المادي للتدليس غير مشروعٍ. أما إذا كان الغرض من ذلك مشروعاً، فلا يقوم التدليس. فإذا كان المدين يماطل في تسديد الدين المستحق الأداء، ومن ثمّ لجأ الدائن إلى طرق احتيالية لم تصل إلى حدِّ الجريمة من أجل الحصول من مدينه على رهنٍ يضمن به الوفاء بدينه، فلا تشكل مثل هذه الحيل العنصر المادي للتدليس لأن الغرض منها كان مشروعاً، حتى لو كانت هذه الوسيلة في الأصل غير مشروعة، لكن عدم المشروعية فيها لم يصل إلى حدِّ الجريمة.

214- ويعود تقدير استظهار وجود الطرق الاحتيالية ومدى تأثيرها في إرادة المتعاقد المدلَّس عليه إلى محكمة الموضوع لأنه من مسائل الواقع، وتسترشد

---

[300]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1468/أساس 477، تاريخ 1966/7/2، مجلة المحامون لعام 1966، ص288.

[301]- د.الزرقاء،المرجع السابق، بند 149، ص188 وما يليها.

المحكمة في ذلك بحالة المتعاقد الشخصية، وبالظروف التي أحاطت بالعقد.[302] ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض طالما أن حكمها قائمٌ على أسبابٍ مبررةٍ.

3:- شروط التدليس:

215- تنص المادة 127 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 126 مدني مصري، على أنه ((إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلَّس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتمّاً أن يعلم بهذا التدليس)). وسبقت الإشارة إلى أن المادة 126 من القانون ذاته أجازت إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم المتعاقد الثاني العقد. ويستفاد من نص هاتين المادتين أن شروط التدليس هي الآتية:

أ:- أن يصدر التدليس من أحد المتعاقد أو من نائبه، أو على الأقل علمه به:

216- لا يكفي لقيام التدليس استعمال الطرق الاحتيالية التي توقع المتعاقد في وهم يدفعه إلى التعاقد، حتى لو توافرت في الحيل التي تمّ اللجوء إليها عنصرا التدليس المشار إليهما أعلاه، وإنما يجب إضافةً إلى ذلك أن تكون تلك الحيل صادرة من المتعاقد الآخر أو من نائبه. أما إذا صدرت تلك الحيل من الغير، فيجب أن يكون المتعاقد المستفيد من تدليس غيره عالماً به، أو كان من المفروض حتمّاً أنه عالمٌ به، ومثال ذلك لجوء دليلٍ أو مترجمٍ سياحيٍ إلى طرقٍ احتياليةٍ من أجل تضليل السائح بناءً على اتفاقٍ مع البائع. وخلاصة الكلام اشترط المشرع من

---

[302]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار رقم 431/ أساس 615، تاريخ 1959/9/6، طعمة واستنبولي، المرجع السابق، القاعدة رقم 228، ص444. وفي المعنى ذاته قرار الغرفة المدنية الأولى رقم 622/أساس 492، تاريخ 2003/7/21، مجلة المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 2004، ص456، والذي أجاز إثبات التدليس بكافة الوسائل، ومنها الاستجواب وغايته الحصول على إقرار الخصم.

أجل قيام التدليس أن يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر سواء صدر منه أو كان على علم به. أما إذا لم يكن المتعاقد الآخر متصلاً بالتدليس، بأن يقع من الغير دون أن يكون عالماً به أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به فلا يكون التدليس مؤثراً في مثل هذه الحال، ويبقى العقد صحيحاً استناداً إلى الإرادة الظاهرة للمتعاقد المدلَّس عليه، إذ إن إرادته الحقيقية لم تتجه إلى إبرام هذا العقد. ولكن إذا كانت شروط الغلط متوافرة في مثل هذه الحال، فيحق لهذا المتعاقد أن يطالب بإبطال العقد على أساس الغلط لا التدليس. وفي كل الأحوال يستطيع المتعاقد المخدوع، أو المدلَّس عليه، أن يرجع على الغير الذي مارس عليه الطرق الاحتيالية التي دفعته إلى التعاقد من دون علم المتعاقد الآخر بها بالتعويض عن الضرر الذي لحق به على أساس المسؤولية التقصيرية، بحسبان أن تلك الطرق تعدّ خطأ ألحق به ضرراً يتوجب على من ارتكبه أن يعوضه وفق أحكام المادة 164 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 163 مدني مصري.[303] ويقع على عاتق المتعاقد المخدوع، في حال صدور التدليس من الغير، عبء إثبات علم المتعاقد الآخر به أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به، إذ البينة على من أدعى. وله أن يثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات بحسبان العلم بالتدليس الصادر من الغير من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها الشهادة.

وقد جاءت عبارات المادتين 1/126 و127 مدني مطلقة من دون أي تمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع من حيث اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر، سواء أكان التدليس قد صدر منه، أم صدر من الغير وهو عالم به أو من المفروض حتماً أن يعلم به. ولكن يلاحظ أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري استثنت عقود التبرع من هذا الشرط، ومن ثمّ قررت أن التدليس يبطل مثل هذه العقود إذا كان صادراً من الغير حتى لو كان المتبرع له لا يعلم

---

[303]- انظر في هذا المعنى: د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 165، ص340 و ما يليها.

به، ولم يكن باستطاعته أن يعلم به، وذلك لأن نية التبرع يجب أن تكون خالية من العيوب.[304]واستناداً إلى ذلك يميل بعض الفقهاء إلى قصر شرط وقوع التدليس من أحد المتعاقدين أو على الأقل علمه به عندما يكون صادراً من الغير على عقود المعاوضة دون عقود التبرع.[305]وبالمقابل تنص المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يقوم التدليس أيضاً إذا صدر من نائب المتعاقد، أو الفضولي، أو تابعه، أو كفيله. ويقوم أيضاً إذا صدر من الغير بالتواطؤ معه.

ب:- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد:

217- ويكون التدليس دافعاً إلى التعاقد إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقد المدلِّس قد أوقعت المتعاقد الآخر في وهم وضللت إرادته، فدفعه ذلك الوهم والتضليل إلى التعاقد، بحيث لولا تلك الحيل لما أقدم المتعاقد المدلَّس عليه على التعاقد. وتقدير هذا الأمر يعدّ من مسائل الواقع ويخضع لسلطة قاضي الموضوع التقديرية، ويسترشد القاضي في ذلك بحالة المتعاقد المدلَّس عليه الشخصية، ومن ثمّ يأخذ بالحسبان درجة ذكائه وعمره وثقافته وتجربته في الحياة.[306]ولا يخضع القاضي في ممارسته لهذه السلطة لرقابة محكمة النقض متى كان حكمه مسوغاً. ويترتب على ذلك أنه إذا لم يكن التدليس دافعاً إلى التعاقد، فلا يبطل العقد، وإنما يعطي الحق للطرف الآخر في المطالبة بالتعويض. ويكون التدليس غير دافعٍ إلى التعاقد إذا كانت الطرق الاحتيالية التي لجأ إليها المتعاقد المدلِّس لم يكن من شأنها إيقاع المتعاقد الآخر في وهم ومن ثمّ تضليله، أو أن هذه الطرق أوقعت

---

[304]- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص174.

[305]- من هذا الرأي د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 166، ص343.

[306]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 182، ص326.

المتعاقد الآخر في وهمٍ وضللت إرادته، إلا أن هذا المتعاقد كان سوف يرضى بالعقد وبالشروط ذاتها حتى لو لم يقع في الوهم نتيجة تلك الطرق الاحتيالية.

218- وجرى الفقه في هذا المقام على التمييز بين التدليس الدافع أو الأصلي وبين التدليس غير الدافع أو الفرعي.[307] والتدليس الدافع هو الذي يدفع المتعاقد المدلَّس عليه إلى التعاقد وإبرام العقد، ويعدّ مفسداً للرضا ومن ثمّ يؤدي إلى إبطال العقد. أما التدليس غير الدافع فليس هو الذي يدفع المتعاقد المخدوع، أي المدلَّس عليه، إلى التعاقد، لأن هذا المتعاقد كان سيقدم على التعاقد حتى لو كان قبل انعقاد العقد يعلم بأن المتعاقد الآخر قد لجأ إلى طرق احتيالية، وإنما هذا النوع من التدليس يجعله يقبل بشروط أشد وِقراً، كما وصفتها مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.[308] ولا يؤدي هذا التدليس إلى إبطال العقد لأنه لا يعدّ عيباً من عيوب الإرادة، وإنما يعطي الحق للمتعاقد المخدوع بالمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية سواء وقع من المتعاقد أو كان على علم به، أو وقع من الغير من دون علم المتعاقد الآخر به، لأنه يعدّ خطأ تقصيرياً. ومثال التدليس الفرعي أن يتفق بائع يعرض شيئاً له في مزاد مع شخص آخر ليتقدم بعطاء وهمي من أجل أن يدفع المشاركين الحقيقيين في المزاد على زيادة عطاءاتهم. فإذا انطلت هذه الحيلة عليهم، ورسا المزاد على أحدهم بثمن أعلى من ثمن ذلك الشيء، يحق لمن رسا عليه المزاد أن يتمسك بهذا التدليس، ولكنه لا

---

[307]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 182، ص326. و د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 167، ص344 و ما يليها. و د.مرقس، المرجع السابق، بند 209، ص387. و د.سوار، المرجع السابق، بند 117، ص105.

[308]- الجزء الثاني، ص175.

يؤدي إلى إبطال العقد وإنما يعدّ خطأ تقصيرياً يستوجب التعويض فقط.[309] ولكن الفقه الحديث ينتقد، وبحق، هذا التمييز وذلك لأن المتعاقد عندما يقبل بالعقد فإن قبوله يشمل الشروط التي يتضمنها هذا العقد، فإذا كان قبوله بأحد تلك الشروط نتيجة طرق احتيالية مارسها المتعاقد الآخر عليه، فأوقعته في وهم وضللت إرادته بشأن ذلك الشرط، وتبين أن هذا الشرط هو الذي دفعه للتعاقد فيحق له أن يتمسك بإبطال العقد، لأن هذا التدليس يعدّ معيباً للإرادة. ويستخلص مما تقدم أن التدليس لا يعدّ عيباً من عيوب الإرادة إلا إذا كان دافعاً إلى التعاقد، سواء دفع المتعاقد المدلَّس عليه إلى القبول بالعقد أم دفعه إلى القبول بالعقد بشروط أشد وقراً مما كان يقبله لو لم يكن ضحية ذلك التدليس.[310]

وسبقت الإشارة إلى أن بيان أثر الطرق الاحتيالية التي لجأ إليها أحد المتعاقدين في نفس المتعاقد الآخر يعدّ من مسائل الواقع، ومن ثمّ يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض متى كان حكمه مسوغاً.

4:- جزاء التدليس:

219- يعدّ لجوء أحد الطرفين إلى طرق احتيالية من أجل تضليل الطرف الآخر وإيقاعه في الوهم خطأ تقصيرياً يستوجب التعويض إذا نجم عنه ضرر بالنسبة إلى الطرف المخدوع. وإذا توافرت في هذه الطرق الاحتيالية عناصر التدليس المدني، وكانت هي الدافعة إلى التعاقد أو إلى القبول بشروط أبهظ أو أشد وقراً،

---

[309]- ويبدو أن محكمة النقض السورية قد اتجهت هذا الاتجاه، إذ أنها قررت أن التدليس غير الدافع الذي يؤدي بالمتعاقد المخدوع إلى القبول بشروط أشد لا يعدّ احتيالاً، وإنما هو تدليس مدني يعطي الحق في المطالبة بالتعويض، لا الحق في إبطال العقد. قرار رقم 1920، تاريخ 1968/8/24، المحامون، العدّدان 10 و 11 لعام 1968، ص314.

[310]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 167، ص345 وما يليها.

فيعدّ هذا التدليس عيباً من عيوب الإرادة، ومن ثمّ يعطي الحق للمتعاقد المخدوع في المطالبة بإبطال العقد. ويحق لهذا المتعاقد أن يتمسك بالعقد ومن ثمّ ينقلب صحيحاً، وهذا لا يمنع من حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة لجوء الطرف الآخر إلى مثل تلك الطرق الاحتيالية، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية. أما إذا تمسك بحقه في إبطال العقد، فليس للقاضي أي سلطة تقديرية في ذلك، فإذا تبين له أن شروط التدليس متوافرة وجب عليه أن يحكم بالإبطال إذا طالب المتعاقد المخدوع به. ويرى عميد الفقهاء العرب السنهوري أنه في التدليس غير الدافع ((إذا اختار العاقد المخدوع إبطال العقد وفقاً لرأي القائلين بعدم التمييز "بين التدليس غير الدافع والتدليس الدافع"، جاز للعاقد الآخر أن يعوضه عن الضرر الذي أصابه بسبب التدليس فيمنعه بذلك من إبطال العقد. ونحن نقيس في ذلك التدليس على الغلط في أن كلاً منهما لا يجوز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية. ومتى استقام هذا الحل اقتصر العاقد المخدوع على التعويض وفقاً لكل من الرأيين)).[311] ولكن أعتقد أن القياس هنا في غير محله، وذلك لأن المشرع نص صراحة على حق المتعاقد الآخر في توقي إبطال العقد إذا أظهر استعداده لتنفيذه، وفق ما نصت عليه المادة 2/125 مدني سوري، وتقابلها المادة 2/124 مدني مصري. ولم يعطِ المشرع هذا الحق للمتعاقد المدلِّس، وكان محقاً بذلك، لأنه لو فعل ذلك لكان قد كافأ هذا المتعاقد على سوء نيته. ويترتب على ذلك أن التدليس إذا كان دافعاً، سواء دفع المتعاقد المخدوع إلى القبول بالعقد أم دفعه إلى القبول بالعقد بشروط أشد وقراً مما كان يقبله لو أنه لم يكن ضحية ذلك التدليس، لا يمكن للمتعاقد المدلِّس أن يتوقى الإبطال إذا طالب به المتعاقد المدلَّس عليه.

---

[311]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 182، ص327، هامش 1.

ويطبق التدليس على البيوع القضائية والإدارية التي تتمّ عن طريق المزايدة، وإذا استحال فيه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد بسبب إبطاله لعلة التدليس، جاز الحكم بتعويض عادل.[312]

ثالثاً:- الإكراه:

1:- تعريف الإكراه:

220- الإكراه La violence قانوناً هو ضغطٌ يمارسه شخصٌ على شخصٍ آخر بوسيلةٍ ماديةٍ أو معنويةٍ تحدث رهبةً في نفسه، فتحمله على تنفيذ ما يُطلب منه، كإبرام عقدٍ لا يرغب به، من دون أن تكون إرادته سليمة. والإكراه بهذا المعنى لا يعدم الإرادة، وإنما يعيبها. فإرادة المكره موجودة ولكنها فاسدة وذلك لأنها ليست حرة في مجال الاختيار، وإنما هي واقعة بين شرين فاختارت الأهون بينهما. وما يفسد الإرادة هنا ليست الوسيلة المستخدمة لممارسة الضغط على إرادة المتعاقد، وإنما الرهبة التي تحدثها هذه الوسيلة في نفسه. لذلك فإن العقد المكره عليه يعدّ قابلاً للإبطال لا باطلاً، وذلك لأن الإرادة فيه معيبة وليست معدّومة. أما إذا أدت وسيلة الإكراه إلى انتزاع الرضا عنوة، فيعدّ الإكراه في مثل هذه الحالة معدماً للإرادة لأنها غير موجودة أصلاً، كمن يمسك بيد شخصٍ ويضع بصمة إبهامه على عقدٍ مكتوبٍ، ومن ثمّ يعدّ مثل هذا العقد باطلاً لانعدام الرضا.[313]وهذا التعريف هو عام يشمل كل إكراهٍ مؤثرٍ في الإرادة مهما كان نوعه، سواء كان إكراهاً حسياً، وهو الذي يقع فيه الأذى فعلاً على الشخص من ضربٍ أو تعذيبٍ؛ أم إكراهاً نفسياً، وهو مجرد التهديد باستخدام الوسيلة لإيقاع الضرر ولكن من دون أن تستخدم فعلاً.

---

[312]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 368، تاريخ 1954/11/6، مجلة القانون لعام 1954.

[313]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 188، ص334.

2:- شروط الإكراه:

221- تنص المادة 128 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 127 مدني مصري، على أنه ((1- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس.

2- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

3- ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه)).

كما تنص المادة 129 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 128 مدني مصري، على أنه ((إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه)). كما تنص المادة 1140 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يكون هناك إكراه عندما يلتزم فريقٌ تحت ضغط إجبار يولد لديه رهبةً بتعريض شخصه أو ثروته أو شخص أو ثروة أقربائه لخطر جسيم.

يُستخلص مما تقدم أنه يشترط في الإكراه المؤدي إلى إبطال العقد توافر الشروط الآتية:

أ:- ممارسة ضغط على المتعاقد يحدث في نفسه رهبة من دون حق:

222- يشترط في الإكراه الذي يؤدي إلى إبطال العقد ممارسة ضغط على أحد المتعاقدين من دون حق مما يؤدي إلى إحداث رهبة في نفسه.

223- ممارسة ضغط:

يبدأ الإكراه بممارسة ضغطٍ على أحد المتعاقدين. ووسائل ممارسة الضغط يمكن أن تكون مادية، كالضرب والتعذيب؛ كما يمكن أن تكون معنوية كالتشهير أو التهديد بالخطف أو بالضرب. وذهبت محكمة النقض السورية إلى أن تهديد الزوج زوجته بالطلاق يعدّ إكراهاً.[314]وتشكل هذه الوسائل العنصر المادي للإكراه. ويعدّ تقدير وسيلة الإكراه ومدى تأثيرها في نفس المتعاقد مسألة واقع يعود تقديرها لمحكمة الموضوع مستندةً في ذلك إلى ما تستخلصه من ظروف الواقعة، بشرط أن يكون حكمها مسوغاً.[315]ولا يعدّ من وسائل الإكراه في القانون المدني الفرنسي مجرد الخشية التأديبية، وهي خشية نابعة من واجب الاحترام نحو الأب أو الأم أو الأصول من دون أن تكون مرافقة بممارسة إكراه، وفق ما نصت عليه المادة 1114 منه في صياغتها القديمة لعام 1804.[316] وهذا ما يسمى بالنفوذ الأدبي، ومثاله نفوذ الأب على ابنه، أو الأم على ابنها، أو الزوج على زوجته، أو الرئيس على مرؤوسيه، أو رئيس ديني على أتباعه. وبالمقابل تنص المادة 1143 من هذا القانون في صياغتها الجديدة لعام 2018 على أنه يقوم الإكراه أيضاً عندما

---

[314]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 285/ أساس 290، تاريخ 1969/6/24، مجلة المحامون لعام 1969، ص318.

[315]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 112/ أساس 68، تاريخ 1963/2/18، مجلة نقابة المحامين لعام 1963، ص33.

[316]- ونصت على هذا الحكم بعض القوانين العربية، ومنها قانون الموجبات والعقود اللبناني، إذ جاء في المادة 212 منه ((أن الخوف الناشئ من احترام الأب أو الأم أو غيرهما من الأصول لا يكفي لإفساد العقد. وكذلك استعمال الوسائل القانونية ما دام هذا الاستعمال مشروعاً أي أن يكون الغرض منه مجرد الحصول على ما يجب)). وبالمقابل، يرى بعض الفقهاء أن الخشية التأديبية، أي النفوذ الأدبي، لا تعدّ إكراهاً. انظر في هذا المعنى: د. عبد الباقي، المرجع السابق، بند 178، ص375 وما يليه. ود.سوار، المرجع السابق، بند 129، ص111.

يحصل فريق من المتعاقد الآخر تجاهه، مسيئا أو مستغلاً حالة التبعية التي يوجد فيها، على التزامٍ لم يكن ليقبل به في حال غياب ذلك الإجبار ويستخلص منه منفعةً مبالغاً فيها على نحوٍ ظاهرٍ.

ولم يرد مثل هذا النص في القانون المدني السوري، ومن ثمّ لا يمكن استبعاد النفوذ الأدبي على نحوٍ آليٍ من نطاق وسائل الإكراه. ولكن من حيث المبدأ لا يكفي النفوذ الأدبي أن يكون وسيلة إكراهٍ، وذلك لأن استعماله أمرٌ مشروعٌ إذا كان الهدف منه تحقيق غرضٍ مشروعٍ. أما إذا كانت الغاية من استعمال النفوذ الأدبي تحقيق غرضٍ غير مشروع، فيمكن أن يعدّ وسيلة إكراهٍ إذا كانت بقية شروط الإكراه متوافرة.[317]

224- إحداث رهبة قائمة على أساس:

لا يكفي لقيام الإكراه المعيب للإرادة ممارسة ضغطٍ على أحد المتعاقدين، وإنما يجب أن تحدث وسائل الضغط رهبةً في نفس ذلك المتعاقد، تتمثل في اضطرابٍ وخوفٍ يختلجان نفسه، فيجعلان إرادته غير سليمة.[318]وتشكل هذه الرهبة العنصر المعنوي للإكراه.

---

[317]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 197، ص345 و 346. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 213، ص392 وما يليها. وهذا ما يمكن أن يستفاد من أحد قرارات محكمة النقض السورية، إذ جاء فيه أن ((وقوع الإكراه مسألة واقعية وإن الرأي النهائي فيها هو لقاضي الموضوع، ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه هو مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض كالتثبت فيما إذا كان يكفي أن يصدر الإكراه من الغير، وفيما إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدبي يعدّ إكراهاً، وفيما إذا كانت الوسائل غير المشروعة تعدّ إكراهاً في بعض الظروف)). نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1815/ أساس 1973، تاريخ 1997/12/21، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4564، ص2240.

[318]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 805/أساس 569، تاريخ 1971/8/31، المحامون لعام 1971، ص352.

وتستلزم هذه الرهبة أن يكون الضرر الذي يُرهب وقوعه ضرراً جسيماً محدقاً بالشخص المكرّه، سواء أكان الضرر حالاً أم كان مستقبلاً؛ وسواء أكان الضرر يهدد المتعاقد نفسه أم شخصاً آخر قريبٍ له أو عزيزٍ عليه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. أما الضرر التافه فلا يولد في النفس الرهبة. وتقدير ما إذا كانت الرهبة هي التي وقعت وحملت الشخص المكرّه على التعاقد هو من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع.[319]

ومعيار الإكراه هو معيارٌ شخصيٌ أو ذاتيٌ، ومعنى ذلك أن يكون التأثير المعتبر قانوناً للإكراه هو تابعٌ لحال الشخص الذي يقع عليه الإكراه ولظروفه المحيطة به وقت الإكراه.[320]لذلك يُراعى في تأثير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وذلك لأن الوسائل التي يمكن أن تؤثر في المرأة غير التي تؤثر في الرجل؛ وتلك التي تؤثر في الصغير غير التي تؤثر في الكبير؛ وتلك التي تؤثر في الإنسان الأمي غير التي تؤثر في الإنسان المتعلم أو المثقف. ولكن يجب على القاضي أن يراعي أيضاً في تأثير الإكراه ظروف الواقعة وملابساتها.[321]

---

[319] – نقض مدني سوري، قرار 805/ أساس 569، تاريخ 1971/8/31، المحامون لعام 1971، ص352. وفي المعنى ذاته: قرار 73/أساس 308، تاريخ 1963/2/20، المحامون لعام 1963، ص31.

[320]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 569، تاريخ 1971/8/31، مشار إليه سابقاً. وقرار 1651/ أساس 1252، تاريخ 1982/8/31، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة 253، ص472 و473.

[321]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 199، ص349 و350.

ويُشترط أيضاً أن تكون الرهبة قائمةً على أساسٍ، أي أن يكون لها ما يبرر حدوثها في نفس المتعاقد. أما إذا كانت عبارة عن توهمٍ فلا تأثير لها،[322] كالتهديد مثلاً بأمرٍ مستحيلٍ.

ويقع عبء إثبات الإكراه بعنصريه، المادي المتمثل بوسائل الضغط والمعنوي المتمثل بإحداث الرهبة، على عاتق من يطالب بإبطال العقد لهذا السبب، ويمكن له أن يثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن وذلك بحسبان الإكراه واقعةً ماديةً. ومن ثمّ فهو يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. وبالمقابل فإن الوصف[323] القانوني لوقائع الإكراه هو مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض، ومثال ذلك ما إذا كان مجرد النفوذ الأدبي يعدّ إكراهاً، أو إذا كانت الوسائل غير المشروعة تعدّ إكراهاً في بعض الظروف.[324]

225- ممارسة الضغط من دون حق:

يجب أن تكون وسيلة الضغط التي أحدثت رهبةً قائمةً على أساسٍ في نفس المتعاقد غير مستندة إلى حقٍ، وبمعنى آخر يجب أن يقع الإكراه من أجل تحقيق غرض غير مشروع. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 128 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/127 مدني مصري. وتنص المادة 1141 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه لا يعدّ التهديد بطريقٍ قانوني إكراهاً. ويكون الأمر خلاف ذلك إذا انحرف الطريق

---

[322]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 68/أساس 112، تاريخ 1963/2/18، المحامون لعام 1963، ص33.

[323]- نقض سوري، الغرفة المدنية الجمركية، قرار رقم 642/ أساس 691، تاريخ 2014/10/28، منشور في مجلة القانون لعام 2015، ص577.

[324]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1815/ أساس 1973، تاريخ 1997/12/21، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4564، ص2240.

القانوني عن هدفه، أو عندما يُثار أو يُمارس من أجل الحصول على منفعة مبالغ فيها على نحوٍ ظاهر.

ويمكن أن تتعلق المشروعية وعدمها بوسيلة الإكراه وكذلك بالغرض منه، وذلك على النحو الآتي:

– قد يكون الغرض والوسيلة كلاهما مشروعاً: كمن يهدد مدينه برفع الدعوى أو بالحجز حتى يعطيه رهناً، وكمن يهدد سارقه بالتبليغ عن سرقته حتى يدفعه على التعهد برد ما يعادل قيمة المسروقات. فلا تأثير لهذا الإكراه في التصرف.[325]

– وقد يكون الغرض والوسيلة غير مشروعين: كمن يهدد آخر بضرب أو تشهير أو إفشاء سر محرج حتى حمله على إبرام عقد معه لا يوجبه القانون. فهنا يؤدي الإكراه إلى إبطال العقد. وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية، إذ إنها قررت أن الإكراه هو عدم مشروعية الأعمال والوسائل التي يحدث بها، أما الأعمال المشروعة قانوناً فلا تكون إكراهاً.[326]

– وقد تكون الوسيلة مشروعة ولكن الغرض غير مشروع: كدائن يهدد مدينه المعسر برفع الدعوى عليه أو بالحجز على أمواله حتى يدفعه إلى إبرام عقد معه لا يوجبه القانون. وهنا أيضاً يؤدي الإكراه إلى إبطال العقد.

– وأخيراً قد تكون الوسيلة غير مشروعة، والغرض مشروعاً: كمن يهدد بالضرب مدينه المماطل لحمله على إعطاء رهن. وفي هذا تفصيل: إذا كانت الوسيلة غير المشروعة لم ترتقِ إلى درجة الجريمة المعاقب عليها قانوناً، كالتهديد بإفشاء سر،

---

[325]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1786/أساس 1114، تاريخ 1965/9/2، المحامون لعام 1965، ص487.

[326]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1786/ أساس 1114، تاريخ 1965/9/2، المحامون لعام 1965، ص487.

فلا يؤثر الإكراه في العقد ما دام الغرض مشروعاً؛[327] أما إذا ارتقت الوسيلة إلى درجة الجريمة، كالضرب والتعذيب كان الإكراه سبباً لإبطال العقد.[328]

ب:- أن يكون الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين للآخر، أو يكون عالماً به أو من المفروض حتماً أن يعلم به:

226- أما إذا كان الإكراه غير صادر من المتعاقد الآخر ولم يكن عالماً به أو باستطاعته أن يعلم به، فلا يمكن في مثل هذه الحال إبطال العقد. ولكن يجوز للمتعاقد الذي كان ضحية إكراه صادر من الغير أن يرجع على هذا الغير بالتعويض وفق قواعد المسؤولية المدنية. ويعدّ تقدير مدى علم المتعاقد الآخر بالإكراه الصادر من الغير مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.[329] وإذا كان الإكراه صادراً من ظروف تهيأت مصادفةً واستفاد المتعاقد منها من أجل حمل المتعاقد الآخر الذي وقع تحت تأثيرها على التعاقد، فلا يكون له أثر ما لم يثبت هذا المتعاقد أن من استغل هذه الظروف كان على علم بها.[330]

---

[327]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 571/أساس 495، تاريخ 1970/9/28، المحامون لعام 1970، ص432.

[328]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 159 وما يليه، ص201 وما يليها.

[329]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 216، ص402 وما يليها.

[330]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 430/ أساس 959، تاريخ 1976/4/26، المحامون لعام 1976، ص577.

ج:- أن تكون الرهبة الناجمة عن وسائل الضغط هي الدافعة للتعاقد:

227- أي أن تكون هذه الرهبة هي التي حملت المتعاقد على التعاقد، أما إذا لم تكن كذلك فلا يمكن إبطال العقد بسبب الإكراه. ويعدّ تقدير ما إذا كانت الرهبة دافعة للتعاقد مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.[331]

3:- جزاء الإكراه:

228- جزاء الإكراه، في حال توافر شروطه، هو إبطال العقد. وإذا أدى الإبطال إلى إلحاق ضرر بمن تمسّك به يحق له أن يطالب من مارس الإكراه عليه بالتعويض عن ذلك الضرر. ويكون التعويض هنا على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن الإبطال يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي.

رابعاً:- الغبن الاستغلالي:

229- الغبن هو عدم التعادل المادي بين التزامات المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين. والغبن بهذا المعنى يقوم على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة. ففي ظل المذهب الفردي، الذي اعتنق مبدأ سلطان الإرادة، لا يؤثر الغبن من حيث المبدأ في العقد. أما في ظل المذهب الاشتراكي أو التدخلي، فقد تدخل المشرع ومنع الغبن في العقود. ولم يكن القانون الروماني ينص على الغبن لأنه كان متشبعاً بروح الفردية. وأما القانون الكنسي، فعلى الرغم من أن مبدأ سلطان الإرادة هو من نتاج هذا القانون، إلا أنه لم يكن مبدأً مطلقاً، وإنما فرضت عليه قيود عدّة تهدف إلى تحقيق العدالة وحماية الضعيف، ونتيجة ذلك حرم هذا القانون الربا. وكذلك فعلت الشريعة الإسلامية. وفي ظل ازدهار المذهب الفردي في القرن الثامن عشر، ضيق القانون من تأثير الغبن في العقد، ومن ثم لم يعتد القانون به إلا في حالات استثنائية. وهذا ما فعله القانون المدني الفرنسي في

---

[331]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 218، ص406.

صياغته لعام 1804، الذي كان مشبعاً بروح الفردية. ولم ينص القانون المدني الفرنسي في صياغته الجديدة لعام 2018 على الغبن الاستغلالي كعيب من عيوب الإرادة. وبالمقابل تنص المادة 1168 منه في صياغتها الجديدة على أنه في العقود الملزمة للجانبين، لا يعدّ عدم التوازن بين الأداءات سبباً لبطلان العقد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وتنص المادة 1169 منه على أنه يعدّ عقد معاوضةٍ باطلاً ، إذا كان، وقت انعقاده، المقابل المتفق عليه لمصلحة من يلتزم وهمياً أو تافهاً.

وقد أخذ هذا القانون بالنظرية المادية للغبن، والتي تقوم على قيام تعادل بين ما أعطاه المتعاقد وما أخذه، أو عدم قيامه. حيث إنها تنظر إلى قيمة الشيء في حد ذاته وتحدده تبعاً لقانون العرض والطلب، وتنظر إلى درجة الإخلال بالتعادل. ومن ثمّ اعتنقت بعد ذلك القوانين الحديثة النظرية الشخصية أو النفسية للغبن، والتي تنظر إلى قيمة الشيء لا بحد ذاته وإنما في اعتبار المتعاقد. ولا تحدد هذه النظرية رقماً لدرجة الغبن بل الأمر متروك لظروف الواقعة. وتجعل هذه النظرية الغبن قاعدة عامة تطبق على جميع العقود. وقد أخذ بهذه النظرية القانون المدني الألماني. وكذلك أخذ به القانون المدني المصري، والقانون المدني السوري.[332]

1:- تعريف الغبن الاستغلالي:

230- الغبن الاستغلالي هو أن يرى أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً في أمر من الأمور، بحيث يحجب هذا الطيش أو الهوى فيه ملكة الموازنة، ومن ثم يستغله من أجل أن يجره إلى عقد يغبنه فيه بحيث لا تتوازن فيه التزاماته الناتجة عن ذلك العقد مع ما استفاد، أو مع التزامات الطرف الغابن، ولم يكن الطرف المغبون ليبرم هذا العقد لولا هذا الاستغلال من الطرف الآخر. ومثال ذلك أن يتزوج رجل مسن من امرأة في مقتبل شبابها، فتعمد الزوجة إلى استغلال

---

[332]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 203 وما يليه، ص356 وما يليها.

ما تلقاه عند زوجها من هوى، فتدفعه إلى إبرام عقد معها أو مع أولادها. وكذلك لو تزوجت امرأة مسنة غنية من فتى شاب عن ميل وهوى، فعمد الزوج إلى استغلال هواها لابتزاز مالها عن طريق عقود يستكتبها.[333] ويترتب على ذلك أن الغبن في عقد البيع لا يعدّ في ذاته سبباً لإبطال العقد أو تعديله ما لم يكن مرافقاً بعوامل استغل بها أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً. ولا بد من توافر عنصرين في الاستغلال الذي يرافق الغبن، أحدهما مادي وينطوي على اختلال التعادل في الالتزامات المتقابلة اختلالاً فادحاً، والآخر نفسي ويشف عن وقوع المتعاقد في حالة الطيش أو الهوى الجامح استغله المتعاقد الآخر. وهذان العنصران مستقلان عن بعضهما بعضاً.[334]

2:- الغبن المجرد والاستغلال المجرد:

231- الغبن هو الضرر المادي الذي يسببه العقد لأحد المتعاقدين والناجم عن عدم تعادل قيمة الأداءين، وهو يختلف عن الاستغلال في النقاط الآتية:

- من حيث مجال التطبيق: لا يطبق الغبن إلا في عقود المعاوضات المحددة، أما الاستغلال فيطبق في جميع التصرفات القانونية، وفقاً لما نصت عليه المادة 130 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 129 مدني مصري.

---

[333]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 163 وما يليه، ص206 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 133 وما يليه، ص112 وما يليها.

[334]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 115/ أساس 86، تاريخ 1992/2/1، المحامون، العددان 3 و 4 لعام 1997، ص276. وفي المعنى ذاته: قرار الغرفة المدنية الأولى، رقم 315/ أساس 496، تاريخ 1997/5/31، سجلات محكمة النقض. وقرار رقم 1474/ أساس 799، تاريخ 1998/9/30، سجلات محكمة النقض.

– من حيث المعيار: معيار الغبن مادي وهو التفاوت بين أداءات المتعاقدين، أما معيار الاستغلال فهو شخصي يتمثل في استغلال أمر ما في أحد المتعاقدين من قبل المتعاقد الآخر، كطيش بين أو هوى جامح.

– من حيث المحل: الغبن عيب في العقد، أما الاستغلال فهو عيب في الإرادة.

أ:– تأثير الغبن المادي أو المجرد في العقد في القانون السوري:

232– لا يكفي الغبن المادي أو المجرد وحده لأن يورث العقد عيباً، فلا يحمي القانون منه، وذلك لأن القانون لا يحرص على إقامة توازن اقتصادي بين المتعاقدين، وإنما يقوم بإقامة توازن قانوني بينهما، الذي يقوم على كمال الأهلية و سلامة الإرادة. ويقول أرسطو في ذلك: إن المساواة في العقد هي المساواة الرضائية.[335] ومن حيث المبدأ لا يتدخل القانون السوري للحماية من الغبن المجرد، ولكن استثنى من ذلك بعض الحالات وهي:

1:– الغبن في بيع عقار القاصر: تنص المادة 393 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 425 مدني مصري، على أنه ((1– إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

2– ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع)).

2:– الغبن في تجاوز الحد القانوني للفائدة: تنص المادة 228 مدني سوري، وهي تقابل المادة 227 مدني مصري، على أنه ((1– يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على معدّل آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد. على ألا يزيد هذا المعدّل على تسعة في المئة فإذا اتفقا

335_ أشار إلى ذلك: د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص424.

على فوائد تزيد على هذا المعدّل وجب تخفيضها إلى تسعة في المئة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار.

2- وكل عمولة أو منفعة، أياً كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة، تكون قابلة للتخفيض إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة)).

3:- **الغبن في أجرة الوكيل:** تنص المادة 675 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 709 مدني مصري، على أنه ((1- الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل.

2- فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة)).[336]

4:- **الغبن في قسمة المال المشترك:** تنص المادة 799 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 845 مدني مصري، على أنه ((1- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

2- ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته)).

وبالمقابل فإن الاستغلال المجرد عن الغبن وعيوب الإرادة الأخرى لا يؤثر في العقد.

---

[336]- تنص المادة 155 من قانون التجارة لعام 2007 على أنه ((1- في التصرفات التجارية يستحق الوكيل الأجر في جميع الأحوال ما لم يكن هناك نص مخالف. 2- وإذا لم يحدد هذا الأجر في الاتفاق فيعين بحسب تعرفة المهنة أو بحسب العرف أو الظرف)).

ب:- حد الغبن:

233- في الحالات الاستثنائية التي يحمي منها القانون الشخص من الغبن المجرد، يحدد للغبن الممنوع حداً يعدّه هو الحد الفاحش.

أما الغبن الاستغلالي فلم يضع له القانون حداً، وإنما اشترطت المادة 130 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 129 مدني مصري، عدم التعادل البتة بين التزامات الطرفين، أو مع الفائدة التي حصل عليها المغبون من العقد. وهذا الأمر يعود إلى تقدير القاضي الذي يستطيع أن يستعين بالخبرة في هذا المجال.

3:- شروط الغبن الاستغلالي:

234- تنص المادة 130 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 129 مدني مصري، على أنه ((1- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. 2- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. 3- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن)). يُستخلص من ذلك أنه يشترط في الغبن الاستغلالي من أجل أن يعيب الإرادة توافر الشروط الآتية:

أ:- اختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين اختلالاً فادحاً:

235- لا يقوم الغبن الاستغلالي إلا إذا كان هناك عدم التعادل البتة بين التزامات أحد المتعاقدين وبين ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو بينها وبين التزامات المتعاقد الآخر. ومعيار عدم التعادل هنا ليس القيمة المادية لالتزامات المتعاقدين المتقابلة وفق النظرية المادية في الغبن، وإنما القيمة

الشخصية لها في نظر المتعاقد، وفق النظرية الشخصية في الغبن.[337] ولم تضع المادة 130 مدني حداً للغبن إذا وصل عدم التعادل بين التزامات الطرفين إليه يتحقق الاختلال بينها، وإنما يعود تقدير فداحة الاختلال بين التزامات الطرفين إلى قاضي الموضوع، بحسبان أن ذلك مسألة واقع تخضع لسلطته التقديرية.[338] ويشكل فداحة اختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين العنصر المادي للغبن الاستغلالي.

236- والمجال الطبيعي للغبن الاستغلالي بوصفه عيباً للإرادة هو عقود المعاوضات المحددة، وذلك لأن الاختلال بين الالتزامات المتقابلة يتحقق عادة في مجال هذه العقود.[339] وقد بينت عندما ميزت بين العقود الاحتمالية والعقود المحددة، أن هذه الأخيرة هي التي يعرف فيها كل من المتعاقدين مقدار ما يأخذ وما يعطي على وجه التحديد عند التعاقد، كالبيع والإجارة. أما العقود الاحتمالية، كعقد التأمين، وكذلك عقود التبرع، فليست مجالاً طبيعياً لهذا العيب.[340]

ولكن يمكن أن يجري الغبن الاستغلالي في العقود الاحتمالية إذا كان اختلال التعادل بين احتمَال الربح واحتمَال الخسارة فيها مفرطاً، وكان ذلك نتيجة الاستغلال. وكذلك الحال بالنسبة إلى التبرع، فمن الممكن تصور هذا الاستغلال فيه، ومثال ذلك هبة شخص في خريف العمر لزوجته الجديدة وهي في أول ربيع عمرها، نتيجة استغلال الزوجة الجديدة لهواه الجامح لها.

---

[337]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 222، ص413 و ما يليها.

[338]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 198، تاريخ 1968/5/15، المحامون لعام 1968، ص222.

[339]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 222، ص413 وما يليها.

[340]- انظر بند رقم 80 وما يليه من هذا الكتاب.

ويستفاد من نص المادة 130 مدني أن الغبن الاستغلالي يمكن أن يجري في غير عقود المعاوضات.[341]

ب:- استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح:

237- لا يكفي اختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين اختلالاً فادحاً من أجل قيام الغبن الاستغلالي، وإنما لا بدّ أن يكون هذا الاختلال الفادح هو نتيجة استغلال أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوىً جامحاً. والطيش البين هو خفة وقلة اتزان ظاهرتان في أعمال الإنسان وأوضاعه، كشاب يبدد الثروة التي ورثها. وأما الهوى الجامح فهو الميل الشديد للنفس إلى ناحية تغلب فيها العاطفة الإرادة، كرجل مسن متزوج من صبية استغلت هواه لها وحملته على إبرام عقود لمصلحتها. والقصد من وصف الطيش بالبين والهوى بالجامح، أن يكونا قويين متجاوزين الحدود التي تُرى في كثير من الأفراد بدرجة عادية لا تجعل من الشخص ميداناً لاستغلال ذوي الأطماع. وقد قصد المشرع من وراء إضفاء هاتين الصفتين على الطيش والهوى تضييق مجال تطبيق الغبن الاستغلالي بوصفه عيباً من عيوب الإرادة يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد.[342]ولا يكفي وجود الطيش البين أو الهوى الجامح لتعيب الإرادة، وإنما لا بدّ من أن يستغل أحد المتعاقدين ذلك، ويجر المتعاقد المغبون نتيجة ذلك الاستغلال إلى التعاقد من أجل أن يغبنه. واستغلال أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً يعدّ أمراً موضوعياً يدخل ضمن نطاق سلطة القاضي التقديرية. وقد جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أنه ((إذا كانت المحكمة قد اقتنعت من أقوال الشهود بأن الطاعن قد وعد المطعون ضده بتأمين دار سكن له وأن المطعون ضده كان في ذلك الوقت يمر

---

[341]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 168، ص212 وما يليها.

[342]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 207، ص365.

بظرف نفسي سيء بسبب وفاة والده وإخلائه من دار سكنه فإن ذلك يؤدي إلى توفر العنصر النفسي الذي أوقع المدعي في حالة طيش وهوى جامح لتأمين دار له واستغلال الطاعن لهذا الظرف حين إجراء العقد، مما يتوجب إبطال العقد أو تعديله لإزالة الاختلال الخطير القائم بين الالتزامات المتقابلة)).[343]والرأي عندي أن وقائع هذه القضية لا تتعلق باستغلال طيش بين أو هوى جامح في المتعاقد المغبون، وإنما تتعلق باستغلال الحاجة، فأين الهوى الجامح الذي أشار إليه هذا القرار بالنسبة إلى المطعون ضده في هذه القضية والذي كان بأمس الحاجة إلى دار لسكنه بعد أن تمّ إخلائه من داره، وأين هو الطيش البين في هذه القضية؟. وأرى أن محكمة النقض توسعت كثيراً في معنى هذين المفهومين. ولا يؤدي استغلال الحاجة المرافق بالغبن إلى إبطال العقد أو تعديله بسبب الغبن الاستغلالي وفق أحكام المادة 130 مدني، لأن هذه المادة حصرت الاستغلال بالطيش البين والهوى الجامح.[344]وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض السورية ترى أن وصف استغلال الحاجة الماسة إلى المال بأنه لم يصل إلى درجة الطيش البين والهوى الجامح هو من مسائل القانون، ومن ثمّ يخضع لرقابتها.[345]ويشكل هذا الاستغلال العنصر النفسي للغبن الاستغلالي.

---

[343]– الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 2281/ أساس 4502، تاريخ 1991/8/26، سجلات محكمة النقض.

[344]– لم يكن المشروع التمهيدي، وكذلك المشروع النهائي، للقانون المدني المصري يقصر الاستغلال على الطيش البين أو الهوى الجامح، وإنما كان يشمل أيضاً الحاجة وعدم الخبرة وضعف الإدراك. وكان الاستغلال يطبق في كل مرة يتبين أن رضاء المتعاقد المغبون لم يصدر عن اختيار كاف. إلا أن لجنة مجلس الشيوخ ارتأت أن يقتصر الاستغلال على الطيش البين والهوى الجامح. د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 186، ص391 وما يليها.

[345]– الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 115/ أساس 86، تاريخ 1992/2/1، المحامون، العدّدان 3 و 4 لعام 1997، ص276.

و يستفاد من ذلك أن للغبن عنصرين وهما: عنصر موضوعي أو مادي، وهو اختلال التعادل في الالتزامات المتقابلة في العقد اختلالاً فادحاً؛ وعنصر نفسي، وهو استغلال الطرف الآخر في العقد طيشاً بيناً أو هوى جامحاً لدى المغبون.[346]

ج:- أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد:

238- يشترط لقيام الغبن الاستغلالي أن يكون استغلال أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً هو الدافع إلى التعاقد. ويعود تقدير ذلك إلى قاضي الموضوع بحسبانه مسألة واقع تخضع لسلطته التقديرية.[347]

4:- حكم الغبن الاستغلالي:

239- يحق للطرف الذي استغل طيشه أو هواه استغلالاً دفعه للتعاقد الذي غُبن فيه أن يطلب إبطال العقد إذا تبين أنه لولا استغلال هذا الطيش أو الهوى لما أقدم على إبرام العقد. ولكن لا يلزم الإبطال هنا القاضي، بل له أن يكتفي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون حتى يقيم التوازن. وهذا الخيار الذي منحه القانون للقاضي يستلزم نتيجتين، وهما:

أ:- يحق للمغبون أن يطلب مباشرة تعديل التزاماته وإنقاصها عن طريق دعوى إنقاص الالتزامات، من دون أن يطلب إبطال العقد. ولا يستطيع القاضي في هذه الحال إبطال العقد.

ب:- يحق للطرف الغابن أيضاً أن يتوقى إبطال العقد، ولو طلبه المغبون، وذلك بأن يعرض الغابن ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن وإعادة التوازن.

---

[346]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 562، تاريخ 1970/5/10، مجلة القانون لعام 1970، ص941.

[347]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 188، ص396 و 397.

يتبين من أحكام الغبن أن المشرع قد ضيق من نطاق عيب الاستغلال، ويتضح ذلك من خلال:

1:- حصر العنصر النفسي في حالتي الطيش البين والهوى الجامح، واستبعاد حالتي عدم التجربة والحاجة المنصوص عليهما في مشروع القانون المدني المصري.

2:- عدّ مدّة رفع دعوى الإبطال مدّة سقوط، وجعلها تبدأ من تاريخ العقد وليس من تاريخ زوال العيب.

3:- عدم تقييد القاضي بطلب المغبون بإبطال العقد.

4:- إعطاء الغابن حق توقي إبطال العقد بعرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

240- وقد أوجب القانون رفع دعوى الإبطال، أو دعوى الإنقاص، بسبب الغبن الاستغلالي خلال سنة واحدة من تاريخ العقد، أو من وقت تمامه، وذلك تحت طائلة سقوط هذا الحق بالإدعاء. وهذه المدّة هي مدّة سقوط وليست مدة تقادم، فلا تخضع للوقف والانقطاع كما هو عليه الحال بالنسبة إلى التقادم.[348]

---

[348]- استقر الاجتهاد على أن الحق في إبطال العقد يسقط إذا لم يتمسك به صاحبه خلال مدة سنة واحدة. وهذه المدة هي مدة سقوط بالنسبة إلى الغبن وتسري من تاريخ إبرام العقد وذلك لأنه يفترض بالبائع العلم التام بحالة المبيع عند إبرامه العقد، ولأن عدم تماثل الثمن مع الواقع ليس من العيوب التي تسري المهلة فيها منذ اكتشافها. نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 130/ أساس 501، تاريخ 1999/2/14، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4562، ص2239.

المبحث الثاني

المحل

أتناول في هذا المبحث تعريف المحل وبيان شروطه.

المطلب الأول

تعريف المحل

241- المحل L'objet بالمعنى الدقيق هو ركن في الالتزام، وليس ركناً في العقد. ومحل الالتزام هو على نحوٍ غير مباشر محل العقد أيضاً طالما أن أثر العقد هو إنشاء الالتزامات. ومحل الالتزام هو كل ما يمكن أن يلتزم به المدين.[349] وسبقت الإشارة إلى أن الالتزامات تقسم من حيث المحل إلى التزام بإعطاء شيء، ويقصد به الالتزام بنقل حق عيني أو بإنشائه، والتزام بالقيام بعمل والتزام بالامتناع عن القيام بعمل.[350] ويترتب على ذلك أن محل الالتزام يمكن أن يكون إعطاء شيء أي نقل حق عيني أو إنشاءه، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل. وبما أن محل الالتزام هو على نحوٍ غير مباشر محل العقد الذي يُنشئه، فإن محل العقد يمكن أن يتعدّد بتعدّد الالتزامات التي يُنشئها. كما في عقد البيع، إذ إنه يُنشئ التزامات متعدّدة على عاتق الطرفين المتعاقدين، من ضمنها التزامان أساسيان أحدهما على عاتق البائع وهو الالتزام بتسليم المبيع، والآخر على عاتق المشتري وهو الالتزام بدفع الثمن، لذا يقال إن محل عقد البيع هو المبيع والثمن.[351]

---

[349]- د.أبو ستيت، المرجع السابق، بند 202، ص190.

[350]- انظر بند رقم 37 وما يليه من هذا الكتاب.

[351]- جاء في بعض قرارات محكمة النقض السورية أن الثمن هو محل التزام المشتري في عقد البيع، (قرار الغرفة المدنية الثانية رقم 719/أساس 894، تاريخ 1995/7/30، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4415، ص2174). وجاء في قرارات

242- ومحل العقد، في الفقه الإسلامي، هو المعقود عليه، ويمكن أن يكون عيناً أو عملاً، أو حقاً، كبيع الحق أو حوالته. ومن ثمّ فالمحل هو المبيع والثمن في البيع، والشيء الموهوب في الهبة، والشيء المرهون في الرهن، والدين المكفول به في عقد الكفالة، والمتعة الزوجية بين الزوجين في عقد النكاح.[352]

ويجب التمييز بين محل العقد وموضوعه، إذ إن موضوع العقد هو الغاية النوعية، أي المقصد الأصلي الذي جعل العقد طريقاً مشروعاً للوصول إليه. فالموضوع في عقد البيع هو نقل الملكية بعوض، وفي عقد الإيجار هو تمليك المنفعة بعوض، وفي عقد الهبة هو نقل الملكية مجاناً، وفي عقد الزواج هو حلّ المتعة الزوجية ورفع حاجز الحرمة فيها، وفي عقد الرهن هو احتباس الشيء المرهون لأجل استيفاء الدين.[353]يتبين من ذلك أن الموضوع والأثر هما شيءٌ واحدٌ، وإنما يختلف مفهومهما باختلاف وقت النظر إليهما. فالموضوع هو قبل العقد غاية، وهو بعد العقد حكم قانوني يثبت في المحل، أي أنه أثر العقد، حيث تتحقق الغاية بعد انعقاد العقد.

وقد خص القانون المدني السوري المحل بخمس مواد وهي المواد من 132 وإلى 136 بينت الشروط الواجب توافرها فيه، وهي تقابل المواد من 131 وإلى 135 مدني مصري. وكان القانون المدني الفرنسي يخص المحل، في صياغته القديمة لعام 1804، بخمس مواد أيضاً، وهي المواد من 1126 وإلى 1130. وقد سبقت الإشارة إلى المشرع الفرنسي دمج، في التعديل الجديد للنظرية العامة للالتزام في

أخرى أن الثمن هو أحد محلي عقد البيع، (قرار الغرفة المدنية الثانية رقم 184/أساس 311، تاريخ 1996/2/25، المرجع السابق، القاعدة رقم 4417، ص2175).

[352]- د.الزرقاء، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، بند 147، ص299.

[353]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 176، ص220 وما يليها.

القانون المدني في العام 2018، ركن السبب مع ركن المحل، وأصبحت أركان العقد فيه ثلاثة، وهي الرضا والأهلية ومضمون أو محتوى مشروع ومؤكد. وقد خص المشرع الفرنسي في التعديل الجديد ركن المضمون والمحتوى المشروع والمؤكد للعقد بالمواد من 1162 وإلى 1171 في صياغتها الجديدة لعام 2018.

المطلب الثاني
شروط المحل

اشترطت المواد من 132 وإلى 136 مدني سوري توافر شروط عدّة في المحل، وهي:

الفقرة-1- الوجود والإمكان:

يشترط في محل الالتزام أن يكون موجوداً، كما يشترط فيه أن يكون ممكناً أيضاً.

أولاً:- الوجود:

243- الأصل إذا تعلق محل الالتزام بشيء أن يكون هذا الشيء موجوداً، ولكن يجوز وفق أحكام المادة 1/132 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/131 مدني مصري، أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. وهذا ما أكدت عليه أيضاً المادة 1163 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أن محل الالتزام هو أداء حالي أو مستقبلي.

1:- معنى الوجود:

244- إذا كان محل الالتزام هو إعطاء شيء، أي نقل حق عيني، أو كان محل الالتزام يتعلق بشيء معين يهدف إلى إجراء عمل يتعلق بذلك الشيء كتسليم المأجور، فيشترط أن يكون الشيء الذي تعلق به الحق موجوداً وقت نشوء الالتزام، أي وقت انعقاد العقد، أو أنه قابل للوجود بعد نشوئه. ويترتب على ذلك أنه إذا كان الشيء محل الالتزام موجوداً، ولكنه هلك قبل نشوء الالتزام أي قبل

انعقاد العقد، فيؤدي ذلك إلى بطلان العقد، سواء أكان الهلاك مادياً كما لو نفق الحيوان قبل انعقاد البيع؛ أم كان قانونياً، كما لو بيع حق انتفاع تبين أنه انقضى قبل البيع. وبالمقابل إذا هلك الشيء محل الالتزام بعد نشوئه، أي بعد انعقاد العقد، فلا يؤثر ذلك في انعقاد العقد، وإنما يؤدي هذا الهلاك إذا كان بسبب أجنبي إلى انقضاء الالتزام، وهذا بدوره يؤدي إلى انفساخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين وفق أحكام المادة 160 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 159 مدني مصري.

2:- المحل المستقبل:

245- الأصل، وفق أحكام المادة 1/132 مدني سوري، أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. ويترتب على ذلك أنه يجوز، من حيث المبدأ، التعامل في الأموال المستقبلة، بغض النظر عن نوع التعامل ونوع المال المستقبل. ومن ثمّ يمكن بيع مالٍ غير موجود بتاريخ انعقاد العقد، طالما أنه يحتمل وجوده بعد ذلك التاريخ، كما لو بيع محصول قطن قبل زرعه، أو قبل ظهوره؛ أو كما لو تنازل المؤلف عن حق نشر مؤلفه الذي لم يبدأ بعد بكتابته، أو لم ينته منه؛ أو كما لو باع فنان لوحة قبل رسمها. ومن ثمّ فإن بيع شيء مستقبلي محقق الوجود يعدّ بيعاً صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية.[354] ويُستثنى من ذلك التعامل في التركات المستقبلة وهذا ما يستفاد من المادة 132 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 131 مدني مصري، والتي جاء فيها أنه ((1- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. 2- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون)). ويهدف هذا المنع إلى عدم المضاربة على حياة المورث من جهة، وحماية الوارث المحتمل من جشع المرابين

---

[354]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 376/ أساس 422، تاريخ 1996/3/31، سجلات محكمة النقض.

والطامعين في أمواله المحتملة، من جهة أخرى.[355] ومن ثمّ فإن هذا المنع مقرر ليس فقط لحماية مصلحة المورث، كما كان عليه الحال في القانون الروماني الذي كان يجيز مثل هذا التعامل إذا تمّ برضا المورث، وإنما هو مقرر أيضاً لحماية مصلحة الوارث.

ويتصل هذا المنع بالنظام العام، ومن ثمّ جزاؤه هو بطلان التصرف. ويقع التصرف باطلاً حتى لو تمّ برضا المورث. وإذا أجاز القانون شيئاً من ذلك اقتصر عليه، كالوصية، وكذلك الحال إذا قام شخص بتخصيص أعيان تركته بين ورثته كل منهم بشيء يعادل حصته حال حياته، وفقاً لما نصت عليه المادة 219 من قانون الأحوال الشخصية السوري لعام 1953 وتعديلاته،[356] فإذا قام الوارث ببيع ما اختص به منذ حياة مورثه مستقلاً عن بقية الورثة، يعدّ بيعه صحيحاً.[357] وقد ربطت محكمة النقض المصرية بين منع التعامل في التركة المستقبلة، وبين قواعد الميراث التي تتعلق بالنظام العام، ومن ثمّ قررت بطلان كل تصرف يهدف إلى التحايل على هذه القواعد. ويأتي منع التعامل في التركة المستقبلة نتيجة لهذه القاعدة المتمثلة ببطلان التصرفات التي تهدف إلى التحايل على قواعد الإرث. ونتيجة ذلك قررت هذه المحكمة عدم جواز التعامل بين وارث محتمل في تركة

---

[355]- د. عبد الباقي، المرجع السابق، بند 200، ص415 وما يليها.

[356]- تنص المادة 219 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه ((1- إذا خصص الشخص في حياته كلاً من ورثته أو بعضهم بأعيان من ماله تعادل حصته الإرثية وأوصى بتنفيذ هذا التخصيص بعد وفاته جاز ذلك وكان لازماً بوفاته. 2- إذا زاد ما خصص لبعضهم عن حصته الإرثية جرى على الزيادة حكم الوصية لوارث)).

[357]- نقض سوري، الهيئة العامة، قرار 271/أساس 1003، تاريخ 2007/6/5، المحامون، العدّدان 9 و 10 لعام 2008، ص1302.

مستقبلة وبين أجنبي عنها، ولا بين وارث محتمل ووارث محتمل آخر، ولا بين المورث ذاته وبين وارث محتمل له أو بينه وبين أجنبي عن التركة.[358]

وفي الفقه الإسلامي الأصل بطلان التعامل في الأشياء المستقبلة، فإذا كان المعقود عليه غير موجود وقت التعاقد أي معدوماً، يقع العقد باطلاً حتى إذا كان يحتمَل وجوده مستقبلاً. وهذا ما أكدت عليه المادة 205 من مجلة الأحكام العدَلية، إذ جاء فيها أن ((بيع المعدوم باطل فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلاً)). ويترتب على ذلك أن بيع الحمل باطل، وكذلك بيع اللبن في الضرع. ولكن ترد على هذا المنع استثناءات عدّة، كبيع السَّلَم وهو بيع المؤجل بالمعجَّل، وعقد الاستصناع، وكذلك بيع الثمار قبل نضجها شرط بروز جميعها، وفق ما نصت عليه المادة 206 من المجلة.

ثانياً:- الإمكان:

246- إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، فيجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع ممكناً. والإمكان في هذا النوع من الالتزامات يقابل شرط الوجود في الالتزامات التي يكون محلها إعطاء شيء، كما لو كان نقل حق عيني. أما إذا كان محل الالتزام غير ممكن، أي مستحيلاً، فلا يقوم الالتزام ومن ثم يكون العقد باطلاً، طبقاً لما نصت عليه المادة 133 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 132 مدني مصري، بشرط أن تكون الاستحالة مطلقة،[359] وقائمة وقت انعقاد العقد لا بعد ذلك. وهذا ما أكدت عليه أيضاً المادة 1163 من القانون المدني الفرنسي،

---

[358]- نقض مصري، 14 يونيه 1934، مجموعة عمر لأحكام النقض، ج1، ص449. وفي المعنى ذاته: نقض مصري، 1979/1/29، مجموعة النقض س 30، ص103، أشار إليهما د.عبد الباقي، المرجع السابق، ص417 و 418، هامش 2 وهامش 1.

[359]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 848/أساس 2548، تاريخ 1994/3/22، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4373، ص2156.

في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه يجب أن يكون الأداء، محل الالتزام، ممكناً.

ويقصد بالاستحالة المطلقة الاستحالة الموضوعية، أي أن يكون محل الالتزام في ذاته مستحيلاً، وفق ما عبرت عنه المادة 133 مدني سوري، ومن ثمّ لا يستطيع أي شخص القيام بتنفيذ الالتزام، أي أن محل الالتزام مستحيل بالنسبة إلى جميع الناس.[360]أما إذا كانت الاستحالة نسبية أي شخصية، كما لو كان محل الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى المدين وحده، كأن يلتزم شخص بالقيام بعمل معين خلال فترة متفق عليها يحتاج إلى مقدرة تفوق قدراته الشخصية، ومن ثمّ يستحيل عليه القيام به، إلا أن القيام بمثل هذا العمل لا يستحيل على شخص آخر أكثر قدرة وخبرة من الأول، فلا يعدّ محل الالتزام في مثل هذه الحالة مستحيلاً، وإنما يعدّ موجوداً وصحيحاً، ومن ثمّ ينعقد العقد، ويلتزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به نتيجة عدم قدرته على تنفيذ ما التزم به. والاستحالة المطلقة إما أن تكون طبيعية أو أن تكون قانونية. ومثال الاستحالة الطبيعية بيع شيء تبين أنه قد احترق قبل انعقاد البيع، أو التعهد بالامتناع عن عمل وقع قبل التعاقد. ومثال الاستحالة القانونية توكيل محام باستئناف قضية قد انقضت مدةّ استئنافها. ويُنظر إلى قيام الاستحالة عند تكوين العقد، أما إذا تحققت بعد انعقاد العقد فلا تمنع من وجود الالتزام، ومن ثمّ يكون العقد قائماً، وإنما ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ وتبرأ ذمة المدين، إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه. أما إذا تبين أن الاستحالة ترجع إلى خطأ المدين، فلا يكون لها تأثير لا في انعقاد العقد ولا في صحة الانعقاد، ويكون المدين مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة ذلك. ويحق لهذا الأخير أن يطالب بفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين.

---

[360]– د. السنهوري، المرجع السابق، بند 219، ص384.

ويُستخلص من ذلك أن الاستحالة نوعان ذاتية أو موضوعية، وشخصية. والأولى هي استحالة مطلقة بالنسبة إلى جميع الناس، وهي التي تمنع من انعقاد العقد. أما الثانية فهي استحالة بالنسبة إلى المتعاقد الملتزم فقط، وهي لا تمنع انعقاد العقد لأنها لا تعدّ استحالة وإنما تعدّ عجزاً بحيث يتحمل المتعاقد هنا المسؤولية عن ذلك.[361]

الفقرة-2- التعيين:

247- يجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين، سواء أكان الالتزام بإعطاء شيء، أم بالقيام بعمل، أم بالامتناع عن القيام بعمل. ويقصد بتعيين محل الالتزام تحديده على وجه ينفي الجهالة. أما إذا تعذر الوصول إلى تحديد محل الالتزام بشكل أو بأخر، فيترتب على ذلك عدم نشوء الالتزام، ومن ثمّ عدم قيام العقد أي بطلانه. واستناداً إلى ذلك تنص المادة 134 مدني سوري، وهب مطابقة للمادة 133 مدني مصري، على أنه ((1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره و إلا كان العقد باطلاً.

2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط)). وهذا ما أكدت عليه أيضاً المادة 1163 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه يجب أن يكون الأداء، محل الالتزام، معيناً أو قابلاً للتعيين. ويكون الأداء قابلاً للتعيين إذا كان يمكن أن يستخلص من العقد أو بالإحالة إلى الأعراف أو إلى العلاقات السابقة للمتعاقدين، من دون أن تكون هناك ضرورة لاتفاق جديد بينهم.

ويترتب على ذلك أن تعيين المحل إما أن يكون بالذات أو بالنوع.

---

[361]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 136 وما يليه.

أولاً:- تعيين المحل بالذات:

248- الأشياء المعينة بالذات هي التي يتميز كل شيء منها عن غيره بخصائص تساعدّ على تعيينه تعييناً ذاتياً على نحو يجعل غيره لا يقوم مقامه عند الوفاء.[362] ويكون تعيين الشيء بالذات إما بالإشارة إليه أو بتحديد صفاته. ويمكن تعيين الشيء بالإشارة إليه سواء أكان قيمياً كبيع هذه الفرس أو هذا العقار، أم كان مثلياً كبيع هذه العلب من السمن الفلاني أو هذه النسخ من كتاب مصادر الالتزام. ولا يقتصر التعيين بالذات على الإشارة إلى الشيء، وإنما يمكن أن يكون بأي وسيلة تؤدي إلى حصر العقد في ذات محددة، كبيع السيارة التي يملكها البائع والمسجلة بالرقم 112233 في السجل المخصص لها، وهنا ينعقد العقد، لأن التنفيذ يكون ممكناً.

ثانياً:- تعيين المحل بالنوع:

249- إذا لم يكن الشيء معيناً بالذات، فيجب أن يكون معيناً بالنوع. والأشياء المعينة بالنوع هي التي تقوم مقام بعضها عند الوفاء، لأنها متشابهة، ومن ثمّ فهي متساوية أو متقاربة في القيمة، لذا تسمى أيضاً بالأشياء المثلية،[363] كالنقود والذهب والفضة والسكر والعدّس والقمح. ومن ثمّ إذا لم يحدد العقد نوع الشيء كان باطلاً، كأن يبيع مزارع غلالاً من دون ذكر نوعها صراحةً أو ضمناً. وتُعين هذه الأشياء في العقد بذكر نوعها وجنسها وتحديد مقدارها إما بالعدّد أو بالكيل أو بالمقاس. ولا ينعقد العقد إلا إذا تمّ تحديد مقدار محل الالتزام في متن العقد، كبيع مائة نسخة من كتاب مصادر الالتزام من الطبعة ذاتها، أو بيع طن من السكر السوري؛ أو يكون مقداره ممكن التعيين استناداً إلى العقد ذاته، كما لو تعاقد شخص مع إدارة

---

[362]- د.سوار، المرجع السابق، بند 154، ص128 و 129.

[363]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 147، ص269 و 270.

مدرسة خاصة من أجل توريد الكتب لها فيكون مقدار الكتب محدداً بعدد طلاب تلك المدرسة، وإلا كان العقد باطلاً.

وإذا لم يتفق الأطراف على درجة الجودة، ألزمت المادة 2/134 مدني سوري، وهب مطابقة للمادة 2/133 مدني مصري، القاضي بالرجوع إلى العرف لتحديدها أو إلى أي ظرف آخر، وإلا التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط.[364]في حين أن المادة 1166 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، تنص على أنه إذا لم تُعين جودة الأداء في العقد أو كانت غير قابلة للتعيين، يجب على المدين تقديم أداء من جودة متطابقة مع توقعات الأطراف المشروعة بالنظر إلى طبيعته، وإلى الأعراف، وإلى مقدار المقابل.

ثالثاً:- تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً:

250- إذا كان محل الالتزام نقوداً، فيجب أن تكون محددة بنوعها ومقدارها، كالتزام المدين بدفع مليون ليرة سورية للدائن. والعبرة في مثل هذه الحال لعدّد النقود المبين في العقد، من دون أن يؤثر ارتفاع سعرها أو انخفاضه وقت الوفاء عن وقت العقد في انعقاد العقد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، طبقاً لما جاء في المادة 135 مدني سوري، وهي تقابل المادة 134 مدني مصري، والتي تنص على أنه ((إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عدّدها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر. ما لم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي)).[365]وتجدر الإشارة إلى أن المادة 1/أ من المرسوم التشريعي رقم 54، تاريخ 2013/8/4،

---

[364]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 131، تاريخ 1968/4/7، مجلة القانون لعام 1968، ص458.

[365]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 182، ص228 و229. ود. سوار، المرجع السابق، بند 155، ص131.

منعت التعامل بغير الليرة السورية كوسيلة للمدفوعات أو لأي نوع من أنواع التداول التجاري أو التسديدات النقدية، سواء كان ذلك بالقطع الأجنبي أم بالمعادن الثمينة. ومن ثمّ لا يجوز الاتفاق في العقود المبرمة بعد تاريخ نفاذ هذا المرسوم التشريعي على دفع الثمن بالدولار الأميركي؛ أما الاتفاق على مثل هذا الأمر قبل تاريخ نفاذه فهي جائزة، والعبرة هنا للقانون النافذ وقت انعقاد العقد.[366]

رابعاً:- تعيين محل الالتزام إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل:

251- إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، وجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين حتى ينعقد العقد. فإذا تعاقد شخص مع متعهد على بناء مستشفى، فيجب أن يكون هذا البناء معيناً بموجب مخططات وتصميمات

---

[366]- جاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما يأتي:" وحيث إن عقد البيع موضوع هذه الدعوى قد نظم بتاريخ 2012/8/4، والمرسوم التشريعي رقم 54 قد صدر بتاريخ 2013/8/4، ويسري نفاذه من هذا التاريخ وليس بأثر رجعي"، نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية (أ)، قرار رقم 298/ أساس 304، تاريخ 2015/3/31، مجلة المحامون، الأعداد 7-12 لعام 2015، ص622 وما يليها. وهذا يخالف صراحةً المادة 5/أ من قانون النشر السوري رقم 5، تاريخ 2005/3/22، التي تنص على أنه " تعتبر القوانين والمراسيم التشريعية والمراسيم التي ليس لها علاقة بالإدارة العامة المتضمنة نظاماً عاماً نافذة من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ما لم يرد نص يخالف ذلك"، وذلك المرسوم التشريعي المذكور لم يحدد تاريخ نفاذه صراحةً. وجاء في هذا القرار أيضاً " وحيث وفي الموضوع فإن عقد البيع قد تحدد الثمن فيه بالليرات السورية وهو ثمن إجمالي للمبيع، وهو ثمن لشقة... وحيث ذلك يعني أن هذا الثمن لهذه الشقة بالغة ما بلغت مساحتها طالما لم تتحدد هذه المساحة بهذا العقد مسبقاً. وحيث إن المدعية قد سددت الدفعة الأولى من الثمن بالليرة السورية... ثم سددت عدة دفعات بالدولار الأميركي، وحيث طالما المبلغ الإجمالي قد حدد بالليرة السورية وتم دفع الدفعة الأولى بالليرة السورية، وقد تم الاتفاق بين الطرفين على تقسيم الباقي على دفعات بالدولار الأمريكي فهذا يعني أن الباقي من الثمن ووفق هذه الدفعات قد حدد على أساس سعر الدولار بتاريخ التعاقد..."، ص624.

تفصيلية تحدد عدّد الأسرة التي يجب أن يستوعبها البناء، وكذلك عدّد المكاتب والطوابق...، أو يكون على الأقل قابلاً للتعيين بالرجوع إلى ظروف التعاقد، حتى ينعقد العقد صحيحاً منتجاً لآثاره. أما إذا نص العقد على التزام المتعهد ببناء مستشفى للطرف الآخر من دون ذكر أي تفصيلات بشأن البناء، فيكون العقد باطلاً بسبب عدم تعيين المحل.

الفقرة-3- مشروعية المحل:

252- يشترط أن يكون محل الالتزام مشروعاً، أي ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب حتى يقوم الالتزام، ومن ثمّ ينعقد العقد صحيحاً. ويهدف هذا الشرط إلى حماية المصلحة العامة التي هي مناط النظام العام. ويعدّ العقد باطلاً إذا كان المحل مخالفاً للنظام العام أو الآداب، وفقاً لما ذهبت إليه المادة 136 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 135 مدني مصري. وهذا ما أكدن عليه المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه لا يمكن أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بغايته سواء أكانت الغاية معروفة بالنسبة إلى جميع الأفرقاء أم لم تكن.

ويختلف مفهوم النظام العام والآداب باختلاف الزمان والمكان. ويقصد بالنظام العام كل ما يتعلق بمصالح الدولة الأساسية سواء كانت سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية. أما الآداب فيقصد بها كل ما يمس بالأخلاق الحميدة في الدولة. ومثال ذلك التعامل بالنقود الذهبية في المعاملات الداخلية،[367] أو التعاقد على الزنا،

---

[367]- جاء في قرار لمحكمة النقض السورية ((أن المشرع الذي منع التعامل بالذهب بمقتضى المادة 1 من القرار 18 ل.ر لعام 1940 رتب البطلان جزاءً على مخالفة أحكامه إنما استهدف من ذلك حماية النقد وتأمين الاستقرار في المعاملات وصيانة المصلحة العامة. فالبطلان الذي يلحق بالعقود المحررة بالعملة الذهبية هو بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام)). الغرفة المدنية،

والتعاقد على ارتكاب جريمة، وتعاقد صاحب متجر مع فتاة لإغواء الزبائن، إذا كان عملها المتعاقد عليه هو هذا الإغواء، إذ يعدّ العقد في جميع هذه الحالات باطلاً لمخالفته النظام العام والآداب.[368] وكذلك يعدّ باطلاً تواطؤ أصحاب العروض في التعهدات العامة لمخالفته الآداب.[369]

وإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء، فيجب أن يكون داخلاً في التعامل حتى ينعقد العقد صحيحاً. واستناداً إلى ذلك تنص المادة 83 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 81 مدني مصري، على أن ((1- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية.

2- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية)).

ومثال الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها الهواء وأشعة الشمس وضوء القمر. ومثال الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون المخدرات، وجسم الإنسان، إذ حرّم القانون بيع الأعضاء أو

قرار 163/ أساس 260، تاريخ 1961/1/23، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 270، ص518. وفي المعنى ذاته: قرار 579/ أساس 573، تاريخ 1962/11/22، منشور في المرجع السابق، القاعدة رقم 271، ص518 و 519.

[368]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 227 وما يليه، ص397 وما يليها.

[369]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1073/ أساس 427، تاريخ 1980/9/18، مجلة المحامون لعام 1981، ص40.

الاتجار بها.[370] كما لا يجوز استئجار الرحم في إطار عمليات الإنجاب المساعدَ طبياً، وذلك لمخالفته النظام العام.[371]

ولا تدخل الحقوق غير المالية، حتى لو لم تكن من الأشياء، دائرة التعامل، ومن ثم لا يجوز التنازل عنها بمقابل أو من دون مقابل. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز بيع حق الانتخاب، أو حق الترشيح، أو حق النسب، ويعدّ العقد باطلاً في جميع هذه الحالات.[372]

المبحث الثالث

السبب

253- السبب هو، بالمعنى الدقيق، ركن في الالتزام وليس ركناً في العقد، وهذا ما أكده التطور التاريخي لنظرية السبب كما سنراه لاحقاً. ويقصد بالسبب في هذا المجال الغرض المباشر الذي يهدف الملتزم بلوغه من وراء التزامه، أي الغرض الذي أراد الملتزم الوصول إليه نتيجة قبوله نشوء الالتزام على عاتقه.[373] والسبب، كركن في الالتزام، مستقل عن ركن المحل، إذ إنه الغرض الذي يهدف الملتزم بلوغه من وراء التزامه، أما المحل فهو ما التزم به المدين من إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل. ويتبين الفرق بينهما جلياً من خلال

---

[370]- يعدّ الاتجار بالأعضاء البشرية جناية يعاقب عليها المشرع السوري بالأشغال الشاقة المؤقتة وبالغرامة من 50 إلى 100 ألف ليرة سورية بموجب المادة 7/ب من القانون رقم 30 لعام 2003 المتعلق بزرع الأعضاء والتبرع بها.

[371]- آمال محمد خير المقداد، عقد تأجير الرحم بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق- جامعة دمشق، دمشق 2019، ص59 وما يليها، ولاسيما ص99 وما يليها.

[372]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 153، ص274 و 275.

[373]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 242، ص413 و 414.

معرفة أن السبب هو جواب عن السؤال الذي مفاده: لماذا التزم المدين؟ في حين أن المحل يعدّ جواباً عن السؤال الذي مفاده: بماذا التزم المدين؟[374] ولا يتأثر السبب بعدم التعادل الموضوعي بين التزامات المتعاقدين، وبمعنى آخر فأن الغبن المادي لا أثر له في السبب. وهذا ما أكدت عليه المادة 1168 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه في العقود الملزمة للجانبين، لا يعدّ عدم التوازن بين الأداءات سبباً لبطلان العقد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

المطلب الأول

منشأ نظرية السبب في التشريعات الوضعية

254- لم يعرف القانون الروماني فكرة السبب إلا بعد أن كرس مفهوم العقود الرضائية في نطاق ضيق اقتصر على عقود البيع والإيجار والشركة والوكالة، وكذلك مفهوم العقود العينية والعقود غير المسماة. وكان السبب في القانون الروماني، بشأن هذه العقود، أمراً موضوعياً يتعلق بموضوع الالتزام لا بشخص الملتزم، ويُبحث عنه داخل العقد لا خارجه، ومن ثمّ كان السبب واحداً في كل نوع من العقود. وكان دور السبب كركن في هذه العقود يقتصر على مرحلة تكوينها من دون أن يتعدّى إلى مرحلة تنفيذها. وكان ظهور مبدأ الرضائية، على يدِ فقهاء القانون الكنسي، واستقراره هو وراء ولادة نظرية السبب.[375]

ولكن الرضائية المطلقة واحترام الإرادة من دون قيد في الالتزامات التعاقدية يؤدي إلى احترام جميع العقود، ومن ثمّ إلزام المتعاقدين بالتزاماتهم على نحوٍ مطلقٍ. ولكن قد تكون الالتزامات الناتجة من العقد في بعض الأحيان منافية للأخلاق

---

[374]- انظر باللغة الفرنسية: H., L., J. Mazeaud et F. Chbas, op.cit., N°253.

[375]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 2437 وما يليه، ص417 وما يليها.

وللأهداف القانونية، ومثال ذلك استئجار شخص شخصاً آخر على ارتكاب جريمة لقاء مبلغ. ولإبطال مثل هذه العقود فكر فقهاء القانون الكنسي بوجوب إلقاء قيد على الإرادة العقدية يمنع تجاوزها على الحدود الأخلاقية والأهداف القانونية. فإذا شذت الإرادة وتجاوزت حدودها، كان جزاء التصرف البطلان. وبما أن نقطة الانطلاق في ترتيب القواعد القانونية في نظرية الالتزام العامة ذات الأصل الروماني هي الالتزام نفسه، لذلك عمد فقهاء القانون الكنسي إلى معالجة شذوذ الإرادة من طريق الالتزام نفسه لا من طريق العقد، فألقوا قيداً قانونياً قرروا بموجبه أنه يجب أن يكون سبب الالتزام مشروعاً. والمراد من السبب هنا الباعث الرئيس الدافع إلى التعاقد أو الالتزام. وهذا الباعث باطنيّ ونفسيّ وشخصيّ يختلف من شخص إلى آخر، ومن ثمّ من عقد إلى آخر، لأنه أمرٌ خارجيّ عن العقد.[376] ويعود الفضل في صياغة نظرية عامة للسبب إلى الفقيه الفرنسي دوما Domat في كتابه "القوانين المدنية Les lois civiles" في القرن السابع عشر. وقد رجع الفقيه دوما بفكرة السبب إلى أصولها الرومانية، إذ إنه عدّ السبب أمراً موضوعياً داخلاً في العقد لا خارجاً عنه، ومن ثمّ أعاق كثيراً التطور الذي وصلت إليه هذه النظرية على أيدي فقهاء القانون الكنسي. ومن ثمّ ناصر الفقيه الفرنسي بوتيه Pothier الفقيه دوما في نظريته، وأخذ واضعو مشروع القانون المدني الفرنسي عنهما هذه النظرية، وأيدها شراح هذا القانون بعد إصداره ودخوله حيز النفاذ.[377]

---

[376]– د.مرقس، المرجح السابق، بند 159، ص286 وما يليها.

[377]– انظر باللغة الفرنسية: H., L., J. Mazeaud et F.Chbas, op.cit., N°258 et s.

المطلب الثاني

تعريف السبب

255- قبل أن أعرض مفهوم السبب في القانون المدني السوري، الذي خصص له المادتين 137 و138 منه، وهما مطابقتان للمادتين 136 و137 من القانون المدني المصري، أبين مفهومه في النظريتين التقليدية والحديثة، ثم أتناول بعد ذلك هذا المفهوم في الفقه الإسلامي.

الفقرة-1- تعريف السبب في القانون:

ظهرت نظريتان في تعرف السبب، الأولى تقليدية، والثانية حديثة.

أولاً- النظرية التقليدية في السبب:

256- تميز هذه النظرية بين ثلاثة أنواع من السبب، وهي: السبب الإنشائي Cause efficiente، والسبب الدافع Cause impulsive، والسبب القصدي Cause finale. والسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام، وهو بهذا المعنى لا يهم دراستنا. وأما السبب الدافع فهو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب الالتزام في ذمته. فيختلف مثلاً الباعث على الشراء من شخص إلى آخر. ويظهر من ذلك أن الباعث يمتاز بأنه شيء خارج عن العقد يتعلق بشخص الملتزم لا بموضوع العقد، فلا يذكر فيه، ولا يستخلص حتماً من الالتزام؛ وهو شيء ذاتي للملتزم، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع؛ وهو شيءٌ متغيرٌ.

وأما السبب القصدي فهو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه. وهذا السبب هو الذي تقف عنده النظرية التقليدية. ويختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم، أما الباعث فهو غاية غير مباشرة تتحقق بعد أن يتحقق السبب.

1:- تحديد السبب في مختلف أنواع العقود:

257- يختلف السبب القصدي باختلاف العقود، ولكنه واحد في كل طائفة أو نوع منها. ففي العقود الملزمة للجانبين يعدّ سبب التزام أحد المتعاقدين التزام المتعاقد الآخر. ويكون الالتزام باطلاً إذا كان سببه غير مشروع، فإذا باع شخص إحدى كليتيه لشخص أحر مقابل ثمن محدد، كان التزام البائع باطلاً لعدم مشروعية محله، وكان التزام المشتري أيضاً باطلاً، ولكن ليس لعدم مشروعية محله، إذ إن محله مشروعٌ وهو دفع مبلغ من المال، وإنما لأن سببه غير مشروع وهو التزام البائع. أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فإذا كان العقد عينياً، يكون سبب التزام المتعاقد الملتزم هو تسلمه الشيء محل العقد. أما إذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً، كالوعد ببيع شيءٍ معينٍ بالذات، فيبدو أن سبب الالتزام هو إتمّام العقد النهائي، وهو بهذا المعنى سببٌ محتمَلٌ قد يتحقق وقد لا يتحقق. وأما في عقود التبرع، فالسبب هو نية التبرع ذاتها، إذ المتبرع يهدف من وراء تبرعه إلى مدّ يدّ العون للمتبرع له.[378] ويتبين من ذلك أن السبب يمتاز بخصائص، مناقضة تمّاماً لخصائص الباعث، وهي أنه شيءٌ داخليّ في العقد يستخلص من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته، ومن ثمّ فهو يتعلق بموضوع العقد لا بشخص المتعاقد؛ وهو شيءٌ موضوعيّ لا تؤثر فيه نوايا الملتزم؛ وهو أخيراً غير متغيرٍ في النوع الواحد من العقود.

وتشترط هذه النظرية قيام السبب، في العقود الملزمة للجانبين، من وقت انعقاد العقد حتى تنفيذه. ونتيجة ذلك أجازت هذه النظرية، استناداً إلى فكرة السبب، فسخ العقد بناءً على طلب أحد المتعاقدين في حال إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه المتقابل. كما أجازت أيضاً لأحد المتعاقدين، في حال ما إذا طالبه المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، التمسك بالدفع بعدم التنفيذ والامتناع عن تنفيذ التزامه المتقابل. زدّ

---

[378]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 209، ص433 وما يليها.

على ذلك أن هذه النظرية تقرر، بالاستناد إلى فكرة السبب، انفساخ العقد بحكم القانون في حال صيرورة التزام أحد المتعاقدين مستحيلاً بسبب أجنبي لا يدّ له فيه، وتحلل المتعاقد الآخر من التزامه المتقابل.

2:- شروط السبب في النظرية التقليدية:

258- تشترط النظرية التقليدية توافر الشروط الآتية في السبب:

أ:- أن يكون السبب موجوداً: أما إذا كان السبب غير موجود فيكون الالتزام غير قائم ومن ثمّ باطلاً.[379] ويُقصد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على علم بأنه غير موجود ومع ذلك يقدمان على التعاقد، كإكراه شخص على التوقيع على عقد قرض وهو غير مدين، فهنا ينعدم السبب ومن ثمّ يعدّ العقد باطلاً. وكذلك يكون سبب الالتزام غير موجود إذا كان الالتزام الذي أنشأه العقد لا يضيف جديداً إلى الالتزامات التي يفرضها القانون من دون حاجة إلى عقدٍ.

ب:- أن يكون السبب صحيحاً: إذ لا يقوم الالتزام على سبب غير صحيح. ويرجع عدم صحة السبب إلى أمرين: إما لأن السبب الظاهر، وهو السبب غير الصحيح، هو سبب مغلوط أو موهوم، كأن يتخارج وارث مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث، فيسدد له مبلغاً من المال ليتنازل عن حصته، فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم؛ أو أن يكون السبب الظاهري صورياً.[380]

جـ:- أن يكون السبب مشروعاً: يعدّ السبب غير مشروع إذا كان يخالف قاعدة قانونية آمرة، أو كان يخالف النظام العام أو الآداب.[381] وتتميز مشروعية السبب،

---

[379]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 197، ص244 وما يليها. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 268، ص441 و 442.

[380]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 269، ص442 و 443.

[381]- كانت المادة 1133 مدني فرنسي، في صياغتها القديمة لعام 1804، تُعرّف السبب غير المشروع بأنه السبب الذي يمنعه القانون أو يخالف الآداب العامة أو النظام العام.

عند أنصار النظرية التقليدية، عن مشروعية المحل. فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع، والأمثلة على ذلك:

1:- تعهد شخص لشخص آخر على ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود: فالتزام أحد المتعاقدين بدفع مبلغ من النقود محله مشروع، ولكن سببه غير مشروع وهو التزام المتعاقد الآخر بارتكاب جريمة، إذ إنه مخالف للقانون، فلا يقوم هذا الالتزام، ومن ثمّ يكون العقد باطلاً.

2:- تعاقد شخص مع شخص آخر على عدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود: فالتزام كل من المتعاقدين محله مشروع، ولكن سبب التزام المتعاقد الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام المتعاقد الثاني بدفع مبلغ من النقود، وسبب هذا الالتزام هو تعهد المتعاقد الأول بعدم ارتكاب الجريمة وهو غير مشروع لمخالفته للقانون، ومن ثمّ يعدّ هذا الالتزام باطلاً، ويترتب عليه بطلان العقد.

3:- نقد النظرية التقليدية في السبب:

259- تعرضت النظرية التقليدية لانتقادات شديدة وعديدة. فالسبب وفقاً لهذه النظرية لا يعدّ ركناً متميّزاً، فهو تارة يختلط بالمحل في العقود الملزمة للجانبين، وتارة بالرضا في عقود التبرع.[382] ويترتب على ذلك أن نظرية السبب التقليدية هي

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن احترام الجسد البشري مبدأ يتعلق بالنظام العام، وهذا الاحترام يستمر حتى بعد الوفاة، واستناداً إلى ذلك قررت بطلان عقد تأمين يضمن نتائج بطلان إقامة معرضٍ حول جثامين وأعضاء بشرية لغايات تجارية، نتيجة عدم مشروعية السبب، نقض فرنسي، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 1250، تاريخ 2014/10/23، منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية على الشابكة على الرابط الآتي:
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1250_29_30436.html.

[382]- د.فواز صالح، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المقارن الفرنسي والسوري، المرجع السابق، بند 171 و ما يليه. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 161 وما يليه، ص293 وما يليها.

نظرية غير صحيحة، ومن ثمّ فلا فائدة منها. ويتبين عدم صحتها من خلال عرض السبب في العقود المختلفة:

أ:- ففي العقد الملزم للجانبين: تقول النظرية التقليدية إن سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، ولكن هذا القول فيه استحالة منطقية، وذلك لأن الالتزامين يولدان في آنٍ واحد من مصدر واحد وهو العقد، فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر، لأن السبب يتقدم على المسبب.

ب:- في العقد العيني: تذهب النظرية التقليدية إلى القول إن سبب الالتزام هو تسليم العين، ولكن التسليم ليس إلا مصدر الالتزام، فيختلط هنا المصدر بالسبب ويصبحان شيئاً واحداً.

جـ:- وفي عقد التبرع: يقول أنصار النظرية التقليدية إن سبب الالتزام هو نية التبرع، وهذا قول لا معنى له، وذلك لأن نية التبرع في ذاتها لا قيمة لها إذا لم تقترن بالعوامل التي دفعت إليها. ونية التبرع هي ركن الرضا في العقد.[383]

4:- رد أنصار نظرية السبب على هذه الانتقادات:

260- يعدّ الفقيه الفرنسي كابيتان Capitant من أهم أنصار النظرية التقليدية في السبب، والذي يرى أن السبب في العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل، كما ذهب إليه أنصار النظرية التقليدية، وإنما هو تنفيذ هذا الالتزام. وفي هذه الحالة لا يمكن أن يكون الالتزام الواحد سبباً ومسبباً، وإنما تنفيذ الالتزام هو السبب.

أما في العقود العينية، فقد قال كابيتان بصحة ما ذهبت إليه النظرية التقليدية، وهو أن السبب هو تسليم الشيء، بالنسبة إلى ثلاثة عقود عينية وهي القرض والعارية والرهن الحيازي. وذلك لأن هذه العقود هي من حيث طبيعتها عقود

---

[383]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 201، ص249 وما يليها.

رضائية ملزمة للجانبين، وإن كانت عقود عينية من حيث الصياغة. أما بالنسبة إلى الوديعة، وهي عقد عيني ملزم لجانب واحد، فإن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشيء، وذلك لأنه يؤدي إلى اختلاط السبب المنشئ بالسبب القصدي، وإنما هو رغبة المودع عنده أن يسدي جميلاً للمودع.

وأما في عقود التبرع، فإن سبب الالتزام عند كابيتان هو نية التبرع أيضاً. ولا تختلط هذه النية بالرضا، إذ يمكن تحليل إرادة الواهب إلى عنصرين، الأول وهو إرادته أن يلتزم، وهذا الرضا، والثاني وهو إرادته أن يكون هذا الالتزام من دون مقابل على سبيل التبرع، وهذا هو السبب.

261- ولكن كابيتان يجعل الباعث الدافع هو السبب في حالتين، وهما:

- اقتران التبرع بشرط يتبين أنه هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه، فإن سبب التبرع هو هذا الباعث، كشخص تبرع لجمعية خيرية بشرط بناء مستشفى.

- الوصية: وذلك لأنه لا توجد إلا إرادة واحدة فيها وهي إرادة الموصي، فلا يجوز الوقوف فيها عند التبرع، بل أن الباعث الذي دفع الموصي إلى تبرعه هو الذي يجب أن يؤخذ بالحسبان.[384]

ثانياً- النظرية الحديثة في السبب:

262- النظرية الحديثة في السبب هي من خلق القضاء الفرنسي، إذ إنه عدّ النظرية التقليدية ضيقة وقاصرة. ومن ثمّ فإنه توسع في تحديد السبب، وجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد. ومن ثمّ لا تقف هذه النظرية عند الغرض المباشر أو القريب الذي يجعل الملتزم يقبل تحمل الالتزام، وهو السبب القصدي الذي تقف عنده النظرية التقليدية، وإنما تتعمق أكثر من ذلك وتبحث عن الغرض التالي أي

---

[384]- انظر باللغة الفرنسية:

H. Capitant, De la cause des obligations, Paris 1923, n°14 et s.,

وفواز صالح، المرجع السابق، بند 174.

غير المباشر وتعتد به، وهذا الغرض هو الباعث الذي يدفع الملتزم إلى قبول تحمل الالتزام، ومن ثمّ تُدخِل هذه النظرية الباعث الدافع إلى التعاقد في سبب الالتزام بشرط أن يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر، بمعنى آخر أن يعلم به المتعاقد الآخر أو كان بمقدوره أن يعلم به، وبهذا يكون القضاء قد أعتنق نظرية السبب عند فقهاء القانون الكنسي.[385] ونتيجة ذلك ترى النظرية الحديثة أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا كان الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع ومعلوم للمتعاقد الآخر، فالعقد باطل. ومثال ذلك شراء أو استئجار منزل للمقامرة أو الدعارة. وفي العقود العينية يبطل العقد إذا كان الباعث عليه غير مشروع ومعلوم من الطرف الآخر، ومثال ذلك القرض بهدف تمكين المقترض من المقامرة وكان المقرض عالماً بذلك. وفي عقود التبرع يبطل التبرع إذا كان الدافع إليه غير مشروع، ومثال ذلك التبرع لولد غير شرعي، إذا كان الباعث علاقة بنوة غير شرعية، وتبرع الخليل لخليلته إذا كان الباعث إعادة العلاقة أو استمرارها. وكذلك تبرع الزوج لزوجته في القانون الفرنسي حتى يحملها على أن تنفصل عنه ودياً، وذلك لأن الاتفاق على الانفصال من دون إتباع الإجراءات المبينة في القانون هو غير مشروع.[386]

وبعد ذلك انضم الفقه الحديث إلى هذه النظرية القضائية. ولكنه لم يهجر النظرية التقليدية على نحو كامل، وإنما أخذ بالنظرية الحديثة من أجل تكملة النقص الذي كان يعتري النظرية التقليدية. فلا بد أن يكون سبب الالتزام موجوداً حتى يقوم العقد، ومن ثم فالبناء الفني للعقد يتوقف على وجود سبب الالتزام، وهذا هو السبب بالمعنى الفني، إذ إن الصياغة الفنية للعقد تستلزم وجود سبب الالتزام كي يبقى

---

[385]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 276 وما يليه، ص451 وما يليها. ود.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 211، ص439 وما يليها.

[386]– فواز صالح، المرجع السابق، بند173.

قيداً على الإرادة، ومن ثمّ إذا انعدم السبب ترتب على ذلك بطلان العقد. كما يجب أن يكون الباعث على التعاقد مشروعاً، وهذا الباعث هو سبب العقد، وهو ليس سبباً فنياً وإنما هو سبب مصلحي لأنه يهدف إلى مراعاة مصلحة المجتمع، إذ إن البواعث غير المشروعة تهدد مصالح المجتمع.[387]

ثالثاً- التصرف المجرد:

263- يقصد بالتصرف المجرد التصرف الذي لا يتوقف انعقاده على وجود سبب ولا على باعث مشروع. وبما أن القوانين اللاتينية قد رجحت الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة، فإن السبب في هذه القوانين ركن في الالتزام وفي العقد، أي أنه ركن في التصرف القانوني. ومن ثمّ فإنها لم تأخذ بالتصرف المجرد إلا في بعض الحالات الاستثنائية. وهذا هو الحال بالنسبة إلى القانون الفرنسي في صياغته الأصلية لعام 1804، إذ إنه لم يأخذ بالتصرف المجرد إلا في بعض الحالات الاستثنائية، وهي نادرة جداً، ومثال ذلك الإنابة، والتوقيع على السندات التجارية.[388] وكذلك الحال بالنسبة إلى القوانين المتأثرة بالقانون الفرنسي، كالقانون المصري والقانون السوري، إذ إنهما لم يأخذا بالتصرف المجرد إلا في بعض الحالات الاستثنائية. ومثال هذه الحالات الإنابة (المادة 359 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 361 مدني مصري)؛ والكفالة، إذ لا يجوز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بالدفوع التي يحق له أن يتمسك بها تجاه المدين.

وأما القوانين الجرمانية فقد أخذت بالإرادة الظاهرة، ومن ثم فهي لم تعرض للسبب على نحو مباشر كما فعلت القوانين اللاتينية. وعلى الرغم من ذلك فإن هذه القوانين تكرس نوعين من التصرفات القانونية، وهي: التصرفات المسببة، ويعدّ السبب فيها ركناً وهو السبب بالمعنى الفني، ومن ثم يشترط أن يكون السبب فيها

---

[387]- د.سوار، المرجع السابق، بند 179، ص147 وما يليها.

[388]- انظر باللغة الفرنسية: H., L., J. Mazeaud et F.Chbas, op.cit., N°275.

صحيحاً ومشروعاً؛ والتصرفات المجردة، وتكون الإرادة فيها مجردة من السبب وكذلك من العيوب. والتصرفات المجردة في هذه القوانين على طائفتين، وهما: الطائفة الأولى وتتعلق بعقود انتقال الملكية؛ والطائفة الثانية وتتعلق بالعقود المنشئة للالتزامات، كحوالة الحق وحوالة الدين والإنابة في الوفاء، والتعهد المجرد بالوفاء، والاعتراف المجرد بالدين.[389]

رابعاً:- موقف القانون المدني الفرنسي في صياغته الجديدة لعام 2018 من السبب:

263 مكرر- كان القانون المدني الفرنسي، في صياغته الأصلية لعام 1804 ينص على السبب كركن رابع من أركان العقد، وتناوله في ثلاث مواد هي 1131 و1132 و1133 في صياغتها القديمة. وكانت المادة 1131 منه تنص على أنه لا أثر للالتزام إذا لم يكن له سبب، أو كان سببه غير صحيح أو كان غير مشروع. وكانت المادة 1132 منه تنص على أن الاتفاق يكون صحيحاً حتى لو لم يُذكر السبب. وأما المادة 1133 فكانت تنص على أن السبب يكون غير مشروع إذا كان القانون يحظره أو إذا كان يخالف النظام العام أو الآداب. ومنذ صدور القانون المدني الفرنسي في العام 1804 كان السبب، بوصفه ركناً من أركان العقد، مثار خلاف وجدال بين الفقهاء وفق ما تمت الإشارة إليه أعلاه. ومنذ العام 2000 قدمت السلطات المختصة في فرنسا عدة مشاريع لتعديل القانون المدني، ولاسيما النظرية العامة للالتزام، التي حافظت على معظم أحكامها بصياغتها الأصلية لعام 1804، حتى رأى المشروع الأخير لتعديل القانون المدني النور في بداية العام 2016. وقد حافظ المشروع الأول لتعديل أحكام النظرية العام للالتزام في القانون المدني الفرنسي، والذي أُطلق عليه مشروع بيير كاتالا Pierre CATALA، على السبب كركن من أركان العقد، بعد أن أدخل على

---

[389]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 286، ص465 وما يليها.

أحكامه تفصيلات عدة مستمدة من قرارات محكمة النقض الفرنسية المتعلقة بتفسير المواد 1131 ولغاية 1133 في صياغتها القديمة لعام 1804، والمتعلقة بركن السبب.[390] وفي العام 2008 أعدت وزارة العدل الفرنسية مشروعاً جديداً لتعديل أحكام العقد في القانون المدني، تجاهلت فيه السبب كركن من أركان العقد، ولم تنص عليه، وإنما تضمن هذا المشروع أن شروط صحة العقد هي: الرضا، والأهلية، ومضمون أو محتوى أكيد، والمشروعية. وقد استعاض هذا المشروع عن السبب بفكرة أخرى هي المصلحة في العقد. ولكن لم يرَ هذا المشروع، على غرار مشروع كاتالا، النور.[391] وأما المشروع الثالث فهو الذي رأى النور وأُقر وصدر في العام 2016، وكان ذلك بموجب الأمر الرئاسي رقم 131-2016 تاريخ 10 شباط 2016 المتضمن تعديل قانون العقود، والنظام العام وإثبات الالتزامات، والصادر بناءً على تفويض تشريعي بموجب القانون رقم 177-2015 تاريخ 16 شباط 2015 المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجالات العدالة والمعاملات "الأعمال" الداخلية، ولاسيما المادتين 8 و27 منه، وصادق البرلمان الفرنسي على هذا الأمر الرئاسي، بعد أن أدخل عليه بعض التعديلات البسيطة، بالقانون رقم 287-2018 تاريخ 21 نيسان 2018. وقد دمج المشرع الفرنسي، في هذا التعديل، ركن السبب مع ركن المحل، وأصبحت أركان العقد فيه ثلاثة، وهي الرضا والأهلية ومضمون أو محتوى مشروع ومؤكد. وقد خص المشرع الفرنسي في التعديل الجديد ركن المضمون والمحتوى المشروع والمؤكد للعقد بالمواد من 1162 وإلى 1171 في صياغتها

---

[390]- انظر باللغة الفرنسية:

G.Rouhette, Regards sur l'avant projet de réforme du droit des obligations, RDC 2007/4, p.1371.

[391]- د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، المجلد (1)، ص240 وما يليها.

الجديدة لعام 2018. ويلاحظ من خلال هذه المواد أن المشرع الفرنسي تخلى ظاهرياً عن ركني السبب والمحل، وذلك لأنه حافظ على مضمونهما في هذه المواد.[392]

خامساً:- موقف القانون المدني السوري من السبب:

264- تنص المادتان 137 و138 مدني على السبب بوصفه ركناً لازماً لانعقاد العقد، وهما مطابقتان للمادتين 136 و137 مدني مصري.

فالمادة 137 تنص على أنه ((إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً)). ونتيجة ذلك قررت محكمة النقض السورية أن تعهد شخص بالامتناع عن الإخبار بجريمة يعدّ مبنياً على سبب غير مشروع ويقع باطلاً.[393] ويستفاد من نص هذه المادة أن المشرع اشترط في الإرادة التي تتجه إلى إلزام صاحبها أن يكون لها سبب، ومن ثم فإن المشرع تصور إمكان اتجاه الإرادة نحو إلزام صاحبها من دون أن يكون لذلك سبب، ويترتب على ذلك أن التعهد الذي لا يقوم على مستند في القانون يعدّ باطلاً، ولا يلزم صاحبه.[394] كما لو تعهد شخص بالامتناع عن الإخبار بجريمة، فيعدّ سبب هذا

---

[392]- انظر في ذلك التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية حول الأمر الرئاسي رقم 131-2016 تاريخ 10 شباط 2016 المتضمن تعديل قانون العقود، والنظام العام وإثبات الالتزامات، والصادر بناءً على تفويض تشريعي بموجب القانون رقم 177-2015 تاريخ 16 شباط 2015 المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجالات العدالة والمعاملات "الأعمال" الداخلية، ولاسيما المادتين 8 و27 منه، والمنشور غي الجريدة الرسمية الفرنسية، العدد رقم 0035، تاريخ 11 شباط 2016.

[393]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 263/ أساس 169، تاريخ 1965/5/29، مجلة المحامون لعام 1965، ص250.

[394]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1971/ أساس 4036، تاريخ 1982/10/25، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 277 ص529 وما يليها.

التعهد غير مشروع.[395] وكذلك الحال إذا كان سبب السند لقاء الموافقة على التزويج، فيعدّ السند مخالفاً للنظام العام لأنه مبني على سبب غير مشروع،[396] ومن ثم فهو باطل.

أما المادة 138 فقد جاء فيها أن ((1- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

2- ويعدّ السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه)). يستخلص من ذلك أن المشرع استلزم صراحة في هاتين المادتين وجود السبب وضرورة أن يكون هذا السبب مشروعاً، وهو يهدف من وراء ذلك تحقيق العدالة في مجال العقود من ناحية، وإضفاء طابع الفضيلة عليها من ناحية أخرى. ولكن المشرع لم يفصل فيما إذا كان قد أخذ بمفهوم السبب في النظرية التقليدية، أم بمفهومه في النظرية الحديثة. ونتيجة ذلك اختلف الفقهاء حول مفهوم السبب الذي أخذت به هاتان المادتان. فبعضهم يقول إن القانون أخذ بالنظرية التقليدية، وذلك بصراحة المادة 136 مدني مصري، وتقابلها المادة 137 مدني سوري.[397] ويرى قسم آخر منهم أن المشرع أخذ بالنظرية الحديثة، حسبما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني

---

[395]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 263/أساس 169، تاريخ 1965/5/29، مجلة المحامون لعام 1965، ص250.

[396]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 860/أساس 469، تاريخ 1966/5/5، مجلة المحامون لعام 1966، ص213.

[397]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 165، ص299 وما يليها. قارب من ذلك د.أبو ستيت، المرجع السابق، بند 238 وما يليه، ص232 وما يليها، الذي يعتنق فكرة ازدواج السبب.

المصري،[398] وهذا ما ذهب إليه عميد الفقهاء العرب السنهوري، إذ أنه يرى أن المشرع المصري في المادة 136 مدني، وتقابلها المادة 137 مدني سوري، أخذ بالنظرية الحديثة ونبذ النظرية التقليدية، ويدعم رأيه بما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري.[399] وقال رأي آخر أنه يمكن التوفيق بين القانون وما ورد في المذكرة الإيضاحية، وفهم عبارة السبب في المادتين 136 و137 مدني مصري، وتقابلهما المادتان 137 و 138 مدني

---

[398]- جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، بشأن المادتين 189 و 190 من المشروع التمهيدي لهذا القانون، واللتين أصبحتا المادة 136 من القانون الحالي، أنه ((يقصد بالسبب معناه الحديث، كما يتمثله القضاءان المصري والفرنسي في العصر الحاضر. فهو بهذه المثابة الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامةً، لا فرق في ذلك بين المعاوضات والتبرعات))، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص227. زد على ذلك أن هذه الأعمال أخرجت السبب غير الصحيح من نطاق السبب وألحقته بالغلط بوصفه عيباً من عيوب الإرادة، وهذا دليل آخر على أن المقصود بالسبب في هذه المذكرة هو الباعث الدافع إلى التعاقد، ومن ثم إذا كان هذا الباعث غير صحيح أي موهوماً كان العقد قابلاً للإبطال لا باطلاً. في حين أن النظرية التقليدية تشترط أن يكون السبب صحيحاً، أما إذا كان غير صحيح فيكون العقد باطلاً (ج2، ص225).

[399]- د.السنهوري، بند 289 وما يليه، ص471 وما يليها. وهذا ما يستفاد من بعض قرارات محكمة النقض السورية، إذ جاء في أحد قراراتها ((أن السبب ركن من أركان العقد فينظر في توفره وعدم توفره إلى وقت انعقاد العقد، فإذا انعقد صحيحاً بتوفر سببه فإنه لا يمكن أن يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده))، قرار الغرفة المدنية الثانية رقم 1213/أساس 1619، تاريخ 1999/7/25، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4427، ص2178. وجاء في قرار آخر أنه ((لا يشترط في السبب سوى أن يكون الباعث مشروعاً وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب))، قرار الغرفة المدنية الثانية رقم 1511/أساس 2650، تاريخ 2000/10/23، المرجع السابق، القاعدة رقم 4413، ص2174.

سوري، على أنها الباعث الدافع، مع التسليم بعدم جدوى بقاء نص الفقرة الأولى من المادة 137 مدني سوري (المادة 1/136 مدني مصري) إلا رقماً مجرداً.[400] والرأي عندي أن المادتين السابقتين لم تنبذا النظرية التقليدية في السبب، وإنما على العكس من ذلك فهما تكريس لهذه النظرية، ولكن المشرع أكملها بالنظرية الحديثة التي هي في الأساس جاءت لتسد النقص الموجود في النظرية التقليدية لا لتلغيها.[401]

- **إثبات السبب في القانون المدني السوري:** إذا اتفق الطرفان على السبب الباعث الدافع واختلفا في مشروعيته، يفصل القضاء في أمر المشروعية.[402] وإذا اختلفا في تعيين السبب الباعث الدافع، وكان مذكوراً في العقد فيرجع إليه، لأن ذلك يعدّ قرينة قانونية على أنه السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله، ولا يحق له دحضه وإثبات خلاف ذلك إلا بوثيقة خطية.[403] وإذا كان السبب

---

[400]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 215 وما يليه، ص267 وما يليه.

[401]- قارب من ذلك د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 213 وما يليه، ص447 وما يليها.

[402]- جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أنه ((فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدّتان أساسيتان:(أولاهما) افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك. ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذي يطعن في العقد. (والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته. فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية))، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، ص227.

[403]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1631، تاريخ 1958/6/2، مجلة القانون لعام 1958، ص377. وقرار الغرفة المدنية الثالثة رقم 1689/ أساس 3077، تاريخ 1999/5/12، سجلات محكمة النقض. وقرار الغرفة الجنحية (ب) رقم 2297/أساس 9721، تاريخ 2007/5/7،

غير مذكور في العقد، فيفترض أن له سبباً مشروعاً. ومن يدعي عدم مشروعية السبب سواء كان مذكوراً في العقد أم لا، فعليه إثباته.[404] ويجوز له إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن، وليس في إجازة ذلك ما يخالف أو يجاوز السند الكتابي.[405] ومن يدعي صورية الباعث عليه إثباتها. وعندها يجوز للطرف الآخر إثبات العكس وهو وجود سبب آخر مشروع. فلا يكفي إذن إثبات صورية السبب، وإنما لا بد من إثبات وجود سبب آخر غيره، وإثبات أنه غير مشروع، وذلك لأن صورية السبب وحدها ليست من أسباب بطلان العقد.[406]

الفقرة-2- السبب في الفقه الإسلامي:

265- السبب في اصطلاح الفقهاء والأصوليين هو" كل حادث ربط به الشرع أمراً آخر وجوداً وعدماً، وهو خارج عن ماهيته". وهذا يعني أن وجود السبب

المحامون، العدّدان 9 و10 لعام 2008، ص1367 و 1368. وفي المعنى ذاته قرار الغرفة الجنحية (ب) رقم 2547/أساس 9006، تاريخ 2007/5/15، المرجع السابق، ص1370.

[404]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 222، ص276 وما يليها. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 295 وما يليه، ص482 وما يليها. وانظر: نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 765، تاريخ 1965/4/7، مجلة القانون لعام 1965، ص527. وقرار الغرفة المدنية الثالثة رقم 765/ أساس 1394، تاريخ 1995/4/11، سجلات محكمة النقض.

[405]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 35/ أساس 505، تاريخ 1975/1/16، مجلة المحامون لعام 1975، ص137. وقرار 176/ أساس 485، تاريخ 1982/2/7، مجلة المحامون لعام 1982، ص743.

[406]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 2356، تاريخ 1956/9/30، مجلة القانون لعام 1956، ص617. وقرار الغرفة الثانية رقم 1813/ أساس 2155، تاريخ 1999/11/28، سجلات محكمة النقض.

يستلزم وجود المسبب، وعدمه عدم المسبب.[407] قد سلك الفقه الإسلامي الطريق القويمة إلى إبطال العقود التي جاءت النظرية التقليدية لإبطالها حيث توصل إلى ذلك بكل بساطة وذلك عن طريق شروط العقد، على الرغم من توافر ركن الإرادة وشروطها في هذه العقود.[408]

1- يشترط في المحل في الفقه الإسلامي أن يكون مشروعاً، لذلك الاتفاق على ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال ممنوع ومن ثم يبطل العقد، وبطلانه يؤدي إلى بطلان التزام المتعاقد الآخر بدفع مبلغ من المال، وذلك لأن صحة الالتزام العقدي فرع عن صحة العقد الذي يُنشئه، فإذا بطل الأصل بطل الفرع.

2- ومن شروط انعقاد العقد في الفقه الإسلامي أن يكون العقد مفيداً: ومعنى ذلك أن يكون العقد على تقدير صحته محققاً لموضوعه. أي أن يؤدي إلى ولادة نتيجة حقوقية جديدة بين الطرفين لم تكن موجودة قبل التعاقد. لذلك فالاتفاق على دفع مبلغ لقاء عدم ارتكاب جريمة هو باطل في الشريعة، وذلك لأن عدم ارتكاب الجريمة هو واجب بحكم الشرع. ومن الأمثلة على ذلك استئجار رجل زوجته على عمل من أعمال إدارة البيت بأجرة معينة، فهنا الاستئجار لا يوجب عليها التزاماً جديداً، وذلك لأن هذه الإدارة المتعاقد عليها واجبة شرعاً عليها. لذلك فالفقه الإسلامي لم يقف عند السبب بمعناه التقليدي، وهو الغرض النوعي أو القصد المباشر في زمرة معينة من العقود.

أما السبب بمعناه الحديث وفقاً للنظرية القضائية، أي الباعث الدافع، فقد تناولته اجتهادات الفقهاء على اختلاف بينهم حول مدى اعتبار مشروعيتها، و اشتراطها

---

[407]- د.الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، بند 139 وما يليه، ص286 وما يليها.

[408]- د.سوار، المرجع السابق، بند 187 وما يليه، ص154 وما يليها. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 210 وما يليه، ص262 وما يليها.

لانعقاد العقد. فعند الحنفية و الشافعية يجب أن يكون الباعث داخلاً في صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الإرادة، فالسبب بمعنى الباعث لا يبحث عنه خارج العقد. وأما الحنابلة والمالكية فقد توسعوا في السبب الباعث واعتمّاده. ونظرية السبب عند الحنابلة والمالكية، وبصورة خاصة عند الحنابلة، هي قريبة جداً من نظرية السبب في الفقه اللاتيني. فالسبب هو الباعث على التعاقد، ولا يشترط أن يذكر في العقد ما دام كان معلوماً من الطرف الآخر.[409]

المبحث الرابع
البطلان والإبطال

266- لا ينعقد العقد صحيحاً إلا إذا توافرت أركانه وشروط صحته. وإذا تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته ترتب على ذلك الجزاء الذي يقرره القانون. وهذا الجزاء هو إما البطلان La nullité، ويسمى بالبطلان المطلق في القانون الفرنسي، أو الإبطال L'annulabilité، ويسمى بالبطلان النسبي في القانون الفرنسي. وقد ينص القانون صراحة على هذا الجزاء، وفي بعض الأحيان يستدل عليه من صياغة النص.

وقد خصص القانون المدني السوري المواد من 139 وإلى 145 منه للإبطال والبطلان، وهي تقابل المواد من 138 وإلى 144 من القانون المدني المصري. وقد جاءت هذه المواد في الفصل الخاص بالعقد، ولكنها تطبق أيضاً على تصرف الإرادة المنفردة.

---

[409]- د.عبد الباقي، بند 219، ص460 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 187 وما يليه، ص154 وما يليها.

المطلب الأول

مفهوم البطلان والإبطال

267- البطلان والإبطال كلاهما جزاء يفرضه القانون على عدم مراعاة أحكامه المتعلقة بتكوين العقد وانعقاده. والبطلان هو جزاء عدم توافر ركن من أركان العقد، أما الإبطال فهو جزاء عدم توافر شرط من شروط صحة العقد. وهما بهذا المعنى يختلفان ويتميزان من جزاءات أخرى يفرضها المشرع بصدد العقد. وبالمقابل فإن القانون المدني الفرنسي يميز بين البطلان المطلق La nullité absolue، وبين البطلان النسبي La nullité relative. ويكون البطلان مطلقاً، في القانون المدني الفرنسي، إذا كان موضوع القاعدة التي تم خرقها حماية مصلحةٍ عامةٍ، ويكون نسبياً إذا كان موضوع القاعدة التي تم خرقها حماية مصلحةٍ خاصةً فقط، وفق ما تنص عليه المادة 1179 منه في صياغتها الجديدة لعام 2018.

الفقرة-1- تعريف البطلان والإبطال:

268- يترتب على بطلان العقد وإبطاله انعدَام آثاره بأثر رجعي من وقت انعقاده، الأمر الذي قد يتطلب عدم التمييز بين البطلان والإبطال، مما ينسجم مع المنطق القانوني السليم. ولكن هذا الأمر يُعقّد من الصياغة الفنية لنظرية البطلان، مما اقتضى تفريق البطلان عن الإبطال، فما هو البطلان؟ وما هو الإبطال؟

أولاً- تعريف البطلان:

269- البطلان هو عدم اكتساب العقد الوجود الاعتباري في نظر القانون. ويكتسب العقد وجوده الاعتباري إذا توافرت فيه أركان انعقاده. فمجرد توافر الوجود الحسي للعقد، ويكون ذلك بمجرد التعبير عن الإرادة، لا يؤدي إلى قيامه. فالتعبير عن الإرادة من دون توافر الوجود الاعتباري لا ينعقد به العقد. فالبطلان إذاً هو

مفهوم سلبي لأنه يعني عدم الوجود.[410] ومن ثمّ فالبطلان، في القانون المدني السوري وأصله المصري، هو جزاء يفرضه القانون إما نتيجة تخلف ركن من أركان العقد، كالرضا أو المحل أو السبب أو الشكل في العقود الشكلية أو التسليم في العقود العينية، أو نتيجة اختلال ركن من أركانه، كعدم مشروعية الباعث أو عدم مشروعية المحل أو عدم تعيينه أو استحالته؛[411] أو بموجب نص قانوني يقرر بطلان العقد على الرغم من توافر أركان انعقاده، ومثال ذلك المادة 439 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 471 مدني مصري، والتي يمنع القضاة من شراء الحقوق المتنازع عليها.[412] وقد حاول بعض الفقهاء التقليديين التمييز بين البطلان وبين الانعدام. ويعرفون العقد المنعدم بأنه العقد الذي ينتفي ركن من أركان انعقاده، كما لو انعدم ركن الرضا أو ركن المحل أو السبب أو الشكل في العقود الشكلية، ومن ثمّ لا يكتسب العقد المنعدم وجوده الاعتباري ولا وجوده الحسي، أي أنه يعدّ منعدماً ليس فقط من الناحية القانونية، وإنما أيضاً من الناحية المادية أيضاً. وأما البطلان فهو الجزاء الذي يترتب، في نظر هذا الفقه، على عدم مشروعية المحل أو عدم تعيينه أو عدم مشروعية السبب أو مخالفته للنظام العام والآداب. وقد هجر الفقه الحديث هذا التمييز بين البطلان والانعدام لأنه لا يترتب عليه أي آثار. وأما البطلان المطلق في القانون المدني الفرنسي فهو جزاء مخالفة

410- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، الرجع السابق، بند 228، ص284.

411- د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية)، المرجع السابق، بند 159، ص231 و 232.

412- تنص المادة 439 مدني على أنه ((لا يجوز للقضاة والمساعدين العدليين والمحضرين في المحاكم والدوائر القضائية ولا للمحامين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كلن النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة أو الدائرة القضائية التي يباشرون أعمالهم في منطقتها وإلا كان البيع باطلاً)).

قاعدة قانونية تهدف إلى حماية مصلحةٍ عامةٍ، وفق ما تنص عليه المادة 1179 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الجديدة لعام 2018.

ثانياً- تعريف الإبطال:

270- الإبطال، في القانون المدني السوري وكذلك في القانون المدني المصري، هو الجزاء الذي يفرضه القانون ويؤدي إلى انحلال العقد بعد انعقاده، وذلك نتيجة إخلال في ركن الرضا، إما بسبب قصور الأهلية أو عدم سلامة الإرادة لوجود أحد عيوبها، ويمكن أن يكون نتيجة تطبيق نص خاص، كما في بيع ملك الغير الذي يعدّ قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، وفقاً لما جاء في المادة 434 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 466 مدني مصري.[413] وأما البطلان النسبي في القانون المدني الفرنسي فهو جزاء مخالفة قاعدة قانونية تهدف إلى حماية مصلحةٍ خاصةٍ، وفق ما تنص عليه المادة 1179 من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الجديدة لعام 2018.

الفقرة-2- التمييز بين البطلان وبين الإبطال:

271- يرتب العقد القابل للإبطال جميع آثاره إلى أن يتقرر إبطاله فتزول هذه الآثار، وذلك لأن العقد منعقد نتيجة توافر أركانه، ولكن وقع خلل في شروط صحته مما يهدده بالزوال بعد انعقاده. ومن ثمّ لا فرق بين العقد القابل للإبطال الذي تنازل صاحب الحق في الإبطال عن استعمال حقه، والعقد الصحيح، إذ تتمتع آثارهما بالاستقرار؛ والفرق بينهما يكمن في المرحلة التي تسبق تنازل صاحب الحق في الإبطال في العقد القابل للإبطال عن حقه، إذ تكون آثار هذا

يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع. 2- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة)).

العقد مهددة بالزوال في أي لحظة يمارس فيها هذا الأخير حقه قبل أن يسقط بالتقادم. أما في العقد الباطل فلا يترتب عليه أي آثار، وذلك لأنه لم ينعقد نتيجة تخلف ركن من أركانه أو اختلاله. وإذا تقرر الإبطال فإنه لا يختلف عن البطلان في شيء وذلك لأنه يؤدي إلى زوال آثار العقد بأثر رجعي. ومع ذلك فأن الإبطال يختلف عن البطلان في بعض الخصائص، ويتفق معه في بعضها الآخر.

ويتبين من ذلك أن أساس التمييز بين الإبطال وبين البطلان، في القانون المدني السوري وكذلك أصله المصري، يقوم على التفريق بين شروط صحة العقد وشروط انعقاده، إذ إن تخلف شروط الصحة يؤدي إلى إبطال العقد، في حين أن تخلف شروط الانعقاد يؤدي إلى بطلان العقد. ويرى بعض الفقهاء أن أساس التمييز بينهما يقوم على المصلحة التي يهدف المشرع إلى حمايتها. فإذا كانت المصلحة التي يريد المشرع حمايتها عامة، فإن مخالفة القواعد التي تقرر هذه المصلحة تستوجب البطلان. أما إذا كانت المصلحة التي يرمي المشرع إلى حمايتها خاصة، فإن مخالفة القواعد التي تقرر هذه المصلحة تستوجب الإبطال.[414]وقد تبنى المشرع الفرنسي، في التعديل الجديد لأحكام النظرية العامة للالتزام في العام 2016 والمصادق عليها من البرلمان الفرنسي في العام 2018، معيار المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية التي تمّ خرقها؛ فإذا كانت هذه المصلحة عامة فجزاء خرق القاعدة يكون البطلان المطلق، أما إذا كانت المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية التي تمّ خرقها مصلحة خاصة، فيكون الجزاء البطلان النسبي، وفق ما ذهبت إليه المادة 1179 من القانون المدني الفرنسي، في صياغته الجديدة لعام 2018.

---

[414]– د.مرقس، المرجع السابق، بند 231 وما يليه، ص428 وما يليها.

الفقرة-3- التمييز بين البطلان و الإبطال وبين بعض المفاهيم القانونية الأخرى المقاربة منهما:

يتميز البطلان والإبطال من الفسخ والانفساخ من جهة؛ ويتميزان من عدم السريان من جهة أخرى.

أولاً- التمييز بين البطلان والإبطال وبين الفسخ والانفساخ:

272- يكون سبب البطلان والإبطال دائماً مرافقاً لتكوين العقد، فيمنع هذا التكوين أو يعيبه. أما إذا انعقد العقد نتيجة توافر شروط انعقاده وقت تكوين العقد، ثمّ ظهر بعد ذلك ما يستوجب حلّ الرابطة العقدية لسبب من الأسباب، بعد ارتباطها، فلا يسمى هذا الحلّ أو الانحلال بطلاناً،[415] وإن كان يؤدي إلى النتائج نفسها، وإنما يسمى بحسب الأحوال إما إبطالاً إذا كان هناك خلل في شروط صحة العقد عند تكوينه، وإما فسخاً. والإبطال هو الجزاء الذي يؤدي إلى انحلال الرابطة التعاقدية بعد انعقادها، وذلك بسبب قصور الأهلية أو عدم سلامة الإرادة لوجود أحد عيوبها أو بموجب نص خاص.[416] وأما الفسخ فهو الحق الذي يُعطى لأحد المتعاقدين بطلب حل الرابطة التعاقدية إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه. ويختلف الفسخ عن الانفساخ في أن الانفساخ هو انحلال الرابطة التعاقدية حكماً عندما يستحيل تنفيذ العقد بسبب لا يدّ للمتعاقد فيه. ويترتب على ذلك أنه في حالة البطلان يكون العقد معدّوماً من الأصل حيث لا ينعقد، في حين أنه في

---

[415]- جاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما يأتي:" وحيث أن الثمن ركن أساسي من أركان البيع، وبالتالي فإن عدم وجود الثمن أو دفعه يجيز للبائع طلب فسخ عقد البيع..."، نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 712/ أساس 1160، تاريخ 2016/8/23، مجلة المحامون، الأعداد 1-4 لعام 2017، ص132 وما يليها. ويؤخذ على هذا القرار أنه يخلط بين البطلان وبين الفسخ، فإذا كان عدم دفع الثمن يعطي الحق للبائع أن يطالب بفسخ العقد، فإن عدم وجود الثمن يمنع انعقاد العقد أصلاً، فكيف يمكن المطالبة بفسخ عقد غير منعقد؟!!!.

[416]- د.سوار، المرجع السابق ، بند 317، ص222.

الإبطال والفسخ والانفساخ يكون العقد موجوداً وقائماً. ويترتب على ذلك أن البطلان يتعلق بالنظام العام فيحق لكل من المتعاقدين أن يطلب ذلك، ويمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء ذاته، في حين أنه في الإبطال والفسخ والانفساخ، المصلحة التي يحميها المشرع هي مصلحة خاصة، فلا يجوز التمسك بها إلا من قبل صاحب المصلحة في ذلك، أي من تقرر ذلك الجزاء لمصلحته.[417] ومن ناحية ثانية، يختلف البطلان والإبطال عن الفسخ والانفساخ من حيث أن الفسخ والانفساخ لا يكونا إلا في العقود الملزمة للجانبين، في حين أن مجال تطبيق البطلان والإبطال أوسع من ذلك، إذ إنه يشمل جميع التصرفات القانونية الثنائية والأحادية. ويملك القاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ، في حين أنه يجب عليه أن يحكم بالبطلان أو الإبطال في حال توافر الشروط المطلوبة قانوناً من دون أن يكون له أي سلطة تقديرية في ذلك، باستثناء الإبطال بسبب الغبن الاستغلالي فهو جوازي أيضاً بالنسبة إلى القاضي.[418]

ثانياً- التمييز بين البطلان والإبطال وبين عدم السريان:

273- يتميز البطلان والإبطال من عدم السريان من حيث أن العقد في حالة البطلان لا ينعقد، ومن ثمّ تنعدم آثاره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير. أما في الإبطال فينعقد العقد، ولكن إذا تمسك صاحب الحق في الإبطال بإبطال العقد فيؤدي ذلك إلى زوال آثاره بأثر رجعي وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. وأما في حالة عدم السريان، فإن العقد ينتج آثاره فيما بين المتعاقدين، ولكنه لا يرتب أي أثر بالنسبة إلى الغير، كما هو عليه الحال في الصورية، إذ ينتج العقد الحقيقي آثاره فيما بين المتعاقدين، ولكنه لا ينتج أي أثر

417- د.مرقس، المرجع السابق، بند 228 وما يليه، ص 422 وما يليها.

418- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 229، ص285 وما يليها.

بالنسبة إلى الغير فيما إذا رفض التمسك به. وكذلك الحال في إيجار ملك الغير، إذ إنه صحيح فيما بين المتعاقدين منتج لآثاره، ولكنه لا يسري بحق المالك لأنه لم يكن طرفاً في ذلك العقد. ومن ثمّ يحق له استرداد العين المؤجرة من المستأجر، فيما إذا كان الأخير قد تمكن من الانتفاع بها، وتأجيرها إلى شخص آخر ويكون عقده هو النافذ.[419] وكذلك الحال بالنسبة إلى عقد الهبة الصادر من المدين المعسر إضراراً بدائنيه، فإنه يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره فيما بين المتعاقدين، ولكنه لا يسري بحق دائني المتبرع الذين يحق لهم الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرف، أي الدعوى البولصية.

المطلب الثاني
خصائص البطلان والإبطال

274- يشترك البطلان مع الإبطال في بعض الخصائص من ناحية، ويستقل كل منهما بخصائص تميّزه من الآخر من ناحية أخرى. وأعرض بداية خصائص البطلان، ثمّ بعد ذلك أعرض خصائص الإبطال.

الفقرة-1- خصائص البطلان:

يمتاز البطلان بالخصائص الآتية:

أولاً- البطلان يقبل التجزئة:

275- يتفق البطلان مع الإبطال في أنه يقبل التجزئة. فإذا كان العقد في شقٍ منه باطلاً، فإن هذا الشق وحده يكون باطلاً، ما لم يتبين أن العقد ما كان لينعقد من دون الشق الذي وقع باطلاً، فعندئذ يكون العقد بأكمله باطلاً، وفقاً لما نصت

---

[419]- د.سوار، المرجع السابق، بند 320، ص225.

عليه المادة 144 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 143 مدني مصري.[420] وكذلك الحال في القانون المدني الفرنسي، إذ تنص المادة 1184 منه، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه إذا كان سبب البطلان يتعلق بشرطٍ أو بعدة شروطٍ في العقد، فلا يؤدي ذلك إلى بطلان التصرف كله إلا إذا كان هذا الشرط، أو هذه الشروط، شكلت عنصراً أساسياً لالتزام الأفرقاء أو التزام أحدهم.

ويبقى العقد منعقداً إذا كان القانون يعدّ الشرط كأنه غير موجود، أو إذا كانت غايات القاعدة التي لم تُراعَ تتطلب بقاءه.

ومثال ذلك عقد القرض بفائدةٍ تزيد على الحد المسموح به قانوناً وهو 9% في القانون السوري، فيبطل الحد الزائد وتخفض الفائدة إلى ذلك الحد وفقاً لما جاء في المادة 1/228 مدني سوري، وهي تقابل المادة 227 مدني مصري التي حددت الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية بـ 7%. وفي البقاء على الشيوع لا يجوز الاتفاق لأكثر من خمس سنوات، وما زاد على هذه المدةّ فهو باطلٌ، ومن ثمّ تنقص المدةّ إلى ذلك الحد طبقاً لما ذهبت إليه المادة 788 مدي سوري، وهي مطابقة للمادة 834 مدني مصري. وفي ملكية الأسرة لا يجوز الاتفاق على إنشائها لمدةّ تزيد على خمس عشرة سنة، وفي حال الاتفاق على مدةّ أطول فتخفض إلى ذلك الحد وفقاً لما نصت عليه المادة 1/807 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/852 مدني مصري.

ثانياً- العقد الباطل لا يقبل الإجازة:

276- لا ترد الإجازة على العقد الباطل وذلك لأن الباطل معدّوم، والعدم لا ينقلب وجوداً بالإجازة. ولأن البطلان من النظام العام، والإجازة لا تهدم النظام

---

[420]- تنص المادة 144 مدني سوري على أنه ((إذا كان العقد في شق منه باطلاً، أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتمّ بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله)).

العام. وهذا ما أكدته المادة 1/142 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/141 مدني مصري، إذ نصت على أن البطلان لا يزول بالإجازة.[421] وهذا ما أكدته أيضاً المادة 1180 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه لا يمكن أن ترد الإجازة على العقد الباطل بطلاناً مطلقاً.[422]

زدّ على ذلك أن البطلان هو حق لكل ذي مصلحة، ومن ثمّ لا يحق لأحد المتعاقدين أن يجيز العقد الباطل لأن الإجازة في مثل هذه الحال تؤدي إلى إهدار حقوق بقية الأشخاص ذوي المصلحة في التمسك بالبطلان. ولكن القول إن الإجازة لا ترد على العقد الباطل لا يمنع من إعادة إبرام العقد من جديد بعد تلافي سبب بطلانه.[423]

ثالثاً- البطلان لا يصححه التقادم ولكن الدعوى بالبطلان تتقادم:

277- البطلان هو عدم، والعدم لا تدب فيه الحياة بمرور الزمن، ومن ثمّ فإن التقادم لا يصحح البطلان. وإنما تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة

---

[421]- تنص المادة 1/142 مدني سوري على أنه ((إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة)).

[422]- جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أن مخالفة أحكام النظام العام المتعلقة باختصاص السلطة صاحبة التوقيع على عقد من عقود القانون الخاص باسم الوحدة الإدارية، جزاؤه البطلان المطلق، وهو لا يُصحح بالإجازة، نقض فرنسي، الغرفة التجارية والمالية والاقتصادية، قرار رقم 240، تاريخ 2019/3/6، منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية على الرابط الآتي:

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_2986/chambre_commerciale_financiere_economique_3172/2019_9124/mars_9190/240_6_42717.html

[423]- انظر باللغة الفرنسية:

H., L., J.Mazeaud et F.Chabas, Leçon de droit civil, op.cit., n°309, p. 308.

من وقت العقد، وفقاً لما جاء في المادة 2/142 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/141 مدني مصري.[424] وكذلك الحال في القانون المدني الفرنسي، إذ تنص المادة 2224 منه، والمعدلة بموجب القانون الصادر في 2008/6/17، على أنه تتقادم الدعاوى الشخصية أو العينية بخمس سنوات بدءاً من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الحق، أو كان من المفترض أن يعلم، بالوقائع التي كانت تسمح له برفع الدعوى. ولا يعني ذلك أن العقد الباطل انقلب صحيحاً، وإنما يبقى العقد باطلاً ولكن يتعذر المطالبة ببطلانه بموجب دعوى أصلية بعد مرور خمس عشرة سنة على تاريخ انعقاده. ولكن بالمقابل فإن الدفع بالبطلان لا يتقادم أبداً، ويمكن إثارة بطلان العقد عن طريق الدفع مهما طال الزمن.[425] وذلك لأن التقادم لا يبدأ إلا من وقت تمكن صاحب الحق من مباشرته، والدفع لا يمكن مباشرته إلا بعد الدعوى. فمثلاً لو رفع أحد المتعاقدين دعوى بعد خمس عشرة سنة مطالباً بتنفيذ عقد باطل، فيحق للآخر الدفع ببطلانه ولو بعد مرور خمس عشرة سنة على تاريخ انعقاده.[426] وهذا ما أكدته المادة 1185 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه لا يتقادم الدفع بالبطلان إذا كان يتعلق بعقدٍ لم يُنفذ. وجاءت هذه المادة مطلقة، ومن ثمّ فهي تشمل البطلان المطلق والبطلان النسبي.

---

[424]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 263/ أساس 489، تاريخ 1971/4/3، مجلة القانون لعام 1971، ص691.

[425]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 367/ أساس 339، تاريخ 1970/5/31، المحامون لعام 1970، ص339.

[426]– د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 243، ص 303 وما يليها.

رابعاً- يقع البطلان بحكم القانون:

278- العقد الباطل هو باطل قانوناً لأنه عدم ولا يترتب عليه أي أثر، ومن ثمّ فإن تقرير البطلان لا يتوقف في القانون المدني السوري، وكذلك في القانون المدني المصري، على حكم القاضي، وذلك لأن القانون هو الذي قرر البطلان. ويترتب على ذلك أنه يحق لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته الناشئة من عقد باطل. وإذا طالب أحد المتعاقدين الآخر بتنفيذ التزاماته، فيحق لهذا الأخير أن يدفع مطالبته ببطلان العقد. ففي عقد البيع الباطل يحق للبائع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع، كما يحق له أن يتصرف بالمبيع بموجب عقد آخر حتى قبل أن يتقرر بطلان العقد الأول، وذلك لأن المبيع لم ينتقل إلى المشتري في العقد الباطل، وإنما يبقى في ملك البائع. أما إذا قام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، قبل أن يعلم ببطلان العقد، يحق له بعد ذلك أن يرفع دعوى ببطلان العقد، خلال مدةّ خمس عشرة سنة من وقت العقد، ويطلب استرداد ما قام بتنفيذه. كما يحق لمن له مصلحة في البطلان أن يطالب ببطلانه بموجب دعوى حتى قبل تنفيذ التزاماته، وذلك عندما يكون سبب البطلان فيه خفاء، ومن ثمّ يرجع ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي، كأن يكون سبب البطلان مخالفة النظام العام أو الآداب. وحكم القاضي الصادر في دعوى البطلان هو كاشف وليس منشئاً للبطلان.[427]

وبالمقابل فإن المادة 1178 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، تنص على أنه يعدّ العقد الذي لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة لصحته باطلاً. ويجب أن يحكم القاضي بالبطلان، ما لم يثبته الأفرقاء باتفاق مشترك. كما يجب أن يتضمن الطلب صراحةً أنه في حال عدم رفع دعوى البطلان قبل انقضاء مدة الستة أشهر، يعدّ العقد أنه أُجيز، أي ينقلب العقد

---

[427]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 333، ص530.

صحيحاً. وجاءت هذه المادة مطلقة، لم تميز بين البطلان المطلق وبين البطلان النسبي، ومن ثمّ فإن البطلان المطلق في القانون الفرنسي لا يتقرر إلا بحكم قضائي، أو باتفاق الطرفين.

خامساً:- البطلان حق لكل ذي مصلحة:

279- يحق لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء ذاتها، وفقاً لما ذهبت إليه المادة 1/142 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/141 مدني مصري.[428] وبالمقابل تنص المادة 1180 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يحق لكل ذي مصلحة أن يطالب بالبطلان المطلق، وكذلك يحق المطالبة به للنيابة العامة.

ويقصد بالمصلحة هنا المصلحة التي تستند إلى حق يؤثر فيه بطلان العقد. ومن ثمّ البطلان هو حق لكلا المتعاقدين، إذ إنه يحق حتى للمتعاقد الذي لم يتصل به سبب البطلان أن يطالب به، كما لو كان البائع مجنوناً فيحق للمشتري أيضاً أن يطالب ببطلان العقد لأن له مصلحة في استرداد الثمن. وكذلك يحق للخلف العام لكلا المتعاقدين أن يطالب ببطلان العقد. كما يحق التمسك بالبطلان للخلف الخاص لكلا المتعاقدين. ويحق أيضاً لدائني كل من المتعاقدين أن يتمسكوا بالبطلان بموجب دعوى مباشرة بأسمائهم لا عن طريق الدعوى غير المباشرة، وذلك لأن لهم مصلحة في المحافظة على الضمان العام لمدينهم. كما يحق للغير أن يطالب ببطلان العقد إذا كانت له مصلحة مشروعة ببطلانه ومرتبطة بشكل وثيق بسبب البطلان، فيحق للجار أن يطالب ببطلان عقد بيع منزل مجاور له إذا كان المشتري قد خصصه للدعارة. ولكن لا يحق له المطالبة ببطلان العقد- إذا

---

[428]- د.الزرقاء، المرجع السابق، بند 239 وما يليه، ص299 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 326 وما يليه، ص228 وما يليها. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 314 وما يليه، ص513 وما يليها.

كان سببه عدم جدية الثمن- من أجل التخلص من مشترٍ لم ينسجم معه، لأن مصلحته هنا لا ترتبط بسبب البطلان ارتباطاً وثيقاً. زدّ على ذلك أنه يحق للمحكمة أن تثير البطلان من تلقاء ذاتها، لأنه يتعلق بالنظام العام الذي يهدف إلى حماية المصلحة العامة. ويحق لصاحب المصلحة في التمسك بالبطلان أن يتمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى، حتى لو لأول مرة أمام محكمة النقض.[429]

الفقرة-2- خصائص الإبطال:

يمتاز الإبطال بالخصائص الآتية:

أولاً- الإبطال يقبل التجزئة:

280- القاعدة العامة هي أن العقد كلٌ لا يتجزأ، فإذا لحق به سبب من أسباب الإبطال فيبطل كله. ولكن قد يتضمن العقد شروط عدّة، وقد يرتب التزامات عدّة، ويلحق الإبطال بعض هذه الشروط أو الالتزامات، فعندئذ لا يبطل العقد ككل، وإنما يبطل الجزء الذي لحقه الإبطال منه، ويبقى الجزء الآخر صحيحاً شرط أن تكون نية المتعاقدين قد اتجهت إلى مثل هذه التجزئة. وأما إذا كان الجزء الذي لحقه الإبطال هو الدافع للتعاقد فيبطل العقد كله. وهذا ما تضمنته المادة 144 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 143 مدني مصري. وسبقت الإشارة إلى أن المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي تنص، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على تجزئة البطلان. وجاءت هذه المادة بصيغة مطلقة، ومن ثمّ فهي تشمل البطلان المطلق والبطلان النسبي أيضاً.

---

[429]- د.الزرقاء، المرجع السابق، بند 245، ص307 و 308. ود.سوار، المرجع السابق، بند 324، ص226 و 227 . ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 326 وما يليه، ص526 و ما يليها.

وهذه خاصية مشتركة بين البطلان وبين الإبطال. فإذا اشترى شخص آنيتين معتقداً أنهما أثريتان، ثمّ تبين بعد ذلك أن إحداهما أثرية والأخرى ليست كذلك، فيحق للمشتري أن يطالب بإبطال العقد، بسبب الغلط الذي وقع فيه، بالنسبة إلى الآنية غير الأثرية، ويُبقي على العقد بالنسبة إلى الآنية الأثرية، ما لم يتبين أن المشتري ما كان ليتعاقد من غير الآنية التي وقع عليها الغلط، عندئذ يبطل العقد بأكمله. ويقع عبء إثبات ذلك على المشتري نفسه. ويؤدي تجزئة الإبطال إلى انتقاص العقد. ولا يكفي من أجل تجزئة العقد أن يكون محله قابلاً للتجزئة، وإنما يشترط أن تتجه نية المتعاقدين إلى هذه التجزئة.[430] وبالمقابل إذا تبين أن محل العقد غير قابل للتجزئة، وكان العقد في شق منه قابلاً للإبطال، فإن العقد كله يبطل. كما لو أشترى شخص عربة مع حصان، ثم بعد ذلك نفق الحصان بسبب مرض أصيب به قبل العقد، ولم يعلم البائع المشتري بذلك.

ثانياً- لا يستفيد من الإبطال إلا المتعاقد الذي شرع الإبطال لحماية مصالحه:

281- قرر القانون الإبطال لحماية المصالح الخاصة للمتعاقدين، ومن ثمّ لا يحق التمسك به إلا للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لحماية مصالحه الخاصة، ولا يحق ذلك للمتعاقد الآخر.[431] وهذا ما نصت عليه المادة 139 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 138 مدني مصري، إذ جاء فيها أنه ((إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق)). وهذا ما أكدت عليه أيضاً المادة 1181 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه لا يمكن التمسك بالبطلان

---

[430]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 248، ص498 و ما يليها.

[431]- تنص المادة 139 مدني على أنه ((إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق)).

النسبي، أي الإبطال في القانون السوري، إلا من قبل الفريق الذي يهدف القانون إلى حمايته.

وقد قرر القانون الإبطال إما لحماية مصالح ناقص الأهلية، أو لحماية مصالح من شابَ إرادته عيب من عيوب الإرادة. وعندما يكون الإبطال بموجب نص قانوني خاص، فيحدد هذا النص المتعاقد الذي شرع الإبطال لحماية مصالحه، كالمشتري في بيع ملك الغير وفقاً لما جاء في المادة 434 مدني سوري، وهي تقابل المادة 466 مدني مصري. ويجب على الشخص الذي تقرر الإبطال لمصلحته أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع. ويمكن التمسك به إما عن طريق الدعوى وإما عن طريق الدفع، ويجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.[432] ولكن لا يحق التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض. زدّ على ذلك أنه لا يحق للمحكمة الناظرة في الدعوى أن تثير الإبطال من تلقاء نفسها. والحق في الإبطال هو حق مالي، ومن ثمّ فهو ينتقل إلى الخلف العام لصاحب الحق فيه عن طريق الميراث أو الوصية، كما أنه يجوز لخلفه الخاص أن يتمسك به، وكذلك يجوز لدائنيه أن يتمسكوا به عن طريق الدعوى غير المباشرة. وكذلك يجوز لنائبه القانوني أن يتمسك به نيابة عنه.[433] ويترتب على ذلك أن دعوى الإبطال يمكن أن ترفع من الشخص الذي تقرر الإبطال لحماية مصلحته، أو من نائبه القانوني، أو خلفه العام، أو خلفه الخاص، أو دائنيه.

ثالثاً- الإبطال يزول بالإجازة:

282- يكون العقد القابل للإبطال منعقداً، ومن ثمّ يُنتج جميع آثاره القانونية. ولكن هذه الآثار مهددة بالزوال فيما لو تمسك صاحب الحق بالإبطال بحقه. إلا

---

[432]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 703/ أساس 81، تاريخ 1981/4/12، مجلة المحامون لعام 1981، ص830.

[433]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 248، ص466 وما يليها.

أن هذا الأمر جوازي بالنسبة إليه، فهو الذي يقرر ما إذا كانت مصلحته تكمن في إبطال العقد أم في الإبقاء عليه. ويترتب على ذلك أنه يحق لصاحب الحق في الإبطال أن يجيز العقد، فيزول حقه في إبطاله وفقاً لما نصت عليه المادة 140 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 139 مدني مصري.[434] وهذا ما أكدت عليه أيضاً المادة 1181 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أن البطلان النسبي يمكن أن يغطى بالإجازة.

وإذا كان عدة أشخاص يملكون دعوى الإبطال، فإن تنازل أحدهم عنها لا يمنع الآخرين من رفعها. وعرفت المادة 1182 منه، في صياغتها الجديدة لعام 2018، الإجازة بأنها التصرف الذي بموجبه يستطيع من يحق له التمسك بالبطلان التنازل عنه. ويبين هذا التصرف محل الالتزام والعيب الذي لحق بالعقد. ولا يمكن أن تتم الإجازة إلا بعد إبرام العقد.

يُستخلص مما تقدم أن الإجازة هي تصرف إرادة منفردة تؤدي إلى زوال الحق في إبطال العقد، واستقرار العقد نهائياً. ومن ثمّ يشترط لصحة الإجازة أن يكون المجيز عند الإجازة عالماً بأن له الحق في إبطال العقد، وأن تتجه إرادته إلى النزول عن حقه في إبطال العقد، وأن تكون الإجازة نفسها سليمة من أسباب الإبطال، ومن ثمّ يشترط لصحة الإجازة زوال السبب الذي أدى إلى إبطال العقد، كما يشترط أن تتوافر في المجيز الأهلية القانونية اللازمة لإبرام العقد الذي يجيزه. ويمكن أن تكون الإجازة صريحة، ولا يشترط فيها لفظ معين، وإنما تقع بأي لفظ أو بيان يدل عليها دون لبس أو غموض. كما يمكن أن تكون الإجازة ضمنية تستخلص من العمل الذي يقوم به صاحب الحق في الإبطال، كأن يقوم مثلاً وهو عالم بحقه في إبطال العقد بتنفيذ التزاماته الناجمة عن ذلك العقد، أو أن

---

[434]- تنص المادة 140 مدني على أنه ((1- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية. 2- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تمّ فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير)).

يقوم المشتري في بيع ملك الغير بالتصرف بالمبيع وهو يعلم بحقه في إبطال ذلك البيع. ويقع عبء إثبات الإجازة على المتعاقد غير المجيز، ويحق له إثباتها بجميع وسائل الإثبات.[435] ويترتب على الإجازة سقوط الحق في الإبطال، واستقرار العقد، وانقلابه صحيحاً منذ تاريخ انعقاده. وهذا ما أكدته المادة 1182 من القانون المدني الفرنسي، المشار إليها أعلاه، إذ تنص على أن التنفيذ الطوعي للعقد، عن علمٍ بسبب البطلان، هو بمنزلة الإجازة. وفي حالة الإكراه، لا يمكن أن تتم الإجازة إلا بعد أن يكون قد توقف. وتتضمن الإجازة التنازل عن الوسائل والاستثناءات التي يُمكن التمسك بها، من دون الإضرار بحقوق الغير.

ويجب عدم الخلط بين الإجازة وبين الإقرار. فالإجازة تصدر من المتعاقد صاحب الحق في إبطال العقد الذي يحدده المشرع. أما الإقرار فهو أيضاً تصرف إرادة منفردة، ولكنه يصدر من شخص أجنبي عن العقد يقصد به إضافةَ آثار ذلك العقد إليه، كما في بيع ملك الغير، الذي يعدّ قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، وغير نافذ بحق المالك الحقيقي إلا إذا أقره، وفقاً لما ذهبت إليه المادتان 434 و 435 مدني سوري، وهما تقابلان المادتين 466 و467 مدني مصري.[436]

رابعاً- الإبطال يسقط بالتقادم:

283- يسقط حق الإبطال بالتقادم. ومدّة التقادم في القانون المدني السوري هي سنة تبدأ من تاريخ زوال نقص الأهلية، أو تاريخ اكتشاف الغلط أو التدليس،[437]

---

[435]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 232، ص473 وما يليها.

[436]- تنص المادة 435 مدني على أنه ((1- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري. 2- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد)).

[437]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 584/ أساس 648، تاريخ 1961/7/6، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 307، ص570. وقرار 247/ أساس 481، تاريخ 1961/3/27، المرجع السابق، القاعدة رقم 308، ص571.

أو يوم زوال الإكراه.[438] وإذا لم يتمّ اكتشاف الغلط أو التدليس، أو لم يزول الإكراه، فإن حق الإبطال يسقط بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ انعقاد العقد، وفقاً لما جاء في المادة 141 مدني سوري، وهي تقابل المادة 140 مدني مصري التي جعلت مدة التقادم ثلاث سنوات بدلاً من سنة.[439]

وفي الغبن الاستغلالي تبدأ مدة السنة من تاريخ انعقاد العقد، وفقاً لما نصت عليه المادة 130 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 129 مدني مصري، وذلك لأن هذه المدةَ هي مدةَ سقوط، وليست مدةَ تقادم، ومن ثمّ لا يسري عليها لا الوقف ولا

---

[438]- ذهبت محكمة النقض السورية في أحد قراراتها إلى أنه ((عين المشرع ميعاداً يجب فيه استعمال الرخصة بالإبطال بسبب الإكراه في التوقيع، وهو موعد حتمّي لا بد أن يتمّ العمل المعين من خلاله، وإلا كان ساقطاً وللقاضي حق إثارته، وهذا الميعاد لا ينقطع ولا يقف سريانه ولا يتخلف عنه التزام طبيعي وهذا الحق الساقط لا يصلح طلباً ولا دفعاً في مجال تطبيق قاعدة أبدية الدفوع))، قرار الغرفة المدنية الأولى رقم 262/أساس 248، تاريخ 1999/5/2، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4583، ص2248 و 2249. وهذا القرار يجافي المنطق القانوني السليم، ويخالف القانون، إذ أن القاضي لا يحق له أن يثير الإبطال من تلقاء ذاته لأنه حق للمتعاقد الذي يحدده القانون وفق ما نصت عليه المادة 139 مدني. زد على ذلك أن الفقه مجمع على أن مدةَ دعوى الإبطال بسبب الإكراه هي مدةَ تقادم، ومن ثم يسري عليها الوقف والانقطاع؛ وهذا ما يميزها عن دعوى الإبطال بسبب الغبن الاستغلالي. انظر في ذلك: د.السنهوري، المرجع السابق، 209، ص370 و371. ود.سوار، المرجع السابق، بند 145، ص121.

[439]- تنص المادة 141 مدني على أنه ((1- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمّسك به صاحبه خلال سنة واحدة. 2- ويبدأ سريان هذه المدةَ، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه، من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمّام العقد)).

الانقطاع.[440] ولا يجوز لصاحب الحق في الإبطال التمسك به بعد سقوط هذا الحق بالتقادم لا عن طريق دعوى أصلية ولا عن طريق الدفع في دعوى قائمة، وذلك لصراحة المادة 1/141 مدني سوري، وهي تقابل المادة 1/140 مدني مصري، وذلك لأن العقد ينقلب صحيحاً وبأثر رجعي بانقضاء مدة التقادم.[441] وكذلك الحال في القانون المدني الفرنسي، إذ تنص المادة 2224 منه، والمعدلة بموجب القانون الصادر في 2008/6/17، على أنه تتقادم الدعاوى الشخصية أو العينية بخمس سنوات بدءاً من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الحق، أو كان من المفترض أن يعلم، بالوقائع التي كانت تسمح له برفع الدعوى.

وكان قد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قررت أن دعوى البطلان النسبي، أي الإبطال، تسقط بالتقادم، ولكن الدفع بالبطلان النسبي لا يسقط بالتقادم حتى لو كانت الدعوى قد سقطت بالتقادم، وذلك لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى إجبار المدين على تنفيذ عقد باطل ولو كان البطلان نسبياً، وهذا الأمر يجافي العدالة.[442] وأكدت المادة 1185 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، رأي محكمة النقض المتضمن أن الدفع بالبطلان النسبي لا

---

[440]– د.سوار، المرجع السابق، بند 331 وما يليه، ص230 وما يليها. و د.السنهوري، المرجع السابق، بند 209، ص370 و371.

[441]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 337/ أساس 466، تاريخ 1979/3/11، مجلة المحامون لعام 1979، ص381. وفي المعنى ذاته قرار الغرفة المدنية الثانية رقم 609/أساس 1134، تاريخ 1998/4/26/ منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4616، ص2264 و 2265. وقرار الغرفة المدنية الثالثة رقم 3618/أساس 2587، تاريخ 2000/12/6، المرجع السابق، القاعدة رقم 4623، ص2268.

[442]– نقض فرنسي، الغرفة المدنية الأولى، 1993/3/17، منشور في مجلة دالوز لعام 1993، قسم المعلومات السريعة، رقم 85. وانظر باللغة الفرنسية:

Ch. Larroumet, Droit civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat, n°569, p.553 et s.

يسقط بالتقدم، إذ تنص على أنه لا يتقادم الدفع بالبطلان إذا كان يتعلق بعقدٍ لم يُنفذ. وجاءت هذه المادة مطلقة، ومن ثمّ فهي تشمل البطلان المطلق والبطلان النسبي.

خامساً- يحتاج الإبطال إلى حكم قضائي بالإبطال:

284- في حالة الإبطال يكون العقد منعقداً ومنتجاً لآثاره، وذلك لأن جميع أركانه متوافرة، إلا أن أحد هذه الأركان أصيب بخلل، وهو ركن الرضا، مما يجعل العقد قابلاً للإبطال بعد انعقاده ومن ثمّ تكون آثاره مهددة بالزوال. ويتبين من ذلك أن الفرق بين العقد القابل للإبطال والعقد الصحيح هو أن كلاهما ينتج آثاره من لحظة انعقاده، ولكن آثار العقد القابل للإبطال مهددة بالزوال بأثر رجعي، في حين أن آثار العقد الصحيح غير قابلة للزوال. ولكن هذا الفرق يزول عندما يسقط الحق بالإبطال، سواء بالإجازة أم بالتقادم، إذ إن آثاره تصبح غير قابلة للزوال. ويترتب على ذلك أن الإبطال لا يقوم بذاته، وإنما يحتاج إلى حكم قضائي. ولا تستطيع المحكمة أن تثيره من تلقاء ذاتها، وإنما يتوقف الحكم به على طلب صاحب الحق فيه. وإذا طالب هذا الأخير بإبطال العقد، وكانت شروط الإبطال متوافرة، فلا يملك القاضي أي سلطة تقديرية، وإنما يلزم بالحكم بإبطال العقد، ما لم ينص القانون صراحة على أن الإبطال هو جوازي بالنسبة إلى القاضي، ومثال ذلك إبطال العقد بسبب الغبن الاستغلالي، إذ أن المادة 1/130 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/129 مدني مصري، نصت صراحةً على أن الإبطال جوازيّ بالنسبة إلى القاضي في هذه الحالة.[443]

---

[443]- د.الزرقاء، المرجع السابق، بند 256، ص 318 و 319. و د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 227 وما يليه، ص468 و ما يليها.

وسبقت الإشارة إلى أن المادة 1178 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، تنص على أنه يجب أن يحكم القاضي بالبطلان، ما لم يثبته الأفرقاء باتفاق مشترك. وجاءت هذه المادة مطلقة، لم تميز بين البطلان المطلق وبين البطلان النسبي، ومن ثمّ فإن البطلان المطلق في القانون الفرنسي لا يتقرر إلا بحكم قضائي، أو باتفاق الطرفين، ومن باب أولى أن البطلان النسبي يحتاج إلى حكم قضائي لتقريره، ما لم يتفق الطرفان على تثبيته.

زدّ على ذلك المادة 1183 من القانون ذاته تنص، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يمكن لفريق أن يطلب كتابةً إلى الفريق الذي يمكن له أن يتمسك بالبطلان، إما أن يجيز العقد، أو أن يرفع دعوى البطلان خلال مدة ستة أشهر تحت طائلة السقوط. ويجب أن يكون سبب البطلان قد زال.

واشترطت هذه المادة أن يتضمن الطلب صراحةً أنه في حال عدم رفع دعوى البطلان قبل انقضاء مدة الستة أشهر، يعدّ العقد أنه أُجيز، أي ينقلب العقد صحيحاً.

المطلب الثالث

آثار البطلان والإبطال

285- يترتب على بطلان العقد وإبطاله إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. ولا تقتصر آثار بطلان العقد وإبطاله على المتعاقدين فقط، وإنما تسري من حيث المبدأ بحق الغير أيضاً.

الفقرة-1- آثار البطلان والإبطال بين المتعاقدين:

286- ينعقد العقد القابل للإبطال وينتج آثاره من وقت انعقاده، ولكن هذه الآثار مهددة بالزوال إذا تمسك صاحب الحق في الإبطال بحقه وطالب بإبطال العقد. وإذا تقرر الإبطال فتزول آثار العقد بأثر رجعي. أما العقد الباطل فلا ينعقد، ومن

ثمّ لا يترتب عليه أي آثار، وهو لا يعدّ تصرفاً قانونياً، وإنما هو واقعة قانونية. ويتبين من ذلك أنه لا فرق بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال الذي تقرر إبطاله من حيث الآثار، فيترتب على كلاهما إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وهذا هو المبدأ. ولكن ترد على ذلك استثناءات عدّيدة حيث يترتب معها بعض آثار العقد الصحيح على العقد الباطل، بشرط أن يكون هناك نص يقرر هذا الاستثناء صراحة أو ضمناً.[444]

أولاً- المبدأ: إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد:

287- إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتقرر إبطاله، فيجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، طبقاً لما جاء في المادة 1/143 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/142 مدني مصري.[445] وهذا ما أكدنه أيضاً المادة 1178 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه يعدّ العقد الذي أُبطل كأنه لم يكن. ويجب ردّ الأداءات المنفذة وفق الشروط المنصوص عليها في المواد من 1352 ولغاية 1352-9.

ويسهل تطبيق هذا المبدأ في حال عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد الباطل أو القابل للإبطال. أما إذا تمّ تنفيذ هذه الالتزامات، فكل متعاقد يقوم باسترداد ما أداه.[446] ففي عقد البيع الباطل، يقوم البائع باسترداد المبيع، والمشتري باسترداد

---

[444]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 303 و304، ص495 وما يليها.

[445]- تنص المادة 1/143 مدني على أنه ((في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل)).

[446]- ويكون هذا الاسترداد على أساس قاعدة الدفع غير المستحق التي نصت عليها المادة 1/182 مدني، إذ جاء فيها أن ((كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده)).

الثمن. ولكن قد يستحيل في بعض الحالات، كما في العقود المستمرة، إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فعندئذ يُحكم بتعويض عادل.[447]ففي عقد الإيجار الباطل يستحيل على المؤجر استرداد المنفعة من المستأجر، لذا يُحكم على هذا الأخير بتعويض معادل، على أساس الإثراء بلا سبب، لمصلحة المؤجر. وقد كان القانون الروماني يستثني من هذا المبدأ حالة بطلان العقد لعدم مشروعية المحل أو السبب إذا كان من يطالب بالبطلان قد تلوث بسبب البطلان لأنه لا يجوز له أن يتمسك بغشه كي يطالب ببطلان العقد واسترداد ما أداه. وقد طبق القضاء الفرنسي هذه القاعدة، على الرغم من عدم نص القانون المدني عليها صراحة. ثم ما لبث أن قصر القضاء الفرنسي نطاق تطبيق هذه القاعدة على العقود المخالفة للآداب فقط، وذلك نتيجة الانتقادات التي وجهت إلى هذه القاعدة، وأهمها أنها تؤدي إلى تأكيد آثار العقد الباطل، وتعطيل مفعول البطلان. فإذا اتفق رجل مع امرأة على ممارسة علاقات جنسية غير مشروعة مقابل مبلغ من المال، ثم تقرر بعد ذلك بطلان العقد لمخالفته للآداب، فلا يحق للرجل استرداد ما دفعه لأنه ملوث بسبب البطلان.[448]ويلاحظ من خلال ذلك أن هذه القاعدة لا تمنع من رفع دعوى البطلان والحكم به، وإنما تمنع المتعاقد الملوث بالبطلان من استرداد ما أداه. ولم ينص القانون المدني السوري على هذه القاعدة، ومن ثم مبدأ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد يطبق حتى لو كان العقد مخالفاً للآداب وكان أحد المتعاقدين أو كلاهما ملوثاً بالبطلان. ولكن كان حرياً بالمشرع تضمين هذه القاعدة في القانون المدني،

---

[447]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1061/أساس 1037، تاريخ 2007/5/13، مجلة المحامون، العدّدان 9 و 10 لعام 2008، ص1323 و 1324.

[448]– انظر باللغة الفرنسية:

H., L., J.Mazeaud et F.Chabas, op.cit., n°334, p. 327.

على أن يتمّ مصادرة ما يحكم باسترداده لصالح الخزينة العامة، أو لصالح جمعية خيرية على غرار ما أخذت به بعض القوانين الغربية.[449]

ثانياً- الاستثناءات على مبدأ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد:

ترد على الأثر الرجعي للبطلان والإبطال استثناءات عدّة، أهمها:

1:- تجزئة البطلان والإبطال:

288- سبقت الإشارة إلى أنه إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فإن هذا الشق وحده يبطل ما لم يتبين أن العقد ما كان لينعقد من دون الشق الباطل أو القابل للإبطال، فعندئذ يبطل العقد برمته، وفقاً لما ذهبت إليه المادة 144 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 143 مدني مصري.[450]

2:- تحول العقد:

289- إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتقرر إبطاله، فيؤدي ذلك إلى زواله بأثر رجعي. ولكن قد يتضمن هذا العقد، بحسبانه واقعة مادية، عناصر عقد آخر، عندها يخرج هذا العقد الصحيح من العقد الباطل أو القابل للإبطال. وبمعنى آخر يتحول العقد الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد صحيح. ويعود أصل هذه النظرية إلى القانون المدني الألماني. ونص عليها القانون المدني السوري في المادة 145 منه، وهي مطابقة للمادة 144 مدني مصري.[451] ومثال ذلك تحول سند السحب أو السفتجة الباطلة والتي لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة قانوناً إلى

---

[449]- د.سوار، المرجع السابق، بند 349، ص242 وما يليها.

[450]- انظر بند رقم 275 و280 من هذا الكتاب.

[451]- تنص المادة 145 مدني على أنه ((إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد)).

سند عادي صحيح. وكذلك تحول عقد البيع في سند رسمي إذا ثبت بطلانه بسبب صورية السبب إلى عقد هبة.[452] ويشترط من أجل تطبيق نظرية تحول العقد توافر الشروط الآتية: أن يكون التصرف الأصلي باطلاً، وأن يتضمن التصرف الأصلي عناصر تصرف آخر، وأن تتجه إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر، ويستخلص ذلك من ظروف الحال.[453] ويرى بعض الفقه أن النص على هذه النظرية صراحةً في القانون عديم الفائدة، لأن عملية تكييف العقد تغني عن ذلك، فتحول العقد يدخل ضمن نطاق تكييف العقد.[454]

3:- التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة شكلاً:

290- إذا كانت الهبة باطلة لعدم توافر الشكلية التي يتطلبها القانون، ومع ذلك قام الواهب أو ورثته بتنفيذها طوعاً فلا يحق لهم بعد ذلك أن يطالبوا باسترداد ما سلموه، وفقاً لما نصت عليه المادة 457 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 489 مدني مصري.[455] ولا يعني ذلك أن الهبة انقلبت صحيحة، وإنما ينشأ من تنفيذ الهبة الباطلة طوعاً، بسبب عدم توافر الشكلية المطلوبة لانعقادها، التزامٌ طبيعيٌ يمنع من قام بالتنفيذ من استرداد ما سلمه.

---

[452]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1342/ أساس 1054، تاريخ 1982/6/20، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 326، ص603 و 604. وقرار الغرفة المدنية الثانية رقم 415/أساس 744، تاريخ 1996/3/31، منشور في موسوعة القضاء المدني...، القاعدة رقم 4364، ص2153.

[453]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 307، ص499 وما يليها.

[454]- د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص423.

[455]- تنص المادة 457 مدني على أنه ((إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه)).

4:- نظرية الخطأ عند تكوين العقد:

291- قال بهذه النظرية الفقيه الألماني ايهرنج Ihering ، ومفادها أن العقد يرتب، إضافةً إلى الالتزامات الناشئة منه، على كل من المتعاقدين التزاماً بتعويض المتعاقد الآخر عن الضرر الذي يلحق به بسبب بطلان العقد إذا كان هو السبب في هذا البطلان من دون علم المتعاقد الآخر بذلك. ويؤدي البطلان إلى زوال العقد، ولكن الالتزام بالتعويض يبقى. ومن ثمّ تكون مسؤولية المتعاقد الذي تسبب ببطلان العقد عن تعويض الضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر مسؤولية عقدية مستمدة من العقد الباطل ذاته، كما لو باع شخص شيئاً هالكاً لا علم للمشتري به. ولكن هذه النظرية مهجورة. وهذا لا يعني أن المتعاقد الذي تسبب ببطلان العقد لا يسأل عن تعويض الضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر، وإنما يكون مسؤولاً عن ذلك. ولكن بحسبان أن العقد غير موجود، فيكون التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. ويشمل التعويض الضرر الفعلي فقط، أي ما لحق المتعاقد من خسارة جراء بطلان العقد المذكور. ولا يدخل في ذلك ما فاته من كسب. ولكن لولا وجود هذا العقد لما ترتب الحق بالتعويض. ويعدّ العقد واقعة مادية ألحقت ضرراً بالغير.[456] وهذا ما أكدته المادة 1178 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه في حال ما إذا تقرر البطلان، يمكن للفريق المتضرر طلب جبر الضرر الذي لحق به وفق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وعلى نحوٍ منفصل عن بطلان العقد. وجاء هذا النص مطلقاً، ومن ثمّ فهم يشمل البطلان بنوعيه المطلق والنسبي.

ومن تطبيقات هذه المسؤولية في القانون المدني السوري لجوء ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته، ومن ثم تمسكه بحقه في إبطال العقد بسبب

---

[456]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 308 و ما يليه، ص503 وما يليها.

نقص أهليته، فإذا أدى إبطال العقد إلى إلحاق ضرر بالمتعاقد الآخر يحق له المطالبة بالتعويض إذا تبين أن تلك الطرق كانت دافعة إلى التعاقد. ويكون الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، إذ أن اللجوء إلى طرق احتيالية يشكل خطأ يستوجب التعويض إذا نجم عنه ضرر.[457] ومثال الطرق الاحتيالية استعمال شهادة ميلاد أو بطاقة هوية شخصية مزورة. وكذلك الحال إذا تمسك المشتري، في بيع ملك الغير، بحقه في إبطال العقد استناداً إلى المادة 436 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 468 مدني مصري، وأدى ذلك إلى إلحاق ضرر به، يحق له مطالبة البائع بالتعويض عن ذلك الضرر بشرط أن يكون حسن النية.[458] وتقوم مسؤولية البائع سيء النية على أساس الخطأ، أما البائع حسن النية فتقوم مسؤوليته على أساس تحمل التبعة. وهي مسؤولية تقصيرية في الحالتين.

5:- حيازة الشيء محل العقد:

292- إذا قام المتعاقدان بتنفيذ التزاماتهما الناشئة من عقد باطل أو قابل للإبطال، ثمّ تقرر إبطاله، ونجم عن ذلك انتقال حيازة الشيء محل العقد من متعاقد إلى المتعاقد الآخر، فقد يؤدي انتقال هذه الحيازة في بعض الحالات إلى اكتساب الحائز حقاً على الشيء يمنع من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 927 مدني سوري، وهي

---

[457]- تنص المادة 120 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 119 مدني مصري، على أن ((يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته)).

[458]- وهذا ما أكدته الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية، إذ أنها قررت حديثاً أنه من حق المشتري حسن النية الذي حكم له بإبطال العقد التعويض متى كان حسن النية، ومناط حسن النية جهل المشتري أن المبيع غير مملوك للبائع. وعدم رد المحكمة على هذا الدفع يشكل خطأ مهنياً جسيماً مستوجباً للمخاصمة. قرار رقم 230، تاريخ 2006/6/27، مجلة المحامون لعام 2007، الأعداد 7-9، ص1017.

مطابقة للمادة 976 مدني مصري، إذ جاء فيها أنه من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول بسبب صحيح، يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته. ومن ذلك اكتساب الحائز حسن النية ملكية الثمار طبقاً لما نصت عليه المادتان 1/186 و929 مدني سوري، وهما مطابقتان للمادتين 1/185 و978 مدني مصري.[459] وكذلك اكتساب الحائز ملكية المنقول أو العقار غير المسجل بالسجل العقاري الذي يحوزه نتيجة عقد باطل بالتقادم الطويل، وفقاً لما جاء في المادة 917 مدني.[460]

6:- إبطال العقد بسبب نقص الأهلية:

293- إذا تقرر إبطال العقد بسبب نقص الأهلية، فأن ناقص الأهلية لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة نتيجة تنفيذ العقد، طبقاً لما جاء في المادة 2/143 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/142 مدني مصري.[461] وهذا ما أكدته أيضاً المادة 1352-4 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أن الاستردادات المتوجبة، نتيجة زوال العقد، من قبل

---

[459]- تنص المادة 1/186 مدني على أن ((إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم)). كما تنص المادة 929 من القانون ذاته على أن ((1- يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية. 2- والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها. أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوم)).

[460]- تنص المادة 917 مدني على أن ((من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل بالسجل العقاري دون أن يكون مالكاً له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً على عقار غير مسجل بالسجل العقاري، دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة)).

[461]- تنص المادة 2/143 مدني على ما يأتي: ((ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)).

قاصر غير مأذون non émancipé أو بالغ محمي تختصر إلى مستوى المنفعة التي عادت عليه من العقد الذي تقرر إبطاله.

فإذا باع ناقص الأهلية شيئاً يملكه، كجهاز هاتف نقال، وقبض ثمنه بعد أن سلم المبيع للمشتري كامل الأهلية. ثمّ بعد ذلك تمسك ناقص الأهلية بحقه في إبطال العقد نتيجة نقص أهليته، وصدر حكم بإبطاله، فيترتب على ذلك أن ناقص الأهلية يسترد المبيع كاملاً، ولكنه لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ ذلك العقد. فإذا كان ناقص الأهلية قد أنفق جزءاً من الثمن على نزواته وأهوائه، وأنفق الجزء الآخر على تعليمه، فلا يلزم إلا برد الجزء الأخير بحسبان أن ذلك عاد عليه بمنفعة معتبرة قانوناً. ويقصد بالمنفعة هنا المنفعة الفعلية، سواء تمثلت في إشباع حاجة مادية، كالمأكل والملبس، أم تمثلت في إشباع حاجة معنوية، كالتعليم والتدريب. والتزام ناقص الأهلية بالرد في مثل هذه الحالة يكون على أساس الإثراء بلا سبب. ويبدو من ظاهر نص المادة 2/143 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/142 مدني مصري، أن تطبيقه يقتصر على ناقص الأهلية، وهو القاصر والسفيه وذو الغفلة بعد شهر قرار الحجر عليهما. ولكن نص هذه المادة هو تطبيق لقاعدة عامة، نصت عليها المادة 187 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 186 مدني مصري، مفادها أنه إذا كان من تسلم غير المستحق لا تتوافر فيه أهلية التعاقد فلا يلتزم إلا برد ما أثرى به. ومن ثمّ فإن حكم المادة 2/143 يشمل أيضاً عديم الأهلية.[462] ويقع عبء إثبات أن ناقص الأهلية قد انتفع من الأداء الذي تلقاه بسبب العقد الذي تقرر إبطاله على المتعاقد الآخر، ويجوز له إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات، وذلك لأن المطلوب إثباته

---

[462]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 243، ص492 و ما يليها.

واقعة مادية. ولا يجوز الاستدلال على وقوع هذه المنفعة من المستندات الموقعة من ناقص الأهلية، لأنها هي أيضاً تبطل.[463]

7:- عقد الزواج غير الصحيح:

294- تخضع أحكام الزواج لقانون الأحوال الشخصية، وأحكام المذهب الحنفي. والزواج الباطل لا ينتج حكمه الأصلي من حل الاستمتاع الزوجي، واستحقاق المرأة النفقة الزوجية، ولا يثبت فيه التوارث. أما الزواج الفاسد، وهو باطل غير منعقد، كالزواج من دون شهود، إذا حصل فيه دخول يترتب عليه بعض أحكام الزواج الصحيح، وهي: استحقاق المرأة للمهر (مهر المثل على ألا يزيد على المهر المسمى)، والنسب بجميع نتائجه، وحرمة المصاهرة، ووجوب عدّة الفراق على المرأة، ونفقة العدّة للمرأة.[464]

8:- حالات أخرى يرتب القانون فيها على العقد الباطل آثاره الأصلية كاملة:

295- رتب المشرع على العقد الباطل في بعض الحالات الاستثنائية الحقوق والالتزامات ذاتها التي ينشئها في حال صحته وذلك ضماناً لاستقرار التعامل، وصيانةً للحقوق المكتسبة. ومن أشهر الأمثلة على ذلك عقد الشركة الذي يعدّ باطلاً إذا لم يكن مكتوباً، وفقاً لما نصت عليه المادة 475 مدني سوري، وهي

---

[463]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1314/ أساس 1032، تاريخ 1977/12/24، مجلة المحامون لعام 1977، ص51.

[464]- تنص المادة 51 من قانون الأحوال الشخصية لعام 1953، والمعدلة بموجب القانون رقم 4 لعام 2019 على أن:

((1- لا يترتب على الزواج الفاسد أي أثر قبل الدخول، ويُعدّ في حكم الباطل. 2- يترتب عليه بعد الدخول النتائج التالية: أ- المهر في الحد الأقل من مهر المثل و المسمى. ب- ثبوت نسب الأولاد. ج- حرمة المصاهرة. د- وجوب العدّة عقب الفراق رضائيا أو قضائياً أو بعد الموت. هـ- وجوب نفقة العدة. و- وجوب النفقة الزوجية إن كانت الزوجة تجهل فساد العقد. ز- لا توارث بين الزوجين)).

مطابقة للمادة 507 مدني مصري. ومع ذلك تبقى آثاره سارية وفقاً لشروطه المتفق عليها بين المتعاقدين إلى أن يطلب أحدهما بطلانه.[465] ولا يسري البطلان بأثر رجعي. وتسمى الشركة في مثل هذه الحالة بالشركة الواقعية أو الفعلية.[466] وهذا ما أكدت عليه المادة 4 من قانون الشركات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 29 لعام 2011. وكذلك الحال بالنسبة إلى العقد الصوري، إذ إنه بالنظر إلى الإرادة الحقيقية غير موجود، ولكنه يعدّ موجوداً بالنسبة إلى الغير حسن النية الذي تعامل مع أحد الطرفين إذا تمسّك به، لأن المادة 245 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 244 مدني مصري، تعطي لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية الخيار بين أن يتمسّكوا بالعقد الصوري أو بالعقد الحقيقي. وفي حال تمسك بعضهم بالعقد الصوري، وبعضهم الآخر بالعقد الحقيقي، فتكون الأفضلية لمن تمسك بالعقد الصوري.

الفقرة-2- أثر الإبطال والبطلان بالنسبة إلى الغير:

296- يقصد بالغير هنا كل شخص تلقى حقاً مالياً على الشيء محل العقد الباطل أو العقد القابل للإبطال والذي تقرر إبطاله سواء بعوض أو على سبيل التبرع. وبمعنى آخر يقصد بالغير الخلف الخاص للمتعاقدين. فإذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتقرر إبطاله، ثمّ تبين أن أحد المتعاقدين قد تصرف بالشيء الذي تلقاه نتيجة ذلك العقد إلى شخص آخر، فهل تطبق قاعدة إعادة

---

[465]- تنص المادة 475 مدني على أن ((1- يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلاً. وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد. 2- غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير. ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان)).

[466]- د.جاك الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، 2000/1999، بند 119 وما يليه.

المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد على الغير في مثل هذه الحالة؟ الأصل أن تسري آثار البطلان أو الإبطال على الغير، ولكن القانون نص في بعض الحالات، وعلى سبيل الاستثناء، على عدم سريان تلك الآثار على الغير.

أولاً- المبدأ: سريان أثر البطلان أو الإبطال على الغير:

297- الأصل أن أثر قاعدة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالتي بطلان العقد وإبطاله لا يقتصر على المتعاقدين وحدهما، وإنما يسري على الغير أيضاً الذي يكون قد تلقى حقاً على الشيء محل ذلك العقد من أحد المتعاقدين. والسبب في ذلك هو أن المتعاقد الذي تصرف للغير بذلك الشيء يكون قد تصرف بشيء لا يملكه، لأن بطلان العقد أو إبطاله يستلزم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان عقد البيع باطلاً، ثم تبين أن المشتري في ذلك العقد قد تصرف بالمبيع إلى مشتر ثان، فمن مقتضى قاعدة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد أن يتمكن البائع من استرداد المبيع من المشتري الثاني. ولكن هذا المبدأ يؤدي إلى عدم استقرار التعامل، لذلك فقد أورد المشرع استثناءات عدّة عليه.[467]

ثانياً- الاستثناءات:

298- أورد المشرع والقضاء استثناءات عدّة على مبدأ سريان أثر بطلان العقد وإبطاله على الغير، ومن ثمّ أضفى حماية عليه من نتائج البطلان أو الإبطال. وتقوم حماية الغير في مثل هذه الحالات على تحقيق استقرار التعامل، وترسيخ الأمان القانوني، ورعاية الثقة المشروعة بين المتعاقدين. وهذه الاستثناءات هي:

---

[467]- د.سوار، المرجع السابق، بند 357، ص247.

1:- حماية الغير الذي اكتسب حقاً عينياً على عقار بحسن نية:

299- إذا اشترى شخص عقاراً بموجب عقد، وانتقلت ملكية العقار إلى اسمه في قيود السجل العقاري، ثمّ بعد ذلك باع المشتري العقار من مشترٍ ثانٍ وانتقلت ملكية العقار إلى المشتري الثاني بالتسجيل في السجل العقاري، ثمّ رفع البائع الأول دعوى ببطلان عقد البيع الأول أو بإبطاله وقيد دعواه على صحيفة العقار في السجل العقاري بعد انتقال ملكية العقار إلى المشتري الثاني في السجل العقاري، فإن الحكم ببطلان العقد أو بإبطاله لا يسري على المشتري الثاني طالما أنه حسن النية، وهذا ما أكدته المادة 13 من القرار 188 لعام 1926.[468] ويستمّد المشتري الثاني حقه من قيود السجل العقاري وفقاً لما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض السورية.[469] ويبدو أن محكمة النقض السورية قد خالفت هذا الاجتهاد المستقر في قرار صادر منها حديثاً، إذ جاء فيه ((وحيث أن تمّلك المدعى

---

[468]- تنص المادة 16 من القرار 188 لعام 1926 على أن ((كل من يكتسب حقاً في مال غير منقول مستنداً على قيود و بيانات السجل العقاري يبقى له هذا الحق المكتسب... غير أنه لا يمكن أن يتذرع بمفعول القيود الأشخاص الآخرون الذين عرفوا قبل اكتساب الحق وجود عيوب أو أسباب داعية لإلغاء هذا الحق أو لنزعه من مكتسبه...)).

[469]- جاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة النقض السورية أن ((الحماية الممنوحة للمشتري حسن النية هي للأشخاص الثالثين الذين يستمّدون حقوقهم من قيود السجل العقاري لا من العقود الباطلة أو المزورة... فإذا ما عمد صاحب القيد الذي اكتسب حقه في هذا القيد عن طريق التدليس أو التزوير إلى بيع هذا الحق إلى شخص ثالث حسن النية فإن هذا الحق يكون مستنداً إلى قيود السجل العقاري التي تثبت هذا الحق للبائع وليس من العقد المزور فلا يحتج ببطلان هذا العقد ويكتسب هذا الحق بمفعول القيود العقارية))، قرار رقم 60 أساس 20، تاريخ 1972/12/31، مجلة المحامون لعام 1973، العدّدان 1 و 2، ص6. وفي المعنى ذاته انظر: نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 825/ أساس 1481، تاريخ 1998/5/31، مجلة المحامون لعام 2000، العدّدان 3 و 4، ص288.

عليهم للعقار استناداً إلى ملكية "ي" الباطلة فإن ملكيتهم للعقار تكون باطلة لأن أثر البطلان لا يقتصر على المتعاقدين بل يجاوزهما إلى الغير. وحيث أنه لا يسوغ للغير أن يتذرع بمفعول القيد العقاري ما دام أن هناك شوائب تشوب القيد العقاري ولا مجال للاحتجاج بحسن نية المدعى عليهم...)).[470] ويشكل هذا القرار مخالفة صارخة لنص المادة 13 من القرار 188 لعام 1926، ولاجتهادات الهيئة العامة لمحكمة النقض في هذا الخصوص، مما يضفي عليه صفة الخطأ الجسيم.[471] ويجب على المحكمة المحال عليها الملف بعد نقض حكمها عدم التقيد بهذا القرار نتيجة مخالفته لاجتهاد الهيئة العامة لمحكمة النقض، ولأحكام المادة 13 المشار إليها أعلاه.[472]

---

[470]– الغرفة المدنية الثانية، قرار 2347/أساس 2198، تاريخ 2006/10/30، مجلة المحامون لعام2007، الأعداد 7–9، ص963.

[471]– قررت الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية أن المحاكم تلتزم في أحكامها تطبيق القواعد القانونية التي تقرها الهيئة العامة، وهي إن أغفلت ذلك وقع قضاتها في الخطأ المهني الجسيم، وكانت أحكامهم عرضة للإبطال، قرار 149/أساس 92، تاريخ 1992/12/30، سجلات محكمة النقض.

[472]– ذهبت الهيئة العامة لمحكمة النقض في قرار صادر منها إلى أنه ((يتحتم على محكمة الموضوع وعلى الغرفة ذات العلاقة في محكمة النقض مراعاة حجية الحكم الناقض في تطبيق القانون وعلى واقع مطروح على المحكمة إلا إذا خالف اجتهاداً أقرته الهيئة العامة لمحكمة النقض...))، قرار رقم 167/أساس 328، تاريخ 1994/11/6، سجلات محكمة النقض. وانظر أيضاً تعليق المحامي محمد أديب الحسيني على قرار الغرفة المدنية الثانية، رقم 2347/أساس 2198، تاريخ 2006/10/30، بعنوان "هل هو قرار جريء..أم أنه خطأ مهني جسيم؟، منشور في مجلة المحامون لعام 2007، العدّدان 1 و 2، ص29 و ما يليها.

2:- حماية الغير الذي يحوز منقولاً مادياً بحسن نية:

300- إذا تصرف أحد المتعاقدين بالشيء الذي تلقاه بسبب عقد باطل أو قابل للإبطال للغير بموجب تصرف قانوني، وانتقلت حيازة الشيء إلى الغير، فإن هذا الأخير يكتسب ملكية الشيء إذا كان يجهل وقت حيازته سبب بطلان العقد الأول أو إبطاله استناداً إلى القاعدة التي تقول إن الحيازة في المنقول سند الحائز، والتي تنص عليها المادة 1/927 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 976 مدني مصري.[473]

3:- عقود الإدارة:

301- إذا رتب المتعاقد على عقارٍ، تلقاه نتيجة عقدٍ باطلٍ أو قابلٍ للإبطال، إيجاراً بحسن نية خلال الفترة الممتدة بين انعقاد العقد ورفع دعوى البطلان أو الإبطال، فيبقى عقد الإيجار صحيحاً على الرغم من إبطال عقد المؤجر طالما أنه من أعمال الإدارة الحسنة، وأن مدة الإيجار لا تتجاوز ثلاث سنوات.[474]

4:- حماية الغير الذي يتلقى حقاً من وارث ظاهر:

302- يُضفي القضاء الحماية على الغير الذي يتعاقد مع وارثٍ ظاهرٍ، ويُبقي على تصرفات هذا الأخير على الرغم من ظهور الوارث الحقيقي، وذلك بشرط أن يكون الوارث الظاهر حسن النية، أي لا يعلم وقت تعاقده مع الغير بوجود وارثٍ آخر يحجبه.

---

[473]- تنص المادة 1/927 مدني على أن ((من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكاً إذا كان حسن النية وقت حيازته)).

[474]- تنص المادة 16 من القرار رقم 188 لعام 1926 على ما يأتي: ((أن عقود الإيجار التي أعلنت بقيدها في السجل العقاري بحسب أحكام المادة الثانية عشرة تعارض الحقوق التي تسجل بعدها. أما إذا لم تسجل فلا تعارض حق الغير في كل مدة تتجاوز إيجار ثلاث سنين)).

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثالث

آثـار العقـد

303- يمر العقد بمراحل عدّة قد تبدأ بمرحلة المفاوضات، وهي بمنزلة مرحلة الحمل إذ يمكن أن تؤدي إلى ولادة العقد. وإذا لم تنجح هذه المرحلة فيؤدي ذلك إلى إجهاض فكرة العقد. أما إذا نجحت فتؤدي إلى ولادة العقد، ومن ثمّ تبدأ المرحلة الثانية من مراحل العقد بميلاده، ويكون ذلك بتوافر أركانه. وإذا انعقد العقد صحيحاً، تدب الحياة فيه، ومن ثمّ تبدأ المرحلة الثالثة من المراحل التي يمر بها، وهي مرحلة حياة العقد المتمثلة بالآثار التي يرتبها إذا انعقد صحيحاً. وبمجرد أن ينعقد العقد صحيحاً تصبح له قوة ملزمة. وتقتصر هذه القوة من حيث المبدأ على المتعاقدين- وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية آثار العقد- من ناحية، وعلى ما تضمنه العقد من ناحية أخرى. ومن ثمّ أتناول في هذا الفصل القوة الملزمة للعقد من حيث المضمون، والأشخاص الذين يسري عليهم آثار العقد.

الفرع الأول

القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع

304- تنص المادة 1/148 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/147 مدني مصري، على أن ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون)).[475] ويستوجب تنفيذ العقد احتراماً لقوته الملزمة تحديد مضمونه وحدود هذا المضمون، وعندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد لا بد أن يكون هناك مؤيد أو جزاء يضمن حقوق المتعاقد الآخر.

---

[475] - كررت المادة 15/أ من قانون تنظيم العلاقات الزراعية لعام 2004 ما جاء في المادة 1/148 مدني. وانظر كذلك: نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 467، تاريخ 2005/4/12، مجلة المحامون، العدّدان 1 و 2 لعام 2006، ص94 و 95.

المبحث الأول

تعيين مضمون العقد

305- العقد هو توافق إرادتين، وتطابقهما، على إحداث أثر قانوني يتمثل بالحقوق والالتزامات التي يُنشئها، وهذا التوافق بين الإرادتين قوام العقد يتطلب التعبير عنهما. ومن ثمّ يتصل مضمون العقد بصلة وثيقة بإرادة المتعاقدين، وذلك لأنه يشمل على ما أراد المتعاقدان إنشاءه من حقوق والتزامات، مع طريقة التنفيذ المتفق عليها وفقاً لمقتضيات حسن النية. ويُستخلص من ذلك أن تعيين مضمون العقد يتطلب معرفة مدلول العبارات التي عبّر بموجبها المتعاقدان عن إرادتهما، ومن ثمّ تحديد نطاق العقد، وتنفيذه وفقاً لما اشتمل عليه. ويجب على المحكمة أن تناقش العقد وفق مضمونه الواضح والصريح، وتطبق أحكام القانون الصريحة والواضحة في ضوء ما جاء في العقد.[476]

المطلب الأول

تفسير العقد وتكييفه

306- يختلف تفسير العقد عن عملية تكييفه من حيث أن التفسير يهدف إلى التعرّف على النية المشتركة للمتعاقدين سواء من خلال عبارة العقد الواضحة التي تدل دلالة صريحة عليها، أم من خلال تفسير عبارات العقد الغامضة؛ أما تكييف العقد فيهدف إلى إعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح من أجل تحديد آثاره المترتبة عليه. وعملية التكييف تأتي بعد التعرّف على النية المشتركة للمتعاقدين.

---

[476]- نقض سوري، الهيئة العامة، غرفة المخاصمة، قرار رقم 467/ أساس 705، تاريخ 2010/11/22، منشور في مجلة المحامون، الأعداد 3-6 لعام 2012، ص389 و390، إذ قررت الهيئة العامة لمحكمة النقض قبول دعوى المخاصمة وإبطال القرار محل المخاصمة.

الفقرة-1- تفسير العقد:

307- تنص المادة 151 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 150 مدني مصري، على أنه ((1- إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات)). وتنص المادة 1188 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يُفسر العقد وفق الإرادة المشتركة للمتعاقدين، من دون الوقوف عند المعنى الحرفي للعبارات.

وعندما لا يمكن التعرّف على هذه الإرادة، يُفسر العقد وفق المعنى الذي يعطيه له شخصٌ معقولٌ يكون في الوضع ذاته.

ويُستفاد من ذلك أن تفسير العقد يعني التعرّف على النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك من خلال العبارات المستعملة في التعبير عن الإرادة.[477] وعبارة العقد التي تدل على النية المشتركة للمتعاقدين إما أن تكون واضحة، وإما أن تكون غامضة.

أولاً:- حالة وضوح عبارة العقد:

308- إذا كانت عبارة العقد واضحة في الدلالة على ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين فلا يجوز للقاضي الانحراف عنها وحملها على خلاف معناها الظاهر بحجة تفسيرها، وهذا ما نصت عليه المادة 1/151 مدني سوري،

---

[477]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 386 وما يليه، ص591 وما يليها. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 255 وما يليه، ص480 وما يليها. د.سوار، المرجع السابق، بند 417 وما يليه، ص310 وما يليها.

وهي مطابقة للمادة 1/150 مدني مصري، صراحة.[478] وهذا تطبيق صريح للقاعدة الفقهية المتضمنة أنه " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"، والتي كانت مجلة الأحكام العدلية تنص عليها في المادة 14 منها. ولكن إذا قامت قرينة على أن المراد بعبارة العقد خلاف ظاهرها، يجب على القاضي عندئذ تفسيرها بما يتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين. ويترتب على ذلك أنه لا يكفي من أجل عدّ العبارة المستعملة في العقد واضحة لا يجوز الانحراف عنها بحجة تفسيرها أن تكون واضحة في ذاتها، وإنما يجب أن تكون واضحة أيضاً في دلالتها على النية المشتركة للمتعاقدين وإلا كانت بحاجة إلى التفسير.[479] فيجوز للقاضي مثلاً عدّ المبلغ الذي دفعه المشتري إلى البائع جزءاً من الثمن حتى لو نص العقد صراحة على أنه عربون، وذلك لأنه يحق له أن يعدّل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلى معناه الحقيقي الذي قصده المتعاقدان.[480] ومن ثمّ فإن المقصود بالوضوح في المادة 1/151 مدني سوري هو وضوح الإرادة لا وضوح العبارة.[481] وفي حال الخلاف بينهما يتوجب على القاضي أن يعدّل عن العبارة الواضحة إلى مدلول الإرادة.[482] وإذا انحرف القاضي عن عبارة العقد الواضحة في ذاتها وفي الدلالة على حقيقة ما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين منها، وحمل هذه العبارة على معنى يخالف معناها الظاهر من طريق تفسيرها، فيكون قد خالف نص المادة

---

[478]– نقض مدني، الغرفة المدنية الثانية، قرار 855/أساس 613، تاريخ 2007/4/29، مجلة المحامون، العدّدان 9 و 10 لعام 2008، ص1316.

[479]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 290 وما يليه، ص 601 وما يليها.

[480]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 580/ أساس 1193، تاريخ 1976/6/3، مجلة المحامون لعام 1976، ص673.

[481]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 391، ص601 و602.

[482]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 916/أساس 1494، تاريخ 1997/6/29، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4549، ص2232.

1/151، ومن ثمّ يكون حكمه عرضة للنقض، لأن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير عبارة العقد الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم.[483] وعدّت محكمة النقض المصرية تفسير العقد في مثل هذه الحالة مسخاً له.[484] وأما محكمة النقض السورية فعدّت تفسير العقد في مثل هذه الحالة تحريفاً للإرادة وتشويهاً للعقد.[485] وأما إذا عدّلت محكمة الموضوع عن المعنى الواضح إلى معنى آخر يعدّ أنه هو الذي قصد إليه المتعاقدان وجب عليها أن تبين في أسباب حكمها أسباب العدول عن المعنى الواضح.[486] ولا يعني تقيد القاضي بالمعنى الواضح لعبارة العقد وعدم جواز انحرافه عنه من طريق تفسيره أن المشرع قد أخذ في المادة 1/151 مدني سوري بالإرادة الظاهرة، وإنما افترض أن هذه الإرادة الظاهرة هي ذاتها الإرادة الباطنة، وهذا الافتراض يقبل إثبات العكس. ويترتب على ذلك أن القاضي إنما يفسر مظهر التعبير عن الإرادة سواء أكان هذا المظهر كتابةً أم شفاهةً أم إشارةً أم سكوتاً.[487]

---

[483]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 144/ أساس 280، تاريخ 1981/1/29، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 369، ص671. والغرفة المدنية الثانية، قرار 1087/أساس 1735، تاريخ 2000/7/30، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4482، ص2203.

[484]– نقض مصري، 4 مايو 1961، مجموعة أحكام النقض 12–444–64، أشار إليه د.مرقس، المرجع السابق، ص486، هامش 16.

[485]– نقض مدني، الغرفة المدنية الثانية، قرار 395/أساس 955، تاريخ 1999/3/14، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4484، ص2204.

[486]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 764/أساس 1228، تاريخ 2000/5/21، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4493، ص2208.

[487]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1729/أساس 2628، تاريخ 1999/11/7، منشور في موسوعة القضاء المدني...، القاعدة رقم 4503، ص2212.

ثانياً:- حالة غموض عبارة العقد:

309- أما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة أي غامضة، بحيث يمكن حملها على أكثر من معنى، فيجب على القاضي استجلاء معانيها من طريق تفسيرها للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، من دون أن يقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، لأن العبرة في العقود، كما تقول القاعدة الفقهية المنصوص عليها في المادة 3 من المجلة، للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. ومن ثمّ فإن الغاية من التفسير في مثل هذه الحالة ليست التعرّف على إرادة كل متعاقد على نحو فردي، وإنما يهدف التفسير إلى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، أي إرادتهما المشتركة، وذلك لأن العقد يتمّ بتوافق هاتين الإرادتين وتطابقهما. ويجب على القاضي أن يستهدي، عندما يلجأ إلى تفسير عبارة العقد غير الواضحة، طبقاً لما نصت عليه المادة 2/151 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/150 مدني مصري، بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.[488] وهذه العوامل الثلاثة لم تُذكر على سبيل الحصر، وإنما ذُكِرت على سبيل المثال. فيمكن للقاضي أن يستدل على إرادة المتعاقدين من خلال الدلائل الاستئناسية، وأن يستعين بالقواعد الأصولية في فهم النصوص. ومن هذه القواعد: "أن إعمال الكلام أولى من إهماله،"[489] و" الأصل في الكلام الحقيقية،"[490] و"لا عبرة للدلالة في مقابلة

---

[488]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني ....، المصادر، المرجع السابق، بند 265، ص325 وما يليها.

[489]- انظر المادة 60 من المجلة. وكرست محكمة النقض السورية هذه القاعدة في القرار الصادر من الغرفة المدنية الثانية رقم 1678/أساس 125، تاريخ 2000/12/3، منشور في موسوعة القضاء المدني...، القاعدة رقم 4536، ص2227.

[490]- انظر المدة 12 من المجلة.

التصريح،"[491] و" أن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني".[492] كما يمكن للقاضي أن يستأنس، في عملية بحثه عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين من أجل استجلاء معنى العبارة غير الواضحة، ببعض قواعد التفسير التي نص عليها القانون المدني الفرنسي في المواد 1189 ولغاية 1191 في صياغتها الجديدة لعام 2018،[493] ومنها إذا كان شرط من شروط العقد يحتمّل معنيين، وجب حمله على المعنى الذي يترتب عليه أثر قانوني ما،[494] لا على المعنى الذي لا يترتب عليه أي أثر ؛ويجب حمل العبارات التي تحتمل معنيين على المعنى الذي بلائم موضوع العقد على نحو أكثر ؛ وكل شروط العقد تفسر بعضها بعضاً على نحو يعطي لكل منها المعنى الذي يستخلص من التصرف بأكمله. ومن ثمّ لا يجوز للقاضي الوقوف على عبارة واحدة في العقد دون بقية العبارات الواضحة فيه، وإلا عدّ ذلك خروجاً عن التطبيق السليم لقواعد التفسير، مما يجعل حكمه عرضةً للنقض.[495]

---

[491]- انظر المادة 13 من المجلة.

[492]- انظر المادة 3 من المجلة. وكرست محكمة النقض السورية هذه القاعدة في القرار الصادر من الغرفة المدنية الثانية رقم 780/أساس 853، تاريخ 1997/6/29، منشور في موسوعة القضاء المدني...، القاعدة رقم 4539، ص2228.

[493]- تنص المادة 1189 من القانون المدني الفرنسي على أن شروط أي عقدٍ تُفسر بعضها بالنظر إلى بعضها الآخر، على نحوٍ يعطي لكل شرطٍ المعنى الذي يراعي انسجام التصرف كله. وإذا كانت عدة عقودٍ تشترك في عملية واحدة، فتفسر من أجل التعرف على الإرادة المشتركة وفقاً لتلك العملية.

وتنص المادة 1191 منه على أنه إذا كان شرطٌ يحتمل معنيين، فيرجح المعنى الذي يمنحه أثراً على المعنى الذي لا يمنحه أي أثر.

[494]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 210/أساس 187، تاريخ 1999/2/28، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4481، ص2202 و 2203.

[495]- نقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار 238/أساس 322، تاريخ 2000/6/29، منشور في موسوعة القضاء المدني...، القاعدة رقم 4504، ص2213.

وإذا كان العقد من العقود المطبوعة باستثناء بعض الفراغات التي أُملئت بخط اليد، ففي حال التعارض بين الكتابة المطبوعة والكتابة الخطية يجب على القاضي ترجيح الكتابة الخطية على الأولى لأنها تشكل الإرادة الواضحة للمتعاقدين.[496] ولا يوجد ما يمنع على القاضي أن يستجلي كوامن العقد إن غمض بعضها بالكشف والخبرة وشهادة الشهود، ولا يكون القاضي بذلك قد أجاز الإثبات بالشهادة لموضوع أو واقعة لا تقبل الإثبات بالشهادة، وإنما من أجل توضيح الدليل الخطي وتعزيز قناعته.[497] وإذا تمكن القاضي، بالاستناد إلى هذه العوامل والقواعد، من استجلاء الغموض الذي يعتري عبارة النص غير الواضحة، ومن ثمّ توصل إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فيتوجب عليه إعمال هذه الإرادة وتحديد مضمون العقد على ضوئها.[498] ويعدّ تعرّف القاضي على النية المشتركة للمتعاقدين في حالة عبارة العقد غير الواضحة مسألة واقع، لا مسألة قانون، ومن ثمّ فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، من دون أن تكون لمحكمة النقض رقابة عليه في

---

[496]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1318/أساس 1508، تاريخ 1995/11/19، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4554، ص2234. ونقض سوري، الغرفة الايجارية، قرار رقم 1084/ أساس 865، تاريخ 2017/10/8، مجلة المحامون، الأعداد 1-4 لعام 2018، ص122 وما يليها.

[497]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1111/أساس 537، تاريخ 2000/7/31، منشور في موسوعة القضاء المدني...، القاعدة رقم 4521، ص2221. ويجب أن يكون تفسير العقد في ضوء ما تضمنه، ومن مجمل العلاقة بين الطرفين، نقض سوري، الهيئة العامة، قرار رقم 425/ أساس 929، تاريخ 2008/12/22، المحامون، العددان 7 و 8 لعام 2009، ص999.

[498]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 398، ص613.

ممارسة هذه السلطة بشرط أن يكون حكمه مسوغاً.[499] أما نعت عبارة العقد بالوضوح أو بالغموض فهو مسألة قانون يخضع القاضي فيها لرقابة محكمة النقض.[500] وإذا كان تفسير العقد، في حال عدم وضوح عبارته، يخضع لسلطة قاضي الموضوع التقديرية، إلا أنه يجب أن يكون تفسيره منسجماً مع مضمون العقد وما يقتضيه تنفيذه، لا أن يخرج عنه خروجاً واضحاً على نحو ينحدر به إلى درجة الخطأ المهني الجسيم.[501]

ثالثاً:- قيام الشك في التعرف على حقيقة معنى العبارة غير الواضحة:

310- إذا كانت عبارة العقد غامضة تحتمل أكثر من معنى، ولم يستطع القاضي ترجيح أحد هذه المعاني، فيبقى الشك حائماً حول حقيقة دلالة عبارة العقد، ويعدّ ذلك قرينة على عدم توافر نية مشتركة للمتعاقدين. وهذه تشكل حالة الشك الذي لا تتمكن عوامل التفسير من إزالته. وقد أوجب القانون في هذه الحالة أن يفسر الشك في مصلحة المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 1/152 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/151 مدني مصري، وكذلك المادة 1190 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه عند الشك، يُفسر

---

[499]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 1380/أساس 610، تاريخ 2000/10/22، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4500، ص2211. ونقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 709/ أساس 881، تاريخ 2016/8/23، مجلة المحامون، الأعداد 1-4 لعام 2017، ص127.

[500]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 93/أساس 43، 1995/2/1، مجلة المحامون، العدّدان 3 و 4 لعام 1997، ص274.

[501]- نقض سوري، الهيئة العامة، قرار رقم 295/أساس 164، تاريخ 2007/6/25، مجلة المحامون، العدّدان 1 و 2 لعام 2008، ص49؛ ونقض سوري، الهيئة العامة، قرار رقم 190/ أساس 675، تاريخ 2011/6/6، مجلة المحامون، الأعداد 7-12 لعام 2015، ص531.

عقد المناقشة الحرة ضد الدائن ولمصلحة المدين، ويُفسر عقد الإذعان ضد من اقترحه. وأساس هذه القاعدة هو القاعدة الفقهية القائلة إن الأصل براءة الذمة.[502] ويترتب على ذلك أن الالتزام هو الاستثناء، ويجب تفسير الاستثناء تفسيراً ضيقاً. زدّ على ذلك أن الأصل هو أن البينة على المدعي،[503] ومن ثمّ إذا لم يستطيع الدائن إثبات الالتزام في مداه الواسع، فيأخذ بالمدى الضيق له الثابت بالدليل.[504] ويرى الفقه، بحق، أن المقصود بالمدين هنا ليس فقط المتعاقد الذي يقع على عاتقه عبء الالتزام، وإنما المقصود به المتعاقد الذي يقع على عاتقه الشرط أيضاً، ومن ثمّ يمكن أن يكون المدين مديناً بالالتزام كما يمكن أن يكون مديناً بالشرط أيضاً حتى لو كان دائناً بالالتزام، وأن كان في معظم الأحيان المدين هو المدين بالالتزام وبالشرط معاً.[505] فإذا تعاقد تاجر مع سمسار على أن يدفع له عمولة مقابل كل صفقة يبرمها عن طريق وساطته وذلك عند تمامها، من دون أن يحدد العقد وقت الدفع، ولم يتمّكن القاضي من تفسير عبارة هذا العقد، فيجب عليه أن يفسر الشك في مصلحة المدين، ومن ثمّ يتوجب عليه دفع العمولة عند تنفيذ الصفقة لا عند إبرامها.[506] أما إذا تضمن العقد شرطاً غامضاً، ولم يتمّكن القاضي من جلاء معناه، فيجب تفسير هذا الشرط في مصلحة من يقع على عاتقه حتى لو كان هو الدائن بالالتزام، كما لو دهس شخص بسيارته عابر سبيل، ثمّ حُكم للمضرور بالتعويض، وبعد ذلك اتفق المضرور مع المسؤول عن الضرر

---

[502]– انظر المادة 8 من مجلة الأحكام العدلية.

[503]– انظر المادة 76 من مجلة الأحكام العدلية.

[504]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 398 وما يليه، ص614 وما يليها. ود. سوار، المرجع السابق، بند 427، ص319 وما يليها.

[505]– د. عبد الباقي، المرجع السابق، بند 266، ص525 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 247، ص319 وما يليها.

[506]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 400، ص616.

على إعفاء هذا الأخير من المسؤولية أو على تخفيفها، وقام بعد ذلك شك حول تفسير هذا الشرط، فيجب على القاضي أن يفسر شرط الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها في مصلحة المضرور لأنه هو المدين بهذا الشرط، حتى لو كان هو الدائن في الالتزام بالتعويض.[507]

واستثنى المشرع من نطاق قاعدة الشك يفسر في مصلحة المدين عقود الإذعان، حيث أوجب تفسير الشك فيها لمصلحة الطرف المذعَن مديناً كان أم دائناً، وهذا ما نصت عليه المادة 2/152 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/151 مدني مصري.

وإذا خالف القاضي الحكم الذي نصت عليه المادة 152 مدني سوري والمتضمن تفسير الشك في مصلحة المدين، فيخضع حكمه لرقابة محكمة النقض، إذ إن مثل هذا الأمر لا يعدّ مسألة واقع، وإنما مسألة قانون.

الفقرة-2- تكييف العقد:

311- إذا توصل القاضي إلى النية المشتركة للمتعاقدين، سواء من طريق عبارة العقد الواضحة أم من طريق تفسير عبارة العقد غير الواضحة، يتوجب عليه تكييف العقد وإضفاء الوصف القانوني الصحيح عليه حتى يتمكن من ترتيب آثاره القانونية عليه وإلزام طرفيه بها.[508] ويمتاز التكييف بأهمية خاصة في نطاق العقد، حيث تختلف القواعد القانونية التي تطبق على العقد تبعاً لماهيته. ولا يتقيد القاضي بالوصف الذي يطلقه المتعاقدان على العقد، وإنما عليه أن يعطيه

---

[507]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 266، ص 525 وما يليها.

[508]- نقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 857/أساس 923، تاريخ 2005/7/20، مجلة المحامون، العدّدان 7 و 8 لعام 2008، ص1044. وقرار الغرفة المدنية الثانية رقم 1489/أساس 1318، تاريخ 2007/6/25، مجلة المحامون، العدّدان 11 و 12 لعام 2008، ص1595.

الوصف القانوني السليم من دون أن يغير من وقائع الدعوى، ومن ثمّ إذا تنازل أحد طرفي العقد عن مطالبه لقاء مبلغ من المال، فلا يعدّ ذلك صلحاً، وإنما بيعاً للحقوق المتنازع عليها.[509] ويقوم توصيف العقد في مثل هذه الحال على تفسير القاضي لما هو معلوم من وقائع في ملف الدعوى تفسيراً عقلياً ومنطقياً من أجل تكوين اعتقاده من طريق استخلاص الواقعة المجهولة التي يراد إقامة الدليل عليها من مقدمات هذه الوقائع المعلومة.[510] وتمارس محكمة النقض رقابتها على قاضي الموضوع في تكييفه لهذه الوقائع.

المطلب الثاني
تحديد نطاق العقد

312- بعد أن ينتهي القاضي من عملية تفسير العقد وتكييفه التكييف القانوني السليم، يتوجب عليه تحديد نطاقه، ويُراد من ذلك تحديد الدائرة التي تحصر آثاره وتبين ما يتناوله وما لا يتناوله، إذ إن آثار العقد لا تقتصر فقط على ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين صراحة في العقد، وإنما يشمل أيضاً ما يعدّ من مستلزماته حتى لو لم تتجه إليه تلك الإرادة، وهذا ما أكدت عليه المادة 2/149 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/148 مدني مصري، بقولها ((ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)). ويُستخلص من ذلك أنه يتوجب على القاضي، من أجل تحديد نطاق العقد، أن يحدد هذه المستلزمات ويضيف

---

[509]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 793/أساس 1369، تاريخ 1997/6/29، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4428، ص2179.

[510]- نقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار 470/أساس 871، تاريخ 2000/12/5، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4432، ص2180.

إليها ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين؛ ومن مجموع ذلك يتكون نطاق العقد.[511] وعندما يقوم القاضي بهذا العمل فإنه لا يفسر العقد، وإنما يكمل أحكامه. ويتبين من ذلك أن تكميل العقد لا يكون إلا إذا كان العقد يعاني من نقص يتوجب سده.[512]

الفقرة-1- عوامل تحديد مستلزمات العقد:

313- ذكرت المادة 2/149 مدني سوري، المشار إليها أعلاه، عوامل عدّة، على سبيل المثال لا الحصر، يمكن للقاضي أن يسترشد بها في عملية تحديد نطاق العقد، وهي:

أولاً- طبيعة الالتزام:

314- يجب ألا يُقتصر في تحديد نطاق العقد على ما يُذكر صراحة فيه، بل يشمل أيضاً ما هو من توابع المحل ومستلزماته وفقاً لما تقضي به طبيعة الالتزام طبقاً للقانون والعرف والعدالة. ففي بيع السيارات، يشمل العقد ملحقات المبيع وكل ما أُعدّ بصفة دائمة لاستعماله وفقا لما جاء في المادة 400 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 432 مدني مصري. وكذلك إذا كان محل العقد بيع حق شخصي، بموجب حوالة حقٍ، فإن البيع يشمل ضمانات هذا الحق من رهن أو كفالة.

ثانياً- القانون:

315- سبقت الإشارة إلى أن العقد ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين على الأمور الجوهرية بشرط عدم تعرضهما للقواعد التكميلية. وفي مثل هذه الحال يقوم القاضي بتكميل العقد بالاستناد إلى القواعد التكميلية التي ينص عليها القانون.

---

[511]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 361، ص502 وما يليها.

[512]- د.سوار، المرجع السابق، بند 429، ص323.

ففي عقد البيع إذا اتفق المتعاقدان على المبيع والثمن، وسكتا عن الأمور الأخرى، كزمان دفع الثمن ومكانه، وزمان تسليم المبيع ومكانه، ونفقات العقد، فينعقد العقد على الرغم من ذلك، ويقوم القاضي بتكميل هذا العقد بالاستناد إلى القواعد التكميلية التي نص عليها القانون المدني بصدد عقد البيع، وتكون هذه القواعد جزءاً من عقد البيع في مثل هذه الحالة.

ثالثاً:- العرف:

316- لا يعدّ العرف من عوامل تفسير العقد فحسب، وإنما يعدّ من عوامل تحديد نطاقه أيضاً. ويعدّ من العرف الشروط المألوفة التي جرت العادة على إضافتها في عقود معينة، بحيث أصبح وجودها في مثل تلك العقود أمراً مفروضاً حتى لو لم تُدرج فيها، طالما لم يتفق المتعاقدان صراحة على خلاف ذلك. ومثال ذلك ما جرت عليه العادة في الفنادق الفخمة وفي المطاعم من أن يضاف إلى فاتورة الزبون نسبة مئوية توزع على العاملين.[513]

رابعاً:- العدالة:

317- يجب أن يشمل نطاق العقد، علاوة على ما تقدم، ما تقتضيه قواعد العدالة. فلا يقتصر التزام البائع على القيام بما هو ضروري من أجل نقل الحق المبيع إلى المشتري، وإنما يتوجب عليه أيضاً أن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل ذلك الحق مستحيلاً أو عسيراً، وفق ما نصت عليه المادة 396 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 428 مدني مصري. ومثال ذلك تعاقد صاحب مصنعٍ مع عالمٍ خبير على إجراء بحوث وتجارب، فإن ذلك يستتبع التزامه بأن يكون استثمار ما يصل إليه من اختراعات حقاً لصاحب المصنع ولو لم ينص العقد

513- د.مرقس، المرجع السابق، بند 261، ص502 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 430، ص323 و324.

على ذلك، وهذا ما أكدت عليه المادة 654 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 688 مدني مصري.[514]

الفقرة-2- رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في تكملة العقد:

318- لا يلزم القاضي، عندما يقوم بتكميل العقد، بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإنما يقوم بسد نقصٍ اعترى العقد، وذلك وفقاً لأحكام المادة 2/149 مدني سوري، المشار إليها أعلاه. ويترتب على ذلك أن تكميل العقد لا يعدّ مسألة واقع، وإنما هو مسألة قانون، ومن ثمّ يخضع قاضي الموضوع في قيامه بتكميل العقد لرقابة محكمة النقض. ويُستنتج من ذلك أنه يتوجب على محكمة النقض نقض الحكم إذا لم يدخل القاضي في نطاق العقد ما تستلزمه طبيعة الالتزام، أو القانون أو العرف أو العدالة؛ أو إذا أدخل القاضي في نطاق العقد ما لا يعدّ من مستلزماته وفق العوامل السابقة.[515]

المطلب الثالث

تنفيذ العقد

319- المبدأ، في مجال تنفيذ العقد، هو أن العقد شريعة المتعاقدين يجب تنفيذه وفقاً لمضمونه. ولكن لا يعدّ هذا المبدأ مطلقاً، وإنما أورد المشرع استثناءات عدّة عليه.

---

[514]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 407، ص621 و622. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 267، ص327 و 328.

[515]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 408، ص622. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 261، ص506.

الفقرة-1- المبدأ العام: العقد شريعة المتعاقدين: وجوب تنفيذ العقد وفقاً لمضمونه:

320- تنص المادة 1/148 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/147 مدني مصري، على أن ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون)).

كما تنص المادة 1/149 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/148 مدني مصري، على أنه ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)). ويُستخلص من هذين النصين أن العقد شريعة المتعاقدين وقانونهما الذي وضعاه بإرادتهما المشتركة، ومن ثم يتوجب عليهما تنفيذ ما ينجم عنه من التزامات بحسن نية.[516]

أولاً:- العقد شريعة المتعاقدين:

321- يُلزم نص المادة 1/148 مدني سوري المشار إليه أعلاه، والذي يتضمن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعدّ نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الإرادة، المتعاقدين بمضمون عقدهما، وبالنطاق الذي يحدده القاضي وفق ما سبق قوله. ولا يُلزم العقد المتعاقدين إلا طبقاً لما يجيزه القانون، أي بشرط ألا يعارض النظام العام والآداب. وهذا ما أكدت عليه صراحة المادة 1103 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه تعدّ العقود المبرمة قانوناً بمنزلة القانون بالنسبة إلى من أبرمها.

---

[516]- نقض سوري، الغرفة الايجارية، قرار رقم 623/ أساس 301، تاريخ 2015/5/24، مجلة المحامون، الأعداد 1-6 لعام 2016، ص64 وما يليها، إذ جاء فيه " أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ولو لم يكن سنداً رسمياً، وأنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية والعدالة..."، ص67.

كما تنص المادة 1193 من القانون ذاته، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه لا يمكن تعديل العقود ولا العدول عنها إلا برضا مشترك للمتعاقدين، أو وفق الأسباب التي يجيزها القانون.

ويقصد بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن الالتزامات والحقوق الناشئة من العقد لها قوة الالتزامات والحقوق الناشئة من القانون، وبمعنى آخر العقد هو القانون الذي ينظم العلاقة بين المتعاقدين.[517] ويترتب على ذلك أن تعديل العقد أو نقضه يكون خاضعاً لاتفاق الطرفين، إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك. ومن ثمّ لا يحق لأي من المتعاقدين أن يتحلل من التزاماته إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر، أو باللجوء إلى القضاء.[518] ومن مقتضى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن القاضي أيضاً يُلزم بمضمون العقد، فليس له نقض العقد بإرادته، ولا تعديله بحجة العدالة، إذ ليس من شأن العدالة مسخ إرادة المتعاقدين أو نسخها، وإنما تكملة هذه الإرادة. ويترتب على ذلك أنه يجب تنفيذ العقد وفقاً لما أُتفق عليه.[519] ولكن في بعض الحالات يمنح القانون بعض السلطات للقاضي، في مجال إنشاء العقد، كما هو عليه الحال فيما إذا لم يتمّ الاتفاق على المسائل الفرعية في العقد؛ وسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في المسائل المدنية إذا كان تقدير التعويض مبالغاً فيه.[520]

---

[517]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1205/أساس 1265، تاريخ 2007/5/28، مجلة المحامون، العدّدان 9 و10 لعام 2008، ص1341.

[518]– نقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار 783/أساس 890، تاريخ 2005/6/21، مجلة المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 2008، ص749.

[519]– نقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار 787/أساس 900، تاريخ 2005/6/21، مجلة المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 2005، ص750.

[520]– د.الزرقاء، شرح القانون المدني ....، المصادر، المرجع السابق، بند 269، ص334 و 335. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 410 وما يليه، ص623 وما يليها.

ثانياً:- تنفيذ العقد بحسن نية:

322- يُظل مبدأ حسن النية العقود جميعها، ويعدّ من أهم المبادئ القانونية التي تحكم مرحلة تكوين العقد وتنفيذه، لا بل حتى مرحلة ما قبل العقد. وهذا ما أكد عليه القانون المدني الفرنسي في المادة 1104 منه، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه يجب أن تُناقش العقود وتُبرم وتُنفذ بحسن نية. ويعدّ هذا الحكم من النظام العام.

وكذلك في المادة 1112 منه، في صياغتها الجديدة لعام 2018، والتي جاء فيها أنه تعدّ المبادرة إلى المفاوضات ما قبل التعاقدية وسيرها وانقطاعها حرةً، ويجب على نحوٍ آمر أن تلبي متطلبات حسن النية.

ويقصد بحسن النية توخي المتعاقدين الاعتدال في تنفيذ التزاماتهم الناشئة من العقد، ومراعاة الأمانة والنزاهة في ذلك. فمن أستأجر سيارة مثلاً لإيصاله إلى مكان معين، بأجرة على المسافة، يجب على السائق سلوك أقرب الطرق، فإن لم يفعل ذلك يعدّ مخلاً بالتزامه ومسؤولاً مسؤولية عقدية عن ذلك الإخلال. وعدم مراعاة مثل هذه الأمانة والنزاهة ومثل هذا الاعتدال قي تنفيذ العقد يجعل المتعاقد سيء النية. وسوء النية في تنفيذ العقد يسمى في اصطلاح القانون غشاً، وهو يقابل التدليس عند تكوين العقد.[521] وحسن النية معيار ذاتي، ويعدّ من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، ومن ثمّ فهو يخضع لسلطة قاضي الموضوع التقديرية من دون معقب عليه من محكمة النقض.[522] ويراعي القانون حسن النية

---

[521]- د. الزرقاء، شرح القانون المدني...، المرجع السابق، بند 268، ص329.

[522]- نقض مصري، 16 مايو 1977، مجموعة أحكام النقض 28-1214-209، أشار إليه د.مرقس، المرجع السابق، بند 363، ص 508 و 509، هامش 1. وجاء في قرارٍ آخر لمحكمة النقض السورية أن سوء النية ليست واقعة عقدية، وبإمكان المحكمة التثبت منها إما بالوثائق أو

في تنفيذ العقد، فيمنح المدين الذي لم ينفذ التزامه نظرة الميسرة إذا كان حسن النية، وفق ما نصت عليه المادة 2/344 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/346 مدني مصري. كما يعاقب القانون على سوء النية، إذ إنه يُلزم المدين في المسؤولية العقدية إذا كان سيء النية بالتعويض عن الضرر غير المتوقع وقت انعقاد العقد أيضاً، طبقاً لما نصت عليه المادة 2/222 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/221 مدني مصري. ويستلزم مبدأ حسن النية في بعض العقود التعاون بين المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهما، فمن يُخل بهذا التعاون يعدّ سيء النية. ومثال ذلك عقد الشركة، إذ إنه يتطلب التعاون بين الشركاء من أجل تنفيذ الالتزامات الناشئة منه. ومثال ذلك أيضاً قيام المشتري بإخطار البائع بدعوى الاستحقاق التي رفعها ضده شخص يدعي ملكيته للمبيع، وذلك في وقت ملائم وفق ما نصت عليه المادة 408 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 440 مدني مصري.

ويُغني مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد عن نظرية التعسف في استعمال الحق في نطاق العقود في بعض الأحيان، إذ إن المتعاقد الذي يطالب بحقه من دون مراعاة مبدأ حسن النية يكون مخلاً بالتزامه بتنفيذ العقد بحسن نية، ومن ثمّ يعدّ مسؤولاً عن ذلك مسؤولية عقدية؛ قبل أن يكون مسؤولاً عن ذلك، على أساس التعسف في استعمال الحق، مسؤولية تقصيرية.[523]

الفقرة-2- الاستثناءات من المبدأ: نظرية الظروف الطارئة:

323- ترد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين استثناءات عدّة، منها العربون، وهو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر عند إبرام العقد محسوباً من

الشهادة، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 319/ أساس 325، تاريخ 2014/11/9، سجلات محكمة النقض.

[523]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 413، ص626 وما يليها.

العوض الذي التزم بدفعه في العقد. ويفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، وفق ما نصت عليه المادة 104 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 103 مدني مصري. ومن ثمّ يحق لأي من الطرفين أن ينقض العقد بإرادته المنفردة، استثناءً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا إذا تبين من اتفاق الطرفين أن دفع العربون كان لتأكيد العقد، فلا يمكن الرجوع عنه.[524] ومن هذه الاستثناءات سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها في عقود الإذعان، طبقاً لما قضت به المادة 150 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 149 مدني مصري. ولكن أهم هذه الاستثناءات ما جاء في المادة 2/148 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/147 مدني مصري، بشأن نظرية الظروف الطارئة، إذ تنص على ما يأتي: ((ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)). ومقتضى هذه النظرية وقوع حوادث عامة بعد انعقاد العقد وفي أثناء تنفيذه لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرامه، ومن شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقاً مما يهدده بخسارة فادحة. وطالما أن هذه الحوادث لم تؤدِ إلى استحالة تنفيذ الالتزام، فيلزم المدين بالوفاء به استناداً إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين واحتراماً لقوته الملزمة. ولكن تقضي العدالة، في مثل هذه الحالة، مراعاة هذه الحوادث التي طرأت بعد تنفيذ العقد، وتعديل التزامات المدين بما يتناسب مع الظروف الجديدة،

---

[524]– د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 269، ص329 وما يليها.

إذ أنه يعدّ من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف.[525] وقد انتهى الفقه والقضاء إلى ترجيح اعتبارات العدالة على صرامة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مثل هذه الحالة، ثم سارت على منوالهما معظم القوانين المعاصرة، ومنها القانون المدني السوري.

أولاً:- أصل النظرية وأساسها:

324- يبدو أن أصل نظرية الظروف الطارئة Théorie de l'imprévision يعود إلى القانون الكنسي الذي كان يهدف إلى أن تسود العدالة العقود ليس فقط وقت إبرام العقد، وإنما أيضاً عند تنفيذه. ونتيجة ذلك تضمن هذا القانون نظرية الثمن العادل، والأجر العادل، ومنع الغبن في العقود، وذلك لأنه عدّه من قبيل الرِّبا، سواء حصل ذلك عند تكوين العقد أم عند تنفيذه. وأقام فقهاء القانون الكنسي هذه النظرية على أساس شرط ضمني يُفترض أن العقد يتضمنه، وهو بقاء الظروف التي أحاطت بالعقد وقت إبرامه على حالها عند تنفيذ العقد، من دون أي تعديل جوهري يمكن أن يطرأ عليها؛ وأما إذا طرأ مثل هذا التعديل فيجب تعديل آثار العقد بما يتناسب مع الظروف الجديدة.[526] وفي الفقه الفرنسي، يرى بعضهم أن أصل هذه النظرية هو شرط ضمني مفاده بقاء الظروف على حالها، في حين أن بعضهم الآخر يرى أن أساس هذه النظرية هو الغبن، ويرى قسم ثالث أن أساس هذه النظرية هو العدالة.[527] وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني

---

[525]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 420/أساس 546، تاريخ 2000/4/9، منشور في موسوعة القضاء المدني...، القاعدة رقم 4478، ص2201.

[526]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 416 وما يليه، ص632 وما يليها. د.مرقس، المرجع السابق، بند 266، ص513 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 441 و 442، ص335 وما يليها.

[527]- J.Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligation -1-, op. cit., n° 404 et s.

الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، لم ينص على هذه النظرية، ورفضت محكمة النقض الفرنسية تطبيقها في نطاق العقود المدنية منذ عام 1876، إذ أنها قررت أن المبدأ الذي نصت عليه المادة 1/1134 مدني فرنسي في صياغتها القديمة لعام 1804، والمتضمن أن الاتفاقات المنعقدة على وجه مشروع تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أبرمها، هو مبدأ عام ومطلق ويطبق على العقود المتراخية التنفيذ وغيرها من العقود، ولا يحق للمحاكم أن تأخذ بالحسبان الزمن والظروف من أجل تعديل الاتفاقات، أياً كانت العدالة التي يمكن أن تستند عليها بهذا الخصوص.[528] وبالمقابل فإن مجلس الدولة الفرنسي أجاز منذ عام 1916 تطبيق هذه النظرية في نطاق العقود الإدارية.[529]

324 مكرر- وعندما قام المشرع الفرنسي بتعديل أحكام النظرية العامة للالتزام، بموجب أمر رئاسي في العام 2016 وبتفويض تشريعي، ومصادقة البرلمان على هذا التعديل بموجب قانون صادر في العام 2018، أخذ بمفهوم نظرية الظروف الطارئة في العقود المدنية، ولكن بفلسفة تختلف عن فلسفتها في نطاق العقود الإدارية التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي منذ العام 1916. تنص المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه إذا طرأ تغير للظروف غير متوقع وقت إبرام العقد يجعل تنفيذ العقد مكلفاً على نحوٍ

---

[528]- نقض فرنسي، الغرفة المدنية، تاريخ 1876/3/6، منشور في مجلة دالوز الدورية لعام 1876، 1، 193، تعليق Giboulot. وفي المعنى ذاته: قرار الغرفة التجارية، تاريخ 1979/12/18، منشور في مجموعة قرارات الغرفة التجارية لعام 1979، رقم 339.

[529]- مجلس الدولة الفرنسي، 1916/3/30، منشور في مجلة دالوز 1916، 3، 25، ملاحظات Chardenet. وتتلخص وقائع هذه القضية بأن شركة الغاز في مدينة بوردو الفرنسية التزمت قبل الحرب العالمية الأولى بتقديم الغاز للجمهور بسعر محدد، ونتيجة نشوب الحرب ارتفع سعر الفحم المستخدم في إنتاج الغاز بشكل كبير مما أخل بالتوازن الاقتصادي للعقد، لذا أجاز مجلس الدولة تعديل آثار العقد بما يعيد إلى العقد توازنه الاقتصادي.

مفرطٍ بالنسبة إلى طرفٍ، الذي لم يقبل أن يتحمل تبعتها، يمكن له أن يطلب إلى المتعاقد الآخر إعادة التفاوض بشأن العقد. وعليه الاستمرار بتنفيذ التزاماته في أثناء المفاوضات. وفي حال رفض المفاوضات أو فشلها، يمكن للأطراف أن يتفقوا على فسخ العقد في التاريخ ووفق الشروط التي يحددونها، أو أن يطلبوا باتفاق مشترك إلى القاضي أن يقوم بملائمته. وفي حال عدم الاتفاق في مدة معقولة، يمكن للقاضي، بناءً على طلبٍ من طرفٍ، تعديل العقد أو إنهاءه، في التاريخ ووفق الشروط التي يحددها.

ثانياً:- شروط تطبيق هذه النظرية:

يستلزم تطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط الآتية:

1- اختلاف وقت انعقاد العقد عن وقت تنفيذه:

325- المجال الرحب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو عقود المدة، أي العقود الزمنية. ولكن يمكن أن تطبق أيضاً في نطاق العقود الفورية إذا أُجل تنفيذها باتفاق المتعاقدين، أو تأخر التنفيذ لعذر قاهر لا يدَ للمدين فيه.[530] ومن ثمّ يشترط أن يكون العقد متراخي التنفيذ، ولا فرق في أن يكون من عقود المدة أو من العقود الفورية مؤجلة التنفيذ.[531]

2- أن يطرأ ظرف استثنائي عام، لم يكن في الوسع توقعه:

326- والظرف الاستثنائي هو الظرف نادر الوقوع أو الظرف الشاذ الذي لا يدخله الشخص المعتاد في حسبانه عندما يتدبر شؤونه. واشتراط كون الظرف

---

[530]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 272، ص520 وما يليها. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 420، ص642 وما يليها. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 271، ص337.

[531]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 254/ أساس 794، تاريخ 1972/3/20، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 338، ص620.

الطارئ استثنائياً هو لإخراج الحادث العادي المألوف، ومثال ذلك قيام حرب أو ثورة، أو حصول زلزال، أو طوفان أو بركان. ويؤخذ بالحسبان المكان والزمان، فما يكون استثنائياً في بلد قد لا يكون كذلك في بلد آخر، وكذلك الحال بالنسبة إلى الزمان.[532] ولا يشترط وقوع الظرف الاستثنائي بفعل الطبيعة أو أي واقعة مادية أخرى، وإنما يمكن أن يعدّ صدور قانون جديد ظرفاً استثنائياً، ومثال ذلك قانون الإصلاح الزراعي في مصر رقم 178 لسنة 1952، إذ ترتب على صدوره انخفاض شديد في أسعار الأراضي الزراعية، مما جعل الالتزام بدفع الثمن الناشئ من العقود المبرمة قبل صدوره مرهقاً بالنسبة إلى المشتري، ومن ثمّ يكون قد توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة في هذا القانون.[533]

ويشترط أن يكون الظرف الطارئ عاماً، ويعدّ ظرفاً عاماً وباء ما في بلد، كالحمى القلاعية، وجنون البقر، وأنفلونزا الدجاج، وأنفلونزا الخنازير...

وهذا الاشتراط يؤدي إلى إخراج الظرف الاستثنائي الخاص الذي يقتصر على المدين وحده، كمرض المدين أو وفاة والده أو تلف محصوله أو هلاك قطيعه، من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

وينتقد بعض الفقهاء اشتراط صفة العمومية في الظرف كونه يجافي المنطق ويخالف الاتجاه الحديث في هذه النظرية.[534] وتجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري لم يكن يشترط، على غرار معظم القوانين

---

[532]- د.سوار المرجع السابق، بند 444، ص340 وما يليها. وقد قررت محكمة النقض السورية أن وقوع عواصف وزوابع ورعود وسقوط برد وأمطار في غوطة دمشق بعد منتصف شهر أيار يعدّ من الحوادث الاستثنائية غير المتوقعة. قرار الغرفة المدنية رقم 581/ أساس 2250، تاريخ 1979/4/9، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 342، ص636.

[533]- نقض مصري، تاريخ 1963/1/3، طعن 263/ 26ق، مجموعة النقض س14، ص37، رقم 3، أشار إليه د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 276، ص547، هامش 1.

[534]- د.سوار، المرجع السابق، بند 448، ص347 وما يليها.

المعاصرة التي كرست هذه النظرية كالقانون البولوني والقانون الإيطالي، في الظرف أن يكون عاماً، ولكنه أُضيف في لجنة المراجعة.[535]

إضافةً إلى ذلك يجب ألا يكون في الوسع توقع الحادث وقت إبرام العقد. ومعيار التوقع هنا هو موضوعي، وهو أن يكون الإنسان العادي، أي الشخص المعتاد، لو وُجِدَ في ظروف المدين لا يستطيع أن يتوقع الحادث، وليس ذاتياً أساسه أن المتعاقد ذاته لم يكن يتوقع الحادث وقت انعقاد العقد. فتدمير وسائل المواصلات في زمن السلم أمر غير متوقع، ولكن بعد إعلان الحرب يصبح أمراً متوقعاً. ويعدّ عدم توقع الحادث من مسائل الواقع لا القانون، ومن ثمّ يخضع لسلطة قاضي الموضوع التقديرية من دون معقب عليه من محكمة النقض، بشرط أن يكون قراره مسوغاً.[536] ويترتب على ذلك أن الارتفاع الملحوظ لأسعار البضائع عالمياً ومحلياً لا يعدّ ظرفاً استثنائياً يفسح المجال أمام تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأنه أصبح من الأمور المألوفة والمتوقعة في عالم التجارة.[537] كما لا يعدّ ارتفاع أسعار العقارات وانخفاض قيمة النقد حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها.[538] ولكن التغيير المفاجئ في سعر المواد المؤدي إلى ارتفاع الأسعار ارتفاعاً غير

---

[535]- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص282.

[536]- نقض مصري، تاريخ 1969/11/11، طعن 317/ 35 ق، مجموعة النقض س20، ص1193، رقم 184، أشار إليه د.عبد الباقي، المرجع السابق، ص548، هامش 1.

[537]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1110/ أساس 2342، تاريخ 1976/12/21، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 340، ص633 و634.

[538]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 990/ أساس 606، تاريخ 1956/11/20، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 341، ص635. وقرار الغرفة المدنية الثانية رقم 535/أساس 432، تاريخ 2000/4/24، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4479، ص2201.

مألوف وغير متوقع يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، ومن شأنه أن يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة.[539]

كما يشترط في الظرف الطارئ ألا يكون في وسع المدين دفع تأثيره عن نفسه، أما لو وقع ظرف طارئ وكان في وسع المدين أن يتفاداه ببذل جهد معقول، فلا يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإنما يعدّ المدين، الذي لم يتفادَ مثل هذا الحادث ببذل جهد معقول، مقصراً ويتوجب عليه تعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به نتيجة هذا التقصير. ومعيار عدم الدفع هو معيار موضوعي أساسه الرجل المعتاد، وليس معياراً شخصياً أو ذاتياً أساسه المتعاقد ذاته. وتعدّ هذه المسألة أيضاً من مسائل الواقع لا من مسائل القانون.[540]

3- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً بسبب الظرف الطارئ:

327- إذا كان الحادث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فهو من قبيل القوة القاهرة، وهي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، ومن ثمّ لا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه. في حين أن الظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، فهو ممكن التنفيذ،

---

[539]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 14، تاريخ 1981/1/7، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 339، ص631 وما يليها. وقرار 379/أساس 7332، تاريخ 1991/3/5، منشور في موسوعة القضاء المدني...، القاعدة رقم 4359، ص2151. وقرار 1825/أساس 2211، تاريخ 1999/11/28، المرجع السابق، القاعدة رقم 4474، ص2199. وكان قد سبق لهذه المحكمة أن قررت ((أن ارتفاع الأسعار بشكل غير مألوف من جراء تغيير الظروف الاقتصادية التي قام عليها العقد وقت تكوينه تغييراً فجائياً لم يكن في الحسبان بصورة يهدد بخسارة فادحة إنما يعتبر من قبيل الحوادث الاستثنائية العامة غير المتوقعة...))، قرار الغرفة المدنية رقم 160، تاريخ 1962/4/2، مجلة القانون لعام 1962، ص305.

[540]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند276، ص549.

ومن ثمّ يترتب على الحادث الطارئ ردّ الالتزام إلى الحد المعقول، ويكون ذلك بتوزيع الخسارة المترتبة على الحادث بين الدائن والمدين، مما يؤدي إلى أن المدين يتحمل جزءاً من تبعة الحادث الطارئ. ويتصف كلّ من الظرف الطارئ والقوة القاهرة بأنه لا يمكن التنبؤ بهما وتوقعهما ولا دفعهما بعد وقوعهما. ولكن القوة القاهرة لا يشترط فيها أن تكون عامة، فقد تكون خاصة بالمدين كاحتراق محصوله.

إضافةً إلى ذلك يجوز الاتفاق في القوة القاهرة على أن يتحمل المدين تبعتها، وفقاً لما جاء في المادة 1/218 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/217 مدني مصري. في حين أنه لا يمكن الاتفاق على ما يخالف أحكام نظرية الظروف الطارئة وذلك لأنها من النظام العام، طبقاً لما ذهبت إليه المادة 2/148 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/147 مدني مصري. ويُستفاد من أحكام المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، والمشار إليها أعلاه، أن نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي ليست من النظام العام، لأنها أجازت الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعتها.

ويكون تنفيذ التزام المدين مرهقاً عندما يؤدي إلى خسارة فادحة تتعدّى الحد المعقول. ويقوم الإرهاق على اختلال التوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة، ويتمّ تقديره على نحوٍ موضوعيٍ لا شخصيٍ أو ذاتي.

ويعدّ هذا الأمر من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع في تقديرها من دون أي معقب عليه من محكمة النقض طالما كان حكمه مسوغاً. ويُنظر في الإرهاق إلى الصفقة موضوع العقد الذي يثار بشأنه نظرية الظروف الطارئة، فإذا أصبحت الصفقة مرهقة للمدين نتيجة الظرف الطارئ وصارت تهدده بخسارة فادحة، يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى لو كانت هذه الخسارة لا تؤثر

في ثروة المدين الشخصية.[541] ويترتب على ذلك أن القاضي لا يعتد في تقديره للإرهاق بظروف المتعاقدين الشخصية، وإنما يعتد فقط بظروف الصفقة.

ويضيف بعض الفقهاء شرطاً آخر وهو ألا يكون العقد احتمالياً كعقد التأمين، لأن من شأن ذلك تعرض المتعاقد لخسارة فادحة أو لربح فاحش، ومثل هذا الأمر لا يعدّ غير متوقع في مثل هذا العقد.[542]

ثالثاً:- حكم القانون في الظروف الطارئة:

328- إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، أجاز القانون المدني السوري، وأصله المصري، للقاضي تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، وفقاً لما جاء في المادة 2/148 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/147 مدني مصري، لأن نظرية الظروف الطارئة في هذين القانونين من النظام العام. ولا فرق بين أن يتمّ الاتفاق قبل وقوع الحادث الطارئ أو بعده، فيكون في الحالتين باطلاً. وسلطة القاضي هنا غير عادية لأنها تتجاوز تفسير العقد إلى تعديله، بحيث يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.[543] وهو لا يقوم بتحويل

---

[541]- د.سوار، المرجع السابق، بند 447، ص347. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 275، ص339 و340. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 420، ص642 وما يليها.

[542]- د.سوار، المرجع السابق، بند 444، ص341. وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية. انظر: نقض مصري، تاريخ 1966/2/15، طعن 31/117 ق، مجموعة النقض س17، ص287، أشار إليه د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 278، ص558، هامش 2.

[543]- د.سوار، المرجع السابق، بند 445، ص345. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 276، ص341 و 342. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 421، ص646 وما يليها.

الخسارة كلها من المدين إلى الدائن، وإنما يوزع الزائد من الخسارة على الحد المألوف بين الطرفين،[544] وعادة يكون هذا التوزيع مناصفة. وأما الخسارة المألوفة فيتحملها المدين، ولا يعدّ فوات الربح من قبيل الخسارة.[545]وردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يكون إما بإنقاص مداه أو بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق. ويكون ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فقط بالنسبة إلى الالتزام الذي يجب تنفيذه بعد وقوع الحادث الطارئ.[546] ومن ثمّ لا يشمل هذا الردّ ما تمّ تنفيذه قبل وقوع هذا الحادث، كما لا يشمل ما تقاعس المدين في تنفيذه قبل ذلك، حتى لو كان تنفيذه بعد وقوع الحادث الطارئ. ويرى بعض الفقهاء أن القاضي يستطيع أيضاً أن يوقف تنفيذ العقد إلى أن يزول الحادث الطارئ، و له مطلق الصلاحية في تقرير أحد هذه الحلول الثلاثة.[547]والرأي عندي أن المادة 2/148 مدني سوري لا تحتمل هذا التفسير، فهي في الأصل استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه في الفقرة الأولى منها، ومن ثمّ يجب عدم التوسع في تفسيرها والاقتصار على ما جاء فيها من أنه إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهذا الردّ يكون إما بإنقاص التزام المدين الذي أصبح مرهقاً ويهدده بخسارة فادحة، أو بزيادة التزام الدائن المقابل لالتزام المدين

---

[544]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 1347/ أساس 1429، تاريخ 1982/6/12، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 352، ص646.

[545]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 689، تاريخ 1961/10/19، مجلة القانون لعام 1961، ص910.

[546]– نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 488، تاريخ 1955/12/13، مجلة القانون لعام 1956، ص124.

[547]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 421، ص646 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 445، ص345 و 346.

المرهق إلى الحد الذي يعيد هذا الالتزام إلى الحد المعقول. أما وقف تنفيذ العقد فلا يؤدي إلى ردّ التزام المدين المرهق إلى الحد المعقول.[548] ولكن لا يوجد ما يمنع القاضي من منح المدين أجلاً وفقاً لأحكام المادة 2/344 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/346 مدني مصري.

وبالمقابل، لا يستطيع القاضي فسخ العقد استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة. في حين أن القانون البولوني، وهو أول قانون معاصر يكرس هذه النظرية، يجيز للقاضي فسخ العقد بالاستناد إلى هذه النظرية. وهذا ما أخذ به القانون الإيطالي أيضاً، ولكنه تميّز من القانون البولوني بأنه منح المتعاقد الآخر الحق في توقي طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد يتناسب مع التغيير الذي حصل نتيجة الحادث الطارئ، ويراعي العدالة.[549] وكذلك الحال بالنسبة إلى القانون المدني الفرنسي، وفق التعديلات الجديدة التي أدخلها المشرع الفرنسي على أحكام النظرية العامة للالتزام في العام 2018، فالمادة 1195 من هذا القانون تجيز في صياغتها الجديدة للقاضي، في حال رفض الأطراف المفاوضات أو فشلها، وعدم اتفاقهم، يمكن للقاضي، بناءً على طلبٍ من فريقٍ، تعديل العقد أو إنهاءه، في التاريخ ووفق الشروط التي يحددها.

328 مكرر– وأحكام هذه النظرية، في القانون المدني السوري وأصله المصري، من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها تحت طائلة البطلان. وإذا زال الظرف الطارئ، عاد المتعاقدان إلى تنفيذ العقد وفقاً لمضمونه، وذلك لأن ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يكون إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا علاقة له بالمستقبل.

---

[548]– قارب من ذلك د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 279، ص563.

[549]– أشار إلى هذين القانونين د.السنهوري، المرجع السابق، بند 421، ص646 وما يليها.

ولا يلزم القانون الدائن بقبول التعديل القضائي، حيث يمكن له أن يطلب فسخ العقد، أو أن يقبل بالعقد مع التعديل. وطلب الدائن فسخ العقد في مثل هذه الحالة لا يستند إلى المادة 2/148 مدني سوري، إذ لا تمنح هذه المادة مثل هذا الحق للدائن؛ وإنما يكون هذا الطلب بالاستناد إلى الأحكام العامة للفسخ المنصوص عليها في المادة 158 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 157 مدني مصري. وعلى القاضي أن يستجيب لهذا الطلب، لأن تخفيف الإرهاق عن المدين لا يمكن أن يؤدي إلى التضحية الكاملة بمصالح الدائن. فالهدف النهائي لهذه النظرية هو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، هذا التوازن الذي اختل نتيجة وقوع الظرف الطارئ. وفي حال التضحية الكاملة بمصالح الدائن يبقى هذا الاختلال قائماً.

وتجدر الإشارة إلى أن تطبيق هذه النظرية، في حال توافر شروطها، لا يكون إلا بناءً على طلب من المدين، ومن ثمّ لا يحق للقاضي أن يطبقها من تلقاء ذاته، ولا بناءً على طلب من الدائن، كما لو انخفضت قيمة النقد على نحوٍ كبيرٍ فلا يحق للدائن بثمنٍ مؤجلٍ أن يطالب بتطبيق هذه النظرية حتى لو توافرت شروط تطبيقها. ويمكن للمدين أن يتمسك بتطبيق هذه النظرية في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، حتى لو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ولكن لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض لأنها ليست محكمة موضوع من حيث المبدأ، وإنما هي محكمة قانون.[550] زدّ على ذلك أن القاضي يلزم بتطبيقها، بناءً على طلب من المدين، إذا كانت شروط تطبيقها متوافرة. لذا فإن عبارة "جاز للقاضي" الواردة في المادة 2/148 مدني سوري لا تعني أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تطبيق هذه النظرية، وإنما على العكس من ذلك، يتوجب عليه تطبيقها في حال

---

[550]– نقض مصري، 1968/7/3، طعن 34/170 ق، مجموعة النقض س19، ص1239، رقم 186. ونقض مصري، 1974/12/3، طعن 205/ 39 ق، مجموعة النقض س25، ص1315، رقم 225، أشار إليهما د.عبد الباقي، المرجع السابق، ص566، هامش 1.

توافر شروطها وتمسك المدين بها. ولكن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في توزيع الخسارة بين الطرفين من أجل ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولا يخضع في ممارسته لهذه السلطة لرقابة محكمة النقض متى كان حكمه مسوغاً.[551]

ويستخلص مما تقدم أن نظرية الظروف الطارئة تعدّ استثناءً من القواعد العامة التي تطبق على العقود من ناحيتين، الأولى تتمثل في أن تطبيقها يؤدي إلى تعديل آثار العقد من دون حاجة إلى اتفاق الطرفين؛ في حين أن الثانية تتمثل في أنها تمنح القاضي سلطة تعديل العقد، وهي تتجاوز سلطته المعتادة والمتمثلة في تفسير العقد.[552]

المبحث الثاني

المسؤولية العقدية: أو الجزاء المؤيد لتنفيذ العقد.

329- يرسخ المشرع السوري مبدأ التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية. وينحصر مجال تطبيق المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزام تعاقدي، لذا يُشترط لقيامها أن يكون هناك عقدٌ صحيحٌ بين المسؤول والمضرور، وأن يكون الضرر ناجماً عن عدم تنفيذ التزامٍ ناشئٍ من هذا العقد، وأن يلحق الضرر بأحد المتعاقدين، وأخيراً يجب أن يقع الضرر في

---

[551]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 365، تاريخ 1964/10/22، مجلة القانون لعام 1964، ص867.

[552]- وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض السورية قررت أنه يجوز للمتعاقد مع الإدارة التمسك بنظرية الظروف الطارئة والمطالبة بالتعويض عن الإرهاق الناجم عنها حتى لو كان قد نفذ التزامه التعاقدي، وحتى لو انتهت المدةّ التي أبرم بشأنها العقد، وفق ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري، وذلك ضماناً لسير المرفق العام الذي يحتمّ على المتعاقد مع الإدارة مواصلة تنفيذ التزامه من أجل تفادي الإخلال بالصالح العام. نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 211، تاريخ 1961/3/6، مجلة القانون لعام 1961، ص427.

أثناء تنفيذ العقد، لا بعد زواله. فإذا اختل شرط من هذه الشروط فلا تطبق المسؤولية العقدية وإنما تطبق المسؤولية التقصيرية.

ويؤدي العقد إلى إنشاء الحقوق والالتزامات، وهذا هو أثر العقد. أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه على المدين به، وإمكان إجباره على هذا التنفيذ قضائياً إذا امتنع عنه من دون مسوغ قانوني.[553] يستخلص من ذلك أن الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً، فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ينظر: إذا كان استحالته بسبب أجنبي سقط الالتزام. وإذا كان الالتزام عقدياً في عقد ملزم لجانبين انفسخ العقد من تلقاء ذاته. والسبب الأجنبي هو ما ليس للمدين فيه يدّ. أما إذا لم تكن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي ظل الالتزام قائماً واجب التنفيذ، والمسؤولية هنا تقع على عاتق الملتزم، ويكون التنفيذ بطريق التعويض،[554] وفقاً لما جاء في المادة 216 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 215 مدني مصري، والتي تنص على أنه ((إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)). وهذا ما أكدت عليه المادة 1231-1 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه يُحكم على المدين، إذا كان له

---

[553]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 279، ص343 وما يليها.

[554]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 727/ أساس 998، تاريخ 2016/8/23، مجلة المحامون، الأعداد 1-4 لعام 2017، ص130وما يليها، إذ جاء فيه أنه " في حال ضياع الحق العيني على العقار واستحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه، فإن حق المدعي يتحول من التنفيذ العيني إلى التعويض المادي".

مقتضى، بدفع التعويض بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخر في التنفيذ، ما لم يثبت أن التنفيذ لم يتم بسبب القوة القاهرة.

وحتى يُحكم بالتعويض، بموجب هذه المواد، يجب إثبات أن استحالة التنفيذ العيني راجعة إلى خطأ المدين، ويجب أن يبين الحكم الصادر من المحكمة العناصر التي تدل على ذلك.[555] والتنفيذ بطريق التعويض في الالتزام العقدي هو المؤيد الجزائي للقوة الملزمة للعقد، ويشكل المسؤولية العقدية.[556]

ويترتب على ما تقدم أنه تخرج من نطاق المسؤولية العقدية الحالتان الآتيتان: حالة ما إذا كان التنفيذ العيني ممكناً وطلبه الدائن، أجبر المدين عليه قضاءً، طبقاً لما جاء في المادة 200 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 199 مدني مصري. وحالة طلب الدائن تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً وأظهر المدين استعدّاده لذلك.

أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن، أو كان ممكناً ولكن الدائن طلب التعويض، فمن هنا تبدأ المسؤولية العقدية.[557] ويلاحظ أنه إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، فإن التنفيذ العيني لهذا الالتزام ممكن دائماً، ومن ثمّ لا محل هنا لتطبيق أحكام المسؤولية العقدية. ولا تقوم هذه المسؤولية إلا إذا توافرت أركانه

---

[555]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثالثة، قرار 190/أساس 971، تاريخ 1998/2/22، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4555، ص2235.

[556]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 424، ص653 و 654. ود.سوار، المرجع السابق، بند 485 و486، ص367 و 368. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 279، ص343 وما يليها.

[557]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 424 وما يليها، ص653 وما يليها. و د.مرقس، المرجع السابق، بند 278 وما يليها، ص539 وما يليها. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 279 وما يليه، ص343 وما يليها.

المطلب الأول

أركان المسؤولية العقدية

330- يتبين من نص المادة 216 مدني سوري، آنف الذكر، أن أركان المسؤولية العقدية هي الخطأ العقدي، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الفقرة-1- الخطأ العقدي:

331- لا تقتصر مسؤولية الشخص عن الخطأ العقدي على الخطأ الصادر منه نفسه، بل قد يكون في بعض الأحوال مسؤولاً مسؤولية عقدية عن الخطأ الصادر من غيره، أو عن الخطأ الناشئ من فعل أشياء تحت حراسته.[558]

أولاً:- الخطأ العقدي الناشئ من عمل المدين الشخصي:

332- الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد. فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أصلاً، أو نفذه على نحوٍ جزئي أو معيبٍ، أو تأخر في تنفيذه، فإنه يرتكب في كل هذه الأحوال خطأ عقدياً يستوجب مسؤوليته. ويقوم الخطأ سواء أكان عدم التنفيذ عمداً أم ناجماً عن إهمال. والخطأ هنا لا يعدّ مفترضاً افتراضاً في جانب المدين عند عدم التنفيذ، بل إن عدم التنفيذ هو الخطأ ذاته. وكان فقهاء القانون الفرنسي القديم، لاسيما دوما Domat وبوتيه Pothier، يأخذون بنظرية تدرج الخطأ ويقسمون الخطأ إلى ثلاثة أنواع، وهي: الخطأ الجسيم، والخطأ اليسير، والخطأ التافه. ولكن التقنين المدني الفرنسي هجر هذه النظرية، إذ أنه نص في المادة 1137 منه، في صياغتها القديمة لعام 1804، على أن الالتزام بالمحافظة على شيء معين يلزم المدين به ببذل عناية الرجل المعتاد في سبيل المحافظة على هذا الشيء سواء كان الاتفاق في مصلحة أحد

---

[558]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 431، ود.مرقس، المرجع السابق، بند 285. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 283 وما يليه.

الطرفين فقط، أم كان في مصلحة الطرفين معاً.[559] وهذا ما أكدت عليه المادة 1/212 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/211 مدني مصري، إذ تنص على أنه ((في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام، إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك)).

ولكن متى يعدّ الملتزم منفذاً لالتزامه، ومتى يعدّ مخطئاً غير منفذ؟ يختلف ذلك باختلاف نوع الالتزام. حيث تقسم الالتزامات من حيث هدفها إلى نوعين، وهما: التزام بتحقيق غاية والتزام ببذل عناية.

1:- التزام بتحقيق غاية والتزام ببذل عناية:

333- الالتزام بتحقيق غاية، ويسمى أيضاً الالتزام بنتيجة، هو الالتزام الذي يكون المدين فيه ملزماً بتحقيق نتيجة معينة أياً كانت الوسائل التي يستخدمها في سبيل تحقيق تلك النتيجة، كالالتزام بنقل حق عيني، أو بالقيام بعمل معين، أو بالامتناع عن القيام بعمل معين. ويكون تنفيذ هذا الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة أياً كان السبب، كان الملتزم واقعاً في خطأ عدم التنفيذ. ويترتب على ذلك أن عدم تحقق النتيجة المعينة في هذه الالتزامات، وهي نقل الحق العيني أو القيام بالعمل أو الامتناع عن القيام بالعمل، يعدّ المدين مخلاً بتنفيذ التزامه، ومن ثمّ يقوم خطأه العقدي. وهذا الخطأ مفترضٌ، ولا يعدّ هذا الافتراض قرينة قاطعة، وإنما هو قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بإثبات السبب الأجنبي وفق ما ذهبت إليه المادة 216 مدني سوري. ومثال الالتزام بتحقيق غاية التزام البائع بتسليم المبيع، والتزام الناقل بأجر بتوصيل المسافر سالماً، والتزام المقاول بتشييد البناء وفق المواصفات والمخططات المتفق عليها.

---

[559] انظر في ذلك باللغة الفرنسية: Ch.Larroumet, op.cit., N°604 et s., p.603 et s.-

وأما الالتزام ببذل عناية، ويسمى أيضاً الالتزام بوسيلة، فهو الالتزام الذي لا يكون المدين فيه ملزماً بتحقيق نتيجة معينة، وإنما يلتزم ببذل جهدٍ معينٍ في سبيل تحقيق تلك النتيجة.[560] ومثاله التزام المستأجر بالمحافظة على المأجور، والتزام الطبيب بمعالجة المريض، والتزام المحامي بالدفاع عن مصالح موكله.

ويعدّ المدين، في الالتزام ببذل عناية، قد نفّذ التزامه متى بذل في ذلك العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، سواء تحققت النتيجة المرجوة أم لم تتحقق، ما لم ينص القانون أو العقد على خلاف ذلك. ولكنه يبقى مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم طبقاً لما جاء في المادة 212 مدني سوري. فالمستأجر مثلاً يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد في استعمال العين المؤجرة وفق ما جاء في المادة 1/551 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/583 مدني مصري؛ وأما المستعير فيلتزم في سبيل المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله من دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد طبقاً لما نصت عليه المادة 1/607 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/641 مدني مصري، وفي الوديعة بغير أجر يلتزم الوديع من أجل المحافظة على الوديعة ببذل العناية التي يبذلها في حفظ ماله من دون أن يكون مكلفاً ببذل عناية أزيد من عناية الرجل المعتاد وفق ما ذهبت إليه المادة 1/686 مدني سوري، وهي تقابل المادة 1/720 مدني مصري. ويترتب على ذلك أنه إذا قصر المدين في بذل العناية المطلوبة منه، يعدّ مخلاً بالتزامه ومقترفاً خطأ عقدياً يرتب مسؤوليته عن الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة ذلك التقصير.

2:- إثبات الخطأ التعاقدي:

334- إذا كان الدائن يطلب التنفيذ العيني، يكفيه أن يثبت الالتزام وذلك بإثبات مصدره وهو العقد؛ وإذا أدعى المدين تنفيذ الالتزام فيتوجب عليه إثبات ذلك، فإن

---

[560]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 284، ص545 وما يليها.

عجز عن ذلك يعدّ عدم الوفاء بالالتزام قائماً. أما إذا طالب الدائن بالتنفيذ عن طريق التعويض، فعليه أن يثبت الالتزام وعدم التنفيذ. وإثبات عدم التنفيذ في الالتزام يتمّ بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة المقصودة كلها أو جزء منها، إذا كان التزام المدين بتحقيق غاية. وللمدين الحق في أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن عدم التنفيذ إنما يرجع إلى سببٍ أجنبيٍ.[561]كما يمكن للمدين أن يثبت أنه نفذ التزامه عيناً وتحققت النتيجة المرجوة، وهو بهذا العمل ينتقل من مجال المسؤولية العقدية إلى مجال التنفيذ العيني. ولكنه لا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل أقصى درجات العناية ومع ذلك لم تتحقق النتيجة المقصودة.

أما في الالتزام ببذل عناية، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين لم يُبذل القدر الواجب من العناية في تنفيذ التزامه العقدي، كأن يُثبت إهمالاً في جانبه أو تقصيراً في التقيد بقواعد أصول مهنته. وإذا استطاع الدائن إثبات ذلك، فيقوم الخطأ العقدي في جانب المدين ويكون ثابتاً. وهنا أيضاً يستطيع المدين إثبات أن عدم بذله درجة العناية المطلوبة منه يعود إلى سبب أجنبي، وهو بذلك يدفع المسؤولية عن نفسه. كما يستطيع المدين إثبات أنه بذل العناية المطلوبة منه على أكمل وجه، وإذا استطاع إثبات ذلك فهو ينتقل من مجال المسؤولية العقدية إلى مجال التنفيذ العيني.

3:- التمييز بين الغش والخطأ غير العمدي:

335- الغش هو الخطأ العمدي، أو ما يسمى بسوء النية طبقاً لما نصت عليه المادة 230 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 229 مدني مصري. ويقصد به عدم

---

[561]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 286، ص352 و 353.

استقامة المدين الذي يحاول عمداً الإخلال بالتزامه التعاقدي.[562] وإذا كان الخطأ عمداً يتأثر به مدى التعويض، كما في الحالات الآتية:

أ- إذا كان التنفيذ العيني مرافقاً بغرامة تهديدية، ثم تأخر المدين في تنفيذ التزامه أو أصرّ على عدم تنفيذه، فيجب على القاضي تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي يشمل، على غرار التعويض العادي، ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة. كما يشمل إضافةً إلى ذلك عنصراً جديداً يميزه من التعويض العادي وهو العنت الذي بدا من المدين. وإدخال هذا العنصر في التعويض يقصد به مجازاة المدين على سوء نيته المتمثل في التعنت الذي أبداه في تنفيذ التزامه، وفق ما نصت عليه المادة 215 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 214 مدني مصري.[563]

ب- القاعدة في المسؤولية العقدية هي أن المدين لا يلزم إلا بتعويض الضرر المتوقع وقت انعقاد العقد، ولكن استثناءً من ذلك يشمل التعويض الضرر غير المتوقع أيضاً إذا كان المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، طبقاً لما نصت

---

[562]- عرفت محكمة النقض السورية الغش في أحد قراراتها بأنه ((الخطأ العمد الذي يتمثل في انصراف الإرادة إلى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع فضلاً عن انصرافها إلى إحداث الضرر، وإن مجرد المسلك السلبي للمدين يشير إلى سوء النية ويكفي بذاته إذا كان من شأنه أن يضع عقبة أمام تنفيذ العقد لأن يعدّ غشاً... إن ما يميز الغش في المسؤولية التعاقدية يؤخذ بمضمون واسع بحيث يشمل الإرادة التي تدل على عدم فعل ما هو ضروري لتنفيذ العقد سواء أكانت هناك نية الإضرار أو لم تكن، فالغش هو سوء النية العقدية أو هو كل سلوك مضاد للالتزام العقدي))، قرار الغرفة المدنية الثانية رقم 461/ أساس 3، تاريخ 1999/4/18، منشور في موسوعة القضاء المدني...، الجزء الثالث، المرجع السابق، القاعدة رقم 4344، ص2145.

[563]- د. فواز صالح، الغرامة التهديدية، بحث منشور في الموسوعة القانونية المتخصصة، الصادرة عن هيئة الموسوعة العربية في سورية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دمشق 2009، ص440 وما يليها.

عليه المادة 2/222 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/221 مدني مصري.[564] وهذا ما أكدت عليه المادة 1231-3 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، والتي تنص على أنه لا يُلزم المدين إلا بالتعويض عن الضرر المتوقع أو الذي كان يمكن توقعه وقت إبرام العقد، ما لم يكن عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ جسيم أو متعمد.

ج- يجوز للمدين في المسؤولية العقدية أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ التزامه العقدي، ما لم يكن الضرر ناشئاً من غشه أو خطئه الجسيم، وفق ما جاء في المادة 2/218 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/217 مدني مصري.

د- في التعويض الاتفاقي، لا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من قيمة التعويض المتفق عليه حتى لو كان الضرر أكبر من تلك القيمة، إلا إذا استطاع الدائن أن يثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، وفق ما نصت عليه المادة 226 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 225 مدني مصري.

وأما الخطأ غير العمدي الجسيم، فهو لا ينطوي على قصد الإضرار، ولا على عدم الاستقامة، وإنما يصدر من أقل الناس حيطة وتبصراً. ويعدّ بمنزلة الغش ويستدل عليه بجسامة الخطأ، ومثال ذلك ما جاء في المادتين 2/222 و2/218 مدني سوري، وهما مطابقتين للمادتين 2/221 و2/217 مدني مصري.[565]

---

[564]- نقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار 721/أساس 789، تاريخ 1999/11/21، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4347، ص2146.

[565]- د. سوار، المرجع السابق، بند 501، ص379 و380. وانظر: د.فواز صالح، التعويض، بحث منشور في الموسوعة القانونية المتخصصة، الصادرة عن هيئة الموسوعة العربية في سورية، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دمشق 2010، ص206 وما يليها.

ثانياً:- المسؤولية العقدية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء:

336- يسأل المدين مسؤولية عقدية أيضاً عن الخطأ العقدي الناشئ من فعل غيره إذا كان هذا الغير مكلفاً بتنفيذ التزام المدين تكليفاً عقدياً أو قانونياً، ومثال ذلك مسؤولية المستأجر الأصلي عن خطأ المستأجر الثانوي؛ ومسؤولية المقاول تجاه رب العمل عن أعمال عماله وأعمال المقاول الثانوي؛ وكذلك القاصر والمحجور عليه يتحملان في أموالهما مسؤولية عقدية عن الخطأ العقدي الصادر من الولي أو الوصي تجاه كل من يتعاقد معهما بموجب الولاية أو الوصاية.[566] ويشترط إضافةً إلى ذلك وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضرور، وأن يكون الغير قد عهد إليه تنفيذ ذلك العقد، وفي أثناء ذلك ارتكب خطأً عقدياً. وتستخلص هذه المسؤولية على نحو غير مباشر من نص المادة 218 مدني سوري، إذ إنها تجيز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يعهد إليهم تنفيذ التزامه العقدي. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته في مثل هذه الحالة إلا إذا كان مسؤولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص. زد على ذلك أن القانون المدني السوري نص على تطبيقات متفرقة لهذه المسؤولية، ومنها المادة 539 منه، وهي مطابقة للمادة 571 مدني مصري، التي تنص على مسؤولية المؤجر تجاه المستأجر ليس فقط عن عمله وإنما أيضاً عن عمل أتباعه، إذ إنه يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول من دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، كما لا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع؛ وكذلك المادة 627 مدني سوري، وهي تقابل المادة 661 مدني مصري، التي تقر مسؤولية المقاول تجاه رب العمل عن عمل المقاول

---

[566]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 287، ص353 و 354.

الثانوي؛ وكذلك المادة 674 مدني سوري، وهي تقابل المادة 708 مدني مصري، والتي تتضمن مسؤولية الوكيل نحو الموكل عن عمل نائبه.

ويعدّ من قبيل المسؤولية العقدية الناتجة من الخطأ الناشئ من الفعل الشخصي للمدين مسؤوليته عن الخطأ العقدي الراجع إلى فعل الأشياء التي تحت حراسته قانوناً إذا خرجت عن سيطرته وألحقت أضراراً بالمتعاقد الآخر. فإذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي يرجع إلى فعل شيء، تدخل على نحوٍ ايجابي في وقوع الضرر، فيعدّ مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالمتعاقد الآخر مسؤولية عقدية لا عن فعله، وإنما عن فعل الشيء، كما لو انفجرت عجلة السيارة فانقلبت وألحقت ضرراً بالركاب، أو بالبضائع.[567]

الفقرة-2- الضرر:

337- الضرر ركن جوهري من أركان المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية والتقصيرية، لا بل هو مناط هذه المسؤولية التي لا تقوم في حال انتفائه. والضرر بهذا المعنى هو كل ما ينجم عن الاعتداء على حق من حقوق الشخص، أو عن الإخلال بمصلحة مشروعة له، حتى لو لم يكن القانون يكفلها بدعوى خاصة. وحتى يكون هناك إضرار بمصلحة مشروعة يجب أن يثبت المضرور أنه فقد شيئاً بسبب الفعل الذي ينسبه إلى الفاعل.

وتختلف أهمية الضرر بوصفه ركناً من أركان المسؤولية المدنية تبعاً للأساس القانوني لهذه المسؤولية. فإذا كانت المسؤولية تقوم على الخطأ، فإن الضرر له مكانة ثانوية في هذه المسؤولية، لأنه لا يعدّ من معطياتها الجوهرية. أما إذا كانت المسؤولية تقوم على تحمل التبعة، فإن الضرر فيها يحتل مكانة بارزة.[568]

---

[567]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 285، ص550 وما يليها. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 285، ص351 و352.

[568]- انظر في ذلك في اللغة الفرنسية:

ولا يشترط لقيام الضرر أن يقع اعتداءً على حقٍ مالي للمضرور، وإنما يمكن أن يقع على حقٍ غير مالي أيضاً. ويترتب على ذلك أن الضرر، بوصفه ركناً من أركان المسؤولية، يمكن أن يكون مادياً أو أدبياً.

338- وقد اختلف الفقه والقضاء في فرنسا مؤخراً حول إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن بعض الأفعال التي لم تكن معروفة سابقاً. فعندما أباحت فرنسا في العام 1975 الوقف الإرادي للحمل بشروطٍ معينةٍ، أي الإجهاض الإرادي، ثار السؤال حول إمكانية المطالبة بالتعويض عن ولادة طفلٍ غير مرغوب فيه. وقد عرضت قضية بهذا الشأن على الهيئة العامة لمجلس الدولة الفرنسي في العام 1982، والذي قرر بنتيجتها أن ولادة طفلٍ، حتى لو تمّت بعد عملية وقفٍ إراديٍ للحمل فاشلةٍ لا تشكل ضرراً من شأنه أن يعطي الحق للأم في المطالبة بالتعويض إلا إذا كانت الأم تستطيع أن تثير ظروفاً استثنائيةً أو وضعاً خاصاً.[569] وهذا ما قررته أيضاً محكمة النقض الفرنسية في العام 1991.[570]

والمسألة الأخرى التي كانت مثار جدال في فرنسا هي إمكانية التعويض عن ولادة طفلٍ يعاني من إعاقةٍ. في هذه الحالة ميز الفقه والقضاء الفرنسيان بين حالتين: الحالة الأولى تتعلق بالإعاقة الناجمة عن الولادة أو في أثناء الحمل، كما في حالة فشل عملية وقفٍ إراديٍ للحمل، ثمّ تضاعفت أثارها ونجم عنها إعاقة للطفل، فهنا لا خلاف حول إمكانية تعويض الإعاقة، لأنها تشكل ضرراً. والحالة الثانية هي

G.Viney et P.Jourdain, Les conditions de la responsabilité, 2ème édition, Delta-LGDJ 1998, N°247 et s., p.3 et s.

[569]- انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي، تاريخ 1982/7/2،منشور في مجلة دالوز 1984،ص425 تعليق J.B.D'ONORIO.

[570]- نقض فرنسي، الغرفة المدنية الأولى،1991/6/25 منشور في مجلة دالوز 1991، ص566، تعليق Ph. Le Tourneau.

الإعاقة الوراثية غير المكتشفة، في هذه الحالة الطفل يعاني من الإعاقة منذ لحظة الحمل، ومن ثمّ إذا لم يُعلم الطبيب الأم بالإعاقة أو بخطرها، فإن ذلك يشكل خطأً، لأنه أخل بالالتزام المفروض عليه بإعلام المريض بوضعه الصحي. ومن ثمّ حرم الأم من الإمكانية التي يمنحها القانون للتخلص من حملٍ يبرز خطراً. ومن ثمّ فإن النتيجة المترتبة على خطأ الطبيب في مثل هذه الحالة هي السماح بولادة طفلٍ ذي إعاقة، فهل يشكل ذلك ضرراً يستوجب التعويض؟ يرد بعض الفقهاء على ذلك بالنفي، وذلك لأن الحياة ترجح دائماً على عدم الحياة. وهذا ما حكمت به أيضاً محاكم الموضوع في فرنسا. ولكن مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية قبلا بوجود الضرر في مثل هذه الحالة. فبالنسبة إلى محكمة النقض، قررت أنه في مثل هذه الحالة يوجد ضرران: ضررٌ يلحق بالأبوين، ويتمثل بالاضطرابات التي تسببها ولادة الطفل المعاق في حياتهما، والضرر هنا لا ينجم عن ولادة الطفل، وإنما عن إعاقته؛ وضررٌ يلحق بالطفل، ومن ثمّ أجازت محكمة النقض للأبوين رفع دعوى باسم الطفل للمطالبة بالضرر الذي لحق به أيضاً، والضرر يتمثل بالنسبة إليه بالإعاقة التي يعاني منها.[571] أما مجلس الدولة الفرنسي، فقد أقرّ بحق الوالدين بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهما في مثل هذه الحالة، ولكنه رفض منح هذا الحق للطفل، وذلك لانتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر المتمثل بالإعاقة.[572] وأصدرت الهيئة العامة لمحكمة النقض قرارها المشهور باسم بيروش Perruche بتاريخ 2000/11/17 أقرت فيه بحق الطفل في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة الإعاقة التي

---

[571]– نقض فرنسي، الغرفة المدنية الأولى/1996/3/26، قراران صادران في التاريخ نفسه، منشوران في مجلة دالوز 1997،ص35، تعليق J.Roche DAHAN.

[572]– انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي، تاريخ 1997/2/12 ، منشور في مجلة جيريس كلاسور بوبليك 1997، الجزءII، رقم 2 2828، تعليق J.Moreau.

لم يكتشفها الطبيب.[573] ونتيجة الانتقادات التي أثارها قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 2002/300 تاريخ 2002/3/4 والمتعلق بحقوق المرضى وجودة نظام الصحة، ونص على أنه عندما تقوم مسؤولية ممارس المهن الصحية أو المؤسسة الصحية تجاه أهل الطفل الذي وُلِدَ مع إعاقةٌ خُلقية ولم تكشف هذه الإعاقة في أثناء الحمل بسبب خطأ موصوفٍ من الطبيب، فيحق للأهل المطالبة بالتعويض عن الضرر الخاص الذي لحق بهم فقط. ولا يشمل هذا الضرر الأعباء الخاصة الناتجة، طيلة فترة حياة الطفل عن هذه الإعاقة. وإنما يكون تعويض هذه الإعاقة على عاتق صندوق التضامن الاجتماعي.[574]

---

[573]– الهيئة العامة لمحكمة النقض،2000/11/17، منشور في مجلة دالوز لعام 2000، الجزء II، تعليق C.Labrusse-Riou et B.Mathieu . في الواقع كانت محكمة استئناف باريس في قضية بيروش قد رفضت منح الطفل التعويض وذلك لانتفاء علاقة السببية بين الضرر والخطأ. ثم نقضت محكمة النقض هذا القرار بموجب قرارها الصادر بتاريخ 1996/3/26. وأعادت القضية إلى محكمة استئناف مدينة أورليون وفقاً لما يستلزمه القانون الفرنسي في مثل هذه الحالة. وقد أكدت محكمة استئناف أورليون قرار محكمة استئناف باريس، فطعن الزوجان ثانية بهذا القرار، الأمر الذي أدى إلى رفع الطعن للهيئة العامة لمحكمة النقض.

[574] – دخلت أحكام القانون الفرنسي رقم 2002/300 تاريخ 2002/3/4 حيز التنفيذ بتاريخ 2002/3/7، وتنص المادة الأولى منه على أنه يطبق بأثر مباشر على الدعاوى المرفوعة بتاريخ نفاذه. ونتيجة الاعتراض على أحكام هذه المادة قرر مجلس الدولة الفرنسي في رأي صادر منه في قضية Draon بتاريخ 2002/10/6 أكد فيه أن نظام التعويض الذي قرره المشرع بموجب ذلك القانون لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وتقوم على اعتبارات أخلاقية، وعلى التنظيم الجيد لنظام الصحة والعلاج الملائم لجميع الأشخاص ذوي الإعاقة، لا يتعارض مع أحكام المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقية حقوق الإنسان الأوربية. وكان هذا الرأي محل طعن أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، وصدر قرارها المعروف باسم

339- خلاصة الكلام، لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية توافر الخطأ العقدي من جانب المدين، وإنما لا بد أيضاً من أن يُلحِق هذا الخطأ ضرراً بالدائن. والمادة 216 مدني سوري لم تتحدث عن الضرر، وإنما تحدثت عن عدم التنفيذ، ولكن عدم التنفيذ يستتبع بالضرورة الضرر. وعبء إثبات هذا الضرر يقع من حيث المبدأ على عاتق الدائن. ولكن إذا كان التعويض اتفاقياً، وهي حالة الشرط الجزائي، فبمجرد وقوع الخطأ، يعدّ الضرر مفترضاً قانوناً. وعلى المدين في مثل هذه الحالة أن يثبت أنه لم يَلحق بالدائن ضررٌ، طبقاً لما ذهبت إليه المادة 225 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 224 مدني مصري.

ويُستثنى من ذلك أيضاً الضرر الناتج من التأخير عن أداء مبلغٍ من النقود، حيث يكون الضرر هنا مفترضاً ولكنه افتراضٌ لا يقبل إثبات العكس، وفقاً لما جاء في

Draon بتاريخ 2005/10/6 أدانت فيه فرنسا وقررت أن القانون المشار إليه يخالف أحكام المادة الأولى من البروتوكول المذكور بالنسبة إلى الدعاوى القائمة بتاريخ نفاذه والواقع في 2002/3/7، معللة قرارها بأن التعويض في هذه الدعاوى يمثل ديناً، ومن ثم مالاً وفق مفهوم المادة الأولى من البروتوكول المشار إليه أعلاه، ويمكن الحرمان من هذا الحق بموجب قانون تحقيقاً للمصلحة العامة، ولكن يجب أن يكون هذا الحرمان القانوني متناسباً مع حق الملكية بالنسبة إلى المضرور، ومن ثم يجب تقديم مقابل كافي له. ونتيجة هذه الإدانة صدرت ثلاثة قرارات عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2006/1/24 أكدت على قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان الذي قرر تعويض الضرر الذي أصاب الأهل والناجم عن الأعباء الخاصة الناجمة عن إعاقة الطفل أثناء حياته، ومن ثم أجازت من جديد تعويض الضرر الخاص بالطفل الذي ولد معاقاً بالنسبة إلى الدعاوى القائمة بتاريخ نفاذ القانون المعترض على أحكامه والواقع في 2002/3/7. إلا أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أبعد من ذلك وقررت حق الطفل المعاق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، والمتمثل بولادته وحرمان والدته من حقها في إجهاضه.

المادة 229 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 228 مدني مصري. فيستحق الدائن التعويض وهو فائدة النقود، من دون أن يُكلف بإثبات الضرر.[575]

ولا يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المادي، وهو ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة، بل يشمل أيضاً الضرر الأدبي، وفقاً لما تنص عليه المادة 223 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 222 مدني مصري، إذ جاء فيها ما يأتي: ((1- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. 2- ولا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب)).[576] والضرر الأدبي هو ما يؤذي الشخص في نواحٍ معنويةٍ كالعاطفة والكرامة والشرف، والاعتبارات الاجتماعية، كإفشاء الطبيب المعالج سرَّ مريضٍ يضره إفشاؤه في سمعته،[577] وفقدان ربّ المنزل وتيتم الأولاد.[578] وقد قررت محكمة النقض السورية

---

[575]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 442، وما يليه، ص679 وما يليها. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 289 وما يليه، ص355 وما يليها. ود.فواز صالح، التعويض...، المرجع السابق، ص209 و 210.

[576] - نقض سوري، الغرفة المدنية الرابعة، قرار رقم 1799/ أساس 1297، تاريخ 2008/5/11، المحامون، العدّدان 11 و 12 لعام 2009، ص1600.

[577]- د.فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدّد الثاني، 2006، ص276 وما يليها. ومنشور أيضاً في مجلة المحامون، العدّدان 11 و12 لعام 2008، ص1505 وما يليها.

[578]- نقض سوري، الهيئة العامة، قرار 197/أساس 492، تاريخ 2002/5/13، مجلة المحامون، العدّدان 7 و 8 لعام 2004، ص647.

أن الضرر الأدبي يقتصر على الإنسان وحده لتمتعه بنعمة العقل الذي منحه إياها الله.[579]

أولاً:- عناصر الضرر:

340- يتبين من المادة 222 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 221 مدني مصري، أن التعويض يشمل ما لحق بالمدين من خسارة وما فاته من كسب. إضافةً إلى أن التعويض يشمل أيضاً الضرر الأدبي الذي سبقت الإشارة إليه.[580] وتقدير التعويض من الأمور الموضوعية التي تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع بشرط أن يكون ذلك استناداً إلى وقائع الدعوى.[581]

ثانياً:- الشروط التي يجب توافرها في الضرر (المادي والأدبي):

341- يشترط في الضرر أن يكون محققاً. والضرر المحقق هو الضرر الأكيد، سواء أكان حالاً أم كان مستقبلاً حتمّي الوقوع. ويترتب على ذلك أنه إذا كان الضرر محتمَلاً غير محقق فلا يستوجب التعويض إلا إذا تحقق. ويختلف الضرر

---

[579]- نقض سوري، الغرفة الجنحية (ب)، قرار 599/أساس 1126، تاريخ 2007/2/20، مجلة المحامون، العدّدان 9 و 10 لعام 2008، ص1364. ونقض سوري، الغرفة المدنية الثالثة، قرار رقم 977/ أساس 1037، تاريخ 2014/7/21، مجلة المحامون، الأعداد 7-12 لعام 2016، ص597 وما يليها.

[580]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 287، ص553 و 554. ود. سوار، المرجع السابق، بند 372، 493.

[581] - نقض سوري، الغرفة المدنية الرابعة، قرار رقم 1507/ أساس 1002، تاريخ 2008/4/28، المحامون، العدّدان 11 و 12 لعام 2009، ص1594. وقرار رقم 2904/ أساس 2316، تاريخ 2008/6/29، المحامون، العدّدان 1 و 2 لعام 2010، ص84. ونقض سوري، الهيئة العامة-مخاصمة، قرار رقم 586/ أساس 1458، تاريخ 2007/12/17، المحامون، العدّدان 3 و 4 لعام 2009، ص389. وقرار الهيئة العامة رقم 38/ أساس 860، تاريخ 2008/2/25، المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 2009، ص699.

الاحتمالي عن تفويت الفرصة النافعة على المتعاقد الذي يُعدّ ضرراً محققاً يستحق عليه التعويض، ومثال ذلك تعطل سيارة الأجرة، الأمر الذي أدى إلى تأخير المتعاقد، ومن ثمّ فوات فرصة الاشتراك في الامتحان عليه، مما أدى إلى رسوبه، لاسيما إذا كان من الطلاب الأوائل في كليته.[582]

342- كما يُشترط في الضرر أن يكون مباشراً، أي أن يكون نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر فيه. ويعدّ الضرر نتيجة طبيعة إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، طبقاً لما جاء في المادة 1/222 مدني سوري، المشار إليها أعلاه. أما إذا كان الدائن يستطيع أن يتوقاه ببذل جهدٍ معقولٍ، ولم يفعل ذلك فلا يُسأل المدين عن الضرر لانقطاع علاقة السببية بين الضرر والخطأ.[583]

343- وأخيراً يُشترط في الضرر أن يكون متوقعاً، والضرر المتوقع هو الذي يكون احتماله ملحوظاً عادةً وقت التعاقد، أي مما يدخل عادةً في حسبان المتعاقد سبباً ومقداراً، ومن ثمّ يدخل في دائرة التعاقد. واستثنى القانون من ذلك حالتي الغش والخطأ الجسيم، حيث يسأل فيها المتعاقد عن الضرر غير المتوقع أيضاً، وفقاً لما ذهبت إليه المادة 2/222 مدني سوري، المشار إليها أعلاه. ومعيار التوقع هنا هو معيارٌ موضوعيّ، وهو ما يتوقعه الرجل العادي أو الرجل المعتاد، وقت التعاقد.[584]

---

[582]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 444 وما يليه، ص680 وما يليها. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 290، ص356. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 288، ص554 وما يليها.

[583]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 451، ص683 وما يليها.

[584]- د.الزرقاء، المرجع السابق، بند 291، ص357 وما يليها. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 288، ص558 وما يليها.

الفقرة-3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

344- يُستفاد ضرورة وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر من نص المادة 222 مدني سوري، والتي سبقت الإشارة إليها. ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون الخطأ العقدي الذي ارتكبه أحد المتعاقدين هو السبب في وقوع الضرر بالمتعاقد الآخر. ويجب على الدائن إثبات هذه العلاقة. ولكن متى أثبت الدائن الخطأ والضرر، فعلاقة السببية بينهما مفترضة قانوناً. ولكن هذا الافتراض قابلٌ لإثبات العكس، أي إثبات أن الضرر الواقع لم ينشأ من خطئه، وإنما نشأ من سببٍ أجنبيٍ، طبقاً لما جاء في المادة 216 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 215 مدني مصري.[585]أما إذا لم تكن استحالة تنفيذ الالتزام العقدي راجعةً إلى سببٍ أجنبيٍ، فيُحكم على المدين بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية.[586]

وأقتصر هنا على هذا الكلام تاركاً تفصيله للجزء الثاني من هذا الكتاب، إذ تشترك المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في السبب الأجنبي وفي علاقة السببية.

المطلب الثاني
دفع المسؤولية

345- يُستفاد من نص المادة 216 مدني سوري، المشار إليها أعلاه، أن المدين يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أن الضرر وقع نتيجة سببٍ أجنبيٍ. والسبب الأجنبي La cause étrangère يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية. والسبب الأجنبي هو كلّ فعلٍ أو حادثٍ من

---

[585]- د.سوار، المرجع السابق، بند 502 وما يليه، ص380 وما يليها. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 454، ص687 و688. ود.الزرقاء، المرجع السابق، بند 292، ص359 و360.

[586]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 341/أساس 242، تاريخ 1998/3/22، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4367، ص2154.

شأنه أن يجعل وقوع الفعل الضار مستحيلاً، ولا يُنسب إلى المدعى عليه في دعوى المسؤولية المدنية. وصور السبب الأجنبي، وفقاً لما جاء في المادة 166 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 165 مدني مصري، هي القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وخطأ المضرور، وخطأ الغير. وهذه الصور ليست حصرية، وإنما وردت على سبيل المثال، ومن ثمّ يمكن أن يضاف إليها أي سببٍ آخر تتوافر فيه شروط السبب الأجنبي ولاسيما عدم إمكانية التوقع وعدم إمكانية الدفع. وأختصر في هذا المجال ما يتعلق بالسبب الأجنبي، إذ جاءت أحكامه مفصلة في الجزء الثاني من هذا الكتاب.

الفقرة-1- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ:

346- لم ينص القانون المدني السوري على تعريف للقوة القاهرة la Force majeure، ومع ذلك يمكن تعريفها بأنها كلّ أمرٍ خارجٍ عن الشيء لا يمكن للمدين توقعه، ولا يمكن له دفعه.

347- وتنشأ القوة القاهرة إما من فعل الطبيعة، كالزلازل والصواعق والفيضانات والثلوج والبراكين، أو من فعل الإنسان، وتسمى القوة القاهرة في مثل هذه الحالات بفعل الأمير.[587]

348- ويرى بعض الفقهاء أن القوة القاهرة والحادث المفاجئ تعبيران مترادفان لمسمى واحد، ومن ثمّ فلا مجال للتمييز بينهما، وإن كانت القوة القاهرة تدل على استحالة دفع الحادث، في حين أن الحادث المفاجئ يدل على عدم إمكانية التوقع.[588] ويرى قسمٌ آخر منهم ضرورة التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ،

---

[587]- د.سوار، المرجع السابق، بند 513 وما يليها، ص388 وما يليها.

[588]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 586، ص876 و877. ود.سوار، المرجع السابق، بند 506، ص385.

وتقوم هذه التفرقة على صفة الحادث. فإذا كان الحادث خارجياً ولا يمكن توقعه ولا دفعه، فهو قوة قاهرة، ومثال ذلك زلزال أدى إلى انهيار مصنعٍ من المصانع. أما إذا كان داخلياً بالنسبة إلى الشيء، ويستحيل دفعه، كانفجار آلةٍ في المصنع، فهو حادثٌ مفاجئٌ.[589]

أولاً:- شروط القوة القاهرة:

349- يشترط في القوة القاهرة عدم إمكانية توقع الحادث، ومعيار عدم التوقع هنا هو معيارٌ موضوعيٌ يتطلب أن يكون عدم التوقع مطلقاً. فلا يكفي فيه أن يكون غير ممكن التوقع من جانب المدين، وإنما يجب أيضاً أن يكون غير ممكن التوقع من جانب أكثر الناس حيطة وحذراً وتبصراً.[590] واستقر اجتهاد محكمة النقض السورية على أن انفجار عجلة السيارة لا يعدّ قوةً قاهرةً، وذلك لأنه أمرٌ متوقعٌ في كلّ لحظة، مما يوجب على السائق أن يكون حذراً، وأن يتوقع في كل لحظة هذا الأمر.[591] ويجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع لحظة انعقاد العقد.

350- ولا يكفي لقيام القوة القاهرة توافر شرط عدم إمكانية توقع الحادث، وإنما يجب إضافةً إلى ذلك أن يستحيل دفعه. ومعنى ذلك أن الحادث يجب أن يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالةً مطلقةً، لا بالنسبة إلى المدين وحده وإنما

---

[589]- د.أبو ستيت، المرجع السابق، بند 365، ص335، هامش 3.

[590]- نقض سوري، قرار 931، تاريخ 1974/11/5، مجلة المحامون، العدّد 12 لعام 1974، ص356. وقرار رقم 268، تاريخ 1973/3/31، مجلة المحامون، الأعدّاد 7-12 لعام 1973، ص334.

[591]- نقض سوري، الغرفة الرابعة، قرار 736/ أساس 1229، تاريخ 2000/4/11، سجلات محكمة النقض. وقرار 2428/ أساس 2249، تاريخ 2000/10/31، سجلات محكمة النقض.

بالنسبة إلى أي شخصٍ يكون في موقف المدين ووضعه. وهذا الشرط هو تطبيقٌ للقاعدة القائلة "لا التزام بمستحيل".

أما إذا ترتب على وقوع الحادث أن تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً، فلا يعدّ الحادث من قبيل القوة القاهرة، وإنما تطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة بشرط توافر بقية شروط تطبيقها. ويترتب على ذلك أن استحالة الدفع تتطلب عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً.[592]

351- كما يشترط في الحادث حتى يعدّ قوة قاهرة، إضافةً إلى ما تقدم، أن يكون خارجياً. ومن ثمّ إذا تسبب المدين بوقوع الحادث أو ساعد على وقوعه، فلا يشكل الحادث قوةً قاهرةً حتى لو توافر فيه الشرطان السابقان، ومن ثمّ لا يعفي من المسؤولية. وكذلك إذا كان الحادث داخلياً بالنسبة إلى الشيء، فلا يعدّ من قبيل القوة القاهرة، إذ جاء في قرار صادر من محكمة النقض السورية أنه إذا كان الضرر قد وقع من السيارة التي كان يقودها السائق وذلك بسبب كسر المقود أو تعطل المكابح أو انفجار العجلة، فإن هذه الأمور وإن كانت غير متوقعة، إلا إنها لا تعدّ قوةً قاهرةً لأنها حوادث من داخل السيارة لا من خارجها.[593] وبالمقابل لا يُشترط أن يكون الحادث عاماً، وإنما يمكن أن يكون خاصاً بالمدين وحده، كما في مثال وفاة والد الفنان الذي كان قد التزم بإحياء حفلٍ غنائيٍ في يومٍ محددٍ، ولم

---

[592]- نقض سوري، قرار 268/ أساس 661، تاريخ 1973/3/31، مجلة المحامون لعام 1973، ص234.

[593]- نقض سوري، الغرفة الجزائية، قرار 597/ أساس جنحة 512، تاريخ 1976/3/15، مجلة القانون لعام 1978، ص165. وفي المعنى ذاته: نقض سوري، قرار 1393/ أساس 544، تاريخ 1981/6/7، مجلة المحامون لعام 1982، ص542. ونقض سوري، الغرفة الأولى، قرار 687/ أساس 827، تاريخ 1998/2/14، سجلات محكمة النقض.

ينفذ التزامه بسبب وفاة والده، فالوفاة هنا حادثٌ خاصّ بالمدين وحده، ومع ذلك يعدّ قوةً قاهرةً إذا توافرت فيه بقية شروط القوة القاهرة.

ثانياً:- آثار القوة القاهرة:

352- إذا كانت القوة القاهرة السبب الوحيد في وقوع الضرر فإنها تؤدي إلى نفي المسؤولية عن المدين، وذلك لأنها تؤدي إلى انقطاع علاقة السببية بين فعل المدين وبين الضرر. أما إذا اشتركت القوة القاهرة مع خطأ المدين في إحداث الضرر، فإن المدين يُسأل مسؤوليةً تامةً عن ذلك الضرر، وذلك لأنه لا يمكن في مثل هذه الحالة تقسيم المسؤولية بين المدين وشخصٍ آخر. وتجدر الإشارة إلى أن القوة القاهرة يمكن أن تؤدي إما إلى الإعفاء من تنفيذ الالتزام على نحوٍ نهائيٍ، أو إلى وقف تنفيذ الالتزام حتى زوال الحادث. وهذا ما نصت عليه المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه تقوم القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يفلت حدث من رقابة المدين، الذي لا يكون على نحوٍ معقولٍ متوقعاً وقت إبرام العقد والذي لا يمكن تجنب أثاره بموجب تدابير ملائمة، ويمنع المدين من تنفيذ التزامه.

إذا كان المنع مؤقتاً، يوقف تنفيذ الالتزام إلا إذا كان التأخير الناجم عن ذلك يبرر فسخ العقد. إذا كان المنع نهائياً، ينفسخ العقد بحكم القانون ويُبرأ الأطراف من التزاماتهم وفق الشروط المنصوص عليها في القانون.

وأجازت المادة 1/218 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/217 مدني مصري، الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة والحادث المفاجئ. ويكون ذلك في إطار المسؤولية العقدية فقط. إلا أن المادة 151 من قانون التجارة السوري الجديد رقم 33 لعام 2007 عدّت باطلاً كلّ شرطٍ ينص على إبراء الناقل كلياً أو جزئياً من المسؤولية عن الأضرار الجسدية التي تلحق بالمسافر. وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة 1/146 من القانون ذاته بشأن نقل البضاعة. زدّ على ذلك أن

المادة 143 من هذا القانون تنص على أن الناقل يكون مسؤولاً منذ لحظة تسلمه البضاعة عن هلاكها أو تعيبها أو فقدها أو التأخر في تسليمها ما لم يثبت القوة القاهرة أو العيب الخاص في البضاعة أو خطأ المرسل أو المرسل إليه. وكلّ شرطٍ في عقد النقل يهدف إلى مخالفة أحكام المواد المشار إليها من قانون التجارة يعدّ باطلاً بموجب المادة 133 منه. ومن جهة أخرى تُعفي المادة 271 من قانون التجارة البحرية السوري رقم 46 لعام 2006 الناقل من المسؤولية عن الضرر الناجم عن وفاة المسافر أو عما يلحقه من إصابات إذا أثبت أن وفاة المسافر أو إصابته ترجع إلى سببٍ أجنبي لا يدّ له فيه. ويقع باطلاً كل اتفاق يبرم قبل وقوع الحادث الذي سبب الضرر بهدف تعديل عبء الإثبات الذي وضعه القانون على عاتق الناقل، وفقاً لما ذهبت إليه المادة 2/274 من القانون ذاته.

الفقرة-2- خطأ المضرور:

353- يستطيع المدين أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أن الضرر ناجمٌ عن خطأ المضرور نفسه. ولا يشترط هنا أن يكون فعل المضرور غير متوقع الحصول، أو غير ممكن الدفع.[594] ولكن يبدو أن محكمة النقض الفرنسية تقرّ بأن فعل المضرور، حتى لو لم يكن خطأً، لا يمكن أن يعفي المسؤول من المسؤولية إلا إذا كان غير ممكن التوقع وغير ممكن الدفع.[595]

وبالمقابل يُشترط أن يعدّ الفعل الذي يأتيه المضرور خطأ حتى يكون من شأنه التأثير في مسؤولية المدين. وإذا كان خطأ المضرور هو السبب الوحيد في وقوع

---

[594]- د.سوار، المرجع السابق، بند 518، ص390.

[595] -Cass.civ.2e, 8 déc.1965, Gaz.pal. 1965, 1, p.194. Cass.civ.2è, 22 janv.1975, JCP.1975 ,IV, p.82.

الضرر، فيعفى المدين من المسؤولية. أما إذا اشترك خطأ المضرور مع خطأ المدين في إحداث الخطر، فتطبق قواعد الخطأ المشترك في المسؤولية التقصيرية.

الفقرة-3- خطأ الغير:

354- يستطيع المدين أيضاً أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا كان الضرر ناجماً عن فعل الغير. ويشترط في فعل الغير أن يكون غير ممكن الدفع وغير متوقع الحصول. أما إذا كان فعل الغير ممكن الدفع أو متوقع الحصول وأهمل المدين في دفعه فإنه يعدّ مسؤولاً، ومثال ذلك ما إذا تعرض أحد الزبائن المقيمين في فندق ما للسرقة، فصاحب الفندق لا يعفى من المسؤولية إلا إذا توافرت في السرقة صفات القوة القاهرة وشروطها، وهذا ما تنص عليه المادة 693 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 727 مدني مصري.

ويقصد بالغير في هذا النطاق كلّ شخصٍ لا يُسأل المدين عنه، ومن ثمّ فهو كلّ شخصٍ أجنبيٍ عن المدين. وإذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد في وقوع الضرر، وكان يعدّ خطأً، فيسأل الغير لوحده عن تعويض ذلك الضرر. أما إذا اشترك خطأ الغير مع خطأ المدين، فتطبق القواعد ذاتها المطبقة على خطأ المضرور في حالة الخطأ المشترك.[596]

المطلب الثالث

تعديل أحكام المسؤولية العقدية والتأمين عليها

355- تجيز المادتان 212 و218 مدني سوري، وهما مطابقتان للمادتين 211 و217 مدني مصري، الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية. ويتبين من

---

[596]- د سوار، المرجع السابق، بند 519، ص390 و 391.

ذلك أن المشرع أجاز تعديل قواعد المسؤولية العقدية اتفاقاً. زدّ على ذلك أن المشرع أجاز للمدين أن يُؤمن على مسؤوليته.

الفقرة-1- تعديل قواعد المسؤولية العقدية:

356- أجاز المشرع تعديل أحكام المسؤولية العقدية باتفاق الطرفين المسبق وذلك تشديداً، أو تخفيفاً، أو إعفاءً استناداً إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

أولاً:- الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية:

357- الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية جائز من دون حدّ، فيمكن الاتفاق على أن يتحمل المدين بالتزام بتحقيق نتيجةٍ تبعة السبب الأجنبي، ويعدّ مثل هذا الاتفاق ضرباً من التأمين يلتزم به المدين نحو الدائن.[597]كما يمكن الاتفاق على تحويل التزام المدين العقدي من التزام ببذل عنايةٍ إلى التزام بتحقيق نتيجةٍ، كأن يلتزم المحامي في عقد الوكالة مع الموكل بالحصول على حكم ببراءته من الجرم المنسوب إليه.

ثانياً:- الاتفاق على تخفيف المسؤولية أو على الإعفاء منها:

358- يجوز الإعفاء من المسؤولية العقدية عن العمل الشخصي، أو تخفيفها إلا إذا نشأت عن خطأ يسيرٍ. ولا يصح الإعفاء في حالة الغش أو الخطأ الجسيم. أما الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير، أو التخفيف منها، فهو جائز مطلقاً في الخطأ اليسير والجسيم.[598]وأما إذا كان الإعفاء لاحقاً لنشوء الحق في

---

[597]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 440، ص674 وما يليها.

[598]- د.سوار، المرجع السابق، بند 544 وما يليه. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 293.

التعويض، فيعدّ تنازلاً عن الحق، وهذا جائزٌ قانوناً لأن التعويض حقّ شخصيّ يمكن التنازل عنه.[599]

زدّ على ذلك أن المادة 250 من قانون التجارة البحرية السوري الجديد رقم 46 لعام 2006 تُعِدّ باطلاً الاتفاق الذي يتمّ قبل وقوع الحادث مصدر الضرر بشأن عقد نقل البضائع البحري، ويهدف إلى إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها؛ أو تحديد مسؤولية الناقل بأقل مما حددته المادة 1/247 منه.[600]ولكن استثناءً أجازت المادة 252 من القانون ذاته الاتفاق على ما يخالف أحكام المادة 250 منه إذا تمّ النقل في ظروف استثنائية تبرر مثل هذه المخالفة، بشرط ألا يتضمن الاتفاق إعفاء الناقل من المسؤولية عن خطئه أو خطأ تابعيه، وبشرط ألا يصدر وثيقة شحن، وأن يدون الاتفاق في إيصال غير قابل للتداول. كما تعدّ المادة 274 من القانون ذاته باطلاً الاتفاق الذي يتمّ قبل وقوع الحادث بشأن عقد نقل الأشخاص البحري ويهدف إلى إعفاء الناقل من المسؤولية تجاه المسافر أو ورثته أو من يعولهم، وكذلك تعديل عبء الإثبات الذي يضعه القانون على عاتقه، وتحديد التعويض بأقل مما قررته المادة 247 منه.[601]

---

[599]– نقض سوري، الهيئة العامة، غرفة المخاصمة، قرار رقم 313/ أساس 915، تاريخ 2010/8/16، منشور في مجلة المحامون، الأعداد 3-6 لعام 2012، ص366.

[600]– تنص المادة 1/247 من قانون التجارة البحرية رقم 46 لعام 2006 على أنه ((تحدد المسؤولية أياً كان نوعها عن هلاك البضائع أو تلفها وفق الاتفاقيات الدولية والأنظمة والقوانين النافذة عن كل طرد أو وحدة شحن أو الوزن أيها أعلى)).

[601]– لم ينص قانون الطيران المدني رقم 6 لعام 2004 على أحكام خاصة بتعديل قواعد مسؤولية الناقل الجوي في حالة نقل الأشخاص أو نقل البضائع. ومن ثم تطبق القواعد المنصوص عليها في القانون المدني بهذا الشأن، مع مراعاة ما تنص عليه الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها سورية بهذا الخصوص، وفق ما نصت عليه المادة 136 من القانون رقم 6 لعام 2004.

كما تُعِدَّ المادة 146 من قانون التجارة السوري الجديد رقم 33 لعام 2007، والنافذ بدءاً من 2008/4/1، باطلاً الإعفاء الكلي من المسؤولية عن هلاك البضاعة أو فقدها أو تعيبها، أو تأخير تسليمها أو تحويل عبء الإثبات عنه أو مخالفة قواعد الاختصاص. كما تُعِدَّ المادة 151 منه باطلاً إعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من المسؤولية عن الأضرار الجسدية التي تلحق بالمسافر أو تحويل عبء الإثبات عنه أو مخالفة قواعد الاختصاص.

الفقرة-2- التأمين على المسؤولية:

359- يعفي التأمين على المسؤولية، على غرار الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية، المسؤول من التعويض. ولكنه يختلف عن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية، في أن الاتفاق على الإعفاء يؤدي إلى حرمان المضرور من أي تعويضٍ. أما التأمين على المسؤولية فإنه لا يؤدي إلى حرمان المضرور من حقه في التعويض، وإنما يهدف إلى إلقاء عبء هذا التعويض على شركة التأمين، ومن ثمّ فهو جائزٌ. ومثال ذلك المادة 18 من قانون التأمينات الاجتماعية لعام 1959 وتعديلاته التي ألزمت ربّ العمل بأن يؤمّن على حوادث العمل التي يُلزَم بالتعويض عنها. وكذلك يُعَدّ التأمين إلزامياً على حوادث السيارات، وقد استحدث قانون السير السوري رقم 19 لعام 1974 هذا النوع من التأمين الإلزامي لأول مرة، وحافظ عليه قانون السير الجديد رقم 31 لعام 2004 وتعديلاته في المادة 186 منه. وكذلك التأمين الإلزامي المفروض على مستثمر الطائرة العاملة في سورية، إذ عليه أن يؤمّن على مسؤوليته عن الأضرار التي قد تصيب طاقم الطائرة والركاب والبضائع، وكذلك الأشخاص والممتلكات على سطح الأرض، بموجب المادة 151 من قانون الطيران المدني السوري رقم 6 لعام 2004.

وتختلف آثار التأمين على المسؤولية تبعاً لعلاقة المؤمِّن بالمؤمَّن له، وعلاقة المؤمِّن بالمضرور، وفقاً لما هو مبين في مجال المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني

قوة العقد من حيث الأشخاص

360- لا يرتب العقد، من حيث المبدأ، أثاره إلا تجاه المتعاقدين، وذلك استناداً إلى مبدأ نسبية أثار العقد. ولكن في بعض الحالات الاستثنائية يمكن أن تسري أثار العقد على الغير.

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

361- المبدأ العام هو أن المتعاقد وحده من دون سواه يكون ملزماً بمضمون العقد، وهذا هو مبدأ الأثر النسبي للعقد. وذلك لأنه من مقتضى مبدأ سلطان الإرادة أن يكون بمقدور الإنسان أن يُلزِم نفسه بما شاء من عقود، وذلك في نطاق القانون، ولكنه لا يستطيع إلزام غيره بما يُبرِمه من عقود. ويُعدّ كالمتعاقد خلفه العام، وكذا خلفه الخاص في حالات معينة، وذلك لأن السلف يُعدّ ممثلاً للخلف فيما يعقد من عقود. ومن ثمّ يُقصد بمبدأ نسبية آثار العقد أن العقد يرتب آثاره بالنسبة إلى المتعاقدين وخلفائهما العام والخاص، على نحوٍ تؤثر في حقوق دائنيهما. وبالمقابل، فهو لا يرتب من حيث المبدأ أي أثرٍ تجاه كلّ شخصٍ لا تتوافر فيه صفة المتعاقد أو الخلف أو الدائن.

أما الدائن فقد يتأثر من عقود مدينه بصورة غير مباشرةٍ، إذ قد تؤدي هذه العقود إلى زيادة ثروة المدين الضامنة لحقوق الدائنين أو إلى نقصانها.

أما الغير فهو كلّ شخصٍ من سوى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص والدائنين.

والقاعدة العامة هي أنه لا ينتفع من العقد ولا يضار منه إلا عاقداه. ولكن هذه القاعدة تطورت في القوانين الحديثة التي أصبحت تنص على أن العقد لا يجعل الغير مديناً بمقتضاه، ولكن قد يوجب للغير حقاً يجعله دائناً. وهذا ما نصت عليه

المادة 153 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 152 مدني مصري، بقولها أنه ((لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ول[602]كن يجوز أن يكسبه حقاً)). وهذا ما أكدت عليه المادة 1199 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه لا يُنشئ العقد التزامات إلا فيما بين المتعاقدين.

ولا يستطيع الغير طلب تنفيذ العقد، ولا يمكن إلزامه بتنفيذ عقد إلا وفقاً لأحكام القانون.

المطلب الأول

أثر العقد بالنسبة إلى الخلف لعام

362- المبدأ هو انصراف آثار العقد إلى الخلف العام Ayant cause à titre universel. ولكن هذا المبدأ ليس مطلقاً، وإنما ترد عليه استثناءات عدّة، إذ يُعَدّ الخلف العام في بعض هذه الحالات الاستثنائية من الغير.

الفقرة-1- المبدأ: انصراف آثار العقد إلى الخلف العام:

363- تنص المادة 146 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 145 مدني مصري، على أنه ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإرث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)). والخلف العام هو من يخلف غيره في كامل ذمته، كالوارث الوحيد، أو يخلفه في جزء شائع منها، أي حصة نسبية منها كالنصف أو الثلث أو الربع. ومثال الخلف العام الوارث والموصى له بحصة

---

[602]- كانت المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي تنص، في صياغتها القديمة لعام 1804، على أنه لا أثر للاتفاقات، أي العقود، إلا فيما بين المتعاقدين، ولا يمكن أن تُضِر بالغير، ولا يمكن أن تنفعهم إلا وفقاً لما تنص عليه المادة 1121 من القانون ذاته، في صياغتها القديمة لعام 1804، التي كانت تنص على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير.

شائعة من التركة. ويترتب على ذلك أن التصرفات التي يجريها المورث حال حياته تلزم الورثة، بحسبانهم خلفاً عاماً، بشرط أن تكون هذه التصرفات صحيحة.[603]

ويتبين من نص هذه المادة أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام وذلك من دون الإخلال بقواعد الميراث.[604] ويترتب على ذلك أنه يسري في حق الخلف العام ما يسري في حق سلفه. فإذا كان العقد صورياً، فيسري في حق الخلف العام العقد الحقيقي لا العقد الصوري. وإذا منح البائع أجلاً للمشتري ثمّ توفي المشتري انتقل حقه في الأجل إلى ورثته، كما يسري التزام البائع بهذا الأجل على ورثته أيضاً. ويترتب على ذلك أن الحقوق التي أنشأها العقد لصالح السلف تنتقل بعد وفاته إلى خلفه العام.[605] وأما الالتزامات الناشئة من العقد في ذمة السلف فلا تنتقل إلى خلفه العام، وإنما تبقى في تركته، وفقاً لما قررته قواعد الميراث في الشريعة

---

[603]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1424/أساس 1287، تاريخ 2007/6/11، مجلة المحامون، العدّدان 11 و12 لعام 2008، ص1576. وقرار 1558/أساس 1250، تاريخ 2007/6/25، المرجع السابق، ص1606. وقرار رقم 2047/ أساس 1966، تاريخ 2007/9/16، المحامون، العدّدان 3 و 4 لعام 2009، ص448.

[604]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني ...، المصادر، المرجع السابق، بند 296، ص363 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 391 وما يليه، ص277 وما يليها. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 345 وما يليه، ص541 وما يليها. ونقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1437/أساس 1215، تاريخ 2005/10/17، مجلة المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 2006، ص97.

[605]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 714/ أساس 498، تاريخ 2016/8/23، مجلة المحامون، الأعداد 1-4 لعام 2017، ص134 وما يليها، وجاء في هذا القرار أن "تصرف السلف يسري على الخلف العام، ولا يملك إبطال التصرف الذي أجراه مورثه إلا لأسباب تتعلق بذات المورث السلف أو لأسباب يملكها المورث ذاته في تعاقده مع الغير ...".

الإسلامية التي تسري في شأن تعيين الورثة، وتحديد أنصبائهم في الأرث وانتقال أموال التركة إليهم، طبقاً لما جاء في المادة 836 مدني سوري، وهي تقابل المادة 875 مدني مصري. والقاعدة في الشريعة الإسلامية أن لا تركة إلا بعد سداد الديون، ومن ثمّ فالالتزام لا ينتقل إلى ذمة الخلف العام، وإنما يبقى في التركة حتى ينقضي بتصفية التركة. وقد نظم المشرع تصفية التركة في المواد من 836 وإلى 878 مدني سوري، وهي تقابل المواد 875 وإلى 917 مدني مصري، تنظيماً دقيقاً يكفل حقوق دائني المورث، ويحمي الغير الذي يتعامل مع الوارث.[606]

أما في القانون الفرنسي فإن شخصية الوارث هي امتداد لشخصية المورث، وذلك لأن المورث عندما يتعاقد إنما يتعاقد لحساب نفسه أولاً، ويعدّ ممثلاً لورثته ثانياً. وهذا ما أكدت عليه المادة 1122 مدني فرنسي، في صياغتها القديمة لعام 1804، بقولها إنه يفترض في الشخص أنه تعاقد لحساب نفسه ولحساب ورثته وخلفائه ما لم ينص أو يستخلص من طبيعة الاتفاق خلاف ذلك. ويترتب على

---

[606]- يؤيد الأستاذ الجليل الدكتور محمد وحيد الدين سوار ما ذهب إليه بعض الفقهاء في مصر من أن أموال المورث وديونه تنتقل كلها إلى الوارث بمجرد الوفاة، الذي يصبح مالكاً لتلك الأموال ومديناً بالديون منذ لحظة وفاة المورث، ولكنه لا يعدّ مسؤولاً مسؤولية شخصية عن تلك الديون بحيث تمتد إلى جميع أمواله، وإنما يعدّ مسؤولاً مسؤولية عينية محددة بما تلقاه عن مورثه من أموال. ومن ثم تنتقل هذه الأموال إليه محملة بحق عيني تبعي لمصلحة دائني المورث يمنحهم حق أفضلية على دائني الوارث الشخصيين.(من هذا الرأي في مصر: د.اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، طبعة 1966، بند 177، ص343). ولكن هذا الرأي يخالف صراحة قواعد تصفية التركة في القانون المدني والمستمدة من الشريعة الإسلامية. زد على ذلك أنه يخالف صراحة نص المادة 1/262 من قانون الأحوال الشخصية لعام 1953 وتعديلاته، والذي جاء فيه أنه ((يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي: أ- ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع. ب- ديون الميت. ج- الوصية الواجبة. د- الوصية الاختيارية. هـ- المواريث بحسب ترتيبها في القانون....)).

ذلك أن جميع آثار العقد تسري في حق الخلف العام من حقوق والتزامات. ويعدّ الخلف العام مسؤولاً عن الالتزامات التي ترتبت على عاتق المورث ليس فقط في حدود ما ترك المورث من أموال، وإنما يعدّ مسؤولاً عنها في كامل ذمته المالية، كما لو أن هذه الالتزامات نشأت مباشرة في ذمته المالية. ولكن بالمقابل، يحق للوارث في القانون الفرنسي أن يرفض التركة، عندئذ لا تنصرف آثار العقد الذي أبرمه المورث في حقه. كما يجوز له أن يقبل التركة بشرط الجرد، أي أنه لا يعدّ مسؤولاً عن ديونها إلا في حدود ما انتقل إليه من المورث.[607]

الفقرة-2- الاستثناء: عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام:

364- استثنت المادة 146 مدني سوري، المشار إليها أعلاه، ثلاث حالات لا يسري فيها أثر العقد في حق الخلف العام، وهي اتفاق المتعاقدين وطبيعة العقد ونص القانون؛ كما يمكن أن يُعدّ الخلف العام من الغير في بعض الحالات، ومن ثمّ لا تسري في حقه آثار العقد الذي أبرمه سلفه في مثل هذه الحالات.

أولاً:- اتفاق المتعاقدين:

365- إذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، فلا يسري هذا الأثر في حقه بشرط عدم مخالفة الشرط للنظام العام أو للآداب، كأن ينص عقد البيع على أن ورثة المشتري لا يستفيدون من الأجل الذي منحه البائع للمشتري، ومن ثمّ إذا مات المشتري يسقط الأجل، ويتوجب على ورثته دفعه من التركة في الحال. أو كما لو نص الوعد بالعقد على أنه ينقضي بوفاة الموعود له. ويلاحظ في مثل هذه الحالة أن آثار العقد التي ترتبت قبل وفاة المتعاقد تنتقل إلى خلفه العام، لأن أثر مثل هذا الاتفاق يقتصر على المستقبل. فإذا كان الموعود له

---

[607] - انظر باللغة الفرنسية: H.L.J.Mazeaud et F.Chabas, op.cit., N°750, p.871.

قد عبّر عن إرادته قبل وفاته، فإن آثار العقد المستقبل تسري في حق الخلف العام للموعود له. وكذا في عقد التأمين ضد الحريق الذي ينص على انقضاء العقد بوفاة المؤمَّن له، إذا وقع الحريق قبل وفاته فيستحق مبلغ التأمين، وينتقل هذا المبلغ بعد وفاته إلى ورثته بصفتهم خلفائه العامين.[608]

ثانياً:- طبيعة العقد:

366- إذا كانت طبيعة العقد تقتضي عدم سريان أثر العقد في حق الخلف العام، فلا يسري أثره في حقه، كما في العقود التي يكون فيها لشخصية المتعاقد اعتبارٌ خاصٌ *Intuitu personae* في العقد،[609] كالرسام الذي يلتزم برسم لوحة لشخص مقابل ثمن متفق عليه، فطبيعة الالتزام الذي يرتبه العقد على عاتق الرسام تأبى أن ينتقل إلى ورثته في حال ما إذا توفي قبل الانتهاء من رسم اللوحة المتفق عليها. وكذلك الحال في الوكالة، والمزارعة، والشركة، والمرتب مدى الحياة. ويلاحظ في هذه الحالة أيضاً أن آثار العقد التي ترتبت قبل وفاة المتعاقد تنتقل إلى خلفه العام، أما آثاره المستقبلية فتنقضي بوفاة المتعاقد الذي كان لشخصيته اعتبارٌ خاصٌ في العقد.

ثالثاً:- نص القانون:

367- نص القانون على عدم سريان أثر العقد في حق الخلف العام في بعض الحالات، لاسيما تلك التي يكون فيها لشخصية المتعاقد اعتبارٌ خاصٌ في العقد، كما في عقد الوكالة الذي ينقضي بموت الموكل أو الوكيل وفق ما جاء في المادة 680 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 714 مدني مصري، وعقد المزارعة الذي

608- د.مرقس، المرجع السابق، بند 297، ص575.

609- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 265، تاريخ 1959/6/20، مجلة القانون لعام 1959، ص358.

ينقضي بموت المزارع طبقاً لما نصت عليه المادة 593 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 626 مدني مصري، وعقد الشركة الذي ينقضي بوفاة أحد الشركاء وفق ما ذهبت إليه المادة 1/496 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/528 مدني مصري.[610]

رابعاً:- الخلف العام من الغير:

368- يُعدّ الوارث في بعض الحالات من الغير بالنسبة إلى المورث في العقود التي يبرمها، ومن ثمّ لا تنفذ هذه العقود في حقه. ويكون الوارث من الغير إذا كان يتلقى حقه من القانون مباشرةً لا من طريق الميراث. ويهدف القانون من وراء ذلك إلى حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به.[611] وتبدو هذه الحماية في حالتين، وهما:

1:- الوصية فيما يجاوز الثلث:

369- يُعدّ المورث حراً في التصرف بأمواله في أثناء حياته، ولكن المشرع فرض عليه بعض القيود بشأن تصرفاته المضافة إلى ما بعد الموت، إذ إنه منعه من التصرف بأكثر من ثلث أمواله الصافية، أي بعد تنزيل الديون منها، لأنه حق للورثة بموجب القانون. ويترتب على ذلك أن الورثة يعدّون من الغير بالنسبة إلى تصرفات المورث المضافة إلى ما بعد الموت والتي تجاوز ثلث صافي تركته، فلا تنفذ بحقهم إلا بموافقتهم، وفق ما نصت عليه المادة 238 من قانون الأحوال الشخصية. زدّ على ذلك أن الوصية لوارث لا تنفذ في حق بقية الورثة حتى لو كانت في حدود الثلث.

---

[610]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 347، ص543 و 544. ود.مر قس، المرجع السابق، بند 297، ص575 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 393، ص280 و 281.

[611]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 348، ص544 و545.

2:- تصرفات المريض مرض الموت:

370- لا يؤثر مرض الموت في أهلية المريض من حيث المبدأ، وإنما يقيد تصرفاته في هذه الحالة نتيجة تعلق حق الورثة بها. والتصرفات التي تقيد هي التبرعات فقط من دون المعاوضات، إذ إنها تأخذ حكم الوصية وفق ما نصت عليه المادة 877 مدني سوري، وهي تقابل المادة 916 مدني مصري.[612]

المطلب الثاني
أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص

371- تنص المادة 147 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 146 مدني مصري، على أنه ((إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه)). وهذا ما أكدت عليه المادة 79 من قانون تنظيم العلاقات الزراعية السوري لعام 2004 بشأن عقد العمل الزراعي، وكذلك المادة 101 من القانون ذاته بشأن عقد المزارعة، والمادة 12 من قانون العمل السوري الجديد رقم 17 لعام 2010.

ويترتب على ذلك أن آثار العقد الذي يبرمه السلف لا تسري في حق الخلف الخاص إلا إذا توافرت شروط معينة. وقبل بيان هذه الشروط لا بدّ من تحديد المقصود بالخلف الخاص.

---

[612]- د. سوار، المرجع السابق، بند 394، ص281 و282.

الفقرة-1- تعريف الخلف الخاص:

372- الخلف الخاص Ayant cause à titre particulier هو من يتلقى حقاً معيناً كان في ذمة سلفه ثمّ انتقل منها إليه، سواء أكان حقاً عينياً أم شخصياً. ومثال ذلك الموهوب له في الهبة إذ إنه يُعدّ خلفاً خاصاً للواهب في ملكية الشيء الموهوب التي انتقلت إليه من الواهب، والموصى له بعين معينة في الوصية إذ إنه يُعدّ خلفاً خاصاً للموصي في ملكية الشيء الموصى به التي انتقلت إليه من الموصي. وتقتصر صفة الخلف الخاص على الحق العيني أو الشيء المعين بالذات الذي انتقل إليه من السلف. وهذا الشيء يمكن أن يكون هو ذاته حقاً عينياً، كما يمكن أن يكون حقاً شخصياً. فالمشتري خلفٌ خاصٌ للبائع لأنه يتلقى منه ملكية المبيع؛ وصاحب حق الانتفاع هو خلفٌ خاصٌ لمن تلقى منه هذا الحق العيني؛ والمحال إليه في حوالة الحق يُعدّ خلفاً خاصاً للمحيل في الحق المحال به وهو حقّ شخصيّ. ولكن إذا ترتب للإنسان ابتداءً حقّ شخصيّ في ذمة شخصٍ آخرٍ، فإنه يكون دائناً لا خلفاً، كالمؤجر والمستأجر، فإن كلاً منهما دائنٌ للآخر، فالمستأجر دائنٌ بتسليم المأجور، وكذا المؤجر دائنٌ بالأجرة.[613] وكالبائع الذي تعود إليه ملكية المبيع نتيجة فسخ العقد أو إبطاله، إذ إنه لا يُعدّ خلفاً خاصاً للمشتري وذلك لأنه لا يتلقى الملكية منه لأن الفسخ أو الإبطال يؤدي إلى أن المشتري لم يتملك المبيع أصلاً. وكذلك من يتملك العين بالتقادم لا يكون خلفاً خاصاً للمالك الأصلي، وذلك لأنه لم يتلقَ الملكية منه.

---

[613]- د. السنهوري، المرجع السابق، بند 350، ص546 وما يليها. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 298 وما يليه، ص579 وما يليها. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني ...، المصادر، المرجع السابق، بند 299 وما يليه، ص369 وما يليها.

الفقرة-2- شروط سريان آثار العقد في حق الخلف الخاص:

373- لم يرد نصّ في القانون المدني الفرنسي بشأن سريان آثار العقد في حق الخلف الخاص، ونتيجة ذلك يرى الفقه أن خلطاً كبيراً يهيمن على هذه المسألة بين الأثر النسبي للعقد وبين انصراف أثر العقد للخلف الخاص. ويُقر الفقه أن الخلف الخاص لا يُضر ولا ينتفع من حقوقٍ والتزاماتٍ أجنبيةٍ عن الحق الذي انتقل إليه. أما إذا كانت هذه الحقوق والالتزامات تتعلق بالحق الذي انتقل إليه، فيميز الفقه بين الحقوق وبين الالتزامات. فبالنسبة إلى حقوق السلف المتعلقة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، يستفيد منها هذا الأخير ومن ثمّ تنتقل إليه مع الشيء استناداً إلى المبدأ العام الذي أقره القانون المدني الفرنسي بشأن حوالة الحق التي تقر بانتقال الحقوق المكملة مع الحق الأصلي. أما بالنسبة إلى التزامات السلف المتعلقة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف العام، فقد تشدد الفقه في مسألة انتقالها إلى الخلف الخاص استناداً إلى المبدأ الذي ينص على أنه لا يجوز أن يضر العقد بالغير.[614] وترى محكمة النقض الفرنسية أن الخلف الخاص لايلتزم بحكم القانون وعلى نحوٍ مباشرٍ بالالتزامات الشخصية لسلفه حتى لو كانت متعلقة بالشيء الذي انتقل إليه من السلف. ولكن تنتقل هذه الالتزامات إليه، وعلى سبيل الاستثناء، إذا كانت محددة ومقيدة للشيء.[615] وقد بررت المحاكم الفرنسية انتقال الالتزامات في مثل هذه الحالة إلى الخلف الخاص بالاستناد بداية إلى فكرة أن الخلف الخاص قَبِلَ ضمناً أن يأخذ على عاتقه مثل هذه الالتزامات.[616]

614- انظر باللغة الفرنسية: H.L.J.Mazeaud et F.Chabas, op.cit., N°752 et s., p.872et s.

615- نقض فرنسي، الغرفة المدنية، 1918/1/15، دالوز 1918، 1، 17. وكذلك قرار الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 1988/11/16، دالوز 1989، 159، تعليق Malaurie.

616- انظر باللغة الفرنسية: H.L.J. et F.Chabas, op.cit., N°755, p.877 et s.

وأما في القانون السوري، فقد نصت المادة 147 مدني، المشار إليها أعلاه، على انصراف آثار العقد في حق الخلف الخاص. ويشترط من أجل ذلك توافر الشروط الآتية:

أولاً:- أن يكون عقد السلف سابقاً لخلفية الخلف الخاص:

374- يشترط من أجل سريان آثار العقد الذي أبرمه السلف في حق خلفه الخاص أن يكون هذا العقد سابقاً في التاريخ للعقد الذي انتقل الشيء بموجبه منه إلى الخلف الخاص. ومثال ذلك عقد التأمين على المسؤولية المدنية الذي أبرمه البائع بشأن السيارة التي انتقلت ملكيتها إلى المشتري بموجب عقد البيع. كما يجب أن يكون عقد السلف ثابت التاريخ حتى يمكن أن يسري في حق الخلف الخاص. ويكون العقد ثابت التاريخ وفقاً للمادة 11 من قانون البينات السوري لعام 1947 في الحالات الآتية: من يوم مصادقة الكاتب بالعدّل عليه، أو من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ، أو من يوم يؤشر عليه حاكمٌ أو موظفٌ مختصٌ، أو من يوم وفاة أحد الأشخاص الذين لهم على السند أثرٌ ثابتٌ ومعترفٌ به، أو من يوم وقوع أي حادثٍ آخرٍ يكون قاطعاً في أن السند صدر قبل وقوعه.

ثانياً:- أن يكون عقد السلف وثيق الصلة بالشيء، أو بالحق العيني أو الشخصي الذي انتقل إلى الخلف:

375- والمعيار الذي نص عليه القانون هنا هو أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد السلف من مستلزمات الشيء، أو الحق العيني أو الشخصي، الذي انتقل إلى الخلف الخاص. وتعدّ الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له؛ كما تعدّ الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له.[617]

---

[617]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 351، ص548 و 549.

والمثال على الحق المكمل الحقوق العينية المترتبة لمنفعة الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص. وكذلك الحق الذي يكون تأميناً للشيء، كما لو عقد السلف تأميناً للعقار من الحريق ثم باعه، فيسري عقد التأمين في حق الخلف الخاص. ومثال ذلك عقد التأمين الذي يبرمه مالك المركبة الآلية كي يغطي المسؤولية المدنية التي تترتب عليه أو على أي حائزٍ لها أو على سائقها بموجب القوانين النافذة عن الأضرار الجسدية والمادية التي تنجم عن استعمال هذه المركبة. وتُلزم المادة 186 من قانون السير السوري الجديد لعام 2004 وتعديلاته مالك المركبة بإبرام مثل هذا العقد. وإذا باع المركبة فإن عقد التأمين ينتقل مع المبيع إلى الخلف الخاص طبقاً لما جاء في المادة 192 من هذا القانون، والتي تنص على أنه ((تنقل إلى المالك الجديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين ويحل محل المتعاقد حكماً في علاقته مع جهة التأمين، ولا يحق للمالك السابق أو اللاحق أن يطلب إلغاء عقد التأمين عند نقل الملكية ولا تلتزم جهة التأمين بإعادة أي جزء من بدل التأمين إلى المالك السابق)). أما إذا لم يكن الحق الذي نشأ من عقد السلف مكملاً للشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، فلا ينتقل إليه بانتقال هذا الشيء، كما لو كان مالك أرضٍ قد تعاقد مع مقاولٍ لتشييد بناءٍ عليها وقبل أن يباشر المقاول باع الأرض، فلا ينتقل حقه الناشئ من عقد المقاولة إلى المشتري. وكذلك لا ينتقل حق السلف إلى الخلف بانتقال الشيء إذا كانت شخصية السلف محل اعتبار.[618]

ومثال الالتزامات المحددة للشيء الارتفاقات العينية المترتبة على الشيء وفقاً لأحكام القانون، والالتزام الذي يقيد حرية المالك في استعمال ملكه. ومثال ذلك أيضاً الحكم الصادر بمواجهة السلف بإزالة الشيوع قبل بيع العقار وانتقال ملكيته

---

[618]– د.مرقس، المرجع السابق، بند304، ص587 وما يليها.

إلى المشتري.[619] ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 227 من قانون التجارة البحرية السوري لعام 2006، إذ جاء فيها أنه ((لا يترتب على بيع السفينة فسخ عقد النقل البحري))، ومن ثمّ تنتقل الالتزامات الناشئة من عقد النقل البحري إلى المشتري بوصفه خلفاً خاصاً للبائع. وكذلك التزام باع المتجر بإغلاقه في يومٍ محددٍ، فهو ينتقل إلى المشتري بانتقال المتجر إليه. وإذا كانت شخصية السلف محل اعتبارٍ، فلا ينتقل الالتزام إلى الخلف الخاص، وذلك على غرار الخلف العام.[620]

ثالثاً:- أن يكون الخلف الخاص على علم بالالتزامات أو الحقوق الناشئة من عقد سلفه:

376- لا تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد السلف إلى الخلف الخاص، حتى لو كانت من مستلزمات الشيء، إلا إذا كان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه،[621] وذلك لأن انتقال مثل هذه الحقوق والالتزامات لا يتمّ إلا بإرادة الشخص الذي تنتقل إليه. وتتوافر الإرادة إذا كان الخلف الخاص يعلم بوجود تلك الحقوق والالتزامات. ولا يكفي إمكان العلم، وإنما العلم الفعلي؛ أي لا يجوز أن يكون العلم مفترضاً، بل يشترط فيه أن يكون حقيقياً، لأن العلم الحقيقي هو الذي يمكن أن يُعدّ قرينة على القبول. ويقوم مقام العلم التسجيل والشهر في الحقوق والالتزامات التي تخضع لها.[622]

---

[619]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 677/ أساس 290، تاريخ 1965/3/25، منشور في التقنين المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 332، ص616.

[620]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 353، ص551 وما يليها.

[621]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثالثة، قرار 540/أساس 84، تاريخ 2002/2/10، مجلة المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 2005، ص487.

[622]- د.سوار، المرجع السابق، بند 399، ص287 وما يليها. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 301 وما يليه، ص584 وما يليها.

المطلب الثالث

أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين

377- إذا كانت آثار العقد الذي يبرمه السلف تنصرف إلى الخلف العام والخلف الخاص وفق ما سبق شرحه، إلا أنها لا تنصرف بالمعنى ذاته إلى دائنيه، إذ لا يوجد نص في القانون على غرار المادتين 146 و147 مدني سوري، المشار إليهما أعلاه، يقرر انصراف آثار عقد المدين في حق دائنيه. ولكن لا يمكن إنكار تأثر الدائن بعقود مدينه، إذ إن مثل هذه العقود تؤثر في الضمان العام لهم. هذا الحق الذي قررته لهم المادة 235 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 234 مدني مصري، إذ إنها تنص على أن ((أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه)). فالديون من حيث المبدأ تتعلق بذمة المدين المجردة، لا بعينٍ أو جزءٍ محدودٍ من أمواله.

والدائن، وإن كان لا يُعدّ خلفاً عاماً أو خاصاً، يتأثر بعقود المدين على نحوٍ غير مباشرٍ. ونتيجة ذلك منح المشرع الدائن بعض الوسائل التي تهدف إلى حماية الضمان العام، وأهم هذه الوسائل:

الفقرة-1- دعوى شهر الإعسار:

378- للمدين حرية إبرام العقود والتصرفات حتى لو أنقصت هذه التصرفات من الضمان العام لدائنيه. ولكن إذا أعسر المدين يجوز للدائن أن يطلب من المحكمة شهر إعساره، طبقاً لأحكام المادة 251 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 250 مدني مصري، ومتى سجل هذا الطلب، فلا يسري في حق الدائنين أي تصرفٍ للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، ولا أي وفاءٍ يقوم به المدين، وفقاً لما جاء في المادة 257 مدني سوري، وهي تقابل المادة 257 مدني مصري.

الفقرة-2- دعوى الصورية:

379- إذا أبرم المدين عقداً صورياً، جاز للدائن حسن النية الطعن فيه بالصورية. تنص المادة 245 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 244 مدني مصري، على أنه ((1- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. 2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين)). وبالمقابل تنص المادة 1201 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه إذا أبرم المتعاقدين عقداً ظاهراً يخفي عقداً مستتراً، يُنتج هذا الأخير، الذي يسمى ورقة الضد، أثره بين المتعاقدين. ولا يمكن أن يُحتج به تجاه الغير الذي يمكن له أن يحتج به.

ويمكن أن تستنتج صورية العقد من كافة الوقائع والقرائن الماثلة في الدعوى.[623]

الفقرة-3- دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية):

380- إذا أبرم المدين تصرفاً ضاراً بدائنه، ولو غير صوري، جاز له أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه، طبقاً لما جاء في المادة 238 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 237 مدني مصري، حيث أنها تنص على أنه ((لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره. وذلك متى توافرت

---

[623]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1372/أساس 1135، تاريخ 2007/6/10، مجلة المحامون، العدَدان 9 و 10 لعام 2008، ص1357.

الشروط المنصوص عليها في المادة التالية)). وبالمقابل تنص المادة 1341-2 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يمكن للدائن أن يتصرف باسمه الشخصي لكي يعمل على إعلان عدم سريان التصرفات التي أجراها مدينه تجاهه منطوياً على غشٍ يضر بحقوقه؛ على أن يثبت، إذا كان التصرف معاوضةً، أن الغير الذي تعاقد مع مدينه كان على علم بالغش.

وهذه هي الدعوى البولصية.[624] وحتى تقبل هذه الدعوى، وفق أحكام المادة 238 مدني سوري، المشار إليها أعلاه، يجب أن تستخلص محكمة الموضوع من وقائع الدعوى ما يثبت إعسار المدين المتصرف، وسوء نيته هو والمتصرف له، وتواطؤهما على الإضرار بالدائن، وكون التصرف أدى إلى إعسار المدين.[625]

الفقرة-4- الدعوى غير المباشرة:

381- إذا تقاعس المدين عن المطالبة بحقه، سمح القانون للدائن المطالبة بهذا الحق باسم مدينه، طبقاً لما ذهبت إليه المادة 236 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 235 مدني مصري، إذ جاء فيها أنه:

((1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.

---

[624]- تعرف دعوى عدم نفاذ التصرف باسم الدعوى البولصية نسبة إلى بولص، وهو والي القضاء بين الوطنيين في القانون الروماني(أي البريتور)، الذي أنشأ هذه الدعوى للمرة الأولى في القانون الروماني. ومنه انتقل إلى القانون الفرنسي.

[625]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1185/أساس 2964، تاريخ 2002/7/21، مجلة المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 2005، ص483. ونقض سوري، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 69/ أساس 47، تاريخ 2017/3/13، مجلة المحامون، الأعداد1-4 لعام 2017، ص91 وما يليها. و نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية (أ)، قرار رقم 722/ أساس 777، تاريخ 2016/8/23، مجلة المحامون، الأعداد 7-12 لعام 2016، ص589 وما يليها.

2- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وإن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار، ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى)). كما تنص المادة 1341-1 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه إذا كان عدم ممارسة المدين لحقوقه ودعاواه المالية يمس حقوق دائنه، يمكن لدائنه أن يمارسها لحساب مدينه، باستثناء تلك المرتبطة حصرياً بشخصه.

وهذه هي الدعوى غير المباشرة.[626]

المبحث الثاني

أثر العقد بالنسبة إلى الغير

382- الغير هو كل من سوى الخلف العام والخلف الخاص والدائنين بالنسبة إلى المتعاقد. والأصل ألا ينصرف أي شيء من آثار العقد إلى الغير. أي أنه لا يصبح مديناً ولا دائناً بعقد غيره. وهذا هو مبدأ نسبية آثار العقد. ولكن قانوناً هناك بعض الحالات الاستثنائية يوجب فيها منطق العدالة أو مبدأ استقرار المعاملات أن يسري فيها بعض آثار العقد على غير عاقديه. وفي بعض الحالات قد يفيد المتعاقد غيره من عقده، فلم يمنع القانون ذلك.[627] ومن هذه الحالات الاستثنائية سريان اتفاق العمل الجماعي على غير أطرافه وفقاً لما جاء

---

[626]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 304 و305، ص373 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 400، ص289 و290. ود.مرقس، بند 307 و308، ص592 وما يليها.

[627]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 355، ص531 و 532. ود.سوار، المرجع السابق، بند 401 و402، ص290 وما يليها.

في المادة 196 من قانون العمل السوري الجديد رقم 17 تاريخ 2010/4/12.[628] ومن هذه الحالات أيضاً سريان تصرفات الوارث الظاهر، وهو من يظن أنه وارثٌ ثمّ يتبين أن الوارث الحقيقي شخصٌ آخرٌ سواه، في حق الوارث الحقيقي الذي يُعَدّ من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات.

وكذلك الحال بالنسبة إلى الصلح الواقي من الإفلاس، وهو اتفاق يُبرِمه الدائنون مع التاجر المتوقف عن دفع ديونه تحت إشراف ورقابة المحكمة المختصة، الذي يبقى في أثناء إجراءات الصلح قائماً بإدارة أمواله، ويقوم بجميع الأعمال المادية المتعلقة بتجارته، مقابل أن يتعهد بالوفاء الجزئي لديونه. ولا يشترط لانعقاد هذا الصلح موافقة جميع الدائنين عليه، وإنما يكفي أن توافق عليه أغلبية الدائنين الذين اشتركوا في التصويت، بشرط أن تمثل هذه الأغلبية على الأقل ثلاثة أرباع الديون غير الممتازة وغير المؤمنة برهنٍ أو تأمين منقولٍ أو غير منقولٍ. وعندما تقوم المحكمة المختصة بتصديق هذا الصلح الواقي فإنه يكون ملزماً لجميع الدائنين، ومن ثمّ ينتج هذا الصلح الواقي آثاراً بالنسبة إلى دائنين لم يكونوا طرفاً فيه، وفقاً لما نصت عليه المادة 413 من قانون التجارة السوري لعام 2007 وما يليها.

وفي هذه الحالات الاستثنائية يسري أثر العقد بالنسبة إلى الغير بحكم القانون رعاية للعدالة واستقرار التعامل.

زدّ على ذلك أن المشرع نص في بعض الأحيان على انصراف آثار العقد إلى الغير، ولكنه فقط من ناحية إنشاء حقٍ له، وليس ترتيب التزام عليه، كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير. إضافةً إلى ذلك منح المشرع الغير في بعض الحالات

---

[628]- تنص المادة 196 من قانون العمل السوري الجديد رقم 17 لعام 2010 على أنه ((إذا تمّ اتفاق عمل جماعي بين صاحب منشأة ونقابة العمال المعنية اعتبر هذا الاتفاق سارياً على جميع عمال المنشأة ولو لم يكونوا أعضاء في النقابة بشرط ألا يقل عدّد العمال المنتسبين للنقابة عن نصف عمال المنشأة وقت إبرام الاتفاق، وأن تكون أحكام اتفاق العمل الجماعي أكثر فائدة للعمال من عقود عملهم الفردية)).

دعوى مباشرة يمكن من خلالها أن يستند إلى عقدٍ لم يكن طرفاً فيه من أجل أن يطالب بحقٍ له. وقبل بيان أحكام الاشتراط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة، أعرض أحكام نوع من التعاقد أجازه المشرع قد يبدو للوهلة الأولى أنه استثناء على مبدأ الأثر النسبي للعقد، ولكنه في حقيقة الأمر تطبيق لهذا المبدأ وليس استثناءً منه، وهذا النوع من التعاقد هو التعهد عن الغير.

المطلب الأول

التعهد عن الغير

383- تقتصر آثار العقد على المتعاقدين وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد. والأصل أن العقد لا يضر الغير، أي أن العقد لا يستطيع أن يُنشئ التزامات على عاتق الغير.[629] وقد يبدو التعهد عن الغير Promesse de porte-fort استثناءً من مبدأ نسبية أثر العقد، ولكنه في حقيقة الأمر تطبيق لهذا المبدأ، وذلك لأن العقد الذي يتضمن تعهداً عن الغير لا يرتب أي التزام في ذمة الغير، وإنما يرتب التزاماً على عاتق المتعهد وهو طرف في العقد. وهذا على خلاف الاشتراط لمصلحة الغير، لأن المشترط فيه يرتب حقاً مباشراً للغير يكسبه من العقد ذاته، ومن ثمّ يُعدّ الاشتراط لمصلحة الغير استثناءً حقيقياً على مبدأ نسبية أثر العقد. ويهدف التعهد عن الغير غالباً إلى تدارك موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا صاحب الشأن من أجل إبرام عقد، فيتعهد شخصٌ آخرٌ تعهداً شخصياً بأن يجعل صاحب الشأن يقبل بالتعاقد مستقبلاً.

---

[629]- تنص المادة 153 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 152 مدني مصري، على أنه ((لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً)).

الفقرة-1- تعريف التعهد عن الغير وطبيعته القانونية:

أولاً:- تعريف التعهد عن الغير:

384- التعهد عن الغير هو عقد يلتزم فيه شخص بحمل الغير على قبول التزامٍ معينٍ. كما في حالة تعهد بعض الشركاء في مالٍ مشتركٍ على الشيوع، بحمل الشركاء الغائبين على بيع حصصهم أيضاً. وكذلك إذا كان بعض الشركاء قُصراً، فيتعاقد كاملو الأهلية عن أنفسهم ويتعهدوا بحمل القاصرين، بعد بلوغهم سن الرشد على التعاقد. وكما لو وجد الوكيل نفسه مضطراً إلى تجاوز حدود وكالته ولم يكن باستطاعته أن يُعلِمَ الموكل بذلك، فيقدم على التعاقد باسمه ويتعهد في العقد بأن يجعل الموكل يقبل التعاقد. ويسمى الذي يقوم بالتعهد متعهداً، والمتعاقد معه يسمى متعهداً له، والغير هو المتعهد عنه. والمبدأ هنا هو أن المتعهد عنه، الغير، له مطلق الحرية في قبول التعهد أو رفضه. ويلتزم المتعهد بالعقد، ويترتب عليه التعويض في حالة رفض الغير التعاقد.[630]

ويمكن التمييز بين نوعين من التعهد عن الغير، وهما: التعهد عن الغير الأصلي، وهو العقد الذي يتعهد فيه المتعهد بأن يحمل الغير على قبول التعهد. والتعهد عن الغير الفرعي، وهو بندٌ في عقدٍ أصليٍ يلتزم فيه المتعهد شخصياً ويتعهد في الوقت ذاته بموجب ذلك البند بحمل الغير على التعاقد أيضاً، ويهدف مثل هذا البند إلى تسهيل عملية التعاقد بأكملها.[631]

---

[630]- د.السنهوري، بند 357 وما يليه، ص556 و ما يليها. د.سوار، المرجع السابق، بند 402 وما يليه، ص293 وما يليها.

[631]- B.Starck, H.Roland et L.Boyer, Droit civil, Les obligations, 2- op.cit., N°1552, P.537.

ثانياً:- الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير:

385- يعدّ التعهد عن الغير إيجاباً موجهاً إلى المتعهد عنه من قبل المتعهد له عن طريق المتعهد. وإذا قبل الغير هذا الإيجاب انعقد عقدٌ جديدٌ بينهما يختلف عن العقد السابق في النواحي الآتية:

1:- طرفا العقد: طرفا العقد السابق هما المتعهد والمتعهد لـه، بينما طرفا العقد الجديد هما المتعهد له والمتعهد عنه. ويُلاحظ أن هناك طرفاً مشتركاً في العقدين وهو المتعهد له.

2:- آثار العقد: يُلزِم العقد السابق المتعهد بأن يحمل الغير على قبول التزامٍ معينٍ، بينما العقد الجديد يُشغل ذمة المتعهد عنه بذلك الالتزام. ويترتب على ذلك أن العقد السابق الذي تضمن التعهد يكون في الغالب عقداً ملزماً لجانبٍ واحدٍ وهو المتعهد، في حين أن العقد الجديد يكون في الغالب عقداً ملزماً لجانبين وهما المتعهد عنه والمتعهد له.

3:- تاريخ انعقاد العقد: ينعقد العقد السابق بمجرد تطابق إرادة المتعهد مع إرادة المتعهد له وتوافر بقية أركانه، في حين أن العقد الجديد ينعقد عند صدور القبول من الغير، إلا إذا تبين، صراحةً أو ضمناً، أن الغير أراد أن يكون لقبوله أثرٌ رجعيٌ.[632]

الفقرة-2- شروط التعهد عن الغير:

386- شروط التعهد عن الغير وفق المادة 154 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 153 مدني مصري،[633] هي الآتية:

---

[632]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 312، ص382. ود.سوار، المرجع السابق، بند 403، ص295 و296.

[633]- تنص المادة 154 مدني سوري على أنه ((1- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر، فلا يلزم الغير بتعهده. فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من

1:- أن يتعاقد المتعهد عن الغير باسمه الشخصي لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، خلافاً للوكيل والفضولي. ففي الوكالة يتعاقد الوكيل باسم الموكل لا باسمه الشخصي، ومن ثمّ تسري آثار العقد على الموكل لا على الوكيل.[634] وكذلك الحال في الفضالة، إذ يتعاقد الفضولي باسم رب العمل ولحسابه.

2:- أن يقصد المتعهد إلزام نفسه بتعهده عن الغير، وليس إلزام الغير بقبول العقد. أما إذا قصد المتعهد إلزام الغير، فيُعدّ العقد باطلاً وذلك بسبب استحالة المحل استحالة مطلقة، إذ لا يجوز قانوناً أن يرتب العقد التزاما في ذمة الغير الذي لم يكن طرفاً فيه. [635]

تعاقد معه. ويجوز له، مع ذلك، أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به. 2- أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد، صراحة أو ضمناً، أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد)). وبالمقابل تنص المادة 1204 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يمكن التعهد بحمل الغير على عمل. يُبرأ المتعهد من كل التزام إذا أنجز الغير العمل الموعود به. ويمكن، خلاف ذلك، أن يحكم عليه بالتعويض.

إذا كان محل التعهد تصديق التزام، فإن هذا الالتزام يكون صحيحاً بأثر رجعي من تاريخ التزام المتعهد.

[634]- طبقت محكمة النقض السورية في قرار، غير سديد في نظري، أحكام التعهد عن الغير على عقد إيجار أبرمه المؤجر نيابة عن الورثة دون معرفة منهم مضيفاً إلى جانب اسمه في العقد المكتوب عبارة "وكيل الورثة". قرار الغرفة المدنية رقم 532، تاريخ 1962/5/24، منشور في مجلة القانون لعام 1962، ص643. وهذا القرار يخالف أحكام المادة 154 مدني التي يستفاد منها أن المتعهد في التعهد عن الغير يتعاقد باسمه الشخصي.

[635]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 359، ص558.

3:- أن يكون موضوع التعهد هو حمل الغير على قبول التزامٍ معينٍ، كالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل.[636] ويترتب على ذلك أن محل التزام المتعهد هو دائماً القيام بعمل، أما الغير في حال قبوله التعهد فيمكن أن يكون محل التزامه القيام بعمل، كإحياء حفلٍ غنائيٍ، أو الامتناع عن القيام بعمل، كامتناعه عن منافسة المتعهد له في نشاطه التجاري أو المهني، أو أن يكون نقل حقٍ عينيٍ.

الفقرة-3- آثار التعهد عن الغير:

387- إذا توافرت شروط التعهد عن الغير المشار إليها أعلاه ينعقد العقد صحيحاً بين المتعهد والمتعهد له. وهذا العقد في الغالب هو عقدٌ ملزمٌ لجانبٍ واحدٍ وهو المتعهد، إذ إنه التزم بموجب ذلك العقد بأن يجعل الغير يقبل ذلك التعهد. ولا يُلزم الغير بذلك التعهد الذي يتضمن في جوهره إيجاباً موجهاً له من المتعهد له عن طريق المتعهد، ومن ثمّ فالغير له مطلق الحرية في قبول ذلك الإيجاب أو في رفضه. وتختلف آثار التعهد عن الغير تبعاً لقبول الغير التعهد أو رفضه له.

أولاً:- قبول الغير التعهد:

388- يرتب التعهد عن الغير التزاماً على عاتق المتعهد، ومحله القيام بعمل وهو جعل الغير يقبل التعهد. ويُعدّ المتعهد عن الغير ملتزماً بتحقيق غايةٍ، وهي قبول الغير التعهد. فمتى قَبِلَ الغير التعهد تحققت الغاية التي التزم المتعهد بتحقيقها، ومن ثمّ عُدّ موفياً بالتزامه. وإذا نكل الغير عن تنفيذ الالتزام بعد قبوله التعهد، لايكون المتعهد مسؤولاً، لأنه لا يكفل تنفيذ المتعهد عنه التزامه بعد قبوله التعهد. وهنا يختلف المتعهد عن الكفيل الذي يكفل تنفيذ التزامٍ موجودٍ في ذمة المكفول قبل الكفالة. ولا يُلزم الغير قانوناً بهذا التعهد، فيجوز له أن يقبله، كما يحق له أن

---

[636]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 311، ص381. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 312، ص600 و601.

يرفضه. ويمكن أن يكون قبول الغير صريحاً، كما يمكن أن يكون ضمنياً، كأن يقوم الغير بتنفيذ التعهد من دون أن يقبل به صراحةً. ولا يشترط في القبول أي شكلٍ خاصٍ باستثناء ما إذا كان محل التزام المتعهد هو حمل الغير على إبرام عقدٍ شكلي، فيجب عندئذٍ توافر الشكلية التي يتطلبها القانون في قبول الغير، كأن يتبرع شخصٌ بحصته في عقارٍ مسجلٍ في السجل العقاري لجهةٍ خيريةٍ، ويتعهد بأن يحمل أخاه على أن يتبرع هو أيضاً بحصته عند عودته من السفر، فالقبول هنا يجب أن يكون بسندٍ رسميٍ وفقاً لما نصت عليه المادة 456 مدني سوري، وهي تقابل المادة 488 مدني مصري.[637]

وحتى ينتج القبول أثره يجب أن تتوافر في الغير أهلية التعاقد وقت صدوره.[638] ويترتب على قبول الغير التعهد انقضاء التزام المتعهد، وانعقاد عقدٍ جديدٍ بينه وبين المتعهد له. ولا ينتج القبول، من حيث المبدأ، أثره إلا من تاريخ صدوره، ولكن المادة 154 مدني سوري، المشار إليها أعلاه، أجازت أن يستند أثر القبول إلى تاريخ انعقاد التعهد عن الغير إذا تبين أن إرادة الغير وقت قبوله قد اتجهت إلى ذلك صراحةً أو ضمناً.

وينسجم هذا المبدأ مع التكييف القانوني لطبيعة التعهد عن الغير بحسبانه إيجاباً موجهاً من المتعهد له إلى المتعهد عنه عن طريق المتعهد، وذلك لأن قبول الغير التعهد يؤدي إلى انعقاد عقدٍ جديدٍ، والعقد يتمّ ومن ثمّ يرتب آثاره وفق أحكام المادة 92 مدني سوري بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، أي

---

[637]– تنص المادة 1/456 مدني سوري على أنه ((تكون الهبة بسند رسمي. وإلا وقعت باطلة ما لم تتمّ تحت ستار عقد آخر)).

[638]– د.مرقس، المرجع السابق، بند 315، ص603 وما يليها.

بمجرد صدور القبول.[639] ولا يترتب على انعقاد العقد قبل ذلك التاريخ أي أثرٍ. وبالمقابل فأن الاستثناء الوارد على هذا المبدأ، والمتضمن أن قبول الغير التعهد يمكن أن ينتج أثره بتاريخ رجعي وهو تاريخ انعقاد التعهد عن الغير إذا اتجهت إرادته إلى ذلك صراحةً أو ضمناً، يتناقض مع الطبيعة القانونية المقترحة للتعهد عن الغير، لأن العقد الجديد بين المتعهد له والمتعهد عنه يُنتج آثاره في مثل هذه الحالة حتى قبل تاريخ انعقاده. ونتيجة ذلك أقترح بعض الفقه تكييفاً آخر للتعهد عن الغير، إذ إن التعهد يُعدّ وفق التكييف القانوني المقترح عبارة عن علاقة تعاقدية ثلاثية الأطراف تبدأ بتلاقي وتطابق إرادتي المتعهد والمتعهد له، وتكتمل بقبول المتعهد عنه الذي يُعدّ إقراراً منه للتعهد الذي كان محلاً للتعاقد بين المتعهد والمتعهد له، ويمكن أن يستند هذا الإقرار إلى تاريخ العقد بين المتعهد والمتعهد له.[640]وإذا أراد الغير أن يكون لقبوله أثرٌ رجعيٌ، فإن ذلك لا يمكن أن يُضر بمن اكتسب بحسن نية حقاً من ذلك الغير قبل قبوله.[641]فإذا باع شريكٌ حصته في عقارٍ مملوكٍ على الشيوع بينه وبين شريكٍ آخرٍ مناصفةً، وتعهد في العقد على أن يحمل شريكه على بيع حصته أيضاً، ولكن المتعهد عنه باع حصته من شخصٍ آخرٍ وفرغها على اسمه في السجل العقاري، ثمّ بعد ذلك قَبِلَ التعهد بأثرٍ رجعيٍ، فلا يمكن أن يضر القبول هنا بالمشتري الذي اكتسب ملكية حصة المتعهد عنه بحسن نية. ويرى بعض الفقهاء أن هذا الحل، وإن كان منسجماً مع العدالة، إلا

---

[639]– وبالمقابل تنص المادة 91 مدني مصري على أنه ((ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العمل به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك)).

[640] – نبيلة إسماعيل رسلان، العلاقات القانونية الثلاثية، رسالة دكتوراة، جامعة طنطا، 1987، ص188 وما يليها. وفي المعنى ذاته د.سوار، المرجع السابق، بند404، ص297، هامش 1.

[641]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 362، ص 560.

أنه لا يستند على أساسٍ قانونيٍ سليمٍ، وذلك لأن قواعد التسجيل لا تكفي من أجل تعطيل حكم النص القاضي أنه إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر قبوله إلى تاريخ انعقاد التعهد عن الغير، فإن قبوله ينتج أثره بمفعول رجعي.[642] ولكن مثل هذا الحل يخل بمبدأ استقرار المعاملات، ويفتح الباب على مصراعيه أمام الاحتيال على القانون.

ثانياً:- رفض التعهد:

389- سبق القول إن المتعهد عنه له مطلق الحرية في قبول التعهد أو في رفضه. وإذا رفضه لا يُعدّ مسؤولاً عن الضرر الذي يمكن أن يلحق بالمتعهد له، وذلك لأن عقد التعهد عن الغير لم يرتب أي التزامٍ على عاتقه. وبما أن هذا العقد يرتب التزاماً على عاتق المتعهد، وهو حمل المتعهد عنه على قبول التعهد، فإن رفض المتعهد عنه التعهد يجعل المتعهد مسؤولاً عن الضرر الذي قد يلحق نتيجة ذلك الرفض بالمتعهد له بسبب إخلاله بالتزامه بحمل الغير على القبول، وهو التزام بتحقيق نتيجةٍ متمثلةٍ بقبول الغير للتعهد، ولم تتحقق هذه النتيجة بسبب رفض المتعهد عنه التعهد. ومن ثمّ يُعدّ المتعهد مقصراً مهما كان الجهد الذي بذله في سبيل حمل الغير على قبول التعهد. وتكون مسؤولية المتعهد عن تعويض ذلك الضرر مسؤوليةً عقديةً ناجمةً عن الإخلال بالتزامٍ عقديٍ. ويمكن له أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات السبب الأجنبي، وإلا فإنه يُلزم بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمتعهد له نتيجة رفض المتعهد عنه التعهد، ويقدر هذا التعويض وفق القواعد العامة.[643] ويجوز للمتعهد، لكي يتخلص من التعويض أن يقوم هو بتنفيذ الالتزام الذي تعهد بحمل الغير على قبوله بشرط أن يكون باستطاعته القيام به،

---

[642]- د. مرقس، المرجع السابق، بند 315، ص606.

[643]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 205/516، تاريخ 1982/3/25، سجلات محكمة النقض لعام 1982.

وألا يكون ذلك مضراً بالدائن، وألا يكون متصلاً بشخص المتعهد عنه.[644] ولكن لا يمكن إجبار المتعهد على القيام بتنفيذ ذلك الالتزام تنفيذاً عينياً حتى لو كان باستطاعته القيام به، وذلك لأنه لم يلتزم في عقد التعهد عن الغير بتنفيذ ذلك الالتزام شخصياً. والتزام المتعهد بتنفيذ الالتزام الذي كان يراد من الغير أن يقبله هو التزامٌ بديليّ، وذلك لأن التزامه بدفع التعويض للمتعهد له نتيجة الضرر الذي لحق به من جراء رفض الغير قبول التعهد هو الالتزام الأصلي الذي يقع على عاتقه. ولكن تبرئ ذمته من الالتزام بالتعويض إذا قام بتنفيذ الالتزام محل التعهد.[645]

ويُشترط من أجل كل ذلك أن يكون عقد التعهد عن الغير صحيحاً، أما إذا كان هذا العقد باطلاً، فيؤدي هذا البطلان إلى بطلان التعهد أيضاً، ومن ثمّ لا يكون المتعهد مسؤولاً عن الضرر الذي لحق بالمتعهد له نتيجة رفض المتعهد عنه قبول التعهد بسبب بطلان ذلك التعهد.[646] وإذا كان بطلان التعهد ناجماً عن خطأ المتعهد، فيُعدّ مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي لحق بالمتعهد له نتيجة بطلان التعهد، ويكون التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. ولا يؤدي رفض المتعهد عنه التعهد إلى بطلان عقد التعهد عن الغير أو إبطاله، وإنما يبقى العقد

---

[644]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 361 وما يليه، ص559 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 404، ص297.

[645]- تنص المادة 278 مدني على أنه ((1- يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر. 2- والشيء الذي يشمله محل الالتزام، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته)).

[646]- B.Starck, H.Roland et L.Boyer, op.cit., N°1560, P.540.

صحيحاً بين المتعهد والمتعهد له، ولكنه غير نافذٍ بحق المتعهد عنه الذي رفض التعهد.[647]

المطلب الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير

390- قبل بيان شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره لا بدّ من تحديد المقصود منه، وذلك من خلال تعريفه وتطوره التاريخي وبيان طبيعته القانونية.

الفقرة-1- مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير:

أولاً:- تعريف الاشتراط لمصلحة الغير:

391- الاشتراط لمصلحة الغير La stipulation pour autrui هو عقد ينشأ بموجبه لشخص أجنبي عن العقد، ويسمى المنتفع، حقّ مباشرٌ تجاه أحد المتعاقدين، ويسمى المتعهد، اشترطه عليه المتعاقد الآخر، ويسمى المشترط. والاشتراط لمصلحة الغير في هذا المعنى يُعدّ استثناءً على مبدأ نسبية أثر العقد، لأنه طبقاً لهذا المبدأ لا يمكن أن تترتب على العقد منفعةٌ لغير عاقديه.

ثانياً:- تطور مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير:

392- كان القانون الروماني يتضمن مبدأ نسبية أثر العقد في بداياته. وعندما ظهرت الحاجة، في بعض الحالات، إلى الاعتراف للغير بحقٍ نشأ من عقدٍ لم يكن طرفاً فيه، ومثال ذلك بيع الابن ماله واشتراطه على المشتري دفع إيراد مدى

---

[647]- قررت محكمة النقض السورية أنه إذا تعهد البائع عنه وعن غيره وسلم المبيع إلى المشتري، ومن ثم رفض الغير قبول التعهد فان العقد ينفذ بالنسبة إلى مال المتعهد ويبطل بالنسبة إلى المتعهد عنه. ويبدو أن محكمة النقض تخلط بين التعهد عن الغير وبين بيع ملك الغير الذي يعدّ قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري. نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار رقم 2549/1830، تاريخ 1982/10/11، سجلات محكمة النقض لعام 1982.

الحياة لأبيه، عالج الفقهاء الرومان هذه الحالات في البداية بإدراج شرطٍ جزائي في العقد يمكن للمشترط أن يتمسك به إذا لم يوفِ المتعهد بما تمّ اشتراطه لمصلحة الغير. وبعد ذلك أصبح إدراج مثل هذا الشرط الجزائي قاعدةً عامةً في معظم العقود. فكان إدراج مثل هذا الشرط يُعدّ وسيلة لإجبار المتعهد على الوفاء بما أُشترط لمصلحة الغير، ولكن لم يكن العقد يمنح الغير دعوى مباشرة يستطيع بموجبها مطالبة المتعهد بحقه الناشئ من العقد الذي لم يكن طرفاً فيه. ثمّ بعد ذلك وفي مرحلة متطورة من القانون الروماني اعترف هذا القانون للغير بحقٍ مباشرٍ ناجمٍ عن عقدٍ لم يكن طرفاً فيه في بعض الحالات الاستثنائية، ومن ثمّ منحه دعوى مباشرة للمطالبة بهذا الحق في مثل هذه الحالات، ومنها اشتراط المورث حقاً لمصلحة ورثته، واشتراط المتعاقد حقاً لغيره في عقد الوديعة، أو في عقد العارية، أو في الرهن الحيازي. وعُدت هذه الحالات استثناءً من مبدأ نسبية أثر العقد. وانتقلت هذه الحالات مع حالات أخرى إلى القانون الفرنسي القديم.[648] ومن ثمّ بعد ذلك نص القانون المدني الفرنسي على الاشتراط لمصلحة الغير كقاعدة عامة في المادة 1121 منه، في صياغتها القديمة، وخصه بالمواد من 1205 ولغاية 1209 في صياغتها الجديدة لعام 2018.

ثالثاً:- الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير:

393- اختلف الفقه في فرنسا حول الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير، فظهرت عدّة نظرياتٍ تحاول أن تفسر هذه الطبيعة، وهذه النظريات هي الآتية:

1:- نظرية الإيجاب:

394- يرى أنصار هذه النظرية أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين، العقد الأول هو بين المشترط والمتعهد وبموجبه يَنشأ حق للمشترط نحو المتعهد،

---

[648]- د. مرقس، المرجع السابق، بند 318، ص 609 و 610.

في حين أن العقد الثاني هو عبارة عن حوالة حق، وهو بين المشترط والغير المنتفع، إذ إن المشترط يتقدم بإيجاب للغير يتضمن تنازلاً عن حقه الذي نشأ من العقد الأول، والغير يقبل ذلك الإيجاب. وكانت هذه النظرية عرضة للانتقادات، وذلك لأن عقد الحوالة ينعقد من التاريخ الذي يقبل فيه الغير ذلك الإيجاب، ومن ثمّ فإن الإيجاب يُبطل إذا توفي المشترط أو فقد أهليته قبل صدور القبول من الغير المنتفع.

كما أن هذه النظرية تُدخل الحق الذي نشأ للمنتفع من عقد الاشتراط في ذمة المشترط حتى تاريخ قبول المنتفع للاشتراط، ومن ثمّ يمكن لدائني المشترط الحجز عليه طالما أنه دخل ذمة مدينهم. زدّ على ذلك أن حق المنتفع يَنشأ من عقد الاشتراط مباشرة والذي يتمّ بين المشترط والمتعهد، ولا يَنشأ من عقد جديد بين المشترط والمنتفع، أو بين المتعهد والمنتفع.

2:- نظرية الفضالة:

395- يرى أنصار هذه النظرية أن الاشتراط لمصلحة الغير هو فضالةٌ تتحول بأثرٍ رجعيٍ إلى عقد وكالةٍ بمجرد قبول المنتفع الاشتراط. فالمشترط يقوم بعمل من أعمال الفضالة لحساب المنتفع، وذلك عندما يرتب على المتعهد التزاماً لصالح المنتفع. وقد كانت هذه النظرية أيضاً عرضةً لانتقاداتٍ عدّةٍ. فالفضالة تتطلب أن يتدخل الفضولي في شأنٍ ضروريٍ للغير، أما في الاشتراط فيستطيع كلّ شخصٍ أن يشترط لمصلحة الغير طالما له مصلحة شخصية في ذلك حتى لو لم يكن هناك ضرورةٌ. زدّ على ذلك أنه يجب ألا تكون للفضولي من حيث المبدأ مصلحةٌ شخصيةٌ في العمل الذي يقوم به لحساب ربّ العمل. كما أن من التزامات الفضولي أن يستمر في العمل الذي قام به، في حين أن المشترط يستطيع أن ينقض الاشتراط طالما أن المنتفع لم يقبل ذلك.

3:- نظرية الإرادة المنفردة:

396- يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الاشتراط لمصلحة الغير هو من تطبيقات نظرية الإرادة المنفردة، وذلك لأن حق المنتفع مصدره هو إرادة المتعهد المنفردة. ومع ذلك فإن التزام المتعهد نحو المنتفع معلقٌ على شرطٍ فاسخٍ وهو عدم لجوء المشترط إلى نقض الاشتراط قبل قبول المنتفع الاستفادة من الاشتراط. ولكن القانون المدني الفرنسي، في صياغته لعام 1804، لا يُعدّ الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام. زدّ على ذلك أن هذه [649]النظرية غير صحيحة وذلك لأن المتعهد يستطيع أن يتمسك قِبلَ المنتفع بجميع الدفوع المستمدة من عقد الاشتراط. كما لا يحق للمتعهد نقض الاشتراط، وإنما يحق ذلك للمشترط.

4:- الاشتراط لمصلحة الغير مفهوم مستقل:

397- الاشتراط لمصلحة الغير هو نظرية قائمة بذاتها، ولا يستند إلى أي مفهومٍ آخرٍ. وهو يشكل استثناءً من مبدأ نسبية أثر العقد، إذ إنه يُنشئ حقاً لشخصٍ ليس طرفاً في العقد. ففي الاشتراط ينعقد العقد بين المشترط والمتعهد، ويُنشئ هذا العقد حقاً مباشراً للمنتفع الذي لا يُعدّ طرفاً فيه.

ومن ثمّ يملك المنتفع دعوى مباشرة يستطيع بموجبها أن يستند إلى العقد المبرم بين المشترط والمتعهد من أجل أن يطالب بحقه الذي نشأ مباشرة من ذلك العقد، ومن دون أن يمر ذلك الحق بذمة المشترط. وهذا ما نص عليه القانون المدني السوري في المواد من 155 وإلى 157 منه، وهي مطابقة للمواد من 154 وإلى 156 مدني مصري.

---

[649]- انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

H., L., J.Mazeaud et F.Chabas, op.cit., N°797 et s., p. 912 et s.

رابعاً:- تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير:

398- تطبيقات الاشتراط عدّيدة منها: عقد التأمين الذي يبرمه الأب لمصلحته ولمصلحة أولاده، إذا مات قبل سن معينة. وعقد التأمين الذي يبرمه ربّ العمل لمصلحة العمال عن الأضرار التي تلحق بهم بسبب حوادث العمل.

وفي التزام المرافق العامة (الماء، الكهرباء، الهاتف....) يمكن أن تشترط الدولة على ملتزم المرفق العام شروطاً لمصلحة الجمهور، كتحديد سعرٍ أعلى لهذه الخدمات.[650] وكذلك في عقد الإيجار يُعدّ المستأجر مشترطاً لمصلحة الغير بالنسبة إلى زوجته المقبلة وأولاده الذين يلدون بعد انعقاد عقد الإيجار. فإذا ترك المستأجر العقار المأجور للسكن قبل 2001/2/21، تاريخ نفاذ قانون الإيجار السوري رقم 6 لعام 2001، فلا يجوز للمؤجر إخلاء زوجته وأولاده الذين دخلوا العقار المأجور بعد بدأ العلاقة الإيجارية لأن الحق في التمديد القانوني انتقل إليهم، ومن ثمّ يعدّون شركاء للمستأجر في الإجارة ، وتربطهم بالمؤجر علاقة إيجاريه ناشئة من العقد الذي أبرمه المستأجر.[651]

وكذلك الحال في عقد المقاولة، فقد يفرض ربّ العمل شروطاً على المقاول لمصلحة العمال تتعلق بالحد الأدنى للأجور أو بساعات العمل أو بالتعويض عن إصابات العمل، وخاصة إذا كان ربّ العمل جهة عامة، فتنص على ذلك في دفتر الشروط القانونية والمالية.[652]

---

[650]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 316، ص 607.

[651]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 540/ أساس مخاصمة 481، تاريخ 1997/10/14، سجلات محكمة النقض.

[652]- د. السنهوري، المرجع السابق، بند 372، ص 573.

الفقرة-2- شروط الاشتراط لمصلحة الغير:

399- من الرجوع إلى المادة 155 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 154 مدني مصري، يتبين أن شروط الاشتراط لمصلحة الغير هي الآتية:[653]

1:- أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع:

400- وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير من الوكالة، إذ يتعاقد الوكيل باسمه ولكن نيابة عن موكله. و كذلك هذا ما يميز الاشتراط من الفضالة، إذ إن الفضولي عندما يقوم بتصرف قانوني، في أثناء توليه شأناً عاجلاً للغير، فلا يشترط أن يبرمه باسم ربّ العمل وإنما يمكن أن يبرمه باسمه الشخصي. أما إذا تعاقد الشخص باسم الغير مباشرة، فلا يكون مشترطاً، ومن ثمّ لا نكون بصدد اشتراطٍ لمصلحة الغير، وإنما قد يتعلق الأمر في مثل هذه الحالة بوكالةٍ أو بفضالةٍ.[654]

---

[653]- تنص المادة 155 مدني على أنه ((1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. 2- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشئ عن العقد. 3- ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك)). كما تنص المادة 1205 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يمكن الاشتراط لمصلحة الغير. فيمكن أن يشترط أحد المتعاقدين، المشترط، على الآخر، المتعهد، القيام بأداء لمصلحة الغير، المستفيد. يمكن أن يكون هذا الأخير شخصاً مستقبلاً، ولكن يجب أن يُعين على نحوٍ دقيقٍ أو يمكن أن يُعين وقت تنفيذ الشرط "الوعد".

[654]- د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام...، المرجع السابق، بند 225، ص 319.

2:- أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع:

401- يُشترط لانعقاد الاشتراط لمصلحة الغير أن تتجه نية المشترط والمتعهد إلى إنشاء حقٍ مباشرٍ للمنتفع من العقد المبرم بينهما. ويترتب على ذلك أن مصدر حق المنتفع هو العقد المبرم بين المشترط والمتعهد. ومن ثمّ إذا تبين أن المشترط قد اشترط الحق لنفسه مباشرةً، فلا يُعدّ ذلك اشتراطاً لمصلحة الغير حتى لو عادت فائدةٌ من هذا الاشتراط على الغير، كما لو أمّن طبيبٌ على مسؤوليته المدنية عما يمكن أن يُلحقه من ضررٍ بمرضاه، فالطبيب هنا يشترط لنفسه لا لمرضاه، ومن ثمّ لا يُعدّ ذلك اشتراطاً لمصلحة الغير. ولا يكفي أن يشترط المشترط حقاً للغير، وإنما يجب أن يكون مصدر حق الغير هو العقد المبرم بين المشترط والمتعهد مباشرةً. فإذا اشترط المشترط الحق لنفسه، ثمّ بعد ذلك حوله إلى الغير، فلا يُعدّ ذلك اشتراطاً لمصلحة الغير لأن حق الغير لم ينشأ هنا مباشرةً من العقد المبرم بين المشترط والمنتفع، وإنما نشأ من عقدٍ آخرٍ بين المشترط والغير وهو عقد الحوالة. وكذلك الحال إذا أمّن شخص لمصلحة نفسه، ثمّ مات بعد ذلك وانتقل حق التعويض إلى ورثته، فلا ينشأ حق الورثة مباشرةً من عقد التأمين، وإنما انتقل إليهم هذا الحق من طريق الميراث. كما لا ينشأ حق المشترط من عقدٍ جديدٍ ينشأ بينه وبين المتعهد، وذلك لأن المشترط لا يقصد في الاشتراط لمصلحة الغير إلزام المتعهد قِبَلَ المنتفع بموجب عقدٍ جديدٍ، كما لا يقصد المتعهد من وراء ذلك عرض إيجابٍ على المنتفع من أجل أن يقبله، فيؤدي ذلك إلى انعقاد عقدٍ جديدٍ بينهما.[655]

ولا يشترط أن تكون إرادة المتعاقدين صريحةً حتى ينعقد الاشتراط لمصلحة الغير، وإنما يمكن أن تكون هذه الإرادة ضمنيةً، ومن ثمّ يكون الاشتراط لمصلحة الغير

---

[655]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 375، ص 575 و 576.

ضمنياً. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما قررت أن عقد نقل الأشخاص يتضمن على اشتراطٍ ضمنيٍ لمصلحة أقارب المسافر.[656]

3:- أن تكون للمشترط مصلحةٌ شخصيةٌ:

402- طالما أن الاشتراط لمصلحة الغير لا ينعقد إلا إذا كان المشترط يتعاقد باسمه، لذا يجب أن تكون للمشترط مصلحةٌ شخصيةٌ في الاشتراط. وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير من الفضالة، حيث يشترط فيها ألا يكون، من حيث المبدأ، للفضولي مصلحةٌ شخصيةٌ في العمل الذي يقوم به لمصلحة ربّ العمل.[657] ووجود هذه المصلحة هو الذي يعطي الحق للمشترط في الرقابة على المتعهد في تنفيذ التزاماته لمصلحة المنتفع. ولا يُشترط أن تكون هذه المصلحة ماديةً، وإنما يمكن أن تكون أدبيةً أيضاً، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1/155 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/154 مدني مصري، . ومن ثمّ يصح عقد التأمين الذي يبرمه الأب لمصلحة ابنه، أو الزوج لمصلحة زوجته، لأن الأب والزوج لهما مصلحة أدبية، وذلك لأنهما مدفوعان بعامل الأبوة والزوجية في مثل هذه الحالة. وإذا توافرت مصلحةٌ شخصيةٌ للمشترط في الاشتراط، فليس من الضروري أن يكون له دورٌ شخصيٌ في العقد، كإنشاء حقٍ له أو التزامٍ عليه. فالأم التي تتعاقد مع والد ابنها أو بنتها على أن يتعهد الأب بترتيب إيرادٍ للابن أو للبنت من دون أن يرتب العقد على عاتقها أي التزامٍ قِبَلَ الأب مدفوعةً بعامل الأمومة، لها مصلحةٌ شخصيةٌ في هذا الاشتراط، على الرغم من أنه ليس لها أي

656- نقض فرنسي، الغرفة المدنية الأولى، 1989/6/14، منشور في مجموعة قرارات الغرفة المدنية الأولى لعام 1989، رقم 243.

657- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند316، ص 386 و ما يليها.

دورٍ شخصيٍ فيه.[658] زدّ على ذلك أنه يجب أن تكون مصلحة المشترط مشروعةً، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعةٍ، فيكون الاشتراط باطلاً. ومثال ذلك أن يُبرم شخصٌ عقد تأمينٍ على حياته لمصلحة عشيقته من أجل استمرار علاقتهما غير المشروعة.[659]

4:- يشترط أن يكون المنتفع موجوداً وقت أن ينتج العقد أثره:

403- ويترتب على ذلك أنه لا يشترط أن يكون المنتفع شخصاً معيناً أو موجوداً حين إبرام عقد الاشتراط، وإنما يمكن أن يكون غير معينٍ في ذلك الوقت، كما يمكن أن يكون شخصاً مستقبلاً، وهذا ما يستفاد من نص المادة 157 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 156 مدني مصري؛[660]وكذلك من المادة 1205 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ جاء فيها أنه يمكن أن يكون المستفيد شخصاً مستقبلاً، ولكن يجب أن يُعين على نحوٍ دقيقٍ أو يمكن أن يُعين وقت تنفيذ الشرط.

ولكن يكفي أن يكون المنتفع موجوداً وقت أن ينتج العقد أثره، أو أن يكون من المستطاع تعيينه في ذلك الوقت. فإذا لم يكن من المستطاع تعيين شخص المنتفع وقت أن ينتج العقد أثره، كان الاشتراط باطلاً. ويبقى العقد في مثل هذه الحالة صحيحاً، ولكن أثره ينتقل إلى المشترط نفسه أو إلى ورثته في حال وفاته. وينتقل الحق إلى الورثة من طريق الميراث.

---

[658]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 376، ص 576.

[659]- د.سوار، المرجع السابق، بند 408، ص302.

[660]- تنص المادة 157 مدني على أنه ((يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة)).

الفقرة-3- آثـــار الاشتراط لمصلحة الغير:

404- ينعقد الاشتراط لمصلحة الغير بمجرد الاتفاق بين إرادتي المشترط والمتعهد والتطابق بينهما، ولا يتوقف انعقاده على قبول المنتفع وذلك لأنه ليس طرفاً فيه. وبالمقابل فإن انعقاد الاشتراط يؤدي إلى إنشاء ثلاثة أنواع من العلاقات، وهي:

أولاً:- علاقة المشترط بالمتعهد:

405- يحكم العلاقة بين المشترط والمتعهد العقد المبرم بينهما والذي يتضمن الاشتراط لمصلحة الغير، ومن ثمّ فإن هذا العقد يرتب جميع آثاره تجاههما باستثناء الحق الذي يشترطه المشترط لمصلحة الغير.[661] ويترتب على ذلك أن المشترط لا يحق له أن يطالب بهذا الحق لنفسه، وذلك لأنه لا يعدّ دائناً به تجاه المتعهد. ولكن بالمقابل له الحق في مراقبة المتعهد في تنفيذ هذا الحق لمصلحة المنتفع، وذلك لأن للمشترط مصلحةً شخصيةً في الاشتراط. واستناداً على ذلك يحق للمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الحق لمصلحة المنتفع مباشرةً، ما لم يتبين من العقد أن المنتفع وحده يستطيع أن يطالب بذلك.[662] وتكون المطالبة في مثل هذه الحالة بموجب دعوى مباشرة يرفعها المشترط باسمه الشخصي لا باسم المنتفع. كما يحق للمشترط، في حال ما إذا أخل المتعهد بالتزامه تجاه المنتفع، أن

---

[661]- فإذا كان العقد المبرم بين المشترط والمتعهد هو عقد تأمين لمصلحة المشرط نفسه ولمصلحة ابنه، فإن المشترط يلتزم بدفع الأقساط المترتبة عليه بموجب العقد، ويلتزم المتعهد بدفع المبلغ المتفق عليه للمشترط. كما يحق لكل منهما أن يتمسك قبل الآخر بكل الدفوع الناشئة عن ذلك العقد، من بطلان أو فسخ أو أسباب أخرى لانقضاء العقد.

[662]- تنص المادة 3/155 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 3/154 مدني مصري، على ما يأتي: ((ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك)). وهذا ما أكدت عليه أيضاً المادة 1209 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه يمكن للمشترط ذاته أن يطلب إلى المتعهد تنفيذ التزامه تجاه المستفيد.

يطالب المتعهد بتعويضه شخصياً عن الضرر الذي لحق به نتيجة ذلك، بغض النظر عن الضرر الذي يلحق بالمنتفع أيضاً. زدّ على ذلك أنه يحق للمشترط أن يطالب بفسخ العقد نتيجة إخلال المتعهد بالتزامه تجاه المنتفع، أو أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ.[663]

ثانياً:- علاقة المشترط بالمنتفع:

406- قد تكون علاقة المشترط بالمنتفع من قبيل التبرع، أو من قبيل المعاوضة. فإن قصد المشترط التبرع، عُدّ ذلك هبةً غير مباشرة منه إلى المنتفع، ولا تخضع هذه الهبة غير المباشرة إلى القواعد الشكلية للهبة، وإنما فقط تخضع للقواعد الموضوعية لها.[664] ويمكن أن يكون الاشتراط لمصلحة الغير مبنياً على أساس المعاوضة، كأن يقصد المشترط الوفاء بدين عليه للمنتفع. ولا بدّ هنا من بيان نقطتين:

1:- حق المشترط في نقض المشارطة:

407- يستفاد من نص المادة 156 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 155 مدني مصري، أنه يجوز للمشترط نقض المشارطة وذلك قبل تصريح المنتفع برغبته في الاستفادة منها.[665] ويترتب على ذلك حرمان المنتفع مما سبق اشتراطه لمصلحته.

---

[663]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 326، ص 619 و ما يليها.

[664]- ويترتب على ذلك أنه يجب أن تتوافر في المشترط أهلية التبرع، وتطبق على الهبة أحكام الوصية إذا صدرت من المشترط وهو في حالة مرض الموت، ويحق لدائني المشترط الطعن فيها بموجب دعوى عدم نفاذ التصرف.

[665]- تنص المادة 156 مدني سوري على أنه ((1- يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يصرح المنتفع إلى المتعهد أو المشترط برغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد. 2- و لا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك، و للمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة)).

ويسقط حق المشترط في ذلك إذا صرح المنتفع برغبته قبل وقوع النقض.[666] وهذا الحق، في القانون السوري وأصله المصري، مقصورٌ على المشترط فقط من دون دائنيه وورثته، وذلك لأنه حق شخصيّ له. وللمشترط بعد نقض الاشتراط أن يعين منتفعاً آخر، ويُعدّ حق المنتفع الجديد مستمَداً من العقد. كما للمشترط أن يستأثر لنفسه بالانتفاع.[667] ويُشترط ألا يكون حق النقض مخالفاً لما يقتضيه العقد، كما لو كان حق المنتفع الناشئ من العقد المبرم بين المشترط والمتعهد هبةً لا تقبل الرجوع فيها، عندئذ لا يقوم حق المشترط في نقض الاشتراط. كما قد يكون هذا الحق مقيداً بموافقة المتعهد، ومن ثمّ لا يستطيع المشترط نقض الاشتراط في مثل هذه الحالة إلا إذا وافق المتعهد على ذلك. ولم ينص القانون على طريقة معينة لممارسة المشترط حق نقض الاشتراط، ومن ثمّ يمكن للمشترط نقض المشارطة بمجرد التعبير عن إرادته بهذا الاتجاه. ويمكن أن يكون النقض بتعبيرٍ صريحٍ أو ضمنيٍ. وهو تصرفٌ قانونيٌ ينعقد بإرادةٍ منفردةٍ.

407 مكرر– وجاء المشرع الفرنسي، في التعديل الجديد لأحكام النظرية العامة للالتزام بموجب الأمر الرئاسي الصادر في العام 2016، والمصادق عليه من البرلمان الفرنسي في العام 2018، بأحكام جديدة للاشتراط لمصلحة الغير، لم يكن ينص عليها هذا القانون في صياغته الأصلية لعام 1804. وتنص المادة 1206 من هذا القانون، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه ينشأ حقّ مباشرٌ للمستفيد في الأداء بمواجهة المتعهد من تاريخ الاشتراط. ومع ذلك يمكن

---

[666]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1405/أساس 1726، تاريخ 2000/10/22، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4411، ص2172.

[667]– د. السنهوري، المرجع السابق، بند 382، ص587. ود.سوار، المرجع السابق، بند 412، ص 306. ود.مرقس، المرجع السابق، بند 328، ص625 و ما يليها.

للمشترط بكل حريةٍ نقض الاشتراط طالما أن المستفيد لم يقبله. ويفقد المشترط حقه في نقض الاشتراط منذ لحظة وصول القبول إلى المشترط أو المتعهد.

ولا يمكن أن يصدر النقض، بموجب المادة 1207 من هذا القانون، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إلا من المشترط، أو بعد وفاته من ورثته. ولا يمكن للورثة نقض الاشتراط إلا بعد انقضاء مدة ثلاثة أشهر بدءاً من يوم إعذارهم المستفيد بقبول الاشتراط. وتنص هذه المادة على أنه إذا لم يُرفق بالنقض تحديد مستفيدٍ جديدٍ، فإن النقض يُفيد حسب الحال المشترط أو ورثته. ويرتب النقض أثره من لحظة علم الغير المستفيد أو المتعهد به. وإذا تمّ النقض بموجب وصيةٍ، فيرتب أثره من لحظة الوفاة. ويعدّ الغير المعين بدايةً أنه لم ينتفع أبداً من الاشتراط الذي تمّ لمصلحته.

2:- حق المنتفع وأثر تصريحه برغبته أو رفضه:

408- ينشأ حق المنتفع من العقد المبرم بين المشترط والمتعهد مباشرةً، وبمجرد انعقاده، ولا يتوقف على إقراره لهذه المشارطة. ولكن تصريح المنتفع له تأثيرٌ على كل حال، سواء أكان بالقبول أم بالرفض. فإذا عبر عن رغبته بقبول الاشتراط، فيمتنع المشترط من نقض المشارطة، ويثبت للمنتفع الحق من تاريخ انعقاد العقد بين المشترط والمتعهد. ولا فرق في أن يكون إقرار المنتفع صريحاً أو ضمنياً، لأن القانون لم يشترط شكلاً معيناً لهذا الإقرار. والإقرار، على غرار النقض، تصرفٌ قانونيٌ ينعقد بإرادةٍ منفردةٍ. ويمكن للمنتفع أن يعلن إقراره للمشترط أو للمتعهد، ولا يسري الإقرار بحق المتعهد إلا من تاريخ إعلامه به. وإذا أهمل استعمال حقه خلال مدة التقادم، سقط حقه. وإذا كان تصريح المنتفع سلبياً، بأن رفض المشارطة، فيعود الحق المشروط له إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت انعقاد العقد. ويجوز في مثل هذه الحالة لدائني المنتفع أن يطعنوا في هذا الرفض بموجب دعوى عدم نفاذ التصرف، أي الدعوى البولصية، إلا إذا تبين أن المشترط

كان قد قصر استعمال الحق في إقرار المشارطة بالمنتفع وحده، عندئذ يكون هذا الحق حقاً شخصياً، ومن ثمّ لا يحق لدائني المنتفع الطعن في رفض المنتفع للمشارطة. وحق المنتفع في إقرار المشارطة ليس حقاً شخصياً من حيث المبدأ، ومن ثمّ يحق لدائنيه أن يستعملوه نيابة عنه بموجب الدعوى غير المباشرة. كما ينتقل هذا الحق إلى الورثة بعد وفاة المنتفع، إلا إذا كان المشترط قد قصر استعمال هذا الحق على المنتفع وحده، عندئذ لا ينتقل إلى ورثته بعد وفاته.[668]

وتنص المادة 1208 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يمكن أن يصدر القبول من المستفيد، أو بعد وفاته من ورثته. ويمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً. ويمكن أن يتم بعد وفاة المشترط أو المتعهد.

ثالثاً:- علاقة المنتفع بالمتعهد:

409- ينشأ للمنتفع حق مباشر قِبَل المتعهد بمجرد انعقاد عقد الاشتراط بين المشترط والمتعهد، ولا يتوقف ذلك على قبوله للمشارطة، وذلك لأنه ليس طرفاً في ذلك العقد. ومع ذلك يعدّ قبول المنتفع ضرورياً، وذلك لأنه يثبت حقه ويمنع المشترط من نقض المشارطة. كما أنه لا يمكن إجبار شخصٍ على قبول حقٍ من دون رضاه.[669]

ويُنشئ العقد للمنتفع حقاً مباشراً لا يمر بذمة المشترط. وينشأ هذا الحق من وقت انعقاد العقد وينتقل إلى ورثته. ومن ثمّ يحق له أن يطالب المتعهد بهذا الحق بموجب دعوى مباشرة. وهو ليس بحاجة إلى المطالبة به بموجب الدعوى غير المباشرة التي يمكن أن يرفعها باسم المدين، باستثناء ما إذا كان المشترط قد حصر في نفسه حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه لصالح المنتفع وأداء حقه له.

---

[668]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 328، ص627. ود.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 322، ص393 و ما يليها.

[669]- د.سوار، المرجع السابق، بند 409، ص304.

كما يحق للمنتفع أن يطالب المتعهد بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة عدم تنفيذه لذلك الالتزام.

410- ويترتب على كون حق المنتفع حقاً مباشراً غير منتقل إليه من ذمة المشترط النتائج الآتية:

1- لا يحق لدائني المشترط استيفاء ديونهم من حق المنتفع، وذلك لأن المنتفع لا يتلقى حقه من المشترط، ومن ثمّ لا يمر حق المنتفع بذمة المشترط. ويترتب على ذلك أنه لا يحق لدائني المشترط أن يحجزوا على هذا الحق.

2- لو مات المشترط لا يدخل حق المنتفع في تركته، وذلك لأن المنتفع لا يتلقى هذا الحق من المشترط من طريق الميراث.

3- يصبح المنتفع بموجب عقد الاشتراط دائناً للمتعهد، ويستطيع أن يطالبه بتنفيذ العقد. ويحق له أن يشترك مع بقية دائني المتعهد في قسمة الغرماء في حال ما إذا كانت أموال المتعهد غير كافية لسداد ديونه. كما يجوز له بهذه الصفة أن يستعمل حقوق المتعهد بموجب الدعوى غير المباشرة. ولكن لا يجوز له طلب فسخ العقد لأنه لم يكن طرفاً فيه بالأصل. ويستطيع المتعهد أن يتمسك قِبَلَ المنتفع بجميع الدفوع الناشئة من عقد الاشتراط، كبطلان العقد أو إبطاله، أو عدم تنفيذ المشترط لالتزاماته.[670]

411- وحق المنتفع مصدره عقد الاشتراط المبرم بين المشترط والمتعهد، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

أ- يتكيف حق المنتفع وفقاً لعقد الاشتراط. فهذا العقد هو الذي يحدد نطاق هذا الحق وطريقة استعماله. فيمكن أن ينص العقد على أن المشترط وحده يحق له مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه وأداء حق المنتفع له. كما يمكن أن ينص العقد على

---

[670]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 327، ص621 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 414، ص307.

حرمان المشترط من حقه في نقض الاشتراط، أو تقييد هذا الحق بموافقة المتعهد عليه.

ب- ينشأ حق المنتفع من وقت انعقاد العقد لا من وقت تصريحه بقبول الاشتراط لمصلحته. ومن ثمّ ينتقل هذا الحق بعد وفاته إلى ورثته.

ج- يحق للمتعهد أن يدفع مطالبة المنتفع له بكل الدفوع التي ترد على عقد الاشتراط، وفقاً لما نصت عليه المادة 2/155 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/154 مدني مصري، كالبطلان أو القابلية للإبطال. ولكن لا يحق له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالمشترط تجاه المنتفع، كالمقاصة.[671]

المطلب الثالث

الدعوى المباشرة

412- الدعوى المباشرة هي أداة حلول، إذ يحل الدائن الذي يرفع هذه الدعوى باسمه محل مدينه بالحق الذي له قِبلَ مدين المدين. ويكون هذا الحلول في حدود ما للدائن من حق نحو المدين، وفي حدود ما لهذا المدين من حق نحو الغير المدعى عليه في الدعوى المباشرة.[672]ولم ينص القانون المدني السوري، على غرار أصله المصري، على تطبيق عام للدعوى المباشرة، وإنما اكتفى بالنص عليها في بعض الحالات الخاصة. زدّ على ذلك أن قوانين أخرى أيضاً نصت على بعض هذه الحالات. وقد وردت هذه الحالات، سواء في القانون المدني أم في القوانين الأخرى، على سبيل الاستثناء، ومن ثمّ لا يجوز القياس عليها.

671- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 380، ص580 و ما يليها.

672- د.توفيق فرج حسن، النظرية العامة للالتزام...، المرجع السابق، بند 442 وما يليه، ص807 وما يليها.

الفقرة-1- حالات الدعوى المباشرة في القانون المدني:

413- نص القانون المدني في أماكن متفرقة منه على بعض الحالات الخاصة للدعوى المباشرة، وأهم هذه الحالات:

أولاً- عقد الوكالة:

414- يحق لكل من الموكل والوكيل الثانوي، وكيل الوكيل، الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة وفقاً لما جاء في المادة 3/674 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 3/708 مدني مصري، على الرغم من أن الموكل يعدّ من الغير بالنسبة إلى عقد الوكالة الثاني بين وكيله والوكيل الثانوي، وكذا بالنسبة إلى الوكيل الثانوي الذي يعدّ أجنبياً عن العقد الأول بين الموكل والوكيل الأصلي.

ثانياً- عقد المقاولة:

415- أعطى القانون الحق للمقاولين الثانويين وعمالهم بإقامة الدعوى على رب العمل بما لا يتجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي، وهذا ما نصت عليه المادة 628 مدني سوري، وهي تقابل المادة 662 مدني مصري.

ثالثاً- عقد الإيجار:

416- ألزم القانون المستأجر الثانوي بأن يدفع للمؤجر ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي بدءاً من تاريخ إنذاره من قبل المؤجر، طبقاً لما نصت عليه المادة 563 مدني سوري، وهي تقابل المادة 596 مدني مصري.

الفقرة-2- حالات الدعوى المباشرة في القوانين الأخرى:

417- تضمنت قوانين أخرى مبدأ الدعوى المباشرة في بعض الحالات الخاصة، وأهمها:

أولاً- أعطت المادة 190 من قانون السير السوري لعام 2004 وتعديلاته للمتضرر في عقد التأمين الإلزامي حقاً مباشراً تجاه جهة التأمين، ولا تسري بحقه الدفوع التي يجوز لجهة التأمين أن تتمسك بها قِبَلَ المؤمَن.

ثانياً- منحت المادة 135 من قانون التجارة السوري لعام 2007 المرسل إليه أو الشخص المنقول، إذا لم يكن طرفاً في عقد النقل، حقاً مباشراً تجاه الناقل من أجل مطالبته بجميع الالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد النقل.

ويلاحظ في جميع هذه الحالات أن الدعوى المباشرة تعدّ استثناءً من مبدأ نسبية أثر العقد، إذ إنها تجيز للغير الأجنبي عن العقد المطالبة بحق نشأ لمدينه من ذلك العقد كونه طرفاً فيه.

الفصل الرابـع

انحلال العقـد

418- انحلال العقد هو زوال الرابطة القانونية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد. ويُشترط في الانحلال سبق الانعقاد. ومن هنا يظهر الفرق بين انحلال العقد وبطلانه. ففي البطلان يكون للعقد وجودٌ حسيٌ فقط من دون أن يكتسب وجوده الاعتباري في نظر المشرع، فالعقد لا ينعقد أصلاً في حالة البطلان. أما في الانحلال فالعقد منعقدٌ ومنتجٌ لآثاره بين طرفيه، ولسببٍ ما فإن العقد يزول بعد الانعقاد. وهذا السبب قد يكون مرافقاً لانعقاد العقد، كما في العقد القابل للإبطال. وقد يكون طارئاً بعد انعقاد العقد، كما في الفسخ والانفساخ. والمبدأ هو أن يقع الانحلال بأثرٍ مستندٍ، أي بأثرٍ رجعيٍ، ولكن تشذ عن هذا الأصل العقود المستمرة حيث يقع الانحلال فيها بأثرٍ مقتصرٍ، أي بأثرٍ مباشرٍ.[673]

ويختلف انحلال العقد عن انقضاء الالتزام العقدي، حيث يؤدي تنفيذ الالتزامات، ومن ضمنها الالتزامات الناشئة من العقد، إلى انقضاء تلك الالتزامات، وهذا هو الوفاء، وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزامات. كما يمكن أن تنقضي الالتزامات الناتجة عن العقد بغير طريق الوفاء، وذلك بموجب أسباب انقضاءٍ خاصةٍ نص عليها القانون. ولكن العقد الذي أنشأ تلك الالتزامات لا ينحل ولا ينقضي، بل يبقى سنداً لها وللوفاء بها. فعقد البيع مثلاً بعد تنفيذه لا يزول، بل يبقى هو سند الملكية للمشتري في المبيع. وقاعدة عدم انحلال العقد ليست مطلقةً، وإنما يرد عليها نوعان من الاستثناءات، النوع الأول خاصٌ ببعض العقود،

673- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 326 وما يليه، ص398 وما يليها.

كالرجوع في الهبة؛ وأما النوع الثاني فهو أسبابٌ عامةٌ للانحلال، كالفسخ والانفساخ.[674]

كما يختلف انحلال العقد عن التقايل أو الإقالة، أي التفاسخ، إذ إن التقايل هو عقدٌ جديدٌ ينتج آثاراً عكسية للعقد الأول.[675] فإذا تقايل المتبايعان وجب ردّ المبيع إلى البائع، وردّ الثمن إلى المشتري. فهنا المشتري صار بائعاً، وأصبح البائع مشترياً. ويقع التقايل بأثرٍ مقتصرٍ، أي بأثرٍ مباشرٍ، ولكن يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن يقع بأثرٍ رجعيٍ. ولكن هذا لا يؤثر في حقوق الغير التي يمكن أن تنشأ قبل التقايل.

وكذلك يختلف الانحلال عن الإنهاء، فالإنهاء هو وضع حدٍّ لاستمرار العقد في المستقبل، ويكون في العقود الزمنية، وهو يقع دائماً بأثرٍ مقتصرٍ، أي بأثرٍ مباشرٍ.

ويختلف انحلال العقد عن وقف العقد، فالانحلال يؤدي إلى زوال العقد بأثرٍ رجعيٍ، في حين أن وقف العقد يؤدي إلى تعليق تنفيذه.

وأهم أسباب وقف العقد الدفع بعدم التنفيذ، وهو أن يطلب أحد المتعاقدين، في عقد ملزم للجانبين، الذي لم ينفذ التزامه، من المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه المتقابل، فيحق لهذا الأخير أن يمتنع عن تنفيذ التزامه طالما أن الأول لم ينفذ التزامه.[676]

وعلى هذا أتناول في هذا الفصل الدفع بعدم التنفيذ والفسخ والانفساخ في ثلاث فروع متتالية.

---

[674]– د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 311، ص607.

[675]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 635/أساس 526، تاريخ 1996/5/12، مجلة المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 1997، ص498.

[676]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 456 وما يليه، ص689 وما يليها. ود.سوار، المرجع السابق، بند 562 وما يليه، 399 وما يليها.

الفرع الأول

الدفع بعدم التنفيذ

L'exception d'inexécution

419- أُبين في هذا الفرع المقصود من مفهوم الدفع بعدم التنفيذ، وهذا يتطلب التمييز بينه وبين مفاهيم قانونية مجاورة له كالحق في الحبس والفسخ والمقاصة؛ ثمّ بعد ذلك أعرض شروط تطبيقه والآثار المترتبة على ذلك.

المبحث الأول

مفهوم الدفع بعدم التنفيذ

420- من أجل بيان المقصود من الدفع بعدم التنفيذ لا بدّ من تعريفه أولاً، ومن ثمّ المقارنة بينه وبين بعض المفاهيم القانونية القريبة منه، كالحق في الحبس والفسخ والمقاصة.[677]

المطلب الأول

تعريف الدفع بعدم التنفيذ وتطوره التاريخي

421- يعود الفضل في صياغة نظريةٍ عامةٍ للدفع بعدم التنفيذ إلى فقهاء القانون الكنسي الذين وجدوا في القانون الروماني بعض الأفكار التي سمحت لهم فيما بعد بصياغة هذه النظرية، التي ازدهرت بعد ذلك على نحوٍ ملحوظٍ. ومن ثمّ اعتنق القضاء الفرنسي قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ونص عليها صراحةً ولأول مرة في العام 1560 ميلادية.

أما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية، فهي لا تحتوي على نظريةٍ عامةٍ بشأن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ. إلا أن كتب الفقهاء المسلمين تتضمن تطبيقات عدّة لهذه

---

[677]- لمزيد من التوسع انظر: فواز صالح الدفع بعدم التنفيذ في القانون المقارن الفرنسي والسوري، المرجع السابق.

القاعدة. وعلى الرغم من ذلك يعتقد بعض الفقهاء المعاصرين أن الشريعة الإسلامية لم تتضمن مفهوم الدفع بعدم التنفيذ، وذلك لأنها لم تهتم بمبدأ الارتباط بين الالتزامات الناشئة من عقدٍ ملزمٍ للجانبين.[678]

ولكن هذا الرأي محل نظرٍ، وذلك لأن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ لا تقوم فقط على الارتباط والتقابل بين الالتزامات، وإنما تقوم أيضاً على القصاص والتكافؤ في الحقوق، وكذلك على مبدأ حسن النية والوفاء بالوعود. والشريعة الإسلامية تحث على الوفاء بالوعود وعلى حسن النية في المعاملات. لذلك اعتقد أن الفقه الإسلامي عرف تطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، ولكنه كان يطبقها تحت غطاء الحق في الحبس.[679]

422- ولم يكن القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، يتضمن أي نصٍ يقرّ نظريةً عامةً للدفع بعدم التنفيذ، ولكنه كان يتضمن بعض النصوص الخاصة والمتفرقة هنا وهناك، والتي كانت تجيز لأحد المتعاقدين في عقدٍ ملزمٍ لجانبين أن يرفض تنفيذ التزامه إذا طالبه المتعاقد الآخر بذلك، من دون أن يكون قد نفذ التزامه المقابل والمستحق الأداء. وعمم الاجتهاد الفرنسي المعاصر، انطلاقاً من هذه النصوص المتبعثرة في القانون المدني، الدفع بعدم التنفيذ بوصفه قاعدة عامة تطبق في نطاق جميع العقود الملزمة لجانبين بدءاً من العام 1932. ومن ثم تضمنت معظم القوانين المعاصرة، ومن بينها القانون المدني السوري، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ بوصفه قاعدةً عامةً، إضافةً إلى المفاهيم القانونية القريبة منه كالحق في الحبس والفسخ والمقاصة، والتي طالما خلط الفقه بينها. وهذا ما فعله أيضاً المشرع الفرنسي، إذ تنص المادة 1219 منه، في

---

[678]- د.شفيق شحاته، دراسات في القانون الإسلامي باللغة الفرنسية وعنوانه :

Chafik Chehata, Etudes de droit musulman, Volume I, PUF, 1971, p.170.

[679]- السرخسي، المبسوط، الطبعة الأولى، الجزء 13، كتاب البيع، بيروت 1940، ص192.

صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يمكن لمتعاقدٍ أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، حتى لو كان مستحق الأداء، إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر التزامه، وإذا كان عدم التنفيذ هذا جسيماً إلى حدٍ ما. كما يمكن، بموجب المادة 1220 منه، في صياغتها الجديدة لعام 2018، لمتعاقدٍ أن يوقف تنفيذ التزامه، إذا كان ظاهراً أن المتعاقد الآخر لن ينفذ التزامه عند الاستحقاق، وكانت النتائج المترتبة على عدم التنفيذ جسيمة إلى حدٍ ما بالنسبة إليه؛ ويجب عليه أن يُبلغ هذا الوقف في أحسن المدد.

423- وتنص المادة 162 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 161 مدني مصري، على أنه ((في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به)). ويتبين من ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة دفاعية تهدف إلى تحقيق العدالة الفردية، إذ يستوفي المتمسك بالدفع، في العقود الملزمة للجانبين، حقه بنفسه من دون اللجوء إلى القضاء عندما يُخل المتعاقد الآخر بالتزامه. ومن ثمّ فإن هذا الدفع يقوم على أساس الدفاع الشرعي في العلاقات التبادلية. وهذه الفكرة توضح على نحوٍ جلي آلية عمل قاعدة الدفع بعدم التنفيذ. فعلى غرار الدفاع الشرعي في قانون العقوبات، لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلا لمن كان ضحية عدم تنفيذ التزامٍ مرتبطٍ مع التزامه برابطٍ قانوني. ومن ثمّ لا يحق التمسك به إذا كان المتعاقد ملزماً بتنفيذ التزامه أولاً. ولا يتطلب التمسك بالدفع اللجوء إلى القضاء على نحوٍ مسبقٍ، أو توجيه إعذارٍ إلى المتعاقد الآخر. زدّ على ذلك أن شروط استعمال الدفع بعدم التنفيذ تنسجم مع فكرة الدفاع الشرعي بوصفها الأساس القانوني للدفع، إذ يَرجع فقهاء القانون المدني إلى شروط تطبيق الدفاع الشرعي في قانون العقوبات من أجل إسقاطها على تطبيق الدفع بعدم التنفيذ. وهذا يتطلب أن يكون هناك اعتداءٌ غير مبررٍ متمثل في عدم

تنفيذ المتعاقد الآخر التزامه المتقابل ومع ذلك يطالب المتمسك بالدفع بتنفيذ التزامه. كما يجب أن يكون الرد متناسباً مع الاعتداء، أي يجب أن يكون رفض المتمسك بالدفع تنفيذ التزامه متناسباً مع عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه المتقابل.[680]

المطلب الثاني

المقارنة بين الدفع بعدم التنفيذ وبعض المفاهيم القانونية القريبة منه

424- عندما كانت قاعدة الدفع بعدم التنفيذ مجهولةً في القانون الفرنسي، كانت المحاكم تطبقها تارةً تحت ستار الحق في الحبس، وتارة أخرى تحت غطاء المقاصة أو الفسخ. وإن دلّ هذا الأمر على شيءٍ فإنما يدل على التشابه الذي يوجد بين الدفع بعدم التنفيذ وبين هذه المفاهيم القانونية.

الفقرة-1- الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس:

425- عندما يكون محل الالتزام المترتب في ذمة المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ينصب على شيءٍ ماديٍ يقترب مفهوم الدفع بعدم التنفيذ من الحق في الحبس. فإذا رفض المتمسك بالدفع تسليم الشيء، وذلك رداً على رفض المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه المقابل، فما هو مسوغ هذا الرفض؟ هل هو الدفع بعدم التنفيذ أم هو الحق في الحبس؟ تذهب أغلبية الفقه الفرنسي إلى أن الحق في الحبس هو الذي يسوغ، في مثل هذه الحالة، رفض المتعاقد تنفيذ التزامه بالتسليم. وتتبنى أغلبية المحاكم الفرنسية هذا الرأي أيضاً. ومن هنا نشأت مشكلة الخلط بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، وكان ذلك نتيجة غياب نصٍ قانونيٍ عامٍ في القانون الفرنسي يعالج هذه المشكلة. وقد ورث واضعو القانون المدني المصري هذه

---

[680]- فواز صالح، المرجع السابق، ص266 وما يليها.

المشكلة عن القانون الوضعي الفرنسي. ومن ثمّ ورث القانون المدني السوري هذه المشكلة عن القانون المدني المصري، حيث تبدو مشكلة الخلط بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس واضحةً في نصوص القانون المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ وبالحق في الحبس وهي المواد 162 و247 ولغاية 249 من القانون المدني السوري، وهي مطابقة للمواد 161 و246 ولغاية 248 من القانون المدني المصري. وتنص المادة 247 مدني سوري على أنه ((1- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا. 2- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء، حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع)). وبالمقارنة بين نص هذه المادة ونص المادة 162 مدني سوري المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ يُلاحظ أن هذا الدفع يتشابه مع الحق في الحبس كثيراً، حيث يشكل المفهومان وسيلة ضمانٍ وكذلك وسيلة إكراهٍ تمارس على إرادة المتعاقد الآخر كي ينفذ التزامه. وكلاهما يوقف بصورةٍ مؤقتةٍ تنفيذ التزام من يتمسك بهما حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه المتقابل. وبالمقابل يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس من حيث مجال التطبيق والشروط والآثار.

426- فمن حيث مجال التطبيق يجب أن ينحصر مجال تطبيق الحق في الحبس على الحالات التي تتوافر فيها الارتباط المادي بين الالتزامات بغض النظر عن مسألة وجود عقدٍ أم لا. أما الدفع بعدم التنفيذ فيجب أن يطبق في الحالات التي يكون فيها ارتباطٌ قانونيٌ أو معنويٌ بين الالتزامات المتقابلة.[681]

---

[681]- تضمن القانون المدني لمقاطعة كيبك الكندية الناطقة بالفرنسية هذا المعيار للتمييز بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، ويستخلص ذلك من المادتين 1591 و 1592 منه.

427- أما من حيث شروط التطبيق، فيتطلب الحق في الحبس أن يكون محل التزام الحابس شيئاً مادياً، في حين أن محل التزام المتمَسك بالدفع يمكن أن يكون إضافةً إلى شيءٍ مادي، فعل شيءٍ أو الامتناع عن فعل شيءٍ. ولا يشترط في الحق في الحبس أن يكون الحابس حسن النية، كل ما هناك هو أنه لا يجب أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً من عملٍ غير مشروعٍ. يستخلص من ذلك أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تطبق في نطاق الحق في الحبس. على العكس من ذلك تماماً، فإنه يشترط في المتمَسك بالدفع أن يكون حسن النية وألا يتعسف في استعمال حقه.

428- وأما من حيث الآثار، فيتمتع الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس بأثرٍ موقفٍ لفترةٍ مؤقتةٍ من الزمن. وعلى الرغم من ذلك هناك خلافٌ بينهما من حيث الآثار أيضاً، إذ لا يقبل الحق في الحبس التجزئة، حيث يمكن للحابس أن يحبس الشيء حتى يستوفي كامل دينه، وذلك لأنه في الحق في الحبس يضمن الشيء المحبوس بأكمله كلّ جزءٍ من الدين، وبالمقابل كلّ جزءٍ من الشيء المحبوس يضمن الوفاء بكامل الدين. في حين أن الدفع بعدم التنفيذ يقبل التجزئة إذا كانت الالتزامات المتقابلة والمتبادلة تقبل هي بذاتها التجزئة. كما أن حجية الحق في الحبس هي أوسع نطاقاً من حجية الدفع بعدم التنفيذ، وذلك لأن الحق في الحبس يتمتع بحجيةٍ مطلقةٍ تجاه الغير، وهذا هو مصدر قوته وفعاليته. في حين أن

وتنص المادة 1591 على أنه عندما تكون الالتزامات الناتجة عن عقد ملزم لجانبين مستحقة الوفاء، ويمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه بشكل جوهري أو لم يعرض تنفيذه، يستطيع المتعاقد الآخر أن يرفض تنفيذ التزامه المتبادل ما لم يكن ملزماً، بموجب القانون أو العقد أو الاتفاق، بتنفيذ التزامه أولاً. وتنص المادة 1592 على أنه يحق لكل طرف يحوز شيئاً يعود للمتعاقد الآخر برضاء مالكه أن يحبسه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالوفاء التام لدينه مستحق الأداء والذي يرتبط بشكل وثيق بذلك الشيء.

حجية الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الغير هي نسبيةٌ، فهو لا يسري في حق الغير الذي كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع.

يستخلص مما تقدم أن الدفع بعدم التنفيذ لا يمكن أن يعدّ تطبيقاً للحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين، وإنما هو مفهومٌ مستقلٌ ويتميز من الحق في الحبس بأمورٍ عدّةٍ وفق ما تقدم. ومن أجل ذلك خصّ المشرع السوري، وكذلك المصري، الدفع بعدم التنفيذ بمادةٍ مستقلةٍ، وفي مكانٍ يختلف عن ذلك الذي خصصه للحق في الحبس. والقول إن الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيقٌ للحق في الحبس يؤدي إلى إفراغ المادة 162 مدني سوري من مضمونها. وليس هناك داع للنص صراحة على الدفع في المادة 162 مدني سوري، وإنما كان يمكن الاكتفاء بالمادة 247 مدني سوري التي تتضمن الحق في الحبس. ولكن تخصيص المادة 162 للدفع بعدم التنفيذ يدل صراحةً على أن المشرع نص على الدفع بوصفه مفهوماً مستقلاً، ومتميّزاً عن الحق في الحبس.

الفقرة 2- الدفع بعدم التنفيذ والفسخ:

429- سبقت الإشارة إلى أن الفسخ يؤدي إلى زوال الرابطة العقدية بأثرٍ رجعيٍ، في حين أن الدفع بعدم التنفيذ يوقف تنفيذ العقد لمدّةٍ مؤقتةٍ من الزمن، تتوقف على إرادة الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه، ويطالب المتمسك بالدفع بتنفيذ التزامه المقابل. وقد يمتد هذا الوقف لفترةٍ طويلةٍ من الزمن، ومن ثمّ يقترب الدفع بعدم التنفيذ في مثل هذه الفرضية، من الفسخ. ولكن مع ذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ يمتاز من الفسخ في أمور عدّة تتعلق بمجال التطبيق وشروطه وكذلك تتعلق بالآثار القانونية.

430- فمن حيث مجال التطبيق، يطبق الفسخ في نطاق العقد الملزم للجانبين؛[682] في حين أن مجال تطبيق الدفع بعدم التنفيذ أوسع من ذلك في نظر

---

[682]- انظر بند رقم 448 من هذا الكتاب.

بعض الفقهاء، إذ إن تطبيقه لا يقتصر فقط على الالتزامات الناشئة من العقود الملزمة للجانبين، وإنما أيضاً على الالتزامات الناشئة من أي علاقةٍ تبادليةٍ.[683] ولكن المادة 162 مدني سوري، المشار إليها أعلاه، حصرت نطاق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ بالعقود الملزمة للجانبين.

431- أما من حيث الشروط، يشكل الفسخ، من حيث المبدأ، وسيلة هجومية لا يمكن اللجوء إليها إلا عن طريق دعوى قضائية أو طلبٍ عارضٍ. أما الدفع بعدم التنفيذ فهو وسيلةٌ دفاعيةٌ يمكن اللجوء إليه عن طريق دفعٍ يتمسك به المدعى عليه. ويحتاج الفسخ في القانون المدني السوري، وأصله المصري، من حيث المبدأ إلى رقابةٍ قضائيةٍ مسبقةٍ، وهو يخضع لسلطة القاضي التقديرية، ولا بدّ فيه من إعذار المدين من حيث المبدأ. في حين أن الدفع بعدم التنفيذ يلجأ إليه المتمسك به ليحصل بنفسه على حقه من دون اللجوء إلى القضاء بصورةٍ مسبقةٍ؛ ومن جهة أخرى لا يحتاج المتمسك بالدفع إلى إعذار الطرف الآخر. وأخيراً أعطى القانون المدني السوري، وأصله المصري، للقاضي، في الفسخ، الخيار بين تنفيذ العقد أو فسخه أو منح المدين أجلاً، حتى لو كانت شروط الفسخ متوافرةً، في حين أنه إذا توافرت شروط تطبيق الدفع بعدم التنفيذ فالقاضي ملزمٌ بأن يحكم به.

432- وأما من حيث الآثار، فيؤدي الفسخ إلى زوال الرابطة العقدية بأثر رجعي، ومن ثمّ يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. في حين أن الدفع بعدم التنفيذ يؤدي إلى وقف تنفيذ التزام المتمسك به حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه المتقابل.

الفقرة-3- الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة:

433- المقاصة وفق المادة 360 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 362 مدني مصري، هي طريقٌ من طرق انقضاء الالتزام، إذ إنها تُعدّ وسيلة وفاءٍ. ويقترب

---

[683]- فواز صالح، المرجع السابق، الجزء الثاني، بند 206 وما يليها، ص293 وما يليها.

الدفع بعدم التنفيذ من المقاصة عندما يكون موضوع التزامات الطرفين مبلغاً معيناً من النقود أو أشياءً مثليةً متحدةً في النوع والجودة. ولكن على الرغم من ذلك، فإن الدفع بعدم التنفيذ يختلف عن المقاصة من حيث مجال التطبيق والشروط والآثار القانونية.

434- فمن حيث مجال التطبيق، لا تستلزم المقاصة الترابط بين الالتزامات المتبادلة، ومن ثمّ لا تشترط اتحاد المصدر بينهما، وبالمقابل لا يمكن تطبيق الدفع بعدم التنفيذ إلا إذا اتحدت الالتزامات المتقابلة في المصدر. ولا تطبق المقاصة إلا إذا كان موضوع الالتزامات المتبادلة نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة، في حين أنه يمكن تطبيق الدفع بعدم التنفيذ أياً كان موضوع الالتزامات المتقابلة.

435- أما من حيث الشروط، فلا يجوز التمسك بالمقاصة إلا إذا كان كل من الدينين مستحق الأداء خالياً من النزاع ويمكن المطالبة به أمام القضاء؛ في حين أنه يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء. ولا يجوز التمسك بالمقاصة إلا إذا كان موضوع الالتزامات ينصب على مبلغٍ من المال أو على أشياءٍ مثليةٍ متحدةٍ في النوع والجودة، وتقع المقاصة ولو اختلف سبب الدينين، فلا يُشترط أن تكون هناك رابطة بينهما؛ في حين أنه يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أياً كان موضوع الالتزامات المتقابلة.

436- وأما من حيث الآثار، فتُعدّ المقاصة سبباً من أسباب انقضاء الالتزام، بينما الدفع بعدم التنفيذ يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام لمدّةٍ مؤقتةٍ. كما تُعدّ المقاصة وسيلة وفاءٍ، في حين أن الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة إكراهٍ ووسيلة ضمانٍ.

المبحث الثاني

شروط الدفع بعدم التنفيذ وآثاره

لا يمكن أن يرتب الدفع بعدم التنفيذ آثاره القانونية إلا إذا توافرت شروط تطبيقه.

المطلب الأول

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

437- ويشترط من أجل التمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر الشروط الآتية:

أولاً:- عدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة:

438- يجب ألا يكون المتعاقد الذي يطالب المتمسك بالدفع قد نفذ التزامه المتقابل، أي يجب أن يكون من يطالب المتمسك بالدفع مقصراً في تنفيذ التزامه. ويشترط أن يكون عدم تنفيذ المتعاقد الذي يطالب المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لالتزامه راجعاً إلى خطئه حتى يطبق الدفع بعدم التنفيذ. أما إذا كان عدم تنفيذه لالتزامه يعود إلى سببٍ أجنبيٍ، كالقوة القاهرة، فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء التزامه إذا كانت القوة القاهرة نهائيةً، ومن ثمّ إلى انفساخ العقد، لا إلى وقف تنفيذه. كما يجب أن يكون عدم التنفيذ على درجةٍ بالغةٍ من الأهمية والجسامة.[684] ويجب ألا يكون المتمسك بالدفع قد نفذ التزامه، ومن ثمّ يُشترط أن يكون المتمسك بالدفع مديناً بالتزامٍ متقابلٍ مستحق الأداء، وغير منفذٍ بعد، ويجب أن يكون تنفيذه في المستقبل ممكناً. وأخيراً يجب أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، أي واجبة التنفيذ فوراً، ومن ثمّ إذا كان التزام أحد المتعاقدين غير مستحق الأداء فلا يطبق الدفع بعدم التنفيذ. كما لو نص عقد البيع على أن رصيد الثمن لا يُدفع إلا بعد تسجيل العقار على اسم المشتري في السجل العقاري، فلا يحق للبائع فيما إذا طالبه المشتري بالتسجيل أن يمتنع عن تنفيذ التزامه مدعياً أن المشتري لم يدفع الرصيد، لأن الرصيد غير مستحق في مثل هذه الحالة.[685] ويترتب على ذلك أنه

---

[684]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1870/ أساس 2446، تاريخ 1997/12/21، مجلة المحامون، العدّدان 11 و12 لعام 1999، ص1058.

[685]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1231/ أساس 1326، تاريخ 1995/10/29، سجلات محكمة النقض.

يجب ألا يكون المتمسك بالدفع ملزماً بتنفيذ التزامه أولاً. فإذا كانت طبيعة العقد أو اتفاق الطرفين أو نص القانون يوجب على أحد الطرفين أن يبدأ أولاً بتنفيذ التزامه، فلا يحق له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ.[686] في الحقيقة يضمن الدفع بعدم التنفيذ التنفيذ المعاصر أو التنفيذ مثلاً بمثلٍ للالتزامات الناشئة من العقد الملزم للجانبين، ومن ثمّ يجب تنفيذ الالتزامات المتقابلة التي يتضمنها العقد الملزم للجانبين على وجه التبادل والتقاص، ويجب أن تُنفذ في وقتٍ واحدٍ. وإذا كانت هذه الالتزامات مستحقة الأداء، فلا يجوز إجبار أحد المتعاقدين على تنفيذ التزامه قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المتقابل.[687] ويحقق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في مثل هذه الحالة المساواة بين المتعاقدين والتوازن العقدي. وإذا تمّ استبعاد التنفيذ المعاصر للالتزامات الناشئة من العقد، فلا يمكن للمتعاقد الذي يجب أن ينفذ التزامه على نحوٍ مسبقٍ أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حال ما لو طالبه المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه. وبالمقابل فإن المتعاقد الآخر يحق له أن يتمسك بهذا الدفع، فيما لو طالبه من التزم بتنفيذ التزامه أولاً بتنفيذ التزامه المتقابل. ولا يُعدّ مبدأ التنفيذ المعاصر من النظام العام، ومن ثمّ يمكن استبعاده بموجب طبيعة المعاملة أو القانون أو العقد. ففي بعض الأحيان يمكن لطبيعة العقد الملزم

---

[686]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 916/ أساس 1025، تاريخ 1999/6/13، منشور في موسوعة القضاء المدني الجديد...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4465، ص2195. وقرار 1187/ أساس 653، تاريخ 2000/8/21، القاعدة رقم 4466، ص2196.

[687]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1802/ أساس 930، تاريخ 1997/12/21، منشور في موسوعة القضاء المدني الجديد...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4446، ص2186. وقرار 1495/أساس 1004، تاريخ 2000/10/23، المرجع السابق، القاعدة رقم 4447، ص2186. وقرار 1388/أساس 1070، تاريخ 2000/10/22، المرجع السابق، القاعدة رقم 4455، ص2191. وقرار رقم 1782/ أساس 1721، تاريخ 2007/7/29، المحامون، العدّدان 3 و 4 لعام 2009، ص408.

للجانبين الذي يربط بين المتعاقدين أن تحدد التسلسل أو النظام الذي يجب من خلاله أن تنفذ الالتزامات المتقابلة الناشئة منه. ومثال ذلك عقد الإيجار، إذ يلتزم المؤجر بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور على نحوٍ مستمرٍ طيلة مدة الإيجار، في حين أن المستأجر يلتزم بدفع الأجرة، وهو التزامٌ لحظيٌ أو آنيٌ. ولا يتوجب على المستأجر، وفقاً لطبيعة الإيجار، أن يدفع الأجرة إلا بعد انتهاء المدة الدورية للانتفاع. وكذلك الحال فيما يتعلق بعقد الإيواء في الفندق، إذ طبيعة هذا العقد تقتضي أن يقدم صاحب الفندق خدمةً مستمرةً، ومن ثمّ لا يحق له مطالبة النزيل بالأجرة إلا عند المغادرة. والطبيب لا يحق له المطالبة بأتعابه إلا بعد معاينة المريض وفحصه. كما يمكن أن يتفق المتعاقدان في عقدهما على قلب نظام التنفيذ، ومن ثمّ لا يحق للمتعاقد الذي التزم بموجب العقد أن ينفذ التزامه أولاً أن يتمّسك بالدفع بعدم التنفيذ. فإذا نص عقد الإيجار على أنه يتوجب على المستأجر دفع الأجرة قبل استيفاء المنفعة، فلا يحق له أن يتمّسك بالدفع بعدم التنفيذ في حال ما لو طالبه المؤجر بدفع الأجرة.[688] إضافةً إلى ما تقدم، إذا اتفق الطرفان في عقد البيع على جزاءات في حال تأخر المشتري بدفع الثمن، فإن مثل هذا الشرط لا يمنع البائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حال تأخر المشتري بدفع الثمن.[689]

---

[688]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 495، ص733.

[689]– ذهبت محكمة النقض الفرنسية، في أحد قراراتها، إلى أن اشتراط جزاءات لعدم تنفيذ العقد لا يستبعد تطبيق الحلول المستخلصة من الأحكام العامة للالتزامات، ونتيجة ذلك نقضت هذه المحكمة حكماً لإحدى محاكم الاستئناف الذي تضمن أن اشتراط جزاءات تعاقدية في حال التأخر بالدفع يشكل عائقاً يمنع المتعاقد من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان هناك تأخر بالدفع، نقض فرنسي، الغرفة المدنية الثالثة، قرار رقم 129، تاريخ 2019/2/14، منشور على موقع محكمة النقض على الشابكة على الرابط الآتي:

ثانياً:- حسن النية:

439- يجب أن يكون المتمّسك بالدفع حسن النية، على الرغم من أن المادة 162 مدني سوري لم تتطلب صراحةً توافر هذا الشرط؛ إلا أنه يمكن استخلاصه من القواعد العامة لنظرية العقد. ومن الرجوع إلى المادة 1/149 مدني سوري، وهي مطابق للمادة 1/148 مدني مصري، يُلاحظ أنها تستلزم تنفيذ العقد بما يتفق مع ما يوجبه حسن النية. وواجب حسن النية المنصوص عليه في هذه المادة يعني أن على المتعاقدين أن يسلكا في مسلكهما العقدي الأمانة والإخلاص، كما يجب أن يثق كل منهما بالآخر؛ ويجب أن يكونا متسامحين تجاه بعضهما بعضاً، وأن يحترما التوازن العقدي الذي يَنشأ من انعقاد العقد. ومن ثمّ يُشترط من أجل تطبيق الدفع بعدم التنفيذ أن يكون المتمّسك به حسن النية. ويُقصد بحسن النية مراعاة واجب الأمانة والإخلاص المفروض على المتعاقدين، ومن ثمّ لا يحق للمتعاقد الذي خالف هذا الواجب أن يتمّسك بالدفع بعدم التنفيذ. ويُقَدر حسن النية وقت التمّسك بالدفع. ومعيار حسن النية هو موضوعيّ لا شخصي، إذ إن عدم توافره لا يتطلب توافر نية الغش لدى المتعاقد الذي يتمّسك بالدفع، وإنما يعني الامتناع عن التنفيذ يجب أن يكون في ذاته وبالنظر إلى الظروف المحيطة به مطابقاً لحسن النية، وهذا يتطلب الأخذ بالحسبان التوازن بين عدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة. وعدم التوازن يفسح المجال أمام تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق.[690]

---

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_2986/troisieme_chambre_civile_3171/2019_9165/fevrier_9167/129_14_41375.html.

[690]- فواز صالح، المرجع السابق، الجزء الثاني، بند 279 وما بعده، ص 417 وما بعدها.

المطلب الثاني

آثار الدفع بعدم التنفيذ

440- لا يُنتج الدفع بعدم التنفيذ آثاره إلا إذا كانت شروط التمسّك به متوافرةً. وغالباً يتمّ التمسّك بالدفع قبل أن يصل النزاع أمام القضاء، وقد يتوصل المتعاقدان إلى حلٍّ للنزاع في هذه المرحلة. أما في حال عدم الوصول إلى حلٍّ، فقد يُحال النزاع أمام المحكمة المختصة للبت فيه. فإذا رفع المدعي دعوى التنفيذ العيني، وتمسّك المدعى عليه بالدفع بعدم التنفيذ، فلا يترتب على ذلك ردّ دعوى التنفيذ، وإنما من شأنه أن يمنع الحكم على المدعى عليه الذي تمسّك به. ويؤدي التمسّك بالدفع هنا إلى التنفيذ المعاصر أو التنفيذ في وقتٍ واحدٍ للالتزامات المتقابلة لكل من المدعي والمدعى عليه.[691] أما إذا رفع المدعي دعوى الفسخ، فإن التمسّك بالدفع في حال توافر شروطه يؤدي إلى ردّ الدعوى والحكم على المدعى عليه بتنفيذ التزامه بشرط أن يقوم المدعي أيضاً بتنفيذ التزامه المتقابل. ومن ثمّ فإن تطبيق الدفع في مثل هذه الحالة يؤدي إلى وقف تنفيذ التزام المدعى عليه إلى أن يقوم المدعي بتنفيذ التزامه المتقابل. ويترتب على التمسّك بالدفع بعدم التنفيذ نوعان من الآثار، أتناولهما في الفقرتين الآتيتين.

الفقرة-1- آثار الدفع بعدم التنفيذ بين الأطراف:

441- يرتب الدفع بعدم التنفيذ الآثار الآتية بين الأطراف:

1:- يؤدي التمسّك بالدفع بعدم التنفيذ إلى وقف تنفيذ الالتزام المتقابل المترتب على عاتق المتمسّك بالدفع، ومن ثمّ إلى وقف تنفيذ العقد. ولا يجب هنا الخلط

691- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 505/ أساس 1040، تاريخ 1998/4/5، مجلة المحامون، العدّدان 3 و4 لعام 2000، ص277.

بين النظرية العامة لوقف العقد، وبين الدفع بعدم التنفيذ الذي يشكل سبباً من أسباب وقف تنفيذ العقد.

2:- يشكل الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمانٍ ووسيلة إكراهٍ في الآن ذاته، فهو يضمن للمتمسك به وفاء حقه، وكذلك يسمح له ممارسة ضغوطاتٍ على إرادة الطرف الآخر حتى يمتثل لأحكام العقد وينفذ التزامه.

الفقرة-2- آثار الدفع بعدم التنفيذ تجاه الغير:

442- لا يُعدّ الدفع بعدم التنفيذ، بوصفه وسيلة ضمانٍ، فاعلاً إلا إذا كان في الإمكان التمسك به تجاه الغير. في الواقع يتمتع الدفع بعدم التنفيذ بحجيةٍ تجاه الغير، ولكن هذه الحجية ليست مطلقةً وإنما هي نسبيةٌ. ويسوغ بعض الفقهاء هذه الحجية استناداً إلى القاعدة القائلة إنه لا يمكن للشخص أن ينقل حقوقاً إلى الغير أكثر مما يملك. ومن ثمّ فإن الدفع بعدم التنفيذ يسري في حق الغير الذي كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع، أما الغير الذي كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع فلا يسري عليه الدفع بعدم التنفيذ.[692]

الفرع الثاني
فسخ العقد

443- ميز القانون المدني السوري، وكذلك أصله المصري، بين فسخ العقد وبين انفساخه. وفسخ العقد يكون نتيجة عدم تنفيذ الالتزام، في العقد الملزم للجانبين، بسبب خطأ المدين، في حين أن انفساخ العقد يكون نتيجة عدم تنفيذ الالتزام الناجم عن سببٍ أجنبي. والفسخ على ثلاثة أنواع وهي: الفسخ القضائي، والفسخ الاتفاقي، والفسخ بإرادة منفردة.

---

[692]- فواز صالح، المرجع السابق، بند 332، ص 528 وما يليها.

المبحث الأول

الفسخ القضائي

444- الأصل في الفسخ، في القانون المدني السوري وأصله المصري، أن يكون بحكم قضائي وهذا هو الفسخ القضائي. وكان هذا هو الأصل في القانون المدني الفرنسي في صياغته الأصلية لعام 1804. ولكن التعديل الجديد لأحكام النظرية العامة لأحكام الالتزام بموجب الأمر الرئاسي لعام 2016، والمصادق عليه من البرلمان الفرنسي بموجب القانون الصادر في العام 2018، جعل الأصل في الفسخ في القانون المدني الفرنسي هو الفسخ بإرادة منفردة.

وإلى جانب الفسخ بحكم قضائي، نص القانون السوري وكذلك المصري على الفسخ الاتفاقي والفسخ بإرادة منفردة، أو بحكم القانون. ونص القانون المدني الفرنسي، في صياغته الجديدة المشار إليها أعلاه، على الفسخ الاتفاقي والفسخ بحكم قضائي.

أتناول في هذا المبحث مفهوم الفسخ وذلك من خلال تعريفه وبيان أساسه القانوني وتحديد مجال تطبيقه، ثم شروط تطبيقه، ثم أحكامه، وأخيراً أبين آثاره بالنسبة إلى المتعاقدين وتجاه الغير.

المطلب الأول

مفهوم الفسخ

445- في العقود الملزمة للجانبين، إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه العقدي أجاز القانون للمتعاقد الآخر إما أن يطالب بالتنفيذ العيني، أو أن يطالب بالتنفيذ عن طريق التعويض، أو أن يطالب بفسخ العقد.[693] والتنفيذ العيني هو أثر

---

[693]- تنص المادة 1217 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يمكن للطرف الذي لم يُنفذ الالتزام المتوجب له، أو نُفذ على نحوٍ ناقصٍ: الامتناع

من آثار الالتزام فهو يدخل ضمن الأبحاث المتعلقة بأحكام الالتزام.[694]أما التنفيذ بطريق التعويض فهو موضوع المسؤولية العقدية التي تقدم الكلام عنها سابقاً.

الفقرة-1- تعريف الفسخ:

446- تنص المادة 158 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 157 مدني مصري، على أنه ((1- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفِ أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

2- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفِ به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته)).[695]يتبين من ذلك أن الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ المدين، في العقود الملزمة للجانبين، التزامه بخطأ منه.

الفقرة-2- الأساس القانوني لنظرية الفسخ:

447- الفسخ بوصفه نظرية عامة لم يكن معروفاً في القانون الروماني، حيث لم يكن هذا القانون يقبل بوجود فكرة التقابل والارتباط بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين. إلا أن هذا القانون كان يفسح مجالاً ضيقاً لنظرية الفسخ، وخاصةً في عقد البيع بعد أن أضفى عليه الصفة الرضائية، إذ سمح بإدراج شرطٍ صريحٍ في هذا العقد يعطي الحق للبائع في فسخ العقد في حال إذا لم يدفع

عن تنفيذ التزامه الخاص، أو وقف تنفيذه؛ المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري للالتزام؛ الحصول على خفض الثمن؛ التمسك بفسخ العقد؛ المطالبة بإصلاح نتائج عدم التنفيذ.

ويمكن جمع الجزاءات غير المتعارضة مع بعضها بعضاً، ويمكن دائماً إضافة التعويض إليها.

[694]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، أحكام الالتزام في ذاته، المرجع السابق، بند 1 وما يليه، ص 3 وما يليها.

[695]- وهذا النص مطابق لنص المادة 157 مدني المصري.

المشتري الثمن المتفق عليه. وكان يطلق على مثل هذا الشرط اسم *Lex commissoria*.[696]

وبعد أن ساد مبدأ الرضائية في ظل القانون الكنسي، نشأت النظرية العامة للفسخ استناداً إلى مبدأ العدالة، وإلى أسبابٍ أخلاقيةٍ منها الوفاء بالوعود وعدم الحنث بها.[697] وبعد ذلك نص القانون المدني الفرنسي، في صياغته الأصلية لعام 1804، على النظرية العامة للفسخ في المادة 1184 منه، والتي كانت تنص على أن الشرط الفاسخ يفهم بصورة ضمنية في العقود الملزمة للجانبين وذلك في حال ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. ويستفاد من ذلك أن الأساس القانوني لنظرية الفسخ في القانون المدني الفرنسي، في صياغته الأصلية لعام 1804 وقبل التعديل الجديد لأحكام النظرية العامة لأحكام الالتزام بموجب الأمر الرئاسي لعام 2016 والمصادق عليه من البرلمان الفرنسي بموجب القانون الصادر في العام 2018، هو الشرط الفاسخ الضمني،[698] والدليل على ذلك أن المادة 1184، في صياغتها القديمة لعام 1804، وردت في الباب المخصص للشرط. ولكن الفقه الفرنسي أنتقد الشرط الفاسخ الضمني كأساس لنظرية الفسخ، وذلك لأنه لو صح القول إن أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني لترتب على ذلك أن العقد ينفسخ من تلقاء ذاته بمجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. وهذا يخالف أحكام المادة 1184 المشار إليها أعلاه والتي لم تكن تجيز فسخ العقد إلا بموجب حكمٍ

---

[696]– د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد – دراسة مقارنة في القانونين المصري الفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية . القاهرة 1988، ص 6 وما يليها.

[697]– د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 7.

[698]– نقض فرنسي، الغرفة المدنية الثالثة، قرار رقم 1476، تاريخ 2014/12/10، منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية على الشابكة على الموقع الآتي:
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_2986/troisieme_chambre_civile_3171/2014_5876/decembre_6836/1476_10_30680.html

قضائي أو نصٍ اتفاقي، والتي تعطي السلطة للقاضي في قبول الفسخ أو رفضه.[699]

ونتيجة لذلك اقترح فقهاء فرنسيون آخرون، وكذلك غالبية الفقه المصري والسوري السبب كأساس لنظرية الفسخ.[700]

ولكن هذا الأساس غير صحيح أيضاً، وذلك لأن السبب كأساس لنظرية الفسخ يتعارض مع السلطة التقديرية التي يمنحها القانون للقاضي في نطاق الفسخ. أضف إلى ذلك أن السبب هو ركن من أركان العقد، ومن ثمّ يجب أن يتوافر عند انعقاد العقد، وجزاء تخلفه هو البطلان الذي يحق لكل ذي مصلحة أن يطالب به. وكل ذلك يخالف أحكام الفسخ.

ونتيجة لهذه الانتقادات يقترح قسمٌ آخرٌ من الفقهاء فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة كأساس لنظرية الفسخ.[701]

---

[699]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند رقم 463، ص 694 وما يليها.

[700]– د.سوار، المرجع السابق،ص 46، وص 143 وكذلك ص 153، حيث يقول: ((إن سبب الالتزام يقدم لنا الأساس القانوني لثلاثة من الأوضاع القانونية وهي الفسخ والدفع بعدم التنفيذ، وتحمل التبعة، وهذه الأوضاع لا يمكن تأسيسها على سبب العقد)). ويبدو لي أن ما ذهب إليه الأستاذ الفاضل الدكتور سوار هنا يناقض ما ذهب إليه في الصفحة 401 من المرجع ذاته حيث يقول: ((يقوم الفسخ القضائي على افتراض وجود شرط فاسخ ضمني في العقود الملزمة للجانبين فكل عاقد يعدّ أنه لم يلتزم إلا بشرط عدم إخلال العاقد الآخر بتنفيذ التزامه)).
وانظر كذلك: د.أبو ستيت، المرجع السابق، ص 340. ود.عبد الحي حجازي، مقال بعنوان ((مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ))، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، الفقرة 3. وانظر كذلك: د.مرقس، المرجع السابق، بند رقم 337، ص 642.

[701]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 464، ص 696. ود.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 313، ص 615.

ويبدو لي أن هذه الفكرة هي الأكثر انسجاماً مع طبيعة الفسخ. وإن كنت أرى أن أساس هذا الارتباط يكمن في نظرية الدفاع الشرعي في نطاق العلاقات التبادلية.[702]

الفقرة-3- مجال تطبيق الفسخ:

448- يطبق الفسخ في نطاق العقود الملزمة للجانبين وفقاً لما جاء في المادة 1/158 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 1/157 مدني مصري، وفي المادة 1217 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه يمكن للفريق الذي لم يُنفذ الالتزام المتوجب له، أو نُفذ على نحوٍ ناقصٍ التمسك بفسخ العقد، إضافةً إلى خيارات أخرى نصت عليها هذه المادة.

وهذا أمر منطقي، وذلك لأن فكرة الارتباط بين الالتزامات تتوافر في هذا النوع من العقود.

وجاء نص المادة 1/158، المشار إليه أعلاه، مطلقاً ومن ثمّ فإن الفسخ يطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين بما فيها العقود الاحتمالية، كعقد الإيراد المرتب مدى الحياة، وهذا ما أكدته المادة 712 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 746 مدني مصري. ويطبق الفسخ أيضاً على الهبة بعوض، وذلك لأن العقد في مثل هذه الحالة يكون ملزماً للجانبين، وفقاً لما جاء في المادة 465 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 497 مدني مصري. وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان العوض مشترطاً لمصلحة أجنبي، فلا يحق له عند عدم تنفيذه طلب فسخ العقد وذلك لأنه ليس طرفاً فيه، وإنما يحق للواهب فقط أن يطلب فسخ العقد في مثل هذه الحالة. ويطبق الفسخ أيضاً على عقد القسمة وعقد الصلح والعقود الملزمة للجانبين

---

[702]- فواز صالح، الدفع بعدم التنفيذ...، المرجع السابق، بند 189 وما يليها، ص 266 وما يليها.

المستمرة، كعقد الإيجار وعقد التأمين. وكذلك يطبق الفسخ على العقود الملزمة للجانبين التامة والناقصة.

ويُستثنى من نطاق الفسخ العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة والهبة من دون عوض. وكذلك البيوع القضائية التي تتمّ بالمزاد العلني.

المطلب الثاني
شروط الفسخ

لا يمكن للدائن أن يطلب فسخ العقد إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

أولاً- أن يكون العقد ملزماً للجانبين:

449- وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ولكن ثار الخلاف بين الفقهاء حول طبيعة بعض العقود مثل الإعارة، أو العارية، والرهن الحيازي والقرض. فبعضهم يرى أنها عقودٌ ملزمةٌ لجانبٍ واحدٍ، ومن ثمّ لا تخضع للفسخ، وبعضهم الآخر يقرُّ بأنها عقودٌ ملزمةٌ للجانبين، ومن ثمّ فإن الفسخ جائز فيها.[703]

ثانياً- عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه العقدي:

450- ويُقصد بذلك عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزامه، ويمكن أن يكون عدم التنفيذ كلياً، كما يمكن أن يكون جزئياً. ويأخذ التأخير في تنفيذ الالتزام حكم عدم التنفيذ.

1:- عدم التنفيذ الكلي:

451- لا يثير الأمر أي صعوبة إذا كان عدم التنفيذ كلياً، حيث يتوجب على القاضي في مثل هذه الحالة أن يحكم بالفسخ بشرط أن يطلبه الدائن، وكذلك بشرط أن يكون التنفيذ العيني مستحيلاً أو لم يعدّ للدائن فائدة فيه.

---

[703]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 132، ص 403. ود.أبو ستيت، المرجع السابق، ص 60 و 61، هامش رقم 1.

2:-عدم التنفيذ الجزئي:

452- يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنه لا يمكن الحكم بالفسخ إلا إذا كان عدم التنفيذ متعلقاً بالتزامٍ رئيسٍ. ويقترح قسم آخر منهم توسيع نطاق تطبيق الفسخ.

أما بالنسبة إلى القضاء الفرنسي فهو مرنٌ جداً في هذه الناحية، حيث أنه لايَستلزم عدم التنفيذ الكلي من أجل أن يحكم بالفسخ. وإنما يمكن فسخ العقد في حالة عدم التنفيذ الجزئي أيضاً. وهذا الأمر يدخل في السلطة التقديرية للقاضي، فإذا كان عدم التنفيذ الجزئي ذا أهمية يمكن للقاضي أن يحكم بفسخ العقد كله أو بعضه إذا كان الالتزام يقبل التجزئة.[704]ويعدّ التنفيذ المعيب في حكم عدم التنفيذ الجزئي. وتشترط المادة 1/158 مدني سوري، المشار إليها أعلاه، ألا يكون عدم التنفيذ الجزئي قليل الأهمية، فإذا كان الجزء الذي لم يُنفذ قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته، فعلى القاضي أن يرفض الفسخ. ويترتب على ذلك أن عدم التنفيذ الجزئي للعقد يعدّ تنفيذاً معيباً ويعطي الحق بالمطالبة بالفسخ على ضوء الجزء الباقي منه.[705]كما أن المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، تشترط من أجل أن يفسخ الدائن العقد بإرادته المنفردة أن يُثبت، في حال اعتراض المدين على الفسخ أمام القاضي، جسامة عدم التنفيذ.

3:- التأخير في التنفيذ:

453- يمكن أن يؤدي التأخير في تنفيذ الالتزام الكلي أو الجزئي إلى فسخ العقد بناءً على طلب الدائن. وهذا الأمر أيضاً يدخل في السلطة التقديرية للقاضي.

---

[704]- فواز صالح، المرجع السابق، بند 143 وما بعدها، ص 200 وما بعدها.

[705]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1128/أساس 1328، تاريخ 1997/9/28، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4600، ص2256.

ويشترط من أجل الحكم بفسخ العقد بسبب التأخير في التنفيذ، أن يترتب على ذلك التأخير نتائج جسيمة بالنسبة إلى الدائن. وهذا ما قررته الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية في قرار صادر منها بشأن عقد البيع مقابل إيراد مرتب مدى الحياة.[706] ويستخلص من ذلك أن التأخير البسيط في تنفيذ العقد لا يؤدي إلى فسخه، باستثناء ما إذا كان العقد ينص على احترام المدة تحت طائلة الفسخ، أو إذا دلت ظروف الواقعة على أن الأطراف أعطوا أهمية خاصة للدقة في تنفيذ الالتزامات في أوقاتها المحددة. والأمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.[707]

ثالثاً- أن يكون عدم التنفيذ ناجماً عن خطأ المدين:

454- يقتصر تطبيق الفسخ على الحالة التي يكون فيها عدم تنفيذ الالتزام، في العقود الملزمة للجانبين، ناجماً عن خطأ أحد المتعاقدين. وهذا ما يستفاد من نص المادة 158 مدني سوري، المطابق لنص المادة 157 مدني مصري. ومن ثمّ إذا كان عدم التنفيذ ناجماً عن سببٍ أجنبيٍ لا يدّ للمدين فيه، فلا يطبق الفسخ في مثل هذه الحال، وإنما يُعدّ العقد مفسوخاً بحكم القانون وفقاً لما ذهبت إليه المادة 160 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 159 مدني مصري، وهذا ما يسمى بالانفساخ La résolution de plein droit، أو نظرية المخاطر.[708] وبالمقابل فإن القانون المدني الفرنسي، في صياغته الأصيلة لعام 1804، لم يكن يميز بين فسخ العقد وانفساخه، وإنما كان ينص فقط على فسخ العقد وذلك في المادة 1184 منه، في صياغتها القديمة لعام 1804. وهذا الأمر وضع القضاء في

---

[706]- قرار رقم 81/7 أساس 80/79، تاريخ 1981/3/9، مجلة المحامون 1981 ص 787.

[707]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 620 / أساس 622، تاريخ 1962/12/13، مجموعة القواعد القانونية، ج 1، ص 137.

[708]- د.سوار، المرجع السابق، بند 568، ص 404.

حيرة وتردد. وترتب على ذلك أن القضاء الفرنسي كان يخلط غالباً بين الفسخ بسبب عدم تنفيذ الالتزام وبين نظرية المخاطر، حيث كان القضاء يقيم هذه النظرية غالباً على أساس المادة 1184 نفسها التي يمكن إثارتها، وفقاً لهذا القضاء، أياً كان سبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، حتى لو كان استحالة مطلقة ناجمة عن قوة قاهرة أو عن فعل الغير. لذلك كان القضاء الفرنسي يرى ضرورة رفع دعوى أمام القضاء من أجل الحصول على حكم بفسخ العقد بسبب استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته الناجمة عن قوة قاهرة.[709]

وقد انتقدت غالبية الفقه الفرنسي المزج بين فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ ونظرية المخاطر على أساس المادة 1184، في صياغتها القديمة لعام 1804، كما سنرى في حينه.

454 مكرر – وقد وضع المشرع الفرنسي حداً لهذا الخلط ولهذا التردد بموجب التعديلات الجديدة التي أدخلها على النظرية العامة للالتزام في القانون المدني بموجب الأمر الرئاسي الصادر في العام 2016، والمصادق عليه من البرلمان الفرنسي بموجب القانون الصادر في العام 2018. وأصبح المشرع الفرنسي يميز، بموجب هذه التعديلات الجديدة، بين فسخ العقد الذي يكون نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه بخطأ منه، وخصص له المواد من 1224 ولغاية 1230 من القانون المدني، في صياغتها الجديدة لعام 2018، وبين انفساخ العقد الذي يكون نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه بسبب قوةٍ قاهرةٍ لا يدّ له فيها، وخصص له المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018.

709– Cass.civ.1re, 2 juin1982, Bull.civ.I, n° 205; Gaz.pal. 1982, 2, pan., p. 363;JCP. 1982, IV, 285.

رابعاً- إعذار المدين:

455- لا يجوز للدائن، في العقود الملزمة للجانبين، أن يطالب بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه إلا بعد أن يقوم بإعذاره، وهذا ما نصت عليه المادة 158 مدني صراحة، والمطابقة للمادة 157 مدني مصري. وتبين المادة 220 مدني سوري، وهي تقابل المادة 219 مدني مصري، الطريقة التي يتمّ بموجبها الإعذار. وتنص هذه المادة على أنه: ((يكون إعذار المدين بإنذاره بواسطة الكاتب العدّل أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتمّ الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في القوانين الخاصة كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر)).

ويعفى الدائن من الإعذار في حالات معينة نصت عليها المادة 221 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 220 مدني مصري، وهي: إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، أو إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع، أو إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك، أو إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.

وتجدر الإشارة إلى أن دعوى الفسخ تقوم مقام الإعذار،[710] ولكن تبدو الفائدة من الإعذار السابق على رفع الدعوى في أنه يجعل القاضي أسرع استجابة إلى طلب

---

[710]- نقض مدني سوري، قرار 741، أساس 228، تاريخ 1981/4/16، مجلة المحامون 1981، ص 817.

الفسخ ومن ثم قبول الدعوى من ناحية، ومن ناحية أخرى يجعل القاضي أقرب إلى الحكم على المدين بالتعويض إضافةً إلى الحكم بفسخ العقد.[711]

وبالمقابل سكتت المادة 1184 مدني فرنسي في صياغتها القديمة لعام 1804، عن ذلك، ولم تكن تنص صراحة على أنه يتوجب على الدائن في مثل هذه الحال إعذار المدين La mise en demeure.

وقد انقسم الفقه الفرنسي، في حينه، بشأن هذه المسألة بين معارضٍ ومؤيدٍ. وانعكس الاختلاف الفقهي في هذه المسألة على القضاء الفرنسي أيضاً حيث تبدو أحكامه بشأن إعذار المدين قبل المطالبة بفسخ العقد مترددةً. فإذا كان عقد البيع ينص مثلاً على مدةٍ محددةٍ من أجل تنفيذ الالتزامات الناجمة عنه، فإن استحقاق الأجل يغني عن الإعذار. وكذلك الحال في عقد الإيجار.

وكان القضاء الفرنسي يستبعد، في بعض الحالات، شرط الإعذار المسبق من أجل رفع دعوى الفسخ أمام القضاء في ظروف معينة. فإذا كان المدين يرفض صراحة، وعن طريق الكتابة، تنفيذ التزامه، كان القضاء الفرنسي يُجيز للدائن المطالبة بفسخ العقد من دون حاجة إلى إعذار المدين قبل ذلك. وكذلك الحال إذا طلب المتعاقدان معاً، كل من جهته، فسخ العقد لمصلحته، فلم تكن هناك حاجة هنا أيضاً إلى إعذار المدين مسبقاً وذلك لأن الغاية من الإعذار هي تنفيذ الالتزام. وبالمقابل كان القضاء الفرنسي يشترط، في حالات أخرى، إعذار المدين مسبقاً. ففي قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية في أواخر القرن التاسع عشر، أخضعت هذه المحكمة الضرر الذي لَحِقَ بمزارع، والناجم عن ضياع محصوله

---

[711]– نقض مدني سوري، قرار 1940 أساس 1234، تاريخ 1976/12/20، سجلات محكمة النقض. وانظر كذلك: محمد أديب الحسيني، الإعذار، بحث منشور في الموسوعة القانونية المتخصصة الصادرة عن هيئة الموسوعة العربية في سورية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دمشق 2009، ص436 وما يليها.

من القش بسبب من المؤجر الذي لم يقوم بإصلاح الأراضي المأجورة، لإعذار المدين المسبق.[712]

255 مكرر- وقد وضع المشرع الفرنسي حداً لهذا الأمر أيضاً بموجب التعديلات الجديدة التي أدخلها على النظرية العامة للالتزام في القانون المدني بموجب الأمر الرئاسي الصادر في العام 2016، والمصادق عليه من البرلمان الفرنسي بموجب القانون الصادر في العام 2018. وينتج الفسخ، وفق أحكام المادة 1224 من هذا القانون، في صياغتها الجديدة لعام 2018، سواء من تطبيق شرطٍ فاسخٍ، أو، في حال عدم تنفيذ جسيم إلى حدٍ ما، من إعلام الدائن للمدين، أو من قرارٍ قضائي. وتنص المادة 1225 منه، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أن يجب أن يسبق الفسخ، الناجم عن تطبيق الشرط الفاسخ، إعذار غير منتجٍ، ما لم يكن متفقاً بأن الفسخ يقع نتيجة عدم التنفيذ وحده. ولا ينتج الإعذار أثره إلا إذا كان يشير إلى الشرط الفاسخ.

كما اشترطت المادة 1226 من هذا القانون، في صياغتها الجديدة لعام 2018، قبل أن يقوم الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، إعذار المدين الناكل مسبقاً بتنفيذ التزامه في مدة معقولة. كما نص القانون المدني الفرنسي، في صياغته الجديدة لعام 2018، على أحكام خاصة بإعذار المدين، في معرض الحديث عن الوفاء بوصفها أحد أسباب انقضاء الالتزام، وخصص له المواد 1344 ولغاية 1344-2 منه، في صياغتها الجديدة لعام 2018، كما خصص المواد 1345 ولغاية 1345-3 منه، في صياغتها الجديدة لإعذار الدائن.

712- Cass.civ., 11 janv. 1892, D.1892, I, 257, Note critique Planiol.
وانظر أيضاً : فواز صالح، المرجع السابق، بند 149، ص 209 وما يليها.

خامساً- استعدّاد الدائن للقيام بتنفيذ التزامه:

456- يُشترط في الدائن الذي يطلب فسخ العقد أن يكون قد نفذ التزامه، أو أن يكون على الأقل مستعدّاً لتنفيذ التزامه، فيما لو أراد المدين تنفيذ التزامه. أما إذا قصر الدائن في تنفيذ التزامه أو تأخر في ذلك، فلا يحق له أن يطالب بفسخ العقد.[713]ففي عقد البيع إذا امتنع المشتري عن دفع الثمن أو إذا تأخر بدفع الثمن في الموعد المتفق عليه، لا يحق له بعد ذلك أن يطالب بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ البائع التزامه بالتسليم. والرأي عندي أن القانون يسمح للبائع أن يمتنع في مثل هذه الحال عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع استناداً إلى قاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي تضفي على امتناع البائع هنا طابعاً مشروعاً.[714]

سادساً- إمكانية إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد:

457- أهم أثر من آثار الفسخ هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومن ثمّ لا يمكن للدائن أن يطالب بالفسخ إذا لم يكن قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.[715]

المطلب الثالث

أحكام الفسخ

458- يتبين من المادة 158 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 157 مدني مصري، أن الفسخ هو من حيث المبدأ قضائي. ومعنى ذلك أنه يجب على

---

[713]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 988/أساس 924، تاريخ 1995/9/24، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4599، ص2255 و 2256.

[714]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 339، ص 647، ود.السنهوري، بند 472، ص 701 و 702. ود.الزرقاء، المرجع السابق، بند 337، ص 408.

[715]- د.الزرقاء، المرجع السابق، بند 338، ص408 و 409.

الدائن، عندما يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه المتقابل، أن يرفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها بفسخ العقد. ومن ثمّ لا بد من صدور حكم قضائي بالفسخ، وهذا ما يميز الفسخ من انفساخ العقد الذي يكون بحكم القانون.

وتنص المادة 1224 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة، على أنه يترتب الفسخ سواء من تطبيق شرطٍ فاسخٍ، أو، في حال عدم تنفيذ جسيم إلى حدٍ ما، من إعلام الدائن للمدين، أو من قرارٍ قضائي. كما تنص المادة 1227 منه على أنه يمكن المطالبة بالفسخ، في كل حالٍ، أمام القضاء.

ويمكن للقاضي، طبقاً لأحكام المادة 1228 منه، وتبعاً للظروف، أن يثبت الفسخ أو يحكم به، أو يقرر تنفيذ العقد، مانحاً أجلاً للمدين، أو يحكم فقط بالتعويض. ويتبين من أحكام الفسخ أن المشرع منح الدائن خياراً وأعطى للقاضي سلطة تقديرية في الحكم به، ويمكن للمدين أن يتوقاه في كل لحظة.

الفقرة-1- خيار الدائن:

459- يتبين من نص المادة 1/158 مدني أن الدائن له الخيار بين التنفيذ وبين الفسخ. ويلاحظ أن هذه الفقرة لم تحدد نوع التنفيذ، وإنما جاء النص مطلقاً ومن ثم فهو يشمل التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض. ولكن التنفيذ بطريق التعويض، أي المسؤولية العقدية، يخضع لأحكام المادة 216 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 215 مدني مصري.

أولاً- التنفيذ العيني:

460- يجوز للدائن أن يتمّسك بالتنفيذ العيني إذا كان ما زال ممكناً وفيه فائدة له، ومن ثمّ أن يطلب من القاضي إجبار المدين على التنفيذ العيني.[716] وإذا طالب

---

[716]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 2000/أساس 2602، تاريخ 1997/12/21، مجلة المحامون، العدَدان 11 و 12 لعام 1999، ص1071.

الدائن بالتنفيذ العيني لا يجوز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد. ولا يعني تمسك الدائن بالتنفيذ العيني في البداية تنازله عن حقه في طلب الفسخ، وإنما يجوز له أن يعدّل عن طلب التنفيذ، قبل الحكم بالدعوى، إلى طلب الفسخ. ويحق للدائن أن يعدّل عن هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة الاستئناف،[717] وذلك لأن العدول عن طلب التنفيذ العيني إلى طلب الفسخ لا يدخل ضمن مفهوم الطلبات الجديدة.[718] ولكن لا يجوز للدائن أن يجمع في طلبٍ واحدٍ بين التنفيذ العيني وبين فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ.[719] ويمكن للدائن أن يطالب إضافةً إلى التنفيذ العيني الجبري، الحكم على المدين بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة إخلال المدين بالتزامه.[720]

---

[717]– نقض مدني سوري، قرار 121، تاريخ 1971/2/20، مجلة المحامون 1972، ص 9.
وانظر في المعنى نفسه: نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 565/أساس 6751، تاريخ 1992/3/18، سجلات محكمة النقض 1992.

[718]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 498/أساس 392، تاريخ 1996، مجلة المحامون، العدّدان 5 و 6 لعام 2000، ص674.

[719]– فواز صالح، المرجع السابق، بند 149،ص 209. وتجدر الإشارة إلى أن الدائن لا يملك هذا الخيار في القانون المدني الألماني B.G.B الذي لا يسمح للدائن أن يطلب فسخ العقد طالما أن التنفيذ العيني ما زال ممكناً، حيث يقتصر حقه في مثل هذه الحال على طلب التنفيذ العيني. انظر في ذلك : د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 93.

[720]– ويجب على الدائن عندما يطالب بالتعويض أن يعين موقفه من العقد وما إذا كان يطلب فسخ العقد مع التعويض، أم أنه يطلب تنفيذ العقد مع الحكم بالتعويض، ولا يجوز له الاقتصار على المطالبة بالتعويض دون أن يعين موقفه من العقد، وذلك نظراً لاختلاف الآثار والنتائج في الحالتين. نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 2173، تاريخ 1954/11/13، مجلة القانون لعام 1954، ص49.

ثانياً- فسخ العقد:

461- يحق للدائن أن يطلب الفسخ بدايةً في حال ما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ من المدين، أو إذا أصبح التنفيذ العيني غير ذي فائدةٍ بالنسبة إليه. ويمكن للدائن أن يطلب، إضافةً إلى فسخ العقد، التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك. والتعويض في مثل هذه الحال لا يكون على أساس المسؤولية العقدية، وذلك لأن الفسخ يؤدي إلى زوال العقد، وإنما يكون على أساس المسؤولية التقصيرية وفقاً لأحكام المادة 164 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 163 مدني مصري.

ويمكن للدائن في هذه الحال أيضاً أن يعدّل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ العيني.[721] ولكن لا يحق للدائن العدول عن الفسخ إلى طلب التنفيذ العيني عن طريق الطعن.[722] ويثور السؤال حول إمكانية تنازل الدائن مسبقاً عن الخيار الممنوح له بموجب نص القانون. في الواقع المادة 158 مدني سوري، وكذلك المادة 157 مدني مصري والمادة 1184 مدني فرنسي في صياغتها القديمة، سكتت عن هذه المسألة. وقد اختلف الفقه الفرنسي حول ذلك، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى إمكانية قبول هذا التنازل المسبق، وذلك لأن المادة 1184، المشار إليها أعلاه، ليست من النظام العام، وإنما هي من القواعد المكملة. لذلك يستطيع المتعاقدان أن يشترطا في العقد أنه في حال إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزامه لا يحق للآخر سوى المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري. في حين يرى بعضهم الآخر

---

[721]- نقض مدني سوري، قرار 146/ أساس 595، تاريخ 1973/3/5، مجلة المحامون لعام 1973، ص 159.

[722]- نقض سوري، قرار 844/ أساس 875، تاريخ 1975/9/30، مجلة المحامون لعام 1976، ص 51.

أن التنازل المسبق عن الفسخ هو أمرٌ مرفوضٌ، وذلك لأنه سيشكل خرقاً للاتفاق في وظيفته التبادلية. أما بالنسبة إلى القضاء الفرنسي، فقد رفض في البداية التنازل المسبق عن الفسخ، ولكن يبدو أن محكمة النقض الفرنسية قبلت حديثاً إمكانية تنازل أحد المتعاقدين مسبقاً عن حقه في طلب الفسخ، بشرط أن يكون التنازل صريحاً ولا يعتريه أي غموض. وفي قرارٍ آخرٍ اشترطت هذه المحكمة أن يتمّ التنازل لاحقاً لعدم تنفيذ الالتزام.[723]

أما في القانونين السوري والمصري، يبدو أن الفقه يقبل فكرة التنازل المسبق عن طلب الفسخ.[724]كما يبدو من نص المادة 2/533 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/565 مدني مصري، أنه يمكن التنازل مسبقاً عن الفسخ.[725] والرأي عندي عدم جواز التنازل المسبق عن الحق في الفسخ، في القانون السوري، وأصله المصري، في ظل المادة 158 مدني سوري، المطابقة للمادة 157 مدني مصري، وذلك لأسباب عدّة، وهي: يشكل التنازل المسبق عن الحق في الفسخ خرقاً للوظيفة التبادلية للعقد، وكذلك لمبدأي العدالة وحسن النية في تطبيق

---

[723]– فواز صالح ، المرجع السابق، ص 209، هامش 461.

[724]– د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 52 وما يليها، وكذلك د.عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، القاهرة 1975، بند395،ص 503.

[725]– تنص المادة 533 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 565 مدني مصري، على ما يأتي:

"" 1– إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي أُجرت من أجله أو إذا نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين إذا كان لذلك مقتضى.

2– فإذا كانت العين المؤجرة في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم، **جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد، ولو كان قد سبق له أن تنازل عن هذا الحق**".

الالتزامات التعاقدية؛ ويمارس القاضي في القانون السوري، وكذلك في القانون المصري، رقابةً مسبقةً على الحق في فسخ العقد، فلا يجوز للمتعاقدين سلب هذا الحق منه. زدَ على ذلك أن التنازل المسبق عن طلب الفسخ يخل بالقوة الملزمة للعقد، وذلك لأنه يحرم الدائن من ضمانة جوهرية لهذه القوة وهي فسخ العقد. إضافةً إلى أنه لا يثبت الحق في الفسخ للدائن إلا عندما يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه، ومن ثمّ لا يحق له أن يتنازل عن حق لم يثبت له بعد.

الفقرة-2- السلطة التقديرية للقاضي:

462- يمكن للقاضي، وفق أحكام المادة 2/158 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/157 مدني مصري، أن يحكم بالفسخ، أو يحكم بالتنفيذ العيني، مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى، ويمكن له أيضاً أن يمنح المدين أجلاً.

أولاً- الحكم بالفسخ:

463- يتوقف الحكم بالفسخ على درجة أهمية عدم التنفيذ، وعلى سوء نية المدين.[726] فإذا كان عدم التنفيذ كلياً، وأصرّ المدين على امتناعه عن تنفيذ التزامه، فيمكن للقاضي أن يحكم بفسخ العقد بناءً على طلب الدائن. وكذلك يحكم القاضي بالفسخ، بناءً على طلب الدائن، في حال ما إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه في الوقت المتفق عليه في العقد، ومن ثمّ لم يعدّ للدائن فائدة في التنفيذ العيني بعد فوات ميعاده. ومثال ذلك إذا اتفق صاحب دار نشرٍ، يشارك في معرض الكتاب الذي يقام سنوياً في دمشق، مع مهندس ديكور على أن يقوم بتجهيز الجناح المخصص له في المعرض، فإذا تأخر المهندس في تنفيذ التزامه، وفات موعد المعرض، لم يعدّ لصاحب دار النشر أي فائدة في التنفيذ العيني، ومن ثمّ إذا طلب من القاضي فسخ العقد، يجب على القاضي في مثل هذه الحالة

---

[726]- د.سوار، المرجع السابق، بند 574، ص 407.

أن يحكم بالفسخ. ويرى بعض الفقهاء أنه ((في حالة عدم التنفيذ الكلي إذا طلب الدائن الفسخ ليس للقاضي سلطة تقديرية وعلى القاضي أن يحكم بالفسخ طالما ظل المدين مصراً على عدم التنفيذ...)).[727]

في الواقع هذا الرأي محل نظر، وذلك لأن نص المادة 158 مدني سوري، وهو مطابق لنص المادة 157 مدني مصري، مطلقٌ ومن ثمّ لا يمكن تقييده وحصره بحالة عدم التنفيذ الجزئي.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 109 من قانون تنظيم العلاقات الزراعية لعام 2004 أجازت لصاحب العمل طلب فسخ عقد المزارعة قبل انتهاء مدته الأصلية في حالات معينة. ولكن لم تعطِ هذه المادة القاضي أي سلطة تقديرية بشأن الحكم بفسخ العقد في مثل تلك الحالات.

ثانياً- رفض الفسخ:

464- ويجوز للقاضي أن يرفض الفسخ، ويكون ذلك خاصةً في حال ما إذا كان الجزء الذي لم يوفِ به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته. ويمكن للقاضي أن يرفض الفسخ، إذا كان المدين قد نفذ جميع التزاماته الجوهرية، ولكنه تقاعس عن تنفيذ التزام ثانوي.[728] ويمكن للقاضي أيضاً أن يحكم برفض الفسخ إذا تبين له أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه ناجم عن خطأ مشترك بين الدائن والمدين، ففي عقد البيع إذا قصر المشتري بواجب التعاون مع المدين على تنفيذ التزاماته، وخاصة في البيوع العقارية وبيوع السيارات التي تحتاج إلى إتمام إجراءات معينة تتطلب التعاون بين الطرفين، مما أدى إلى عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، فيمكن

---

[727]- د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 96.

[728]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 319، ص 628.

للقاضي هنا أن يرفض طلب المشتري فسخ العقد، وخاصةً إذا أظهر البائع استعدّاده لتنفيذ التزاماته.[729]

وسلطة القاضي التقديرية في رفض الفسخ أو الحكم به من الأمور الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض، بشرط أن يكون حكمه في ذلك قائماً على أسباب سليمة تبرره.[730]

ثالثاً- منح المدين أجلاً "نظرة الميسرة":

465- إذا رفض القاضي طلب الفسخ، فيمكن له أن يمنح المدين أجلاً ليقوم بتنفيذ التزامه. ومنح الأجل بموجب المادة 158 مدني سوري، المشار إليها أعلاه، أمرٌ جوازيٌ يدخل في السلطة التقديرية للقاضي، ولا يُعدّ حقاً للمدين. ولا يمنع إعذار الدائن للمدين قبل رفع دعوى الفسخ القاضي من منح المدين الأجل المنصوص عليه في المادة المذكورة أعلاه.[731] وفي حال ما إذا أقر القاضي منح المدين مهلةً، فيجب على هذا الأخير أن ينفذ التزامه خلال تلك المهلة، ويعدّ العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته بعد انقضاء المهلة، حتى لو لم يشر القاضي في قراره إلى ذلك، إذا لم يفِ المدين بالتزامه خلال تلك المهلة.[732]

---

[729]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 475، ص 707.

[730]- نقض مدني سوري، قرار رقم 23/ أساس 363، تاريخ 1976/1/19، مجلة المحامون لعام 1976، ص 208.

[731]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 475، ص 707. ود.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص104.

[732]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 185/أساس 2936، تاريخ 1992/2/19، مجلة المحامون، العدّدان 7 و 8 لعام 1993، ص710. وقرار 1752/أساس 2827، تاريخ 2000/12/4، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4627، ص2270. وانظر كذلك: د.مرقس، المرجع السابق، ص 652، هامش 36.

ويُستخلص من ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين مهلةً، طبقاً لأحكام المادة 158 مدني، المطابقة للمادة 157 مدني مصري، إلا مرة واحدة. وبالمقابل فإن المادة 2/344 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 2/346 مدني مصري، تجيز للقاضي في حالاتٍ استثنائيةٍ أن يُمهل المدين إلى أجلٍ معقولٍ، أو آجالٍ ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضررٌ جسيمٌ. وهذا الأجل يكون في دعوى التنفيذ. في حين أن المهلة التي يمنحها القاضي للمدين بموجب المادة 158 مدني سوري تكون بصدد دعوى الفسخ. ومن ثمّ يجوز للقاضي إعطاء مهلة ثانية للمدين إذا كانت المهلة الأولى أُعطيت له في إطار دعوى الفسخ.[733]

أما في المواد التجارية فلا يحق للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إلا في ظروف استثنائية للغاية، وفقاً لما نصت عليه المادة 1/113 من قانون التجارة السوري الجديد لعام 2007، والذي دخل حيز التنفيذ في 2008/4/1

الفقرة-3- خيار المدين:

466- في الواقع لا تنص المادة 158 مدني سوري، المطابقة للمادة 157 مدني مصري، على منح هذا الخيار للمدين. ولكن الفقه والقضاء مستقران على أنه إذا طلب الدائن فسخ العقد ورفع دعوى بذلك، يستطيع المدين أن يتوقى الفسخ إذا قام بتنفيذ التزامه قبل صدور حكمٍ نهائيٍ في الدعوى.[734]وهذا الحق منوطٌ بعدم إلحاق

---

[733]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 475، ص 707، هامش 3.

[734]- د.سوار، المرجع السابق، بند 573، ص 406. ود.السنهوري، المرجع السابق، بند 475، ص 705، ود.مرقس، المرجع السابق، بند 342،ص 652. ونقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 1014/أساس 1148، تاريخ 1996/7/28، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4573، ص2243 و 2244.

ضررٍ كبيرٍ بالدائن.[735] ففي عقد البيع، يستطيع المشتري، وفق ما ذهبت إليه محكمة النقض السورية، تدارك فسخ العقد إذا أعلن في أثناء الدعوى جديته بتنفيذ التزاماته الناشئة من عقد البيع.[736]

وإذا ثبت أن توقي المدين للفسخ يُلحق ضرراً كبيراً بالدائن فعلى القاضي أن يرفض طلبه.[737]

ويمكن للمدين أن يتوقى الفسخ لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وذلك لأن التنفيذ العيني هو الأصل والفسخ هو الاستثناء، ومن ثمّ يجب دائماً إيثار التنفيذ العيني على الفسخ طالما لا يترتب على ذلك ضررٌ كبيرٌ للدائن.[738]ولا يتوقف حق المدين في توقي الفسخ على حسن نيته، فلا يفرق القضاء بين المدين حسن النية والمدين سيئ النية في مثل هذه الحالة. ولكن يمكن للقاضي أن يحكم على المدين سيء النية بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة التأخير في تنفيذ التزامه. واستثناءً من ذلك تنص المادة 2/113 من قانون التجارة السوري الجديد

---

[735]– وهذا ما ذهبت إليه الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية في قرارها رقم 7 / أساس 79، تاريخ 1981/3/9، مجلة المحامون لعام 1981، ص 787. وفي ذات المعنى قرار الغرفة المدنية رقم 1082/أساس 3979، تاريخ 1994/4/5، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4569، ص2241.

[736]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 718/ أساس 565، تاريخ 2016/8/23، مجلة المحامون، الأعداد 1–4 لعام 2017، ص137 وما يليها.

[737]– نقض مدني سوري، قرار رقم 798 أساس 571، تاريخ 1981/4/28، مجلة المحامون لعام 1981، ص 1299.

[738]– نقض مدني سوري، قرار 1986 أساس 186، تاريخ 1979/12/6، سجلات محكمة النقض.

لعام 2007، والنافذ بدءاً من 2008/4/1، على أنه لا يقبل من المدين تنفيذ الالتزام بعد مطالبة الدائن بالفسخ ما دام أن الدائن متمسك بطلبه بالفسخ.[739]

المطلب الرابع

آثار الفسخ

467- تنص المادة 161 مدني سوري، المطابقة للمادة 160 مدني مصري، على أنه ((إذا فُسخ العقد أُعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض)).[740]

كما تنص المادة 1229 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أن الفسخ ينهي العقد. ويرتب الفسخ أثره، حسب الحال، إما وفقاً للشروط المحددة في الشرط الفاسخ، أو من تاريخ تسلم المدين للتبليغ الذي قام به الدائن، أو من التاريخ الذي يحدده القاضي، أو في خلاف ذلك من يوم رفع

---

[739]- تنص المادة 2/113 من قانون التجارة السوري لعام 2007 على أنه ((في العقود التي ترتب التزامات متقابلة إذا لم يف أحد الطرفين بالتزامه وطلب الآخر التنفيذ العيني جاز له العدول عنه إلى طلب فسخ العقد، أما إذا طلب فسخ العقد، فله العدول عنه إلى طلب التنفيذ ما دام ذلك ممكناً ولا يقبل من المدين تنفيذ الالتزام بعد مطالبة الدائن بالفسخ ما دام متمسكاً بذلك)). ويؤخذ على المشرع هنا خروجه عن المصطلحات القانونية الراسخة في القانون السوري منذ أمد بعيد، إذ كان يتوجب عليه أن يستعمل المصطلحات ذاتها المنصوص عليها في المادة 158 مدني، ومن ثم كان يفترض بواضعي مشروع هذا القانون الرجوع إلى القانون المدني من أجل توحيد المصطلحات القانونية. وتصبح صياغة المادة 2/113 ، في ضوء صياغة المادة 158 مدني، على النحو الآتي ((في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه وطالب الآخر بالتنفيذ العيني جاز له العدول عنه إلى طلب فسخ العقد، أما إذا طلب فسخ العقد، فله العدول عنه إلى طلب التنفيذ العيني ما دام ذلك ممكناً ولا يقبل من المدين تنفيذ الالتزام بعد مطالبة الدائن بالفسخ وإصراره عليه)).

[740]- وهذا النص مطابق لنص المادة 160 مدني مصري.

الدعوى أمام القضاء. وإذا كانت الأداءات المتبادلة لا يمكن أن تجد فائدتها إلا من خلال التنفيذ الكامل للعقد المفسوخ، يجب على الأطراف ردّ كامل ما استلموه. أما إذا كانت الأداءات المتبادلة وجدت فائدتها على نحوٍ متتالٍ في التنفيذ المتبادل للعقد، فلا محل للرد بالنسبة إلى الفترة السابقة للأداء الأخير الذي لم يتم تنفيذ الأداء المقابل له، في هذه الحال، يكيف الفسخ بالإنهاء.

ويتم الرد وفق الشروط المنصوص عليها في المواد من 1352 ولغاية 1352-9 التي تتضمن أحكام الاستردادات.

يتبين من أحكام المادة 161 مدني سوري، المشار إليها أعلاه، أن الفسخ يؤدي إلى انحلال العقد بأثر رجعي. وهذا النص جاء مطلقاً، ومن ثمّ فهو يطبق على جميع أنواع الفسخ.[741] والحكم بالفسخ ينتج أثره ليس فقط بين المتعاقدين، وإنما أيضاً تجاه الغير.

الفقرة-1- أثر الفسخ بين المتعاقدين:

468- يترتب على الحكم بالفسخ انحلال العقد، ومن ثمّ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد، وهذا هو الأثر الرجعي للفسخ. ويترتب على ذلك أنه إذا كان المشتري مستأجراً للعقار قبل عقد البيع، وتقرر بعد ذلك فسخ عقد البيع، فيترتب على ذلك عودة عقد الإيجار إلى الوجود، لأن عقد البيع لا يمكن أن يحل محل عقد الإيجار ويلغيه.[742] ولكن إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد قد تتطلب الأخذ بالحسبان الارتفاع في الأسعار والانخفاض في قيمة

---

[741]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1197/أساس 1825، تاريخ 1995/10/15، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4557.

[742]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 297/أساس 559، وقرار 301/أساس 793، تاريخ 1999/3/14، منشوران في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4574، ص2244 و 2245، والقاعدة رقم 4572، ص2243.

الليرة السورية، وإذا لم تلحظ المحكمة ذلك في قرارها، فيكون قرارها مشوباً بالغموض ومن ثمّ مستوجباً النقض.[743]

وتطبيق هذا الأثر لا يثير أي مشكلة في حال ما إذا حكم القاضي بفسخ العقد، ولم يكن المتعاقدان قد نفذا التزاماتهما، فيحتفظ البائع بالمبيع، والمشتري بالثمن.

أما إذا تمّ تنفيذ العقد فيسترد كل متعاقد ما أعطاه للمتعاقد الآخر. فيقوم المشتري مثلاً برد المبيع إلى البائع، ويقوم البائع بدوره بردّ الثمن الذي قبضه إلى المشتري. وهنا يلتزم المشتري بردّ المبيع مع ثمراته، ويلتزم البائع بردّ الثمن مع فوائده القانونية، وذلك بدءاً من وقت المطالبة القضائية، وذلك تطبيقاً لمبدأ دفع غير المستحق.[744]أما إذا تعذر على المشتري أن يردّ المبيع إلى البائع، كأن يكون قد استهلكه، فيحكم القاضي عليه بالتعويض.

ويُستثنى من نطاق الأثر الرجعي للفسخ العقود المستمرّة أو الزمنية، كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد الشركة. فالفسخ لا ينتج أثره في هذه العقود إلا بالنسبة إلى المستقبل وتبقى آثار العقد قائمة في الماضي، لذلك يطلق بعض الفقهاء على فسخ العقود المستمرّة، اصطلاح إنهاء العقد La résiliation،[745]وهذا ما أكدت عليه المادة 114 من قانون التجارة السوري لعام 2007. وقد نص المشرع على مصطلح إنهاء العقد بشأن فسخ بعض العقود المستمرّة، ومثال ذلك قانون العمل الجديد رقم 17 تاريخ 2010/4/12 في المادة 62 وما يليها. وكذلك الحال بالنسبة إلى المادة 12 من قانون الإيجار رقم 20 لعام 2015.

---

[743]– نقض مدني، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 2326/أساس 4070، تاريخ 1993/9/27، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4556، ص2236.

[744]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 478، ص 709 وما يليها.

[745]– د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 323، ص 640 . و فواز صالح، المرجع السابق، بند 155، ص 217.

الفقرة-2- أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير:

469- يطبق الفسخ، من حيث المبدأ، بأثرٍ رجعيٍ بالنسبة إلى الغير أيضاً. ففي عقد البيع مثلاً إذا تصرف المشتري بالمبيع إلى شخصٍ ثالثٍ، بموجب عقد بيعٍ أيضاً، فإن فسخ عقد البيع الأول يؤدي إلى فسخ عقد البيع الثاني، ومن ثمّ يسترد البائع الأصلي المبيع ويسترد المشتري الأول الثمن، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.[746] ويهدد الأثر الرجعي للفسخ في مثل هذه الحال استقرار المعاملات. واستناداً إلى ذلك لا يطبق هذا الأثر بالنسبة إلى الغير في حالات معينة، وهي:

أولاً:- في المنقولات:

470- إذا كان الغير حسن النية فلا تسري عليه آثار فسخ عقد البيع في حال ما إذا كان المبيع منقولاً، ويعدّ الغير مالكاً له استناداً إلى القاعدة القائلة: "الحيازة في المنقول سند الحائز" التي نصت عليها المادة 1/927 مدني سوري، المطابقة للمادة 976 مدني مصري.[747]

ثانياً:- في العقارات:

471- تستلزم المادة 13 من القرار رقم 188 المتعلق بالشهر العقاري في سورية تسجيل كل الدعاوى التي تهدف إلى فسخ العقد أو إلغائه أو بطلانه، بالنسبة إلى العقارات، على صحيفة العقار في السجل العقاري. واستناداً إلى ذلك فإن فسخ

---

[746]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 479، ص 712. وفواز صالح، المرجع السابق، بند 156، ص 217.

[747]- وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة 2276 مدني فرنسي المعدلة بموجب القانون رقم 2008/561 تاريخ 2008/6/17.

العقد لا يسري على الغير، الذي اكتسب حقه على العقار المبيع قبل تسجيل دعوى فسخ عقد البيع الأصلي، إذا كان حسن النية. أما إذا اكتسب الغير حقه بعد تسجيل دعوى فسخ العقد، فإن الفسخ يطبق في هذه الحال بأثرٍ رجعيٍ، ومن ثمّ يسري على الغير أيضاً.

ثالثاً:- أعمال الإدارة:

472- تنص المادة 16 من القرار رقم 188 المشار إليه أعلاه على أنه لا أثر لفسخ العقد في أعمال الإدارة التي أجراها أحد المتعاقدين على العقار، بشرط أن تتمّ الأعمال بحسن نيةٍ. ففي عقد البيع العقاري إذا أجر المشتري العقار، ثمّ بعد ذلك حُكِم بفسخ العقد فلا أثر لهذا الفسخ في عقد الإيجار بشرط أن يكون المشتري حسن النية.

رابعاً:- إفلاس المشتري:

473- ميز القانون التجاري السوري رقم33 تاريخ 2007/12/9، والنافذ بدءاً من 2008/4/1، بين فرضيتين وذلك حسب ما إذا تمّ تسليم البضاعة للمشتري أم لا. فإذا لم يتمّ تسليم البضاعة، أجازت المادة 562 منه للبائع أن يمتنع عن تسليم البضاعة وغيرها من المنقولات. وأجازت المادة 565 منه لوكلاء التفليسة بعد حصولهم على ترخيص من القاضي المنتدب أن يطالبوا البائع بتسليم البضائع بعد دفع الثمن المتفق عليه. أما إذا لم يقرر وكيل التفليسة المطالبة بتسليم البضاعة، فللبائع أن يفسخ البيع بشرط أن يدفع إلى كتلة الدائنين المبلغ الذي قبضه على الحساب. أما إذا كان المشتري قد تسلم البضاعة قبل إفلاسه، فلا تسمع في مثل هذه الحالة دعوى الفسخ من قبل البائع، وفقاً لما ذهبت إليه المادة 566 من القانون المذكور.

المبحث الثاني

الفسخ الاتفاقي

474- تنص المادة 159 مدني سوري، المطابقة للمادة 158 مدني مصري، على أنه ((يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه)).[748] وهذا ما يسمى في الفقه بالشرط الفاسخ الصريح.

كما تنص المادة 1224 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه يمكن أن يترتب الفسخ سواء من تطبيق شرطٍ فاسخٍ. وتنص المادة 1225 منه على أنه يجب أن يبين الشرط الفاسخ الالتزامات التي يؤدي عدم تنفيذها إلى فسخ العقد. ويجب أن يسبق الفسخ إعذار المدين، ما لم يكن متفقاً بأن الفسخ يقع نتيجة عدم التنفيذ وحده. ولا ينتج الإعذار أثره إلا إذا كان يشير إلى الشرط الفاسخ.

المطلب الأول

مفهوم الشرط الفاسخ الصريح

475- الشرط الفاسخ الصريح هو اتفاق الطرفين حين انعقاد العقد على عدّه مفسوخاً في حال ما إذا أخل أحدهما بالتزاماته. ومن ثمّ يكون له آثار الفسخ القضائي نفسها، إلا أنه يشكل قيداً على السلطة التقديرية للقاضي إذا توافرت شروطه. وبذلك يمتاز الشرط الفاسخ الصريح عن التقايل في أن التقايل هو اتفاق

---

[748]- وهذا النص مطابق لنص المادة 158 مدني مصري.

المتعاقدين، بعد انعقاد العقد وفي أثناء تنفيذه، على إنهاء العقد. ومن ثمّ فالتقايل عقدٌ جديدٌ ملزمٌ للجانبين، ويُنتج آثاراً هي عكس آثار العقد الأول.

المطلب الثاني
حكم الاتفاق على الفسخ

476- يمكن للمتعاقدين إدراج شرطٍ في العقد يمكن من خلاله عدّه مفسوخاً إذا ما أخلّ أحدهما بالتزامه، وهذا هو مضمون المادة 159 مدني سوري، المشار إليها أعلاه.

والغاية من إدراج هذا الشرط هو تقييد السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الفسخ، ومن ثمّ إخراج الفسخ الاتفاقي من نطاق هذه السلطة الممنوحة للقاضي في الفسخ القضائي. لذلك فإن القضاء يتشدد في تفسير نص تلك المادة. فقد ذهبت محكمة النقض السورية إلى أن الشرط الفاسخ لا يرتب الفسخ حتماً بمجرد أن يخل أحد المتعاقدين بالتزاماته، إلا إذا كانت صيغة الشرط صريحة الدلالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحقق الإخلال بالالتزام.[749] ومن ثمّ فإن الاتفاق على عدّ العقد مفسوخاً حكماً عند الإخلال بالالتزامات الناشئة منه، يجب أن يكون التعبير عنه قاطعاً في الدلالة على أن المقصود هو أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ومن دون حاجة إلى حكم قضائي.[750] وإذا تعهد المشتري في عقد البيع بدفع باقي الثمن في ميعادٍ محددٍ، وإذا لم يدفعه في ذلك الميعاد كان للبائع الحق في فسخ

---

[749]- نقض مدني سوري، قرار 1129/ أساس 1401، تاريخ 1975/12/9، مجلة المحامون لعام 1976، ص 281.

[750]- نقض مدني سوري، قرار 902/ أساس 100، تاريخ 1977/6/13، مجلة المحامون لعام 1977، ص 517.

العقد، فإن مثل هذا الشرط لا يجرد القاضي من سلطته التقديرية وفق أحكام المادة 158 مدني سوري.[751]

ويلاحظ أن هناك تدرجاً في الاتفاق على عدّ العقد مفسوخاً حكماً بمجرد الإخلال بالالتزام، ومن ثمّ يختلف حكم الاتفاق باختلاف قوة الشرط وشدته.

فقد يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً إذا أخل أحدهما بالتزاماته. وإذا تحقق الشرط، وهو الإخلال بالالتزامات، فإن الفقه يرى أنه لا ينزع من القاضي سلطته التقديرية.[752]وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض السورية أيضاً.[753]

وقد يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته، ويرى الفقه أن مثل هذا الشرط ينزع من القاضي سلطته التقديرية، ومن ثمّ يجب عليه الحكم بالفسخ. وبالمقابل فإن هذا الشرط لا يعفي من الإعذار ولا من رفع الدعوى. ويكون الحكم في مثل هذه الحال منشئاً للفسخ لا مقرراً له.[754]وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض السورية أيضاً.[755]

وقد يتفق المتعاقدان على عدّ العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته، ومن دون حاجة إلى حكم، ومثل هذا الشرط ينزع من القاضي سلطته التقديرية، ويعفي من رفع

---

[751]– نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 256/أساس 531، تاريخ 1996/2/25، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4567، ص2241.

[752]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 482، ص 715، ود.سوار، بند 576، ص 409.

[753]– نقض مدني سوري، قرار 1129/ أساس 1401، تاريخ 1975/12/9، مجلة المحامون لعام 1975، ص 281. وفي المعنى ذاته: نقض مدني سوري، قرار 448/ أساس 654، تاريخ 1972/5/2، سجلات محكمة النقض 1972.

[754]– د.مرقس، المرجع السابق، بند 344، ص 657. ود.سوار، المرجع السابق، بند 576، ص 410.

[755]– نقض مدني سوري، أساس 2819، تاريخ 1954/10/21، مجلة القانون لعام 1954، ص 942.

الدعوى، ومن ثمّ يكون الحكم في مثل هذه الحال مقرراً للفسخ لا منشئاً له، وذلك في حال ما إذا نازع أحد المتعاقدين في تطبيق الشرط الفاسخ الصريح. وبالمقابل فإن هذا الشرط لا يعفي من الإعذار.

لذلك يجب على الدائن، عند تمسّكه بهذا الشرط إعذار المدين بالقيام بتنفيذ التزامه، فإذا رفض المدين ذلك رغم إعذاره، يعدّ العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته.[756] وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية أيضاً.[757]

وتخضع مسألة عدم استجابة المدين للإعذار وعدم رده عليه لتقدير محكمة الموضوع.[758] وفي هذا المقام أيضاً لا ضرورة للإعذار عندما يصرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.[759]

وتجدر الإشارة إلى أن الخيار يبقى قائماً بالنسبة إلى الدائن بين الفسخ والتنفيذ العيني، ولا أثر لمثل هذا الشرط فيه، وذلك لأن الفسخ لا يقع بموجب هذا الشرط إلا إذا تمسّك الدائن به. ومن ثمّ يحق للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد في مثل هذه

---

[756]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 484، ص717 و 718. ود.سوار، المرجع السابق، بند 576، ص 410.

[757]– نقض مدني سوري، قرار 560، تاريخ 1980/4/2، مجلة القانون لعام 1980، ص 47.

[758]– نقض مدني سوري، قرار 696/ أساس 1061، تاريخ 1959/12/29، مجلة نقابة المحامين لعام 1960، ص 17.

[759]– نقض مدني سوري، قرار 1220/ أساس 2268، تاريخ 1980/8/21، مجلة المحامون لعام 1981، ص 37. وانظر كذلك: محمد أديب الحسيني، الإعذار، بحث منشور في الموسوعة القانونية المتخصصة...، المرجع السابق، ص436 وما يليها.

الحال أيضاً.[760] وإذا تنازل الدائن عن حقه في الشرط الفاسخ الصريح صراحة أو ضمناً، لا يحق له بعد ذلك أن يتمّسك به.[761]

وأخيراً، يمكن أن يتفق المتعاقدان على عدّ العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته من دون حاجة إلى حكمٍ قضائيٍ أو إعذارٍ. وهذا الاتفاق هو أقصى ما يمكن أن يصل إليه الشرط الفاسخ الصريح من شدة وقوة. وهو يسلب القاضي سلطته التقديرية في الفسخ، وكذلك يعدّ العقد مفسوخاً بمجرد إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، ومن دون حاجة إلى إعذارٍ، أو إلى رفع دعوى الفسخ، ومن ثمّ يكون الحكم هنا أيضاً مقرراً للفسخ لا منشئاً له.[762]

المبحث الثالث

الفسخ بإرادة منفردة

477- القاعدة العامة في الفسخ في القانون السوري، وكذلك في القانونين المصري والفرنسي في صياغته الأصلية لعام 1804، هو أنه قضائي، أي يخضع لرقابة قضائية سابقة. والقاضي له سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو رفضه. في حين أن قوانين أخرى لا تعرف الفسخ القضائي. وإنما القاعدة العامة في الفسخ فيها هو أنه يقع بإرادة منفردة، وهي إرادة الدائن، ولكن يجب عليه قبل ذلك أن

---

[760]- نقض مدني سوري قرار 1217/ أساس 1519، تاريخ 1980/8/21، مجلة المحامون لعام 1980 ص 50.

[761]- نقض مدني سوري، قرار 619/ أساس 784، تاريخ 1977/5/5، مجلة المحامون لعام 1977، ص 332.

[762]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 638/أساس 542، تاريخ 1995/7/30، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4590، ص2251 و 2252. وقرار 1453/أساس 175، تاريخ 1998/9/30، المرجع السابق، القاعدة رقم 4617، ص2265.

يوجه إعذاراً إلى المدين يحدد له فيه مدةً معقولة لتنفيذ التزامه، فإذا رفض المدين ذلك كان باستطاعة الدائن أن يتحلل من التزامه ويفسخ العقد بإرادته المنفردة، كما هو عليه الحال في القانون المدني الألماني.[763] وهذا ما أخذ به أيضاً المشرع الفرنسي بموجب التعديل الجديد لأحكام النظرية العامة لأحكام الالتزام بالأمر الرئاسي لعام 2016، والمصادق عليه من البرلمان الفرنسي بالقانون الصادر في العام 2018، إذ جعل الأصل في الفسخ في القانون المدني الفرنسي هو الفسخ بإرادة منفردة. وهذا ما جاء في المادة 1226 منه، في صياغتها الجديدة لعام 2018، إذ تنص على أنه يمكن للدائن أن يفسخ العقد عن طريق الإعلام، متحملاً عواقب ذلك. ويجب عليه مسبقاً إعذار المدين الناكل بتنفيذ التزامه في مدة معقولة، باستثناء حالة الاستعجال. ويبين الإعذار صراحةً أنه في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه، سيكون من حق الدائن أن يفسخ العقد. وإذا استمر عدم التنفيذ، يعلم الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره. ويمكن للمدين في أي لحظة أن يعترض على الفسخ أمام القاضي. يجب على الدائن في هذه الحال أن يثبت جسامة عدم التنفيذ.

وتبنت اتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة ببيع البضائع الدولي الفسخ بإرادة منفردة، إذ تسمح المادة 72-1 من الاتفاقية لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته المنفردة إذا أخل المتعاقد الآخر بالتزاماته الجوهرية الناشئة من العقد. وكذلك الحال إذا صرح أحد المتعاقدين صراحة أنه لن ينفذ التزامه الناشئ من العقد، حيث أجازت

763- د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق ص 121، وانظر في ذلك باللغة الفرنسية:

Soon-Koo Myoung, La rupture du contrat pour inexécution fautive en Droit coréen et français, LGDJ, Tome 255, Paris 1996, p. 19 et s.

المادة 72-3 من الاتفاقية المذكورة للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة.

وترد على القاعدة العامة للفسخ في القانون السوري، وهي الفسخ القضائي، استثناءات عدّة. وأول استثناء يرد عليها هو الشرط الفاسخ الصريح، وذلك لأن الرقابة القضائية المسبقة على الفسخ لا تعدّ من النظام العام، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ويمكن أيضاً استبعاد الرقابة القضائية المسبقة للقاضي على الفسخ بموجب نص قانوني أو بموجب حكم القضاء.

المطلب الأول
نص القانون

478- يعطي القانون، في بعض الحالات، لأحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة من دون حاجة إلى رفع دعوى أمام القضاء، وصدور حكم قضائي بالفسخ. وأهم هذه الحالات هي:

أولاً- بيع العروض:

479- تنص المادة 429 مدني سوري، المطابقة للمادة 461 مدني مصري، على أنه ((في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره)).[764] واستناداً إلى ذلك يجوز للبائع فسخ العقد، في مثل هذه الحال، بإرادته المنفردة من دون

[764]- وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة 1657 مدني فرنسي.

حاجة إلى إعذار إذا لم يسدد المشتري الثمن في الموعد المتفق عليه ومن ثمّ لم يقم باستلام المبيع.

ثانياً- عقد العمل الفردي:

480- أجاز القانون لصاحب العمل فسخ العقد بإرادته المنفردة، سواء كان محدد المدة أم غير محدد المدة أم لإنجاز عمل معين من دون إخطار أو مكافأة أو تعويض، في حالات معينة نصت عليها المادة 64 من قانون العمل الجديد رقم 17 تاريخ 2010/4/12. ومن هذه الحالات مثلاً إذا أخل العامل بالتزاماته الجوهرية الناشئة من عقد العمل، وكذلك إذا وقع اعتداءٌ من العامل على صاحب العمل أو على المدير المسؤول، أو إذا أفشى العامل الأسرار الخاصة بالمحل الذي يعمل فيه. وبالمقابل، أجاز القانون للعامل أيضاً فسخ العقد بإرادته المنفردة، ومن دون إخطار صاحب العمل، في حالات معينة نصت عليها المادة 66 من القانون المذكور. ومن هذه الحالات، إخلال صاحب العمل بالتزاماته الجوهرية الناشئة من عقد العمل، أو إذا اعتدى صاحب العمل أو من يمثله على العامل، أو إذا ارتكب صاحب العمل أو من يمثله أمراً مخلاً بالآداب نحو العامل أو أحد أفراد أسرته.

ثالثاً:- عقد العمل الزراعي:

481- أجاز القانون رقم 56 لعام 2004 المتعلق بتنظيم العلاقات الزراعية لصاحب العمل الزراعي فسخ العقد غير محدد المدة من دون إنذار العامل في حالات معينة نصت عليها المادة 69 منه، وهي مشابهة للحالات التي نصت عليها المادة 64 من قانون العمل لعام 2010. كما يجوز لصاحب العمل الزراعي، وفقاً لما نصت عليه المادة 77 من القانون المذكور، أن يفسخ عقد العمل الزراعي محدد المدة إذا أثبت أن العامل ارتكب إحدى الحالات المنصوص

عليها في المادة 69 أنفة الذكر. ومن جهة أخرى أجازت المادة 74 من القانون ذاته للعامل الزراعي أيضاً إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة من دون إنذار صاحب العمل في حالات معينة مشابهة لتلك الحالات التي نصت عليها المادة 66 من قانون العمل لعام 2010.

482- رابعاً:- أجازت المادة 2/ب من قانون الإيجارات رقم 6 تاريخ 2001/2/15، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2001/2/21، لمالكي العقارات المأجورة للسكن والتي تمّت قبل نفاذ القانون رقم 6، وغير المؤجرة لجهات عامة، إنهاء العلاقة الإيجارية واسترداد العقار المأجور مقابل التعويض على المستأجر بنسبة 40% من قيمة العقار المأجور شاغراً وعلى الوضع الراهن بتاريخ الكشف والخبرة عليه، وذلك بعد ثلاث سنوات من تاريخ نفاذ القانون رقم 6، أي بدءاً من 2004/2/21. وهذا ما أكدت عليه المادة 12/أ من القانون رقم 20 لعام 2015، الذي أنهى العمل بالقانون رقم 6 لعام 2001 وتعديلاته.

483- خامساً:- أجازت المادة 106 من قانون تنظيم العلاقات الزراعية لصاحب العمل الزراعي المالك مراجعة القضاء المختص، بعد ثلاث سنوات من تاريخ نفاذه، استرداد أرضه المتعاقد عليها في ظل أحكام قانون تنظيم العلاقات الزراعية القديم لعام 1958 وتعديلاته من المزارع خالية من الشواغل مقابل تعويض يقدر بتاريخ الإدعاء بعد تقدير القيمة من قبل المحكمة المختصة بوساطة الخبرة وفق النسب التي حددتها. وطلب الاسترداد هنا هو بمنزلة فسخ بإرادة منفردة، ومراجعة القضاء تكون من أجل تقدير قيمة الأرض.

484- سادساً:- أجازت المادة 137 من قانون الطيران المدني رقم 6 لعام 2004 لقائد الطائرة، في حالة الاضطرار، أن ينزل أي راكبٍ منها يخل بالنظام فيها، أو يمكن أن يشكل خطراً على سلامة الطائرة أو من عليها. ولا يكون الناقل مسؤولاً عن ذلك. وإنزال الراكب في مثل هذه الحال هو فسخ بإرادة منفردة.

المطلب الثاني

في القضاء

485- كان القضاء الفرنسي، قبل التعديل الجديد للقانون المدني في العام 2018، يستبعد التدخل المسبق للقاضي، بموجب المادة 1184 منه في صياغتها القديمة لعام 1804، في الحالات التي كان يمكن أن يسبب هذا التدخل للدائن ضرراً لا يمكن إصلاحه، ومن ثمّ كان القضاء يجيز للدائن أن يفسخ العقد، في مثل هذه الحالات، بإرادته المنفردة. ولكن كان القاضي يمارس رقابة لاحقة على هذا النوع من الفسخ.[765] واستناداً إلى ذلك يجيز القضاء للدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة عندما يخل المدين بتنفيذ التزامه على نحوٍ يجعل فسخ العقد أمراً محتمّاً. فيحق لصاحب المسرح مثلاً أن يطرد أحد المتفرجين الذي يخل بالنظام في صالة العرض مما يهدد عرض المسرحية بأكملها، وهذا الطرد يشكل فسخاً بإرادة منفردة للعقد.[766] وكان الاجتهاد القضائي يطبق نظرية الفسخ بإرادة منفردة خاصة في مجال قانون التجارة، وما يسوغ هذا الاجتهاد هو السرعة التي تتطلبها التجارة من ناحية، والثقة التي يجب أن تهيمن على علاقات التجارة من ناحية أخرى. ويترتب على ذلك أن القضاء الفرنسي كان يجيز للمشتري فسخ العقد بإرادته المنفردة ومن ثمّ رفض تسلم المبيع في حال ما إذا كان معيباً، أو إذا كان هناك تأخير في التسليم.[767]

---

[765]- فواز صالح، المرجع السابق، بند 153،ص214 وما يليها.

[766]- Cass.soc., 4 avr. 1978, Bull.civ.V, n°208.

[767]- T.com. Le Havre, 2 déc. 1930, Gaz.pal. 1931, I, p. 332.

وفي القانون السوري، وكذلك القانون المصري، تؤيد غالبية الفقه إمكانية فسخ الدائن العقد بإرادته المنفردة من دون الرجوع إلى القاضي، وذلك عندما يكون من شأن الرجوع المسبق إلى القاضي إحداث ضررٍ غير قابلٍ للإصلاح للدائن.[768] ويبدو أن محكمة النقض السورية تشاطر محكمة النقض الفرنسية رأيها في مسألة السماح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة إذا أخلّ المدين بتنفيذ التزامه، وكان من شأن ذلك إلحاق ضررٍ بالدائن لا يمكن تداركه. فقد أجازت هذه المحكمة للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، بشرط أن يثبت بعد ذلك أمام القضاء وجود ظروفٍ استثنائيةٍ جعلت من الفسخ أمراً محتماً.[769]

الفرع الثالث

الانفساخ

أتناول في هذا الفرع مفهوم الانفساخ، وشروط تطبيقه، وكذلك تحديد تبعة الهلاك في حال انفساخ العقد في القانون وفي الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

مفهوم الانفساخ

يتحدد مفهوم الانفساخ من خلال تعريفه، والمقارنة بينه وبين الفسخ.

---

[768]– د.البدراوي، المرجع السابق، بند 393، ص 500 وما يليها، وانظر كذلك : د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 119.

[769]– نقض مدني سوري، قرار 55، تاريخ 1964/1/20، مجلة القانون لعام 1964، ص 326.

المطلب الأول

تعريف الانفساخ

486- تنص المادة 160 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 159 مدني مصري، على أنه ((في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)).[770] وهذا ما ذهبت إليه أيضاً المادة 371 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 373 مدني مصري، بقولها إنه ((ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه)).[771] وهناك نص آخر وثيق الصلة بنص المادتين 160 و371 مدني وهو نص المادة 216 مدني سوري، وهو مطابق لنص المادة 215 مدني مصري، ، إذ جاء فيه أنه ((إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)).[772]

ولم يكن القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، ينص على الانفساخ؛ وإنما كان ينص في المادتين 1302 و1303منه، في صياغتها القديمة لعام 1804، على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كسبب من أسباب انقضاء الالتزام. إلا أن الاجتهاد القضائي سد هذه الثغرة في القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، وميز بين فسخ العقد وبين انفساخه. وضمن المشرع هذا التمييز في القانون المدني بموجب التعديل الجديد لأحكام النظرية العامة للالتزام بالأمر الرئاسي لعام 2016، والمصادق عليه من

---

[770]- وهذا النص مطابق لنص المادة 159 مدني مصري.

[771]- وهذا النص مطابق لنص المادة 373 مدني مصري.

[772]- وهذه المادة مطابقة للمادة 215 مدني مصري.

البرلمان الفرنسي بالقانون الصادر في العام 2018. وتنص المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه تقوم قوةٌ قاهرةٌ في المسائل التعاقدية عندما يفلت حدثٌ من رقابة المدين، الذي لا يكون على نحوٍ معقولٍ متوقعاً وقت إبرام العقد والذي لا يمكن تجنب أثاره بموجب تدابير ملائمة، ويمنع المدين من تنفيذ التزامه. فإذا كان المنع مؤقتاً، يوقف تنفيذ الالتزام إلا إذا كان التأخير الناجم عن ذلك يبرر فسخ العقد. وإذا كان المنع نهائياً، ينفسخ العقد بحكم القانون ويُبرأ الأفرقاء من التزاماتهم وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 1351 و1351-1. وتنص المادتان 1351 و1351-1 منه، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يدّ للمدين فيه كسبب من أسباب انقضاء الالتزام.

ويستخلص من هذه المواد أن التزام المدين لا ينقضي بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت الاستحالة تقوم على سبب أجنبي. ومن ثمّ الانفساخ هو جزاء عدم تنفيذ المدين، في العقود الملزمة للجانبين، التزامه بسبب استحالة تنفيذه القائمة على سبب أجنبي مما يؤدي إلى انقضائه، ويترتب على ذلك سقوط التزامات الدائن المتقابلة، ومن ثمّ ينفسخ العقد بحكم القانون.

المطلب الثاني

المقارنة بين الفسخ والانفساخ

487- يلتقي الانفساخ بحكم القانون مع الفسخ في بعض النقاط، ويفترق عنه في نقاط أخرى. أما الالتقاء بين الفسخ والانفساخ فيكون في الآثار، حيث يؤديان معاً إلى انحلال العقد بأثرٍ رجعيٍ، وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. وأما نقاط الافتراق بينهما فتتمثل بما يأتي:

1:- انفساخ العقد بحكم القانون يكون بسبب استحالة تنفيذ الالتزام الراجعة إلى سبب أجنبي، ومن ثمّ لا مجال للحكم بالتعويض في هذه الحالة. في حين أن

الفسخ يكون نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه بخطأ منه، ومن ثمّ إذا ألحق ذلك ضرراً بالدائن يحق له المطالبة بالتعويض لإصلاح ذلك الضرر، بشرط أن يثبت الدائن خطأ المدين المتمثل بعدم التنفيذ.

2:- يكون انفساخ العقد بحكم القانون، ولا جدوى من الإعذار فيه. في حين أن الإعذار واجب، من حيث المبدأ، في الفسخ، ومن ثم يجب على الدائن إعذار المدين لتنفيذ الالتزام قبل المطالبة بالفسخ.[773]

3:- يكون انفساخ العقد بحكم القانون، ومن ثمّ ليس للقاضي أي سلطة تقديرية إذا رفع الأمر له، وإنما يجب عليه أن يحكم بانفساخ العقد إذا ثبت استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي. ويكون حكم القاضي في مثل هذه الحالة كاشفاً للانفساخ لا منشئاً له. في حين أن القاضي يتمتع، في القانونين السوري والمصري، بسلطةٍ تقديريةٍ واسعةٍ في الفسخ، ويكون حكمه منشئاً له لا كاشفاً.[774]

المبحث الثاني

شروط الانفساخ وآثاره

لا يرتب الانفساخ آثاره، المتمثلة بانقضاء التزامات المتعاقدين، إلا إذا توافرت شروط تطبيقه التي يحددها القانون.

المطلب الأول

شروط الانفساخ

488- من الرجوع إلى نص المادة 160 مدني سوري، المشار إليها أعلاه، يتبين أن شروط الانفساخ هي الآتية:

---

[773]- محمد أديب الحسيني، الإعذار، المرجع السابق، ص437.

[774]- د.مرقس، المرجع السابق، بند 350، ص 675. ود. سوار، المرجع السابق، بند 585، ص 413.

1:- أن يكون العقد ملزماً للجانبين. ولكن بموجب القواعد العامة لاستحالة تنفيذ الالتزام، كسببٍ من أسباب انقضاء الالتزام، يمكن أن تؤدي استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يدّ للمدين فيه إلى انفساخ العقد الملزم لجانب واحد أيضاً.

2:- أن يصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً. ويقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة[775]التي تتعلق بالالتزام ذاته لا الاستحالة النسبية التي تتعلق بالمدين نفسه. والاستحالة المطلقة تكون راجعة إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة. ولا فرق في أن تكون هذه الاستحالة ماديةً أو قانونيةً. ويعدّ سبباً أجنبياً صدور قرار من الجهة المختصة بمنع تصدير بضاعة معينة.[776]

3:- أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة بعد انعقاد العقد: أما إذا كانت الاستحالة قائمةً عند انعقاد العقد، فلا ينعقد العقد أصلاً وذلك نتيجة فقدان ركن من أركانه وهو ركن المحل. ويجب على القاضي أن يبحث فيما إذا كانت الاستحالة قائمةً قبل نشوء الالتزام أو تكون قد وقعت بعد ذلك؛ وفيما إذا كانت استحالة مطلقةً أو استحالة نسبيةً؛ وفيما إذا كانت ترجع إلى سببٍ أجنبي أو إلى خطأ أحد المتعاقدين.[777]

4:- أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملةً. أما إذا كانت الاستحالة جزئيةً فإنها لا تؤدي إلى انفساخ العقد، وإنما يثبت للدائن – في رأي بعض الفقهاء – الخيار بين أن يطلب الفسخ أو التنفيذ العيني للجزء الباقي من الالتزام.[778]وهذا الرأي يجافي

---

[775]- نقض سوري، الغرفة المدنية الثانية، قرار 1557/أساس 2051، تاريخ 1997، منشور في موسوعة القضاء المدني...، المرجع السابق، القاعدة رقم 4592، ص2252.

[776]- نقض مدني سوري، قرار 1448/ أساس 2140، تاريخ 1982/2/28، سجلات محكمة النقض 1982.

[777]- نقض سوري، الغرفة المدنية الرابعة، قرار 1926/أساس 1273، تاريخ 2007/6/4، مجلة المحامون، العدّدان 7 و 8 لعام 2008، ص1065 و 1066.

[778]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 331، ص 652.

الصواب، وذلك لأن الفسخ لا يثبت للدائن إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام بسبب خطأ من المدين، وفي مثل هذه الحالة لم يرتكب المدين أي خطأ.

في حين يرى قسم آخر من الفقهاء أنه في حالة استحالة التنفيذ الجزئية ((لا يبرأ الدائن "بالالتزام غير المنفذ" من تنفيذ التزامه، وإنما يقتصر حقه على المطالبة بتخفيض التزامه تخفيضاً يتناسب مع القدر غير المنفذ من الالتزام ... فالعقد إذاً لا ينفسخ، وإنما يعاد توازنه...)).[779] وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية حينما قررت أن وقوع الصقيع يعدّ من الحوادث الاستثنائية التي لا يمكن توقعها، وبذلك فهو يشكل قوةً قاهرةً توجب تنزيل بدل إيجار الأرض الزراعية التي حلّ بها.[780]

ولكن إذا كانت الاستحالة الجزئية على قدرٍ كبيرٍ من الأهمية، بحيث لم يعدّ لتنفيذ الجزء الباقي من الالتزامات فائدة للدائن، فيجب أن يكون لهذه الاستحالة حكم الاستحالة الكاملة.

المطلب الثاني
آثار الانفساخ

489- إذا توافرت شروط الانفساخ ينفسخ العقد بحكم القانون، ويترتب على ذلك ما يترتب على الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي من آثار. ومن ثمّ يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وفق ما نصت عليه المادة 161 مدني سوري، المطابقة للمادة 160 مدني مصري. ولكن لا محل للحكم بالتعويض في حالة انفساخ العقد، لأن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يرجع إلى قوةٍ قاهرةٍ.[781]

---

[779]- د.سوار، المرجع السابق، بند 589، ص 416.

[780]- نقض مدني سوري، قرار 1829، تاريخ 1956/6/30، مجلة القانون لعام 1956، ص 501.

[781]- د.السنهوري، المرجع السابق، بند 491، ص726 و 727.

المبحث الثالث

تبعة الهلاك (مبدأ تحمل التبعة)

490- أبين بدايةً تبعة الهلاك في القانون، ثم أعرض لهذه التبعة في الفقه الإسلامي الذي جاء بأحكام تنظم تبعة الهلاك تختلف عن تلك التي نص عليها القانون المدني الفرنسي والتي استمدها من القانون الروماني.

المطلب الأول

في القانون

491- تكون تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين وفقاً لنص المادة 160 مدني سوري، المطابقة للمادة 159 مدني مصري، على المدين، حيث يؤدي انقضاء التزام المدين بسبب استحالة تنفيذه، الراجعة إلى سببٍ أجنبيٍ، إلى انقضاء التزام الدائن أيضاً، ومن ثمّ لا يستطيع المدين أن يطالب الدائن في مثل هذه الحالة بتنفيذ التزامه، وإنما يؤدي انقضاء التزام المدين إلى انفساخ العقد بحكم القانون. وبالمقابل تنص المادة 1196 من القانون المدني الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، على أنه في العقود التي يكون موضوعها التنازل عن الملكية أو تحويل حقٍ آخرٍ، تنتقل الملكية وقت إبرام العقد. ويمكن أن يُؤجل هذا الانتقال بإرادة الأطراف، أو نتيجة طبيعة الأشياء، أو بحكم القانون. ويتضمن انتقال الملكية انتقال مخاطر الشيء. ومع ذلك تعود المخاطر إلى المدين بالالتزام بتسليم شيء بدءاً من تاريخ إعذاره وفقاً لأحكام المادة 1344-2، ومع مراعاة القواعد المنصوص عليها في المادة 1351-1.

ففي عقد البيع، تنص المادة 405 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 437 مدني مصري، على أنه ((إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم

المبيع)). ويترتب على ذلك أنه إذا أعذر البائع المشتري وطلب منه القيام بتسلم المبيع، ولكن قصر المشتري في ذلك، ومن ثمّ هلك في يدّ البائع نتيجة القوة القاهرة، فلا يؤدي هذا الهلاك إلى انفساخ العقد، وإنما يكون الهلاك على عاتق المشتري ومن ثمّ يجب عليه في مثل هذه الحال تنفيذ التزامه المقابل بدفع الثمن. ولكن ماذا لو خلّف هلاك محل الالتزام وراءه شيئاً آخر، كما لو تمّ استملاك العقار المبيع قبل التسجيل، فهل ينفسخ العقد في مثل هذه الحالة أيضاً؟.

في الواقع، سكت القانون المدني السوري عن ذلك. ولكن استقر اجتهاد محكمة النقض السورية على أنه إذا تعذر تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً بسبب استملاك المبيع فإن ذلك لا يحول من دون حق المشتري في طلب بدل الاستملاك، وذلك لأن الاستحالة التي تؤدي إلى انفساخ العقد إنما هي الاستحالة المطلقة التي لا يمكن معها تنفيذ العقد. أما في مثل هذه الحال فإلى جانب استحالة التنفيذ العينية هناك إمكانية التنفيذ البدلي، ومن ثمّ فإن الاستملاك قبل تسجيل عقد البيع لا يؤدي إلى انفساخ العقد.[782]

أما في العقود الملزمة لجانب واحد، كالوديعة من دون أجر، فإذا استحال تنفيذ التزام المدين برد الوديعة، كأن تكون قد هلكت نتيجة قوة قاهرة، فإن تبعة الهلاك تكون على الدائن، وليس على المدين.[783]

---

[782]– نقض مدني سوري ، قرار 1944/ أساس 856، تاريخ 1982/10/23، سجلات محكمة النقض لعام 1982.

[783]– د.السنهوري، المرجع السابق، بند 490، ص 725. ود.سوار، المرجع السابق، بند 587 وما يليها، ص 415 وما يليها.

المطلب الثاني
تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي

492- تثير نظرية تبعة الهلاك مشكلات عدّة في الفقه القانوني الغربي على نحوٍ عامٍ، والفرنسي على نحوٍ خاصٍ، وانعكست هذه المشكلات على النصوص القانونية أيضاً، والسبب في ذلك يعود إلى الأصل القانوني في هذه النظرية وهو القاعدة الرومانية المعروفة وهي: أن الشيء يهلك على حساب مالكه. وتعميم هذه القاعدة يؤدي إلى نتائج قانونية غير منطقية. فمثلاً في عقد البيع تكون تبعة الهلاك، وفقاً لهذه القاعدة قبل التسليم على عاتق المشتري لأنه هو المالك الجديد، وهذا ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي.[784]

أما الفقه الإسلامي فيقيم تبعة الهلاك على أساس الحيازة التي يهلك الشيء في أثنائها لدى الحائز، حيث ميز الفقهاء بين قبض ضمانٍ وقبض أمانةٍ، ويعبرون في بعض الأحيان عن القبض بلفظ اليد التي تفيد معنى الحيازة، ومن ثمّ يميزون بين يد ضمانٍ ويد أمانةٍ. ويقوم هذا التمييز على أساس أن كل حيازةٍ غير مشروعةٍ أو حيازةٍ مشروعةٍ على أساس المعاوضة أو التوثيق (كالرهن)، تكون اليد فيها يد ضمانٍ، وفيما عدّا ذلك من حالات تكون اليد فيها يد أمانةٍ.[785]

واستناداً إلى ذلك تتلخص أحكام نظرية تبعة الهلاك في الفقه الحنفي كما يأتي:

1:- إذا هلك الشيء في يدّ مالكه فهو الذي يتحمل تبعة هلاكه مطلقاً، وهنا يجمع المالك بين الملك والحيازة، وهذه نتيجةٌ منطقيةٌ.

2:- أما إذا هلك الشيء في يدّ غير مالكه، فالأمر فيه تفصيل:

---

[784]- لمزيد من التوسع انظر: د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المرجع السابق، أحكام الالتزام، المرجع السابق، بند 23، هامش 1، ص 347 وما يليها.

[785]- د.الزرقاء، المرجع السابق، ص 354 وما يليها. وانظر كذلك : د.عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس، ص 196.

أ:- إذا كانت اليدّ التي هلك فيها الشيء يدّ ضمانٍ، فتقع تبعة الهلاك على الحائز، كيدّ الغاصب على المغصوب، ويدّ المشتري على المبيع بعد قبضه.

ب:- أما إذا كانت اليدّ التي هلك فيها الشيء يدّ أمانةٍ، فتقع تبعة الهلاك على المالك، كيدّ الوديع، ويدّ المستأجر على المأجور.

الباب الثاني

الإرادة المنفردة

493- يعدّ العقد، بحسبانه توافق إرادتين متطابقتين، المصدر الإرادي الأساسي للالتزام، وهو مصدر عام. ومن ثم فإن الإرادة المزدوجة للموجب وللقابل هي مصدر الالتزام التعاقدي، سواء كان العقد ملزماً لجانبين أم ملزماً لجانب واحد. ولكن هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تُنشئ الالتزام بمفردها، وبمعنى آخر هل يمكن أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام؟ ثار الشك حول هذا السؤال، وظهرت نظريتان قانونيتان حول دور الإرادة في إنشاء الالتزام. وأخصص الفصل الأول من هذا الباب لبيان مفهوم الإرادة المنفردة ودورها في إنشاء الالتزام، ثمّ أتناول في الفصل الثاني منه الوعد بجائزة كتطبيق قانوني للإرادة المنفردة.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول

مفهوم الإرادة المنفردة

494- الإرادة المنفردة هي تصرف قانوني إرادي يصدر عن شخص ما بهدف إحداث بعض الآثار القانونية، ومن دون حاجة إلى إرادة ثانية تتوافق معها. والآثار القانونية التي يمكن أن ترتبها الإرادة المنفردة متنوعة. فيمكن لها أن تنقل حقاً عينياً، كما في الوصية، أو تزيل هذا الحق، كالتنازل عن حق عيني. كما يمكن أن يترتب عليها أثر كاشف، كالإقرار بنسب طفل طبيعي في القانون الفرنسي. وتستطيع الإرادة المنفردة أن تنهي بعض العقود، كعقد الوكالة وعقد العمل غير محدد المدة. ولكن هل تستطيع الإرادة أن تُنشئ التزاماً ؟ بداية لا يحق للشخص أن يُنشئ بإرادته المنفردة التزاماً لمصلحته على عاتق الغير، لأنه لا يمكن لأي شخص أن يجعل من نفسه دائناً بفعل إرادته المنفردة، وهذا تطبيق لمبدأ الحرية التعاقدية. وبالمقابل يبقى السؤال قائماً حول ما إذا كان باستطاعة الشخص أن يُنشئ التزاماً على نفسه لمصلحة الغير بإرادته المنفردة.

ظهرت نظريتان قانونيتان بهذا الشأن. نظرية تقليدية اعتمدها القانون الفرنسي في صياغته القديمة لعام 1804، ونظرية حديثة تبناها القانون الألماني لعام 1901.

الفرع الأول

مفهوم الإرادة المنفردة في القانونين الفرنسي والألماني

495- كان القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، يتبنى النظرية التقليدية التي تشترط لنشوء الالتزام توافر إرادتين وتوافقهما وتطابقهما، في حين أن القانون الألماني يعترف للإرادة المنفردة بدور في إنشاء الالتزامات، وهذه النظرية الحديثة في هذا المجال، لاسيما بعد أن زعم الفقيه النمساوي سيجل

Siegel أنه اكتشف في العام 1874، مصدراً آخر للالتزام، هو إرادة المدين المنفردة.[786]

المبحث الأول

مفهوم الإرادة المنفردة في القانون الفرنسي

496- كان القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، ينص على بعض تصرفات الإرادة المنفردة التي لا تُنشئ التزاماً، وإنما ترتب أثراً قانونياً آخر قد يكون نقل حق عيني أو إلغاءه أو إنهاء عقد. ومثال ذلك الاعتراف بطفل طبيعي، أو بمعنى آخر إقرار نسب طفل طبيعي من قبل الأب أو الأم،[787] والوصية. ومن تصرفات الإرادة المنفردة أيضاً إجازة العقد الباطل بطلاناً نسبياً، إي القابل للإبطال. وكذلك الشركة المكونة من شريك واحد. إذ أن القانون رقم 85/697 تاريخ 1985/7/11 أجاز للشخص في بعض الحالات المحددة أن يُنشئ شركة بإرادته المنفردة،[788] وهذا ما تنص عليه المادة 2/1832 مدني فرنسي. ومن تصرفات الإرادة المنفردة في القانون الفرنسي التنازل عن التركة.

---

[786]- انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

H.,L. et J.Mazeaud et F.Chabas, Obligations, op.cit., n°358, p.349.

[787]- تنص المادة 311- 17 مدني فرنسي على أن الإقرار الإرادي للأبوة أو للأمومة هو صحيح إذا تمّ طبقاً للقانون الشخصي للمقر، أو للقانون الشخصي للطفل.

[788]- أجاز هذا القانون تأسيس نوعين من الشركات المكونة من شخص واحد. النوع الأول وهو شركة تجارية أسماها المشروع المكون من شخص واحد محدود المسؤولية، والنوع الثاني وهو شركة مدنية وأسماها الاستثمار الزراعي محدود المسؤولية، وهذا ما تنص عليه المادة 1-L.233 وما يليها من تقنين التجارة الفرنسي. ثم بعد ذلك صدر قانون بتاريخ 1999/7/12 أضاف نوع آخر من هذه الشركات وهو الشركات المساهمة المبسطة المكونة من شخص واحد، وهذا ما تنص عليه المادة L.228-6 من تقنين التجارة الفرنسي.

ولم يعتمد القانون المدني الفرنسي نظرية عامة لمثل هذه التصرفات، وإنما نص عليها في أماكن متفرقة منه.[789]

أما فيما يتعلق بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام، فلم يتطرق القانون المدني الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، إلى ذلك، مما أدى إلى ظهور تيارين فقهيين في فرنسا متعارضين، أحدهما يعارض أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، في حين أن الآخر يؤيد ذلك.

ويرى المعارضون أن نظرية الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام ينجم عنها أخطار على الصعيد العملي. في الحقيقة، أن المعاملات التي تسبق عملية التعاقد تجعل المدين يشعر بخطورة الالتزامات التي يمكن أن يقبل بها. وبما أن الالتزام بإرادة منفردة لا تسبقه مثل هذه المعاملات فيخشى أن يقدم المدين على الالتزام من دون التفكير بخطورة التزاماته التي تنشأ من إرادته المنفردة. زدّ على ذلك أنه من الصعب على الصعيد العملي في بعض الأحيان التمييز بين العقد وبين الالتزام بإرادة منفردة. وأخيراً يستحيل في الكثير من الأحيان إثبات الالتزام الناشئ من إرادة المدين المنفردة. ولكن يعترف معارضو هذه النظرية بأنه يمكن التغلب على هذه الصعوبات، وذلك بجعل الالتزام بالإرادة المنفردة تصرفاً رسمياً، لا يُنشئ الالتزام إلا إذا توافرت الشكليات التي يتطلبها القانون.[790]

ويستخلص أصحاب هذا الرأي مما تقدم أن الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام ليس لها أي فائدة، وذلك لأن الاجتهاد القضائي الفرنسي قدم حلولاً مقنعة، قبل ظهور هذه النظرية، لبعض المفاهيم القانونية التي يحاول أنصار هذه النظرية

---

[789]- انظر باللغة الفرنسية:

J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, L'acte juridique, op.cit., n°489, p.374 et s.

[790] - انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

H.,L. et J.Mazeaud et F.Chabas, Obligations, op.cit., n°360 et s., p.350 et s.

أن يؤسسوها على الإرادة المنفردة، كالإيجاب والوعد بجائزة، والاشتراط لمصلحة الغير.[791]

أما أنصار نظرية الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام فيرون أن تبني هذه النظرية ينسجم مع مبدأ سلطان الإرادة الذي تقوم عليه النظرية العامة للعقد في القانون المدني الفرنسي لعام 1804.[792]ردّ على ذلك أن الاعتراف بهذه النظرية هو تلبية لضرورات اقتصادية واجتماعية.[793]كما أنه يجنب عدم تحوير بعض المفاهيم القانونية كالعقد والجريمة وشبه العقد وذلك من أجل تبرير بعض الالتزامات، التي في الواقع تنشأ من الإرادة المنفردة، كالوعد بجائزة والإيجاب الملزم.[794]ولكن يبدو أن غالبية الفقه المعاصر تقرّ أنه على الرغم من أن الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام مفهوم غريب عن التقاليد القانونية الفرنسية، إلا أنه يمكن القبول بها في بعض الحالات الاستثنائية التي لا يمكن فيها أن يقوم الالتزام إلا على الإرادة المنفردة. ومن ثم يجب الاعتراف بدور ثانوي لهذه النظرية في إنشاء الالتزامات.[795]

---

[791] – انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

H.,L. et J.Mazeaud et F.Chabas, Obligations, op.cit., n°360, p.350.

[792] – انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, L'acte juridique, op.cit., n°500, p.382 et s.

[793] – انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

F.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, Les obligations, op.cit., n°54, p.62.

[794] – انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

P.Malaurie et L.Aynès, Obligations, Tome 2, Contrats et quasi-contrats, 11e édition, Paris 2001, n°45.

[795] – انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

Ch.Larroumet, Droit civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat, op.cit., n°104, p.92.

وقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي هجر التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام في القانون المدني، بموجب التعديل الجديد لأحكام النظرية العامة للالتزام بالأمر الرئاسي الصادر في العام 2016، والمصادق عليه من البرلمان الفرنسي بالقانون الصادر في العام 2018، معتنقاً التقسيم الحديث الذي أخذ به القانون الألماني لعام 1901. وهذا ما يُستخلص من المادة (1100) من القانون الفرنسي، في صياغتها الجديدة لعام 2018، التي تنص على أن الالتزامات تنشأ من التصرفات القانونية، والوقائع القانونية، ومن سلطة القانون وحدها. كما يمكن أن تنشأ من التنفيذ الطوعي أو من الوعد بتنفيذ واجب الضمير نحو الغير. وعرفت المادة (1100-1) منه التصرفات القانونية بأنها تعابير عن الإرادة تهدف إلى إحداث آثار قانونية، وهي إما أن تكون اتفاقية أو تكون أحادية.

المبحث الثاني

مفهوم الإرادة المنفردة في القانون الألماني

497- يعدّ الالتزام في القانون الألماني عنصراً مالياً، ومن ثمّ يعتمّد هذا القانون النظرية المادية في تعريف الالتزام. ويكفي لإنشاء الالتزام في القانون الألماني أن يكون المدين موجوداً وقت نشوئه. ومن ثمّ يعتمّد هذا القانون الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً إرادياً للالتزام إضافةً إلى العقد. وهذا يستفاد من المادة 305 من القانون المدني الألماني (BGB) لعام 1901، والتي تقرر أنه باستثناء الحالات التي ينص عليها القانون، فأن وجود عقد بين طرفين أمر ضروري لإنشاء التزام بموجب تصرف قانوني، وكذلك من أجل تعديل مضمونه. يترتب على ذلك أن المبدأ في القانون الألماني أن الالتزامات الإرادية لا يمكن أن تنشأ إلا من عقد، ولكن استثناءً من ذلك يجوز بموجب نص قانوني أن ينشأ الالتزام الإرادي من إرادة المدين المنفردة. ويُستخلص من ذلك أن القانون المدني الألماني لا يتبنى

الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً عاماً للالتزامات، وإنما يمكن أن تكون مصدراً للالتزامات في بعض الحالات الخاصة التي ينص عليها القانون.[796] ويترتب على ذلك أن الواعد في الوعد بجائزة يلتزم بإرادته المنفردة، طبقاً لما جاء في المادة 657 من القانون المدني الألماني. وكذلك لا تأثير لوفاة الموجب أو فقدانه الأهلية، بعد صدور الإيجاب، في إيجابه، وفقاً لما ذهبت إليه الفقرة الثانية من المادة 130 من القانون ذاته.

ومن خلال المقارنة بين موقف القانونين الفرنسي، في صياغته القديمة لعام 1804، والألماني يتبين أن الاختلاف بينهما عميق ولا يمكن التوفيق بينهما. ولكن هذا الاختلاف في الحقيقة يقتصر على الأساس القانوني الذي يبني كل قانون موقفه عليه. فالقانون الفرنسي التقليدي لم يكن يقرّ بأي دور للإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام، في حين أن القانون الألماني يعترف بدور محدود للإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام، ومن ثمّ تعدّ هذه الإرادة المنفردة مصدراً إرادياً للالتزام في القانون الألماني.[797] وبالمقابل هناك تقارب كبير بين القانونين على صعيد النتائج العملية المترتبة على الأساس القانوني الذي تبناه كل قانون.

الفرع الثاني

مفهوم الإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري

قبل بيان موقف القانون المدني السوري من الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، أعرض لدور الإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية.

---

[796]- انظر في ذلك باللغة الفرنسية:

H.,L. et J.Mazeaud et F.Chabas, Obligations, op.cit., p.357 et s.

[797]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 349، ص 678 وما يليها.

المبحث الأول

الإرادة المنفردة في الشريعة الإسلامية

498- تترتب على الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي آثار قانونية عدّيدة، كإنشاء الالتزام، ونقل حق عيني وانقضاء حق. فقد تكون الإرادة المنفردة سبباً من أسباب كسب الملكية، كالوصية. وقد تكون إسقاطاً، كالإبراء. ومن هذه التصرفات أيضاً إجازة العقد من العاقد، وإقراره من الغير. واستعمال خيار من الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، كخيار الوصف أو خيار العيب أو خيار الشرط، وكذلك عزل الوكيل في عقد الوكالة. لا بل قد يكون لها دور أكبر في الفقه الإسلامي. فالإرادة المنفردة تعدّ عند بعض المذاهب، كالمذهب المالكي، مصدراً عاماً للالتزام.[798] ومن التصرفات التي تتمّ بإرادة منفردة في الفقه الإسلامي وتُنشئ الالتزام الجُعالة وهي وعد بجعل معلوم على عمل معين.[799]

وتعدّ الإرادة المنفردة في مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المؤصل على أساس الفقه الإسلامي مصدراً مستقلاً للالتزام.[800]

---

[798]- د.عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي . دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، مقدمة . صيغة العقد، دار إحياء التراث العربي وتوسعه التاريخ العربي، بيروت 1953 /1954، ص 41 وما يليها.

[799]- للمزيد من التفاصيل حول الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ص 41 وما يليها. وراجع كذلك: د.مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1999، ص 113 وما يليها.

[800]- قامت لجنة خبراء الأمانة العامة في جامعة الدول العربية بوضع هذا المشروع في العام 1984، وهو لا يزال قيد أدراج الجامعة.

المبحث الثاني

الإرادة المنفردة في القانون السوري

499- ترتب الإرادة المنفردة آثاراً قانونية عدّة في القانون المدني السوري. كما أنها تعدّ مصدراً من المصادر الإرادية للالتزام. ولكنها لا تعدّ مصدراً عاماً، وإنما تعدّ مصدراً عندما ينص القانون على ذلك. وطالما أن الإرادة المنفردة مصدر إرادي للالتزام فإنها تتفق مع العقد في خصائص عدّة، ولكنها تتميز منه في أنها لا تحتاج إلى إرادة ثانية، وهي إرادة القابل، من أجل أن تنتج آثارها القانونية.

المطلب الأول

موقع الإرادة المنفردة في القانون السوري

500- سبق القول إن القانون المدني السوري هو مستمّد من القانون المدني المصري. وكانت المادة 228 من المشروع التمّهيدي للقانون المدني المصري تجعل الإرادة المنفردة، على غرار العقد، مصدراً عاماً للالتزام.[801] ولكن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة، ومن ثمّ رفضت عدّ الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، وإنما أقرت للإرادة المنفردة بقدرتها على إنشاء الالتزام في الحالات

---

[801]- كانت هذه المادة تنص على أنه ((1- إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدةّ معينة، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه. 2- وتسري على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود، إلا ما تعلق فيها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام. 3- يبقى الإيجاب في العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به، ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور)). وقد استمّد واضعو المشروع التمّهيدي أحكام هذه المادة من المشروع الفرنسي الإيطالي الذي تضمن فصلاً خاصاً بالإرادة المنفردة. وكان هذا المشروع يعدّ الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام. انظر في ذلك: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط....، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص12، هامش.

الاستثنائية التي ينص عليها القانون.[802] وهذا ما تبناه القانون المدني المصري الجديد. ومن ثمّ أخذ القانون المدني السوري بما جاء في القانون المدني المصري، من حيث أن الإرادة المنفردة لا تعدّ مصدراً عاماً للالتزام، وإنما تعدّ مصدراً للالتزام في حالات استثنائية ينص عليها القانون.

وقد أفرد القانون المدني السوري، على غرار أصله المصري، مادة وحيدة للإرادة المنفردة وهي المادة 163، المطابقة للمادة 162 مدني مصري، والمتعلقة بالوعد بجائزة بوصفه أحد تطبيقات الإرادة المنفردة.

ونتيجة حذف نص المادة 228 من المشروع التمّهيدي للقانون المدني، والذي يجعل من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، ذهب بعض الفقهاء إلى القول إن الالتزامات التي تنشأ من الإرادة المنفردة في الحالات الاستثنائية التي ينص عليها القانون إنما مصدرها المباشر هو القانون لا الإرادة المنفردة. وتبعاً لذلك يرى أصحاب هذا الرأي أنه من الواجب حذف الفصل الخاص بالإرادة المنفردة، وإدماجه في الفصل الخاص بالقانون.[803] وبالمقابل فإن قسماً آخر من الفقهاء ينتقد هذا الاتجاه، ويعدّ الإرادة المنفردة مصدراً مباشراً للالتزام حتى في الحالات

802- انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد الجزء 2، ص339.

803- من أنصار هذا الرأي: د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ... ، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 908، ص1292. وقد تطرق هذا الفقيه إلى أحكام الإرادة المنفردة في الباب المخصص للقانون كمصدر مباشر للالتزام. وقد أيده في ذلك: د.سليمان مرقس، الوافي...، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، بند 359، ص693. ولكن على خلاف الدكتور السنهوري، فإن الدكتور سليمان مرقس تطرق إلى الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بعد تطرقه للعقد مباشرة.

الاستثنائية التي ينص عليها القانون، ومن ثمّ فإن المحل الطبيعي للإرادة المنفردة هو أن تأتي بعد العقد كونها مصدراً إرادياً للالتزام.[804]

وفي الحقيقة لا يمكن إنكار دور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام حتى لو كان هذا الدور مقيداً بوجود نصٍ قانونيٍ خاصٍ. فالالتزام في مثل هذه الحالات الاستثنائية إنما ينشأ مباشرةً من الإرادة المنفردة، وذلك لأنها اتجهت إلى إحداث مثل هذا الأثر القانوني، ويبقى القانون هنا مصدراً غير مباشر للالتزام كما هو عليه الحال بالنسبة إلى جميع المصادر الأخرى للالتزام. ويترتب على ذلك أن المشرع حسناً فعل عندما أبقى الفصل الخاص بالإرادة المنفردة ضمن المصادر الإرادية للالتزام.

وتعدّ الإرادة المنفردة ملزمةً، ومن ثمّ ترتب آثارها القانونية، في حالات عدّة نص عليها القانون السوري، وهي: الإيجاب الملزم؛ و المؤسسة وهي مشروع يخصص له المؤسس مال معين للغرض الذي يريد تحقيقه، وذلك بموجب سند رسمي أو وصية؛ والوصية؛ والوقف؛ وشركة الشخص الواحد المحددة المسؤولية التي أحدثها قانون الشركات الجديد الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 29 تاريخ2011/2/14؛ والوعد بجائزة وهو موضوع الفصل الثاني من هذا الباب.

المطلب الثاني

خصائص تصرف الإرادة المنفردة

501- يمتاز تصرف الإرادة المنفردة بالخصائص الآتية:

---

[804]- من أنصار هذا الرأي: د.مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند353، ص 423 وما يليها. و د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 348وما يليها.

أولاً:- تعدّ الإرادة المنفردة مصدراً محدوداً واستثنائياً لإنشاء الالتزام في الحالات التي ينص عليها القانون، ولا تعدّ مصدراً عاماً لأن في ذلك خطورة كبرى، إذ قد تكون هذه الإرادة اعتباطية وغير مؤكدة.[805]

ثانياً:- تصرف الإرادة المنفردة هو تصرف إرادي ينتج أثره بإرادة واحدة من دون أن يتوقف ذلك على إرادةٍ ثانيةٍ، كما هو عليه الحال بالنسبة إلى العقد. ويترتب على ذلك أن تصرف الإرادة المنفردة يتميز من العقد الملزم لجانب واحد بأن العقد يحتاج إلى إرادتين، أما تصرف الإرادة المنفردة فيكفي فيه توافر إرادة واحدة وهي إرادة صاحبه. كما يتميز تصرف الإرادة المنفردة عن تعاقد الشخص مع نفسه، في الحالات التي يسمح فيها القانون بذلك، بأن تعاقد الشخص مع نفسه يحتاج إلى إرادتين لأنه عقد، بينما تصرف الإرادة المنفردة يحتاج إلى إرادة واحدة.

ثالثاً:- تطبق على تصرف الإرادة المنفردة، عندما يكون مصدراً للالتزام، الأحكام العامة للعقد باستثناء ما يتعلق منها بوجود إرادتين متطابقتين، الأمر الذي يتعارض مع طبيعة تصرف الإرادة المنفردة. واستناداً إلى ذلك يجب أن تتوافر في المتصرف بالإرادة المنفردة أهلية الأداء تحت طائلة بطلان تصرفه أو قابليته للإبطال تبعاً لما إذا كانت هذه الأهلية منعدمة أو ناقصة. كما يجب أن يكون تصرف الإرادة المنفردة خالياً من عيوب الإرادة، وإلا كان قابلاً للإبطال. ولكن لا يشترط في الغلط الذي يقع فيه المتصرف بالإرادة المنفردة أن يعلم المتصرف إليه به. كما لا يشترط في التدليس والإكراه، الواقعين على المتصرف بالإرادة المنفردة، أن يكون المتصرف إليه على علم بهما.

---

[805]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 350، ص 684.

كما يجب أن يكون الباعث على تصرف الإرادة المنفردة مشروعاً، وإلا كان التصرف باطلاً. ولكن لا يشترط علم المتصرف إليه بالباعث غير المشروع حتى يترتب البطلان.

كما يجب أيضاً أن يكون لالتزام المتصرف بالإرادة المنفردة محلّ تتوافر فيه شروط محل العقد التي سبق بيانها.[806]

رابعاً:- ينتج تصرف الإرادة المنفردة أثره من وقت صدور التعبير عن الإرادة من المتصرف، بشرط أن تتوافر في هذا التعبير جميع أركانه وشروط صحته.

---

[806]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 355، ص427 و 428.

الفصل الثاني
أحكام الوعد بالجائزة

502- تنص المادة 163 مدني، وهي مطابقة للمادة 162 مدني مصري، على أنه ((1- من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بها ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها. 2- وإذا لم يعين الواعدّ أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتمّ العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور)).

وأتناول في هذا المبحث مفهوم الوعد بجائزة، وشروطه، وآثاره.

الفرع الأول
مفهوم الوعد بجائزة وشروطه

503- الوعد بجائزة، الموجه إلى جمهور الناس، نظامٌ قانونيٌ معروفٌ منذ القدم، ويقوم على توجيه شخص وعداً لجمهور الناس بوسائل علنيةٍ يتضمن منح جائزةٍ معينةٍ، وتكون غالباً مبلغاً من النقود، لمن يستطيع أن يُنجز عملاً معيناً، كالعثور على شيءٍ مفقودٍ، أو الإدلاء بمعلوماتٍ يمكن أن تؤدي إلى القبض على مجرمٍ خطيرٍ فارٍ من وجه العدالة. وقد تمّ توجيه هذا النظام القانوني في العصر الحديث إلى إنجاز الأعمال الجليلة التي تعود بالنفع على البشرية بأكملها، كالوعد بجائزةٍ لمن يكتشف دواءً لمرضٍ خطيرٍ يهدد البشرية كالايدز، أو لمن يصل إلى اختراعٍ يعود بالخير والنفع على الإنسان، أو لمن يسهم عن طريق إنتاجه الأدبي أو العلمي في ازدهار الحضارة الإنسانية ورقيها، أو لمن يقوم

بعملٍ يسهم في تعزيز الأمن والسلام على وجه البسيطة.[807] وخير مثال على الوعد بجائزة في عصرنا الراهن جائزة نوبل.[808] ومثال ذلك أيضاً جائزة الشهيد باسل الأسد للبحث العلمي في سورية التي تمّنح بقرار من رئيس مجلس الوزراء.[809]

المبحث الأول

مفهوم الوعد بجائزة

504- خص المشرع السوري الوعد بجائزة في مادة وحيدة وهي المادة 163 مدني التي تحدد الشروط الواجب توافرها في هذا الوعد. وقبل بيان هذه الشروط لا بدّ من تعريف الوعد وتحديد طبيعته القانونية وبيان خصائصه.

المطلب الأول

تعريف الوعد بجائزة وطبيعته القانونية

لا بدّ من تعريف الوعد بجائزة قبل بيان طبيعته القانونية.

---

[807]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، بند 353، ص686 و687.

[808]- نوبل عالم سويدي ولد في العام 1833 في استوكهولم، وتوصل إلى اختراع الديناميت، ودرّ عليه هذا الاختراع أموالاً طائلة. ونتيجة لما أدى إليه اختراعه من أذى للبشرية، فقد رصد جزءاً كبيراً من تلك الأموال لخدمة البشرية، إذ أنه أوصى بمنح جائزة سنوية لمن يقدم أفضل الأعمال التي تعود بالخير على البشرية جمعاء في كافة المجالات العلمية والأدبية والإنسانية، مكفراً بذلك عن الأذى الذي ألحقه اختراعه بها. وسميت الجائزة باسمه. وتوفي هذا العالم في العام 1896.

[809]- أحدثت هذه الجائزة في عام 1994 بناءً على توجيهات من الرئيس الراحل حافظ الأسد. وقد استحق هذه الجائزة ستة وعشرون باحثاً من مختلف الفروع العلمية في الفترة من 1994 وحتى 2008.

الفقرة-1- تعريف الوعد بجائزة:

505- يستخلص من نص المادة 163 مدني سوري أن الوعد بجائزة هو إعلانٌ موجهٌ للجمهور يلتزم الواعد بموجبه بإعطاء جائزةٍ على عمل يقوم به شخصٌ غير معين بذاته. ومن ثمّ فهو تصرف إرادة منفردة، ويعدّ من أهم تطبيقاتها في القانون المدني السوري. والأمر الجوهري في الوعد بجائزة هو ((إبراز وجه انفراد الإرادة بترتيب التزام الواعد، فهو يلتزم بمشيئته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يجهل صدور الوعد)).[810]

الفقرة-2- الطبيعة القانونية للوعد بجائزة:

506- يعدّ الوعد بجائزة تبرعاً إذا كان العمل الموعود عليه يحقق للموعود له مصلحةً ولا يحقق مصلحةً للواعد، كالوعد بجائزة لمن يكتشف دواءً لمرضٍ معينٍ أو يقدم بحثاً علمياً في ناحيةٍ معينةٍ. ويكون الوعد معاوضةً إذا حقق مصلحةً للواعد أيضاً كالوعد بجائزة لمن يجد شيئاً مفقوداً أضاعه الواعد، وكالوعد بجائزة لمن يقدم أفضل تصميمٍ لبناء فندقٍ.[811]

المطلب الثاني

خصائص الوعد بجائزة

507- يتبين من تعريف الوعد بجائزة أنه يتمتع بالخصائص الآتية:

1:- الوعد بجائزة تعبيرٌ عن الإرادة موجهٌ إلى الجمهور، وهو في الآن ذاته تصرف إرادة منفردة يرتب آثاره متى توافرت شروطه من دون حاجة إلى اقتران تعبيرٍ آخر به. وبهذا يمتاز الوعد بجائزة عن الإيجاب الموجه إلى الجمهور، إذ إن هذا الإيجاب هو تعبيرٌ عن الإرادة لا يرتب أثره إلا إذا اقترن به تعبيرٌ آخر

---

[810]- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص336.

[811]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 358، ص433.

مطابقٌ له، وهو القبول الذي يصدر من أحد أفراد الجمهور الذي وُجِه له الإيجاب. ومن ثمّ فالإيجاب عنصرٌ في تكوين العقد الذي لا ينعقد إلا إذا اقترن قبولٌ بهذا الإيجاب.

2:- الوعد بجائزة تعبيرٌ عن الإرادة ملقى، أي أنه يرتب أثره بمجرد صدوره، ولا يحتاج من أجل ذلك أن يصل إلى علم المستفيد منه وهو أحد أفراد الجمهور الذي وجه له الوعد، وذلك لأن من يقوم بالعمل الموعود عليه يستحق الجائزة، وفق أحكام المادة 163 مدني سوري، حتى لو قام بالعمل من دون علم بوجود الجائزة.[812]

المبحث الثاني
شروط الوعد بجائزة

508- لا ينتج الوعد بجائزة آثاره إلا إذا توافرت فيه أركانه. ومن ثمّ يجب أن يكون الواعد متمتعاً بالأهلية اللازمة لانعقاده، وأن تكون إرادته سليمةٌ من العيوب، كالغلط والإكراه والتدليس. كما يجب أن تتجه إرادة الواعد إلى إلزام نفسه. ويجب أن يكون محل الوعد وسببه مشروعين. ويجب أن يتوافر في الوعد السبب بمعناه التقليدي وبمعناه الحديث. وسبب الوعد بمعناه التقليدي هو رغبة الواعد في إنجاز العمل الموعود عليه، ويجب أن يكون هذا السبب موجوداً، وإلا كان الوعد باطلاً. أما بمعناه الحديث فسبب الوعد هو الباعث عليه، ويجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً تحت طائلة البطلان. إضافةً إلى ذلك يتبين من نص المادة 163 مدني سوري أن الوعد بجائزة يستلزم توافر الشروط الآتية:

---

[812]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 359، ص434 و 435.

1:- أن يكون الوعد جدياً والتعبير فيه واضحاً: ومن ثمّ إذا كان الوعد غير جدي، أو كان التعبير غير واضح فلا ينعقد الوعد بجائزة. وجدية الوعد من عدمه يخضع لتقدير المحكمة الناظرة في الدعوى. ويكون الوعد غير جدي إذا تبين من الوعد عدم رغبة الواعد في تحقق العمل محل الوعد بجائزة، كما في الوعد السلبي، ومثال ذلك من يعلن على سبيل الدعاية والترويج أنه يدفع مبلغاً وقدره مليون ليرة لمن يثبت وجود عيب في بضاعة ينتجها.

2:- أن يكون الوعد موجهاً إلى الجمهور: ويتطلب ذلك عدم تخصيصه بشخصٍ معينٍ وإلا كان إيجاباً. وطالما أن الوعد موجهٌ إلى الجمهور، فيجب أن يكون علنياً، أي معلوماً من قبل العموم، كنشر الوعد في الإذاعة والصحف. ويترتب على عدم علانية الوعد بطلانه.[813] ولا يقصد بالعلانية هنا أن يعلم كل فرد من أفراد الجمهور بالوعد، وإنما يكفي أن يتاح لهؤلاء الأفراد إمكانية العلم به.

3:- يشترط في العمل الموعود عليه أن يحصل في المستقبل بعد الوعد. ولكن هذا لا يمنع من انصراف الوعد بجائزة بالأصل إلى ما تمّ وأُنجز من أعمال سابقة له، فيجوز تقديم جائزة لمن أنجز أفضل بحثٍ خلال العام المنصرم، بشرط أن يتبين من عبارة الوعد أن الواعد يقصد تقديم الجائزة عن عمل أُنجز في الماضي، ومثال ذلك جائزة نوبل للآداب وللطب وللسلام، وجائزة باسل الأسد للبحث العلمي في سورية. ويُشترط أن يكون العمل معيناً، أما إذا كان الوعد يتضمن منح جائزة لمن يوجد في مركزٍ معينٍ من دون القيام بأي عمل فيعدّ الوعد بجائزة باطلاً، ومثال ذلك الوعد بجائزة لمن وُلِدَ في يومٍ معينٍ. ويعدّ مثل هذا الوعد هبةً، ومن ثمّ يحتاج إلى قبولٍ من الطرف الآخر. كما يُشترط أن تكون الجائزة ذات قيمةٍ ماديةٍ أو معنويةٍ، كمنح كأسٍ تذكاريةٍ مثلاً.

---

[813]- د.الزرقاء، شرح القانون المدني...، المصادر، المرجع السابق، بند 360، ص 437.

الفرع الثاني
آثار الوعد بجائزة

تختلف آثار الوعد بجائزة حسب ما إذا كان الواعد قد عين مدةً للقيام بالعمل الموعود عليه، أم لم يعين مدةً للقيام به.

المبحث الأول
حالة تعيين مدةً للوعد

509- إذا عين الواعد مدةً لإنجاز العمل الموعود عليه يجب التمييز بين مرحلتين، وهما: آثار الوعد قبل انجاز العمل، وآثاره بعد انجاز العمل.

المطلب الأول
آثار الوعد بجائزة قبل إنجاز العمل:

510- إذا كان الواعدَ قد حدد أجلاً للقيام بالعمل الموعود عليه، فليس له الرجوع عن وعده قبل انقضاء الأجل. ويبقى ملزماً بإعطاء الجائزة الموعود بها لمن أنجز العمل خلال الأجل المحدد، حتى لو كان من قام بالعمل يجهل الأجل. وإذا رجع الواعد عن وعده قبل حلول الأجل، فلا ينتج هذا الرجوع أي أثرٍ. وإذا انقضت المدةً من دون أن ينجز العمل الموعود عليه، فينقضي الوعد بجائزة، ولا يعدَ الواعد مسؤولاً أمام من أنجز العمل بعد انقضاء مدةً الوعد بموجب أحكام الوعد بجائزة. ولكن قد يكون الواعد مسؤولاً أمامه استناداً إلى أحكام الإثراء بلا سبب إذا كانت شروطه متوافرة.[814]

---

[814]- د.السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، بند 914، ص1303.

المطلب الثاني

آثار الوعد بعد إنجاز العمل:

511- إذا أُنجز العمل خلال الأجل المحدد، فإن الجائزة الموعود بها تصبح حقاً لمن أنجز العمل، ومن ثمّ لا يحق للواعد الرجوع عن وعده. ولا يستحق المستفيد الجائزة إلا من وقت إنجاز العمل لا من وقت إعلان الواعد عن الجائزة، ومن ثمّ يصبح من قام بالعمل دائناً للواعد من تاريخ انجاز العمل لا من تاريخ الوعد. ويترتب على ذلك أن حق المستفيد في الجائزة لا يعدّ معلقاً على شرطٍ واقفٍ، وهو القيام بالعمل الموعود عليه، وذلك لأن الدائن في التصرف المعلق على شرطٍ واقفٍ معروفٍ من تاريخ التصرف، وإن كان احتمالياً. وبمجرد إنجاز العمل الموعود عليه تصبح الجائزة حقاً للمستفيد، ومن ثمّ يحق له بدءاً من هذا التاريخ التنازل عنها، كما يمكن أن ينتقل حقه فيها إلى الورثة إذا توفي بعد إنجاز العمل. ويسقط حق المستفيد بالجائزة الموعود بها بمرور خمس عشرة سنة من يوم إنجاز العمل وفقاً للقواعد العامة للتقادم. وتميّز محكمة النقض السورية بين ثلاث حالات للوعد بجائزة تتقادم اثنتان منها بالتقادم العام ومدته خمس عشرة سنة، وهما حالة تحديد مدةً للوعد يُنجز العمل الموعود عليه ضمنها، وحالة عدم تحديد مدةً للوعد وانجاز العمل الموعود عليه قبل الرجوع عن الوعد. وأما الحالة الثالثة للوعد، فهي حالة عدم تحديد مدةً للوعد ورجوع الواعد عن الوعد، ثم يتبين أن العمل الموعود عليه قد أُنجز قبل الرجوع عن الوعد، فتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ الرجوع عن الوعد.[815]

---

[815]- نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 270/ أساس 293، تاريخ 1969/4/3، مجلة المحامون لعام 1969/ ص174.

المبحث الثاني

حالة عدم تعيين مدةً للوعد

512- إذا لم يحدد الواعد أجلاً لإنجاز العمل الموعود عليه، فيحق له الرجوع عن وعده قبل إنجاز هذا العمل. ويجب أن يكون الرجوع بالعلانية نفسها التي صدر الوعد بها، وإلا لا ينتج الرجوع عن الوعد أي أثرٍ. وإذا تمّ الرجوع بعد إنجاز العمل، فيستحق من أنجزه الجائزة الموعود بها، على الرغم من رجوع الواعد عن وعده. ويجب على من أنجز العمل في مثل هذه الحال أن يطالب بالجائزة أمام القضاء خلال مدةً ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع تحت طائلة سقوط حقه في المطالبة بها. أما إذا رجع الواعد عن وعده بعد بدء أحد المستفيدين بالعمل الموعود عليه، فيجوز له ذلك نظراً لصراحة نص المادة 163 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 162 مدني مصري، ولكن يجب على الواعد أن يعوض هذا الأخير ما أنفقه، بشرط ألا يجاوز ذلك قيمة الجائزة، وبشرط أن يثبت من بدأ بالعمل أن العمل كان سيكلل بالنجاح لو أتمّه. ويكون التعويض هنا على أساس المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي، وفقاً لأحكام المادة 164 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 163 مدني مصري. ويذهب رأيٌ آخر في الفقه إلى أن التزام الواعد بتعويض من بدأ بالعمل يكون على أساس الوعد ذاته، لا على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن أثر العدول عن الوعد يقتصر على المستقبل، ولا أثر له على الماضي.[816] ولكن هذا الرأي عندي غير سديد، لأنه يخالف صراحة المادة 163 مدني سوري، وهي مطابقة للمادة 162 مدني مصري، والتي أجازت للواعد الرجوع عن وعده مطلقاً باستثناء حالة إنجاز العمل الموعود عليه قبل الرجوع عن الوعد.

تمّ بعون الله وتوفيقه

---

[816]- د.عبد الباقي، المرجع السابق، ص690، هامش 1.

المراجع

1- المراجع باللغة العربية:

1- د. أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية : الأهلية والنيابة الشرعية، المطبعة الجديدة، دمشق 1987-1988.

2- د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة 1954.

3- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية – دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002.

3 مكرر- آمال محمد خير المقداد، عقد تأجير الرحم بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة دمشق، دمشق .2019

4- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002.

5- د. جاك الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، 1999-2000.

6- د. حسن شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول: طرفا الالتزام/ رسالة دكتوراه، القاهرة 1936.

7- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -2-، في الالتزامات – المجلد الأول: نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة 1987.

8- د.سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005.

8 مكرر- د. شفيق الجراح، دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها، منشورات جامعة دمشق، 1996-1997، الطبعة الخامسة.

9- شفيق طعمة وأديب استنبولي، التقنين المدني السوري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دمشق 1989.

10- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، القاهرة، دون تاريخ.

11- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي . دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، مقدمة . صيغة العقد، دار إحياء التراث العربي وتوسعه التاريخ العربي، بيروت 1953 /1954.

12- د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدنس المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي،1984.

13- د. عبد المجيد الحكيم، في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، بغداد 1969.

14- د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، القاهرة 1975.

15- د. عكاشة محمد عبد العال ود. طارق المجذوب : تاريخ النظم القانونية والاجتمّاعية، المكتبة القانونية، والنظم القانونية، كتاب جامعي مطبعة ابن خلدون 1986.

16- د. فواز صالح و د. محمد عرفان الحطيب، عقد الإيجار، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، مطبعة الروضة، دمشق 2006/2005.

17- د. محمد واصل، الحقوق الملازمة للشخصية – دراسة قانونية مقارنة، دار الجاحظ للطباعة والنشر، دمشق، طبعة أولى 1995.

18- د. محمد الحسين و د.مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، مطبعة جامعة دمشق، دمشق 2006./2005

18 مكرر- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، (1) العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت 2018.

19- د. محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة دمشق، 1961.

20- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام،،1، المصادر الإرادية، مطبعة رياض، دمشق 1982 -1983.

21- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية، الجزائر 1979.

22- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة 1978.

23- د. مصطفى الجمال، د.رمضان أبو السعود، د.نبيل سعدّ، مصادر وأحكام الالتزام- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2006.

24- د. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة - 1- المصادر، العقد و الإرادة المنفردة، ط 4، مطبعة دار الحياة، دمشق 1964.

25- د. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة - 2-، أحكام الالتزام في ذاته، الطبعة الأولى، مطبعة دار الحياة، دمشق 1964.

26- د. مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1999.

27- د. مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول : المدخل الفقهي العام، المجلد الأول، الطبعة السادسة، 1959، مطبعة جامعة دمشق.

28- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد - دراسة مقارنة في القانونين المصري الفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة .1988

29- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول: العقد، الطبعة الثالثة، المركز العربي للمطبوعات، بيروت 2003.

30- نبيلة إسماعيل رسلان، العلاقات القانونية الثلاثية، رسالة دكتوراة، جامعة طنطا، 1987.

31- د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مطبعة الإسكان العسكرية، الطبعة الثانية، 1987.

2- المراجع باللغة الفرنسية :

1-Chafik Chehata, Etudes de droit musulman, Volume I, PUF, Paris,1971.

2- H. Capitant, De la cause des obligations, Paris 1923.

3- Jacques FLOUR , Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, Les obligations, I, L'acte juridique, 10 éd., Armand Colin, Paris2002

4- Ch. Larroumet, Droit civil, Tome 3, Les obligations- Le contrat, 3ème édition, Economica- Delta, 1996.

5- P.Malaurie et L.Aynès, Obligations, Tome 2, Contrats et quasi-contrats, 11e édition, Paris 2001.

6- H., L., J. Mazeaud et F. Chbas, Leçons de droit civil, Obligations: théorie générale, 9e édition, Montchrestien 1998-Delta 2000.

7- Koo Soon Myoung, La rupture du contrat pour inexécution fautive en Droit coréen et en Droit français , LGDJ, Tome 255, Paris 1996.

8- Fawaz SALEH, L`exception d`inexécution en droit compare francais et syrien, Thèse de l`université de Toulouse 2000.

9- B.Starck, H.Roland et L.Boyer, Droit civil, Les obligations, 2-Contrat, 6ème édition, Litec, Paris 1998.

10- F.Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 8ème édition, Dalloz, Paris 2002.

11- G.Viney et P.Jourdain, Les conditions de la responsabilité, 2ème édition, Delta-LGDJ 1998.

12- Rapport au Présidant de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publié au JORF n°0035 du 11 février 2016.

Damascus University

اللجنة العلمية :

د. أيمن أبو العيال

د. زهير حرح

د. جودت الهندي

المدقق اللغوي

د. عبد النبي اصطيف

حقوق الطبع والترجمة والنشر محفوظة لمديرية الكتب والمطبوعات