

القانون المدني المقارن العقود والالتزامات

تأليف

الدكتور

محمد غانم يوسف

أ.م. في قسم القانون الخاص

الدكتور

مؤيد زريدان

أ. في قسم القانون الخاص

فصل تمهيدي

لمحة عن القانون المدني السوري والإسلامي

المبحث الأول

لمحة تاريخية عن مراحل تطور قواعد المعاملات المالية

شكلت الفتوحات الإسلامية انقلاباً اجتماعياً وقانونياً وسياسياً استرد به الشرق مجده السامي بعد أن اجتاحتها سطوة اليونان ومن بعدهم الرومان. ففي عهد الخلفاء الراشدين كان القضاة يبحثون عن الحكم في كتاب الله والسنة فإن لم يجدوا اجتهدوا بالرأي بعد البحث والتمحيص واستشارة الفقهاء، وفي عهد الخلافة الأموية لم يتقيد القضاة أيضاً بمذهب معين وإنما يلتزم بالكتاب والسنة والإجماع فإن لم يكن هناك إجماع اجتهد بالرأي.

ولكن في عهد الخلافة العباسية ظهرت المذاهب الفقهية الكبرى وانتشرت حركة الاجتهاد واستنباط الأحكام الفقهية في مختلف أرجاء الدولة الإسلامية. واختلف الفقهاء في مدى جواز طاعة ولي الأمر في الأحكام الاجتهادية، فمنهم من ذهب إلى رفض منحه حق إلزام الناس برأي اجتهادي معين لاحتماله الخطأ والصواب. حيث أراد أبو جعفر المنصور والرشيد حمل الناس على مذهب الإمام مالك فرفض. ومنهم من ذهب إلى جوازه إتباعاً لما جرى عليه العمل في عهد الخلفاء الراشدين.

^١ _ انظر: محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي، القاهرة، من دون ذكر تاريخ النشر، ص٣٣، عبد العزيز سمك _ عوامل ازدهار الفقه الإسلامي _ مجلة اتحاد الجامعات العربية _ كلية الحقوق/جامعة القاهرة _ عدد نيسان/٢٠٠٦، ص١٣.

ولكن ركود الفقه في عصر تفكك الدولة العباسية وما انتشر من خلافات سياسية ودويلات، والتعصب المذهبي، دفع بأهل العلم والفقه إلى سد باب الاجتهاد عن طريق الإجماع السكوتي منذ أواخر القرن الرابع الهجري، فالتزم القضاة بالرجوع إلى المؤلفات الفقهية في المذاهب الفقهية الأربعة .^٢

إلى أن أباح الفقهاء لولي الأمر حمل الناس على رأي فقهي معين في المسائل الاجتهادية تأسيساً على مبدأ تغير المصالح وتبدل الأحكام بتبدل الزمان، وهذا ما فعله الخلفاء العثمانيون الذين اتبعوا المذهب الحنفي، وأصدروا التشريعات المختلفة التي أطلق عليها منذ القرن السابع الهجري كلمة القانون (وتصدر بصورة فرمان أو الخط الشريف أو الخط الهمايوني أو الإرادة السنية) لتمييزها عن الشرع الحنيف أو الأدلة الشرعية . وبعد أن ضعفت الدولة العثمانية وتغلغل النفوذ الأجنبي فيها، واستعمار البلاد العربية، وإفتاء البعض للحكام باقتباس ونقل القوانين الأجنبية ، اضطرَّ العثمانيون في عام ١٨٣٩م إلى قبول طلب الدول الأوروبية بإصدار (خط كولخانه) المتضمن إنشاء محاكم نظامية تطبق قوانين منقولة عن قوانين أوربا، واقتصرت المحاكم الشرعية على مسائل الأحوال الشخصية، والانضمام إلى معاهدة باريس ١٨٥٦م التي تقضي بخضوع أطرافها في علاقاتها الدولية للقانون العام الأوربي ، فأصدرت عام ١٨٥٦ الخط الهمايوني بتكرار ما ورد في خط كولخانه والزيادة عليه بإصدار قوانين متأثرة بالقانون الفرنسي، فتمت

^٢ _ انظر: د صوفي أبو طالب _ تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية _ دار النهضة العربية _ ط٥ _ القاهرة ٢٠٠٦، ص ٢٥٦، د صبحي محمصاني _ فلسفة التشريع في الإسلام _ دار العلم للملايين _ ط٣ _ بيروت ١٩٦١، ص ٣٦.

^٣ _ انظر: د صبحي محمصاني _ المرجع السابق _ ص ١٨/١٧، وقد استعمل كلمة القانون أبو القاسم بن جزي من أهل غرناطة (٧٤١/٦٩٣هـ) في كتابه القوانين الفقهية، إلا أن هذا التمييز يجب ألا يفهم على أنه مستنداً لفصل الدين عن الدولة كما يذهب أصحاب الاتجاه العلماني ، باعتبار أن هذه القوانين (السياسة الشرعية) هي جزءاً لا يتجزأ من الشريعة الإسلامية، د صوفي أبو طالب _ تطبيق الشريعة الإسلامية _ ص ٢٤٠.

^٤ _ انظر: د صوفي أبو طالب _ المرجع السابق _ ص ٢٦٤/٢٦٥.

محاكاة الدول الأوروبية فقام بعض المثقفين بالثقافة الأوروبية بالتماس الإصلاح من أقرب وأيسر سبيل بالنقل والاقتباس عن قوانين أوروبا بعد أن انتشر قانون نابليون .

ولم ينجو من الاقتباس إلا قواعد المعاملات المالية حيث تم تقنين الأحكام الشرعية بإتباع الرأي الراجح في المذهب الحنفي في مجلة الأحكام العدلية العثمانية (١٢٩٣هـ/١٨٧٦م) التي اقتصر على أحكام المعاملات من دون العبادات والعقوبات .

وفي مصر ظلت الشريعة الإسلامية مطبقة منذ الفتح الإسلامي حتى عهد محمد علي باشا وخلفائه إلى أن ازداد النفوذ الإنكليزي والأوربي فأنشأت المحاكم المختلطة والأهلية للنظر في قضايا الأجانب، فصدر القانون المدني المختلط في ١٨٧٥/٦/٢٨ _ المستمد من القانون الفرنسي _ لتطبيقه المحاكم المختلطة. وفيما بعد تم تنظيم المحاكم الأهلية (الوطنية) وطبقت القانون المدني الأهلي الصادر ١٨٨٣/١٠/٢٨ ، واستمدت هذه التقنيات من القانون الفرنسي وبعض قوانين الدول الأوروبية .

وفي الأربعينيات في القرن الماضي تشكلت اللجان لإعادة النظر في القوانين وتعديلها فتعالت صيحات العلماء بوجوب اتخاذ الشريعة الإسلامية أساساً للتقنين معترضين على التشريع الحديث الذي أصبح أجنبياً عن البلاد، ثم شكلت لجان لدراسة وضع قانون مدني جديد فكان القانون المدني الجديد في مصر رقم ١٣١ تاريخ ١٩٤٨/٦/١٦ على أن يعمل به بتاريخ ١٩٤٩/١٠/١٥ ، و تم استقاء أحكامه من القانون الفرنسي والقضاء المصري و الشريعة الإسلامية .

^٥ _ من القوانين المتأثرة بالقانون الفرنسي أو المنقولة عنه ، قانون التجارة (١٨٥٠) قانون الأراضي وقانون الجزاء (١٨٥٨) قانون أصول المحاكمات التجارية (١٨٦١) وغيرها ، ولم ينج من هذا النقل سوى المعاملات المدنية التي قننت على المذهب الحنفي في مجلة الأحكام العدلية ، انظر : د صبحي محمصاني _ فلسفة التشريع في الإسلام _ ص ٨٤.

^٦ _ انظر : شرح مجلة الأحكام العدلية _ سليم رستم باز اللبناني _ طبع في عام ١٨٨٨ ثم أعيد طبعه مراراً _ دار العلم للجميع _ بيروت ٣/١٩٩٨ _ ص ٩/٨.

^٧ _ انظر : د صبحي محمصاني _ فلسفة التشريع في الإسلام _ ص ١١٤ ، معجم القانون _ مجمع اللغة العربية _ مصر _ الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية _ ١٩٩٩ _ ص ط.

^٨ _ انظر : د صبحي محمصاني _ فلسفة التشريع في الإسلام _ ص ١١٩ .

وكانت سوريا تخضع للقوانين العثمانية (ولاسيما مجلة الأحكام العدلية) حتى خلال فترة الاحتلال الفرنسي إضافةً إلى قانون الملكية العقارية الذي أصدرته سلطة الاحتلال الفرنسي بالقرار ٣٣٣٩ تاريخ ١٢/١١/١٩٣٠ وطبق في سوريا ولبنان، ثم صدر القانون المدني بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٨/٥/١٩٤٩، الذي ألغى مجلة الأحكام العدلية والقرار رقم ٣٣٣٩ وسائر القوانين العثمانية المخالفة للقانون المدني، وقد أخذ هذا القانون المدني معظم مواده من القانون المدني المصري أملاً في توحيد التشريع بين الأقطار العربية .

٩

^٩ - انظر: المذكر الإيضاحية للقانون المدني السوري رقم ٨٤ لعام ١٩٤٩ .

المبحث الثاني

التعريف بالقانون المدني

_ تعريف القانون المدني: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد المالية فيما بينهم أو مع الدولة من دون أن يكون للأخيرة امتيازات السيادة والسلطان. وقد صدر القانون المدني في سوريا كما أسلفنا بالمرسوم ٨٤ لعام ١٩٤٨.

لماذا قلنا: أن القانون المدني ينظم علاقات الأفراد المالية؟ لأن علاقات الأفراد إما أن تكون علاقات مالية كعقود البيع والشركة وغيرها. وإما أن تكون علاقات غير مالية أو أسرية أو عائلية كعقد الزواج والطلاق والحضانة والميراث إلخ.

فالمعاملات المالية ينظمها ما سمي بالقانون المدني Civil Law، أما العلاقات الأسرية ينظمها قانون الأحوال الشخصية (قانون العائلة Family Law).

وقد تفرع عن القانون المدني أو المعاملات المالية بعض القواعد خاصة بالعمل أو التجارة أو أصول المحاكمات أمام القضاء وغيرها من الفروع التي درسها الطلاب في مادة المدخل إلى علم القانون.

المبحث الثالث

نظرية الالتزامات

تُعَدُّ نظرية الالتزام من أهم وأضخم نظريات القانون لأنها تشتمل على القواعد والأحكام التي تنظم حقوق الأفراد المالية. ولم تسمى بنظرية الحقوق لأنَّ المسؤولية تقع على عاتق الملتزم بشكل أكبر في العلاقة المالية الشخصية بين الأطراف. وهذه العلاقات الشخصية ينشأ عنها الحق المالي الشخصي الذي يتميز عن الحق العيني والمعنوي، وبالتالي فإنَّ وضع القواعد القانونية يهدف إلى تعيين وتحديد مسؤولية الملتزم بشكل كبير . وفي إطار بحث نظرية الالتزامات لابد من التمهيد لها ببحث الحقوق المالية في المطلب الأول قبل أنْ نبحث في مفهوم الالتزام وعناصره في المطلب الثاني.

^١ _ يشار إلى أنَّ الفقه الإسلامي استخدم لفظ حقوق العقد للتعبير عن الالتزامات الناشئة عن رابطة الالتزام بين الأفراد. انظر: محمد حاتم البيّات، أئمن أبو العيال، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي (الالتزامات، العقد والإرادة المنفردة) منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٩/٢٠١٠، ص ٢١ مشيرين إلى مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ج٣، من دون ذكر دار النشر، ص ٥٠.

المطلب الأول

الحقوق المالية

لما كنا نتحدث عن الحقوق المالية فلا بد أن نعرف المال أولاً ثم ننتقل إلى مفهوم الحق وتقسيماته:

تعريف المال:

يعرّف المال في اصطلاح الفقه الإسلامي بأنه : كل ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً عادياً . سواء أكان عيناً أم منفعة، عند جمهور الفقهاء .^١
_ هل يُعدُّ الحق مالاً؟

الحق : هو منفعة أو مصلحة يقررها الشارع، وعرفه الدكتور مصطفى الزرقاء بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً ، ومن المعروف قانوناً أن هناك حقوق مالية أي تقوم بالمال ويمكن أن تكون محلاً للتعامل كحق الملكية وحق الانتفاع وحق

^١ _ انظر: الشيخ علي الخفيف _ أحكام المعاملات الشرعية _ دار الفكر العربي _ القاهرة ٢٠٠٥ ص ٢٨، محمد أبو زهرة _ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية _ دار الفكر العربي _ القاهرة ، ص ٤٧ .

^١ _ يشار أن السادة الحنفية (بخلاف الجمهور) بتعريفهم المال على أنه " ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة" قد أخرج المنافع من تعريف المال كونها معدومة وغير قابلة للادخار والحيازة كما في عقود الإيجار، هذا بالإضافة إلى هذا التعريف ناقص لا يشمل كل عناصر المال، فمن المال ما لا يذخر مع بقاء منفعته كما هي كخضار والفواكه، ومن المال ما لا يميل إليه الطبع ويبغضه كبعض الأدوية والسموم ومع ذلك فهي أموال، انظر: عبد العزيز سمك _ النظريات العامة في الفقه الإسلامي _ المال/الملكية/العقد _ دار النهضة العربية _ ط١ _ القاهرة ٢٠٠٩، ص ١٥ .

١ _ ^١ _ فالتعريف الأول ينظر للحق من جهة الموضوع، بينما التعريف الثاني ينظر للحق من حيث صاحبه، انظر: د عيسوي عيسوي _ الفقه الإسلامي/المدخل ونظرية العقد _ مطبعة دار التأليف _ ط٣ _ القاهرة ١٩٦١، ص ٢٣٤، على الخفيف _ أحكام المعاملات الشرعية ج٣ _ دار الفكر العربي _ القاهرة ٢٠٠٥، ص ٣٢ .

الارتفاق ، وحقوق شخصية غير ماثية لا تقوم بالمال كالحقوق الأسرية مثل حق الحضانة، وأيضاً الحقوق للصيقة بشخصية الإنسان كالحق في حرية التنقل والحياة والحرية... .

وتقسم الحقوق المالية إلى ثلاثة أنواع: الحقوق العينية، والحقوق الشخصية، والحقوق المعنوية أو الأدبية.

الفرع الأول

الحق العيني *Real Right*

يعرف الحق العيني على أنه اختصاص مقرر (أو سلطة مباشرة) لشخص على شيء مادي معين يستطيع أن يباشرها من دون واسطة؛ كحق مالك شقة أو أرض زراعية أو بضاعة معينة.

وهذا الحق له عدة ميزات:

- (١) يُعدُّ سلطة ترد على شيء مادي معين.
- (٢) يمارس هذا الحق من دون واسطة.
- (٣) يُعدُّ حقاً دائماً أي لا يسقط بالتقادم (مبدئياً).
- (٤) يكتسب بالتقادم، فقد تكتسب ملكية هذا الشيء من قبل الغير وفق قواعد الحياة بمرور مدة التقادم (باعتبار أن هذا الحق يرد على شيء مادي).

❖ **والحقوق العينية إما أن تكون أصلية أو تبعية:**

- (١) **الحقوق العينية الأصلية:** هي حقوق مستقلة بذاتها وأهمها :

^١ _ يشار إلى أن الحنفية لا يُعدون الحقوق المالية من الأموال لعدم إمكانية حيازتها بذاتها، وإن كانوا يجيزون بيع حقوق الارتفاق تبعاً للأرض وهذا يعني أنها متقومة بمال، انظر: د عبد العزيز سمك _ المرجع السابق _ ص ١٧.

^١ _ انظر المادة ٨٥ من القانون المدني السوري التي تعدد الحقوق العينية.

١ _ حق الملكية وهو أهم وأوسع الحقوق العينية كملكية البضائع أو ملكية العقارات، ويتألف هذا الحق من ثلاثة عناصر أو سلطات: سلطة التصرف (تسمى رقبة الشيء أي ذات الشيء) كالتنازل عن بضاعة ما، وسلطة الاستعمال كسكن شقة، وسلطة الاستغلال مثل تأجير أرض ما.

٢ _ حق الانتفاع وهو سلطة أو إمكانية تعطي لصاحبها عنصري الاستغلال والاستعمال ، ومن يملك حق الانتفاع فقط من دون الرقبة (عين الشيء) عليه أن يحافظ على الشيء ويعيده لصاحبة عند انتهاء الانتفاع، باعتبار أن حق الانتفاع هو حق مؤقت بطبيعته.

٣ _ ومن الحقوق العينية أيضاً حق الارتفاق الذي هو تكليف مفروض على عقار لمصلحة عقار مجاور. ويمنح هذا الحق صاحب العقار المجاور سلطة الاستعمال مثل حق مرور المشاة أو شرب المياه أو المطلات والشرفات.

٢) أما الحقوق العينية التبعية: وهي حقوق مقررة على أشياء معينة تكون وسيلة ضمان للوفاء بالتزام معين (حق شخصي)، وليس لها وجود مستقل، فهي تتبع دائماً حقاً شخصياً ترتبط به، وتكون ضامنة للوفاء بهذا الحق، ولهذا سميت تبعية ومنها حق الرهن الحيازي وحق التأمين العقاري، فالدائن يضع إشارة تأمين عقاري على عقار مدينة كوسيلة حتى يضمن استيفاء دين أو ثمن بضاعة أو أي التزام آخر.

وهذه الحقوق العينية التبعية تعطي لصاحبها حق الأولوية أو الرجحان وحق التتبع، فالأولوية تمنحه إمكانية استيفاء دينه قبل غيره من دائني مدينه. والتتبع يمكنه من ملاحقة الأشياء المرهونة أو المضمونة إذا خرجت من يده.

^١ _ يشار إلى كتب المعاملات في الفقه الإسلامي تشير إلى حق الانتفاع بلفظ المنفعة أو ملكية المنفعة، ونعتقد أن المقصود بالملكية هنا الاختصاص بالمنفعة، ويرى الحنفية وحدة هذين المصطلحين، في حين يفرق المالكية بين ملكية المنفعة التي تعطي صاحبها الانتفاع بالشيء هو أو غيره، وبين حق الانتفاع الذي هو رخصة بالانتفاع على المنتفع أن يتقيد بها. انظر: عبد العزيز سمك، المرجع السابق، ص ٥٥.

الفرع الثاني

الحق المعنوي (أو فكري أو الأدبي) *Intellectual Right*

يطلق الفقه القانوني على الحقوق التي ترد على أشياء معنوية غير مادية، مصطلح الحقوق المعنوية أو الأدبية، وهذه الأشياء المعنوية ليست ذات طابع واحد وإنما هي متعددة سواء أكانت أدبية أم تجارية، إلا أنَّ الاصطلاح القانوني درج على تعريف هذه الحقوق بشكل مجمل فعرفها على أنها:

اختصاص أو سلطة مقررة لشخص على شيء معنوي غير مادي، تخوله (هذه السلطة) أنَّ ينسب هذا الإنتاج الفكري إلى نفسه، وأن يحتكر استثماره مالياً خلال مدة محددة. كالمؤلفات والمخترعات والمبتكرات والعلامات الفارقة...الخ.

_ إلا أنَّ هذه السلطة لا تشمل ذات أو عين المؤلفات والمبتكرات والمخترعات بصورة مادية، إنما ترد على ما تحتويه هذه الأشياء الأخيرة؛ أي على مضمونها من أفكار أو وابتكارات واختراعات، ولهذا سمي هذا الحق بالحق المعنوي أو الفكري، لأنه يرد على شيء غير مادي أو غير محسوس .

¹⁷ _ WIPO، Understanding Industrial Property، WIPO Publication No. 895(E)، p4.

الفرع الثالث

الحق الشخصي *Personal Right* أو الالتزام *Obligation*

ويعرف الحق الشخصي أو الالتزام: بأنه رابطة بين شخصين يستطيع بموجبها الأول ويسمى الدائن أن يلزم الآخر ويسمى المدين على أداء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. والتكاليف والأعمال التي يمكن أن يلتزم بها الفرد في المجتمع والتي تثبت في ذمته للآخرين لا حصر لها، مثل التزام البائع بتسليم الشقة المباعة، التزام المقاول بإشادة البناء المتفق عليه، الالتزام بصناعة منتج معين.

وللالتزام في الفقه الإسلامي نفس المعنى فهو تصرف (قولي أو فعلي) يصدر من الشخص وهو مميز ويرتب الشارع أثراً عليه، سواء أكان هذا الأثر إنشاء حق شخصي أو عيني؛ فإذا كان التصرف ثنائياً فينشأ العقد Bilateral Contract كعقد البيع أو الإيجار، وإذا كان التصرف أحادياً نكون أمام ما يسمى بالإرادة المنفردة Unilateral Act كالوصية التي تتم بإرادة الموصي وحده. كما يشمل الالتزام أيضاً كل ما ينشأ عنه حق في نظر الشرع .

^١ _ انظر: مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار القلم ط١، دمشق عام ١٩٩٩، ص ٦٤.

المطلب الثاني

مفهوم الالتزام وعناصره

سوف نبين في هذا المطلب مفهوم الالتزام في الفرع الأول قبل بيان عنصريه في الفرع الثاني، ثم نشرح أنواع الالتزام في الفرع الثالث.

الفرع الأول

مفهوم الالتزام

حتى يتوضح لنا مفهوم الالتزام لا بد من بيان تعريف الالتزام أولاً قبل بحث طبيعة الالتزام ثانياً.

أولاً - تعريف الالتزام

يعرف الالتزام على أنه: هو تكليف أو عهدة، مفروض على المدين بموجب السبب الذي أدى إلى نشوئه من عقد أو فعل...، وهذا السبب المنشأ للالتزام يسمى مصدر الالتزام فيتعدد الالتزام بتعدد المصادر.

ويعرف الالتزام عند فقهاء القانون بذات تعريف الحق الشخصي المذكور سابقاً على أنه رابطة بين شخصين...، إلا أننا نرى أن يكون له تعريفاً متميزاً، لأنه وإن كان ينشأ عن ذات رابطة الدائنية _ التي عنها أيضاً ينشأ الحق الشخصي _ إلا أنه يقف على نقيض الحق الشخصي أو على الجانب الآخر من علاقة أو رابطة الدائنية بين الدائن والمدين أو بين الملتزم والملتزم له. فالحق الشخصي يمثل الجانب الإيجابي من الرابطة أو العلاقة فهو إذاً كما عرف الدكتور مصطفى الزرقاء "مطلب يقره الشرع لشخص على آخر". أما الالتزام فيمثل الجانب السلبي من العلاقة بين الأشخاص فهو تكليف يقره

^١ _ انظر: المرجع السابق، ص ٩٤.

الشرع أو القانون مفروض على شخص لمصلحة آخر. وهذا التكليف يكون بصورة متعددة التزام بأداء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ما. الالتزام بأداء شيء مثل: دفع دين أو مبلغ مالي أو تسليم شقة، والالتزام بعمل مثل: نقل بضاعة أو إشادة بناء، أما الالتزام بالامتناع عن عمل مثل: الامتناع عن تعلية بناء عن حد معين أو الامتناع عن فتح محل مجاور للملتزم له.

ثانياً _ طبيعة الالتزام

١ _ طبيعة الالتزام في الفقه القانوني

هناك نظريتان بحثتا في طبيعة الالتزام المدني، الأولى هي النظرية الشخصية: وهي رومانية الأصل وتبناها بعض المفكرين الفرنسيين، وترى بأن الالتزام هو رابطة بين شخصين وسلطة لأحدهما على الآخر لا تنفك إلا بالتنفيذ. وذلك لأن الفكر الروماني القانوني كان يرى في الالتزام على أنه عبء وسلطة مفروضة على جسم المدين لا تزول إلى بالوفاء وإلا يحق للدائن حبس أو استرقاق أو قتل المدين. ولم يلغ حبس المدين لقاء الدين في فرنسا إلا حديثاً.

والنظرية الثانية هي النظرية المادية نشأت في ألمانيا وتتنظر إلى الالتزام على أنه تكليف ذو قيمة مالية، وبالتالي لا تهتم بالسلطة الشخصية بين الملتزم والملتزم له؛ بنقول بأن الالتزام يمكن أن ينتقل من شخص إلى آخر عن طريق الحوالة، كما يمكن أن ينشأ التزام من دون ملتزم له (دائن) ابتداءً، ومثاله السند التجاري الذي يتعهد فيه شخص بأداء مبلغ لحامله فينشأ بوجود مدين في البداية من دون الدائن، ولكن قطعاً عند التنفيذ لا بد من دائن يستوفي الدين. ومن أمثلته أيضاً التزام الشخص بمنح جائزة لمن يقوم بعمل معين، حيث ينشأ الالتزام ابتداءً بوجود مدين من دون دائن.

٢ _ طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي

لما كان الفقه الإسلامي ينهل من شريعة الله الخبير العليم، فهو يقوم دائماً على الاعتدال من دون تقييد. حيث نظر الفقه الإسلامي إلى الالتزام على أنه سلطة ورابطة بين

شخصين فأجاز إجبار المدين على تنفيذ الالتزام عن طريق الحبس سنداً لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: " **مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليّ فليتبع** " .
فالمماطلة إذا وقعت من الغني هي ظلم وضرر يستوجب الحبس والإكراه للوفاء بالالتزام. ولكن المفلس أو المعسر لا يحبس ويجب انتظاره حتى المقدرة لقول الله تعالى عز وجل:
" **وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة** " .^١

ويشار إلى أنّ القانون السوري لم يأخذ بحبس المدين لعدم وفائه بالدين إلا في حالات حددتها المادة ٤٦٠ من قانون أصول المحاكمات السوري وهي: دين النفقة، ومهر الزوجة، وتسليم الولد إلى من عهد إليه بحفظه وتأمين إراءة الصغير والتعويض الجزائي، واسترجاع البائنة.

من جهة أخرى يتفق الفقه الإسلامي مع المذهب المادي، فأجاز الحوالة سواء أكانت حوالة حق أم دين، وقد أشار الحديث السابق للحوالة بقوله عليه الصلاة والسلام (إذا أُتبع) أي إذا أُحيل الدائن على شخص ذو ملاءة فيجب الالتزام بها بشرط رضا الشخص الثالث المحال عليه (م ٦٨٤ مجلة الأحكام العدلية). والحوالة عند جمهور الفقهاء المسلمين تنقل الدين والمطالبة، أي المديونية والمسؤولية ولا يعود من الجائر للمحال أنّ يرجع على المحيل حتى ولو لم يتمكن من استيفاء دينه لسبب أو لآخر. في حين يُبقى الاجتهاد الحنفي على عنصر المسؤولية لدى المحيل، فيبقى الأخير مرتبطاً بالرابطة الشخصية بينه وبين المحال حيث يحق للمحال الرجوع على المحيل ولكن فقط في حالة توى الدين أي تعذر استيفاء الدين من قبل المحال له نظراً لهلاكه أو إفسار المحال عليه، فيبقى المحيل ضامناً للدين على الرغم من الحوالة .^٢

^٢ _ انظر: صحيح مسلم، ٢٩٣٢، صحيح البخاري، ٢١٣٥، دار ابن كثير، بيروت، ط ٣ نسخة الكترونية.

^٢ _ سورة البقرة، الآية ٢٨٠.

^٢ _ انظر: المادة ٦٩٠ من مجلة الأحكام العدلية، وراجع علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، مجلد ٢، دار عالم الكتب، السعودية ٢٠٠٣، طبعة خاصة من دار الجيل بيروت، ص ٣٥ وما بعدها. أيضاً مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام، ص ٦٧ وما بعدها.

الفرع الثاني

عناصر الالتزام

هناك عنصران للالتزام: عنصر المديونية وعنصر المسؤولية.

أولاً _ عنصر المديونية

ويعني الوجوب أو الواجب، أي ثبوت الدين أو العهدة في ذمة الملتزم المدين. وهذا العنصر لا يعطي سلطة أو إمكانية إجبار المدين على تنفيذ التزامه.

ثانياً _ عنصر المسؤولية

ويعني الوجوب والإلزام الذي يفرض بحق المدين الملتزم جبراً عن طريق القضاء، إذا لم يحم بالوفاء طوعاً.

والأصل في الالتزام المدني أن يكون التزاماً قانونياً كاملاً فيجمع بين العنصرين معاً فتكون ذمة المدين _ سواء أكان مقترضاً (مدين بالقرض) أم مشتركياً (مدين بالثمن) أم مستأجراً (مدين بالأجرة) _ مشغولة بالدين، كما يحق للدائن أن يجبر المدين عن طريق القضاء لتنفيذ التزامه بموجب عنصر المسؤولية.

ويمكن أن يكون الالتزام المدني ناقصاً؛ فيقتصر على أحد العنصرين من دون الآخر. فيمكن أن يوجد عنصر المديونية من دون المسؤولية، فتكون ذمة المدين الملتزم مشغولة بأداء الدين أو تنفيذ الالتزام من دون أن يستطاع إجباره قضاء على التنفيذ. ومثاله حالة سقوط الدين بالتقادم _ أي بمرور زمن معين على استحقاقه من دون أن يطالب به الدائن _ فيسقط عنصر المسؤولية حيث يتعذر إقامة الدعوى للمطالبة بتنفيذ الالتزام، ولكن يبقى عنصر المديونية وعندها يسمى الالتزام التزاماً طبيعياً باقياً في ذمة المدين فإذا وفى به عندها يكون وفائه صحيحاً ولا يجوز له أن يطالب الدائن باسترداده.

كما يمكن أن يوجد عنصر المسؤولية من دون المديونية؛ وهي حالة الكفيل الذي يضمن ويكفل أداء الدين فتصبح ذمته المالية مثقلة بالتزام ناقص يقوم على عنصر المسؤولية، فيمكن الادعاء عليه واستيفاء الدين قضاءً إذا تعذر استيفاؤه من المدين الأصلي.

الفرع الثالث

أنواع الالتزام

تختلف أنواع الالتزام بحسب النظر إلى الالتزام من حيث موضوعه أم من حيث الإلزام به، فتوجد لدينا أنواع الالتزام من حيث موضع الالتزام، وأخرى من حيث نوعية الالتزام به وأثره.

أولاً _ أنواع الالتزامات من حيث الموضوع

أ _ أنواع الالتزامات في القانون المدني السوري

يقسم الالتزام من حيث موضوعه أو ما يؤديه الملتزم إلى التزام نقدي والتزام بقيمة والتزام عيني. والالتزام العيني يقسم بدوره إلى التزام بإعطاء شيء والتزام بعمل والتزام بامتناع عن عمل.

١ _ الالتزام بإعطاء شيء: نصّ عليه القانون المدني السوري في المواد ٢٠٥ إلى ٢٠٨. ويتجلى في التزام المدين بنقل أو إنشاء حق عيني على شيء؛ ومثاله: في عقد البيع، على البائع التزام بنقل ملكية الشيء المباع إلى المشتري وبالمقابل يكون المشتري ملتزم بدفع الثمن إلى البائع.

ويشار إلى أنّ المادة (٢٠٥ م س) ونصّها وفق الآتي " الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر، ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك من دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل."

فُعِدَت هذه المادة أنّ نقل الملكية يتم من تلقاء ذاته إذا كان الشيء معيناً بالذات كبيع لوحة فنية أو سيارة أو عقار إلا أنّ الالتزام إذا ورد على عقار فلا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل في السجل العقاري.

أما إذا كان الشيء معين بالنوع وهذا ما ذكرته المادة ٢٠٦ م س " ١ . إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء .

٢ . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أنّ يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين، بعد استئذان القاضي، أو من دون استئذانه في حالة الاستعجال.

كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض

"

فلا تنتقل الملكية بالشيء المعين بالنوع إلا بإفراز هذا الشيء، وذلك حتى يتعين ويتحدد ملك المشتري فيستقل عن أشياء البائع ويتعين الشيء المثلي بالوزن كالرز والسكر، أو بالعد مثل الكمبيوتر أو الكرسي، أو بالقياس كالقماش.

٢ _ الالتزام بعمل: نص عليه القانون المدني السوري في المواد ٢٠٩ إلى ٢١٢.

فنصت المادة ٢٠٩ " في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين"

حيث يلتزم المدين بالقيام بعمل ببذل جهد مادي لمصلحة الدائن ومثاله التزام المقاول بالبناء في عقد المقاولة. وإذا كان هذا العمل الملزم به مما يجب تنفيذه من شخص بعينه فيحق للدائن أن يرفض التنفيذ من غيره، ومثاله التزام طبيب جراح مختص بإجراء عمل جراحي معين فلا يجوز لأي طبيب غيره أن يقوم به.

٣ _ الالتزام بالامتناع عن عمل: ونص عليه القانون المدني السوري بالمادة ٢١٣ " 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."

حيث يلتزم المدين تجاه الدائن بالامتناع عن القيام بعمل محدد يتفق عليه الطرفان. ومثاله التزام الجار بعدم فتح مطل أو تعليه جدار أو التزام بائع المتجر بعدم منافسة المشتري خلال مدة معينة. كما يمكن ذكر في هذا السياق التزام المدين بالالتزام بعدم منافسة الدائن بالالتزام في مجال من مجالات العمل كالتزام العامل بمنافسة رب العمل في مجال العمل الذي يقوم به.

٤ _ الالتزام النقدي: هو الالتزام الذي ينصب على مبلغ نقدي يلتزم به المدين تجاه الدائن.

وهناك من يدخل الالتزام النقدي من ضمن الالتزام بإعطاء ، إلا أنَّ الالتزام النقدي قد^٣ يرافقه انخفاض أو ارتفاع في القوة الشرائية للعملة الملتزم بها، ولهذا نصَّ القانون المدني السوري في المادة ١٣٥ (١٣٤ مصري) على أنَّه " إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد من دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر، ما لم ينصَّ القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي"

وإذا كان محل الالتزام مبلغ نقدي وتأخر المدين في الوفاء به فنصَّ المشرع السوري في (المادة ٢٢٧) على التزام المدين بأن يدفع على سبيل التعويض عن التأخير فوائد مقدارها ٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية، وتسري الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية.

٥ _ **الالتزام بالقيمة:** حيث يلتزم المدين بدفع مبلغ نقدي، لكن هذا مقدار هذا المبلغ لا يتحدد عند نشوء الالتزام إنما عند الوفاء، وبذلك يتخلص الدائن من مخاطر انخفاض القوة الاقتصادية للعملة الملتزم بها. ومثاله التزام مرتكب الفعل الضار بالتعويض للمضرور حيث تتحدد قيمة التعويض أو مقداره بحسب الضرر يوم الحكم، كذلك التزام المدين بتأمين حاجات الزوجة أو الأقارب المعيشية وهذه الأخيرة تختلف بحسب مستوى المعيشة .

ب _ أنواع الالتزام في القانون الفرنسي

١ _ قبل تعديل القانون المدني الفرنسي

كان القانون الفرنسي يعتمد تقسيم القوانين الرومانية، وكانت تكمن الفائدة الرئيسية في التمييز بين الالتزامات بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، في طرائق التنفيذ الجبري لهذه الأنواع من الالتزامات.

^٢ _ د. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات (العقد)، مجلد ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ١٨.

^٢ _ د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٢١.

حيث كانت المادة ١١٤٢ من القانون المدني الفرنسي تشترط أن: "أي التزام بالقيام بعمل أو عدم القيام به يترتب التعويض في حال عدم الأداء من جانب المدين".
والمادة ١١٤٣ ج. من القانون المدني الفرنسي قضت بأنه "ومع ذلك، يحق للدائن أن يطلب اتلاف ما كان تم من عمل مخالف للالتزام؛ ويجوز له أن يتلفها على نفقة المدين، من دون الإخلال بالتعويضات أن وجدت".
أما المادة ١١٤٥ تنص على: "إذا كان الالتزام بعدم القيام بعمل، فمن يخالف ذلك فهو مدين بالتعويضات بمجرد عدم قيامه بالعمل"

ويبدو من هذه الأحكام أن أساليب التنفيذ الجبري كانت مختلفة، اعتماداً على ما إذا كان هناك التزام بالقيام بعمل، أو عدم القيام بعمل.

٢ _ وبعد تعديل القانون المدني الفرنسي

تخلى التعديل الجديد قانون ١٠ شباط ٢٠١٦ المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات، عن التمييز بين الالتزام بإعطاء شيء والقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ولم يعد يشير إلى هذا التمييز.

وأعطى القانون الفرنسي الجديد للدائن بالالتزام عدة خيارات في حال إخلال الطرف الآخر بالتزامه فنصت المادة ١٢١٧ م ف على أنه "يمكن للطرف الذي لم يُنفذ التعهد المعقود لصالحه، (أي الطرف المتضرر)، أو تم تنفيذه بشكل منقوص أن:

- (١) يرفض تنفيذ التزامه أو يوقف تنفيذه.
 - (٢) يتابع التنفيذ الجبري العيني للالتزام.
 - (٣) يطلب تخفيض الثمن.
 - (٤) يعمل على فسخ العقد.
 - (٥) يطلب التعويض عما ترتب من نتائج عن عدم التنفيذ.
- ويمكن الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، ويجوز دائماً إضافة التعويض إليها".

^٢ _ ترجمة المادة من د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي، ط١، بيروت ٢٠١٨، ص ٩٤.

بالمقابل جعل القانون الفرنسي الجديد من التنفيذ العيني قاعدة بعد أن كان مجرد استثناء. حيث نصت المادة ١٢٢١ من القانون المدني الجديد بهذا المعنى على ما يلي:

"يحق للدائن بالالتزام معين، بعد إعدار المدين، المطالبة بالتنفيذ العيني ما لم يكن هذا التنفيذ مستحيلاً أو إذا كان هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته للدائن".^٦

بالتالي، أضحى التنفيذ العيني ممكناً لجميع الالتزامات، بما في ذلك ما يتعلق بالوعد بالبيع. ولا يجوز للقاضي النظر في التعويض إلا إذا كان التنفيذ العيني غير ممكناً. بالإضافة إلى ذلك، توفر المادة ١٢٢٢ من القانون المدني الفرنسي الجديد للقاضي إمكانية السماح للدائن بالحصول على الأداء المستحق من قبل طرف ثالث أو إتلاف ما تم إنجازه إذا كان منفذاً بما يخالف ما نص عليه الالتزام:

"يحق للدائن أيضاً بعد إعدار المدين، وخلال مدة وبكلفة معقولتين، أن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام أو يمكنه بتفويض مسبق من القاضي أن يزيل ما تم القيام به من مخالفة للالتزام. كما يجوز للدائن في هذه الحالة أن يطلب من المدين رد المبالغ التي أنفقها لهذا الغرض.

ويمكن للدائن أيضاً أن يطلب في القضاء إلزام المدين بتعجيل المبالغ اللازمة لهذا التنفيذ العيني أو هذه الإزالة".

^٦ _ الترجمة للمادة من كتاب د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٩٦.

ثانياً _ أنواع الالتزامات من حيث أثرها أو تنفيذها

تقسم الالتزامات من حيث تحقيق الآثار المترتبة عليها إلى الالتزام ببذل غاية والالتزام بتحقيق عناية.

١ _ الالتزام بتحقيق غاية

الأصل في تنفيذ الالتزام أن يحقق الغاية المنشودة في الاتفاق الجاري بين طرفي العقد. وفي هذا النوع من الالتزام يتعهد المدين بالقيام بعمل أو أداء محدد لمصلحة الدائن. مثاله التزام الناقل بتوصيل بضاعة للدائن إلى المكان المتفق عليه، والالتزام بالمقاول بإشادة بناء.

٢ _ الالتزام ببذل العناية

في الالتزام بعناية خلافاً للالتزام بغاية، لا يتعهد أو يلتزم المدين بتحقيق النتيجة المرجوة أو المبتغاة من الدائن، إنما يسعى إلى تحقيقها. وبالتالي يلتزم المدين ببذل الجهد والعناية المناسبين لتحقيق هذه النتيجة، والمعيار في بذل العناية المناسبة هو معيار الرجل المعتاد الذي يوجد في ذات الظروف التي وجد فيها المدين (المسؤول). مثاله: التزام الطبيب فهو يلتزم بتقديم العلاج أو إجراء العمل الجراحي من دون الالتزام بشفاء المريض حتماً، فإذا لحق بالمريض أي ضرر فيقاس عمله إلى عمل الطبيب المعتاد الذي يوجد في ذات ظروف الطبيب المسؤول، فيتم التحقق فيما إذا التزم الطبيب بتقديم خبرته وبذل عنايته وفق الأصول والقواعد العلمية الطبية من دون إهمال أو تقصير أم لا. وكذلك مثاله التزام المحامي فهو يلتزم بالدفاع عن موكله والمرافعة أمام القضاء وفق القواعد القانونية والقضائية من دون أن يلتزم بربح الدعوى.

وأهمية هذا التقسيم:

_ أنه في الالتزام بغاية تترتب مسؤولية المدين بمجرد عدم تحقق النتيجة المتفق عليها عندها يعد المدين مخطئاً، وبالتالي مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي لحق بالدائن من دون حاجة إلى إثبات هذا الخطأ، حيث يثبت الدائن فقط أن الغاية المتفق عليها لم تتحقق وأن الضرر قد لحق به جراء ذلك.

وإذا تحققت المسؤولية المدنية العقدية هنا لا يستطيع المسؤول التخلص من التزامه إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي يتوافر في ثلاث حالات هي القوة القاهرة كغرق البضاعة التي ينقلها الناقل نتيجة السيول، أو خطأ الغير كقيام مجموعة من اللصوص بسرقة سيارة البضاعة، أو خطأ المضرور كأن يكون المدين قد أخطأ وأهمل وضع البضاعة في برادات مناسبة مما أدى إلى تلفها في مخازنه وليس خلال عملية النقل.

_ أما في الالتزام بعناية تترتب مسؤولية المدين بإثبات الدائن أنَّ المدين لم يبذل العناية المعقولة وفق معيار الرجل المعتاد ووفق الأنظمة والقواعد القانونية مما أدى إلى إلحاق الضرر بالدائن. وبالتالي يقع على عاتق الدائن إثبات خطأ المدين لتحمله المسؤولية ومطالبته بالتعويض. ويستطيع الدائن نفي المسؤولية بإثبات عكس ذلك بأنه قام بالالتزام المترتب عليه وفق العناية المطلوبة من غير تقصير أو إهمال، أو بإثبات السبب الأجنبي الذي حال من دون تنفيذ الالتزام.

٣ _ الالتزام بغاية والالتزام بعناية في القانون الفرنسي

إن التمييز بين الالتزام بعناية أو وسيلة والالتزام بغاية أو بنتيجة يشير على الفور إلى التمييز بين المادتين القديمتين ١١٣٧ و ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي.

أ _ من حيث الالتزام بعناية أو بوسيلة: لتحقق مسؤولية المدين، يجب أن نثبت أنَّ الأخير قد ارتكب خطأ، وهذا بسبب إهماله أو تهوره، ولم يستخدم الوسائل كُلِّها المتاحة له لتحقيق النتيجة الموعودة. هذه القاعدة ليست سوى تلك المنصوص عليها في المادة ١١٣٧ من القانون المدني .

ب _ من حيث الالتزام بغاية أو بنتيجة: من غير المهم أنَّ يكون المدين قد ارتكب خطأ، وأن مسؤوليته تأتي من مجرد عدم تحقق النتيجة حتى نقول بأن هناك خرق للعقد. هنا نجد القاعدة التي تم النص عليها في المادة ١١٤٧ من القانون المدني. والسؤال الذي يطرح نفسه بعد ذلك هو كيفية تحديد ما إذا كان الالتزام بوسيلة أو بنتيجة.

²Ph. REMY, « LA "RESPONSABILITE CONTRACTUELLE": HISTOIRE D'UN FAUX CONCEPT », RTD CIV. 1997. 323, NO 4

ـ معايير التمييز :

في حالة عدم وجود مؤشرات نصية، ينبغي الإشارة إلى السوابق القضائية التي يتم تحديدها من خلال مجموعة من المؤشرات.

في الواقع، يستخدم القاضي عدة معايير لتحديد ما إذا كان هناك التزام بنتيجة أو وسيلة :^٨

1 . إرادة الأطراف

يعتمد التمييز بين الالتزام بالنتائج والوسائل على طبيعة ونطاق الالتزام الذي قطعه المدين تجاه الدائن. لذلك يجب فهم شروط الالتزام في ضوء بنود العقد، وحيثما ينطبق ذلك مع نصوص القانون.

في حالة صمت العقد، يمكن للقاضي الرجوع إلى القانون الذي، في بعض الأحيان، يقرر ما إذا كان الالتزام وسيلة (عناية) أو نتيجة (غاية).

على سبيل المثال، في الأمور المتعلقة بالوكالة، تنص المادة ١٩٩١ من القانون المدني الفرنسي على أنَّ "الوكيل ملزم بالقيام بالوكالة طالما ظل مسؤولاً عنها، ويكون مسؤولاً عن الأضرار التي قد تتجم عن عدم أدائه". لذلك فهو التزام بالنتائج التي تؤثر على الوكيل .^٩

2 . طبيعة العقد أو الخدمة المقدمة

يكون الالتزام بنتيجة عندما تكون السيطرة كاملة للمدين على تنفيذ الخدمة المستحقة. في المقابل، يكون الالتزام بوسيلة أو بعناية، عندما يكون هناك احتمال فيما يتعلق بتحقيق

²⁸Civ. 3^e, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ. III*, n° 262; *RTD civ.* 2003. 290, obs. J. Mestre et B. Fages; *RTD civ.* 2003. 383, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2003. 575, obs. R. Libchaber

²⁹M. MEKKI, « LA DISTINCTION ENTRE ACTE JURIDIQUE ET ACTE MATERIEL A L'AUNE DU CONTRAT DE MANDAT », DANS B. REMY (DIR.), *LE MANDAT EN QUESTION*, BRUYLANT (BRUXELLES), 2013, P. 13 S., SPEC. NOS 30 S.

النتيجة الموعودة في الممارسة العملية، تكون الالتزامات التي تتطوي على إجراء مادي على شيء مؤهلة إلى حد ما لتكون التزاما بنتيجة .
وعلى العكس من ذلك، لا يترتب على الطبيب الالتزام بالشفاء (والذي سيكون التزاماً بتحقيق النتائج) بل بالعلاج (التزام بالوسائل).
والسبب هو أن الطبيب لا يتمتع بالسيطرة الكاملة على الخدمة المعقدة التي يقدمها.

3. دور نشط / سلبي للدائن

يكون الالتزام بوسيلة عندما يلعب الدائن دوراً نشطاً في تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتق المدين. من ناحية أخرى، يكون الالتزام بنتيجة، إذا لم يتدخل الدائن أدى استخدام حزمة المؤشرات السابقة إلى جعل الاجتهادات القضائية تؤدي إلى تفكيك الالتزامات الرئيسية وفقاً لما إذا كانت من حيث الوسائل أم كنتيجة.
ومع ذلك، يكشف فحص الاجتهادات القضائية أن هذا الانقسام بين التزامات الوسائل والالتزامات بنتيجة ليس دائماً واضحاً .

في الواقع العملي، هناك بعض الالتزامات التي قد تمتد إلى الفئتين، والفقهاء القانونيين في بعض الأحيان يعترف بأنه يمكن إعفاء المدين بالتزام نتيجة من مسؤوليته إذا أثبت أنه لم يرتكب أي خطأ .

³⁰ M.-P. BAUDIN-MAURIN, « POUR UNE APPROCHE EMPIRIQUE DE LA NOTION D'OBLIGATION ESSENTIELLE DU CONTRAT », RRJ 2002. 1859

Civ. 3^e, 6 déc. 1995, n° 93-21.260, *Bull. civ.* III, n° 250; *RTD civ.* 1996. 901, obs. J. Mestre – Com. 3 janv. 1996, n° 94-12.314, NP, *RTD civ.* 1996. 901, obs. J. Mestre – Com. 16 janv. 1996, n° 94-13.653, *Bull. civ.* IV, n° 21; *RTD civ.* 1996. 901, obs. J. Mestre – Civ. 1^{re}, 12 juill. 2001, n° 98-21.591, *Bull. civ.* I, n° 224; *RTD com.* 2001. 1063, obs. Ph. Delebecque – Com. 4 janv. 2005, n° 03-17.677, *Bull. civ.* IV, n° 5 – Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, n° 03-12.496, *Bull. civ.* I, n° 203; *RTD civ.* 2005. 778.

³¹ PH. JESTAZ, « LE CONTRAT ET LA LOI », DANS AUTOUR DU DROIT CIVIL. ÉCRITS DISPERSÉS. IDÉES CONVERGENTES, DALLOZ, 2005, P. 397.

بالنسبة لهذه الالتزامات، نتحدث عن التزامات بنتيجة مخففة أو التزام بوسيلة مشددة. لذلك يجب التمييز بين ثلاثة أنواع من الروابط.

1 . التزامات النتيجة

تشمل الالتزامات بتحقيق النتائج ما يلي:

- الالتزام بدفع الثمن، الموجود في معظم العقود (البيع، تأجير العمل، التأجير، إلخ)
- الالتزام بإعطاء شيء مثل ما ينص عليه عقد البيع
- الالتزام بتصنيع الشيء المتفق عليه في عقد إيجار العمل
- الالتزام بإعادة الشيء من حيث عقد الوديعة أو الرهن أو القرض
- الالتزام بإتاحة الشيء وضمان تمتع الدائن به، في مسائل عقود الإيجار
- الالتزام بنقل البضائع أو الأشخاص فيما يتعلق بعقد النقل
- الالتزام بالسلامة عند إرفاقه بعقد نقل الركاب.

2 . التزامات النتيجة المخففة أو الوسيلة المشددة

في بعض الأحيان، تقبل الاجتهادات القضائية أنه يمكن إعفاء المدين بالتزام بنتيجة من مسؤوليته. للقيام بذلك، يجب عليه عكس افتراض المسؤولية عن طريق إظهار أنه قام بالتزامه من دون ارتكاب أي خطأ. هذا هو الحال بالنسبة لـ:

الالتزام بالحفاظ على الشيء في عقد الإيداع
الالتزام الذي يثقل كاهل المستأجر فيما يتعلق بتأجير الممتلكات غير المنقولة والذي بموجب المادة ١٧٣٢ من القانون المدني، "يكون مسؤولاً عن التدهور أو الخسائر التي تحدث أثناء التمتع به، ما لم يثبت أن ذلك وقع من دون خطأ منه "
الالتزام بالإصلاح الذي يقع على عاتق الميكانيكي وبشكل أعم أي محترف يقدم خدمة إصلاح للبضائع.

الالتزام الذي يقع على عاتق الناقل، في مسائل النقل البحري، "المسؤول عن وفاة أو إصابة المسافرين بسبب الغرق أو الاصطدام أو التأريض أو الانفجار أو الحريق، ما لم

يثبت أنّ الحادث ليس بسبب خطأه أو خطأ من موظفيه " (4-5421 L. من رمز النقل) ٣ ٣

3. التزامات بوسيلة أو عناية

في التحليل، تكون الالتزامات بوسيلة حاضرة بشكل خاص، إما في العقود التي تتعلق بتوفير الخدمات الفكرية، أو عندما تكون النتيجة المتفق عليها بين الطرفين قابلة للاحتمال.

أيضاً، من بين الالتزامات بوسيلة:

الالتزام الذي يتقّل كاهل الطبيب في علاج مريضه، الذي لا يتحمل أي التزام بالعلاج. على سبيل الاستثناء، ينشأ التزام الطبيب عندما يبيع المعدات الطبية لمريضه الذي يحق له بشكل شرعي توقع أنّ يعمل هذا الجهاز. الأمر نفسه ينطبق على التزام الاعلام الذي يتقّل كاهل الطبيب، وإثبات وفاء هذا الالتزام لإعفائه من المسؤولية. الالتزام الذي يتقّل كاهل الطرف الذي يقدم خدمة فكرية، مثل الخبير والمحامي.

مصدر التمييز بعد تعديل قانون الالتزامات (القانون الفرنسي الجديد)

عند قراءة التعديل الفرنسي ١٠ شباط ٢٠١٦، نكتشف أنّ التمييز بين الالتزامات بوسيلة (بعناية) والالتزامات بغاية لم يأت على ذكرها المشرع الفرنسي، على الأقل بشكل رسمي. هل هذا يعني أنّ هذا التمييز قد تم التخلي عنه، بحيث لم يعد من الضروري النظر في مسؤولية المدين وفقاً لما إذا كان خرق العقد يتعلق بالتزام بنتيجة أو وسيلة؟

³³Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, *Bull. ch. Mixte*, n° [à paraître]; D. 2017. Chron. 793, note B. Fauvarque-Cosson; *AJ contrat* 2017. 175, obs. D. Houtcieff; *JCP* 2017. 305, avis B. Sturbise, pose implicitement les grandes lignes de l'articulation entre droit général et droit spécial.

من تحليل نصوص القانون الفرنسي بعد التعديل. تبين أنه يجوز لمحكمة النقض أن تحافظ على التمييز على أساس المادتين الجديتين ١٢٣١ و ١١٩٧ من القانون المدني، اللتين تكرران على التوالي المادتين القديمتين ١١٤٧ و ١١٣٧ .

لكي نكون مقتنعين، يكفي أن نقارنهم:

فيما يتعلق بالمادتين ١٢٣١ و ١١٤٧

تنص المادة ١١٤٧ القديمة على أن "يلتزم المدين، إذا لزم الأمر، بدفع التعويض، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب تأخر التنفيذ، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب أجنبي عنه ولا يوجد سوء نية من قبله. "

تنص المادة ١-١٢٣١ الجديدة على أن "يلتزم المدين، إذا لزم الأمر، بدفع التعويض، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو للتأخير في التنفيذ، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ للالتزام كان بسبب القوة القاهرة".

فهاتين المادتين تبحثان الالتزام بغاية أو نتيجة.

أما المادتان ١١٩٧ و ١١٣٧: فتبحثان في الالتزام بوسيلة أو بعناية:

المادة ١١٣٧ القديمة تنص على أن "الالتزام بضمان الحفاظ على الشيء، سواء أكان لمنفعة طرف أم لمنفعة الطرفين، يلتزم المدين المسؤول في هذا الالتزام بأن يقدم كل العناية المعقولة".

بينما تنص المادة ١١٩٧ الجديدة على أن "الالتزام بتسليم الشيء يعني الالتزام بالمحافظة عليه حتى تسليمه، مع العناية به عناية الشخص العادي. "

المبحث الرابع

موقع نظرية الالتزامات في القانون المدني

³⁴T. GENICON ET Y.-M. LAITHIER, REFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU REGIME GENERAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS, LEXISNEXIS, 2016, P. 365 S.

القانون المدني السوري ضم عدة مواضيع فهو يتألف من باب تمهيدي وقسمين: الباب التمهيدي يشتمل على نظرية القانون والحق، ويبحث في الشَّخص صاحب الحق (الشَّخص الطبيعي والنظري).

والقسم الأول: يتناول الحقوق الشخصية والالتزامات. وهذا القسم يتضمن كتابين: الكتاب الأول يبيِّن الحقوق والالتزامات وفق نظرية عامة، أما الكتاب الثاني فخصص للعقود المسماة على نحو تفصيلي.

أما القسم الثاني: فيبحث في الحقوق العينية كحق الملكية....

ودرستنا في هذا الكتاب سوف نتناول القسم الأول من القانون المدني نظرية الالتزام ونقتصر فيها على مصادر الالتزام، لأنَّ نظرية الالتزام تشتمل أيضاً على أحكام الالتزام التي تُعنى في كيفية تنفيذه (التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض) وفي الأوصاف المعدلة له (الشرط والأجل)، وفي انتقاله (حوالة الحق وحوالة الدين)، وفي أسباب انقضائه (مثل الوفاء والتقادم وغيرها).

وبالعودة لمصادر الالتزام موضوع هذا الكتاب، فنعني بمصدر الالتزام أي السبب القانوني أو الشرعي المنشئ لهذا الالتزام في ذمة الفرد تجاه الغير. فالالتزام مشتري بضاعة ما بدفع الثمن مصدره عقد البيع، والالتزام من يؤدي الآخرين بالتعويض لهم مصدره فعله الضار. وبالتالي تتعدد مصادر الالتزام بحسب السبب المنشئ لها. وأشرنا سابقاً أنَّ الفقه الإسلامي بحث موضوع الالتزامات عند الحديث عن الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد، فتضمنت كتب الفقه الإسلامي العديد من القواعد القانونية العملية التي تشكل بمجملها نظريةً عامةً للالتزامات والحقوق الشخصية. ولهذا اهتم فقهاء القانون والشرعية حديثاً بجمع القواعد والأحكام الخاصة بالمعاملات المالية وصياغتها لوضع نظرية عامة لقواعد المعاملات الإسلامية. ونفضل بدورنا مصطلح المعاملات المالية، لأنها تشتمل على مصطلحي الحق الشخصي والالتزام طرفا العلاقة القانونية الشخصية أفضل من استخدام لفظ واحد وهو الالتزام الذي يعبر عن طرف المدين من دون الدائن.

المطلب الأول

مصادر الالتزام في التقنيات المدنية الحديثة

تتعدد مصادر الالتزامات Obligations والحقوق الشخصية Personal Rights فمنها ما هو إرادي؛ أي تلعب الإرادة فيها الدور الرئيسي لنشئها وفقاً لما يسمى بسلطان الإرادة، فتعد تصرفاً قانونياً، وتسمى المصادر الإرادية. ومنها ما هو غير إرادي أي عبارة عن واقعة أو حادثة يترتب عليها القانون آثاراً قانونية معينة من دون أن تلعب الإرادة الدور الأساسي في ترتيب هذه الآثار، فهي واقعة قانونية ، وتسمى بالمصادر غير الإرادية.^٣

فنقسم هذه المصادر في القوانين المدنية العربية الحديثة ومنها القانون السوري والمصري إلى:

١ _ مصادر إرادية: تعرّف على أنها: تصرفات قانونية تتجه فيها الإرادة إلى إحداث أثر قانوني وهي العقد مثل عقد البيع والإيجار، والإرادة المنفردة مثل الإقرار والوصية والإيجاب والإبراء .^٦

٢ _ مصادر غير إرادية: وهي واقعة قانونية مادية لا دخل للإرادة في ترتيب آثارها القانونية، وإنما تنشأ عن واقعة أو حادثة مادية يترتب عليها القانون آثاراً قانونية محددة. وهذه الوقائع قد تكون مادية بحتة أي لا دور للإرادة إطلاقاً في نشئها كالولادة والوفاة، وقد تكون وقائع مادية تلعب الإرادة دوراً ثانوياً غير مباشر في نشئها مثل قيادة السيارة بسرعة كبيرة مما أدى إلى دهس أحد المارة.

^٣ _ وإن كان لها دوراً ثانوياً في بعض الأحيان كما في الإيذاء قصداً، لكن الإرادة لا تشمل النتائج التي يترتبها القانون من عقوبة جزائية وتعويض مدني.

^٣ _ سنناقش موضوع الإرادة المنفردة ومدى اعتبارها مصدراً عاماً للالتزام في القانون والفقه الإسلامي عند بحثها لاحقاً بعد الانتهاء من العقد.

وهي ثلاث مصادر غير إرادية كرسستها القوانين المدنية الحديثة:

- (١) **الفعل الضار** كإتلاف بضاعة مملوكة للغير أو الإضرار بالآخرين.
- (٢) **الفعل النافع** والمثال عليها الفضالة ، والإثراء بلا سبب.^٧
- (٣) **القانون**: فهناك التزامات مصدرها **القانون** تلقي أعباء محددة على بعض الأشخاص في المجتمع مثل الالتزام بالنفقة على الأولاد.

^٣ _ الفضالة كما عرفها القانون المدني السوري بالمادة ١٨٩ منه " هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر من دون أن يكون ملزماً بذلك " مثل بيع بضاعة موجودة على سفينة من شخص غير المالك بسبب تعرضها للتلف في حال عدم البيع العاجل.

المطلب الثاني

مصادر الالتزام في القانون الروماني

يقصد بمصادر الالتزام الأسباب القانونية التي تؤدي إلى نشوئه كما أشرنا سابقاً، فالالتزام المستأجر بدفع الأجرة سببه القانوني هو عقد الإيجار. هذا التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام أساسه القانون الروماني. حيث كانت الالتزامات تصنف، في العهد العلمي على أساس المصادر التي أنشأتها. وكان الرومان يقسمون^٣ الالتزامات بدايةً،

^١ - تقسم عصور القانون الروماني إلى:

(١) **عصر القانون القديم** : يبدأ من نشأة مدينة روما ٧٥٤ ق.م ، وينتهي بصدر قانون إيبوتيا في ١٣٠ ق.م (وهو القانون الذي أحل نظام دعاوى البرنامج أو الدعاوى المكتوبة الخالية من الشكلية محل دعاوى القانون القديم الشكلية) ، ومصادر القانون في هذا العصر هي العرف بالمرتبة الأولى وبله التشريع . ويتميز عصر القانون القديم بوجود القانون المدني Civil Law Or Jus civil باعتباره كان يطبق على الرومان فقط من دون غيرهم ممن هم خارج روما الذين كانت تطبق عليهم أعرافهم الخاصة. وفيه ظهرت مدونة الألواح الإثنى عشر (٤٥١ ق.م) ، التي كانت أول مدونة قانونية لدى الرومان. كما كان رجال الدين يتولون تفسير وتطبيق القانون.

(٢) **العصر العلمي (العصر الذهبي)** : ويبدأ بصدر قانون إيبوتيا ١٣٠ ق.م ، وينتهي بتولي دقلديانوس الحكم في ٢٨٤ م. وفيه توسعت الإمبراطورية الرومانية واحتكت بالشعوب المجاورة من اليونانيين والكنعانيين والمصريين ، وتميز العصر العلمي بظهور المؤلفات الفقهية القانونية، ونشوء قانون الشعوب Jus gentium الذي تغلب على القانون المدني الروماني كما ظهر القانون البريتوري الذي أنشاه الحاكم القضائي.

(٣) **عصر التقليد والجمود القانوني** : ويعرف بعصر تجميع القانون الروماني، وفيه ظهرت مدونة الإمبراطور الروماني جوستينيان وينتهي العصر بوفاته في ٥٦٥ م، وتلاه الإمبراطور هرقل الذي عاصر الرسول محمد عليه الصلاة والسلام.

انظر: د. مؤيد زيدان ود. كندة الشامط، النظم القانونية الكبرى، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٩/٢٠٢٠، ص ١٨٧، وأيضاً د. محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، الجزء الأول والجزء الثاني، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦١، ص ١٣.

حسب مصادرها، إلى التزامات ناشئة عن عقد، وإلى التزامات ناشئة عن جرم. ثم ظهر في عهد الإمبراطور جوستينيان تقسيماً آخر لمصادر الالتزامات، وهو تقسيم رباعي كالآتي: مصدر عقدي ومصدر شبه عقدي، ومصدر جرمي وأخيراً مصدر شبه جرمي. هناك مصادر مختلفة نجدها أيضاً في المادة ١٣٧٠ قبل تعديل القانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦. في نهاية هذه المادة، كان هناك ٤ مصادر للالتزام:

- العقد هو توافق ارادتين يمكن أن يحدث آثار قانونية.
- شبه العقد - وهو واقعة مادية مشروعة يمكن أن ينتج عنها التزامات من دون موافقة الأطراف (على سبيل المثال إدارة الأعمال، إذا ما تمكن المالك مثلاً من السيطرة على تصريف الماء القادم من منزل الجار بينما هو خارج منزله في إجازة من دون طلب من هذا الجار) بحسب المادة ١٣٧١ من القانون المدني السابق "شبه العقد يمثل الوقائع الإنسانية الطوعية البحتة، والتي ينتج عنها التزام تجاه طرف ثالث، وأحياناً التزام متبادل من الطرفين".
- الجريمة أو شبه الجريمة التي هي واقعة مادية غير مشروعة أو متعمدة أو غير مقصودة والتي تؤدي إلى الالتزام بإصلاح الضرر الذي لحق بالضحية نتیجتها القانون
- القانون

أما بعد التعديل، سنجد أن مصادر الالتزام ستظهر في المادة ١١٠٠ بشروط أكثر معاصرة. وهي تنص الآن على أن "تنشأ الالتزامات عن التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية أو مجرد سلطة القانون. ويمكن أن تنشأ عن التنفيذ الإرادي أو الوعد بالتنفيذ لواجب يمليه الضمير تجاه الغير".

وجاءت المادة ١١٠٠ فرنسي جديد على تعريف للتصرفات والوقائع القانونية فنصت على أنه:

" ١ - التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الإرادة تهدف إلى إحداث آثار قانونية. هذه التصرفات قد تكون اتفاقية أو من جانب واحد. وتخضع التصرفات القانونية من حيث صحتها وآثارها، عند الاقتضاء، للقواعد التي تحكم العقود.

٢ _ الوقائع هي أفعال أو أحداث يرتب عليها القانون آثاراً قانونية. الالتزامات التي تنشأ عن واقعة قانونية تخضع بحسب الأحوال للقواعد الواردة بالباب الفرعي المتعلق بالمسؤولية غير العقدية، أو القواعد الواردة بالباب الفرعي المتعلق بالمصادر الأخرى للالتزامات "

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أنه لا يوجد سوى مصدرين اثنين لا ثالث لهما للالتزامات، وهما: العقد والقانون. وقد رد هؤلاء الفقهاء الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد إلى القانون. وقد تجنب القانون المدني المصري والقانون المدني السوري هذه الانتقادات، ونصا على خمسة مصادر للالتزامات وهي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون. وفي الحقيقة لا يوجد نص قانوني خاص، لا في القانون المدني المصري ولا في القانون المدني السوري، يكرس هذه المصادر وفقاً للترتيب الذي ذكرناه. وقد سائر هذان القانونان بقية القوانين الحديثة، كالقانون الألماني والقانون السويسري، في هذه المسألة حيث إنها لا تكرر نصاً خاصاً يبين مصادر الالتزامات وترتيبها. ويستفاد هذا الترتيب من تبويب هذه المصادر في متن القانون والتي جاءت في فصول مستقلة ومتتالية، كل فصل مخصص لمصدر من هذه المصادر. ويستند هذا التقسيم على الحق أو الالتزام كأساس للبحث والتقسيم والترتيب، في حين أنهما أثر لمصدرهما المنشأة لهما. وحسب هذا التقسيم يأتي البحث عن المصدر كفرع في مباحث الحق والالتزام. وهذا الأمر يخالف المنطق القانوني السليم الذي يقتضي أن

^٣ J. FLOUR et J. L. AUBERT, Les obligations 1, L'acte juridique, 8^e éd. Colin 1998, p. 1 ; Ph MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, Droit civil, Les obligations, 4^e éd. Defrénois, Point Delta 2010, p. 1.

³ من هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي الكبير بلانيول، مشار إليه من قبل د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، البند رقم ٢٧.

⁴ الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدني السوري يكرس العقد. والفصل الثاني مخصص للإرادة المنفردة، أما الفصل الثالث فيتناول العمل غير المشروع، ويتكلم الفصل الرابع عن الإثراء بلا سبب، في حين أن الفصل الخامس يتطرق إلى القانون، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري.

يقوم التقسيم والبحث على أساس المصدر لا الأثر. ويمكن رد الأسباب القانونية^٢ التي تنشأ الالتزامات إلى طائفتين:

١- التصرفات القانونية: وهي الأعمال التي تتجه فيها الإرادة إلى إحداث أثر قانوني. وتشمل العقد والإرادة المنفردة. ولا فرق في أن يكون هذا الأثر إنشاء حق شخصي أو عيني، أو نقله أو تعديله أو إنهائه .

٢- الواقعة القانونية: وهي الأعمال التي لا أثر فيها للإرادة في إحداث أثر قانوني. ونميز بين الوقائع المادية، كالوفاة، والتي لا دخل للإرادة فيها، وبين الوقائع الاختيارية إلى حد ما، كعدم التقيد بالسرعة القانونية. والوقائع القانونية أيضاً تنتج آثاراً قانونية، ولكن لا دخل للإرادة في إحداثها. فيتربط على واقعة الوفاة مثلاً فتح التركة، ويتربط على واقعة صدم أحد المارة نتيجة السرعة الزائدة تعويض المضرور. والفرق بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هو أنه في الأول إرادة الأفراد هي ذاتها التي ترتب الآثار القانونية المترتبة على التصرف، في حين أن في الواقعة القانونية لا دخل لإرادة الأفراد في إحداث الآثار، وإنما القانون هو الذي يفرض ذلك. ولا يغير في ذلك شيء، إذا كانت في بعض الوقائع القانونية للإرادة دخل في إحداث الواقعة القانونية، مثال ذلك الفضالة حيث يريد الفضولي القيام بخدمة لمصلحة الغير. ونتيجة لذلك يطلق على التصرفات القانونية المصادر الإرادية للالتزام، وعلى الوقائع القانونية المصادر غير الإرادية.

^٥ انظر في ذلك: د. مصطفى أحمد الزرقا: شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، المرجع السابق، بند ٦٠.

^٤ PH. DELEBECQUE et F. J. PANSIER, Droit des obligations, 1 Contrat et quasi-contrat, 5^e éd. Litec 2010, p. 1.

سنقسم البحث في هذا الكتاب إلى قسمين بما يتناسب ومفردات الكتاب وخطة كلية الشريعة في جامعة دمشق. فنبحث في القسم الأول مصادر الالتزام وسنقتصر على المصادر الإرادية: العقد، والإرادة المنفردة. من دون المصادر غير الإرادية. في حين نتولى البحث في القسم الثاني عن العقود ونخصص عقد البيع كنموذج عن العقد كجانب تطبيعي عن العقد كمصدر للالتزام الذي سنشرحه في القسم الأول.



القسم الأول

المصادر الإرادية للالتزام

كما سبق التنويه، فإنَّ المصادر الإرادية باتت اليوم تقسم إلى نوعين من حيث تشكيلها، فهي إما أن تكون بإرادة منفردة كالوصية والوعد بالجائزة أو بتوافق ارادتين والمثال على ذلك يكون العقد. سنناقش هذين المصدرين في ضوء القانون المدني الوضعي (السوري والمصري والفرنسي...) مع إجراء المقارنة مع قواعد الالتزام في الفقه الإسلامي.

الباب الأول

العقد

يعد قانون العُقود، الذي يُطلق عليه أيضًا "قانون الالتزامات"، أحد فروع القانون المدني، وهو جزء من قانون الالتزامات. خضع قانون الالتزامات الفرنسي الذي يُعد مرجعاً أساسياً للقانون المدني السوري للتعديل في عام ٢٠١٦. وبالتالي، ستتضمن دراستنا هذا التعديل بالإضافة لدراسة نظرية الالتزام في القانون السوري. على اعتبار أنَّ هذا الكتاب تم تحضيره بعد التعديل المحدث بالمرسوم الفرنسي ١٠ شباط ٢٠١٦ بشأن تعديل قانون العُقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات. ولما كان القانون الفرنسي من المصادر الأساسية لكل من القانون المصري والقانون السوري فنأمل أنَّ يأخذ المشرع السوري حذو نظيره الفرنسي ويجري التعديلات اللازمة على نظام العُقود في القانون المدني، بما يتناسب ومتطلبات الواقع المجتمعي القانوني في سورية.

إن مسار قانون العُقود (أو قانون الالتزامات التعاقدية) يتعرض لدراسة مصدر معين للالتزامات المدنية: وأولها العقد. ويتم تنظيم دراسة العقد بالتركيز على محورين:

١) تشكيل أو إبرام العلاقة التعاقدية؛ ويتضمن عدة محاور:

١. الشروط الموضوعية لإبرام العقد، أي أركان العقد، وهي (وجود الإرادة، والمحل والسبب).
٢. وشروط صحة العقد وهي (سلامة الأهلية وسلامة الرضا من عيوبه كعيب الإكراه).
٣. والشروط الشكلية التي قد تكون ضرورية لإبرام عقود معينة مثل الكتابة في عقد الشركة، أو التسليم في العُقود العينية التي سندرسها لاحقاً مثل عقد الهبة.
٤. الجزاء المترتب على عدم استيفاء الشروط والأركان أو ما يسمى بنظرية البطلان.

٢) آثار العلاقة التعاقدية. هذا الجزء الثاني يؤدي إلى دراسة آثار العقد وقوته الملزمة بالنسبة للمتعاقدين و بالنسبة للغير.



الفصل الأول

مفهوم العقد وتقسيمه

في هذا الفصل سنوضح مفهوم العقد من خلال:
بيان تعريفه في المبحث الأول.
ثم شرح كيفية تطور ما يسمى مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد في المبحث الثاني.
وذلك قبل بحث ما يشتمل عليه العقد من تقسيمات متعددة في المبحث الثالث.

المبحث الأول

تعريف العقد

يعرف العقد لغةً بأنه:

الشّد والربط والتوثيق والالتزام والعهد، يقال عقد الحبل أي جمع طرفيه وربط أحدهما بالآخر، وكذلك العهد والبيع ويقال عاقدته أي ألزمته، وعقدة كل شيء إبرامه ، وقال الله تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ ، وقال البغوي في تفسيره: العهد ما يلتزمه الإنسان على نفسه .

٤

٦

٤ _ انظر: لسان العرب، لابن منظور، دار صادر، بيروت ط١، المكتبة الشاملة، برنامج إلكتروني، ٢٩٦/٣، القاموس المحيط، مجد الدين الفيروز أبادي، ط٢، ١٩٥٢، ص٣٨٣، المعجم الوسيط ج٢، مجمع اللغة العربية، من دون ذكر تاريخ، ص ١٣٤.

٤ _ سورة الإسراء، الآية ٣٤.

٤ _ انظر: معالم التنزيل في تفسير القرآن _ أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط٤، ١٩٩٧، ج٥، ص ٩٢.

المطلب الأول

تعريف العقد في اصطلاح فقهاء القانون

لم يعرف القانون المدني السوري أو المصري العقد وترك ذلك لشرح القانون. وعرفت المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل العقد بأنه " اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهائها " .

ويبدو من نص هذه المادة أنَّ المشرع الفرنسي خلط بين العقد وبين الاتفاق. فالاتفاق (وهو الجنس) كما يراه شرح القانون هو: توافق بين إرادتين (أو أكثر) على إنشاء التزام أو على نقله أو تعديله أو إنهائه.

فأولاً إنشاء الالتزام يتمثل بإبرام العقد حيث تتولد عنه التزامات أطرافه (عقد بيع، إيجار). أما نقل الالتزام يكون عن طريق الحوالة سواء أكانت حوالة لنقل الحق أم حوالة لنقل الدين. في حين يتجلى تعديل الالتزام عن طريق إضافة أجل له أو شرط. وأخيراً يتحقق إنهاء الالتزام في حالة الوفاء بالدين مثلاً.

أما العقد فهو: توافق بين إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله. فالاتفاق هو الجنس والعقد هو النوع. أو الاتفاق هو الأصل والعقد هو الفرع، فكل اتفاق هو عقد وليس كل عقد هو اتفاق. فالعقد يجب أن يظهر أثر أو نتيجة قانونية إلى حيز الوجود، ويكون ذلك بإنشاء الالتزام أو نقله، أما التعديل أو الإنهاء فلا يضيف للالتزام شيئاً جديداً.

وفي هذا الإطار 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. 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 .

^٤ _ انظر ترجمة المادة ١١٠١ لدى د محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٢٩.

^٤ وقد أخذ المشرع الفرنسي هذا التمييز بين العقد والاتفاق عن دوما وبوتييه. وقال هذان الفقيهان بأن هناك فوائد عملية تترتب على هذا التمييز، وبصورة خاصة من حيث الأهلية. حيث تشترط في طرفي العقد في حالة إنشاء

ويرى جانب آخر من الفقهاء أنَّه لا فائدة قانونية أو عملية في التمييز بين العقد والاتفاق، فكلاهما يهدفان إلى إحداث أثر قانوني أو شرعي. ولهذا الدكتور السنهوري فصل تعريف العقد على أنه: توافق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني. وهذا الأثر يتجلى بإنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه .^٩

الالتزام أهلية هي غير تلك التي تشترط في طرفي الاتفاق في حالة لا يتم فيها إنشاء الالتزامات. 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 أية فائدة لذلك. ففي وفاء الدين، لا يشكل ذلك اتفاقاً، وإنما هو تنفيذ، وبناءً على ذلك فإذا امتنع الدائن عن الاستيفاء ورفض تسلم دينه، يجيز القانون أن يتم الوفاء بإرادة المدين وحده، وفقاً للقانون، ويؤدي ذلك إلى إبراء ذمته وانقضاء الدين. فأين هو إذا توافق الإرادتين في مثل هذه الحالة؟ وأما اختلاف الأهلية فمرده ليس التمييز بين العقد والاتفاق، وإنما اختلاف طبيعة التصرف القانوني ومدى خطورته بالنسبة للعاقدين. فقد يتطلب الأمر في بعض الاتفاقات أهلية أتم وأكمل مما يتطلبه في بعض العقود المسماة. فناقص الأهلية يمكن له إبرام عقد مسمى يعد بالنسبة له تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً، في حين أنه لا يجوز له ذلك بالنسبة لاتفاق يدور بين النفع والضرر بالنسبة للعاقدين. وعلى ذلك يُعد 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 الإرادتين 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 في عقد البيع، حتى يمكن أن يعد عقداً. فالاتفاق على تنظيم رحلة أو نزهة لا يعد عقداً. وقبول دعوة إلى وليمة أو إلى حفلة زواج لا يعد عقداً. ولكن يتميز الاتفاق عن العقد المسمى الذي هو في الأصل نوع من الاتفاقات القانونية التي لها موضوع خاص، كنقل الملكية بثمن في عقد البيع، وتمليك المنفعة بعوض في الإجارة، حيث يعد الاتفاق هنا أعم وأشمل من العقد المسمى، وذلك لأن الاتفاق يشمل العقد المسمى والعقد غير المسمى. ونستخلص من ذلك بأن العقد بمعناه العام هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني الذي يمكن أن يتمثل في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

^٩ _ انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نسخة الكترونية مصورة عن الأصل، 2007_2008، Mr-Gado، ص ١١٧.

المطلب الثاني

نطاق العقد

بناء على ما ذكر أعلاه فالعقد أو الاتفاق ينتج عنه التزام قانوني تتجه فيه إرادة الأطراف إلى إحداث أثر قانوني؛ أي التزام يخضع لقواعد القانون، أما مجرد المجاملة الاجتماعية فلا يتولد عنها التزام قانوني مدني؛ فالجار الذي يوصل جاره إلى عمله لا يرتبط بالتزام قانوني.

كما أن الالتزام القانوني لا يتوافر عند رب العمل الذي يعزم عامله إلى وليمه، لأن هذه الاتفاقات لا تهدف إلى إدخال أصحابها في دائرة القانون والادعاء أمام القضاء عند عدم التنفيذ. ولكن إذا اتفق الجار مع جاره لنقله إلى العمل وهدفاً من وراء ذلك إلى إنشاء التزام قانوني يرتب المسؤولية عند الإخلال به عندها نكون أمام عقد تتولد عنه التزامات قانونية، فظروف وملابسات الاتفاق وأعراف الناس هي من يحدد التصرف والالتزام فيما إذا كان قانونياً أم اجتماعياً أدبياً.

ولا يعد من قبيل الالتزام القانوني تصرفات المجاملة كمساعدة الغير مجاناً في عمل ما أو النقل المجاني لشخص على الطريق، فلا وجود للالتزام القانوني أو العقد في هذه الحالات حيث يرى بعض الاجتهاد القضائي الفرنسي أن علاقات المساعدة المجانية هي من قبيل الخدمة المجانية .

كما أن العقد أو الاتفاق الذي ندرسه في نظرية الالتزام هو العقد الذي تنشأ عنه حقوقاً مالية، فهناك بعض العقود ينشأ عنها حقوقاً عائلية إلى جانب الحقوق الأسرية كما في عقد الزواج والاتفاق على الطلاق كعقد المخالعة الرضائية بين الزوجين.

° _ Cass. Civ. 18/7/1997, D. 1998 p.566 note Arhab; 17/12/1996 et 13/1/1998, D. 1998 p.580 note Viala; Bourges, 14/10/2002, JCP 2003-IV- 2543.

مشار إليه لدى محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٤٣.

كما أنَّ العقد الذي ندرسه في نظرية الالتزامات يتعلق بمعاملات الأفراد المالية وبالتالي لا ينطبق على الاتفاقات الدولية التي تخضع في انعقادها لقواعد القانون الدولي، وانتخاب الحاكم اتفاق بينه وبين الشعب يخضع لقواعد القانون الدستوري. ولكن يشار إلى أنَّ قواعد العقد في القانون المدني تطبق ولو جزئياً على كل عقد أو اتفاق وتشمل كل التصرفات القانونية بما فيها التصرف القانوني الأحادي الإرادة الذي يسمى بالإرادة المنفردة (إلا القواعد التي تخص توافق الإرادتين) لأنَّ قواعد قانون المعاملات المالية أو القانون المدني هي مبادئ عامة وعنها تفرعت القوانين الأخرى.

المطلب الثالث

تعريف العقد في الفقه الإسلامي

يُعرّف العقد اصطلاحاً في الفقه الإسلامي: بأنه الربط بين كلامين (أو ما يقوم مقامهما كالكتابة والإشارة والفعل) صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه أثره الشرعي، أي وجود إرادتين (إيجاب وقبول) متوافقتين على إنشاء التزام شرعي (قانوني) .

وعرفت مجلة الأحكام العدلية العقد في (المادة ١٠٣) فنصت: " العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو ارتباط الإيجاب بالقبول" وجاءت المادة ١٠٤ لتعرف الانعقاد على أنه " تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما".

فالعقد لا بد فيه من ارتباط إرادتين الإرادة الأولى تسمى الإيجاب والإرادة الثانية تسمى القبول أياً صدرت هذه الإرادة أولاً أو ثانياً سواء من البائع بلفظ بعت أم من المشتري بلفظ اشتريت، وعلى أن تتوافر الشروط الشرعية (التي سنبينها لاحقاً) وبالتالي يثبت أثر هذا الارتباط (مثل انتقال الملكية) في المعقود عليه وهو محل العقد.

ويشار إلى أن تعريف الفقه الإسلامي للعقد أشمل وأدق من التعريف القانوني للعقد، لأنه يُعدّ عن الحقيقة القانونية لانعقاد العقد بين الأفراد، فلفظ الارتباط الذي استخدمه الفقه الإسلامي يعبر عن الحقيقة الشرعية لتلاقي الإيجاب والقبول.

كما أن تعريف القانون للعقد بأنه اتفاق غير دقيق ويشتمل على العقد الباطل والعقد الصحيح فكلاهما اتفاق في حين أن التعريف الشرعي يشير إلى ضرورة توافر الشروط الشرعية في العقد لانعقاده .

° - انظر: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠٠٥، ص ١٨٥، وراجع المادتين ١٠٣/١٠٤ مجلة الأحكام العدلية سليم رستم باز - شرح المجلة - دار العلم للجميع - بيروت ١٩٩٨، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ١٧٣، عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المال/الملكية/العقد، دار النهضة العربية، ط ١، القاهرة ٢٠٠٩، ص ١٦٤.

° - انظر: مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ص ٣٦٠.

المبحث الثاني

مبدأ سلطان الإرادة

ذكرنا سابقاً تعريف العقد على أنَّه ارتباط بين إرادتين (إيجاب وقبول)، والسؤال الذي يطرح هنا هل للإرادة أنْ تعقد ما تشاء من عقود من دون قيد أو شرط؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد من ذكر دور الإرادة على مر التاريخ حتى وقتنا الحاضر لنرى مدى الدور الذي لعبته في إنشاء العقود، وسنناقش ذلك في القانون الروماني والفرنسي في المطلب الأول قبل بحث دور الإرادة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

الإرادة العقدية في القانون الروماني والفرنسي

في هذا المطلب سنتناول في الفرع الأول تطور مبدأ سلطان الإرادة العقدية ابتداء مما تطلبه القانون الروماني من تشكيلات في التعاقد حتى اتجه نحو الرضائية في التعاقد، وتبلور مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد في القانون الفرنسي، وذلك قبل أنْ نبحث في الفرع الثاني آثار مبدأ سلطان الإرادة العقدية.

الفرع الأول

تطور مبدأ سلطان الإرادة

أدت الظروف الاجتماعية والاقتصادية والدينية في المجتمع الروماني إلى إغراق القانون الروماني بالشكليات والإجراءات والطقوس الدينية المرافقة للتصرفات القانونية ، إضافة إلى أن ذلك القانون قد خلط بين الدعوى والحق الذي تحميه وربط بينهما وجوداً وعدمًا، مما جعله يقصّر في الاهتمام بوضع نظرية عامة للعقد.

حيث ساد في القانون الروماني القديم مبدأ مفاده أن الاتفاق ليس عقداً ولا يولد التزاماً عقدياً، لأن الإرادة لم تكن وحدها في القانون الروماني القديم تولد أثراً قانونياً ، وإنما بحاجة إلى إحدى الشكليات والإجراءات التي نص عليها القانون الروماني، فنص القانون الروماني على أربع أنواع من الالتزامات _ وسماها كذلك لعدم النص على العقد بداية _ وهي:

الالتزام الشفهي (أو اللفظي) والذي يتم بصيغة معينة ومنها التعهد، والالتزام الكتابي الذي يتم عن طريق الكتابة، والالتزام العيني الذي يشترط لانعقاده تسليم محل الالتزام ، والالتزام الرضائي الذي تكفي لانعقاده رضا الطرفين من دون أي شكل .

ويشار إلى أن أول تعريف للعقد كان في القرن السادس الميلادي من قبل الفقيه تيوفل Théophile أثناء تعليقه على مدونة جوستنيان فعرّفه بأنه «اتفاق شخصين أو أكثر على أمر معين بقصد إنشاء التزام وجعل أحدهما مديناً للآخر» واهتموا بالاتفاق

° _ انظر د. محمود السقا ، معالم تاريخ القانون المصري ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ ص ٤٥ .

° _ فكان المبدأ الروماني الشهير " الاتفاق المجرد لا يتولد عنه دعوى " انظر: صوفي أبو طالب، تاريخ القانون في مصر ج١، في العصرين البطلمي والروماني ، دار النهضة العربية ، ط٤، القاهرة ٢٠٠٧ ص ١٢٤، فتحي المرصفاوي، تاريخ القانون المصري، دراسة تحليلية العصرين الروماني والإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٧٨ ص ١٤٨.

° _ انظر : مدونة جوستنيان _ الكتاب الثالث الأبواب ١٥/٢١/٢٣، د / صوفي أبو طالب، تاريخ القانون في مصر ج١، ص ١٢٣ وما بعدها، عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤، ص ٣٠.

convention، فعرفه أولبيانوس على أنه «توافق إرادتين أو أكثر بقصد إحداث أثر قانوني»

وفي أواخر العصر الجمهوري بدأ ظهور لفظ *contrahere* أي (ارتبط) للإشارة إلى إبرام عمل قانوني، ثم استعمل لفظ المفعول *contractum* معقوداً أو مربوطاً للدلالة على ربط عمليتين قانونيين مثل الربط بين الشراء كعمل قانوني والبيع كعمل قانوني، ثم أطلق على العملية (شراء/بيع)، وفي القرن الأول الميلادي استعمل الفقيه لابيون لأول مرة في تاريخ روما تعبير *contractum* للدلالة على الأعمال القانونية التي تولد الالتزامات على عائق الطرفين وشبهها بما كان يطلق عليه الإغريق *synallagma* تبادلي، وضرب مثلاً عقود البيع والإيجار.

واكتشف بيدديوس *pedius* في القرن الثاني الميلادي أن التراضي أصل عام في جميع العقود، سواء أكانت من نوع العقود الرضائية (والعقود الرضائية عند الرومان كانت البيع والإيجار والشركة والوكالة)، أم كانت من أشكال الالتزامات الثلاثة المذكورة أعلاه، وأطلق على هذه الأشكال الأربع بتعبير جامع هو العقد *contractus* وتخلّف التراضي يجعل العقد باطلاً. وبذلك أصبح العقد (كما بينه تيوفيل) أعلاه توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، ولكن القانون الروماني لم يقر في أي مرحلة مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام.

ومع تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية وازدياد واحتكاك الرومان بالشعوب الأخرى ولاسيما اليونان والشعوب العربية في مصر والشام، ظهرت الالتزامات الكتابية، وتوسع البريتور (أي الحاكم القضائي الروماني) بإنشاء الدعاوى البريتورية التي تقوم على مبادئ العدالة وحسن النية بعيداً عن الشكليات، وكان ذلك من صميم المبادئ التي نادى بها فقهاء القانون الطبيعي وعلى رأسهم أرسطو وشيشرون. فتحوّلت العلاقة بين الدائن والمدين من علاقة مادية كانت تنصب على جسم المدين بالقتل أو الاسترقاق أو

° _ انظر: صوفي أبو طالب، تاريخ القانون في مصر، ج ١، ص ١٢٥، فتحي المرسفاوي، تاريخ القانون المصري، الروماني والإسلامي، ص ١٥٠.

الحبس_ إلى رابطة التزام قانونية ترتبط بالذمة المالية فتتمثل بالتنفيذ العيني للالتزام أو بالبطالان أو التعويض وغيرها من الإلزامات المدنية.

فكان شيشرون يكمل النقص الحاصل في القانون الروماني عن طريق القياس المنطقي (فالحكم يدور دوماً مع العلة وجوداً وعدماً) تلك الطريقة التي فتحت الطريق أمام الفقهاء من بعده لإكمال نقص التشريع في حرية تامة.

أدت كل تلك المحاولات، المذكورة أعلاه، إلى بلورة دور الإرادة في هزيمة منطق الشكلية القديم، والانتصار لدور الإرادة. فأصبح الاهتمام بالبحث عن النية الحقيقية للمشرع (بالنسبة لنصوص القانون) وكذلك نية الأفراد (بالنسبة لتصرفاتهم القانونية)، إضافة إلى الكشف عن روح القانون ذاته " .

وعلى العلى الرغم من من تنامي دور الإرادة العقدية ظل الالتزام اللفظي verbal موجوداً حتى آخر عهود القانون الروماني تفرغ من خلاله العقود غير المسماة حتى تصبح ملزمة، كما لم يتم التفريق بين الحقوق العينية والشخصية إلا في كتابات شراح القانون الروماني في العصور الوسطى .

واستمرت العقود الشكلية إلى جانب الرضائية والعينية حتى القرن الثاني عشر حيث كان مبدأ سلطان الإرادة يقوى تدريجياً بتأثير عدة عوامل أهمها :

١ _ العوامل الدينية؛ فكان آباء الكنيسة يوجهون، بناء على الديانة المسيحية، نحو الإعلاء من شأن الإرادة، فإذا أقسم المتعاقد احترام قسمه ولو لم يتم هذا العقد في شكل معين خوفاً من عقوبة حنث اليمين.

° انظر : د. محمود السقا ، شيشرون، من دون ذكر تاريخ ودار النشر، ص ٧٩٢.

° انظر: د . صوفي أبو طالب، تاريخ القانون في مصر، ج ١، ص ١٠٦، أحمد إبراهيم حسن، أصول تاريخ القانون مع دروس في مبادئ القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٣، ص ٢٢٠.

٥٩ _ راجع مؤلف د. مؤيد زيدان، الأبعاد القانونية والاجتماعية للقانون، دراسة في علم الاجتماع القانوني مقارنة بين القانون السوري والمصري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة كلية الحقوق، ٢٠١٠، ص ١٩٩ وما بعدها.

٢ _ العوامل الاقتصادية؛ حيث توجب المبادلات التجارية التخلص من الشكليات فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تقضي وفقاً لقواعد العدالة التي لا تفرّق بين العقد الشكلي والعقد الرضائي من حيث الإلزام .

٣ _ التأثر بآراء الكثير من فقهاء النظريات الفلسفية والاقتصادية والقانونية والسياسية المشبعة بروح الفردية، والتي تنادي بقانون طبيعي مبني على العقل السليم يستتبط قواعد القانون من الطبيعة وفق المثال الأعلى وهو العدل وعلى رأسهم أرسطو، وفقهاء نظرية العقد الاجتماعي Social Contract كأمثال Rousseau التي تنادي بتحول حقوق الأفراد الطبيعية إلى حقوق اجتماعية بالعقد الاجتماعي مع الحاكم وضرورة صيانتها واحترامها. فجاء القرن السابع عشر ليعلن نضوج مبدأ سلطان الإرادة وثباته واستقراره، وبلغت النظريات أوجها في القرن الثامن عشر لتطالب بتعزيز الحرية الفردية الاقتصادية وإطلاق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فتلقت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ هذه النظريات المشبعة بالحرية الفردية ونقلتها إلى المشرعين في القرن التاسع عشر ليقوم قانون نابليون الذي وضع عام ١٨٠٤م _ القانون المدني الفرنسي القديم _ على أسس احترام حرية الإرادة العقدية.

وعلى العلى الرغم من من انتشار هذا المذهب الفردي واعتماده من المشرعين في الغرب إلى أنه لقي معارضة من المذاهب الاجتماعية والاشتراكي التي تعلي من شأن الجماعة وترجحها على مصلحة الأفراد، وتدعو إلى التدخل من الدولة في كل أوجه النشاط البشري ومنها العقود بين الأفراد ففرضت عليها قيوداً تحد من الإرادة في التعاقد لأحد أطراف العقد وإقامة التوازن في العلاقات الاقتصادية لصالح تحقيق مصالح المجموع _ الطرفين المتعاقدين والمجتمع _ وحماية النظام العام في المجتمع. ومن ذلك ما تم وضعه من قيود لحماية الإرادة الفردية وتحقيق المصلحة الاجتماعية، أخذت بها

^٦ _ انظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج١، دار النهضة العربية _ القاهرة ١٩٨٨

عدد من القوانين المدنية الحديثة ومنها القانون السوري والمصري والعراقي وغيره ومن هذه القيود:

١. حق إبطال العقد في حال وجود عيب في إرادة أحد أطراف العقد لحماية إرادته العقدية، ووضع الشروط التي تجعل هذه العيوب مكشوفة مما يساهم في استقرار المعاملات والعقود في المجتمع.
٢. منح القاضي سلطة التدخل لتعديل الشروط العقدية التعسفية في عقود الإذعان حتى لا يجبر أحد أطراف العقد الآخر على الإذعان له في عقد ما.
٣. الأخذ بنظرية الظروف الطارئة التي تأخذ بعين النظر الظروف المحيطة بالعقد الاجتماعية والاقتصادية التي قد تجعل الالتزام مرهقاً لأحد طرفي العقد.
٤. اشتراط ألا تخالف العلاقات التعاقدية مبادئ النظام العام والآداب العامة في المجتمع.

الفرع الثاني

آثار مبدأ سلطان الإرادة

وهي جوهر مبدأ سلطان الإرادة أو النتيجة الأساسية له، فالفرد يلتزم بما شاء وأراد، بحيث تكون الإرادة هي مصدر الالتزام وهي المرجع الأعلى في تحديد ما ينشأ عن هذا الالتزام من آثار.

هذا المبدأ كان موجوداً بالفعل في القانون المدني القديم في الفقرة ١ من المادة ١١٣٤ من القانون الفرنسي " تحل الاتفاقات المشكلة قانوناً محل القوانين بالنسبة لمن قاموا بها". وتم تكريس هذا المبدأ حديثاً وفق آخر تعديل للقانون المدني الفرنسي في المادة ١١٠٣ " العقود المبرمة على الوجه القانوني تنزل منزلة القانون بالنسبة للذين صنعوها ". تشكل هذه المواد حقاً منذ البداية ومركزاً وقانوناً لأطراف العقد. كذلك نص القانون المدني الفرنسي السابق في الفقرة ٣ من المادة ١١٣٤ "يجب تنفيذ العقد بحسن نية". وتكرس ذلك في التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي في المادة ١١٠٤ " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعد هذا الحكم من النظام العام " . هذا الحكم يشمل جميع مراحل العقد، وهناك من يرى أنَّ هذا الحكم ليس جديداً، لأنَّ القانون يعيد فقط تأكيد السوابق القضائية . ويبرر ذلك أنَّه إذا كان مخطط العلاقة التعاقدية للوهلة الأولى (شراء سلعة من البقالية) يتوافق مع الواقع، بالنسبة لمعظم عقود الحياة اليومية، فحسن النية هنا يقتصر توافره عند تنفيذ العقد. أما العقود الكبيرة هي على العكس تأتي نتيجة المفاوضات التي توسعت مع مرور الوقت.

P. JOURDAIN, La bonne foi dans la formation du contrat, T. de l'ass. H. ^٦

CAPITANT, 1992, p. 121.

Cass. Civ. 14/6/2000, Revue de la jurisprudence de droit des affaires RJDA 2000, ^٦

n° 949.

لذلك أخذت الاجتهادات القضائية هذه المرحلة التفاوضية بعين النظر، وقضت بوجوب إجراء هذه المفاوضات بحسن نية. فعندما يكون المرء في مرحلة التفاوض يبقى حراً في إبرام العقد أو لا، إلا أنه يتحمل مسؤولية الانسحاب فجأة وبطريقة أحادية من المفاوضات بدون سبب مشروع، على الرغم من أن المفاوضات مضت بمرحلة متقدمة. والمسؤولية في هذه الحالة تكون تقصيرية مما يمنح الحق في المطالبة بالتعويض، الذي يشمل التعويض عن الخسائر الواقعة، من دون التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد. فيمكن للمتعاقد الحصول على تعويض عن الجلسات المدفوعة، وعما تم من دراسات للأسواق، وقد تكرر هذا المبدأ في المادة ١١١٢ وما يليها من القانون المدني الفرنسي الجديد. وهذا ما قضت به المواد ١٤٨، ١٤٩ من القانون المدني السوري.

نخلص إلى أن الإرادة هي من يحدد مضمون العقد من بنود وشروط، فتشترط ما تشاء وتريد، ولا قيد عليها إلا قيد عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة. ولا يلتزم الشخص بعقد إلا برضاه، كما لا يلتزم الشخص بعقد لم يكن طرفاً فيه. وتبنى الحرية التعاقدية على مبادئ ثلاثة:

أ - وقبل كل شيء حرية التعاقد أو عدم التعاقد. يعني أيضاً أنه إذا لم تنشأ الإرادة التزام ما فمعنى ذلك أنه لا وجود لمثل هذا الالتزام. إذاً الإرادة وحدها تملك السلطان في تكوين العقد وفي تحديد الآثار التي تترتب عليه، لا بل في خلق جميع الروابط القانونية. وهذا ما نصت عليه المادة ١١٠٢ مدني فرنسي جديد " لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وفي أن يختار من يتعاقد معه، وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقررها القانون"

^٦ - انظر المادة ١٥٣ مدني سوري " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً."

^{١١} - انظر في ذلك:

Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, Les obligations, I, L'acte juridique, 10 éd., Armand Colin, Paris 2002, n°94.

ومع ذلك، هناك استثناء على هذه القاعدة يكون فيها الشخص مُلزماً بالتعاقد، على سبيل المثال، التأمين الإلزامي في السيارات في القانون السوري (يقابله في القانون الفرنسي: على الأراضي الفرنسية، يلزم الفرد بالتأمين على العقار) .^٥

ب _ حرية اختيار المتعاقد الآخر المشارك في العقد اعتماداً على سلطان الإرادة ، وينطلق أنصار هذا المبدأ من مبدأ تقديس الفرد وتسخير المجتمع لخدمته، فلا يجوز

J. SCHMIDT – SAZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RID ^٦ Comp. 1990, p. 545.

^٦ كانت العقود في بداية ظهورها في القانون شكلية. وكانت هذه العقود الشكلية عقوداً مجردة. بحيث كان العقد يعد صحيحاً إذا انعقد وفقاً للشكليات التي كان يتطلبها القانون حتى لو كان سبب العقد غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو غير موجود. ونتيجة لتطور المجتمع الروماني في مرحلة معينة من مراحل حياته، استلزمت السرعة في المعاملات ضرورة التمييز بين العقد الشكلي والعقد الرضائي الذي ينعقد بمجرد توافر الإرادة. فأخذت هذه الإرادة تلعب دوراً في تكوين العقد. وبالتالي أصبح مبدأ سلطان الإرادة يطبق في مجال العقود الرضائية. ومن ثم طبق هذا المبدأ أيضاً في نطاق العقود البريتورية Pactus prætorii والعقود ال شرعية Pactus legitimes. وعلى العلى الرغم من 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، وساعد على ذلك عوامل عديدة منها: المبادئ الدينية التي كرسها القانون الكنسي، وأهم هذه المبادئ احترام الكلام المعطى والوعد، وحسن النية في تنفيذ العقد، وعدم الحنث باليمين. فكان مجرد عدم الوفاء بالوعد يشكل خطيئة دينية يعاقب عليها. والتطور الاقتصادي الذي أدى، وخاصة في مجال التجارة، إلى إلغاء الإجراءات الشكلية التي كانت تعيق حركة التجارة.

تعاظم، في القرن السابع عشر، دور الإرادة في إنشاء العقد وأصبح لها سلطاناً أكبر في عملية انعقاده، وبالتالي تبلور في هذا القرن مفهوم مبدأ سلطان الإرادة. وقد برز هذا المبدأ أكثر فأكثر في القرن الثامن عشر، وذلك بعد أن حلت نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية متشعبة بروح الفردية إلى درجة تقديس الحرية الفردية محل الدين، الذي ضعف دوره كثيراً.

وعندما قامت الثورة الفرنسية في العام ١٧٨٩ استندت إلى هذه النظريات المتشعبة بروح الفردية، وكانت نتيجة ذلك أن مشرعي القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ وضعوا هذا القانون على أساس تقديس الحرية الفردية، واحترام الإرادة.

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 .وهدف القانون هو تحقيق حرية كل فرد من أفراد المجتمع. ولكن عليه أن يؤمن التوازن بين حريات الأفراد، بحيث لا يسمح أن تتعارض الحريات الفردية مع بعضها بعضاً .

هنا أيضا يمكن أن يحدث استثناء في بعض البيوع عندما ينص القانون كما هو الحال بحصر بيع التبغ والقطن بالدولة فهنا قيدنا مبدأ حرية التعاقد بتحديد المتعاقد الآخر.

ج _ حرية تحديد محتوى العقد وشكله، ولكنه مؤهل مرة أخرى لأن يقيد المبدأ بنص القانون. هناك حقوق خاصة حماها ويجب مراعاتها عند صياغة أي عقد كالحقوق المتعلقة بحماية المستهلك، أو الحقوق المكرسة للعامل في قانون العمل وتعد من النظام العام وبالتالي وجب احترامها في العقود الموقعة مع العامل أو المستهلك، ... علينا التعامل مع المادة ١١٠٢ من القانون المدني "حرية التعاقد لا تسمح بمخالفة القواعد التي تتعلق بالنظام العام " كان المقصود من الإشارة إلى النظام العام وبالتالي إلى الأخلاق الحميدة (في ذلك الوقت) في هذا النص السماح للقاضي بمعاينة كل خروج على القيم الأساسية للمجتمع. لذلك كان كل شيء عن الأسرة، والأخلاق، والدولة وكل ما يهم قيمة الكرامة الإنسانية.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الفرنسي لم يكرس 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 ٦/ التي تمنع الأفراد من أن يخالفوا في اتفاقاتهم الخاصة النظام العام والآداب العامة . ومن باب المخالفة يعني ذلك أنه يمكن للأفراد مخالفة أحكام القوانين التي لا تعد من النظام العام. فالقاعدة إذاً هي الحرية التعاقدية شريطة عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة.

وكذلك الأمر بالنسبة للمادة ١١٣٤ من القانون المذكور والتي تنص على أن الاتفاقات هي شريعة المتعاقدين.

¹⁴ - السنهوري، الالتزامات، بند ٤١، ص ١٤١.

^٦ F. LABARTHE, La notion de document contractuel, LGDJ 1994, p. 129.

فمنذ عام ١٨٠٤، أي تاريخ تقنين القانون الفرنسي، تطور مفهوم النظام العام لكبح جماح إرادة الفرد لحساب المصلحة العامة. وأيضاً لكبح الإرادة الفردية لحماية الطرف الذي يُعدُّ أضعف. مثال المستأجر الذي يريد البقاء في المنزل حتى لا يغدو في العراء، فالنظام العام يُعدُّ أنَّ المستأجر هو الطرف الأضعف ويحاول أن يضمن ألا يضعه المالك في ظروف غير إنسانية. فتوسيع مفهوم النظام العام ساهم في الحد من دور إرادة المتعاقدين. ونتج عن ذلك مفهوم الحقوق الأساسية التي يمكن القاضي من بإبطال نصّ اتفاقي بالعقد لانتهاكه الحقوق الأساسية .

_ ومن آثار مبدأ سلطان الإرادة أنَّ يؤخذ بعين النظر ما اتفق عليه الطرفان بغض النظر عن ظروفهما الاقتصادية وبغض النظر عن عدالة أو عدم عدالة العقد بالنسبة للطرفين. ولهذا لم يأخذ فقه القانون الوضعي المدني بالغبن سبباً عاماً لإبطال العقد، المهم أنَّ يكون التعبير عن الإرادة برضاء سليم أي خال من عيوب الرضا.

وصفوة القول؛ تعد الإرادة المقام الأول في إنشاء الروابط القانونية الاجتماعية وترتيب آثارها، وهي آية الشخصية القانونية، فكل التزام أساسه الرضا والاختيار يُعدُّ من القانون الطبيعي لأنه يقوم على حماية الحرية الشخصية وصيانتها، فمن أهداف القانون حماية الحرية الفردية على ألا تتعارض مع باقي الحريات في المجتمع، فمن غايات القانون تحقيق التوازن بين الحريات الفردية في المجتمع، ومنها حرية التعاقد.

^٦ J. MESTRE, Transparence et droit des contrats, R J Com. 1993, p. 77-87.

المطلب الثاني

الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي

قامت العقود في الشريعة الإسلامية (أي منذ نشأتها) على التراضي وحرية التعاقد، فليس فيها ما يسمى بالعقود الشكلية ، كما قامت على احترام الملكية الفردية (التي هي وثيقة الصلة بحرية الإرادة العقدية) وعدم أخذها إلا بإذن صاحبها، فقال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ ، وقال رسول الله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل مال إمريء إلا بطيب نفسٍ منه » .

فسبب اكتساب المال في شرع الله يكون عن تراض، لما في التغالب من فساد والله لا يحب الفساد ، وقال ابن تيمية " الأصل في العقود رضی المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجبه على أنفسهما التعاقد " .

القانون الإسلامي وإن كان قد أقر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه لم يمنح المتعاقدين اشتراط ما يشاءون من شروط أو الإعفاء من المسؤولية التعاقدية، وفي هذا رحمة بالطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وتلطيف للعدالة التبادلية العقدية التي أشرنا إليها سابقاً والتخفيف من وطأتها.

وبالنسبة لمسألة الشروط في العقد، فيوجد فيها اختلاف لدى الفقهاء :

^٧ _ انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مج ٣، دار الغد العربي، ط ١، القاهرة ١٩٨٨، ص ٢٩٩ وما بعدها، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة ، ص ١٩٨، شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج ١، الجامعة المصرية، كلية الحقوق، ١٩٣٦، ص ١٣٠.

^٧ _ سورة النساء _ الآية ٢٩ .

^٧ _ سنن الدارقطني _ ٢٨٦٣، البيهقي ١١٧٤٠، أحمد ٢٠١٧٢.

^٧ _ انظر: كشف الأسرار _ ج ٢ _ ص ٦٧٨، ج ٤ ص ١٢٩٠.

^٧ _ انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى مج ٣، ص ٣٥٣/٣٥٥، مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني، ص ٣٧.

١ _ فهناك رأي في الفقه الإسلامي أنَّ الأصل في الشروط الصحة ما لم يرد دليل خاص في الشرع على النهي عنها، وأنها لا تؤثر على صحة العقد بالإبطال أو الإلغاء سواء أكانت معتبرة صحيحة أم فاسدة منهي عنها ، وبالتالي فإنَّ الشروط الصحيحة هي أوسع ما تكون في المذهب الحنبلي.

وهناك رأي آخر، يذهب إلى بطلان العقود بالشروط الفاسدة من دون الصحة، وهو الرواية الثانية للحنابلة وقول أبي حنيفة والشافعي، لعموم نهي رسول الله (عليه الصلاة والسلام) عن بيع وشرط ، لأنَّ تصحيح العقد مع الشرط الفاسد يعني أنَّ يتم العقد من دون رضا الطرف المشترك، كما أنَّ سقوط الشرط يؤدي إلى وجوب الرجوع بما يقابله من الثمن وهو مجهول فيصير الثمن مجهولاً .

واستدل القائلون بصحة الشروط مطلقاً بالأدلة التي توجب الوفاء بالعقود والعهود عامة وهي كثيرة: فقال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة الآية ١ ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ سورة الإسراء الآية ٣٤.

وسنداً لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام « مَا بَالُ أَنْاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنْ شَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ، شَرَطَ اللَّهُ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ » ، حيث أجاز للسيدة عائشة أنَّ تشتري العبد وتعتقه على الرغم من

^٧ _ عبد العزيز سمك، المرجع السابق، ص ٨١، عيسوي عيسوي، الفقه الإسلامي المدخل ونظرية العقد، مطبعة دار التأليف، ط٣، القاهرة ١٩٦١، ص ٤٣٥.

^٧ _ روي الحديث بمسند أبي حنيفة ٢٢٣، برواية أبي نعيم، مكتبة الكوثر، ط١، الرياض وانظر: د. يوسف قاسم، تاريخ الفقه الإسلامي ومصادره وقواعده الكلية وبعض نظرياته العامة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص ٣٢٧.

^٧ _ انظر: ابن تيمية، نظرية العقد، مركز الكتاب للنشر، طبعة منقحة، جامعة القاهرة، المكتبة المركزية، ص ١٩٩، والعقد مع الشرط الفاسد يجعل العقد فاسداً عند الحنفية وفي رواية لمحمد البيع جائز والشرط باطل، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٥، دار الكتب العلمية، ط٢، بيروت ١٩٨٦، ص ١٧٠.

^٧ _ رواه البيهقي في سننه، ٢٩٩/١٠، والبخاري ٢٥٦٠، مكتبة الصفا، ط١، القاهرة ٢٠٠٣، مسلم ٢٦١٢، مكتبة الصفا، القاهرة ٢٠٠٤، أبي داود ٣٩٢٩، مكتبة المعارف ط٢، الرياض، ٢٠٠٧ وانظر: عبد العزيز رمضان سمك، الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، ص ٨١/٧٨.

أَنَّ البائعين قد اشترطوا عليها أَنَّ يكون الولاء لهم بعد الإعتاق فقال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق، أي أَنَّ هذا الشرط مناف لعقد البيع فيبطل الشرط ويصح العقد، وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً: « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو شرطاً أحل حراماً » ، وقال عمر رضي الله عنه « مقاطع الحقوق عند الشروط »^٧.

فإذا كان الشرط لصفة مباحة مقصودة في المعقود عليه غير متنافية أو متعارضة مع مقتضى العقد كمن يبيع شقة ويشترط استئجارها شهراً قبل التسليم، فلا مانع من هذا الشرط ، وقد ورد أَنَّ الرسول عليه الصلاة والسلام اشترى من الصُّحابي جابر جملأ واشترط البائع أَنَّ يحمله الجمل حتى المدينة فوافق المشتري عليه الصلاة والسلام ، أما إذا باع أو أجر شخص واشترط على المستأجر أو المشتري أَنَّ لا يسكنها مدة معينة فهذا شرط مناف ومخالف لمقتضى العقد وليس فيه نفع ، فيبطل الشرط ويصح العقد.

_ فالشافعية والحنفية أخذوا بعموم حديث النهي عن بيع وشرط، فأبطلوا البيع والشرط الفاسد، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط كالحنابلة أخذ بحديث السيدة فاطمة في العبد المعتق المشار إليه في المتن أعلاه، ومن أجاز البيع والشرط أخذ بحديث الجمل الذي اشتراه الرسول (عليه الصلاة والصلاة) واشترط البائع توصيله به إلى المدينة السابق ذكره .

و مذهب المالكية أقرب إلى الحنابلة فيجيزون الشرط الصحيح والشرط الفاسد ولا يبطل العقد بهما وإنما يبطل الشرط الفاسد ويبقى العقد، إلا إذا كان للشرط الفاسد تأثير على

^٧ _ رواه البيهقي في السنن الكبرى ٧٩/٦، دار المعرفة، بيروت، ورواه الدار قطني في سننه، دار المؤيد، الرياض ٢٠٠١، كذلك بهذه الصيغة برقم ٢٨٦٩ وبصيغة أخرى برقم ٢٨٧٠، "المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق"، و"المسلمون عند شروطهم" عند أبي داود، ٣٥٩٤.

^٨ _ انظر: ابن تيمية، نظرية العقد، ص ٢٤، ومثال على الشرط الموافق لمقتضى العقد عند الحنفية اشتراط كفيل أو رهن معلوم، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٧٢.

^٨ _ رواه البخاري ٢٧١٨، ومسلم ٧١٥.

^٨ _ انظر: عبد العزيز سمك، المرجع السابق، ص ٧٨.

العقد فيبطلان معاً، أو تمسك المتعاقد المشترط بالشرط ، وبالتالي تلافى المالكية^٣ الجهالة التي قال بها الحنفية والشافعية ، وبهذا الرأي نعتقد.

٢ _ وهناك رأي في الفقه الإسلامي ذهب إليه ابن حزم بأن الأصل في الشروط التحريم ما لم يرد بها دليل من الشرع، سنداً لحديث إعتاق العبد المذكور أعلاه والذي ورد فيه النهي عن الشروط، وعملاً بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » ، ونرى أن الشرط الذي نهى عنه رسول الله (عليه الصلاة والسلام) هو الشرط الفاسد، وليس الصحيح.

و باعتبارنا يستدل مما سبق أن الاشتراط في العقود جائز إلا ما خالف دليلاً شرعياً أو كان مخالفاً لمقتضى العقد، وهذا ما يتوافق مع روح الشريعة ومبادئها العامة التي تقوم على العدل والتيسير ورفع الحرج عن الناس، وصلاحيتها لكل زمان ومكان، إذ لو منعنا الشروط مطلقاً لوقع الناس بالحرج، لأن تطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية والمعاملات المالية قد توجب شروط لم يرد دليل على إباحتها أو تحريمها، ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية كما ذكرنا سابقاً أتت بمبادئ كلية وقواعد عامة مع التفصيل في بعض أحكامها وليس من المعقول أن ينص فيها على شروط عقود لم تكن قد وجدت في التعامل في عصر الرسول والصحابه، وبالتالي تبقى الشروط والعقود على الأصل وهو الحل ، ما دامت فيها منفعة معلومة مباحة لأحد المتعاقدين ولا ضرر بها على الآخر، وهذا ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور عبد العزيز سمك ، حيث يرد على من منع الشروط في العقد، أن الشرط المنهي عنه هو الشرط الفاسد " فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا أن يحرم ما أباحه الله ، وإذا فعل ذلك يكون شرطه باطلاً، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، فإذا اشترط المتبايعان صفة في المبيع أو رهناً أو نحو

^٣ _ انظر: ابن رشد _ البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة _ ج٨/ص ٢٨٨ ج٩/ص ٧٧.

^٤ _ انظر: ابن حزم، المحلى، ج٨، مكتبة دار التراث، القاهرة، وطبعة المكتب التجاري، بيروت، المسألة ١٤٤٥، وانظر: د. عيسوي عيسوي، المرجع السابق، ص٤٣٦، د. أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد، ص ١٨٧.

ذلك وجب الوفاء بمقتضى الشرط، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم : كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، فإذا لم يشتمل العقد على شرط مناف لمقصود الشارع، ولا مناف لمقصود العقد فلم يكن لغواً، ولا وجه لتحريمه، بل الواجب حله، لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه ، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه" .

_ أما الشرط المناف لمقتضى العقد فهو غير جائز ، ويبطل الشرط ويبقى العقد، كما في حديث السيدة فاطمة السابق، فأبطل الرسول الله (صلى الله عليه وسلم) الشرط وأجاز العقد، حيث أجاز لها أن تعتق العبد (ويكون والولاء لها، لأنّ الولاء لمن أعتق) لأنّ الشرط مناف لمقتضى العقد ولم يقل لها العقد باطل ، إلا أننا نأخذ بموقف المالكية بأنه إذا كان الشرط الفاسد مؤثراً في العقد أو تمسك المتعاقدين بالشرط به، فيبطل العقد والشرط منعاً لعدم الرضا وللجهالة بسبب سقوط الشرط.

_ وبالتالي فإنّ ما ذكرناه سابقاً من إطلاق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من دون قيد أو شرط أو إعفاء المتعاقدين من المسؤولية العقدية (كما في القانون المدني الفرنسي أو السوري) غير جائز في الفقه الإسلامي . فلا يجوز مثلاً تحميل المستأجر إصلاحات المأجور كافة لأنّ مقتضى العقد أنّ الإصلاحات تكون على المؤجر فهو المالك ولا يتحمل المستأجر إلا الإصلاحات الناتجة عن الاستعمال غير المألوف للمأجور، وإلا أثرى المؤجر على حساب المستأجر وأكرهه معنوياً على ترميم المأجور لينتفع به باعتبار أنّ الطرف الضعيف بالعلاقة العقدية.

وكذلك الأمر باشتراط الإعفاء من ضمان التعرض أو التشديد فيه، والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، فجميع هذه الشروط مخالفة لمقتضى عقد البيع أو الإيجار، وتخل

^٨ - انظر: عبد العزيز سمك، الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، ص ٨٥، ومشيراً أيضاً إلى المعني، لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٩٠.

^٨ - انظر: ابن تيمية - نظرية العقد - ص ١٩٩.

^٨ - يشار إلى أنّ الحنفية أجازوا اشتراط الإعفاء من ضمان العيوب، وخالفهم غيرهم من الفقهاء لأنّ هذا الشرط باطل للجهالة، وأجاز البعض الآخر اشتراط الإعفاء بشرط بيان العيوب المعنى منها، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٧٣، على الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية، ص ٣٩٠.

بالعدالة العقدية التبادلية التي توجب أن يأخذ كل متعاقد بدلاً عوضاً معادلاً لما يعطي، وتخل بالتضامن الاجتماعي حيث يشعر المتعاقد أو المستأجر أن الطرف الآخر يستغل حاجته للتعاقد فيشترط شروط ما أنزل الله بها من سلطان.

ويمكن القول أن العقد في الشريعة الإسلامية ليس مجرد تبادل تجاري بين طرفيه، مهما كانت النتائج المترتبة عليه وإنما للشريعة الإسلامية هدف واضح للعقود بشكل عام، هو إقامة العدل ومنع الظلم، فإذا تحول العقد أداة للاستغلال والابتزاز والظلم وسرقة جهود الناس وأموالهم والإضرار بالآخرين، كالعقود الناتجة عن الغش والاحتكار والغبن والغرر، والإضرار بالآخرين وغيرها فإن العقد يفقد مشروعيته ولا تترتب آثاره من وجوب الوفاء به والالتزام بتطبيقه .

٨

٨

^٨ _ انظر: محمد تقي المدرسي، الوجيز في الفقه الإسلامي، فقه العقود، طهران ٢٠٠٢، ص ٣٤.

المبحث الثالث

تقسيمات العقود

بعد أن بيّنا تعريف العقد في فقه القانون والشرعية سنتناول تقسيمات الفقه للعقود لأن القانون لم يتضمن هذا التقسيم، فهو عمل فقهي يقوم به فقهاء وشراح القانون وهي:

المطلب الأول

العقود الرضائية والعينية والشكلية

تنقسم العقود من حيث كيفية انعقادها إلى عقود رضائية وعقود عينية وعقود شكلية، سنناقش هذا التقسيم في الفروع الآتية.

الفرع الأول

العقود الرضائية

وصلت القوانين المدنية الحديثة إلى جعل الرضائية، مبدأ عاماً (ومنها المادة ١١٠٩ مدني فرنسي جديد التي قسمت العقود إلى رضائية وشكلية وعينية). وعرفت هذه القوانين العقد الرضائي بأنه العقد الذي ينعقد بمجرد تلاقي للإيجاب والقبول؛ بأي طريقة تم ذلك. أما إذا تطلب انعقاد العقد، بالإضافة إلى رضا أطراف العقد، توافر بعض الشكليات والمراسم المعينة، فيكون العقد في هذه الحال عقداً شكلية. وقد يشترط القانون، في بعض الأحيان، شكلاً معيناً في العقد الرضائي من دون أن يؤثر هذا الشكل في طبيعة العقد الرضائي مثال اشتراط تسجيل عقد الإيجار بالمحافظة ببقية عقداً رضائياً. فهنا يبقى العقد رضائياً على الرغم من هذه الشكلية التي لا تخالط انعقاد العقد. لذلك يجب دائماً التمييز بين شكلية الانعقاد وبين شكلية الإثبات. فإذا استلزم القانون توافر الشكلية لانعقاد العقد، وفي هذه الشكلية وجود وعدمه فهي شكلية انعقاد. في حين أنه لا تأثير لشكلية الإثبات على انعقاد العقد، فالعقد معها ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب

والقبول، ولكن يتوقف إثبات ذلك على توافر الشكلية التي استلزمها القانون . ولا تأثير لغياب هذه الشكلية على انعقاد العقد، حيث يجوز في هذه الحال إثبات العقد بوسائل أخرى كالإقرار أو باليمين. ومثال شكلية الإثبات ما تطلبه القانون (م٥٢٠) من ضرورة إثبات الصلح بالكتابة.

وتجدر الإشارة إلى أنَّ التشريعات الحديثة كرسّت مبدأ الرضائية في العقود، ولكنها لم تطبقه بشكل مطلق، حيث إنها نصت على بعض العقود الشكلية أيضاً. ولكن الشكلية في هذه التشريعات تختلف عن الشكلية في العصور القديمة، حيث لا تكفي الشكلية وحدها لانعقاد العقد، وإنما لابد فيه، بالإضافة إليها، من تلاقي الإيجاب والقبول أيضاً. في حين أنَّ الشكلية في التشريعات القديمة كانت تكفي لوحدها لانعقاد العقد، وبالتالي لم يكن جائزاً الطعن في العقد بعيوب الإرادة.

وقد تشترط الشكلية أو الإجراء القانوني لنفاذ العقد وليس للانعقاد، مثاله اشتراط القانون تسجيل عقد البيع في السجل العقاري لنفاذه تجاه الغير حسن النية.

^٨ العقد الرسمي هو عقد يخضع لقواعد من حيث الشكل يجب احترامها ----> تحرير العقد كتابة كوثيقة أصلية (كاتب عدل) أو فعل أو توقيع خاص (مكتوب من قبل الأطراف أو المحامين) هناك استرجاع للقواعد الشكلية التي كانت موجودة في الحقبة الرومانية، وهذا يعني زيادة في النصوص التي تتطلب كتابة لصحة العقد وهذا بسبب تطور مفهوم حماية المستهلك. وبالتالي فإن فائدة التمييز هي معرفة متى يتم تشكيل العقد. ومن أجل التوافق، من الضروري إثبات تبادل الإيجاب والقبول، من أجل العقد العيني من الضروري وضع الشيء تحت تصرف الدائن به. وفي العقد الرسمي، من الضروري تقديم الصك الأصلي أو التوقيع الخاص.

الفرع الثاني

العقود الشكلية

وهي العقود التي يشترط لانعقادها توافر شكلية أو إجراء معين، بحيث إذا لم تتوافر هذه الشكلية لا يقوم أو ينشأ العقد. فتكون هذه الشكلية شكلية انعقاد وليست شكلية إثبات التي توجد في العقود الرضائية. وأمثلة العقود الشكلية عقد الشركة الذي يشترط فيه الكتابة بسند عادي لانعقاده (م ٤٧٥)، وعقد هبة العقار الذي يشترط فيه أن يكون بسند رسمي وذلك بتسجيله لدى الكاتب بالعدل (م ٤٥٦)، وأيضاً عقد بيع حقوق الملكية الفكرية لا بد أن يكون بسند خطي أو الكتروني موقع.

وإذا اشترط القانون شكلية معينة لإبرام عقد يجب إجراء هذه الشكلية عند التوكيل فيه (م ٦٦٦)، وفي الوعد بإبرامه (م ١٠٢).

الفرع الثالث

العقد العيني

إذا كان لا يكفي لانعقاد العقد مجرد توافر الرضا، وإنما لا بد بالإضافة إلى ذلك تسليم العين التي يرد عليها العقد، كان العقد في هذه الحال عقداً عينياً.

والعقود العينية في القانون المدني الفرنسي هي: الهبة، القرض، الرهن الحيازي، الإعارة، والوديعة. وقد ورث القانون المدني الفرنسي العقود العينية هذه عن القانون الروماني. 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. أما القانون المدني السوري فكرس نوعين من العقود العينية وهما: هبة المنقول (المادة ٤٥٦)، ورهن المنقول (المادة ١٠٣٠). ويؤخذ على القانون السوري نزع صفة العقد العيني عن الوديعة، فلا يعقل أن يسمى شخص وديعاً قبل أن يتسلم الوديعة. وفي الفقه الإسلامي، العقود العينية هي: الهبة، القرض، الرهن الحيازي، الإعارة، الوديعة.

ويشترك الفقه الإسلامي مع القانون الفرنسي في العقود العينية وهي خمسة: الهبة والقرض والرهن الحيازي والعارية والوديعة. وذلك باعتبار أنَّ محل هذه العقود يحتاج إلى التسليم لينصب عليه أثر العقد فتقوى سلطة التملك للمتعاقد معه على سلطة الملك.



المطلب الثاني

العقود المسماة والعقود غير المسماة

تنقسم العقود من حيث موضوعها إلى عقود مسماة وغير مسماة، سنبين العقد المسمى في الفرع الأول قبل أن نشرح العقد غير المسمى في الفرع الثاني.

الفرع الأول

العقد المسمى

هو العقد الذي نص التشريع على اسم له وقواعد تفصيله خاصة تبين أحكامه والآثار المترتبة عليه؛ فعند حدوث أي نزاع يقوم القاضي بتطبيق القواعد القانونية الخاصة بالعقد على أطرافه حتى ولو لم تذكر في بنود العقد.

وقد صنف كل من القانون السوري والمصري العقود المسماة تصنيفاً منطقياً تبعاً لموضوعها، فقسمها على ثلاث أنواع:

١ _ عقود ترد على الملكية وهي؛ عقد البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض والدخل الدائم، الصلح.

٢ _ العقود الواردة على المنفعة (أي الاستعمال والاستغلال) وهي؛ عقد الإيجار (ويشمل أيضاً عقد المزارعة)، العارية.

٣ _ العقود الواردة على العمل وهي؛ عقد المقاولة والتزام المرافق العامة، عقد العمل، الوكالة، الوديعة، الحراسة.

٤ _ عقود الغرر وهي؛ المقامرة والرهان، المرتب مدى الحياة، عقد التأمين.

٥ _ عقود الكفالة (أو التوثيق أو الضمان أو التأمينات الشخصية والعينية)؛ وتشمل الكفالة الشخصية والكفالة العينية. إلا أن القانون المدني السوري ونظيره المصري ذكر الكفالة الشخصية من ضمن تقسيمات العقود ونص على الكفالة العينية ضمن القسم الخاص بالحقوق العينية التبعية (رهن المنقول، والرهن والتأمين العقاري، وحقوق الامتياز).

الفرع الثاني

العقد غير المسمى

هو العقد الذي لم يأت التشريع على ذكر له، لا من حيث الاسم ولا من حيث القواعد.

وبالتالي يقوم الأفراد بتحديد أحكامه وقواعده وفق اتفاقاتهم الخاصة. وفي حال نشوء نزاع بين أطراف العقد غير المسمى فيقوم القاضي بتطبيق القواعد العامة للعقود المذكورة في القانون المدني، فإنَّ لم يجد فيطبق قواعد أقرب عقد شبيهه بالعقد موضوع النزاع عن طريق القياس. ويعود أمر تكييف العقد لقاضي الموضوع _ وهو القاضي الذي ينظر في النزاع _ فقد يتفق الأفراد على بنود عقد إيجار ويكتبون عليه عقد بيع والعكس صحيح فيقوم القاضي بتكييفه أي بإعطائه التسمية القانونية السليمة.

والعقود الغير المسماة لا حصر لها؛ مثل عقد الاشتراك في خدمة الإنترنت، عقد استثمار محل تجاري، عقد التوريد، عقد النشر، عقد النزول في فندق.

كذلك الامر في القانون الفرنسي يقوم هذا التصنيف وفقاً لما إذا كان المشرع قد نظم أحكام العقد أم لا. فالعقد المسمى هو العقد الذي خصه المشرع بأحكام خاصة به. أما العقد غير المسمى فلم يخصصه المشرع بأحكام خاصة، وإنما تطبق عليه أحكام النظرية العامة للعقد. وكان لهذا التصنيف في القانون الروماني فائدة كبيرة حيث لا يتمتع بالتنفيذ الجبري إلا العقود المسماة المبرمة وفقاً للمراسم الشكلية التي يتطلبها القانون.

وفي القانون الفرنسي الجديد، تكرر هذا التصنيف بالمادة ١١٠٥، العقد المسمى هو العقد الذي يصنفه وينظمه القانون ---> مثل عقد البيع، عقد العمل، ... العقود غير المسماة هي تلك التي لا تخضع لأي لائحة محددة ولا يكون لها أحكام خاصة بنص القانون مثل عقد النزول في فندق. لا ينطوي التمييز بين هذين العقدين على نظام معين، حيث إنهما يخضعان للقواعد العامة المشتركة للعقود .

^٩ بهذا يأخذ مشروع CATALA، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٣ من القانون المدني الفرنسي الجديد على أنه تخضع العقود سواء كان لها اسم خاص، أم لم يكن لها اسم خاص، لقواعد عامة تشكل موضوع

المطلب الثالث

العقد البسيط والعقد المختلط

العقد البسيط هو عكس العقد المختلط يحتوي على عقد واحد فقط سواء أكان مسمى كعقد الإيجار أو غير مسمى كعقد العلاج الطبي.

أما **العقد المختلط** أو **المركب**؛ هو العقد الذي يحمل في طياته أكثر من عقد واحد فيتكون من عدة عقود مختلطة. مثال عقد النزول في فندق يشتمل على عقد الإيجار للغرفة، وعقد بيع الطعام، وعقد عمل بالنسبة للخدمة وإيداع للأمتعة في حال وجودها. ومثال عقد الإيجار التمويلي أو البيع الذي يكون بيعاً في حقيقته ولكن قد يتفق الطرفان على ألا تنتقل الملكية إلا بانتهاء الأقساط بنهاية العقد.

ويطبق على العقد المختلط أحكام العقود المختلفة ما أمكن التفريق بينها، وإلا يطبق القاضي أحكام العقد الرئيسي في العقد.

الباب الحاضر، أضافت في فقرتها الثالثة أنه: وتخضع العقود غير المسماة، بالقياس، للقواعد التي تشبهها بقدر ما لا تحول خصائصها من دون ذلك.

المطلب الرابع

العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين

تصنف العقود من حيث الأثر الملزم للعقد إلى عقود يكون فيها الإلزام على عاتق طرف واحد وتسمى العقود الملزمة لجانب واحد. وعقود يكون فيها الإلزام على عاتق طرفي العقد فتسمى العقود الملزمة للجانبين . سنشرح العقد الملزم للجانبين في الفرع الأول قبل بحث العقد الملزم لجانب واحد في الفرع الثاني.

الفرع الأول

Bilateral Contract العقد الملزم للجانبين

هو العقد الذي ينشئ التزامات متبادلة متقابلة على عاتق طرفيه فيكون كل منهما مديناً للآخر ودائناً له. مثال عقد البيع يرتب التزامات على عاتق البائع (تسليم المبيع، ضمانه، التسجيل العقاري إذا وقع البيع على عقار...) ويرتب التزامات على عاتق المشتري (دفع الثمن، استلام المبيع...).

^٩ _ راجع القانون المدني الفرنسي الذي نص على أحكام العقود والالتزامات الاتفاقية بشكل عام في المواد من ١١٠١ حتى ١٣٦٩. فنص على العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد في المادتين (١١٠٣، ١١٠٢).

الفرع الثاني

العقد الملزم لجانب واحد *Unilateral contract*

وهو العقد الذي يرتب التزامات على عاتق طرف واحد من دون الآخر، فيكون الملزم مديناً فقط، ويكون الطرف الآخر غير الملزم دائماً فقط. ومثاله عقد الهبة، والوعد بعقد، وعقود الرد وهي القرض والرهن الحيازي والوديعة والعارية. ففي عقد الوديعة من غير أجر يلتزم الوديع برد الوديعة من دون أي التزام على عاتق المودع .

وتجدر الإشارة إلى ضرورة عدم الخلط بين العقد الملزم للجانب واحد والتصرف القانوني الصادر من طرف واحد عن طريق الإرادة المنفردة، ففي الأخيرة نكون أمام تصرف وإرادة واحدة مثل الوصية والإقرار والوعد بجائزة، أما العقد الملزم للجانب واحد فيحتاج إلى إرادتين فالأمر بالنسبة له يتعلق بأثر العقد وليس بانعقاده.

في القانون الفرنسي تم تكريس هذا التصنيف في المادة ١١٠٦، فهو ملزم للجانبين عندما يفرض التزامات على كلا الطرفين --- < البيع، الإيجار، عقد العمل، الشركة، إلخ.، ويكون العقد ملزماً لجانب واحد عندما يقع الالتزام على عاتق طرف واحد من الأطراف من دون الطرف المقابل؛ مثل عقد التبرع، الوديعة.

^٩ _ يشار إلى أنَّ بعض الفقهاء كأمثال الدكتور عبد الرزاق السنهوري يقول بأن عقد القرض والرهن الحيازي والعارية هي في القانون المدني والمصري (والسوري) من العقود الملزمة للجانبين لأنها ليست عقوداً عينية فالتسليم أصبح التزاماً على المقرض أو المعير أو الراهن، وليس ركناً في العقد. انظر: د. السنهوري، الوسيط ج ١، ص ١٣٣.

نتائج التقسيم بين العقدین:

فائدة التمييز بين هذين النوعين من العقود مضاعفة:

أولاً _ عندما يتعلق الأمر بالإثبات، عندما يكون العقد ملزم للجانبين، يجب أن يحرر العقد على عدة نسخ بعدد الأطراف في العقد، وهو مطلب غير موجود في العقد الملزم لجانب واحد.

ثانياً _ من حيث الارتباط بين التزامات طرفي العقد. في العقد الملزم للجانبين؛ إذا لم يتم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه فمن حق الطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه أيضاً ويسمى ذلك بالدفع بعدم التنفيذ (م ١٦٢ مدني سوري) كما أنه من حقه أن يطالب بفسخ العقد (م ١٥٨ مدني سوري). كما لو لم يتم بائع البضاعة بتوريدها للمشتري فمن حق الأخير رفض تسليم الثمن أو يطالب بفسخ العقد عن طريق القضاء. هذا طبعاً يتعلق بتأثير العقد الملزم للجانبين، الذي يؤدي فيه إلى جعل التزامات كلا الطرفين مترابطة، وبالتالي يخضعه لقواعد خاصة، مثل فسخ العقد لعدم التنفيذ أو الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الطرف الآخر لا ينفذ التزامه.

وهذه النتائج ما هي إلا أثر للترابط والتقابل بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين فطبيعي ألا يكون هناك مجال لإعمالها بصدد العقود الملزمة لجانب واحد. ففي العقود الملزمة لجانب واحد فلا إمكانية للدفع بعدم التنفيذ أو للمطالب بفسخ العقد لعدم وجود التزام مقابل على عاتق الطرف الآخر.

ثالثاً _ في العقود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي كاحتراق أو تلف البضاعة المباعة، فيسقط الالتزام المقابل وينقضي بالتالي الالتزام وينفسخ العقد من تلقاء ذاته. أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا وجود لحالة الانفساخ وبالتالي إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه كما لو التزم الواعد ببيع سيارته واحتترقت السيارة فلا يعوز الموعود له من جراء ذلك.

^٩ _ يتوافر السبب الأجنبي الذي يجعل الالتزام مستحيلًا في ثلاث حالات هي: القوة القاهرة كالحرب، خطأ الملتزم أو المدين نفسه كتقصيره في حفظ البضاعة المباعة، خطأ الغير مثل قيام الغير بإحراق البضاعة المباعة.

المطلب الخامس

عقود المعاوضة وعقود التبرع

تقسم العقود من حيث المقابل في العقد إلى عقود معاوضة سنشرحها في الفرع الأول وعقود تبرع سنعرفها في الفرع الثاني.

الفرع الأول

عقود المعاوضة

وهي العقود التي يأخذ فيها كلا المتعاقدين عوضاً مقابل لما يعطي سواء أكان المقابل مالاً مادياً أو معنوياً؛ ففي عقد البيع البائع يعطي البضاعة المبيعة مثلاً في مقابل أخذه الثمن والمشتري بالمقابل يأخذ البضاعة ويدفع الثمن. وفي عقد الكفالة يلتزم الكفيل بمنح الكفالة في مقابل دع الدين، وعقد الكفالة قد يكون بمقابل دين أو مبلغ مالي وقد يكون تبرعاً بالنسبة للكفيل.

الفرع الثاني

عقود التبرع

وهي العقود التي لا يأخذ فيها أحد المتعاقدين مقابلًا لما يعطي، ولا يعطي الطرف الآخر مقابلًا لما أخذ. وعقود التبرع أما أن ترد على الملكية فتكون عقد هبة للمنقول أو العقار، وإما ترد على المنفعة فتسمى عقود التفضل مثال العارية، وعقود القرض والكفالة والوكالة والوديعة غير المأجورة حيث تكون تبرعاً بالمنفعة.

هذا التصنيف بين عقود المعاوضة وعقود التبرع مكرس اليوم في القانون الفرنسي بنص المادة ١١٠٧ من القانون المدني الفرنسي الجديد. "يكون العقد معاوضة عندما يحصل كل طرف من الطرف الآخر على منفعة مقابل تلك التي يقدمها. ويكون عقد تبرع عندما يقدم أحد الأطراف للآخر منفعة من دون الحصول أو انتظار الحصول على مقابل لما يقدمه".

فعقد المعاوضة هو ما ندعوه بالعقود بمقابل كالبيع، ... أما العقد من دون مقابل، والذي يُطلق عليه أيضًا عقد التبرع، والذي يحصل بموجبه أحد أطراف العقد على خدمة ما أو شيء ما من دون تقديم مقابل.

ولكن لا بد من الإشارة في هذا المكان إلى أن العقود الملزمة لجانب واحد ليست جميعها عقود من دون مقابل كما يمكن أن يخيّل للبعض من خلال التقارب بين التعريفين. على سبيل المثال، الكفالة (إعطاء ضمان) والذي من الممكن أن يكون مقدماً مجاناً أو بمقابل، ولكن كونه بمقابل لا يجعل منه عقداً ملزماً للجانبين، لأنه يعطي ضماناً.

نتائج التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع:

- ١ _ في عقود التبرع الغلط كعيب في الإرادة يجيز إبطال العقد إذا وقع على شخص المتبرع له لأنَّ التبرع لا يكون إلا لشخص معين. أما في عقود المعاوضة لا يؤثر الغلط في شخص المتعاقد معه في إبطال العقد إلا إذا كانت شخصية المتعاقد معه محل اعتبار مثل عقد الشركة ولاسيما شركات الأشخاص وعقد العمل.
- ٢ _ في دعوى عدم نفاذ التصرف التي يقيمها الدائن لوقف تصرفات مدينه الضارة به التي تؤدي إلى إفساره أو الزيادة في الإفسار (م ٢٣٩ مدني سوري)، يجب إثبات سوء نية المتعاقد معه وغشه وذلك بإثبات علمه بحاله إفسار المدين. في حين لا حاجة في عقود التبرع لإثبات سوء نية المتبرع له.
- ٣ _ الأشياء المستقبلية يمكن أن تكون محلاً لعقد المعاوضة، في حين لا يمكن أن تكون محلاً لعقود التبرع، حيث نصت المادة (٤٦٠ م سوري) بأن هبة الأشياء المستقبلية تقع باطلة.

المطلب السادس

العقود المحددة والعقود الاحتمالية (عقود الغرر)

تنقسم العقود من حيث طبيعة الالتزامات المترتبة على عاتق الطرفين إلى عقود محددة وعقود احتمالية أو عقود الغرر.

الفرع الأول

العقد المحدد

عرفت المادة ١١٠٨ الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي الجديد، العقد المحدد على أنه " يكون العقد محدداً عندما يتعهد كل طرف بأن يقدم للآخر منفعة تعد معادلة لتلك التي تلقاها".^٩

فالعقد المحدد، يراد به تعيين الالتزامات التي تقع على عاتق أطراف العقد في مقابل بعضهم البعض، فيعرف كل طرف مقدار المقابل المقدم من الطرف الآخر. فمثلاً في عقد البيع المشتري يأخذ البضاعة مقابل الثمن الذي دفعه والبائع كذلك يأخذ الثمن مقابل ما يسلمه من بضاعة للمشتري. والجدير بالذكر أنَّ النص الفرنسي السابق استخدم لفظ "المنفعة المعادلة" كمقابل في العقد وهذا يقترح ما كان يشير إليه بعض الفقهاء من أنَّ القانون لا يهتم بالتعادل الاقتصادي للطرفين المتعاقدين، إنما فقط في احترام وحرية إرادة المتعاقدين وسلامتها من العيوب. وهذا الرأي يتوافق مع اتجاه الفقه الإسلامي في وجوب تحقيق التعادل في البذل من الطرفين المتعاقدين حتى لا يتحقق الغبن ولا سيما الغبن الفاحش.

^٩ _ د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق.

^٩ _ انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨،

الفرع الثاني

العقد الاحتمالي

العقد الاحتمالي أو عقد الغرر: هو العقد تكون فيه الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف العقد غير محددة بمقدار معين جلي واضح عند إبرام العقد. وهذا ما ذكرته المادة ١١٠٨ مدني فرنسي /ف٢ " ويكون العقد احتمالياً عندما يقبل الأطراف تعليق آثار العقد، من ناحية ما يربته من منافع أو خسائر، على حدث غير مؤكد". ففي العقد الاحتمالي يتفق الطرفان على جعل آثار العقد تعتمد على حدث غير مؤكد ومثاله عقد التأمين؛ حيث يدفع المؤمن له مبلغ مقطوع بشكل دوري ولكن المؤمن لا يعلم ما إذا كان سينقذ التزامه بالتأمين عن الحادث أو الضرر أم لا لأنَّ التزامه مرتبط بحدث مستقبلي لا يمكن التنبؤ به، أو بتاريخ حدوثه كما في العقد مقابل مرتب مدى الحياة.

وتحدث الفقه الإسلامي عن هذا العقد بمسمى عقد الغرر؛ والغرر هو كل ما خفي علمه وقت التعاقد وخفيت نتيجته. وعقود الغرر منهي عنها بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام الذي نهى عن بيع الغرر .

٩

٦

^٩ _ حديث النهي عن بيع الغرر، رواه الإمام مالك في الموطأ _ في كتاب البيوع /٧٧، ورواه مسلم ١٥١٣، وأبو داود ٣٣٧٦، وابن ماجه ٢١٩٤، والنسائي ٤٥١٨، والترمذي ١٢٣٠، وانظر : ابن قدامة _ الكافي ج ٢ _ ص ٨، الشوكاني _ نيل الأوطار ج ٥ _ ص ٢٢٩.

نتائج التقسيم بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية:

أولاً_ دعوى الغبن ترد على العقود المحددة وليس الاحتمالية، لأنَّ الغبن من طبيعة العقود الغرر الاحتمالية ولهذا نهت عنها الشريعة الإسلامية.

ثانياً _ يكمن التمييز أيضاً في فكرة التعويض عن الضرر، وهو ما يمكن تحقيقه في العقود المحددة من دون العقود الاحتمالية. حيث يمكن أن تؤدي المخاطرة في العقود الاحتمالية إلى إلغاء فكرة الضرر المنشئ للالتزام. على سبيل المثال، إذا تعاقد الشخص للحصول على عقار من شخص آخر مقابل أجر يدفعه للمالك مدى الحياة، من ثم عاش المالك للعقار ثلاثون عاماً زيادة على ما هو متوقع، فلا يمكننا المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل بسبب زيادة المدة، لأنَّ الشيخوخة الطويلة للشخص تشكل خطراً تقبلته شركة التأمين في وقت العقد.

^٩ _ الغبن هو عدم التعادل بين البدلين المقدمين من الطرفين المتعاقدين، قد يكون فاحشاً وهو الذي لا يدخل في تقويم المقومين، والغبن اليسير وهو الذي يدخل في تقويم المقومين.

المطلب السابع

العقود اللازمة وغير اللازمة

تقسم العقود من حيث إمكانية فسخها بإرادة منفردة من عدمه إلى عقود لازمة وغير لازمة.

فالعقود اللازمة: هي عقود لا يملك أي من الطرفين فسخها بإرادته المنفردة، إنما يمكن الفسخ بإرادة الطرفين. مثالها عقد البيع وعقد الإيجار...

أما العقود غير اللازمة: هي العقود التي يمكن لأي من الطرفين أن يفسخها من تلقاء ذاته من دون حاجة إلى موافقة المتعاقد الآخر. ومثالها عقد الوكالة (م ٦٨١/٦٨٢ مدني سوري)، من الأمثلة على عدم لزوم العقد من جانب واحد في الفقه الإسلامي هي؛ البيع مع خيار الرؤية الذي يعطي للمشتري حق فسخ العقد عند رؤية المبيع، وكذلك العقد مع خيار الشرط حيث يشترط أحد الطرفين فسخ العقد خلال مدة معينة. ومن أمثله في القانون؛ عقد المقاولة في القانون المدني السوري (م ٦٢٩) التي تعطي رب العمل من دون المقاول حق فسخ العقد على أن يعرض المقاول جميع ما أنفقته وما فاتته من كسب، كذلك في عقد التأمين على الحياة (م ٧٢٥ مدني سوري) فيمكن للمؤمن له فسخ العقد قبل انتهاء المدة المتفق عليها، كذلك عقد الكفالة الذي يرد^٩ على دين مستقبلي لم ينشأ بعد إذا لم تحدد مدة الكفالة (م ٧٤٤ مدني سوري).

فالأصل في العقود للزوم، والاستثناء هو عدم اللزوم ولهذا لا بد من نص يجيز هذا الاستثناء في التشريع أو بالاتفاق عليه بين المتعاقدين.

نتائج التقسيم بين العقد اللازم والعقد غير اللازم:

في العقود اللازمة لا يمكن لأحد الطرفين أن ينهي العقد من تلقاء ذاته وإذا امتنع عن التنفيذ بنية إنهاء العقد فإنَّه يتحمل المسؤولية العقدية الناتجة عن ذلك

^٩ - انظر: محمد حاتم البيّات، أيمن أبو العيال، الالتزامات، مرجع سابق، ص ٥٥.

^٩ - يضاف إلى الكفالة عقود الإيجار (م ٥٣١) والغارية (٦١٠، ٦٠٩) إذا لم تحدد مدة لها، والوديعة (م ٦٨٨) إذا كان الأجل معين لمصلحة من يريد التحلل من عقد الوديعة.

الامتناع، فيحق للطرف الآخر أن يطالب قضاءً بالتنفيذ العيني (أي تنفيذ العقد وفقاً لما تم الاتفاق عليه) أو يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء هذا الامتناع. أما في العقد الغير اللازم يحق لأحد الأطراف أن يفسخ العقد، فيعيد المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد من دون أن يحق للطرف الآخر المطالبة بالتعويض.



المطلب الثامن

العقود الفورية والزمنية

تقسم العقود من حيث نشوء أو وترتيب الالتزامات الناشئة عنها إلى عقود فورية وعقود زمنية، نبين الأولى في الفرع الأول قبل بحث العقود الزمنية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

العقود الفورية

وهي العقود التي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذها أو في ترتيب آثارها، فيبرم العقد وتنشأ التزامات الطرفين المترتبة عنه فور الانعقاد. مثال عقد البيع أو المقايضة، فتنشأ عنه التزامات البائع والمشتري من دون أن يكون للزمن أثر في ترتيب هذه الالتزامات. وسواء أكان تنفيذ التزامات الطرفين يتم فور العقد (كدفع الثمن أو تسليم البضاعة)، أم كان تنفيذ الالتزامات مؤجلاً (كتأجيل الثمن لفترة زمنية بعد الانعقاد). ونص القانون الفرنسي الجديد على هذا النوع من العقود في المادة ١/١١١١ بأنه "عقد التنفيذ الفوري هو العقد الذي يمكن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه من خلال أداء واحد".

الفرع الثاني

العقود الزمنية أو المستمرة

هي العقود التي يكون الزمن فيها عنصراً جوهرياً في نشوء الالتزامات المترتبة عنها. مثال عقد الإيجار؛ فالزمن يعد جوهرياً في نشوء التزام المؤجر بتسليم المأجور وبانتفاع المستأجر الذي يتحدد بالزمن.

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١/١١١١ مدني فرنسي جديد على العقد الزمني وسمته بعقد التنفيذ أو الأداء المتتالي فجاء فيها " عقد الأداء المتتالي هو العقد الذي تكون فيه تنفذ التزامات كلا الطرفين أو طرف على الأقل عن طريق عدة أداءات متتالية في الزمن" كما هو الحال في عقد العمل، الخدمة المقدمة يومياً مدفوعة الأجر كل شهر. وتسمية العقد بالزمني هي تسمية أفضل من التسمية الفرنسية بأنه عقد التنفيذ المتتابع، لأن الزمن هو العنصر الأساسي الذي يميز هذا العقد عن العقد الفوري وليس الأداءات المتعددة التي قد تتم في العقد الفوري كتسليم البضاعة المبيعة على دفعات متتالية.

نتائج التقسيم بين العقد الفوري والعقد الزمني:

أولاً _ تكمن الفائدة من التمييز في أثر فسخ العقد في حال عدم تنفيذ الالتزام:

فعندما نكون أمام عقد فوري كعقد بيع قد تم تنفيذه جزئياً، فيجب على أحد المتعاقدين أو كلاهما إرجاع ما قبضه، بحيث يعاد المتعاقدين إلى الوضع السابق كما لو أن العقد لم يكن.

ولكن في العقد الزمني مثل عقد العمل، على سبيل المثال، في حال وجود أي خلل بالعقد، كيف يمكننا إصلاح هذا الخلل؟ الجواب طبعاً لا يمكن لأن التنفيذ قد تم، فالجهد قد بذل من العامل أو الانتفاع قد تم من المستأجر في عقد الإيجار. فآثر ما يترتب على الإخلال بالالتزام في العقد الزمني يجب أن يتوقف على المستقبل لأننا غير قادرين على إعادة أطراف العقد إلى ما كانوا عليه سابقاً قبل التعاقد، باعتبارهم قد استفادوا، خلال الزمن المستغرق، من العقد.

فصاحب العمل لا يستطيع إرجاع العمل الذي قام به العامل. بالتالي وضع حد لهذا العقد يطلق عليه إنهاء لأنه لن يكون للعقد تأثير في المستقبل .

وهذا يعني أن تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في الفسخ يطبق على العقود الفورية، أما في العقود المستمرة فيستحيل ذلك، وبالتالي ينتج الفسخ أثره بالنسبة للمستقبل.

ثانياً _ استحالة تنفيذ العقد الفوري بسبب القوة القاهرة، إذا كانت الاستحالة نسبية، يوقف تنفيذ العقد وتبقى التزامات كل من الطرفين قائمة حتى تزول القوة القاهرة المؤقتة.

أما في العقد المستمر فيترتب على التوقف بسبب القوة القاهرة، طرح مدة التوقف من أصل مدة العقد المستمر.

ثالثاً _ إذا تأخر أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه في عقد فوري لا بد من إذاره حتى يمكن مطالبته بالتعويض.

أما في العقد الزمني لا ضرورة للإعذار في هذه الحالة لعدم إمكانية تدارك ما فات من مدة لم ينفذ فيها العقد، فالإعذار هنا غير مجد.

رابعاً _ المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، التي تجعل تنفيذ التزام أحد الطرفين المتعاقدين مرهقاً مما يقتضي التعويض (م ١٤٨ م س)، هو العقد المستمر كعقود المقاولة. أما العقود الفورية فلا تطبق فيها هذه النظرية إلا إذا كانت مؤجلة.

خامساً _ بالنسبة لفسخ العقد بسبب العيب الطارئ في المعقود عليه؛ فيمكن أن يتم في العيب الذي يطرأ خلال استمرار العقد الزمني لأنه يُعدُّ كالعيب الذي يكون عند معاينة المعقود عليه، فإذا ظهر عيب في المأجور يحول أو يحد من استيفاء المنفعة فمن حق المستأجر فسخ العقد (م ٥٤٥ مدني سوري).

أما العقد الفوري فلا يمكن طلب فسخ العقد بعد نشوئه بسبب العيب الطارئ، كما لو تعيب المبيع بعد البيع لا يحق للمشتري طلب الفسخ. إلا إذا العيب ناشئاً قبل البيع وكان

^١ _ بمعنى آخر العقود المستمرة هي التي يعد الزمن عنصراً جوهرياً فيها، ويدخل في تحديد محلها، كالمنفعة في عقد الإيجار مثلاً. وقد يصبح العقد الفوري عقداً مستمراً وذلك بالاتفاق على تكرار تنفيذه دورياً، كعقد التوريد، وعقد العمل.

خفياً فإنه يوجب ضمان العيب خلال مدة محددة (سنة من وقت تسليم المبيع م ٤٢٠ مدني سوري).

سادساً _ من المهم أيضاً التمييز بين العقود الزمنية محددة المدة والعقود الدائمة لأن التمييز يتعلق بنظام إنهاء العقد. عندما نكون في عقد محدد المدة، هناك حد زمني محدد بالعقد لنهايته نحتفظ به ولا يمكننا كسره. ولكن في العقد الدائم أو غير المحدد المدة، كل طرف لديه القدرة لإنهاء العقد بشرط إضرار الطرف الآخر، وهذا وفقاً لقاعدة حظر الالتزامات الدائمة. هناك مبدأ بموجبه لا يمكن للمرء أن يلزم نفسه مدى الحياة في تقديم الخدمة _ مبدأ حظر التعهدات الدائمة _ ولكن يمكن أن ننشئ عقود غير محددة المدة التي يمكن أن تستمر إلى أجل غير مسمى لذلك قلنا أن كل طرف يمكن أن يتخلص منه بالإعذار، مما يميزه عن الالتزام مدى الحياة.

الفصل الثاني

أركان العقد

المبحث الأول: وجود الإرادة.

المبحث الثاني: رضا المتعاقدين.

المبحث الثالث: المحل (المعقود عليه).

المبحث الرابع: السبب.

المبحث الخامس: نظرية البطلان.

لكل عقد أركان Conditions وشروط Warranties سببها تبعاً، ولكن قبل ذلك لا بد من بيان بعض المصطلحات في أصول فقه القانون والفقه الإسلامي:

١ _ **الركن** : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزءاً من حقيقته الشرعية (ماهية الشيء) ، وبعبارة أخرى الركن هو ما يلزم من وجوده الوجود ويلزم من عدمه العدم وهو جزءاً من الماهية. فوجود الإرادة في التعاقد تُعدُّ ركناً في العقد.

٢ _ **الشرط** : هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، وهو خارج عن ماهية الشيء . بمعنى آخر هو " كل أمر يربط به غيره عدماً لا وجوداً وهو خارج عن الماهية " مثال خلو العقد من الغلط أو التدليس هو شرط لصحة العقد في فقه القانون الوضعي، وأهلية المتعاقد هو شرط للعقد فالمجنون عقد باطل، وتملك المبيع هو شرط انعقاد لعقد البيع فإذا لم يتوافر كان العقد باطلاً كبيع ملك الغير.

٣ _ **السبب**: فهو كل أمر ربطت به واقعة أو حادثة ما وجوداً وعدماً وهو خارج عن الماهية. فوجود السبب يستلزم وجود المسبب، وانعدام السبب يستلزم انعدام المسبب؛ مثال إتلاف المال يستلزم التعويض، فالإتلاف هو السبب المنشأ للتعويض، والقاربة هي سبب للميراث، والباعث على التعاقد هو سبب العقد ك شراء شقة سكنية بسبب الزواج للسكن فيها.

٤ _ **المانع**: وهو كل أمر يلزم من وجوده عدم غيره. فقتل الوارث لمؤثرته مانع من الميراث، ووجود الدين على المتوفى المؤثر مانع من الإرث فيما يعادل الدين، والتقادم أي مرور الزمن على الحق يمنع من سماع الدعوى . ولكن في بعض الأحيان يؤدي

^١ _ انظر: إبراهيم سلقيني، أصول الفقه الإسلامي، منشورات جامعة دمشق، ط٩، ١٩٩٦/١٩٩٥، ص٢٠٤، عيسوي عيسوي، الفقه الإسلامي، ص٣٨٩.

^١ _ انظر: كشاف القناع، للبهوتي، دار الفكر مصر، من دون ذكر تاريخ النشر، ج٣، ص١٨٨، عبد العزيز سمك، الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، ص٧٤.

^١ _ انظر: مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج١، دار القلم دمشق، ط١ عام ١٩٩٨، ص٣٩٢.

^١ _ انظر: مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ص٣٩٥.

زوال المانع إلى عودة الشيء الممنوع. فإذا أقر المدين بالحق بعد تقادمه يعود الدين إلى التزام قانوني يمكن المطالبة به أمام القضاء.

وأركان العقد في القانون المدني هي؛

(١) وجود إرادة للمتعاقدين.

(٢) والمحل المعقود عليه.

(٣) والسبب.

وقد ذكرها القانون السوري في المواد (٩٢ إلى ١٣٨). وهذا يتفق مع الفقه الإسلامي (الجمهور). إلا أنَّ الفقه الإسلامي يذكر السبب من ضمن شروط انعقاد العقد، فإذا كان سبب العقد مشروعاً صح العقد، أما إذا كان السبب غير مشروع كمن يستأجر شقة للأعمال المنافية للحشمة أو لأعمال إجرامية فيكون العقد باطلاً ، وبالتالي يكون السبب شرط انعقاد في الفقه الإسلامي ، وهذا ما يتوافق مع تعريف الشرط وطبيعته المختلفة عن الركن.

أما فقه المذهب الحنفي فيُعَدُّ أنَّ ركن العقد الوحيد هو توافر الإيجاب والقبول وفق ما سماه بصيغة العقد، لأنَّ العاقدان والمعقود عليه (المحل) تعد عنده من مستلزمات العقد ومرتبطة بالإيجاب والقبول.

ويضاف إلى أركان العقد المذكورة أعلاه ما يستلزمه العقد من شكليات في العقود الشكلية أو تسليم لمحل العقد في العقود العينية.

أما في القانون الفرنسي فقد تَمَّ وَضْعُ ٤ شروط للتكوين في القانون المدني لعام ١٨٠٤. "موافقة الطرف صاحب الأهلية الذي يلزم نفسه على التعاقد على شيء معين

^١ _ انظر: مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، بند ١٥٩.

^٢ _ ولكن السبب الذي يتكلم عنه الفقه الإسلامي هو سبب العقد أي الباعث على التعاقد بخلاف الحال في فقه القانون الوضعي الذي تطور في نظرية السبب (كما سنرى لاحقاً) من سبب الالتزام إلى سبب العقد. وهذا يرجع إلى اهتمام الفقه الإسلامي بالعقد كعمل أو تصرف قانوني متكامل وليس كما هو عليه الحال في فقه القانون الوضعي الذي يهتم بالالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد ويجعل كل التزام سبباً للالتزام المقابل.

والذي يشكل محل الالتزام هو سبب مشروع في الالتزام. وبعد تعديل القانون المدني الفرنسي الصادر في عام ٢٠١٦ نصت المادة ١١٢٨ منه على أنه:

" يكون ضرورياً لصحة العقد:

(١) رضا الأطراف المتعاقدة.

(٢) أهلية المتعاقدين.

(٣) مضمون مشروع ومحدد."

وقد تم حذف السبب بعد أن كان له مفهومين هما:

السبب الموضوعي (المباشر ويسمى سبب الالتزام): حيث يعد السبب الدافع المباشر للالتزام، لذا في العقد الملزم لجانبين يكون سبب التزام كل طرف هو محل التزام الطرف الآخر. هذا المفهوم أعطى إمكانية حماية أحد الأطراف المتعاقدة، فيمكن أن يتحرر من التزامه إذا لم يحصل على المقابل من الطرف الآخر، من خلال استبقاء المحل وحذف السبب.

السبب الشخصي (غير المباشر ويسمى سبب العقد): هو الدافع الذي يدفع الأطراف إلى التعاقد أو الالتزام. ومثاله في حالة بيع شقة، قد يقوم البائع بذلك بسبب الانتقال إلى العمل في مكان آخر. بينما يقوم الآخر بذلك بسبب أن الأطفال كبروا ويتطلبون مساحة أكبر، وقد يكون السبب غير مشروع هدفه جعل الشقة مقراً لأعمال إرهابية. وبعد التعديل الفرنسي، اختفى السبب ومحل العقد، لكن الفقه يرى أنه يجب العثور عليه في المادة ١١٢٨ من القانون المدني من خلال الشرط الثالث لانعقاد العقد بأن يكون " له مضمون شرعي ومحدد ".

من خلال هذه الأركان نرى أنه يتطلب تكوين العقد تطابق الإيجاب والقبول. وهذا ما أشار إليه التعديل الفرنسي في المادة ١١١٣ من القانون المدني والتي عالجت ركن التراضي الذي سنبحثه في المبحث التالي.

المبحث الأول

إرادة المتعاقدين

تتجلى إرادة الطرفين المتعاقدين من خلال وجود الإرادة بالتعبير عنها بالإيجاب والقبول (أو ما يسمى بالصيغة في اصطلاح فقه المذهب الحنفي) من جهة، ومن خلال رضا المتعاقدين بالعقد والرغبة في ترتيب آثاره القانونية من جهة أخرى. وبالتالي سنبحث في هذا الركن الأول للعقد ألا وهو وجود إرادة المتعاقدين بالتعبير عنها عن طريق الإيجاب والقبول في المطلب الأول. قبل أن نبحث في المطلب الثاني رضا المتعاقدين كشرط صحة للعقد، فنبين سلامة الإرادة من العيوب وفق ما يسمى بعيوب الرضا.

المطلب الأول

وجود الإرادة المتعاقدين

في إطار بحث وجود الإرادة العقدية للطرفين المتعاقدين لا بُدَّ من بيان أولاً ما تكون عليه هذه الإرادة، مما يسمى بالإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وذلك في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني نبحث موضوع أهلية التعاقد، قبل أن نبحث في الفرع الثالث كيفية التعبير عن الإرادة، وصيغة هذا التعبير (الإيجاب والقبول) في الفرع الرابع.

الفرع الأول

الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

تقليدياً، يتم إبرام العقد من خلال تلاقي الإيجاب والقبول في مجلس واحد، وفي بعض الأحيان، تشترط بعض القوانين بالإضافة إلى اجتماع الإيجاب والقبول فرض فترة تفكير لا يمكن خلالها إبرام العقد ، أيضاً قد تشترط بعض الأوضاع القانونية كشكلية الكتابة في عقد الشركة واتفاق التحكيم، أو تسليم المحل في العقود العينية كهبة المنقول في القانون المدني السوري والمصري.

إلا أن الإرادة هي أمر باطني في الأساس لا تعلم إلا إذا ظهر إلى حيز الوجود وذلك بالتعبير عنها صراحة أو ضمناً. وهذا التعبير الظاهري قد يتفق مع الباطن وقد يختلف.

^١ تحدد المادة ١١٢٢ من القانون المدني الفرنسي الجديد فترة للتفكير أو العدول هذه، فقضت: "يجوز أن ينص القانون أو العقد على مهلة للتفكير، وهي مهلة لا يجوز لمن وجه إليه الإيجاب التعبير عن قبوله قبل انقضائها، أو على مهلة للعدول، وهي المهلة التي لمن تقرر لصالحه الرجوع عن رضائه قبل انقضائها " في حين نص القانون المدني السوري على مدة للقبول لا يجوز خلالها للموجب العدول عن إيجابه فنصت المادة ٩٤:

" ١ _ إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

٢ _ وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة ."

ولهذا قسم فقهاء الإسلام والقانون الإرادة في العقود والتصرفات إلى إرادة ظاهرة وإرادة باطنة على النحو الآتي:^٨

أولاً: الإرادة الظاهرة وتسمى بالاختيار: هي قصد التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد أي بالإيجاب والقبول (الصيغة)، وإن لم يكن لديه الرغبة في حكم العقد وترتيب آثاره.

ثانياً: الإرادة الباطنة وتسمى الرضا: فهو إرادة حكم العقد، أي النية والقصد والرغبة في ترتيب آثار العقد عند التلفظ بصيغة الإيجاب والقبول.

والمقاصد في العقود معتبرة من دون الألفاظ المجردة التي لم تقصد بها معانيها وحقائقها أو قصد غيرها ، وذلك سنداً لحديث الرسول عليه الصلة والسلام : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » . وبالتالي يجب أن تكون الإرادة الظاهرة دلالة على الإرادة الباطنة ما لم يثبت العكس (كإثبات الإكراه أو الاستغلال) ، فإذا تم إثبات العكس فلا يكون للإرادة أي اعتبار أو أثر شرعي أو قانوني في وجود العقد.

فمن أعطى مالا إلى شخص آخر على أساس أنه قرض وظن الأخير على أنه هبة فلا ينعقد أيأ من العقدين لاختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة عند كل منهما.

— هناك مذهبان في القانون الوضعي يبحثان في موضوع التعبير عن الإرادة هما المذهب الشخصي والمذهب المادي:

١ _ المذهب الشخصي الذي يأخذ بالإرادة الباطنة للملتزم، فيوجب البحث عن إرادة المتعاقد الحقيقية، فلا يلتزم الشخص إلا بإرادته. كما تعرف الالتزام بأنه؛ علاقة أو رابطة شخصية بين الدائن والمدين، يكون بموجبها للدائن سلطة على المدين. وأهم من قال

^١ _ انظر: عبد العزيز سمك، النظريات العامة للفقهاء الإسلاميين، ص ٢٠٢ وما بعدها، عيسوي عيسوي، الفقه الإسلامي/المدخل ونظرية العقد، ص ٤١٢ وما بعدها.

^١ _ انظر: ابن القيم، أعلام الموقعين ج٣، المكتبة التوفيقية، القاهرة ص ١١٥.

^١ _ رواه البخاري ١، مسلم ١٩٠٧، ابن ماجه ٤٢٢٧، أبي داود ٩١١.

^١ _ انظر: علاء الدين البخاري، كشف الأسرار ج٤، دار الكتب العلمية/بيروت، سنة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

ص٥٤٢، الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠٠٥، ص ٣٤٣.

بهذه النظرية الفقيه الفرنسي بلانيول، والفقيه الألماني سافيني. ويترب على الأخذ بالنظرية الشخصية في تعريف الالتزام نتائج عديدة أهمها:

طالما أن الالتزام هو رابطة شخصية بين الدائن والمدين، فينحصر أثره بين هذين الشخصين، وبالتالي لا يجوز تغييرهم. لذلك ترفض هذه النظرية قبول نظرية حوالة الحق وذلك لأنه يتغير فيها الدائن، وكذلك فإنها لا تقبل أيضاً نظرية حوالة الدين، وذلك لأنه يتم فيها تغيير المدين. وهذا ما يفسر عدم وجود هاتين النظريتين في القانون الروماني الذي كان يكرس هذه النظرية. ونجد أيضاً آثار هذه النظرية في القانون المدني الفرنسي الذي نص فقط على حوالة الحق، ولم يكرس حوالة الدين.

٢ _ المذهب المادي الذي يأخذ بالإرادة الظاهرة للملتزم، فتُعد الالتزام على أنه قيمة مالية مادية، فالعقد وليد الإرادة الظاهرة Volonté externe، ويؤيد ذلك أن العقد ينشئ وينظم الروابط الاجتماعية، فيكون التعبير المادي عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها يظهرها، إنما هو الإرادة ذاتها بثوبها الاجتماعي حيث يمكن التعرف عليها .

وينتشر المذهب الشخصي في فرنسا، بينما يأخذ بالمذهب المادي القوانين الجرمانية، وكلا المذهبين لا يغفل دور الإرادة الظاهرة أو الباطنة في التصرفات القانونية على الإطلاق. فالمذهب المادي ذو الإرادة الظاهرة يقر بضرورة أن تكون هذه الإرادة عاقلة مميزة، فالتعبير الصادر من الصبي الصغير أو المجنون لا يعتد به. كما أن المذهب الشخصي الذي يعتد بالإرادة الباطنة لا يهمل الإرادة الظاهرة كلما استدعى استقرار المعاملات وحماية حقوق الغير المكتسبة. فلا يوجد تشريع يأخذ بإحدى النظريتين فقط .

١ S. PORCHY-SIMON, Droit civil 2^e année, Les obligations, 6^e éd. Dalloz 2010, p.

١ _ انظر: السنهوري _ الوسيط ج ١ _ بند ٤٠.

١ _ محمد حسن قاسم، المرجع السابق ج ١، ص ١١٠.

أما القانون الوضعي المصري والسوري باعتبارهما ينتميان إلى القانون الفرنسي فقد مالا إلى المذهب الشخصي والإرادة الباطنة، مثال: (لا يقع طلاق السكران أو المدهوش أو الغضبان، م ٨٩ أحوال شخصية) وأيضاً عقود الهازل لا تقع لعدم وجود إرادة التعاقد الحقيقية والرضا في حكم العقد. إلا أنهما أخذاً أيضاً بالمذهب المادي والإرادة الظاهرة كلما اقتضى ذلك استقرار المعاملات وحماية الحقوق المكتسبة، كما سنرى في عيوب الإرادة (مثل الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال) أخذ بالإرادة الحقيقية للمتعاقد فأجاز إبطال العقد عند وجود أحد هذه العيوب، إلا أن المشرع لم يتخل عن الإرادة الظاهرة عندما اشترط انكشاف عيب الرضا للطرف الآخر كوقوع المتعاقد الآخر في الغلط أيضاً أو اشتراط شيوخ الجنون أو العته أو علم المتعاقد الآخر به ليكون العقد باطلاً (م ١١٥ مدني سوري) وذلك قبل الحجر عليه.

وأخذ المشرع بالإرادة الباطنة عند تقرير بطلان عقد بسبب عدم وجود الباعث على التعاقد أو عدم مشروعيته إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب.

وأخذ المشرع بالإرادة الظاهرة عند الاعتداد بالعقد السوري إذا تمسك به الغير حسن النية (م ٢٤٥ مدني سوري).

الفرع الثاني

أهلية التعاقد

الأهلية القانونية للمتعاقدين، أي مدى صلاحيتهم لإجراء التصرفات القانونية؟ فمن حيث المبدأ، تعد الأهلية فكرة معروفة لطلاب السنة الأولى للقانون. وإذا التزمنا بالتعريف الذي اقترحه مفردات كورنو القانونية باللغة الفرنسية، فهو "الأهلية اكتساب وممارسة حق".

وتتطلب المادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي جديد الأهلية لإبرام العقد، فيجب أن تكون الشَّخص أهلاً للتصرف. وهذا ما يفسر لماذا القاصر، من حيث المبدأ، لا يمكن له إبرام العقد.

ويتم تقسيم فكرة الأهلية، التي هي الصلاحية، بين نوعين لها هما؛ أهلية الوجوب وأهلية الأداء أو التصرف:

فأهلية الوجوب هي صلاحية الشَّخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. في حين أن أهلية الأداء أو التصرف هي صلاحية الشَّخص لإبرام التصرفات القانونية على نحو نافذ، من دون الحاجة لأي مُمثل أو مُساعد^١.

وتنص المادة ١١٤٥ مدني فرنسي على المبدأ التالي: "يجوز لأي شخص طبيعي التعاقد". أنه أهل من حيث المبدأ. فالمبدأ هو أن الناس لهم الحق بالتعاقد ولديهم الأهلية والحرية للتعاقد. والاستثناء من هذه القاعدة هو عدم الأهلية للتعاقد، ويكون ذلك في كل مرة ينص القانون على عدم أهلية الشَّخص للتعاقد. وهذا ما أشارت إليه المادة ١١٤٥ "... مالم ينص القانون على عدم أهليته".

وهذا ما نصت عليه المادة ١١٠ مدني سوري "كُلُّ شخصٍ أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"

¹ Déf. Vocabulaire juridique Cornu.

¹ Déf. Vocabulaire juridique Cornu.

إذا ما هي موانع الأهلية التي ينص عليها القانون؟ عدم الأهلية بشكل عام أمر لا يمكن تصوره اليوم¹. كانت في القانون الروماني تنطبق، في الماضي، على العبيد أو على الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة الإعدام المدنية.

من ناحية أخرى، هناك حالات عدم الأهلية بالنسبة للتصرف. هذه الحالات التي تمنع الفرد من التصرف تنطبق على القاصرين غير المميزين. ممن لديهم حقوق، لكن لا يمكنهم ممارستها إلا من خلال ممثلهم أو نائبهم، وهم في معظم الحالات والديهم.

لكن القصر ليسوا وحدهم المعنيين، يمكن أن يصاب الكبار أيضًا بعدم الأهلية على ممارسة التصرفات. هذا هو حال البالغين ممنوعين من بعض التصرفات. هناك عدة مستويات من المنع من التصرف، اعتمادًا على شدة الاضطراب الذي يصل لها الشخص الممنوع من التصرف: سواء كانت حماية قانونية، قضائية أو اتفاقية. كما أن البالغ الراشد الممنوع من التصرف بأمر القضاء لا يكون حكمًا نتيجة اضطراب عقلي. فقد يكون الشخص البالغ تحت رعاية المستشفى مما يمنعه من ممارسة أهلية التصرف.

ومن ثم ، فإن المادة ٤٦٥ من القانون المدني الفرنسي هي التي تحسم مسألة مصير الأفعال التي أقرها الشخص البالغ الممنوع من التصرف: "١" إذا كان الشخص المحمي قد أنجز بمفرده فعلًا يمكنه القيام به من دون مساعدة أو تمثيل الشخص المسؤول عن حمايته ، يظل الفعل خاضعًا لإجراءات الإبطال أو التعديل لمصلحته ... ٢ ° إذا كان الشخص المحمي قد قام بمفرده بفعلًا كان من المفترض أن يكون قد تمت مساعدته ، فيمكن إبطال الفعل فقط إذا ثبت أن الفعل قد ألحق الضرر بالشخص المحمي ؛ ٣ ° إذا كان الشخص المحمي قد قام بفعل كان من المفترض أن يمثل فيه، يكون الفعل باطلاً من دون أن يكون ضروريًا تبرير الضرر .".

¹Il existe en revanche des incapacités de jouissance spéciales, par exemple l'employé d'une maison de retraite ne peut acheter un bien cédé par un pensionnaire.

وبالتالي، تضعف العقود التي أبرمها هؤلاء الأشخاص. ولكن ماذا عن الأشخاص الذين لا يستفيدون من تدبير الحماية، والذين لا يوضعون تحت وصاية أو ولاية؟ هل من المستحيل التشكيك في الأفعال التي يمرون بها من دون امتلاك وسائلهم؟ إذا كان هذا التحدي ممكناً، ولكن من الواضح أنه أكثر صعوبة مما إذا كان التدبير الوقائي منصوص عليه.

تنص المادة ٤١٤-١ من القانون المدني على ما يلي: "لقيام بعمل صحيح، يجب أن يكون المرء عاقلاً. وعلى من يدعي البطلان لعدم تحقق هذا الشرط أن يثبت وجود اضطراب عقلي في وقت التصرف. يشار إلى الصعوبات في المادة: يجب على الشخص الذي يدعي البطلان "إثبات وجود اضطراب عقلي في وقت التصرف". كيف يمكن الحصول على مثل هذا الدليل؟ أضفت السوابق القضائية على هذا الشرط بعض المرونة: فيجب على المدعي أن يثبت أن الاضطراب كان موجوداً وقت انعقاد العقد أو التصرف، ويكون ذلك بجميع وسائل الإثبات ويخضع تقدير الأدلة لسلطة قاضي الموضوع التقديرية من دون أن يكون لمحكمة النقض سلطة الرقابة عليه، لأن هذه المسألة هي مسألة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات. ويمكن للمدعي عليه إثبات عكس ذلك بأنه في الواقع كان واعياً وبكامل قواه العقلية عندما أجرى التصرف.

الفرع الثالث

التعبير عن الإرادة

توجد الإرادة وتظهر إلى حيّز الوجود بالتعبير عنها، ويتجلى هذا التعبير في العقود عن طريق تلفظ الإيجاب والقبول Offer & acceptance وتطابقهما واقتترانهما معاً على الأمور الجوهرية في العقد أي على ماهية العقد كعقد بيع شقة أو إيجارها وعلى العين محل عقد البيع أو الإيجار وعلى ثمن البيع أو الأجرة. فلا بد من تراضي الأطراف على أركان العقد وشروطه ويكون ذلك بالتعبير عن الإرادة على نحو راض بترتيب آثار العقد أو التصرف القانونية، فقال الله تعالى: لَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ. { (٢٩) سورة النساء، وقال رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام "لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه" .

ولا يوجد لفظ محدد للتعبير عن الإرادة سواء في الفقه الإسلامي أم القانون المدني، فكل لفظ أو عبارة أو إشارة أو موقف يدل على حقيقة ودلالة المقصود يكون معتبراً وينعقد به العقد. فالقاعدة الفقهية الإسلامية تقول «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» ، وهذا ما نصّ عليه القانون المدني (٩٠ مصري/٩٣ سوري) «١ _ التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

٢ _ ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً».

من خلال هذا النص تبين أن المشرع لم يشترط طريقة معينة للتعبير عن الإرادة، فنص على عدة طرق متعددة للتعبير عن الإرادة، بحسب ما يختاره المتعاقد. فقد يكون التعبير

^١ _ رواه أحمد، ٢٠١٧٢، والبيهقي، ١١٧٤٠، ابن تيمية، نظرية العقد، ص ١٤٤.

^١ _ انظر: ابن القيم، أعلام الموقعين ج٣، ص١١٥، عبد العزيز سمك، النظريات العامة للفقه الإسلامي، ص

١٧٨ وما بعدها، عيسوي عيسوي، الفقه الإسلامي المدخل ونظرية العقد، ص٣٨٩.

صريحاً وقد يكون ضمناً، إضافة إلى ذلك هناك التعبير السكوتي عن الإرادة، وهذا ما سنبينه في البنود الآتية:

أولاً: التعبير الصريح عن الإرادة

ويكون على جملة من طرق هي اللفظ، الكتابة، الإشارة المتداولة عرفاً، دلالة الحال:

(١) **اللفظ** سواء أصدر اللفظ من الشخص ذاته أم عن طريق رسول ينقل الإرادة، وسواء الكلام باللسان مباشرة أم عن طريق الهاتف أو المسنجر (Messenger Chat) أو الموبايل.

وتتعدّد العقود بأي لفظ يدل عليها لأنّ العبرة للمقاصد وليس للمباني، فعقد البيع يمكن أن يكون بلفظ العطاء أو التملك مع توافر القرينة الدالة على إرادة إنشاء العقد. فنصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦٨: "الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلد والقوم"

أما بالنسبة لصيغة العقد فقد اتفق الفقهاء على أنها تتعدّد بصيغة الماضي كبعثتك ووهبتك وزوجتك لأنها تدل على قطعية حصول الرضا في إنشاء العقد في الحال من دون الحاجة إلى نية أو قرينة. فنصت المادة ١٦٩ من مجلة الأحكام العدلية بأن: "الإيجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي كبعث واشترت... أعطيت ملكت..."

أما صيغة المضارع (أبيعك، أعيرك) وصيغة الأمر (بعني، أقرضني) فلا تقيد تمحض الإرادة في إنشاء العقد في الحال. وإنما تحتل الحال وتحتل المستقبل فهي قد تكون بنية المساومة. ولهذا ذهب الفقهاء إلى ضرورة أن تقتزن صيغة المضارع والأمر بنية

^١ _ يستثنى من عدم ضرورة اشتراط لفظ معين في العقود، عقد الزواج حيث اشترط الشافعية والحنابلة أن يكون بألفاظ الزواج مثال أنكحتك وزوجتك نظراً لأهميته البالغة في التحليل والتحريم، بخلاف الحنفية الذين أجازوه بأي لفظ يدل على تملك العين في الحال مع توافر القرينة التي تدل على إرادة إبرام عقد الزواج. انظر: عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٧٨.

إنشاء العقد في الحال كأن يرتبط الفعل المضارع أو الأمر بلفظ الآن، كأن يقول أبيعك الآن أو بعني الآن، أو بالجملة الاسمية مثال ملكتك الآن.

أما صيغ المستقبل كالمضارع المقترن بسين أو سوف مثل سأبيعك وسوف أبيعك، أو صيغ الاستفهام مثل هل تبيعني؟ فهي لا ينعقد بها العقد لأنها لا تدل على نية التعاقد في الحال وإنما تدل على معنى المساومة أو الوعد بعقد إذا توافرت شروطه .

نصت المادة ١٧٠ مجلة الأحكام العدلية: " ينعقد البيع بصيغة المضارع أيضاً إذا أريد بها الحال كما في عرف بعض البلاد كأبيع وأشتري، وإذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد".

(٢) الكتابة؛ وتعد الوسيلة الأهم والأكثر شيوعاً للتعبير عن الإرادة لما فيها من تحديد وبيان يمنع الأطراف من التنازع كلما بينت وأوضحت شروط العقد.

والكتابة ممكن أن تكون على دعامة مادة ورقية فتكون سنداً عادياً _ ككتابات دعائية _ أو سنداً رسمياً أو رسالة بريدية عادية، أو كتالوج عن السلع المباعة، ويمكن أن تكون الكتابة على دعامة الكترونية مثال الكتابة الالكترونية على مواقع شبكة الانترنت وعلى مواقع التواصل الاجتماعي مثال مسنجر الـ Face book ، أو عن طريق تطبيق Whatsapp، وذلك بشرط أن يهدف التعبير إلى إحداث أثر قانوني بأن يتوافر في الإيجاب والقبول الشروط القانونية التي سنراها تباعاً، وليس مجرد طرح أفكار أو كتابات خالية من أي التزام.

ويجوز إبرام العقد كتابة ولو كان الطرفان حاضراً مجلس العقد، باستثناء عقد الزواج لأن من شروط صحته وجود الشهود وسماعهما تعبير طرفي العقد عن رغبتهما في التعاقد.

(٣) الإشارة المتداولة عرفاً، أي استخدام الجسد للتعبير عن الإرادة، فيما يعرف بالإيماء، على أن يضبط العرف هذا الاستخدام، مثال إيماء وهز الرأس عامودياً للأسفل يدل على الموافقة، ورفع الرأس إلى الأعلى أو الإشارة بالحواجب للأعلى يدل على الرفض، وغيرها من الإشارات المتداولة في المزادات العلنية.

^١ _ انظر: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

ووفق رأي الفقه الإسلامي إذا كان المتعاقد أحرساً لا يستطيع النطق فتقبل منه الإشارة للتعبير عن إرادته أو الكتابة إذا أمكنه ذلك، على أن تكون واضحة تدل على المقصود في إنشاء العقد (م ١٧٤ مجلة). لأن الكتابة والإشارة وسيلتان متساويتان لدى جمهور الفقهاء للتعبير عن الإرادة. أما إذا كان المتعاقد قادراً على النطق فلا تقبل منه الإشارة عند الجمهور لأن الكتابة هي الأصل في التعبير عن الإرادة أما الإشارة فهي استثناء فلا يلجأ إليها إلا عند الضرورة.

أما المذهب المالكي فيوافق القانون المدني السوري (م ٩٣) بصحة انعقاد العقد باللفظ أو الكتابة فكليهما يعبران عن الإرادة . ونميل إلى هذا الرأي لأن التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل معين، غايته الوصول إلى إرادة المتعاقد ورضاه، فبأي وسيلة يتحقق ذلك فإنه يتوافق مع القانون والفقه الإسلامي المالكي ويتوافق مع مبدأ الرضا الذي قامت عليه العقود في الشريعة الإسلامية.

٤) اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود، مثل وقوف باص أو سيارة نقل ركاب في المكان المخصص للنقل العام فهذا يدل على الرغبة في إبرام عقد نقل مع من يأتي ويركب السيارة أو الباص. ومثاله وضع الحواسيب في خدمة الزبائن لاستخدامها في الفنادق، أو وضع الأسعار على السلع في المتجر.

ثانياً: التعبير الضمني عن الإرادة

حيث تظهر من خلاله الإرادة في التعاقد بشكل غير مباشر عن طريق فعل أو تصرف ما يتوافق مع الظروف الإيجابية الخارجية المرافقة له، ويطلق عليه الفقه الإسلامي بيع التعاطي (م ١٧٥ مجلة). مثال؛ تنفيذ عقد بعد المعارضة فيه، بقاء المستأجر في

^١ _ واستثنى المذهب المالكي عقد الزواج من إمكانية إبرامه بالإشارة ممن لديه القدرة على النطق، نظراً لأهمية عقد الزواج وآثاره الهامة، انظر: عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي (المال، الملكية، العقد)، مرجع سابق، ص ١٨٤.

المأجور يدل على الإيجاب في تمديد العقد وعدم ممانعة المؤجر يدل على القبول، وتسليم سند الدين دليل على قبول وفاء الدين.

_ ولا فرق في التعبير عن الإرادة الصريح أو الضمني، لكن قد يشترط القانون في بعض الأحيان التعبير الصريح للتأكيد على أهميته كالاتفاق بالكتابة في اتفاق التحكيم وعقد الشركة وفي عقد بيع حقوق الملكية الفكرية. وسواء أكان التعبير عن الإرادة صريحاً أم ضمنياً فيجب أن يراع فيه كما أسلفنا الإجراء المطلوب قانوناً في العقود الشكلية كرسمية العقد أو في العقود العينية كالتسليم.

ثالثاً: التعبير السكوتي عن الإرادة

إذا كان التعبير عن الإرادة التعاقدية يجب أن يكون له مظهر خارجي كما أسلفنا، فهل

يعني ذلك أن السكوت لا يقبل في التعبير عن الإرادة؟

للإجابة على ذلك يجب أن نفرق في التعبير عن الإرادة بين الإيجاب والقبول، فالإيجاب هو الكلام الأول أو التعبير الأول عن الإرادة في إنشاء العقد والالتزام به، أما القبول هو الرضا بما في الإيجاب من التزام والالتزام.

_ والإيجاب باعتباره الإرادة البادئة في التعاقد، وبه يفتح التصرف القانوني فلا يجوز أن يكون عن طريق السكوت، لأنَّ السُّكوت هو سكوت فهو كالعدم لا يتولد عنه الإيجاب، فلا بد من مظهر خارجي يعبر عن الإيجاب صراحة أو ضمناً.

_ أما القبول فهو أيضاً بحاجة إلى تعبير صريح أو ضمني عن الإرادة في قبول التعاقد، لأنَّ السكوت كالعدم لا يدل على النية في التعاقد. فالقاعدة الفقهية تقول: (لا ينسب إلى الساكت قول) وهذا ما يسمى السكوت المجرد، أي مجرداً عن أي ظروف خارجية تدل على الإرادة، فلا يجوز أن يكون قبولاً. ومثال ذلك إذا أرسلت مجلة فنية لممثل عدد من أعدادها وذكر في الخطاب المرسل له (أن عدم رد المجلة يُعدُّ رضا بالتعاقد مع المجلة لشراء الأعداد القادمة)، فهل يُعدُّ سكوت الفنان وعدم رده على المجلة أو عدم رد العدد، قبولاً بالتعاقد مع المجلة؟ بالتأكيد لا يُعدُّ قبولاً لأنه سكوت مجرد عن أي ظرف محيط أو ملابس.

أما إذا ترافق السكوت مع بعض ظروف محيطه تشير وتدُلُّ إلى أنَّ المتعاقد ما كان ليصمت أو يسكت لولا أنه قابلاً بالإيجاب وراغباً في إنشاء العقد، عندها يُعدُّ سكوته قبولاً، وهذا ما يطلق عليه السكوت الملابس. فالقاعدة الفقهية تقول: " لا ينسب إلى الساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان".

حيث ذهب المشرع السوري إلى أن القبول يمكن أن يكون سكوتياً في عدة

حالات ذكرها في المادة ٩٩ مدني هي:

١ . إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أنَّ الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإنَّ العقد يُعدُّ قد تمَّ إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ومثاله ما يجري بين التجار من إرسال بضاعة من تاجر إلى آخر وكان الأخير يرفض عادة بعض منها، فيصمت المرسل له ولا يرفضها كلها فهذا يدل على قبوله شراء كل البضاعة.

٢ . إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل. كأن يكون هناك علاقة بين منتج لبضاعة ما مع موزع لها، فقام منتج البضاعة بإرسال صفقة جديدة للموزع الذي يشتريها عادة فسكت الأخير ولم يرد البضاعة فهذا يدل على قبوله الشراء.

٣ _ ويكون السكوت قبولاً أيضاً، إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجَّه إليه كالإيجاب بكفالة شخص فيسكت الدائن فيُعدُّ قبولاً بالكفالة. أو الإيجاب بعقد قرض فيسكت من وجه له الإيجاب (المقترض) فيُعدُّ قبولاً بالقرض، ولكن يجب هنا أنَّ يقترض القرض بالتسليم في الفقه الإسلامي باعتبار أنَّ القرض من العقود العينية.

الفرع الرابع

صيغة العقد (الإيجاب والقبول)

تتشكل صيغة العقد من إرادتين متطابقتين جازمتين هادفتين إلى إنشاء العقد وترتيب آثاره القانونية. الإرادة الأولى تسمى الإيجاب وهي التعبير الأول عن الإرادة تعبر عن الرغبة بإبرام عقد ما سواء وجهت إلى فرد أم إلى جمهور. بغض النظر عما إذا كان البائع (المملك) أم المشتري (المتملك) هو من صدر عنه الكلام أولاً عن العقد بالإيجاب. أما الإرادة الثانية تسمى القبول وهي التعبير الثاني عن الإرادة تتضمن القبول بعبارة الإيجاب وبما جاء فيها جملة وتفصيلاً، فيقول القابل اشتريت، بعت، أقرضت....

وهناك مرحلة المفاوضات قد تمر بها بعض العقود ولاسيما في الصفقات الكبيرة التي يجري فيها التفاوض على بنود مشروع العقد، فهي لا تُعدُّ إيجاباً وبالتالي يمكن العدول عنها من دون أن يلزم من عدل عن التبرير، ولكن إذا كان ترك المفاوضات أو العدول عنها في وقت حرج أو حساس أو في مرحلة تلحق الضرر بالطرف الآخر فيمكن للمتضرر أن يطالب بالتعويض، ولكن على أساس المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، لأن هذه المفاوضات لا تشكل عقداً ولا وعداً بعقد.

_ وإذا انتهت المفاوضات بين الطرفين وعبر أحدهما عن إيجابه وقبل الآخر انعقد العقد بينهما، ومسألة تحديد الفارق بين التفاوض وتبادل الإيجاب والقبول هي مسألة واقعية يعود تقديرها إلى قاضي الموضوع.

_ ما هي شروط الإيجاب والقبول: هناك عدة شروط في الإيجاب والقبول لا بد من توافرها وإلا لا يكون لهذا التعبير عن الإرادة أي أثر في نشوء وإبرام العقد.

أولاً: شروط مشتركة في الإيجاب والقبول

١ _ يجب أن يكون الإيجاب والقبول تعبيراً عن الإرادة جازماً حاسماً لا هزل فيه ولا غموض يدل على رغبة الموجب والقابل في إبرام عقد ما، فإذا وجدت ملابسة أو قرينة أو ظرف رافق التعبير عن الإرادة بحيث يستخلص من ذلك عدم الحزم أو الجدية أو

يستشف الهزل أو وجود حالات التمثيل أو التعليم أو وجود خطأ ما أو نسيان أو الجنون أو حالة السكر أو حالة النوم، فلا يكون للإيجاب أو القبول أي أثر أو دور في إبرام العقد أو ترتيب آثاره.

ويستثنى من ذلك ما أورد الفقهاء المسلمون من صحة بعض العقود ولو لابسها أو رافقها الهزل وهي: **الزواج والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين**، وذلك نظراً لعظم وأهمية هذه الحالات وتأثيرها على حياة البشر، ولأن هذه التصرفات يتعلق فيها حق الله تعالى. وسنداً لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام " **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: "الزواج والطلاق والرجعة"** .

٢ _ توافق الإيجاب والقبول؛ فلا بد لانعقاد العقد أن يكون القبول متطابقاً مع الإيجاب ومتوافقاً معه، ففي عقد البيع لابد أن يقبل المشتري ما أوجبه البائع، فإذا خالفه لا ينعقد العقد ويسقط الإيجاب. فإذا قال البائع بعث الهاتف بـ ١٠٠٠ فقال له المشتري اشتريت بـ ٨٠٠ سقط الإيجاب ولم ينعقد العقد، وهذا ما يسمى بالإنكليزية Counter Offer، ويعد ما صدر من المشتري يُعد إيجاباً جديداً فإذا قال البائع قبلت انعقد البيع بقبول البائع.

^١ - سنداً لحديث رسول الله عليه الصلاة والسلام " أن الله قد تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٣)، السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٦٠، المعجم الصغير للطبراني ٢٧٠.

^١ - رواه الدارقطني في سننه، برقم ٣١٨٥، سنن الدارقطني، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٩٩٨. وأيضاً ورواه أبي داود في سننه، برقم ١٨٧٨، ابو داود السجستاني، دار الفكر ط١ سوريا، وأيضاً سنن ابن ماجه، برقم ٢٠٢٩، ابن ماجه القزويني، دار الفكر، بيروت ط١. ووردت في رواية أخرى الطلاق والنكاح والعتاق، انظر: التدوين في أخبار قزوين برقم ١٨٠، عبد الكريم الرفاعي، الكتب العلمية، بيروت ط١، عام ١٩٨٧.

ويرى فقهاء الحنفية أن العقد مع الهزل يصح ويكون العقد فاسداً (في غير هذه التصرفات الخمسة المذكورة في المتن) لعدم وجود الرضا في العقد فإذا توافر الرضا ينقلب العقد صحيحاً، وذهب السادة الشافعية إلى صحة جميع العقود مع الهزل وذلك حرصاً على استقرار المعاملات. انظر: عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢١٠.

ثانياً: أحكام وشروط الإيجاب

الايجاب:

في البداية، يجب أن نميز بين الإيجاب ومفهومين آخرين، وهما الدعوة للدخول في مفاوضات، والوعد بالعقد.

• **الإيجاب والوعد بالعقد:** يتم التمييز هنا بشأن شروط تشكيل الإيجاب والوعد. الإيجاب فعل من جانب واحد، يصدر عن شخص واحد ولا يحتاج إلى اجتماع للإرادتين. أما الوعد العقد هو في حد ذاته عقد. تشكيله هو بالتالي ثنائي التصرف، لأنه يقوم على إيجاب وقبول. كما سنرى أن الإيجاب لا يورث فهو يسقط بالوفاة، أما الوعد بعقد فيورث طالما أن عقد ملزم من الواعد للموعد له.

• **الإيجاب والدعوة للتفاوض:** عندما يقدم شخص ما إيجاباً، فمن الواضح أن التزامه / التزامها يكون أكثر حزمًا مما لو أصدر دعوة بسيطة للتفاوض. في الواقع، فإن هذه الدعوة للدخول في مفاوضات لن تتطلب منه سوى التفاوض بطريقة عادلة مع شريكه، مع عدم اليقين بشأن إبرام العقد في المستقبل. أثناء إصدار الإيجاب، سيظهر الشخص، كما سنرى، استعداداً للتعاقد في حالة القبول، والإيجاب عكس الدعوة للتفاوض يتضمن العناصر الرئيسية الجوهرية للتعاقد من أطراف ومحل ومقابل أي بدل العقد.

وهذا ما أوضحته المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي الجديد التي عرفت الإيجاب على أنه: "يشمل الإيجاب الموجه لشخص محدد أو غير محدد العناصر الأساسية للعقد المتوخى، ويعرب عن إرادة صاحبه في الارتباط في حالة قبوله. خلاف ذلك، يعد الأمر فقط دعوة للدخول في التفاوض".

يجب ملاحظة عدة عناصر هنا. على وجه الخصوص، يمكن تقديم الإيجاب لشخص محدد أو غير محدد. على سبيل المثال، هذا يعني أن الاقتراح المقدم إلى الجار، لشراء شقته، سيكون له نفس المؤهلات القانونية في الإعلان المنشور على الإنترنت. على

العكس من ذلك، يمكن اعتبار أنَّ الإيجاب المقدم للجمهور مجرد اقتراح للدخول في مفاوضات. وهو ما ذهب إليه موقف القانون الألماني^١.

وخلاصة القول هناك عدة قواعد للإيجاب:

١ _ **الحزم:** تم استنتاجه من الفقرة التالية من المادة ١١١٤ من القانون المدني فرنسي: **الإيجاب ... يعبر عن إرادة صاحبه في الالتزام في حالة قبوله.** وبالتالي، نظرًا لأنَّ الإيجاب يحتوي على التزامات لها تأثير في جعل إبرام العقد خاضعًا لشروط معينة، فلا يمكن اعتبار الإيجاب ثابتًا بدرجة كافية ما لم يكن حازمًا قاطعًا للشك. على سبيل المثال، عرض يتضمن الكلمات التالية: "السعر المطلوب مناقشته"^٢. تجدر الإشارة إلى أنَّ التحفظات يمكن أن تكون ضمنية^٣. على سبيل المثال لنشر وظيفة على شبكة الإنترنت. سيكون الإيجاب دقيقًا، عن طريق تحديد المهام التي سيتم تكليفها للموظف وراتبه. ولكن بالعلی الرغم من من ذلك، فإنه يفتقر إلى الحزم، لأنَّ عقد العمل هو عقد *intuitu personae* يعتمد على المعيار الشخصي، وهذا يعني عند النظر إلى الشخص. لا يمكن لصاحب العمل أن ينوي التعامل مع أول شخص للرد على الإعلان. وبالتالي فإنَّ الحدود بين الإيجاب والمقترح البسيط للدخول في محادثات مستقبلية ضيقة جدًا. مرة أخرى، فكلما كانت الكلمات تعكس احتمالًا، وكانت مشروطة، كلما اقتربنا من الفئة الثانية وهي الدعوة للتفاوض.

٢ _ **الدقة:** نذكر أنَّه إذا كان الإيجاب ثابتًا ودقيقًا بدرجة كافية وتم قبوله، فسيتم تشكيل العقد. لذلك من الضروري أن يتم تضمين العناصر الأساسية في الإيجاب حتى يعمل به ويكون ملزمًا وكافيا لإبرام العقد بمجرد قبول المتعاقد الآخر. ولكن كيف تحدد العناصر الأساسية لتشكيل العقد؟ هذا يعني أنَّ هناك عناصر عرضية يمكن المخالفة فيها أو عدم

^١R. Cabrillac, *Droit européen comparé...*, no 71

^٢P. Terré, Ph. Simler *et alii*, *Les obligations*, 12^e éd., 2018, n° 165.

^٣B. Fages, *op. cit.*, n° 77.

تحديدها. فإذا لم يتفق الطرفان على هذه العناصر، فهذا لا يمنع تكوين العقد. ولكن كيف تحدد ما هي العناصر الأساسية والعناصر الملحقّة؟

في القرن الثامن عشر، حاول بوتيه، وهو فقيه فرنسي، أن يقوم بتنظيرها، بالصيغة التالية: العناصر الأساسية هي العناصر "التي تطبع على العقد وصف معين ولا يمكن من دونها للعقد أن تعرف طبيعته أو ماهيته" ^١. من الصعب تخيل عقد بيع بدون الشيء المبيع والسعر. أو عقد عمل بدون مهمة وراتب. لكن هذه عقود كلاسيكية بسيطة نسبياً. علاوة على ذلك، بالنسبة للعقود المسماة، يتم توفير هذه العناصر بشكل عام في القانون. على سبيل المثال: عقد استئجار الأشياء، المحدد في المادة ١٧٠٩ من القانون المدني: "إن استئجار الأشياء هو عقد يلتزم أحد الأطراف من خلاله بجعل الطرف الآخر يتمتع بشيء خلال وقت معين، مقابل بدل معين.

لكن بالنسبة للعقود غير المحددة والمعقدة، فإن الأمور تكون في بعض الأحيان أكثر تعقيداً. على سبيل المثال، نشأ بالفعل السؤال الخاص بعقد استئجار ممثلة لتصوير فيلم. اعتبرت السوابق القضائية هنا أن تحديد مكافأة الممثلة ولكن أيضاً تاريخ بدء التصوير كانت عناصر أساسية. في غياب هذه العناصر: نحن امام دعوة للدخول في محادثات، بحضورهم: نحن اما ايجاب ملزم! ^١

٣ _ يجب أن يكون الإيجاب كاملاً، أي يجب أن يشمل على جميع العناصر الجوهرية في العقد. فإذا كان العقد بيعاً فيجب أن يتضمن الإيجاب عبارة البيع أو الشراء ومحل العقد وبدل البيع (الثمن). فإذا لم يتضمن التعبير عن الإرادة هذه العناصر الجوهرية كان مجرد دعوة للتعاقد أو التفاوض وليس إيجاباً؛ فالإعلان الذي توجهه بعض المتاجر أو المطاعم من دون ذكر أثمان للبضاعة أو معيار لتحديد الثمن أو من دون ذكر عناصر العقد الأساسية فالتعبير هنا يكون دعوة موجهة للجمهور للتعاقد وليس إيجاباً.

¹⁸Cité par F. Terré, Ph. Simler *et alii*, Les obligations, 12^e éd., 2018, n° 166.

¹⁹Cité par F. Terré, Ph. Simler *et alii*, Les obligations, 13^e éd., 2020, n° 169.

٤ _ يوجه الإيجاب إلى شخص أو أكثر أو جمهور من الناس، مثل الحواسب التي تعرض لاستعمالها بالأجرة في الفنادق، أو عرض السلع مع ذكر ثمنها في المحل. فيكون استعمال الحاسب أو شراء السلعة المعروضة قبولاً، وهذا ما يسمى بيع التعاطي في الفقه الإسلامي.

وعادة قد يسبق التعاقد مرحلة المفاوضات، فيكون التعبير عن الإرادة مجرد دعوة للتعاقد؛ مثال وضع إعلان لبيع منزل أو شراء معدات منزلية. كما قد يشتمل التعبير عن الإرادة على العناصر الجوهرية للتعاقد ومع ذلك يُعدُّ دعوة للتعاقد أو التفاوض وليس إيجاباً؛ مثال عرض الحاجة إلى عامل فهو يقوم على النظر الشخصي أي تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار فإذا لم يوافق رب العمل على العامل بعد مقابلته فله حق رفضه، وأيضاً مثل العرض الذي يحتفظ فيه الموجب لنفسه بحق الاختيار بين عدة أشخاص.

٥ _ جواز الرجوع عن الإيجاب، فالإيجاب تعبير عن الإرادة غير ملزم؛ أي يجوز لمن صدر عنه إيجاب بالبيع مثلاً أن يرجع عنه طالماً لم يقترن ويتصل به القبول من حيث المبدأ. وهذا هو الأصل لدى القانون المدني والفقه الإسلامي، فنص القانون المدني السوري على الآتي:

مادة ٩٤

" ١ . إذا عَيِّنَ ميعاد للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

٢ . وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة".

ونصت المادة ٩٥

" ١ . إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، من دون أن يعين ميعاد للقبول، فإنَّ الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً. وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو بأي طريق مماثل.

٢ . ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد.

فيتبين من هذه المواد القانونية أن الإيجاب قد يكون ملزماً أو غير ملزم:
_ الإيجاب غير الملزم: الأصل أن يكون الإيجاب غير ملزم حيث يحق للموجب أن يرجع عن إيجابه إذا لم يقترب بالقبول و إذا لم يحدد ميعداً لقبول الإيجاب .
_ الإيجاب الملزم: في الإيجاب الملزم لا يستطيع الموجب أن يرجع عن إيجابه. ويكون الإيجاب ملزماً في حالتين:

الحالة الأولى، إذا اقترن بقبول من وجه إليه الإيجاب، وعندها ينعقد العقد لازماً إذا توافرت بقية شروط الانعقاد.

الحالة الثانية، إذا تم تحديد ميعد لصدور القبول، وهذا الميعد يمكن أن يحدد صراحة في الإيجاب أو يستخلص ضمناً من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة. مثال على الميعد المستتب من ظروف الحال؛ الإيجاب الذي يوجهه منظم معرض ما لمن يريد استئجار غرفة فيه، فالميعاد المستتب هنا هو فترة تنظيم المعرض. والمثال على الميعد المحدد بطبيعة المعاملة كما في إيجاب بيع طعام أو شراب ما بشرط المذاق فيجب على الموجب أن يبقى على إيجابه حتى تاريخ التذوق، ففترة التذوق وفق العرف هي ميعد القبول.

_ وأساس القوة الإلزامية للإيجاب هو اعتباره تصرفاً بإرادة منفردة تهدف إلى إبرام العقد مع من وجه له هذا الإيجاب.

_ الإيجاب في الفقه الإسلامي الأصل فيه جواز الرجوع عنه طالما لم يقترب بالقبول، وهذا مذهب الجمهور.

^١ _ انظر: عثمان البارعي، فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة ط ١ عام ١٣١٣هـ، ج ٢، ص ٢٢٤.

ويذهب الفقه المالكي إلى إبقاء الموجب ملتزماً بإيجابه حتى صدور الرفض ممن وجه له الإيجاب أو حتى انتهاء مجلس العقد، إلا إذا عُيِّنَ للقابل مدة للقبول. وحجة المالكية في ذلك هي لمنح الطرف القابل فترة ممكنة ليتروى فيها في أمر العقد . وسند الفقهاء في ذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَنَّ المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرَّقا أو يكون البيع خياراً » .^١

٢ _ والافتراق عن مجلس العقد (انفضاض المجلس) يكون بالأقوال عند الحنفية والمالكية، كأن يقول أحد المتعاقدين بعت أو اشتريت أو أجرت ثم يصدر بعد الإيجاب من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدلّ على الإعراض عن الإيجاب، فهذا يبطل الإيجاب ولا عبرة للقبول بعده ولو قبل انفضاض المجلس بالأبدان، وهذا ما أشارت إليه المادة ١٨٢ من مجلة الأحكام العدلية.

٣ _ أما الافتراق عند الشافعية والحنابلة، فيكون بالأبدان، فإذا تلاق الإيجاب بالقبول ينبرم العقد غير لازم ما دام المتعاقدان في المجلس من حيث المكان .

فقال الشافعي " كل متبايعين تبايعا وتراضيا ولم يتفرقا عن مقامهما أو مجلسهما الذي تبايعا فيه، فلكل واحد منهما فسخ البيع " . وهذا ما يسمى بخيار المجلس، وبالتالي العقد ينعقد بتلاقي الإيجاب والقبول ولكن يُعَدُّ غير لازم حتى انفضاض المجلس بالأبدان، أي يحق لكلا المتعاقدين الرجوع عن الإيجاب أو القبول ما دام في مجلس

^١ _ انظر: عيسوي عيسوي، الفقه الإسلامي/المدخل ونظرية العقد، ص ٤٠٨.

^١ _ رواه البخاري ٢١٠٧ ومسلم ١٥٣١، وانظر: الإمام الشافعي، الأم، ج ٨، دار المعرفة، بيروت، ص ٧٥، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ١، دار العقيدة، ط ١، القاهرة ٢٠٠٤، وطبعة دار الفكر/ القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٧٤، ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ٣١/٣٢، الحسكفي، شرح الدر المختار ج ٢، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده، القاهرة ص ٢٩٩، الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٧٢.

^١ _ انظر: مجمع البيان الحديث/سميح عاطف الزين، موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة _ ط ١ دار الكتاب اللبناني _ بيروت ١٩٩٤ ص ٣٦١.

^١ _ من جملة الأدلة التي ساقها الإمام الشافعي بأن الافتراق في الحديث يراد به الأبدان، أنَّ ابن عمر رضي الله عنه (راوي الحديث) أنه كان إذا اشترى شيئاً ويريد أن يتم البيع كان يمشي قليلاً ثم يرجع، الأم للشافعي، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ج ٣، ص ٧٥٤.

العقد. ونحن نميل إلى هذا الرأي سنداً لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام السابق، الذي استخدم لفظ المتبايعان وليس المتساومان، واستخدم في الحديث أنهما بالخيار في بيعهما، أي أن العقد قد تم، واستخدم عبارة ما لم يتفرقا، والأصل في لفظ الافتراق أن يكون بالأبدان.

– ويتفق القانون المدني مع رأي الجمهور باعتبار الإيجاب غير ملزم لمن صدر عنه، كما يتفق مع الفقه المالكي لجهة جعل الالتزام ملزماً إذا تم تحديد مدة للقبول، إلا أن القانون لم يبحث في خيار المجلس الذي تكلم عنه الفقه الشافعي والحنبلي.

فقضت المواد (٩٤/٩٣ مصري ٩٥/٩٤ سوري) بعدم إلزام الموجب بإيجابه إلا إذا عين ميعاد للقبول. وقد يستخلص هذا الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة. وفي غير هذه الحالة لا يلزم الموجب بإيجابه وله حق الرجوع عنه ما لم يقترن بالقبول قبل انقضاء مجلس العقد.

سادساً – يستخلص مما سبق أن الإيجاب هو تعبير واجب الاتصال؛ بمعنى لا بد أن يصل إلى علم من وجه إليه (القابل)، وإلا لا يكون له أي قيمة مادية. فإذا توجه شخص بإيجاب لبيع شقة عنده ولم يسمع المشتري الإيجاب أو أن الإيجاب أرسل بالبريد وضاع البريد من دون أن يصل إلى علم الطرف الآخر، فهنا من حق الموجب الرجوع عنه سواء أكان الإيجاب محدد مدة القبول أم لا، وقد يرجع الموجب عن إيجابه قبل وصول القبول فلا ينتج أثره عند من اشترط لانعقاد علم الموجب بالقبول، فوصول القبول غايته الاقتران بإيجاب صالح لانعقاد العقد.

٦ – مسقطات الإيجاب:

يستخلص مما سبق أن هناك عدة حالات يبطل فيها الإيجاب وهي:

في حالة الإيجاب الملزم يبطل بـ:

(١) الرفض ولو قبل انتهاء موعد القبول.

(٢) انقضاء مدة القبول من دون قبول.

في حالة الإيجاب غير الملزم يبطل بـ:

- (١) بالرفض الصريح أو الضمني.
- (٢) موت الموجب أو الموجه إليه الإيجاب (القابل) أو فقد أحدهما الأهلية قبل القبول، (لاحتمال رجوع الموجب عن إيجابه لو بقي حياً أو بقيت أهليته ولأن القبول خيار والخيار لا يورث). أما إذا توفي بعد القبول فينقصد العقد وفق القانون السوري الذي أخذ بنظرية انبرام العقد بصدور القبول، ولا ينعقد في القانون المصري إلا بعلم الموجب بالقبول فإذا توفي الموجب قبل العلم لا ينعقد العقد وفق القانون المصري (م ٩١) الذي أخذ بنظرية وصول القبول .

بخلاف ذلك نصت المادة ٩٢ مدني مصري أنه: " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"

وباعتقادنا أن النص المصري أجاز أن يترتب التعبير عن الإرادة أثره على الرغم من الوفاة أو فقد الأهلية، وباعتقادي هذه الحالة تقتصر على وفاة القابل بعد القبول فيمكن أن يصل إلى علم الموجب بحسب القانون المصري وينقصد العقد، لأن الإيجاب يمكن أن يرجع عنه صاحبه قبل الوفاة أو فقد الأهلية، والقبول خيار والخيار لا يورث.

(٣) إذا صدر القبول مغايراً أو معدلاً أو مناقضاً للإيجاب.

(٤) رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول.

^١ _ فقد نصت المادة ٩١ من القانون المصري بأنه " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويُعد وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يدل على عكس ذلك". فهذه المادة وضعت قرينة قانونية مفادها أن من وصل إليه الإيجاب أو القبول يكون عالماً به، لأن من يصله أمر ما الأصل أن يحيط علماً به، ولكن قد لا يعلم به لسبب أو لآخر، عندها يقع إثبات عدم العلم على من وجه إليه التعبير عن الإرادة، وبالتالي فإن القانون المصري يُعد الإيجاب عملاً أو تصرفاً قانونياً يكون له الوجود النظري المستقل بمجرد صدوره، وبالتالي لا يتأثر بموت أو فقد أهلية من صدر منه مبدئياً، فإذا صدر إيجاب من سوري لشخص مقيم في الأردن لبيع بضاعة، فإذا توفي القابل بعد القبول فإن القبول هنا تعبير يصلح لأن يقترن بالإيجاب فيمكن أن ينعقد العقد بوصوله إلى علم من وجهه، أما إذا كانت شخصية القابل محل اعتبار كالتعاقد معه على أنه فنان أو طبيب جراح فلا ينعقد العقد ويسقط القبول بموت صاحبه أو بفقده أهليته. انظر: السنهوري، الوسيط ج ١، ص ١٥٢.

في القانون الفرنسي. يتعين علينا معالجة مشكلة أثارت الكثير من الصعوبات في الفقه القانوني في السنوات السابقة. وليس من المؤكد أنَّ التعديل الأخير للقانون وضع حداً لجميع الصعوبات. الأمر يتعلق بافتراض التراجع عن الإيجاب.

تخيل حالة ملموسة لتصور المشكلة بشكل أفضل: يصدر شخص عرضاً في ١ كانون الثاني لبيع شقة بسعر محدد لشخص معين. يرافق هذا الإيجاب فترة شهر واحد، ويستمر حتى ١ شباط. ولكن في ١٧ كانون الثاني، يتراجع مقدم الإيجاب عن الإيجاب. يقرر المستفيد عدم أخذ هذا السحب في النظر وقبوله في ٢٠ كانون الثاني، وبالتالي في غضون الموعد النهائي. السؤال: هل تم إبرام العقد أم لا؟

يمكن الإشارة بالفعل إلى أنَّ العارض يرتكب خطأً عن طريق سحب عرض من دون الالتزام بالموعد النهائي الذي حدده هو نفسه، على أساس المسؤولية غير التعاقدية. لذلك قد يُطلب منه دفع تعويضات لمقدم القبول إذا تسبب السحب في ضرر من وجه له الإيجاب.

ولكن هل يمكننا أنَّ نذهب إلى أبعد من ذلك ونعدُّ أنَّ هذا التراجع، الذي يتم خلال الفترة المسموح بها للمستفيد للقبول بالعقد، غير نافذ؟

الجواب هو لا. في المثال الذي قمنا بذكره، لا يمكن تشكيل العقد بالقوة.

وهذا ما أشارت له المادة ١١١٦ مدني فرنسي جديد:

" لا يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء المدة التي حددها الموجب، أو قبل انقضاء مدة معقولة إذا لم يحدد له مدة.

الرجوع عن الإيجاب بالمخالفة لهذا الحظر يحول من دون إبرام العقد يؤدي هذا الرجوع إلى قيام مسؤولية الموجب غير التعاقدية طبقاً للقواعد العامة من دون إلزامه بالتعويض عن خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه "

دعونا نفصل هذه الحلول بالتفصيل، والتي توجد في المادة ١١١٦ من القانون

المدني الفرنسي والتي سنقوم بتفصيلها فقرة بفقرة:

• تقضي الفقرة الأولى على أنَّ الإيجاب لا يمكن سحبه قبل انتهاء الموعد النهائي المحدد من قبل الموجب أو بانتهاء مدة معقولة في حالة عدم تحديد المدة. بمعنى آخر، إذا تم تحديد موعد نهائي، فيجب احترامه. في حالة عدم وجود حد زمني محدد، يجب احترام وقت معقول، ومن الصعب تقييم فكرة الوقت المعقول هذه في القانون، الأمر يتعلق بمعيار أي قاعدة سلوكية، تُعدُّ طبيعية كما هو الحال لقواعد أخرى تقديرية تخضع لسلطان القاضي الموضوعي من دون خضوعه في ذلك لرقابة محكمة النقض؛ على سبيل المثال. مبدأ "حسن النية"، "الأب الصالح للعائلة أو الرجل المعتاد". انها نوعية، بدلا من الكمية. ميزة هذه المعايير المرنة. وعيبتها الوحيد عدم الدقة. ما هو المعيار المناسب؟ يعتمد ذلك على طبيعة التعامل، ونوعية أصحاب المصلحة ... ولكن هذه الحلول لا تنطبق إلا عندما يتلقى القابل الإيجاب. من ناحية أخرى، طالما لم يصل الإيجاب، يمكن للموجب سحبه بحرية (المادة ١١١٥ من القانون المدني الفرنسي).

• الفقرة الثانية من المادة ١١١٦ تنص على أنَّ "الرجوع عن الإيجاب بالمخالفة لهذا الحظر يمنع من إبرام العقد". ها نحن في صلب المشكلة. المشرع قد قرر أنَّ التراجع فعال. بمجرد سحب الإيجاب، لم يعد من الممكن قبوله، وبالتالي، لا يمكن انعقاد العقد. من الواضح أنَّ هذا هو الحل المناسب للإيجاب: لا يتم تجميد موقف الموجب بمجرد إصدار الإيجاب. أي أنَّ الإيجاب يبقى غير ملزم للموجب حتى مع وجود المدة المحددة. (قد يكون هذا مفيداً للموجب إذا كان قادراً على إبرام العقد بسعر أفضل، مما قد يؤدي في هذه الحالة إلى حدوث خطأ مربح) ولكن يخل بأمن واستقرار العلاقات التعاقدية. نستنتج أنَّ القانون المدني الفرنسي أخذ بنظرية انعقاد العقد بزمان ومكان وصول القبول إلى الموجب (مادة ١١٢١ م فرنسي)، وقبل ذلك يمكن الرجوع عن الإيجاب والقبول.

• الفقرة الثالثة قضت بجزاء على الموجب نتيجة العدول عن إيجابه: فسحب الإيجاب ينطوي على مسؤولية صاحب العقد غير التعاقدية في وفقاً للقواعد العامة، من دون إلزامه بالتعويض عن خسارة المنافع المتوقعة من العقد المراد إبرامه. لذلك يمكن للقابل المطالبة بالتعويض عن الخسارة الحاصلة نتيجة خطئه أو تعسفه بالعدول عن الإيجاب على الرغم من تحديد المدة للقبول وفق القواعد العامة التي تقتضي إثبات الخطأ ووجود الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولكن من دون تعويض الأرباح الفائتة.

٧ _ الإيجاب في صورة عرض أو عطاء

قد تقوم الدولة أو جهة ما بإجراء مناقصة تريد منها التعاقد مع من يتقدم بأقل سعر على محل المناقصة، وقد تطرح مزيدة يتم التعاقد من خلالها مع من يتقدم بأعلى سعر على السلع المطروحة للمزيدة، والتي تقدم عادة في ظرف مختوم إلى لجنة تقض العروض المتقدم بها. فما هو التكييف القانوني للتعبير عن الإرادة على شكل المزيدة أو المناقصة؟

يظن البعض أنّ طرح الأشياء في مناقصة أو مزيدة يشكل إيجاباً، والجواب على ذلك لا بالطبع، لأنّ هذا طرح الصفقة في مزيدة أو مناقصة لا يتضمن جميع العناصر الجوهرية للتعاقد ولا سيما الثمن النهائي الذي يرسو على العرض أو العطاء المرجح، وبالتالي فطرح الصفقة في مزيدة أو مناقصة يُعدّ دعوة للتعاقد والعرض أو العطاء الذي يتقدم به الغير يُعدّ إيجاباً والقبول هو رسو المزاد أو ما يسمى الإحالة القطعية يُعدّ قبولاً. ويسقط العطاء بالعطاء الذي يليه ولو كان باطلاً سنداً للمادة ١٠٠ مدني سوري.

ثالثاً: أحكام القبول

القبول هو تعبير جازم عن الإرادة في التعاقد يتضمن القبول بما أوجبه وقرره الموجب في إيجابه على نحو مطابق لما اشتمل عليه الإيجاب، كأن يقول قبلت أو اشتريت أو بعت.

فأي زيادة أو نقصان أو تغيير للإيجاب يُعدّ نقضاً له، ويجعل القبول المغاير إيجاباً جديداً بحاجة إلى قبول.

والاتفاق بين طرفي العقد يمكن أن يرد على المسائل الجوهرية، وفي حال الاختلاف على المسائل الفرعية فيحال الطرفين إلى القواعد القانونية ذات الصلة، سنداً للمادة ٩٦ مدني سوري: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة."

وفقاً للمادة ١١١٨ من القانون المدني الفرنسي "القبول هو تعبير عن إرادة من وجه له الإيجاب للالتزام بشروط الموجب".

الكلمات هنا مهمة: "الالتزام بشروط الإيجاب". وبعبارة أخرى، فإن القبول الصريح والبسيط للشروط التي يقترحها مقدم الإيجاب يعادل موافقة متلقي الإيجاب، وبالتالي يستلزم إبرام العقد.

من ناحية أخرى، إذا لم يقبل من وجه له الإيجاب بالعرض بشكل مباشر، ولكنه اقترح تغييرات، فهو ليس قبولاً، بل اقتراحاً مضاداً Counter Offer. ولا يتشكل العقد حينها. نجد أنفسنا، بطريقة ما، في لعبة كرة الطاولة: الاقتراح المضاد يستلزم بدوره عرضه على مقدم الإيجاب الأولي. ويمكن أن تستمر التبادلات حتى يقبل أحد الطرفين عرض الآخر.

وإذا عدنا إلى فرضية القبول الصريح، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يجب أن يظهر هذا القبول.

شكل التعبير عن القبول:

كما أوردنا سابقاً فإن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً أو ضمناً أو سكوتي مع جود قرينة تدل على الإرادة (م ٩٠ قانون مدني مصري، ٩٣ سوري).

وتقتضي المادة ١١١٣ من القانون المدني الفرنسي. بأنَّ القبولَ قد يكونُ صريحاً أو ضمناً. ليكون واضحاً في المفردات، يشير القبول الصريح إلى القبول الظاهر والقبول الضمني القبول غير المعلن.

القبول الصريح: هل يجب أن يتم ذلك، في بعض الأحيان، وفقاً لأشكال معينة؟ نعود إلى معارضتنا بين العقود بالتراضي والعقود الرسمية.

بالنسبة للعقود الرضائية: يتجلى القبول من دون تقديم نموذج محدد مسبقاً. سيكون، حسب الحالة، كتابة أو شفاهاً. يمكن أن تكون إشارة أيضاً، إذا فكرنا في طقوس المزادات العلنية؛ أو مصافحة ...

على العكس، بالنسبة للعقود الشكلية، يجب أن يتم هذا القبول في شكل محدد. على سبيل المثال، بالنسبة لعقود معينة، يفرض القانون لإبرام العقد الكتابة مثل عقد الشركة والاتفاق على التحكيم.

يمكن استنتاج القبول الضمني، على سبيل المثال، من خلال التنفيذ من قبل القابل للعقد الذي تم اقتراحه عليه. ولكن هل يمكن أن يكون الصمت يرقى إلى درجة القبول الضمني؟ بمعنى آخر، هل يجد القول المأثور "الصمت في معرض القول قول" وجود في قانون العقود؟ وقد سبق أن بينا موقف القانون المدني السوري في المادة ٩٩ منه.

السؤال مهم فقبل إصلاح قانون العقود الفرنسي في عام ٢٠١٦، لم يقدم القانون تفاصيل عن هذه النقطة. وبالتالي، فإنَّ السوابق القضائية هي التي اضطرت إلى تقديم حلول، وهي حلول مدرجة الآن في المادة ١١٢٠ من القانون المدني الفرنسي.

تضع هذه المادة المبدأ التالي: "الصمت لا يعد قبولاً". لكن هذا المبدأ يخضع على الفور إلى استثناءات "ما لم يتبين خلاف ذلك في القانون أو العرف أو العلاقات التجارية أو الظروف الخاصة". سيتم تعميق هذا السؤال في البرامج التعليمية، من خلال الافتراضات التي يمكن من خلالها تحديد هذه الاستثناءات.

رابعاً: زمان ومكان العقد

ينعقد العقد بين الحاضرين بتلاقي الإيجاب والقبول في مجلس العقد على المسائل الجوهرية للعقد سواء تم من المتعاقدين عن نفسيهما أم بواسطة نائب. أما التعاقد بين الغائبين فيتم عن بعد في فترة زمنية فاصلة بين الإيجاب والقبول أو بين القبول وعلم الموجب به، وذلك في عدة طرق منها البريد العادي أو الإلكتروني e-mail؛ أو طريق برامج المحادثة Chat أو المسنجر أو الهاتف أو غيرها من وسائل التواصل الاجتماعي. فائياً كانت وسيلة التعبير عن الإرادة فهي مقبولة للتعاقد طالما تلاقت وتطابقت الإرادتان معاً على أركان العقد ومسائله الجوهرية. وهذا ما قضت به المادة ٤ من قانون المعاملات المالية الإلكترونية السوري رقم ٣ لعام ٢٠١٤ " تعد الوسائل الإلكترونية طريقة مقبولة قانوناً للتعبير عن الإرادة لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد انشاء التزام أو تعديله أو نقله أو الغائه".

ويُعَدُّ التعاقد عن طريق الهاتف أو صوت المسنجر أو برامج المحادثة الصوتية تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان. ولكن السؤال هو عن مكان وزمان انعقاد العقد، نظراً لأهمية تحديده في جملة من الأمور هي: من حيث الزمان تحديد القانون واجب التطبيق على العقد وهو القانون النافذ بتاريخ إبرام العقد. ومن حيث المكان تحديد المحكمة المختصة في حالة نشوء النزاع.

فهل ينعقد العقد بتاريخ صدور القبول أم بتاريخ إرساله أم بتاريخ استلام الموجب للقبول أم بتاريخ علم الموجب الفعلي بالقبول؟ لأنَّ الموجب قد يرجع عن إيجابه في الفترة الفاصلة بين الإيجاب والقبول. والقبول يتم إما فوراً عقب الإيجاب أو خلال المدة المحددة للإيجاب أو قبل انقضاء مجلس العقد. ومجلس العقد لا يقصد به مكان الانعقاد من الناحية المكانية، وإنما هو الزمن الافتراضي الذي يفصل الإيجاب عن القبول فينشغل فيه المتعاقدان بالعقد من دون أن يتخلله ما يدل على إعراضهما عن العقد.

في القانون السوري ينعقد العقد بين الغائبين بتاريخ صدور القبول، سنداً للمادة ٩٨ التي تنص على أنه: " يُعَدُّ التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك "

أما في قانون المعاملات الالكترونية السوري رقم ٣ لعام ٢٠١٤ فقضت المادة ١٠ منه أنه: " يعد العقد الالكتروني قد تم في المكان والزمان الذي استلم فيه القبول ما لم يتفق على غير ذلك. " وهذا يعني أنَّ قانون المعاملات المالية الالكترونية السوري أخذ بنظرية استلام القبول من قبل الموجب بغض النظر عن علم الأخير. فقبل استلام القبول يحق للموجب أن يرجع عن إيجابه.

أما القانون المصري فأخذ بمبدأ أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت الذي تتصل فيه بعلم من وجهت إليه، ولهذا ينعقد العقد بتاريخ علم الموجب بالقبول. سنداً للمادة ٩١ التي تنص على التالي: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويُعَدُّ وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك. "

مثال: إذا أرسل محمد، المقيم في الأردن، خطاباً يتضمن إيجاباً لبيع عقار يملكه إلى زياد المقيم في دمشق فإذا وافق الأخير على الشراء وأصدر قبوله، فالعقد يُعَدُّ منعقداً بحسب القانون السوري في زمان ومكان صدور القبول أي في سورية. أما وفق القانون المصري فينعقد العقد في زمان ومكان علم الموجب أي في الأردن. وبالتالي إذا عدل الموجب عن إيجابه بعد صدور القبول وقبل علم الموجب به، فينعقد العقد وفق القانون السوري ولا ينعقد وفق القانون المصري والفرنسي كما سنرى تباعاً.

في القانون الفرنسي، يثير إبرام العقود عن بعد أو بين غائبين أسئلة كثيرة، خاصة فيما يتعلق بموعد النظر في العقد. كما رأينا، غالباً ما تقوم الأطراف بالتسوية: فهي تقدم عرضاً ثم تتراجع. ماذا يحدث عندما يتم إرسال هذه العروض ثم يحدث عمليات قبول أو تراجع عن طريق عمليات بطيئة نسبياً، مثل البريد العادي؟

يمكن لتوضيح ذلك إيراد مثال.

يتم إرسال إيجاب عن طريق البريد في ١٠ كانون الثاني. في الثاني عشر يتلقاه القابل. ينقل قبوله في الثالث عشر ويصل في الخامس عشر إلى الموجب. المشكلة أنه في اليوم ١٤ من ذات الشهر تم سحب الإيجاب.

هل تم إبرام العقد أم لا؟

كما نعلم، يتم إبرام العقود عند تلاقي الإيجاب والقبول. لكن في حالتنا، هل تدخل؟ هل نعدُّ أنَّ هذا الاجتماع يأتي في الوقت الذي يتم فيه إرسال القبول؟ أم لحظة استلامه من قبل الموجب؟

لفترة طويلة، تردد الفقه في فرنسا بين نظريتين: نظرية الاصدار ونظرية الاستقبال. إذا طبقت نظرية الاصدار، يبرم العقد وقت إرسال القبول. وإذا طبقت نظرية الاستقبال، يتم إبرام العقد في وقت استلام القبول من الموجب.

استقر التعديل الفرنسي الأخير لعام ٢٠١٦ على تبني نظرية الاستقبال. اذ تنص المادة ١١٢١ من القانون المدني الآن على ما يلي: "ينعقد العقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب، ويعد منعقدًا في مكان وصول القبول". أي كما هو الحال في القانون المدني المصري ينعقد العقد زماناً ومكاناً لحظة وصول القبول إلى الموجب.

فإذا أخذنا مثالنا مرة أخرى، فلن يتم إبرام العقد لأنَّ الإيجاب تم سحبه قبل استلام القبول. أما لو كانت نظرية الاصدار التي تم اختيارها، فعندئذ على العكس من ذلك، لكان قد تم إبرام العقد.

المطلب الثاني

الرضا كشرط صحة في العقد

(سلامة الرضا من العيوب)

تكلمنا في المطلب السابق عن وجود الإرادة كركن في العقد وميزنا بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، بين وجود الإرادة من عدمها.

أما عندما نبحث الإرادة في رضاها كشرط صحة في العقد فيجب التفريق بين الإرادة المعيبة والإرادة غير الموجودة:

فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة متعلقة بمحلها ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو ليس على هدى أو بينة من أمره ولو كانت حرة أو على بينة من أمرها لما تعلقت بالمحل، فإرادة المتعاقد هنا موجودة ولكنها معيبة (وهذا ما نقصده بعيوب الإرادة)، فيكون العقد قابلاً للإبطال في نظر القانون المدني وفاسداً في الفقه الحنفي.

أما الإرادة غير الموجودة فهي مجرد مظهر خارجي يوحي بها ولكنها غير متعلقة بمحلها، فالعقد محلها هو عقد باطل.

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني من الرضا في العقد

أولاً- موقف الفقه الإسلامي

سبق أن أشرنا أن التفريق بين الإرادة الظاهرة وهي الاختيار، والإرادة الباطنة وهي الرضا هو عند السادة الأحناف خلافاً لجمهور الفقهاء ، فإذا توافرت الإرادتان وتوافقتا معاً تم العقد وترتبت آثاره ، أما إذا اختلفتا كما في حالة الإكراه (أو بقية عيوب الإرادة) فتوجد الإرادة الظاهرة بالتلفظ بالصيغة وتنفي الإرادة الباطنة ، فلا يريد المكره ترتيب آثار العقد وإنما يهدف إلى دفع الإكراه والضرر عنه، فهل نأخذ بالإرادة الظاهرة على الرغم من مخالفتها للإرادة الباطنة ؟

تُعَدُّ سلامة الرضا من عيوبه شرط صحة لا شرط انعقاد أو ركن في العقد عند الحنفية، فإذا شاب الرضا عيب ما فإنَّ العقد يبقى مع الإرادة الظاهرة، ولكن يُعَدُّ فاسداً لتخلف شرط الصحة وهو سلامة الرضا من دون الأركان، فالعقد الفاسد هو ما شرع بأصله من دون وصفه.

أما جمهور الفقهاء فيرون التلازم بين وجود الإرادة وسلامتها؛ وبالتالي فإما أن تكون الإرادة صحيحة وسليمة فيقوم العقد وإما ألا يتوافر الرضا فيبطل العقد، ففي الفقه الإسلامي البطلان والفساد يجعلان العقد معدوم الأثر من الناحية العملية حتى عند الحنفية ولا ينشئ آثار في العقد الفاسد إلا بالقبض أي في حال تنفيذه ، وقبل التنفيذ

^١ - راجع المادة ٤٦٠ من مجلة الأحكام العدلية، وانظر: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية، ص ٣٤١، د. عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص ٢٠٣، عيسوي أحمد عيسوي، الفقه الإسلامي المدخل ونظرية العقد، مطبعة دار التأليف، ط ٣، القاهرة ١٩٦١. ص ٥٠٤.

١ - ^١ - انظر: جلال الدين الأسيوطي ، الأشباه والنظائر (في قواعد وفروع الشافعية) ج ٢، دار السلام ط ٣ ، القاهرة ٢٠٠٦، ص ٥٥٣، ابن حزم ، المحلى ج ٨، مكتبة دار التراث - القاهرة، وطبعة المكتب التجاري ، بيروت، المسألة ١٤٤٦، د شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج ١، الجامعة المصرية ، كلية الحقوق ، ١٩٣٦، ص ١٤٨ وما بعدها، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة ص ١٩٤/١٩٨، الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية، ص ٣٣٢، د أحمد فراج

يستحق الفسخ سواء من قبل المتعاقدين أو من القاضي من دون طلب، لأنه عقد منهى عنه، إلا أن الفسخ بسبب الفساد مقيد بشرطين:

١- بقاء المعقود عليه على حاله بعد تنفيذ العقد ٢- ألا يؤدي فسخ العقد الفاسد إلى إهدار حقوق اكتسبها غير المتعاقدين على المعقود عليه وذلك حرصاً على استقرار المعاملات وحماية الحقوق المكتسبة .

ويشير الدكتور مصطفى الزرقاء (رحمه الله) أن الفقه الحنفي توسع في نظرية الفساد فأكثر من الشروط التي تفسد العقد وضيق من حرية الاشتراط فيها، رغبة منه في تخفيف وطأة البطلان التي ذهبت إليه المذاهب الأخرى، في حين أن المذهب الحنبلي تشدد في نظرية البطلان فلا يبطل العقد إلا بسبب مخالفة النصوص الآمرة أو وجود شرط ممنوع، فلا وجود لما يسمى بالفساد عندهم (وعند جمهور الفقه الإسلامي) مما أدى إلى ضيق دائرة الشروط الممنوعة التي تبطل العقد وفتح باب حرية الاشتراط واسعاً وهذا ما يتوافق مع التطور التجاري والصناعي وانتشار المعاملات وسرعتها .

ويذهب فقهاء الحنفية والشافعية إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا لم يوجد في عبارة المتعاقدين ما يدل على الإرادة الباطنة وذلك حرصاً على استقرار المعاملات .

حسين، الملكية ونظرية العقد، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥، ص ٢٧٧، د علي عثمان، أسباب بطلان العقود وفسادها في الفقه الإسلامي، ص ٤٤ .

١٣٨ _ راجع المادة ٣٧٢ من مجلة الأحكام العدلية، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٥ ، دار الكتب العلمية ، ط ٢، بيروت ١٩٨٦ . ص ٣٠٠/١٥٧، د. مصطفى الزرقاء _ الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج ٢ المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق ١٩٦٨ ص ٣٠٧/٦٩٨،

١ _ ١ _ فساد العقد في الفقه الإسلامي أسباب خاصة وعامة، أما الأسباب الخاصة فيرجع في معرفتها لكل عقد أما الأسباب العامة فهي الجهالة والإكراه والغرر، انظر: د. مصطفى الزرقاء _ الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ص ٧١٣/٦٨٩، شرح الدر المختار ج ٢، ٢٩٠، د. عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المال/الملكية/العقد، دار النهضة العربية، ط ١، القاهرة ٢٠٠٩، ص ٣٧٥.

١ _ انظر: د. عبد العزيز سمك، المرجع السابق، ص ٣٦٠/٢٢٣.

ثانياً _ موقف القانون المدني

وتتفق قواعد القانون المصري والسوري إلى حد ما مع رأي الحنفية بالتمييز بين شروط الصحة والانعقاد ، إلا أنَّ ما سمِّي بالعقد 'الفاقد' لدى الفقه الحنفي أطلق عليه بالبطلان النسبي لدى القانون المدني المستقى من القانون الفرنسي (قابلية الإبطال Annulabilité)، وهذا ما يستفاد من المواد ١١٠ وما بعدها من القانون المدني المصري والسوري التي تتكلم عن الرضا وعيوبه ونقص الأهلية، إلا أنَّ كلا التسميتين تختلفان عن بعضهما، فالعقد الباطل نسبياً يُعَدُّ القانون صحيحاً ولا يجوز فسخه بعد الإجازة الصريحة أو الضمنية (١٣٩مصري، ٤٠مصري سوري) أو بعد مضي مدة معينة (٣ سنوات م٤٠مصري مصري، سنة م١٤١مصري سوري) تبدأ من اليوم الذي يزول فيه سبب نقص الأهلية ، أو من اليوم الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس ، أو من يوم انقطاع الإكراه في حالة وقوعه ، وبكل الأحوال لا يجوز التمسك بالإبطال لغلط أو إكراه أو تدليس بمرور ١٥ عاماً على العقد، أما العقد الفاسد كما أشرنا لا يقبل الإجازة ، كما أنَّ العقد الباطل نسبياً يبقى نافذ الآثار إلى أن يقضي القاضي بإبطاله بخلاف العقد الفاسد الذي لا ينفذ إلا بالتنفيذ .

٤

٢

ونعتقد أنَّ الصواب في رأي جمهور الفقهاء في الربط بين وجود الإرادة وسلامتها من العيوب بالنسبة لتقرير البطلان من عدمه، فلا يمكن التفريق بينهما فيما أنَّ تصدر الإرادة عن الشَّخص وتكون سليمة معبرة بصورة واضحة وسليم وشرعي عن نفسها وتترتب عليها آثار العقد، وإما ألا تكون موجودة، لأنَّ العبرة ليس بشكل الإرادة بالتعبير عنها وإنما بمضمونها أي بانصرافها حقيقة إلى ترتيب الآثار عليها إذ (العبرة في العقود

^١ _ انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة الالتزام، ص ٩٤ وما بعدها، د. محمد كامل مرسى، عقد الإيجار، ص ٢٧ وما بعدها، د. عبد الرحمن عبد القادر، الوسيط في عقد الإجازة في الفقه الإسلامي، ص ٣٤ وما بعدها.

^١ _ انظر: د. مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج ٢، ص ٧٣١.

للمعاني وليس للألفاظ والمباني) فالإسلام اهتم بشكل كبير بضرورة سلامة الرضا في العقود، فلو رتبنا الآثار القانونية أو الشرعية على العقد الفاسد بعد التنفيذ لألزمنا العاقد بما لا يرضاه وهذا لا يجوز للآية والحديث المشار إليهما في المتن أعلاه التي تحت على ضرورة توافر الرضا وعدم أكل أموال الناس بالباطل، ولا يجوز أن نحتج بحماية مصالح الغير ونجيز العقد في حالة نقل الملكية، فليس مصلحة الغير وحقوقه المكتسبة أولى بالحماية من مصلحة صاحب الحق الحقيقي الأول الذي تعيبت إرادته. كما أن اشتراط القانون أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بالغلط أو أن يكون عالماً به أو من السهل عليه تبيّنه لإجازه إبطال العقد، فيه ظلم بحق المتعاقد الغالط، لأن اشتراط سلامة الرضا وتوافر الإرادة الباطنة يجب أن يكون عند كل من المتعاقدين وليس عندهما معاً، فهب أن المتعاقد الآخر لم يقع في الغلط الذي وقع به الأول، فكيف نُجبر المتعاقد الغالط على أمر لم تتجه إليه إرادته، وقد قال رسول الله (عليه الصلاة والسلام) «رفع عن أمتي الخطأ...».

كما أنه ليس من العدل (كما سنرى تباعاً) أن يمنع المدلس عليه أو المكره عن إبطال العقد إذا وقع التدليس أو الإكراه من شخص ثالث غير المتعاقدين (كما في المواد ١٢٦/١٢٨ مدني مصري ، ١٢٧/١٢٩ سوري) حماية للوضع الظاهر وللمتعاقدين الآخر، فحماية الوضع الظاهر الفاسد ليس بأولى من حماية الوضع الحقيقي ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ

الْفَسَادَ﴾ .

^١ _ انظر: ابن القيم، أعلام الموقعين ج٣، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ص١١٥.

^١ _ سورة البقرة _ الآية ٢٠٥.

الفرع الثاني

دور الرضا في إبرام العقد

يعد الرضا مهماً لإبرام العقد. فقد رأينا سابقاً، أنَّ تكون إرادة المتعاقدين موجودة، وحازمة. مع الرضا على حكم العقد، وحتى يكون الرضا قائماً، يجب أنَّ يكون حراً ومتتوراً. فإذا لم يتوافر الرضا بشروطه يصبح إبطال العقد ممكناً على أساس عيوب الرضا. ومن بين الآليات التي تجعل رضا المتعاقد على بينة وهدى، وهو أحد تعديلات قانون العقود الفرنسي لعام ٢٠١٦، هو واجب الاعلام^١. الذي سيسبق الرضا لحماية الإرادة العقدية. أو ما يسمى بالالتزام بالاعلام.

الالتزام بالاعلام

في كتابه المذكور في المراجع، يروي Rémy CABRILLAC حكاية صغيرة، والتي تتيح إدراك الطبيعة الأخلاقية والسياسية للغاية من الالتزام بالاعلام. وهي أنَّ تاجراً من الإسكندرية، ذهب إلى Rhodes لبيع القمح. ومع ذلك، في هذا الوقت، تحتدم المجاعة الكبرى في الجزيرة يواجه التاجر معضلة؛ وهي أنه يعلم أنَّ القوارب المحملة بالقمح ستصل قريباً إلى روديس. إذا كشف المعلومة للسكان المحليين، فسوف يبيع قمحه بسعر أرخص بكثير مما لو كان يحتفظ بالمعلومات الخاصة به. ماذا يفعل، إذن، في هذه الحالة؟

تم تقديم هذه المعضلة، على مر القرون، إلى العديد من المؤلفين والفلاسفة أو الفقهاء. يُعدُّ القاضي CICERON شيشرون، الذي عاش في روما في القرن الأول قبل الميلاد، أنَّه على أساس الأخلاق، يجب أنَّ يكشف التاجر عن هذه المعلومات، فيجب أنَّ يكون شفافاً مع مشتريه.

بينما ذهب القديس توما الإكويني Thomas d'Aquin، وهو ديني وفيلسوف في القرن الثالث عشر، هو أيضاً ينظر للأمر من منظور الاخلاق، لكنه يرى أنَّ التاجر يمكنه الاحتفاظ بهذه المعلومات لنفسه، وبيع القمح بسعر السوق.

^١ Cabrillac, *Droit européen comparé...*, n° 65.

أما بوتييه POTHIER، وهو فقيه فرنسي في القرن الثامن عشر، يقترح التمييز بين الحق والأخلاق. في تطبيق الأخلاق يجب أن يكشف التاجر عن هذه المعلومات، لكن في القانون، لا يتطلب الأمر أي شيء. أي أن هناك واجب أخلاقي وواجب قانوني. هل ما زال هذا هو الحال اليوم؟ في إنجلترا، بالتأكيد. لأنه، باستثناء العقود التي تهم المستهلكين، لا يوجد التزام بالإعلام قبل العقد. يتماشى هذا الحل مع الروح الليبرالية لدول المنظومة الأنجلوسكسونية.

من ناحية أخرى، في دول مثل ألمانيا أو فرنسا، تطور هذا الالتزام تدريجياً. ففي فرنسا، تم تكريس الالتزام بالإعلام، بطريقة مضطربة إلى حد ما في مجموعة واسعة من النزاعات، لحماية الطرف الذي يُعَدُّ ضعيفاً. نذكر أبرزها على سبيل المثال في المسائل الطبية، مع التزام الطبيب بإبلاغ مرضاه بجميع المخاطر التي تحدث نتيجة العلاج المتوخى. وفي القانون المصرفي، حيث يجب على المصرف إبلاغ المقترض أو المستثمر أو كما هو الحال في هذه الحالة، الضامن، بالمخاطر الناتجة عن المعاملة المقترحة.

في قانون العقود، لم ينص القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ على التزام عام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد. ومع ذلك، فقد فرضته السوابق القضائية تدريجياً، مستندةً بشكل أساسي على الالتزام بحسن النية. جاء تعديل القانون الفرنسي لعام ٢٠١٦ لإعطائه الأساس المناسب، في المادة ١١١٢-١ من القانون المدني.

دعونا ننظر في هذه المادة عن كثب، فقرة فقرة، لأنها غنية جداً. من المحتمل أن تكون هذه المادة مهمة جداً في التقاضي في السنوات القادمة.

أولاً: تنص الفقرة الأولى من هذه المادة الآن على ما يلي: "يجب على من يعرف من الأطراف معلومات لها أهميتها الحاسمة لرضاء الطرف الآخر إعلامها له، متى كان جهل الأخير بالمعلومات مشروعاً أو كان يثق بالمتعاقد معه".

من الطبيعي لتكون لدينا بالالتزام بالإعلام، من الضروري معرفة هذه المعلومات. فإذا كنت طبيباً ولم تقم بإبلاغ المريض بمخاطر عملية جراحية لأنك لا تعرف هذه المخاطر،

فلن تكون قادرًا على الاختباء وراء جهلك! أي أن المعرفة تُقاس بمعيار الرجل المعتاد الذي يفترض علمه بظروف وملابس التعاقد ورضا الطرف الآخر بالعقد. فلا بد للطبيب أن يعلم بالقواعد والأنظمة العلمية الطبية، ومخاطر أي عمل جراحي، وبالتالي يضع المريض في صورة المعلومات التي تؤثر في اتخاذ قراره ورضاه بالعمل الجراحي.

لا يرتبط الالتزام بالإعلام بجميع المعلومات الممكنة والمتخيلة المتعلقة بإبرام العقد. إنما يرتبط بالمعلومات الحاسمة لرضا وموافقة المتعاقد الآخر، أي ما الذي سوف يقرر العقد والتعاقد على شروط معينة. تعطي الفقرة ٣ من المادة ١١١٢_١ المعلومات الحاسمة الذي يقوم عليها التزام الاعلام وهي؛ المعلومات التي لها صلة مباشرة وضرورية بتحديد مضمون العقد أو صفة الأطراف.

ويكون الاعلام واجبا كما نصت الفقرة أعلاه، في حالتين:

أ _ عندما يجهل الطرف الآخر "بشكل مشروع ... هذه المعلومات.... كلمة "مشروع" مهمة جدا هنا. تكون المعلومات واجبة فقط عندما يكون جهل الطرف الآخر مشروعاً. ولكن كيف نقدر ذلك؟ المادة والحكم جديدين تماماً، سيكون من الضروري أن نرى كيف يفسره الفقه. ما يمكن قوله مبدئياً أن معيار الجهالة المشروعة باعتقادنا هو معيار الجهالة المعتادة للمتعاقد معه، فعندما لا يمكن للمتعاقد معه الاستفسار حول بعض ظروف العقد من تلقاء نفسه، أو جهله الطبيعي بظروف التعاقد وصفة أطراف العقد، تكون هنالك جهالة مشروعة تقتضي واجب الاعلام، وهذا يعتمد على تقييم ظروف كل حالة على حدة. فمثلاً كلما كان الوصول إلى المعلومات أكثر سهولة، قل التسامح مع المتعاقد الذي عليه واجب الاعلام، وكلما كان العقد مهماً كلما زاد واجب المتعاقد بإعلام المتعاقد الآخر. ويترتب على اغفال هذا الواجب ترتيب مسؤولية الطرف المقصر به.

ب _ الفرضية الأخرى لواجب الاعلام عندما يثق المتعاقد بالمتعاقد الاخر؛ فعندما يثق الدائن بواجب الاعلام في "شريكة في التعاقد". هنا يتولد واجب الاعلام، لأن رباط الثقة هذا يمكن أن ينجم عن علاقات ودية أو عائلية. أو الصفة المهنية لأحد الأطراف، فيأمن جانبه بسبب هذه الرابطة أو ظروف التعاقد.

ثانياً: الفقرة الثانية للمادة ١١١٢-١ تذكر: "ومع ذلك، فإنَّ واجب الإعلام هذا لا يرد على تقدير قيمة الخدمة". يُعرف الحل منذ صدور حكم Baldus الصادر عن محكمة النقض عام ٢٠٠٠ وسيتم بحثه لاحقاً. فعلى سبيل المثال، لا يوجد التزاماً على المشتري بإبلاغ البائع بالقيمة الحقيقية للممتلكات التي هو على وشك اقتنائها، وبالتالي التزام الإعلام لا يحظر عليه أن يبرم صفقة ناجحة. وسنرى عند بحث الغلط، كعيب في رضا المتعاقد، أن الغلط في القيمة في سياق إبرام العقد، ليس سبباً لإبطال العقد.

ثالثاً: الالتزام بالإعلام هو التزام بغاية: حيث قضت فقرة أخرى في المادة ١١١٢-١ فرنسي: أنه "يتعين على الشخص الذي يدعي أن الإعلام كان واجباً أن يثبت أن الطرف الآخر مدين له، فإنَّ نجاح بذلك انتقل عبء الإثبات للطرف الآخر ليثبت أنه قدمها".

نستدل من هذه المادة أن واجب إعلام المتعاقد هو التزاماً بغاية، حيث ألقت المادة على عاتق المتعاقد أن يثبت أن هناك واجباً بالإعلام ملقى على عاتق المتعاقد الآخر من خلال ظروف التعاقد أو عرف ما، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة للتعاقد، فتتص المادة ١٣٥٣ من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: "كل من يدعي أداء التزام ما يجب أن يثبت ذلك. وبالمثل، يجب على الشخص الذي يدعي أنه قام بالوفاء أن يثبت واقعة الوفاء ذلك أو الحدث الذي أزال التزامه".

هذا بالضبط ما ذكرته المادة ١١١٢-١؛ فإذا أثبت المتعاقد الطلب أولاً أن المعلومات كانت مستحقة له (وبالتالي فهو مناسب تماماً لشروط النص وبصفة خاصة أن المعلومات كانت حاسمة أي ضرورية ومتعلقة بمضمون العقد وبصفة أطرافه). بعد ذلك، بمجرد اثباته ذلك، يعفى الأخير من اثبات عدم تقديم المعلومات وينتقل العبء على المتعاقد الآخر، لإثبات أنه قد أوفى بهذا الالتزام بالإعلام وحقق الغاية المنشودة وهي الإعلام.

من جهة أخرى يثور لدينا تساؤلاً آخرًا عن "كيفية الإثبات؟".

قد نكون مهتمين هنا بالدعوى القضائية المتعلقة بالالتزامات الخاصة بالإعلام، في القطاع المصرفي أو الطبي، بحسبان أن هذين القطاعين كرسا هذا الواجب بالإعلام من

خلال السوابق القضائية (ولكن هناك بعض عدم الثقة في السوابق القضائية في المسائل الطبية. فيما يتعلق بهذا النوع من الأدلة التي لا تثبت أن المعلومات قد تم شرحها) مثل سجل الزيارات الذي لا يعد كافياً أن الطبيب قام بواجبه بالإعلام. وباعتقادنا أن النص لم يحدد طريقة الإثبات وبالتالي يجب العودة إلى قواعد الإثبات العامة في إثبات الالتزامات.

رابعاً: تقضي المادة ١١١٢-١ أيضاً بأنه " لا يجوز للطرفين الحد من الواجب أو استبعاده ". وبعبارة أخرى، فإن المادة لها صفة أمرة لا تكميلية. فبموجب العقد لا يجوز للطرفين التنازل أو تقليص هذا الالتزام بالإعلام.

خامساً: جزاء البطلان لواجب الاعلام: حيث تقضي المادة ١١١٢-١ أيضاً " خرق الواجب بالإعلام قد يؤدي إلى بطلان العقد بموجب الشروط المنصوص عليها في المواد ١١٣٠ وما بعدها ". وجزاء البطلان عند الإخلال بواجب الاعلام، يشكل بعض المخاوف، حيث يضعف تنفيذ العقود. ومع ذلك، فقد تم استبعاد هذا الخطر بشكل كبير، لأن الفقرة السادسة من المادة ١١١٢-١ من القانون المدني تخبرنا أن الشخص الذي يخرق التزامه بالإعلام يتحمل المسؤولية ويمكن طلب ابطال العقد ولكن فقط في حالة توافر عيب من عيوب الرضا. بمعنى أن الإخلال بواجب الاعلام المهم لمضمون العقد أو أطرافه قد يؤدي إلى توافر حالة عدم رضا كامل للعقد لوجود الغلط أو التدليس أو غيرها من عيوب الرضا.

الفرع الثالث

عيوب الإرادة

عيب الرضا هو اختلال في رضا العاقد ناشئ عن عوامل تخل بسلامة الإرادة، ولولا تأثيرها الدافع لما أبرم العقد على النحو الذي هو عليه .^٦

ويمكن إجمال **عيوب الإرادة** أو **الرضا** وفقاً للقواعد العامة للعقود في التقنيات العربية كالقانون السوري والمصري بالغلط والإكراه، والتدليس، والغبن الاستغلالي.

في القانون الفرنسي، عيوب الرضا هي ثلاثة: الغلط والتدليس والإكراه. فإذا وجدت يمكن الحكم بإبطال العقد، لأنَّ الشَّخصَ لن يعطي موافقة حرة ومستنيرة على العقد المعني أي رضاه معيباً (البطلان النسبي، المادة ١١٣١ من القانون المدني الفرنسي) لذلك هو تدبير وقائي لحماية الشَّخص في إرادته. وترتيب أثر الإبطال عند توافر عيب الرضا يكون لمصلحة من تعيبت إرادته من دون الطرف الآخر.

وعيوب الرضا هذه مقيدة بشروط صارمة إلى حد ما، فليس من السَّهل دائماً بالنسبة للمتقاضين إثباتها. والغاية هي إيجاد توازن بين حماية الرضا وثبات المعاملات القانوني. فمن جهة، ليس من العدل إجبار طرف عانى من إكراه جسدي أو معنوي، أو وقع بالغلط أو خدع في عقد على إتمام العقد. ومن جهة أخرى، لا ينبغي أن تكون العقود مهددة بالإبطال فترة من الزمن لأسباب غير مجدية.

ومنذ إصلاح قانون العقود الفرنسي عام ٢٠١٦، أصبح من الواضح للغاية، لكل عيوب الرضا، أنه لا يمكن الحصول على الإبطال إلا إذا كان توافرت شروط العيب وفقاً لما جاء بالقانون (المادة ١١٣٠ من القانون المدني الفرنسي). بمعنى آخر، لا بد من إثبات أنَّ المتعاقد ما كان ليبرم العقد لولا الغلط أو التدليس أو الإكراه، أو لكان قد أبرم العقد لكن في ظل شروط مختلفة إلى حد ما. في الواقع. فلا بد من تحقق الشروط القانونية

^٦ - انظر: د. مصطفى أحمد الزرقاء، محاضرات في القانون المدني السوري، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٤، ص ٧٧.

^١ - تنص المادة ١١٣١ مدني فرنسي: "تعد عيوب الرضا سبباً للبطلان النسبي للعقد"

لإبطال العقد؛ فمن الممكن تماماً تكييف وجود عيب في الرضا، لكن هذا العيب لم يؤثر على موافقة الطرف الآخر، لأنه قرر بالفعل التعاقد. على سبيل المثال: بيع منزل، والبائع يكذب بمواصفاته، فلا يمكن إبطال العقد لأنَّ المواصفات التي تم الكذب فيها ليست جوهرية أو حاسمة في التعاقد.

سنتكلم تباعاً عن عيوب الرضا وهي الغلط والإكراه والتدليس والغبن الاستغلالي.



1_ الغلط في القوانين العربية (القانون السوري والمصري)

عرف الدكتور مصطفى الزرقا الغلط بأنه توهم يصور للعاقد غير الواقع واقعاً ويحمله على التعاقد .^٩

ومنهم من عرفه على أنه : " وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على خلاف الواقع " . إلا أن هذين التعريفين يشملان الغلط المانع كما سنبين تباعاً.^٥

فالغلط المعيب للإرادة والذي يجيز فسخ العقد يمكن تعريفه باعتقادنا هو: توهم يقع على أوصاف مرغوبة في الشيء المعقود عليه من دون أركانه، يحمل المتعاقد على التعاقد ولولا هذا التوهم لما أبرم العقد على نحو ما هو عليه.

(١) الغلط المعيب للإرادة

نصت المادة ١٢١ مدني سوري " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه " ونصت المادة ١٢٢ مدني سوري:

^٩ _ انظر: جلال الدين الأسيوطي _ الأشباه والنظائر، دار السلام ط ٣ _ القاهرة ٢٠٠٦ ص ٣٩٣، السيد سابق، فقه السنة، المعاملات، الكتاب العربي، بيروت لبنان، مج ٣، ص ٧٥، د عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ٤٠١، د. عيسوي عيسوي، الفقه الإسلامي المدخل ونظرية العقد، ص ٥٣٤ وما بعدها، د أحمد رمضان، نظرية الغلط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق ١٩٩٦، ص ١٥٣/٤٠.

^١ _ انظر: د. مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص ٧٨ وما بعدها، د. عبد الرزاق السنهوري _ الوسيط ج ١، بند ١٦٢، د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، ص بند ٩٤.

^١ _ انظر: محمد حسن قاسم، مرجع سابق، مجلد ١، ص ٢١٦.

" ١ _ يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن

إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

٢ _ ويُعدُّ الغلط جوهرياً على الأخص

أ - إذا وقع في صفة الشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين أو يجب

اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من

حسن النية

ب - إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو

هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد"

أ _ شروط الغلط

اشتراط القانون المدني (١٢١/١٢٢ مصري، ١٢٣/١٢٢ سوري) عدة شروط في الغلط

كعيب في الإرادة يجيز إبطال العقد وهي:

(١) أن يكون الغلط جوهرياً دافعاً على التعاقد، أي لولا هذا الوقوع في الغلط لما أقدم

المتعاقدين على التعاقد أو لكان قد تعاقد لكن بشروط مختلفة عما تم عليه. ويكون الغلط.

والغلط يكون جوهرياً بإحدى الصور التي سنوردها تباعاً.

(٢) أن يكون الغلط مكشوفاً ، داخل في دائرة التعاقد، أي أنّ المتعاقدين الآخر قد وقع

في الغلط ذاته، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه. وذلك حتى لا

تتهدد العلاقات التعاقدية بالادعاء بالغلط في كل مرة لا يريد فيها أحد المتعاقدين إتمام

الصفقة.

ب _ صور الغلط

يتوافر الغلط الجوهري الذي يعيب الإرادة ويجيز الإبطال كما أشارت المادة ١٢٢ أعلاه،

في الصور الآتية:

^١ _ انظر: نقض مصري، طعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥ ق، جلسة ١٢/٣١/١٩٨٥.

(١) الغلط في ذات شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت هذه الذات أو تلك الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد، أو الغلط في صفة للشيء جوهرية في نظر المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية، وهذا ما نصت عليه (المادة ١٢٢ مدني مصري تقابلها المادة ١٢٣ سوري).

كما لو أجرة شخص المنزل لامرأة ظن أنها شريفة ولكن تبين أنها فاسدة السلوك، كغلط المستأجر في صفة في المأجور تكون محل اعتبار لدى المستأجر كما لو استأجر شخص كبير في السن يشكو ارتفاع البناء وطلب من المؤجر أن تكون الشقة في الطابق الأول من البناء ثم تبين أنها في الطابق الرابع، مما يجعل العقد قابلاً للإبطال لتخلف شرط من شروط صحة العقد وهو تعيب الرضا .^٢

(٢) والغلط في الباعث الدافع على التعاقد: كما لو أجرة موظف منزله لما بلغه قرار نقله لبلد آخر، ثم تبين أنه لم ينقل.

(٣) الغلط في تقدير قيمة الشيء محل الالتزام إذا كان بسبب صفة جوهرية بني عليها التقدير، كمن يبيع قطعة أثرية ويجهل هذه الصفة فيقدر قيمتها بأقل من القيمة الحقيقية.

(٤) الغلط في القانون؛ ويكون الغلط في القانون معيباً للإرادة ويجوز الإبطال إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع (المادة ١٢٢ مدني مصري، ١٢٣ سوري)^٣.

^١ _ انظر: ابن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ج ٨، ص ٢٦٩.

^٢ _ وأراد المشرع باشتراط توافر شروط الغلط في الواقع لاستبعاد قاعدة "عدم جواز الاعتذار بالغلط في القانون"، ويجب فيمن يتمسك بالغلط في القانون أن يهدف إلى إعمال حكم القانون وليس استبعاده، وأن تكون قاعدة القانون مستقرة وليست محللاً للخلاف، وأن لا يوجد نص خاص يمنع من الاعتداد بغلط القانون كما نص القانون في المادة (٥٥٦ مصري، ٥٢٤ سوري) بأنه لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون، انظر: د / مجمد وحيد الدين سوار _ النظرية العامة للالتزام _ ج ١ _ بند ١٠٤/١٠٥، وراجع حكم محكمة النقض _ تركت _ صادر في ١٩٧٣/٥/٢٤ والمنشور في مجموعة دالوز سنة ١٩٧٤ ص ٣٦٥ وتعليق Mazoud بند ١٧٢، وانظر: د / أحمد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٢٥٠/٢٥٢.

ج _ إمكانية تجنب إبطال العقد

أوجب القانون على المتعاقد الذي وقع في الغلط أن يُبقي حسن النية في التعاقد، وبالتالي يلتزم بالعقد الذي قصد إبرامه، في حال أبدى الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد بعد تلافي الغلط. حيث نصت (المادة ١٢٤ مدني مصري، ١٢٥ سوري):

" ١ _ ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

٢ _ ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

وباعتقادي أن هذا الحكم سليم عندما يكون المتعاقد الآخر حسن النية بأن وقع بالغلط أيضاً أما إذا كان سيء النية بحيث علم بالغلط أو كان من السهل عليه تبيّنه، فهنا أرى أن يعامل خلاف مقصودة ولا يجب طلبه بإتمام العقد وفق الوصف الصحيح. والغاية من عدم التفريق كما ذهب إليها المشرع باعتقادي هي تحقيق الاستقرار في المعاملات وتصحيحها ما أمكن.

٢) الغلط المانع من التعاقد :

وهناك غلط مانع للرضا يعدم الإرادة ويبطل العقد:

١ _ كالغلط في ماهية العقد أو الغلط في الإيجاب والقبول: كأن يبرم عقد إيجار لعقار وظن الطرف الآخر أنه عقد شراء.

٢ _ والغلط في ذات محل الشيء المعقود عليه: كما لو استأجر العقار للسكن فتبين أنه عقار تجاري وليس للسكن.

٣ _ والغلط في سبب الالتزام: كما لو أجر شخص المنزل الموهوب له ثم تبين أن الهبة باطلة.

٤ _ ويلحق بهذه الحالات الغلط في نقل الإرادة إذا حرفها الرسول الناقل.

^١ _ انظر: د أحمد رمضان، نظرية الغلط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص ٢١٠ وما بعدها.

٣) الغلط عديم الأثر على العقد:

- في المقابل هناك غلط لا يؤثر على الإرادة ولا يجيز إبطال العقد:
١. كالغلط في صفة غير جوهرية كمن استأجر منزلاً ظن أن أرضه من السيراميك ثم تبين أنها من نوع البلاط العادي.
 ٢. والغلط في الحساب كما لو احتسبت الأجرة على أساس سعر المتر الواحد ووقع الخطأ في سعر المتر مما أثر في بدل الإيجار ككل.
 ٣. كما أن الغلط في تقدير قيمة الشيء لا يُعد عيباً في الإرادة، لأنه ناتج عن عدم خبرة المتعاقد وجهله في القيمة فيبيع العقار أو يؤجره بأقل من ثمن أو أجر المثل وهذا غبن سنتكلم عنه تباعاً، بخلاف كما ذكرنا أعلاه إذا كان مبنياً على صفة جوهرية في التعاقد فيجيز الإبطال.

٤) والغلط في الفقه الإسلامي الذي يعيب الإرادة: هو فوات صفة مرغوبة في الشيء، يجعل العقد غير لازم (باطل) عند جمهور الفقهاء^١، بخلاف الحنفية الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة، باعتبار أن الإرادة الباطنة أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه. فلو سمح بالادعاء بالغلط، من دون انكشاف الغلط للمتعاقد الآخر ذلك لاختل التعامل بين الناس، لأنه من السهل الادعاء بالغلط^٢.

ولكن الغلط الذي يعتد به في جمهور الفقهاء هو الغلط وفق المعيار المادي الموضوعي، أي المبني على الإرادة الحقيقية، وليس المعيار الذاتي الشخصي المبني على الإرادة الظاهرة وحدها.

^١ - انظر: البخاري، كشف الأسرار، ج٤، ص ٥٣٧، وعند الإمام أحمد العقد مع الغلط لا يبطل العقد وإنما يعطى المتعاقد الغلط الحق في فسخ العقد، انظر: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية، ص ٣٥٤.

^٢ - انظر: د. عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص ٢١٧.

فاشترط الفقهاء أنَّ تحتوي صيغة العقد على ما يدل على وجود الوصف الخاطي المرغوب به من قبل المتعاقد الذي وقع بالغلط وأن يكون وصفاً منضبطاً، أما مجرد الغلط الذاتي أي الإرادة الباطنية فلا يعتد به، حتى لا يفاجئ المتعاقد الآخر بفسخ عقده من دون تقصير أو سوء نية منه، ويستقر التعامل بين الناس، و يمكن أن يستخلص هذا الوصف من ظروف ملابسات التعاقد ، كأن يبين المستأجر أنه كبير السن ويريد شقة غير مرتفعة للإيجار فيبرم العقد على شقة المؤجر وإذ يتبين له بعد رؤيتها أنها في طابق علوي مرتفع يُضر بصحته فيجوز له الفسخ طالما أنه كشف عن إرادته للمؤجر .

كما أنَّ الفقه الإسلامي اشتمل على صور أوسع مما عليه في القانون المدني، حيث اعتد بالغلط الفردي (في خيار الرؤية) وأجاز الفسخ به لأنه من يباشر حق الفسخ بعد الرؤية يفترض أنه وقع في غلط في المعقود عليه ولم يجد على الحالة التي توهمها عند العقد، وهذا الأمر غير موجود في القانون المدني ، فنصت المادة ٥٠٩ من مجلة الأحكام العدلية « لو استأجر عقاراً من من دون أن يراه يكون مخيراً عند رؤيته » .

١ _ لأن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي وإن كانت للمقاصد والمعاني أي للنوايا إلا أنَّ هذه النية لا بد لها من دليل يشير إليها في صيغة العقد، وإلا لم يعتد بها. انظر: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية، ص ٣٥١.

وبالتالي اعتد الفقه الإسلامي بإرادة المخطئ الحقيقية (وهذا معيار ذاتي) واشترط انكشاف هذه الإرادة للمتعاقد الآخر حتى يعلم بالغلط (وهذا معيار موضوعي) وهذا يستنتج من المادة ١٢٢ مصري ١٢٣ سوري التي تبني الصفة الجوهرية للغلط في اعتبار المتعاقدين أو لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية، انظر: د. أحمد رمضان، نظرية الغلط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص ١٠٠/١٤٠.

١ _ انظر: د. أحمد رمضان، المرجع السابق، ص ٨٩.

١ _ وذلك سنداً لقول رسول الله عليه الصلاة والسلام " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، أن شاء أخذه وإن شاء تركه " رواه الدارقطني في سننه ٢٧٧٧، السنن الكبرى للبيهقي ٥/٢٦٨. وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط ٢، بيروت ١٩٨٦، ج ٤، ص ١٩٥، الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق، ج ٤، ص ٢٤، الحصكفي، شرح الدر المختار، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده، القاهرة، ج ٢، ص ٥٢، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص ٣٧٤، د. عيسوي عيسوي، مرجع سابق، ص ٥٥٥، د. محمد كامل مرسي باشا، عقد الإيجار، ص ٣٥.

واستدل فقهاء المسلمين في إبطال العقد للغلط بقول الله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن الله قد تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ، كما أن القواعد الفقهية "الضرر يزال" "ولا ضرر ولا ضرار" ، سنداً لحديث الرسول عليه الصلة والسلام «لا ضرر ولا ضرار» ، وقد بني على هذه القواعد أحكام كبيرة في الفقه الإسلامي.

٢ _ الغلط في القانون الفرنسي

أبرز هذه المدارس هي المدرسة الفرنسية التي تبنت مؤخراً تعديلاً لقانون الالتزامات. حيث جاءت المواد ١١٣٢ في القانون المدني الفرنسي وما يليها مكرسة للغلط. يمكن أن يغطي الغلط حالات مختلفة. على سبيل المثال، كان هناك الكثير من السوابق القضائية المتعلقة ببيع الأعمال الفنية عندما يخطئ البائع في هوية الرسام، معتقداً أنه يبيع لوحة لفنان مشهور وإذ هي لفنان مغمور في سوق الفن . مفهوم الغلط هنا شفاف إلى حد ما. لارتكاب خطأ في القانون -وهو أحد صور الغلط- يمكن أن يتجسد ذلك بالعديد من العناصر في صياغة العقد: القانون الواجب التطبيق، شخص المتعاقد معه، أداء أو فعل المتعاقد معه، أو قيمة المعقود عليه. وقد أشرنا إلى هذه الأنواع أعلاه، كل أنواع الغلط لا تسمح بالحصول على الإبطال إلا بشروط محددة.

^١ _ سورة الأحزاب، الآية ٥.

^١ _ أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٣)، السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٦٠، المعجم الصغير للطبراني ٢٧٠.

^١ _ انظر: د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية، قاعدة ١٠/٩.

^١ _ رواه ابن ماجه ٢٣٤٠، ومالك ١٤٦١، سنن الدارقطني ٤٤٩٤.

¹Jurisprudence Poussin, dans la plaquette

الشرط الاول: يجب أن يكون الغلط حاسماً، أي دافعاً للتعاقد

إذا كان يرغب المدعي في الحصول على البطان، فيجب عليه إثبات أنه لولا الغلط، لم يكن قد أبرم العقد أو أنه سيبرمه في ظل ظروف مختلفة إلى حد كبير عما تمت عليه. المهمة ليست واضحة. ومع ذلك، يمكن التوضيح في هذه المرحلة أن القاضي، من أجل تحديد ما إذا كان الغلط دافع أم لا، سيقوم بإجراء تقييم، وهنا لن يستطيع تقييم موافقة المدعي بالاعتماد على المعيار الموضوعي وهو الرجل المعتاد أو الأب الصالح للعائلة مثلاً، ولكن سيتعين عليه أن يفكر في شخص الطرف الآخر. فبالنسبة لهذا الشخص، هل هذا العنصر أو ذاك حاسم (دافعاً) أم لا؟ فالمادة ١١٣٠ مدني فرنسي نصت على أنه يتم تقدير الطابع الحاسم لهذه العيوب بالأخذ في النظر الأشخاص والظروف التي صدر فيها الرضاء.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الغلط مبرراً، مغتفراً

والغلط المبرر المغتفر هو عكس الغلط غير المغتفر الذي يقع فيه المتعاقد الذي وقع بالغلط. هذا الشرط منصوص عليه في المادة ١١٣٢ من القانون المدني الفرنسي. فالغلط الذي لا يغتفر هو غلط يمكن بسهولة تجنبه من قبل المتعاقدين المشاركين، على سبيل المثال إمكانية الاستفسار من المتعاقد الغالط. هناك قول مأثور حول هذا الموضوع: عدم توخي الحذر غير مبرر . معنا ذلك أن القاضي لا يهتم بشؤون من لا يهتم بشؤونه، أو بشكل أكثر مباشرة، القانون لا يحمي المغفلين. مرة أخرى، يتم تقدير هذا الشرط بشكل ملموس، كما يتضح من السوابق القضائية: المهندس المعماري الذي يشتري الأرض التي يعتقد أنها قابلة للبناء عندما لا يكون الأمر كذلك ولكنه لم يجر أي تحقيق مسبق أو يسأل عن ذلك، فيخطئ خطأ لا يغتفر. سنرى لاحقاً أن الغلط الناجم عن التدليس دائماً ما يكون غير مبرر.

¹⁶⁵ *de non vigilantibus non curat praetor*

ثانياً: التدليس

١- التدليس في القانون المدني

يُعرّف التدليس بأنه: خديعة توقع الشّخص في وهم يدفعه إلى التعاقد ، ونصت على حكم التدليس المادة (١/١٢٥ مدني مصري ١/١٢٦ سوري) حيث ذكرت:

" يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويُعدّ تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "

فإذا اقترن الغلط الذي هو الوهم الدافع على التعاقد بطرق ووسائل احتيالية خداعية من أحد المتعاقدين أو من نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد، كان هذا تدليساً (تغليطاً وتغريباً من المتعاقد الآخر). وحكم هذا التدليس جواز طلب الإبطال من المتعاقد الذي وقع عليه التدليس من دون الطرف الآخر. كما لو أوهم البائع أو المؤجر المتعاقد الآخر بوسائل احتيالية بأنّ العقار محل العقد جيد للسكن وفيه من الصفات ما ترغّب في شرائه أو استئجاره، ويريه بعض المخططات التي تثبت ذلك، ولكنّ الأمر غير صحيح وفيه خداع وتضليل.

واعترفت المادة (٢/١٢٥ مدني مصري، ٢/١٢٦ مدني سوري) أنّ التدليس موجود بمجرد سكوت المتعاقد عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أنّ المدلس عليه (المتعاقد الآخر) ما كان ليبرم العقد لو علم بها. كما لو كتم البائع عيباً في المبيع لو علمه المشتري لما اشترى فهذا يُعدّ تدليساً يجيز الإبطال، والتعويض عن الضرر.

وفي حالة وقوع التدليس من غير المتعاقدين فليس للمدلس عليه إبطال العقد ما لم يثبت أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم بالتدليس أو كان من المفروض أنّ يعلمه (وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٦ مدني مصري، ١٢٧ سوري):

^١ _ انظر: د. السنهوري، الوسيط ج١، بند ١٨١، د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني بند ١١١، د.

مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، ص ٨٨.

" إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس "

كما لو أراد شخص شراء أو استئجار منزل للسكن وجاء الدلال بوسائله الخداعية ليوهم المشتري أو المستأجر بمنافع ومحاسن جذابة في المنزل غير موجودة به، فيستفيد من ذلك البائع أو المؤجر وهو عالم بكذب هذه الخدع، عندها يجوز إبطال العقد، أما إذا مارس الدلال هذه الخدع من دون علم البائع فليس للمشتري الإبطال.

٢ _ التدليس لدى الفقه الإسلامي

يسمى التدليس في الفقه الإسلامي بالتغيير وهو نفس المعنى الوارد أعلاه في القانون، حيث يلجأ أحد المتعاقدين إلى استعمال الحيلة والخديعة مع المتعاقد الآخر ليبرم العقد معتقداً أنه في مصلحته ولكن الواقع خلاف الحقيقة .^٨

ومن صور التغيير في الفقه الإسلامي الكذب وكتمان عيب المبيع وهو عالم به، وتلقي الركبان ، و النجش (الذي هو الخداع والتضليل من الغير) فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تلقوا الركبان، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، لا تناجشوا، ولا يبيع حاضر لباد، ولا تصرؤا الغنم، ومن ابتاعها فهو يخير النظرين بعد أن يحتلبها، أن

^٨ _ يرى الدكتور مصطفى الزرقاء أن لفظ الخلابة (بكسر الخاء) الذي ورد بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام لحبان بن المنقذ عندما كان يغيب في معاملاته مع الناس، فقال: فأرشده الرسول إلى اشتراط الخيار وقال له: «إذا اشتريت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام»، فالخلابة تعني التأثير في النفس وهي أفضل من لفظ التدليس أو الخداع الذي يشعر بممارسة وسائل خداعية، انظر: د. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، ص ٨٨.

^٩ _ انظر: ابن تيمية، الفتاوى مج ٣٠، ص ١٧٠، د عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص ٤٠٧، الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص ٣٩٣، د. أحمد رمضان، نظرية الغلط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي _ ص ٤٦.

^١ _ انظر: ابن حزم، المحلى ج ٨، المسألة ١٤٦٦/١٤٦٨، السيوطي، الأشباه والنظائر ج ٢، ص ٥٥٤، كشف الأسرار، ج ٤، ص ٣٣٥، د. عبد العزيز سمك، من صور المنافسة غير المشروعة في التعامل التجاري في الفقه الإسلامي، ص ١٥٧.

رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاع من تمر" ، وفي حالة التغيرير يكون للمتعاقد الذي وقع عليه التغيرير الفسخ .

ويتبين مما سبق أنَّ معنى التغيرير في الفقه الإسلامي أوسع منه في القانون المدني، فهو يشمل التدليس من الغير، من دون اشتراط ضرورة إثبات علم المتعاقد الآخر به أو أنَّه من المفروض علمه به كما نصَّ على ذلك القانون المدني، لأنَّ التشريع الإسلامي يحارب كل أنواع الغش والكذب والتحايل، وأمر بالصدق والأمانة والإخلاص في المعاملات المالية وغير المالية، فقال صلى الله عليه وسلم: " من غشَّ فليس منا" .

كما أنَّ اعتبار الاجتهاد القضائي أنَّ حالة التدليس غير الدافع على التعاقد، المؤدي إلى قبول المدلس عليه بشروط أبهظ لا يعد احتيالا وإنما هو تدليس مدني يعطي الحق في التعويض لا الإبطال، كأن يزيد شخص في عطاء وهمي في مزيدة علنية بغية دفع شخص آخر بأن يزيد في الثمن المدفوع ، وهذا هو النجش الذي يتضمن الغش والخداع المحرم في الفقه الإسلامي.

^١ _ رواه البخاري ٢١٥٠، صحيح مسلم ١٥١٥.

^١ _ انظر: ابن تيمية، نظرية العقد، ١٤٤، المقدسي، العدة شرح العمدة ج١، ص ٣١٤، د. عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص ٤٠٩، د. أحمد رمضان، المرجع السابق، ص ٥٥.

^١ _ رواه مسلم ١٠٤، الترمذي ١٣١٥.

^١ _ نقض سوري، قرار ١٩٢٠ تاريخ ١٩٦٨/٨/٢٤، مجلة المحامون عدد ١١/١٠ لعام ١٩٦٨ ص ٣١٤،

انظر: د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، ص ١٠٦.

٣ _ موقف التشريع المقارن

عرف التدليس بموجب المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي الجديد بأنه: "التدليس هو حصول أحد المتعاقدين على رضا الآخر باستخدام الطرق الاحتيالية أو الأكاذيب.

ويُعدُّ تدليساً كذلك، إخفاء أحد المتعاقدين عمداً لمعلومة يعرف صفتها الحاسمة بالنسبة للطرف الآخر."

للتدليس صلات بالغلط، لأنَّ الطرف المتعاقد هنا سيتسبب، عن قصد، في حدوث غلط يقع فيه المتعاقد الآخر. يجب الإشارة هنا إلى أنَّ الغلط إذا لم يكن سبباً لإبطال التصرف وتوافق مع وسائل احتيالية قام بها أحد أطراف العقد، يصبح سبباً للإبطال بتوافر عامل التدليس.

وبعبارة أخرى، فإنَّ الغلط الذي لا يغتفر (أي غير المؤثر على التعاقد)، أو الغلط على أساس القيمة (إذا لم تكن القيمة مبينة على صفة جوهرية دافعة للتعاقد)، عندما يكون سبب إبطالها التدليس، فيصبح معه العقد قابلاً للإبطال. على سبيل المثال، عندما يكذب أحد المتعاقدين ولا يكشف عن صاحب اللوحات الفنية المباعة لأنَّ ذلك سيؤثر على قيمتها في العقد.

التدليس يعاقب عليه بالإبطال لكن يمكن للضحية المدلس عليه الاستمرار في الاستفادة من العقد وطلب التعويض.

هناك شروطاً وضعها المشرع الفرنسي لوصف الفعل بالتدليس وهي:

استخدام وسائل احتيالية، وأن تكون هذه الوسائل حاسمة في العقد^١. سوف ندرس هذه العناصر على التوالي.

¹Ph. Malaurie et alii, 8^e éd., n° 508.

• استخدام وسائل احتيالية: في التدليس، من الضروري الإصرار على الطابع المتعمد للسلوك الذي سيدفع الشريك لخداع شريكه في العلاقة العقدية. هناك العديد من الأساليب المعنية بهذا منها: المناورات، الكذب أو الإخفاء المتعمد للمعلومات.

- المناورات: يمكن أن يتعلق الأمر بسيناريو مخادع أو مخالف للحقيقة يوهم به المتعاقد الطرف الآخر (على سبيل المثال، في حالة بيع سيارة، أن يقوم البائع بتغيير بطاقة أو سنة التسجيل). في بعض الأحيان يكون الأمر متطوراً جداً وقد يصل لجرم الاحتيال المعاقب عليه جزائياً. على سبيل المثال، قصة معقدة حيث كان هناك تماثيل مملوكة لزوجين لم يكن لها قيمة في سوق الفن. أفنخوا شخصاً ما بشرائها وتظاهرا بأنهما يستطيعان بيعها بسرعة وبقيمة أكبر عن طريق وضع المشتري على اتصال بمشتريين آخرين. إلا أن هؤلاء المشتريين كانوا متآمرين مع الزوجين ولم يشتروا التماثيل كما هو متوقع.

- الأكاذيب: هنا، ليست هناك حاجة إلى تفسيرات مفصلة. تخيل، على سبيل المثال، بائعاً يتعهد لمشتريه أن الشيء الذي يبيعه حقيقي عندما يعلم أن الأمر ليس كذلك؛ المقترض الذي يكذب عن وضعه المالي لمصرفه ... في بعض الأحيان تكون الأمور أكثر دقة، عندها يمكن للسوابق القضائية أن تتدخل من أجل التمييز بين الأكاذيب والمبالغة، على سبيل المثال ما يحدث في مقابلات العمل أو في مجال الإعلانات ضمن القدر المسموح به من مبالغة.

- الإخفاء المتعمد (نتحدث أيضاً عن التحفظ الاحتيالي): هذا هو السلوك الذي يتكون في إخفاء المعلومات طوعاً التي يتعرف عليها الطرف الآخر في العقد وتكون جوهرية للتعاقد. هناك إذن اختلاف عن الكذب حيث أن المتعاقد هنا يكتفي بسلوك سلبي: أنه لا يغير الحقيقة، لكنه لا يكشف عنها بينما يعرف أنها كانت مهمة وحاسمة بالنسبة للمتعاقد الآخر بحيث لو علم بها عند العقد لما أبرمه أو لأبرمه بشروط مختلفة.

لقد أثير سؤال تقني حول التدليس السلبي عند تبني الإصلاح الفرنسي والتصديق عليه. هل يمكن للسكوت المتعمد أن يرتبط فقط بالمعلومات الواجب تقديمها بموجب المادة

١١١٢-١؟^١ حيث نصت هذه المادة على أنه: " يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعاً أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه.

على العلى الرغم من من ذلك فإن هذا الواجب بالإعلام لا يرد على تقدير قيمة الأداء" في الواقع، كيف يمكن أن يوبخ المتعاقد لعدم الكشف عما لم يكن مطلوباً للكشف عنه؟ تذكر أنه بموجب المادة ١١١٢-١ تكون المعلومات مطلوب الإعلام بها كما ذكرنا سابقا عندما يجهلها الطرف الآخر "بشكل مشروع مبرر" لأنه غير مطلوب منه معرفتها عند العقد، وإنما يتوجب على من يمتلكها أن يقدمها بموجب واجب الإعلام.

هل ينطبق هذا المطلب أيضاً على التدليس أم يمكن لأحد المتعاقدين أن يسأل عن إحجامه المخادع عن تقديم معلومات كان عليه تقديمها ولو كان جهل المتعاقد الآخر غير مبرر؟ اقترح البعض ربط الالتزام بالإعلام والتدليس، لكن لم يحدث ذلك. من ناحية أخرى، في وقت التصديق على مرسوم تعديل قانون العقود الفرنسي، تم إجراء تعديل كان متوقعا: تنص الفقرة ٣ من المادة ١١٣٧ الآن على ما يلي: "لا يشكل تدليسا عدم قيام أحد الطرفين بالكشف عن تقديره لقيمة الخدمة للطرف المتعاقد معه". هذا يعني أنه يوجد على الأقل تماسك جزئي بين ١١٣٧ و ١١١٢-١: لا يوجد التزام بالإعلام عن القيمة / لا يوجد تكتم احتيالي في هذه النقطة.

• المعيار الحاسم: كما هو الحال في كل عيوب الرضا، يجب أن يكون التدليس عاملا حاسماً في موافقة الطرف الآخر بالعقد. بمعنى آخر، بدون احتيال وتدليس لم يكن ليعتقد الطرف الآخر أو كان تعاقد بشروط مختلفة إلى حد كبير. هذا هو الفرق بين التدليس الرئيسي والتدليس العارض.

بالتدليس الرئيسي^٦: المدلس عليه لم يكن ليعتقد^١ أي التدليس دافع للتعاقد هنا.

¹⁵⁶ B. Fages, *Droit des obligations*, 6^e éd., n° 115.

¹⁷⁶ Contra Ph. Malaurie et alii, 8^e éd., n° 512.

اما التدليس العارض: المدلس عليه كان سيتعاقد ولكن بشروط مختلفة. كلاهما يبرران إبطال التصرف. على سبيل المثال، في التدليس العارض: في سياق بيع أسهم الشركة، فإنّ الحسابات المرسلة إلى المشتري ليست صحيحة، مما يؤثر على سعر البيع (هنا قد يكون من المفيد أنّ يتم تعويض المدلس عليه عن الأضرار بدلا من إبطال العقد، خاصة إذا كانت ترغب في الاحتفاظ بملكية الأسهم).

يُشار إلى أنّ المادة ١١٣٩ مدني فرنسي أشارت إلى أنّ الغلط الذي ينجم عن التدليس يجيز الإبطال سواء أوقع على مجرد القيمة أم مجرد دافع للتعاقد. أي سواء أكان تدليسا رئيسيا أم عارضا.

ثالثاً: الإكراه

في إطار بحث الإكراه كعيب في الإرادة سنتولى تعريفه أولاً قبل بيان أنواعه من حيث تأثيره على إرادة المتعاقد، والشروط الذي يجب أن تتوافر في الإكراه.

نصت المادة ١٢٨ من القانون المدني " ١ . يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه من دون حق، وكانت قائمة على أساس. ٢ . 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. ٣ . ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه ".^٧

أ _ تعريف الإكراه

يعرف الإكراه كعيب في الإرادة يُجيزُ فسخُ العقد بأنه: ضغط وإجبار وتهديد بغير حق تتأثر به إرادة الإنسان، وتحمله على قول أو فعل أو ترك، ما لا يرضاه .^٧

ب _ عناصر الإكراه:

هذا التعريف يبين أن للإكراه عناصر يتكون منها يمكن أن يتحقق الإكراه بوجود أحدها: الإكراه الحسي: وهو استخدام وسائل مادية في الإكراه تقع على جسم المكره أو جسم شخص عزيز عليه من ضرب أو إيذاء أو على مال المكره أو مال شخص عزيز عليه. الإكراه المعنوي أو النفسي: وهو تهديد نفس المكره بإلحاق الأذى والضرر الجسيم في جسمه أو عرضه أو ماله المكره أو شخص عزيز عليه .^٨

^١ _ راجع في بحث الإكراه: البخاري، كشف الأسرار ج ٤، ص ٥٣٨، د. عبد العزيز سمك، الإكراه وأثره في الفقه الجنائي الإسلامي، مجلة اتحاد الجامعات العربية، عدد ١٨/١٧، كلية الحقوق/جامعة القاهرة، عام ٢٠٠٣، ص ١٣ وما بعدها، د. عيسوي عيسوي، الفقه الإسلامي/المدخل ونظرية العقد، ص ٥٣٣، د مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ج ٢، ص ٦٥٩ ولذات المؤلف، شرح القانون المدني السوري، ص ٩٧، د أحمد رمضان، نظرية الغلط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص ٤٠.

والإكراه سواء أكان حسيّاً أو معنويّاً هو ضغط تتعرض له إرادة المتعاقد فتدفعه إلى التعاقد، مما يجعل هذا الرضا معيباً فاسداً يجيز إبطال العقد ممن وقع عليه الإكراه.

ج _ أنواع الإكراه

أيضاً من خلال تعريف الإكراه يتبين لنا أنّ الإكراه بشكل عام في القانون يقسم من حيث جسامته وتأثيره على الإرادة إلى نوعين، فهو إما أنّ يكون إكراهاً معدماً للإرادة وإما أنّ يكون إكراهاً معيباً لها.

١ _ إكراه مادي يعدم الإرادة ويبطل العقد: وهو ما يقع بقوة مادية استحالة على المتعاقد أنّ يقاومها، كمن يأخذ بيد المتعاقد ويجبره على وضع بصمته، فهذا إعدام لإرادة المتعاقد وسلب لها يؤدي إلى بطلان العقد لأنه يفقد الإرادة من الاختيار أي من الإرادة الظاهرة، فيصبح المكره كالألة المادية بيد المكره .

٢ _ إكراه معنوي يجيز الإبطال: وهو تهديد يقع من شخص على آخر (المُكره) فيحدث في نفسه رهبة وخوفاً تتأثر به إرادة الشخص المُكره فتدفعه إلى التعاقد ولولا تأثير هذه الرهبة لم يكن المتعاقد ليقدم على التعاقد، فالإكراه المعنوي هو المراد به هنا كعيب في الإرادة يجيز الإبطال والمطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ، لأنه يفسد رضا المتعاقد أي إرادته الباطنة من دون اختياره أي إرادته الظاهرة التي تتولى عبارة الإيجاب والقبول، فالإكراه هنا ،على عكس الإكراه المادي، لا يعدم الاختيار أي قصد التلطف بعبارات الإيجاب والقبول، إلا أنّ هذا التعبير يأتي فاسداً معيباً. ومثال ذلك قيام شخص بإشهار مسدسه على آخر ويهدده بالقتل إذا لم يوقع على عقد بيع عقاره.

_ ويتفق الفقه الإسلامي مع هذا التقسيم، ويضيف بتقسيم الإكراه إلى نوعين:

١ _ د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج١، بند ١٩٣.

١ _ انظر: البخاري، كشف الأسرار، ج٤، ص ٥٥٣.

١ _ نقض سوري، قرار رقم ١٧١٤، أساس ١١٧٧، تاريخ ١٢/٣٠/١٩٨٧، مجلة المحامون لعام ١٩٧٩، ص

١٣٣، منشور على موقع قانون سوري، تاريخ الرجوع ١٢/٣/٢٠٢١.

إكراه ملجئ: وهو ما يكون بالتهديد بقتل نفس أو إتلاف عضو أو إتلاف مال أو الضرب المبرح، فلا يترك للمكروه أي اختيار ويدفعه إلى مباشرة التصرف المطلوب.

وإكراه غير ملجئ: وهو التهديد بما يشق على المكروه أن يتحمله، أي تهديد بإضرار أقل جسامته من الإكراه الملجئ، كالتهديد بإلحاق الضرر بالوالدين أو الأولاد من ضرب بسيط لا يؤدي إلى إتلاف عضو أو إزهاق نفس أو عاهة، وهذا يختلف باختلاف حال الناس وأوضاعهم، وهذه مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع .^١

والحكم الشرعي للإكراه: أنه بقسميه الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ يعدم الرضا عند جمهور الفقهاء ، بحسبان أن الملجئ يفسد الاختيار أيضاً، أما غير الملجئ لا يفسده عند الحنفية فيبطل العقد بالإكراه الملجئ ويفسد في الإكراه غير الملجئ، فالحنفية يرون الإكراه عيباً في الإرادة يفسد العقد فلا ينفذ ولا تترتب آثاره إلا بإجازة المكروه، وإلا يتم فسخه .^٢

^١ _ انظر: الزيلعي، تبين الحقائق وحاشية الشلبي، ٥/١٨١، البخاري، كشف الأسرار، ج ٤، ص الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية، ص ٣٤٥، د. أحمد رمضان، نظرية الغلط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص ٤١.

^٢ _ انظر: ابن القيم، أعلام الموقعين، ج ٣، ص ١١٨/١١٦.

^٣ _ إلى أن الحنفية ميزوا في تصرفات المكروه بين المتعلقة بحق الله فتكون صحيحة قياساً على عقد الهازل، وبين التصرفات المتعلقة بحق العباد التي يفسد العقد فيها بالإكراه، وناقش د. عبد العزيز سمك هذا القياس وقال بعدم صحة قياس المكروه على الهازل مع وجود نص يرفع الإكراه عن الأمة المذكور أعلاه، فالمكروه معذور بما وقع في نفسه من ضغط وهرية أما الهازل فهو يلعب بالكلام يتلفظ بالكلام بخلاف حقيقته، وانظر: أعلام الموقعين ج ٣، ص ١١٨، البخاري، كشف الأسرار، ج ٤، ص ٥٤٨. وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية المصري (والسوري المادة ٨٩) برأي الجمهور فلم يوقع طلاق المكروه والسكران، انظر: د. عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص ٢٠٤/٢٠٨، د عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ٢، ص ٣٩.

فالإكراه على العقد يقع فاسداً على قول وهو رأي الشافعية والحنابلة، وموقوفاً على قول آخر وهو ما يتفق مع رأي الحنفية لأنَّ الفساد عند الحنفية ينقلب صحيحاً بالإجازة، بخلاف رأي الجمهور، فالفساد لا يرتفع بالإجازة فالفساد والباطل شيئاً واحداً .
ودليل بطلان التصرف مع الإكراه حديث رسول الله عليه الصلاة والسلام " أَنْ اللَّهَ قَدْ تَجَاوَزَ لِي عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ " .^٥

د _ شروط الإكراه

اشتراط القانون المدني في الإكراه الذي يجيز الإبطال عدة شروط نذكرها باختصار:

- (١) أن يكون هناك تهديد بخطر جسيم بقتل أو ضرب مبرح، أو اتلاف مال، قل ذلك أم كثر .^٦
- (٢) وأن يكون الخطر المهدد به محدقاً أي وشيك الوقوع، وليس على التراخي والتأجيل بحيث يمكن للمكروه أن يحتاط لنفسه خلال هذه المدة ويدفع الإكراه، والأمر بكل حال متعلق بإحداث الرهبة في نفس المكروه.
- (٣) وأن يكون الخطر محدقاً بنفس أو جسم أو مال أو شرف المكروه أو شخص آخر عزيز عليه، وهذه هي الضرورات التي أتت القواعد الشرعية والقانونية لحمايتها.
- (٤) وأن يكون من شأن هذه التهديد أن يحدث رهبة بالنفس (وبالطبع الرهبة هنا معيار شخصي يختلف من شخص لآخر)^٧ تدفع إلى التعاقد. فالقانون السوري والمصري أخذاً

^١ _ وذلك ما عدا عقد النكاح فيجتمعون على أنَّ الإكراه يفسده، " لأنه أنَّ صح كان نكاح مع خيار، ولا يصح نكاح مع خيار قولاً واحداً "، انظر: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية _ ص ٣٤١.

^٢ _ أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٣)، السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٦٠، المعجم الصغير للطبراني ٢٧٠.

^٣ _ أورد ابن حزم، للدلالة على أنَّ الإكراه قليله أم كثيره يبطل التصرف، قولاً عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ يَقُولُ: مَا مِنْ ذِي سُلْطَانٍ يُرِيدُ أَنْ يَكْلِفَنِي كَلَامًا يَذَرُّ عَنِّي سَوْطًا أَوْ سَوْطَيْنِ إِلَّا كُنْتُ مُتَكَلِّمًا بِهِ، وَلَا يُعْرِفُ لَهُ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مُخَالَفٌ. انظر: المحلى، ٨/٣٣٢.

^٤ _ مزج القانون المدني الفرنسي القديم (والمصري) بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي للإكراه في المادة ١١١٢، وذلك الخط راجع كما ذكر بونتييه أنَّ القانون الروماني كان يتخذ من معيار الإكراه الجسيم معيار الرجل الشجاع، وانتقد بونتييه هذا المعيار وقال أنَّ قواعد الإكراه في القانون الروماني عادلة تتفق مع القانون الطبيعي إلا

بالمعيار الشخصي في تقدير الرهبة في نفس المكره، فاعتدا في تقدير الرهبة وجسامتها جنس المكره، وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وأي ظروف أخرى من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه. فما يرهب الصغير غير ما يرهب الكبير وما يرهب الرجل غير ما يرهب المرأة، وما يرهب المريض غير ما يرهب الصحيح المعافى، كما أن الإكراه ليلاً أو أثناء الحرب مثلاً يختلف عن الإكراه في النهار أو حالة السلم.

(٥) أن يغلب الظن للمكره أن المكره سوف ينفذ تهديده، حتى ولو لم يأتي بأي فعل تنفيذي من العذاب، فغلبه الظن يعد حجة يعمل به . فالمشرع استخدم في المادة ١٢٨ بأن تكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها _ المكره _ أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده، والمقصود بالتصور هنا كما نعتقد غلبة الظن.

(٦) ألا يكون باستطاعة المكره أن يدفع الخطر المحدق وتخليص نفسه بأي وسيلة؛ كأن تكون المقاومة سهلة عليه أو يستطيع الهرب، فإذا كان بإمكانه الهرب أو تخليص نفسه من الاكراه فلا يعد ذلك إكراهاً.

هذا المعيار الشديد الجامد والقاس، وبالتالي ذهب إلى ضرورة أن يؤخذ بالنظر سن المكره وجنسه وحالته حتى تتفق مع القانون الطبيعي، فعندما وضع القانون المدني الفرنسي أبدلوا معيار الرجل الشجاع الموضوعي بمعيار الرجل المعتاد، وأضافوا عليه ما ذكره بوتييه من المعيار الشخصي ظناً منهم أن بوتييه كان يريد إبدال معيار موضوعي بآخر في حين كان يريد إبداله بمعيار ذاتي ، انظر : د. السنهوري _ الوسيط ج ١ _ بند ١٩٠، وراجع نص المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي التالي نصها:

Article 1112 Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.

^١ _ هذا حسب رأي الجمهور خلافاً لما ذهب إليه المذهب الحنبلي وبعض المالكية من اشتراط أن يلحق بالمكره شيء من العذاب من ضرب وإيذاء، انظر: المغني، ١٠/٣٥٢.

٧) وأن يقع الإكراه لغرض غير مشروع، أما إذا كان لشخص مال مع آخر وهدده وأكره على إبرام عقد إيجار معه ليسترد دينه فلا يُعدُّ هذا إكراه يجيز معيلاً للإرادة^{١٨} وهو ما يتفق مع رأي الفقه الإسلامي^{١٩}.

هـ _ الإكراه من غير المتعاقدين

نصت المادة ١٢٩ مدني سوري تقابلها المادة ١٢٨ 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." وفي الحالة التي يصدر فيها الإكراه من غير المتعاقدين لا يعد عيباً يجيز إبطال العقد إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم به أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به . في حين أن الإكراه في الفقه الإسلامي له أثر على العقد بذاته فيعتد به ولو صدر من غير المتعاقدين، ولو لم يعلم به المتعاقد الآخر .^٣

و _ الإكراه في حالة تهيب الفرصة

أما في الإكراه الناشئ عن حالة الضرورة أو تهيب الظروف، كأن يستفيد المتعاقد من ظرف أو حالة ضرورة تهيبت له، فيحمل من وقع في هذه الحالة على التعاقد معه، كمن كان في حال غرق أو حريق أو تهديد بالقتل وعرض عليه شخص أن ينقذه من هذه

^١ _ انظر: د السنهاوري، الوسيط ج ١، بند ١٨٧ وما بعده، د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، بند ١٢٠ وما بعده، د. عبد العزيز سمك، الإكراه وأثاره في الفقه الجنائي الإسلامي، ص ٣٤، وراجع: نقص مصري، طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/٢.

^١ _ انظر: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية، ص ٣٤٤.

^١ _ انظر: د / مصطفى الزرقاء _ شرح القانون المدني السوري _ ص ١٠١.

^١ _ انظر: الوسيط ج ١، بند ٢٠١، ويرى الدكتور محمد وحيد الدين سوار أن كان بإمكان أحكام الاستغلال أن تبطل العقد لو تضمنت حالة الحاجة ولم تقتصر على الطيش البين والهوى الجامح فقط، انظر: د سوار، شرح القانون المدني، ج ١، بند ١٢٧.

^١ _ انظر: د. أحمد رمضان، نظرية الغلط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص ٤٣.

الحالة مقابل إبرام معه عقد بيع أو إيجار أو غير ذلك من التصرفات القانونية ، فمشروع القانون المدني المصري في المادة ١٧٨ كان يجيز إبطال العقد إذا استغل المتعاقد هذه الحالة وأفرط في الاغتنام ، وأغفل هذا النص في القانون اعتماداً على القواعد العامة وأحكام الاستغلال ، ولم يذكر القانون الفرنسي هذه الحالة من حالات الإبطال، آخذاً بأصله في القانون الروماني ، حيث كان يُعدُّ الإكراه في القانون الروماني عمل غير مشروع وبالتالي تقام الدعوى ضد من باشر هذا الإكراه أما في حالة الضرورة فلا يوجد من ترفع الدعوى ضده ، نظراً لما كان يحتويه القانون الروماني من الشكليات ، ويقول الدكتور السنهوري أنّه كان يجب على القانون الفرنسي أن يجيز الإبطال لأنَّ الإكراه أصبح عيباً في الإرادة وليس عمل غير مشروع .

ويبدو أنَّ النص الفرنسي وفق تعديل عام ٢٠١٨ الجديد شمل هذه الحالة بالمادة ١١٤٣ التي نصت على أنّه " يتوافر الإكراه أيضاً عندما يحصل أحد الأطراف نتيجة استغلال حالة التبعية (الاعتماد) التي يوجد فيها المتعاقد معه، على تعهد من الأخير ما كان ليرضى به في حال غياب مثل هذا الضغط، ويحصل من ذلك على منفعة زائدة بصورة واضحة".

ز _ في التشريع المقارن والحديث

في السوابق القضائية، الإكراه نادر جداً. ولكن لأنه يغطي سلوك خطر. فقد جاء بموجب المادة ١١٤٠ من القانون المدني الفرنسي الجديد أنّه "هناك إكراه في كل مرة يتعاقد أحد الأطراف تحت تأثير ضغط يولد له الخوف من تعرض شخصه أو ماله أو لشخص أو مال أحد أقاربه لضرر جسيم " .

¹⁹Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 9^e éd., Defrénois 2017, p. 50.

وأيضاً محمد قاسم، الموجد السابق ، ص ٥٥ .

والإكراه يمكن أن يكون إكراها جسدياً على نفس المتعاقد أو على أسرته أو على ممتلكاته: كالضرب والعزل. ويمكن أن يكون إكراها معنوياً: كالتهديد أو الابتزاز (على سبيل المثال، الكشف عن صور حساسة وبيانات شخصية، إذا لم نقم بالتعاقد). من الواضح أن الإجراء الذي يُبطل العقد يمكن، في هذه الحالات، أن يقترب بفعل جنائي إذا توافرت شروطه.

والإكراه هو سبب للإبطال سواء مارسه أحد أطراف العقد أو طرف ثالث (في حالة التدليس يجب أن يعزى السلوك إلى الطرف الآخر) وهذا ما نصت عليه المادة ١١٤٢ قانون مدني فرنسي جديد.

ينص القانون في المادة ١١٤١ على أن "التهديد بالإجراءات القانونية لا يشكل إكراها من حيث المبدأ". وبعبارة أخرى، لا ينبغي اعتبار التهديد بالمقاضاة إكراها. ولكن هي مسألة تكييف إذ يمكن أن يتحول ذلك إلى إكراه على الفور عندما يتم تحويل الطريقة القانونية عن هدفها أو عندما يتم الاحتجاج بها أو ممارستها للحصول على مصلحة مفرطة بصورة واضحة (م ١١٤١ فرنسي جديد).

لذلك نحن هنا في فرضية استخدام العدالة: إذا هدد شخص ما باتخاذ إجراء قانوني، كتقديم شكوى على سبيل المثال للتهديد الوهمي لإجبار شخص على إبرام عقد، فإن الإكراه يكون قائماً في هذه الحالة.

على سبيل المثال: إحدى الشركات التابعة لشركة Bouygues تقدم العديد من تصاريح البناء. تصاريح البناء هذه موضوع دعوى قضائية للإلغاء. هذه العلاجات لا تحل محل Bouygues لأنه سيؤدي إلى إبطاء المشروع. توافق شركة Bouygues على توقيع صفقة تنص على أنه مقابل دفع ٥٠٠٠٠٠ يورو، سيتم التخلي عن الطعون. أخيراً، في وقت لاحق، طلب Bouygues إلغاء هذه المعاملة، استناداً إلى الإكراه. يبدو أن

الطعون لم تكن على الإطلاق قائمة على أسس سليمة وكان القصد منها هو فقط تهديد Bouygues للحصول على المال. هذا هو موقف محكمة النقض .

إلى جانب الإكراه، هناك تحديث مهم يجب الإشارة إليه في نهاية إصلاح عام ٢٠١٦ وهي الاعتراف بإساءة استخدام حالة التبعية كشكل من أشكال الإكراه وبالتالي عيوب الرضا. وقد أقرت بعض الأحكام بهذا بالفعل، ولكن هذا النوع من الإكراه مدرج الآن في القانون المدني، في المادة ١١٤٣ .

تنص هذه المادة على ما يلي: "هناك أيضًا إكراه عندما يحصل طرف في العقد، باستغلال حالة التبعية التي يوجد فيها المتعاقد معه، على تعهد من الأخير ما كان ليرضى به في غياب حالة مثل هذا الضغط. ويحصل الطرف الأول المتعسف نتيجة الضغط على منفعة زائدة بصورة واضحة ."

كما ترون، يعتمد هذا النوع الجديد من الإكراه على ظروف محددة إلى حد ما.

• "حالة التبعية": المصطلح واسع نوعا ما هنا ويغطي حالات مختلفة، مثل التبعية الاقتصادية (على سبيل المثال، حكم عام ٢٠٠٠ بين المؤمن له ومؤمنه بعد وقوع كارثة)؛ التبعية القانونية، التبعية النفسية، التبعية الجسدية ...

• "المتعاقد معه": فإن المادة ١١٤٣ تم تنقيحها بصورة كبيرة عند التصديق. لقد تضمنت، في الإصدار الناتج عن التعديل بأن هناك إكراها "عندما يقوم أحد الأطراف، بإساءة استخدام حالة التبعية التي يجد فيها المتعاقد معه نفسه، بحصوله على تعهد لا يمكنه الحصول عليه. في غياب مثل هذا القيد ويتحصل على مصلحة مفرطة بصورة واضحة

¹⁹⁵Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, *Bull. ch. Mixte*; D. 2017. Chron. 793, note B. Fauvarque-Cosson; *AJ contrat* 2017. 175, obs. D. Houtcieff; *JCP* 2017. 305.

¹⁹⁶Com. 11 janv. 2017, n° 15-18.613, NP, *AJ contrat* 2017. 141, obs. R. Arakelian.

¹⁹⁷B. Fauvarque-Cosson, « Les nouvelles règles du code civil relatives à l'interprétation des contrats: perspectives comparatiste et internationales », *RDC* 2017. 363.

" . تقرأ الآن: "هناك أيضًا إكراه عندما يحصل طرف، باستغلال حالة التبعية التي يوجد فيها شريكه في التعاقد، على تعهد منه ما كان ليتحصل عليه في غياب حالة التبعية. ويتحصل الطرف الاول المتعسف نتيجة التعهد على مصلحة مفرطة بصورة واضحة". هذا التغيير مهم لأن الإصدار الأول قد يتعلق بالفعل بـ "الضعف الجوهري": الشخص المريض والمعوق ...، ومن الآن فصاعدًا، يتم تقييم التبعية تجاه المتعاقد الآخر). خشي أعضاء مجلس الشيوخ، على وجه الخصوص، من أن العقود الموقعة من كبار السن أو المرضى سيتم تعييبها بسهولة بالغة (ما لم يحدد نص القانون أن يكون وجود عنصر التبعية بمرتبط بالطرف الذي يتعسف في استخدامه). "المصلحة المفرطة بوضوح": لن يتم إلغاء أي عقد في حالة التبعية. لأنه من الضروري أن يكون هناك تعسف في استخدام عامل التبعية وأن يستفيد الطرف المتعاقد منه في الحصول على مصلحة مفرطة بصورة واضحة. المصطلح "بصورة واضحة" هنا هو المعيار، والذي سيتيح للقاضي أن يقدر متى يمكن معاقبة الفائض.

رابعاً: الغبن الاستغلالي

لم يذكر القانون المدني الغبن كعيب من عيوب الرضا يوجب إبطال العقد، وإنما ذكر حالة الاستغلال فمجرد الغبن في العقد وفق القانون المدني (المصري والسوري) لا يوجب إبطال العقد إلا إذا اقترن باستغلال طيش بئى أو هوى جامع للمتعاقد الآخر، بخلاف الغبن الفاحش في بيع عقار القاصر الذي يوجب تكملة الثمن، "القانون ليس من شأنه إقامة توازن اقتصادي بين المتعاقدين، لأنه فيما فطر عليه الناس من حماية مصالحهم والحرص على منافعهم ما يكفي لإقامة هذا التوازن بصورة أتم مما لو أراد القانون أن يتدخل لإقامته، فمهمة القانون هي الحرص على إقامة توازن قانوني بين المتعاقدين بأن يكون كل منهما كامل الأهلية سليم الإرادة" ونبين ما يلي:^٨

١ _ موقف القانوني المدني

_ الغبن هو عدم التعادل في قيمة التزامات المتعاقدين، وهو على نوعين:
غبن يسير وهو ما يدخل في تقويم المقومين (أهل الخبرة) وغبن فاحش هو ما عدا اليسير. فمثال الغبن الفاحش؛ كما لو أستأجر شخص شقة ب ١٠٠ ألف وكان أجر مثلاً ب ٨٠ ألف. أما إذا قيمها بعض أهل الخبرة ب ١٠٠ وآخرون ب ٩٥٠ كان الغبن يسيراً. وهناك من ذهب إلى قول ألا يزيد الغبن عن خمس الثمن حتى يكون يسيراً .
وقد يكون الغبن مصحوباً بالتغريب كما في حالة الخداع الواقع من قبل الدلال في عقد البيع أو الإيجار مثلاً.

_ أما الغبن الاستغلالي فقد أورده القانون المدني كعيب من عيوب الإرادة يوجب الفسخ (١٢٩ مدني مصري، ١٣٠سوري) حيث نصت: " ١ _ إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر، وتبين أن المتعاقدين المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقدين

^٨ _ انظر: د. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، ص ١٠٦.

^١ _ انظر: على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٥٦.

الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

- ١ _ ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.
- ٢ _ ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن “.

فيعرف الغبن الاستغلالي: بأنه الحالة التي يرى فيها أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً في أمر من الأمور، فيحجب هذا الطيش أو الهوى ملكة التبيين والتبصر ، ويستغل المتعاقد الآخر هذه الحالة ليستجره إلى عقد يغبنه فيه، بحيث لا تتوازن التزامات الطرف المغبون مع ما حصل عليه نتيجة العقد، فلولاً هذا الاستغلال لما أقدم الطرف المغبون على إبرام العقد.

من خلال هذا التعريف ترى أنه لا بد أن يتوافر الاستغلال والغبن معاً، حتى يُعد عيباً يجيز إبطال العقد أو ينقص التزامات المتعاقد المغبون، هذا بخلاف الأمر في عيوب الرضا الأخرى التي تعطي الحق بالإبطال (ما عدا التدليس والإكراه التي تعطي الحق بطلب التعويض أيضاً)، ولكن يمكن للمتعاقد المستغل الغابن أن يتوفى الإبطال إذا عرض للقاضي ما يراه كافياً لرفع الغبن وإعادة التوازن للعلاقة العقدية.

٢ _ موقف الفقه الإسلامي

^٢ _ وكان مشروع القانون المدني المصري (م١٧٩) لا تقتصر على الطيش والهوى ، بل تضيف إليه الحاجة ، وعدم الخبرة، وضعف الإدراك ، وهذا ما أخذ به القانون العراقي المادة ١٢٥، ويشير الدكتور سوار أن رأي شراح القانون المدني السوري ينتقدون المشرع في عدم شمول النص هذه الحالات، لأنها أكثر حدوثاً في الحياة العملية من الطيش أو الهوى، و يهيب هذا الرأي بالقضاء أن يتوسع في تفسير النص، وهذا ما فعلته محكمة النقض السورية فطبقت حكم الاستغلال في قضية انطوت على عدم الخبرة، حيث اشترى طبيب عقاراً قيمته ١٥ ألف بـ ٧٢ ألف، (قرار ٣١ تاريخ ١٩٦٧/٥/٤، مجلة القانون عدد آذار لعام ١٩٦٧ ص ٢٠٨) انظر : د / سوار _ شرح القانون المدني _ بند ١٤١.

وفي الفقه الإسلامي، حسب رأي الحنفية فإنَّ الغبن الفاحش (دون اليسير) يوجب الفسخ إذا اقترن بالتغريب وبدون تغريب إذا وقع على مال اليتيم أو مال الوقف أو بيت المال، وهذا ما نصت عليه المادتان ٤٥٦/٤٥٧ من مجلة الأحكام العدلية ، وهناك قول آخر للحنفية بأنَّ الغبن الفاحش مع التغريب يوجب الفسخ عموماً، وبهذا أفتى الكثير من الفقهاء .

واعتبر ابن حزم والحنابلة أنَّ الغبن عموماً هو غش وُغرر يوجب خيار الفسخ إلا إذا تراض المتعاقدان، ويروي ابن حزم تأييد هذا الرأي عند عمر بن الخطاب وابنه والعباس وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم، واشترط المالكية الغبن الفاحش البين . ولما كَانَ الغبن في بيع تلقي الركبان عند الظاهرية والشافعية والحنابلة يوجب خيار الفسخ، كما أنَّ بيع النجش يوجب خيار الفسخ عند بعض الفقهاء للغبن والتدليس ، بناء عليه نستدل أنَّ الغبن عامة والتغريب أسباب لإبطال العقد في الفقه الإسلامي، كما ذكر ابن حزم رحمه الله وغيره من الفقهاء وبالتالي يكون الغبن في الفقه الإسلامي يسلب لزوم العقد مما يجعله أوسع مما هو عليه في القانون الذي يقصره حالات استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح.

^٢ _ انظر: د. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، ص ١٠٥/١٠٧.

^٢ _ وفي رواية ثالثة عند الحنفية أنَّ الغبن مطلقاً ولم يقترن بالتغريب يجيز الفسخ، ورواية رابعة بعدم أثر الغبن على العقود سواء ناتجاً عن تغريب أم لا، لأنه راجع لتقصير العاقد في التبصر وسؤال العالمين، انظر: على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٥٨.

^٢ _ انظر: المحلى ج٨، المسألة ١٤٦٢/١٤٦٣.

^٢ _ انظر: على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٥٨.

^٢ _ انظر: مجمع البيان الحديث، سميج الزين، العقود، ص ٣٧٠، د. أحمد رمضان، نظرية الغلط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص ٢٤٠/٦١.

^٢ _ انظر: المحلى ج٨، المسألة ١٤٦٦/١٤٦٨، السيوطي، الأشباه وال نظائر ج٢، ص ٥٥٤، كشف الأسرار، ج٤، ص ٣٣٥، د/ عبد العزيز سمك، من صور المنافسة غير المشروعة في التعامل التجاري في الفقه الإسلامي، مجلة اتحاد الجامعات، كلية الحقوق/جامعة القاهرة _ عدد ١٦/١٥٥٢ عام ٢٠٠٢، ص ١٥٧.

وباعتقادنا أنَّ الثَّابت في أصول الشريعة والأحاديث السابق ذكرها عن الرسول عليه الصلاة والسلام، النهي عن الغبن والغرر والغش والخداع، وذلك بنصوص صريحة لا يجوز الحيد أو الميل عنها، ولكن وباعتبار أنَّ هذه النصوص لم تحدد معيار ودرجة الغبن والغش والخداع التي تؤثر في العقد، وهذا من رحمة الشريعة لأنَّ هذه الدرجة تختلف من عقد لآخر ومن مال لآخر ومن عرف لآخر، فإننا نميل إلى رأي الفقهاء ومنهم المالكية، القائل بجواز فسخ العقد بالغبن الفاحش سواء أكان بتغيير أم بدون تغيير، وهذا رأي وسط يراعي إرادة الطرف المغبون ويراعي مطلب استقرار المعاملات ، ويجري تحديد معيار الغبن الفاحش وفق العرف والخبرة وهي من المسائل الموضوعية التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع وفق أسس واقعية معللة.

٣ _ موقف التشريع المقارن من الغبن (الاختلال الاقتصادي لبديلي العقد)

هل الغبن المجرد سبباً لإبطال العقد؟ لم يأخذ المشرع العربي في سورية ومصر أو المشرع الفرنسي بالغبن سبباً كافياً لوحده لإبطال العقد، باعتبار أنَّ القانون المدني كما ذهب البعض لا يهتم بالتعادل الاقتصادي بين الطرفين المتعاقدين ، إنما يهتم بسلامة الإرادة من عيوب الرضا، ولأن الغبن اليسير جرى العرف في التعامل الاقتصادي على التساهل به ، فالمعاملات المالية تقوم إلى حد ما على المهارات التجارية، والجهد في عرض وتسويق السلع، مما يمكن معه التساهل بالغبن اليسير الذي يحمل على بعض الربح في الثمن، من دون الغبن الفاحش الذي يحمل على فكرة الاستغلال وبالتالي تعيب إرادة المتعاقد معه، حيث تتوافق فكرة الاعتراف بالغبن سبباً للإبطال مع سيادة المذهب الفردي وانتشار مبدأ سلطان الإرادة. فالغاية هي حماية الشَّخص في إرادته، وليس تحقيق التعادل الاقتصادي المادي بين الطرفين، وإن كان الأخير مطلوباً.

وطبعاً الغبن المقصود هنا هو:

الغبن الذي يقع في العقود المحددة القيمة، وليس في العقود الاحتمالية أو عقود التبرع التي تقوم على فكرة الغبن بمعنى عدم التعادل الاقتصادي بين الطرفين.

كما يعتد بالغبن بمعنى عدم التعادل الاقتصادي في تاريخ إبرام العقد، حتى لو تغيرت قيمة محل العقد فيما بعد.

فيعرف أنه عدم التوازن بين الالتزامات المتقابلة، فمن الضروري وضع المبدأ التالي، العقد غير المتوازن في التزاماته المتقابلة لا يكون معدوماً. تنعكس هذه الفكرة في قانون العقود لعام ٢٠١٦. وفقاً للمادة ١١٦٨ من القانون المدني الفرنسي، " في العقود الملزمة للجانبين لا يكون عدم تعادل الالتزامات المتقابلة سبباً لإبطال العقد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ". لكن يجب الانتباه، هذا الحكم يكون عندنا نتعامل مع عقود ملزمة للجانبين، وليست عقود ملزمة لجانب واحد، التي يكون فيها الالتزام على عاتق طرف واحد من دون أن يقابله أي التزام من الطرف الآخر مثل عقود التبرع.

ما نستخلصه هنا هو أن القيمة العقدية لا يجب أن تكون متوازنة تماماً بين طرفي العقد. فلا يعد العقد الملزم للجانبين ميزاناً تكون فيه كلتا دفتاه في نفس المستوى تماماً. من الممكن من الناحية الاقتصادية أن يستفيد أحد الطرفين من عقد أكثر من الطرف الآخر. مرة أخرى، للتأكيد على ما سبق ذكره مرة أخرى، لا يُمنع عقد صفقة جيدة. لكن عندما يكون الخلل مفرطاً، أو يدخل في أنواع معينة من العقود، يمكن للقانون التدخل. وفقاً لطرائق عدة سوف ندرس.

4_ جزاء الغبن

رأينا أعلاه في القانون المدني السوري أن الغبن المجرد ليس سبباً لإبطال العقد مالم يقترن بالطيش البين أو الهوى الجامح. وتعد دراسة الغبن مسألة تتعلق بقانون العقود الخاص أكثر من كونها قاعدة عامة، حيث يتم تطبيق الغبن على أنواع معينة فقط من العقود. هذه ليست قاعدة من قواعد القانون العام للعقود.

فهل جزاء الغبن المجرد من أي ظرف ملائيم هو سبباً لإبطال العقد في القانون الفرنسي؟ لا يعد كل غبن أو خلل في الالتزامات المالية سبباً لإبطال العقد، إلا في الحالات التي نص عليها القانون، ومثاله ما قضت به المادة ١٦٧٤ في القانون المدني

الفرنسي؛ عندما يكون البائع قد تعرض لخسارة أكبر من ١٢/٧ من القيمة الحقيقية للشيء المبيع. وبعبارة أخرى، باع البائع العقار بسعر لا يتناسب البتة مع قيمته الحقيقية عند إبرام العقد، مع وجود فارق في القيمة يزيد عن ١٢/٧ وهو أمر مهم. هنا يستطيع طلب إبطال العقد بتقييم المبيع عند إبرام العقد.

في حين قضى القانون المدني السوري بحالة مشابهة بإمكانية طلب رفع الغبن وليس الإبطال، إذا كان البائع قاصراً وكان البيع بغبن يزيد على الخمس، عندها يجوز للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى ٥/٤ ثمن المثل فنص المادة ٣٩٣ مدني سوري:

" ١ _ 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.

٣ _ ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع. "

٥ _ المقابل السوري أو التافه

وفقاً للمادة ١١٦٩ من القانون المدني، "يكون العقد بمقابل باطلاً عندما يكون المقابل الذي يلتزم من أجله المتعاقد الآخر بالعقد صوري أو تافه ". بمعنى آخر، حتى لو لم يكن التوازن في العقود مقررًا ومفروضًا بالقانون، إلا أن هذا التوازن لا يزال بحاجة يقتضي وجود مقابل ولو بالحد الأدنى. إذ يجب أن يكون لكل التزام مقابل وإلا كان العقد غير ذي فائدة وبالتالي بدون سبب.

يجب الانتباه دائماً، أن هذا الأمر لا يتعلق إلا بالعقود بمقابل من دون سواها من العقود، أي بموجب المادة ١١٠٧ من القانون المدني "عندما يتلقى كل طرف منفعة من الطرف الآخر مقابل ما يقدم هو بدوره للطرف الآخر". وهو ما يتعارض مع العقد بدون مقابل "عندما يمنح أحد الطرفين الطرف الآخر منفعة من دون انتظار أو تلقي أي مقابل".

يشار إلى حالتين هنا، المقابل السوري والمقابل التافه.

• **المقابل السوري:** هو مقابل نعتقد أنه موجود وقت إبرام العقود ولكن في الواقع، ليس له وجود أو موجود ولكن مخالف لما هو منصوص عليه، مثاله البيع الذي يستر الهبة،

فيكون المقابل صورياً غير حقيقي غايته ربما التهرب من دفع الضرائب الناتجة عن الهبة التي هي أعلى منها في البيع.

• **المقابل التافه:** في هذه العقد يكون المقابل ضعيف للغاية بحيث يمكننا اعتباره غير موجود. على سبيل المثال: عملية بيع تمت بسعر تافه. مع ذلك، يجب التنبيه إلى قيام بعض البيوع بالعلو الرغم من أنَّ المقابل يكون زهيدا. على سبيل المثال الاستحواذ على الشركات التي تواجه صعوبة في مقابل يورو واحد أو شراء أرض ملوثة لأنَّ المتنازل يحقق هنا وفورات نتيجة عدم الاضطرار إلى الوفاء للدائنين أو تمويل الترميم. لا يزال لدينا فرضية للدراسة ضمن إطار عدم التوازن بالالتزامات المتقابلة، تلك المستمدة من شروط غير العادلة أو المتعسفة.

٤ تقصي الشروط غير العادلة

عرض النص

إن ما يسمى ببند تعسفية، والتي تؤدي إلى خلل في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف، ليست جديدة على قانون إصلاح العقود الفرنسي. كانت موجودة بالفعل في قانون المستهلك، وهذا يعني في سياق العلاقات بين المستهلكين والمهنيين وفي قانون العقود التجارية. لكنها لم تكن موجودة حتى الآن في القانون العام للعقود. يتم ذلك الآن، مع المادة ١١٧١ الجديدة من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على أنه "في عقد الإذعان، أي بند غير قابل للتفاوض، يحدده مقدماً أحد الطرفين، مما يخلق اختلالاً كبيراً بين حقوق والتزامات أطراف العقد تُعدُّ غير مكتوبة. لا يتعلق تقييم الخلل الكبير بالهدف الرئيسي للعقد أو مدى كفاية السعر للخدمة".

هذا النص يدعو إلى عدة ملاحظات.

بادئ ذي بدء، لا يمكن أخذ الخلل في عين النظر إلا في عقود الإذعان، وهو نوع جديد من العقود تم إنشاؤه بواسطة إصلاح عام ٢٠١٦. لذلك من الضروري مراجعة هذا التعريف، الذي تسبب في ضجة كبيرة. داخل العقيدة عند مناقشة التصديق على الأمر.

تم تعريف عقد الاذعان في المادة ١١١٠ من القانون المدني، وهو عقد "يتكون من مجموعة من الشروط غير القابلة للتفاوض، التي يحددها مقدماً أحد الطرفين". وهو يتعارض مع عقد الإرادة الحرة، كما هو محدد في المادة ١١١٠ وهو العقد "الذي يمكن التفاوض بشأنه بين الطرفين".

كما هو مشار اليه مسبقاً، كانت فكرة عقد الاذعان موضوع نقاش مكثف. اذ جاء تعريف العقد في اقتراح التعديل على الشكل التالي "عقد يتم فيه تحديد الشروط العامة، المسحوبة من التفاوض، مقدماً من قبل أحد الطرفين".

يمكن ملاحظة أنَّ الإشارة إلى الشروط العامة قد اختفت من النص الجديد. هذا يعني أنَّ المفهوم لا ينطبق بالضرورة فقط على العقود الجماعية. تغيير آخر هو معيار قابلية التفاوض، وليس التفاوض الفعلي. بل هو تضيق. ليس من الضروري أنَّ يتم التفاوض على الشروط، لأنَّ المرء لديه الانطباع بأن ما يهم هو أنها قابلة للتفاوض، وأن هناك فرصة للتفاوض بشأنها.

يمكن أنَّ يندرج عدد معين من العقود ضمن هذه الفئة: العقود المبرمة مع البنك، عقود استرجار التيار الكهربائي أو حتى عقود الالتحاق بالجامعة (؟) ...

من الواضح أنَّ الفكرة في هذه العقود، التي لا يمكن التفاوض بشأنها، والتي "يتم اخذها أو تركها"، أنَّ المتعاقد الذي يكون في موقع قوة قد ينتهز الفرصة لإدراج بنود التي هي مواتية له والتي قد تكون غير مواتية للطرف الآخر أو تعسفية. لذلك يجب منعه من استغلال موقعه.

في هذا النوع من العقود، يتم فحص "البنود غير القابلة للتداول" (لأنه قد يكون هناك بعض الشروط القابلة للتداول في عقد الاذعان، ينص التعريف ببساطة على أنه لدخول هذه الفئة من العقود، يكفي أنَّ يتضمن العقد "مجموعة من البنود غير القابلة للتداول أو التفاوض"). وبما أنَّ هذه البنود تخلق "عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد"، فإنَّ القانون يسمح بتقصي هذه البنود.

من المفهوم أنَّ الكلمات لها معنى، إذ لا يكفي الخلل البسيط بين الالتزامات لإبطال التصرف. لكي يؤخذ في النظر، يجب أن يكون الخلل كبير ومؤثراً على العقد. يجب الانتباه هنا، أنَّ الخلل لا يمكن إلا أن يشمل العقد بأكمله. بمعنى آخر، تظل بعض العناصر، حتى لو كانت غير متوازنة، خارج نطاق هذا النص. فيما يتعلق "الغرض الرئيسي من العقد" و "تناسب السعر مع الخدمة المقدمة".

هذان الاستثناءان، من حيث المبدأ، لا ينبغي أن يكونا مفاجئين؛

• فيما يتعلق بالغرض الرئيسي من العقد: هذا ينسجم مع ما درسناه سابقاً فيما يتعلق بالشروط الخاصة بالمقابل. عندما يتدخل القانون فيما إذا كان المقابل سورياً أو تافهاً. أما تفاوت الحقوق والالتزامات وحدها بين طرفي العقد لا يسمح باستخدام الآليات المنصوص عليها بالقانون لحماية المتعاقد من الشرط التعسفي.

• فيما يتعلق بكفاية السعر للخدمة: مرة أخرى، يجب ألا يكون مفاجئاً أيضاً. هذا يتوافق مع ما رأيناه حول الغلط أو واجب الإعلام. يجب ألا تشكل هذه العقوبات الجديدة للشروط التعسفية في القانون العام للعقود أداة للتحقق من كفاية السعر للخدمة. بشكل عام، نعم من تجربة قانون المستهلك وقانون العمل أن المشكلة هي عندما تكون الامتيازات غير متبادلة. على سبيل المثال: واحد فقط من المتعاقدين لديه خيار إنهاء العقد من جانب واحد.

لكي يكون هذا ذا معنى، يجب مراعاة عدم التوازن في ضوء العقد بالكامل وليس فقط الشرط. لأنه من الممكن تماماً أن يمنح البند سلطة لأحد المتعاقدين ولا شيء مقابل للآخر. المادة ذات صلة فقط إذا نظرنا إلى العقد من حيث جميع البنود، فيما إذا كان يظهر اختلالاً كبيراً ومؤثراً بين التزامات المتعاقدين أم لا؟

أخيراً، من الضروري أن نقول بضع كلمات عن العقوبة المنصوص عليها: سيتم اعتبار الشرط التعسفي المكتشف غير مكتوب. هذا يعني أن العقد، ككل، لم يتم إلغاؤه، ولكن جراحياً، سيتم إزالة الشرط الذي يمثل مشكلة. الفكرة هي أن الطرف الذي يستدعي هذا

الحكم يمكنه الاستمرار في الاستفادة من العقد، لكنه يخفف من الشرط التعسفي الذي يضر به. يبدو الأمر كما لو أنَّ الشرط غير موجود.

التوافق مع القواعد الاستثنائية في القوانين الخاصة

يثير اعتماد المادة ١١٧١ الجديدة من القانون المدني سؤالاً دقيقاً: يتعلق بالتوفيق مع أحكام القانون الخاص للعقود، وفي قانون العقود التجارية وقانون حماية المستهلك. ما هي هذه النصوص الخاصة؟

تنص المادة 442-6، L. ١، ٢ ° من القانون التجاري الفرنسي على أن: " - .اي تحمل المسؤولية كل من المنتج أو التاجر أو الصناعي أو الشَّخص المسجل في سجل الاعمال المهنية الحرة ويلتزم بإصلاح الضرر الناجم عن أي: إخضاع أو محاولة إخضاع شريك تجاري لالتزامات من شأنها أنَّ تخلق خلل كبير في حقوق والتزامات الأطراف ". المادة لها نطاق محدود بالاختصاص الشخصي. من ناحية أخرى، نلاحظ أنَّ الخل يمكن أنَّ يتعلق بالسعر أو الخدمة الرئيسية. العقوبة هي المسؤولية.

تنص المادة 212-1 L. من قانون حماية المستهلك الفرنسي على ما يلي: "في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، التي تتضمن أحكام أو شروط تعسفية من شأنها خلق اختلال كبير بين حقوق والتزامات أطراف العقد، على حساب المستهلك. ... أنَّ تقييم جور البنود بالمعنى المقصود في الفقرة الأولى لا يتعلق بتعريف الهدف الرئيسي للعقد أو كفاية السعر أو ثمن الحق المباع أو الخدمة المقدمة بشرط أنَّ تكون البنود مكتوبة بطريقة واضحة ومفهومة ".

تطبق هذه المادة بين المهنيين والمستهلكين. أو بين المهنيين وغير المهنيين (الشَّخص النظري، (212-2 L. انْعُد العقوبة اعتبار هذا البند غير مكتوب أي كأن لم يكن. لا يوجد تمييز بين العقود المتفاوض عليها وغير المتفاوض عليها، على العلى الرغم من من أنَّه من حيث الاستهلاك، في كثير من الأحيان، لا يمكن التفاوض على العقد.

عند تطبيق هذه القائمة، تمت الإشارة إلى عدد معين من البنود وتصنيفها في قوائم: قائمة سوداء، بما في ذلك البنود التي يفترض أنها غير عادلة، افتراض لا يقبل اثبات

العكس وهو ما نصّ عليه المادة 1-212 R. من قانون حماية المستهلك الفرنسي وتحتوي القائمة الرمادية على شروط يفترض أنها تعسفية، لكن هذا مجرد افتراض بسيط يمكن إثبات عكسه بواسطة المهني على ما جاء في المادة 2-212 R. من قانون حماية المستهلك الفرنسي.

على سبيل المثال يُعدُّ شرطاً من القائمة السوداء:

- "إزالة أو تقليل الحق في التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمستهلك في حالة خرق المهني لأي من التزاماته". لذلك يحظر التقييد أو الحد من بنود المسؤولية في هذا النوع من العقود.

- "الاعتراف بحق المهني في إنهاء العقد بطريقة أحادية، من دون الاعتراف بنفس الحق للمستهلك". إنها الأحادية التي تُدان هنا.

شروط يمكن اعتبارها من القائمة الرمادية مثل:

- "ينصّ على التزام ثابت على عاتق المستهلك، في حين أنّ أداء التزامات المهني يخضع لمحض إرادته"

"إلغاء أو إعاقة ممارسة الإجراءات القانونية أو سبل الانتصاف من قبل المستهلك، لا سيما بإلزام المستهلك بالاحتكام حصرياً لقضاء التحكيم ... أو المرور حصرياً بطريقة بديلة لتسوية المنازعات". بناءً على هذا الحكم، رأت محكمة الاستئناف في باريس أنّ الشرط الوارد في الشروط والأحكام العامة لفيس بوك والذي يشترط، في حالة وجود نزاع، انعقاد الاختصاص للبت فيه لمحكمة سانتا كلارا في كاليفورنيا يُعدُّ غير مكتوب أي منعدم.

لإكمال الحكم، هناك لجنة مختصة بالشروط التعسفية، وهي مكلفة بفحص العقود المقدمة للمستهلكين، كل قطاع على حدة، وتسليط الضوء على البنود التي يبدو أنها تعسفية حتى يتمكن المهنيون في هذا القطاع من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتصحيحها. كما أنّه يساعد في تنبيه المستهلكين. وأخيراً، يمكن أنّ يكون هذا نقطة دعم للقاضي إذا تم قيام

اختصاصه في نزاع من هذا النوع (يمكن للقاضي أيضًا إمكانية الرجوع إلى لجنة الشروط التعسفية للخبرة والاستئناس).

على سبيل المثال، كانت هناك توصيات بشأن العقود المبرمة مع مدارس القيادة، على سبيل المثال من خلال تسليط الضوء على الطبيعة التعسفية للمادة التي تستبعد "أي إمكانية لتأجيل أو تعويض درس لم يتم إلغاؤه من قبل التلميذ خلال الفترة التعاقدية، حتى لو كان التلميذ قد برر ذلك من خلال تقديم سبب مشروع". أو "منح المؤسسة التعليمية سلطة تقييم قدرة التلميذ على تقديم امتحانات رخصة القيادة من دون أسباب مكتوبة أو إمكانية الطعن".

توصية أخرى، بشأن العقود المبرمة مع الشبكات الاجتماعية. هنا، على سبيل المثال، تنص على أنه "بمجرد تصفح الشبكة الاجتماعية، يوافق المستهلك على معالجة بياناته الحساسة".

هذه المادة الجديدة ١١٧١ لا تخلو من الاهتمام. يجب أن تطبق أولاً على العقود المبرمة بين الأفراد (على سبيل المثال، بيع العقارات والإيجارات السكنية التي تتم كتابتها في كثير من الأحيان بعقود إطارية)

لأن هذه النصوص تتشابه فيما بينها بالعلی الرغم من وجود بعض الاختلافات. لذلك، في بعض النزاعات التي يكون فيها نصان من هذه النصوص قابلاً للتطبيق، سينشأ سؤال: هل يمكن تطبيق النصين بشكل تكاملي؟ هل سنختار الأكثر ملاءمة للشخص الذي يستحضر الخل؟ هل قابلية تطبيق واحد تستبعد تطبيق الآخر؟

تذكر الحد الأقصى المعروف الذي يسمح غالبًا بحل هذا النوع من الصعوبات: *specialia generalibus derogant* أو "الخاص ينسخ العام". تم تناول هذه القاعدة في الفصل الخاص بالأحكام الأولية، وبشكل أكثر تحديداً في المادة ١١٠٥ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن "العقود، سواء كان لها قواعدها الخاصة أم لا، تخضع للقواعد العامة، والتي هي موضوع هذا العنوان الفرعي (من القانون المدني،

المكرس للعقد). القواعد المحددة لبعض العقود منصوص عليها في الأحكام الخاصة بكل منها. القواعد العامة تنطبق ضمن قيود أن لا تتعارض مع القواعد الخاصة. سيكون من الضروري معرفة ما إذا كان هذا ملموساً بهذه الطريقة من الناحية العملية، ولكن في تطبيق هذه القاعدة، يبدو أنه بالنسبة لعقد، إذا كانت أحكام المادة 442-6 L. من قانون التجارة أو 1-212 L. من قانون حماية المستهلك قابل للتطبيق، سيتم استبعاد تطبيق المادة 1171.



الفرع الثالث

شروط العاقدین

لابد من توافر شروط في العاقدین حتى يكون الرضا صادراً عن إرادة سليمة، بأن يتوافر فيهما شرطان:

أولاً: الأهلية

وتعرف بأنها « صفة يقدرها الشارع في الشَّخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي » . وهي على نوعين: ^٨

_ أهلية وجوب وهي صلاحية الشَّخص للإلزام (الدائنية) والالتزام (المديونية)، ومناطقها الصفة الإنسانية.

_ وأهلية أداء وهي صلاحية الشَّخص لممارسة التصرفات القانونية على وجه يعتد به شرعاً، ومناطقها العقل والتمييز.

والحديث عن الأهلية يطول عن مقامنا هذا، ولكن نذكر باختصار:

^٢ _ انظر: في تفصيل شروط العاقدین: ابن رشد، بداية المجتهد ج ١، ص ١٤٣، ابن القيم، أعلام الموقعين ج ٣، ص ١١٨/١١٩، وراجع المادتين ٤٧٢/٤٧٣ من مرشد الحيران، د. عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص ٢٧٤ وما بعدها، د. أنور دبور، نظام استغلال الأراضي الزراعية ج ١، ص ٢٠٤ وما بعدها، د. عبد الرحمن عبد القادر، الوسيط في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، ص ٣٩.

^٢ _ انظر: د. مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج ٢، ص ٧٣٦ وما بعدها، الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٢٥٨ وما بعدها، وراجع المواد ١١٠ وما بعدها من القانون المدني المصري، والمواد ١١١ وما بعدها من القانون المدني السوري، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ٦، ص ١٣٣ وما بعدها وأيضاً الوسيط ج ٤، ص ٥٧، د. محمد كامل مرسي باشا، عقد الإيجار، ص ٣٦ وما بعدها، د. عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص ٢٤٨.

حيث يمر الإنسان على صعيد أهليته على ثلاثة أدوار، دور عدم التمييز: وتكون للصبي من دون الساعة من عمره وللمجنون، وتثبت فيها أهلية الوجوب، ولا تكون فيها عبارة معتبرة، ولا عبرة لأي تصرف قانوني.

ودور التمييز: ويبدأ من السابعة مروراً بالحلم حتى سن الرشد، ويثبت فيها أهلية الأداء الناقصة، حيث تنقسم تصرفاته وعقوده إلى ثلاثة أنواع:

فيكون للصبي المميز مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة أو الوصية، ويكون تصرفاته الضارة ضرراً محضاً باطلة كالهبة والكفالة، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار وسائر المعاملات المالية فله مباشرتها ولا تنفذ إلا بإجازة الولي أو الوصي.

أما الدور الثالث وهو دور الرشد وتثبت فيها أهلية الأداء الكاملة، فيحق للفرد مباشرة جميع التصرفات القانونية، فقال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ ، ولم يجعل فقهاء المسلمين للرشد سناً مقدراً دائماً بل رُبط بالمعاملة والتجربة ، ولكن حددها القانون المصري بسن ٢١ سنة ميلادية والقانون السوري بسن ١٨ سنة ، ولا يكفي الرشد لتمام أهلية الأداء، بل يشترط عدم وجود أي عارض من عوارض الأهلية من جنون أو عته أو سفه أو غفلة وغيرها مما يعدم الإرادة أو يخل بها.

ثانياً: شرط النيابة أو الولاية

الولاية هي سلطة شرعية (قانونية) تخول صاحبها التصرف بالشيء محل الولاية تصرفاً نافذاً ، وعرفها بعضهم على أنها: سلطة شرعية يتمكن بها الشَّخْص من إبرام

^٢ _ سورة النساء _ الآية ٦.

^٢ _ انظر: الشيخ علي الخفيف _ أحكام المعاملات الشرعية _ ص ٢٦٣.

^٢ _ انظر: د أحمد الحجّي الكردي، الأحوال الشخصية، ص ٦٨، الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٢٨١.

العقود وإنشاء التصرفات، وترتيب آثارها الشرعية عليها . وعقد الولي أو الوصي أو النائب يُضاف إلى الأصل بحقوقه والتزاماته.

والولاية إما أن تكون ولاية مالك، وإما ولاية متعديّة أصلية كولاية الأب والجد، قانونية كولاية الوصي والقيم أو اتفاقية كالوكيل.

أـ ولاية المالك: تتوافر فيمن يؤجر ما يملكه، وإلا كان غاصباً له ، إذا لم تتوافر له شروط النيابة.

وتتوافر ولاية المالك أيضاً للمؤجر الذي يكون مالكاً لحق الانتفاع العيني أو الشخصي كالمستأجر في حال التأجير من الباطن .

بـ الولاية المتعدية: تتوفّر في حال نقص الأهلية أو حدوث عارض من عوارضها، كأن يبرم عقد الإيجار من الولي والوصي على القاصر، والقيم على المجنون والمعتوه والسفيه والمغلّ أو وكيلاً قضائياً على المفقود والغائب والمسجون أو كيلاً أو نائباً اتفاقية .

ولا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة (أي من له ولاية متعدية) التأجير لمدة تزيد عن ثلاث سنوات إلا بإجازة المحكمة المختصة سنداً لنص المادة ٥٢٧ سوري تقابلها المادة ٥٥٩ مدني مصري: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة. فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، انقضت المدة ثلاث سنوات. كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره"

^٢ _ انظر: د. عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص ٢٨٤.

^٢ _ فليس للغاصب حق التأجير، وإن تلتفت المأجور في يد المستأجر فالضمان على الغاصب، انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ج٢، ص ٥٤٩، كشاف القناع ج٣، البهوتي، ص ٥٤٧.

^٢ _ انظر: د. محمد كامل مرسي باشا، عقد الإيجار، ص٥٩، وراجع المادة ٥٦٠ مدني مصري ٥٢٨ سوري التي تقضي بأن الإيجار الصادر ممن له حق الانتفاع تنقضي بانقضاء هذا الحق، ما لم يجيزه المالك.

^٢ _ راجع في أحكام الولاية والأهلية، محمد قذافي باشا، الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أبو حنيفة، الكتاب الخامس في الوصي والحجر المواد ٤٣٥ وما بعدها، طبعة نقابة المحامين بدمشق ١٩٩٨، وأيضاً كتاب الأهلية والنيابة الشرعية المواد ١٦٢ وما بعدها من قانون الأحوال الشخصية السوري، وأيضاً د. مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج٢، ص٨١٦، د. أحمد الكردي، الأحوال الشخصية، ص ٦٨ وما بعدها.

الفرع الرابع

النيابة في التعاقد

أولاً: تعريف النيابة

تعرف الولاية المتعدية (أو النيابة) هي قيام شخص ما (يسمى النائب) بإبرام تصرف قانوني ما في مال شخص آخر (يسمى الأصيل) باسم الأخير ولحسابه على نحو تتصرف فيه آثار التصرف القانونية لمصلحة الأصيل، أي تترتب في ذمته مباشرة، وهي على ثلاثة أنواع:

(١) ولاية قانونية وهي نيابة قانونية إلزامية على نفس القاصر وماله مثل ولاية الأب والجد، أو نيابة نص القانون عليها مثل نيابة الفضولي.

(٢) ولاية قضائية فالقاضي هو من يعين النائب الشرعي عن فاقد أو ناقص الأهلية؛ مثل القيم وهو النائب عن المجنون والمعتوه والسفيه والمغفل.

(٣) نيابة اتفاقية (تسمى وكالة): أي أن اتفاق الأصيل مع الوكيل هو من ينشئ هذه الوكالة؛ مثل وكالة المحامي ووكالة الكاتب بالعدل.

وأي تصرف من بيع أو شراء أو إيجار أو إعارة أو غيرها من التصرفات القانونية إذا قام بها شخص في مال الغير أو لحسابه فلا يُعدُّ هذا التصرف نافذاً في حق الغير إلا إذا أجاز، فهناك قاعدة فقهية تقول (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) أي من أجاز تصرف الغير بعد أن تصرف فكأنما وكله بداية لإبرام هذا التصرف لحسابه أي لحساب المجيز. وقد سبق للطلاب دراسة النيابة الشرعية القانونية والقضائية وسنركز في هذه المرحلة على النيابة في التعاقد أو الوكالة.

ثانياً: تعريف الوكالة

عرفت المادة ٦٦٥ من القانون المدني الوكالة بأنها: "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

ثالثاً: شروط الوكالة

(١) لا بد من توافر الصيغة بين طرفي الوكالة بين الأصيل أو الموكل والنائب أو الوكيل. والصيغة هي تطابق الإيجاب والقبول بين الموكل والوكيل على محل الوكالة (وهو التصرف الموكل به). مثال أن يقول الموكل للوكيل وكّلتك بشراء سيارة لي من نوع كذا بمبلغ كذا. فهنا نرى طرفي الوكالة والتصرف الموكل به.

(٢) يشترط في الموكل أن يتمتع بأهلية إجراء التصرف الذي وكلّ غيره به، لأنّ الوكيل يستمد سلطة إبرام التصرف من الأصيل فإذا كان الأخير لا يملك سلطة إجراء التصرف في ماله مثل المجنون فلا يملك توكيل الغير بذلك. فهناك قاعدة فقهية هي (فأقد الشيء لا يعطيه). إلا أنّه يمكن أن يكون في النيابة الاتفاقية (دون القانونية أو القضائية) أن يكون الوكيل قاصراً مميزاً يتمتع بأهلية الأداء الناقصة فقط، أي يكفي فيه القدرة على التعبير عن إرادة الأصيل لأنّ آثار العقد أو التصرف وهي حكم وحقوق العقد ينتقل إلى الأصيل وليس إلى الوكيل.

وفي الفقه الإسلامي فإنّ الاجتهاد الحنفي يجيز كما فقه القانون الوضعي أن يكون الوكيل ناقص الأهلية، بخلاف الاجتهاد الشافعي الذي يرى أن من لا يملك أن يتصرف في ماله لا يستطيع أن يتصرف في مال الغير .^٦

(٣) ويشترط في التصرف الموكل به أن يكون من التصرفات الجائز التوكيل فيها، فتجوز النيابة في جميع التصرفات القانونية إلا ما يُعدّ لصيقاً بشخص الأصيل فلا يجوز أو ينبب الغير في القيام به؛ مثل حلف اليمين والشهادة والصوم....

(٤) العبرة في النيابة لإرادة النائب وعلمه، وحسن أو سوء نيته، من دون الأصيل: نصت المادة ١٠٥ من القانون المدني:

^٦ _ انظر: عبد العزيز سمك، النظريات العامة، مرجع سابق، ص ٣٣٦.

" ١ _ إذا تمَّ العقدُ بطريق النيابة، كانَ شَخْصُ النائب لا شخصَ الأصل هو محل النظر عند النظر في عيوب الإرادة، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً.

٢ _ 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"

أ- فيما يتعلق بالإرادة ومدى صحتها ورضاها فيجب أن تتوافر في إرادة النائب، لأنه هو من يبرم ويبشر العقد أو التصرف القانوني باسم ولحساب الأصل، إرادة الأصل هنا لا يبحث في رضاها أثناء انعقاد العقد طالما أنها أنابت الغير في التصرف، فإذا شاب إرادة النائب عيب من عيوب الإرادة من غلط أو إكراه فيكون من حقه من دون الأصل أن يطالب بالإبطال.

ب- أيضاً العبرة لعلم النائب وجهله أو لافتراض علمه في ظروف تؤثر على العقد؛ مثل علم النائب بوجود عيب في المبيع عندها لا يحق له ولا للأصل أن يطالب بضمان العيب أو طلب فسخ العقد للعيب. أو يفترض فيه أن يعلم في حالة وقوع المتعاقد معه في غلط في صفة جوهرية في الشيء محل العقد (محل الوكالة) لأنه هو من يبرم العقد وليس الأصل.

ت- أيضاً العبرة لحسن أو سوء نية الوكيل وليس الأصل، لأنَّ هو من يبرم العقد، فإذا كان الوكيل سيء النية أي يعلم بأن البائع يريد تهريب أمواله من دائنيه وهو معسر، فيمكن للدائنين أن يطالبوا فسخ هذا العقد بدعوى تسمى دعوى عدم نفاذ التصرف، حتى لو كان الأصل حسن النية لا يعلم بإعسار البائع فالعبرة لعلم وسوء نية الوكيل. هنا إلا إذا كان النائب يتصرف وفق تعليمات معينة ومحددة صدرت له من الموكل فتكون العبرة لعلم الموكل أو لافتراض علمه بالظروف المحيطة بالتعاقد وليس للنائب؛ فإذا كان الموكل يعلم بالعيب الموجود بالشقة التي طلب من الوكيل أن يشتريها له فليس أن يطالب بضمان العيب بحجة عدم علم الوكيل بالعيب.

رابعاً: آثار الوكالة

١ _ وجوب تقيد النائب في حدود النيابة من دون أن يجاوزها.

(م ٦٦٩ مدني سوري). فإذا وكل بشراء سيارة في حدود مليون ليرة لا يجوز أن يشتريها بـ ٢ مليون وإلا التزم شخصياً بالتصرف المتجاوز فيه حدود الوكالة. ولكن القانون استثناء أجاز الخروج عن حدود الوكالة وألزم الموكل بذلك في عدة حالات: أ _ إذا كان من المستحيل على الوكيل إخطار الموكل بالتجاوز وكانت الظروف يغلب معها الظن أن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. كما لو وكله أن يشتري أرز من نوع معين بسعر ما فوجد أرز من نوع أجود بكثير بفارق بسيط في الثمن (م ٢/٦٦٩ مدني سوري).

ب _ إذا أجاز الموكل التجاوز الذي وقع من الوكيل، لأن القاعدة الفقهية هي الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

٢ _ انصراف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل

_ الأصل إذا قام الوكيل بإبرام التصرف أو العقد باسم الأصيل صراحة فهذا لا خلاف بين القانون (م ١٠٦ مدني سوري) والفقه الإسلامي في انتقال حكم العقد (ملكية البضاعة المبيعة مثلاً) وحقوقه (وهي كل ما يتعلق بتنفيذ العقد وحفظ حقوق أطرافه مثل طلب تسليم المبيع) إلى الموكل من دون الوكيل.

_ أما إذا أضاف الوكيل العقد لنفسه أي أبرمه من دون أن يصرح بأنه يتعاقد لحساب الأصيل فهذا ذهب القانون المدني (م ١٠٧ م سوري) بأن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل إلا في حالتين:

الأولى إذا كان من المفترض أن من يتعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة؛ كما لو اشترى الخادم من مطعم قريب وصاحب المطعم أن الخادم يشتري عادة لحساب رب عمله.

الثانية هي إذا كان يستوي لدى الغير أو يتعامل مع الأصيل أو النائب، كما دخل شخص لمخزن واشترى شيئاً وهو لا يعلم بأن من يشتري منه وكيل ولا يهمله ذلك في التعاقد.

أما في الفقه الإسلامي: فإن قيام النائب بالتعاقد باسمه من دون التصريح باسم الأصيل؛ فالحنفية والمالكية يرون بأن حكم العقد ينتقل للموكل أما حقوق العقد فلا بد حماية للغير الذي تعاقد مع النائب أن تبقى الحقوق له. أما الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى أن حكم العقد وحقوقه تنصرف للموكل، ولكن حماية للغير حسن النية الذي لا يعلم بالأصيل وحاله وملاءته فيبقى كفيلاً ضامناً للثمن مع الأصيل من دون بقية حقوق العقد التي تنتقل للأصيل .

٣_ تعاقد النائب مع نفسه

يمكن للنائب أن يتعاقد مع نفسه بأن يكون وكيلاً عن الغير وأصيلاً عن نفسه، أو يكون نائباً عن طرفين، وهنا لا بد في التعاقد من وجود مصالح متعارضة بين أطراف العقد، ولهذا منع القانون والفقه الإسلامي المتعاقد من أن يتعاقد مع نفسه لاحتتمال الميل وترجيح مصالحه على مصالح الأصيل، فإذا قام بذلك فلا يلتزم الأصيل بالتصرف. وقد استثنى القانون من ذلك فأجاز تعاقد النائب مع نفسه في عدة حالات: وجود إذن مسبق من الأصيل بذلك، أو إجازة التعاقد بعد علمه به. فالأصيل يمكن أن يتنزل عن حماية مصالحه.

إذا نص القانون على ذلك كما في تعاقد البائع مع نفسه إذا أخذ إذن القضاء بذلك، لأن رقابة القضاء تنفي تهمة ميل النائب لمصلحته الشخصية (م ٤٤٧ مدني سوري). ما أجازته الفقه الإسلامي من أمكانية تعاقد الولي (الأب أو الجد) إذا كان نائباً عن ابنه، بأن يتعاقد مع نفسه، فوجود الرحمة والشفقة في نفس الولي على ابنه تنفي التعارض بين مصالحه ومصالح الولي إلا أن القانون السوري (م ١٧٥/١٧٩ أحوال شخصية) اشترط

^٢ _ انظر: محمد حاتم البيات، أيمن أبو العيال، الالتزامات، مرجع سابق، ص ١٢٥.

تعيين وصي خاص مؤقت في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصلحة الولي، أو مع مصلحة الوصي أو مصلحة زوج الوصي أو أحد أصوله أو فروعه.



الفرع الخامس

عقد الفضولي

أولاً: موقف الفقه الإسلامي

لما كنا نتحدث عن الولاية في إبرام العقد لذلك لا بُدَّ من التعرض لحكم عقد الفضولي، فمن هو الفضولي ؟ ، الفضولي لغة : هو من يشتغل بما لا يعنيه .
وفي اصطلاح الفقهاء فهو : من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي ، (أي من دون نيابة قانونية اتفاقية من صاحب الحق) .

فمثلاً إذا لم يكن المؤجر مالِكاً للعين المؤجرة، ولا صاحب حق الانتفاع بها، وليس له حق إدارتها، وليس مالِكاً على الشيوع، وليس حائزاً للعين (الوارث الظاهر)، فهو فضولي .

وانقسم فقهاء الشرع في حكم عقد الفضولي إلى رأيين:

الرأي الأول : من الفقهاء وهم الحنفية والمالكية ، والشافعي في القديم والحنابلة في إحدى الروايتين والشيعة الإمامية ، اعتبروا أنَّ عقد الفضولي صحيح ولكنه موقوف

^٢ _ انظر : المصباح المنير _ مادة : فضل ، الإمام السيوطي _ الأشباه والنظائر _ ص ٥٥١ .

^٢ _ المادة ١١٢ من مجلة الأحكام العدلية ، الحصكفي _ شرح الدر المختار _ ج ٢ _ ص ٧٤ ، الشيخ علي الخيف _ المرجع السابق _ ص ٣١٥ ، د / عبد العزيز سمك _ النظريات العامة في الفقه الإسلامي _ ص ٣٤٩ .

^٢ _ التعاقد المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية، نفاذه في مواجهة صاحب الحق، شرطه أنَّ يسهم الأخير بخطئه _ سلباً أو إيجاباً _ في ظهور المتصرف بمظهر صاحب الحق، نقض مصري _ طعن رقم ١٠٠٧٠ لسنة ٦٦ ق تاريخ ١٨/٢/١٩٩٨ ، د / عبد الفتاح مراد _ التعليق على قوانين إيجارات _ ص ٤٨٥ .

^٢ _ انظر : د . عبد الرزاق السنهوري _ الوسيط ج ٦ _ بند ٥١ .

^٢ _ انظر : ابن رشد _ بداية المجتهد ج ٢ _ ٢٠٧ ، د عبد العزيز سمك _ المرجع السابق _ ص ٣٤٩ .

^٢ _ انظر : الإمام السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٥٥١ .

^٢ _ انظر : سميح الزين، مجمع البيان الحديث _ العقود _ ص ٣٨١ .

على إجازة المالك، فإنَّ أجازته نفذ وإلا فلا ينفذ ، واستدلوا بما رواه أبو داود عن عروة بن أبي جعد البارقى « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْطَاهُ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ بِهِ شَاةً ، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ فَدَعَا لَهُ بِالْبُرْكََةِ فِي بَيْعِهِ » .

الرأي الثاني : فذهب الشافعية في الجديد وهو القول الأصح ، والحنابلة في الرواية الأخرى والظاهرية، إلى اعتبار عقد الفضولي باطلاً حتى لو أجازته صاحب الحق ، واستدلوا بقول الله تعالى : ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ ، فهذا إخبار من العلي القدير أَنَّ أحكام تصرفات كل نفس متعلقة بها من دون غيرها، وبالتالي تُعدُّ تصرفات الفضولي باطلة لعدم تعلقها بصاحب الحق، كما استدلوا بما رواه أبو داود عن حكيم بن حزام قال " قلت يا رسول الله : يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه، ثم أبتاعه من السوق ، فقال : لا تبع ما ليس عندك " ، فهذه الرسول عن بيع ما لا يملكه الشخص ولو كان قادراً على امتلاكه بعد حين ، فكيف بالفضولي الذي يتصرف بما لا يملك! فهو باطل منهى عنه.

^٢ _ انظر : المادة ٤٤٧ من مجلة الأحكام العدلية ، الحصكفي ، شرح الدر المختار، ج٢_ ص ٧٤، الكاساني، بدائع الصنائع ج٥، ص ٥٢٨، الشيخ على الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية _ ص٣١٧، د. أنور دبور _ نظام استغلال الأراضي الزراعية في الشريعة الإسلامية ج٢ _ ص ٢١١، السيد سابق _ فقه السنة _ مجلد ٣ _ ص ٥٨.

^٢ _ رواه البخاري ٣٦٤٢، أبي داود ٣٣٨٧/٣٣٨٤، ابن ماجه ٢٤٠٢، أحمد ٣٧٦/٤، انظر: الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق، ج٤، ص ١٠٣، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، دار العقيدة _ القاهرة ٢٠٠٤ _ ص ٢٠٥.

^٢ _ واستند الشافعي إلى نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن بيع الرجل ما ليس عنده ، انظر : الإمام الشافعي _ الأم _ ج٨ _ ص ٨٧، الإمام السيوطي _ الأشباه والنظائر _ ص ٥٥١، ابن رشد _ بداية المجتهد _ ج١ _ ص ١٤٣.

^٢ _ لأن العقد الذي يصدر من غير ذي ولاية هو عقد باطل، فالشافعية لا يفرقون بين العقد الفاسد والباطل (وهو ما نعتده) انظر: محمد أبو زهرة _ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص ٣٣٨/٣٥٨، د. أنور دبور، نظام استغلال الأراضي الزراعية ج٢، ص ٢١٢ .

^٢ _ سورة الأنعام _ الآية ١٦٤ .

^٢ _ انظر: سنن أبي داود، ٣٥٠٣، وابن ماجه ج٢، ٧٣٧/٧٣٨، الزيلعي _ تبين الحقائق ج٤، ص ٢٥/١٠٣.

و باعتقادنا أنَّ الصَّواب هو في جانب الرأْي الثاني، أولاً لقوة الأدلة المستدل بها ورجاحتها، وباعتبار أنَّ الحديث الذي استدل به الرأْي الأول لا يصلح لأنَّ يكون تصرف فضولي لأنَّ الرسول عليه الصلاة والسلام قد أوكّل إليه الشراء وفوضه بذلك، فالوكالة موجودة في الأصل وكل ما في الأمر أنَّه وكيل قد تجاوز حدود الوكالة ، فبدل أن يشتري شاة اشترى اثنتين وباع واحدة، (وحملها بعضهم على أنها وكالة مطلقة)، فلا ينطبق عليه وصف الفضولي الذي لا يملك أي وكالة ابتداءً.

كما لا يمكننا أنْ نعدُّ تصرف الفضولي على أنَّه يحقق المصلحة والخير لصاحب الحق، فما يراه خيراً قد يراه صاحب الحق شراً له ، ولو أجزنا تصرف الفضولي لسلطانا البعض على أموال الآخرين ، والقاعدة الفقهية هي أنَّ دفع المفسدة القائمة بالتصرف بأموال الناس من دون حق أولى من جلب المصلحة .

وإذا هلك أو استهلك المال المغصوب بيد الغاصب فإنَّه يضمن قيمته ، وإذا بنى أو غرس الغاصب في الأرض المغصوبة وجب عليه تسليم الأرض على أنْ يأخذ قيمة ما أنفقه عليها ، لقول الرسول عليه أفضل الصلاة والتسليم « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء وترد عليه نفقته » .

^٢ _ انظر: بهاء الدين المقدسي _ العدة شرح العمدة _ ج ١ _ ص ٢٩١.

^٢ _ انظر: د / محمد بكر إسماعيل _ القواعد الفقهية _ ص ١٠٧ .

^٢ _ انظر: أستاذنا د / عبد العزيز سمك _ النظريات العامة في الفقه الإسلامي _ ص ٤١.

^٢ _ رواه ابن ماجه ٢٤٦٦، أبي داوود ٣٤٠٣، البيهقي ٦/١٣٦، الترمذي ١٣٦٦.

ثانياً: موقف القانون المدني

الفضالة في القانون المدني (المادة ١٨٨ مصري/ ١٨٩ سوري) هي : « أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، من دون أن يكون ملزماً بذلك » .

وقد اتفق الرأي القانوني في كل من مصر وسوريا جزئياً مع الرأي الأول في الفقه الإسلامي، فعقد الفضولي بموجب القانون يقع صحيحاً نافذاً بين طرفيه (بخلاف الرأي الفقهي الإسلامي الذي جعله موقوفاً غير نافذ سواء بين طرفيه أم بين الفضولي وصاحب الحق) وكل ما في الأمر قانوناً أن عقد الفضولي لا يكون نافذاً في حق المالك أو من له حق الانتفاع إلا بإجازته ، فإن أجازه تسري قواعد الوكالة في علاقة الفضولي بصاحب الحق ، وإن لم يجز المالك العقد فله حق استرداد محل العقد ، كما يحق له الرجوع على الفضولي بما أثره على حسابه، وهذا ما هو عليه الفقه والقضاء في فرنسا، وإن كان بعض الفقهاء الفرنسيين يرون بطلان بيع الغير .

وباعتقادنا أن الصواب هو في رأي الفقه الإسلامي الثاني لرجاحته كما بينا أعلاه، وإلا فبالرأي الأول الذي يجعل بيع أو إيجار ملك الغير موقوفاً لتلافي المشاكل والمنازعات الاجتماعية التي قد تتجم عن جعله نافذاً بين طرفيه كما ذهب إليه الرأي القانوني.

فيشار إلى أن العقد الموقوف وإن كان يشبه العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي في تعليقه على الإجازة ، إلا أنه يختلف عنه بأن الأخير ينتج آثاره من وقت إبرامه في

^٢ _ راجع نقض مصري _ رقم ٣٢١ لسنة ٣٨ ق _ جلسة ١٩٧٤/١/٢٨ _ س ٢٥ _ ص ٢٣٨.

^٢ _ انظر حكم محكمة النقض المصرية : نقض مدني تا ١٩٧٩/١/١٠ _ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠،

العدد ١ ص ١٦٦، مشار إليه لدى : د / عبد الرزاق السنهوري _ الوسيط ج ٦ _ بند ٥٤.

^٢ _ راجع قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٥٥ تاريخ ١٩٩٠/٧/٢٥ مشار إليه لدى، د

/ محمد كامل مرسي باشا _ عقد الإيجار _ ص ٥٢، وانظر : أحكام الفضالة ولاسيما : المادة ١٨٨/١٩٠ من القانون المدني المصري ويقابلها المادة ١٨٩/١٩١ من القانون المدني السوري .

^٢ _ انظر : د / سمير تتاغو _ عقد الإيجار _ بند ٢٧ .

حين أنَّ العقد الموقوف لا يُنتج أثراً ما لم ترد عليه الإجازة ، ولا يكون نافذاً سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالإجازة ، لأنَّ الضرر يتحقق في النفاذ لا في انعقاد التصرف موقوفاً على الإجازة ، لكنه أثار العقد تثبت مستندة إلى تاريخ العقد أي للإجازة أثر رجعي، وفق قاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وبهذا يختلف أيضاً عن العقد الغير النافذ في القانون الذي يُعدُّ نافذاً بين المتعاقدين وغير نافذ بحق الغير إلا بالإجازة

٢

٣

٩

.

^٢ _ انظر: د / عبد الرزاق حسن فرج _ نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي _ مكتبة كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ١٩٦٨ _ ص ٤٤/٤٨ ، محمد أبو زهرة _ الملكية ونظرية العقد _ ص ٢٤٦ ، الشيخ على الخفيف _ المرجع السابق _ ص ٣١٩ .

المبحث الثالث

المحل

سبق أن تحدثنا عن الركن الأول للعقد وهو الإرادة، والتي تفسر على أنها صيغة العقد بين المتعاقدين (الإيجاب والقبول). وفي هذا المبحث سنتكلم عن الركن الثاني وهو المحل.

المطلب الأول

التعريف بالمحل في القانون السوري والفقه الاسلامي

المحل هو المعقود عليه، ويمكن أن يكون المحل شيء أي عين كالمبيع والتمن في عقد البيع، والمال المرهون في الرهن، والانتفاع بالمأجور والأجرة في عقد الإيجار، وهنا يرد العقد على حق عيني، ويمكن أن يرد العقد على حق شخصي فيكون محل العقد أداء شيء (مثل الدين المحال في الحوالة) أو القيام بعمل (مثل إشادة بناء أو نقل بضاعة)، أو الامتناع عن عمل (كالامتناع عن فتح نافذة كمطل أو الامتناع عن تجاوز في البناء). ومحل العقد يختلف عن موضوعه الذي يسمى في بحث السبب بالغاية القريبة أو السبب المباشر من التعاقد قبل التعاقد ومثاله (نقل الملكية في عقد البيع) و (حل المتعة الزوجية في عقد الزواج)، ويسمى هذا الموضوع بعد التعاقد بأثر العقد أي ما ترتب ونتج من العقد وهو ثبوت وتحقق هذه الغاية القريبة أو السبب المباشر من انتقال الملكية أو كفالة الدين المضمون وغيرها .

المطلب الثاني

شروط المحل

هناك عدة شروط تطلبها الشرائع والقوانين في المحل المعقود عليه لصحة العقد وهي: المشروعية، والوجود، والتعيين.

^٢ _ انظر: فواز الصالح، القانون المدني (مصادر الالتزام)، نسخة الكترونية الجامعة الافتراضية السورية، ص ٥٨.

الفرع الأول

المشروعية

شرط المشروعية يبحث في عدة نقاط هي:

أولاً: محل العقد يجب أن يكون مشروعاً، والمشروعية وفق القانون المدني المادة ١٣٦ هي عدم مخالفة النظام العام أو الآداب، وإلا يُعدُّ العقد باطلاً.

النظام العام هو مجموعة المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية الأساسية التي تتعلق بمصالح المجتمع والمصلحة العامة لجميع الأفراد.

أما الآداب فهي مجموعة من القواعد التي يعتقد بها أفراد المجتمع في زمان ومكان معينين، طبقاً لناموس أدبي، من أخلاق وأعراف وعادات وتقاليد ودين .

وكل من النظام العام والآداب يخضعان لمعيار موضوعي لا ذاتي، ولا يمكن تحديدها إلا في أمة معينة وفي جيل معين من هذه الأمة، فهما مفهومان مرنان أي كل منهما يتغير ويتبدل من حيث الزمان والمكان. فما يُعدُّ من النظام العام في مكان لا يُعدُّ كذلك في مكان آخر فتعدد الزوجات هو أمر مباح في الدول العربية ولكن قد يُعدُّ مخالفاً للنظام العام في العديد من الدول الأوروبية.

ثانياً: قابلية التعامل (أي يُعدُّ مالا):

ويعبر عن هذا الشرط في الفقه الإسلامي بقابلية محل العقد أو المعقود عليه لحكم العقد، أي أن يكون المعقود عليه بخصائصه وطبيعته مما يمكن أن يعقد عليه، فإذا لم يكن كذلك فلا يُعدُّ العقد صحيحاً .

ومتى كان محل العقد قابلاً للتعامل المالي فهذا يعني أن يقيم بالمال والعكس صحيح فإذا لم يكن مالاً متقوماً فلا يخضع للتعامل ولا يصلح أن يكون محلاً للعقد.

^٢ _ انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٤ _ ص ١٥٧.

^٢ _ انظر : كشف القناع ج ٣ _ للبهوتي _ ص ٥٥٩، ابن قدامة _ المغني ج ٨ _ ص ١٣١، علي الخفيف _ المرجع السابق _ ص ٢٥٥.

فالمادة ٨٣ من القانون المدني السوري ميّزت في الأشياء _ حتى تكون محلاً للحقوق المالية وبالتالي العقود _ بين أن تكون هذه الأشياء غير خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون؛ أما الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها أو لذاتها فلأنها أشياء مشاعة مشتركة بين أفراد المجتمع للاستفادة مثل أشعة الشمس والهواء والمياه إذا كانت هذه الأشياء غير محازة لأنه بحيازتها قد تتحول إلى أموال.

وتُعَدُّ الأشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون إذا كانت قواعد القانون تحرم التعامل بها نظراً لخطورتها على أفراد المجتمع. والمنع إما أن يكون مطلقاً أو يتم وفق قواعد معينة، مثل المخدرات أو المتفجرات والأسلحة. ومن الأشياء التي حرم الشرع الإسلامي التعامل بها لحم الميتة والدم ولحم الخنزير والخمر لأنها مضرّة لجسم الإنسان أو عقله، ونذكر أن الأشياء التي لا يجوز التعامل بها لا تُعَدُّ أموال فلا ينتفع بها ولا تباع ولا تحجز ولا تورث.

_ وفي بعض الأحيان قد تكون الأشياء قابلة للتعامل ولكن لبعض أنواع العقود من دون أخرى أي أنها ليست قابلة لحكم العقد المراد إبرامه وإن كانت قابلة لحكم عقد آخر مثل الفواكه والخضراوات والطعام قابلة لعقد البيع ولكن ليست قابلة لحكم عقد العارية لأنها من الأشياء الاستهلاكية.

الفرع الثاني

الوجود أو قابلية الوجود

نصت المادة ١٣٢ من القانون المدني السوري: «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً».

فمحل العقد هو المعقود عليه وحتى يكون كذلك فمن الطبيعي والمنطقي أن يكون موجوداً عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل أي بعد إبرام العقد حتى يثبت فيه حكم العقد فإذا لم يكون موجوداً أو مستحيل وجوده في المستقبل فلا يثبت فيه أثر أو حكم العقد ولا يقوم العقد مطلقاً أي يكون باطلاً لانتفاء ركن المحل.

١ _ المحل قد يكون مستحيل الوجود لأمر تتعلق بالشيء ذاته:

فيكون المحل منعماً عند إبرام العقد إما لسبب مادي كاحتراق السيارة المراد بيعها، وانهدام الشقة المراد بيعها قبل العقد، لأنه إذا حصل الانعدام بعد العقد هنا لا يكون العقد باطلاً لتوافر أركانه عند الانعقاد وإنما نكون أمام مرحلة التنفيذ وبالتالي نبحت بأمر آخر وهو مدى إمكانية فسخ أو انفساخ العقد، كما يبحث في التنفيذ مسألة استحالة التنفيذ فإذا كانت **مطلقة** بالنسبة لجميع الناس كان العقد باطلاً مثل العقد على الانتقال بمركبة فضائية من الأرض إلى القمر خلال مدة معينة مع عدم وجود القدرة على ذلك. وقد تكون استحالة التنفيذ **نسبية** فقد يستطيع طبيب إجراء عملية جراحية معينة من دون آخر وهكذا.

٢ _ وقد تكون استحالة وجود المحل لسبب قانوني مثل الاتفاق مع محامي على رفع دعوى ثم يتبين أن الدعوى كانت ساقطة بالتقادم عند الاتفاق.

٣ _ بالتالي محل العقد يجب أن يكون موجوداً عند العقد أو يمكن وجوده في المستقبل مثل العقد لبيع شقة قبل بنائها أي تكون على المخطط، أو تأجير شقة بعد أشهر حتى يتم إفراغها وتجهيزها. وقد نصت المادة ١٣٢ مدني سوري على أن محل الالتزام يمكن أن يكون شيئاً مستقبلياً.

وبالتالي يمكن أن يكون العقد مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط ، وبهذا قال أبو حنيفة والحنابلة ، كأن يبرم عقد الإيجار في الشهر الأول من العام على أن يسري

٢ _ « ويكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع ، ويُعد الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه » المادة ٢٧١ من القانونين المصري والسوري.

وراجع : نقض مصري _ طعن رقم ٦٨ لسنة ٤٢ ق _ جلسة ١٩٨٢/٤/١٥ _ س٣٣ _ ص٤١٧ .
والأجل إما أن يكون واقفاً فلا يكون العقد نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل ، و إما أن يكون الأجل فاسخاً وهو الذي يترتب على انقضائه زوال الالتزام ، فيكون الالتزام أو العقد نافذاً حتى يحل الأجل المعلوم، انظر المادة ٢٧٤ من القانونين المصري والسوري .

الإيجار في الشهر السادس منه، واستدلوا بما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم بأنه استأجر بشرط تأجيل تنفيذ عقد الإيجار إلى ثلاثة أيام، وهو استجاره وأبو بكر رجلاً لنقل راحلتيهما إلى غار ثور بعد ثلاثة أيام .

٤ _ موقف الفقه الإسلامي

ذهب الحنفية والحنابلة إلى وجوب أن يكون محل العقد موجوداً أو قابلاً للوجود والتسليم في المستقبل ، ، فالعقد على الشيء المَعدوم باطل، كمن يؤجر منزلاً يظنه موجوداً وإن يتبين أنه كان متهماً وقت العقد، أو يتبين أن حقه بالتأجير باطل، أما الهالك اللاحق للعقد فيمكن أن يجيز الفسخ أو الانفساخ على تفصيل في ذلك.

وراجع أيضاً خيار الشرط للمتعاقدين كلاهما أو أحدهما في المواد ٤٩٧/٥٠٢ من مجلة الأحكام العدلية، حيث يجوز أن يخير أحد المتعاقدين في فسخ الإيجار خلال مدة معينة، ولا تبدأ الإجارة إلا بحلول الأجل المتفق عليه أو سقوط خيار الشرط ، وانظر : الزيلعي الحنفي _ تبين الحقائق _ ج ٤ _ ص ١٤، ابن قدامة _ الكافي ج ٢ _ ص ٣١، الحصكفي _ شرح الدر المختار _ ج ٢ _ ص ٤٦، الشيخ علي الخفيف _ أحكام المعاملات الإسلامية _ ص ٣٦٢، محمد أبو زهرة _ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية _ ص ٣٦٣ وما بعدها.

^٢ _ انظر: ابن قدامة _ المغني ج ٨ _ ص ٩، ونصت المادة ٤٤٠ من مجلة الأحكام العدلية بأن الإجارة المضافة صحيحة، الحصكفي _ شرح الدر المختار ج ٢ _ ص ٢٧٧، الكاساني _ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٤ _ ص ٢٠٣.

^٢ _ صحيح البخاري ٢٢٦٤، وسنن أبو داود ٤٠٨٣.

^٢ _ في حين ذهب **الشافعية والمالكية** أن المَعدوم لا يصلح أن يكون محلاً للعقد أكان قريب الوجود أم كان ممكن الوجود لأن ذلك سيؤدي إلى الغرر والقمار في عقود المعاوضات، فموجب العقد هو القبض في الحال، انظر: ابن تيمية _ الفتاوى _ ج ٢٩ _ ص ١٢٨، الرملي _ نهاية المحتاج ج ٥ _ ص ٢٧٥، ابن قدامة _ المغني ج ٨ _ ص ٩، السيوطي _ الأشباه والنظائر ج ٢ _ ص ٧٧٥، ابن نجيم _ الأشباه والنظائر _ ص ٢١١، الكاساني _ بدائع الصنائع ج ٤ _ ص ٢٠٣، محمد أبو زهرة _ الملكية ونظرية العقد _ ص ٢٥٦، د / نادرة سالم _ عقد إيجار الأماكن بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي _ ص ٨٠.

وكان الحنفية على رأي الشافعية إلا أنهم أجازوا العقد على المَعدوم استحساناً لإقرار عدد من العقود من على الرغم من أن محلها مَعدوم كالإجارة وعقد السلم والاستصناع ، انظر : بائع الصنائع ج ٥ _ ص ١٧٥، ج ٥ ص ٢٠٤، محمد أبو زهرة _ المرجع السابق _ ص ٢٥٦.

^٢ _ انظر : ابن قدامة _ المغني _ ج ٨ _ ص ٩، وراجع المادة ٤٥٧ من مجلة الأحكام العدلية .

إلا أنَّ الحنابلة في رأي آخر يرون أنَّ المعدوم أساساً يصلح لكل عقد، باعتبار أنَّ علة المنع كانت لوجود الغرر المفضي إلى المخاطرة والمقامرة وليس للعدم ، فالشارع لم يوجب أنَّ يكون كل مبيع مستحق التسليم عند العقد، فقد يشترط المتعاقدان التأخير في الثمن أو المعقود عليه، ويتابع ابن القيم بقوله كيف يمنعه الشارع ما فيه مصلحة له ولا ضرر على الآخر فيها .

فالعقد على محل غير قابل للوجود، أولاً يقدر على تسليمه يُعدُّ باطلاً، فلا يمكن بيع عقار مغصوب أو مستأجر (إذا تم البيع من المستأجر) .

الفرع الثالث

التعيين

نصت المادة ١٣٤ من القانون المدني السوري: «١. إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أنَّ يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً. ٢. يكفي أنَّ 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.»

من خلال هذه المادة نرى أنَّ تعيين محل العقد يمكن أنَّ يكون بالذات أو بالنوع.

أولاً - **تعيين المحل بالذات**: ويكون بالإشارة إليه إذا كان موجوداً بمجلس إبرام العقد كهذه البضاعة، وهذا الموبايل، أو بتعيين محل العقد بشكل يميّزه عن غيره مثل ذكر نوع

^٢ انظر: ابن القيم _ أعلام الموقعين _ ج ٢ _ ص ٢٨، عبد العزيز سمك _ الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي _ ص ٩٣/٩٤، محمد أبو زهرة _ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية _ ص ٢٥٧

^٢ انظر : كشاف القناع ج ٣ _ للبهوتي _ ص ٥٦٤، الرملي _ نهاية المحتاج _ ج ٥ _ ص ٢٧١، د/ عبد الرحمن عبد القادر _ الوسيط في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي _ ص ٧٥.

ورقم السيارة المباعة أو ذكر رقم ومنطقة العقار المباع أو المؤجر. وإذا عيّن المحل بالذات عندها تنتقل الملكية بالعقد مع الاحتفاظ بقواعد التسجيل (كتسجيل العقارات).

ثانياً _ تعيين المحل بالنوع: وقد يكون المحل بالنوع وليس بالذات مثل بيع طن من السكر أو الأرز، وعندها لا بد من تحديده وتعيينه في العقد ويكون ذلك بإفراز المحل حتى يقع عليه حكم العقد ويكون الإفراز بالوزن (مثل طن من الأرز) أو القياس (مثل عدد من أمتار القماش) أو العد (مثال ١٠ حواسيب). فإذا لم يتم الإفراز أو لم يذكر معيار لتحديده في العقد كان العقد باطلاً.

ثالثاً _ درجة الجودة: ذكرت المادة المذكورة أعلاه حالة الاختلاف على جودة الشيء محل العقد من دون أن تكون محددة في العقد ذاته، عندها يتوجب على القاضي أن يأخذ بما يقضي به العرف أو أي ظرف آخر يستخلص من عملية التعاقد، وإلا أن لم يوجد عرف أو ظرف لتحديد محل العقد عندها يلتزم المدين بتسليم الشيء محل العقد المتفق عليه من صنف وسط في الجودة.

رابعاً _ الالتزام النقدي: إذا كان محل الالتزام أو العقد نقود محددة في نوعها فيجب أن تكون محددة في عددها، وإذا انخفضت قوتها الشرائية أو ارتفعت فلا تأثير ذلك على العقد، فيلتزم بها المدين كما تم النص عليها. وهذا ما يتفق والقاعدة الفقهية المذكورة في حديث الرسول عليه الصلاة والسلام «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو شرطاً أحل حراماً» .

خامساً _ موقف الفقه الإسلامي: في الفقه الإسلامي أيضاً يجب أن يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة المفضية للغرر والنزاع . فلو باع أو أجر شخص منزلاً

^٢ _ رواه البيهقي في السنن الكبرى ٧٩/٦، ورواه الدار قطني كذلك بهذه الصيغة برقم ٢٨٦٩ وبصيغة أخرى برقم ٢٨٧٠، "المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق"، و"المسلمون عند شروطهم" عند أبي داود _ ٣٥٩٤.

^٢ _ انظر : الإمام الشافعي _ الأم ج ٨ _ ص ١٢٨، ابن قدامة _ المغني ج ٨ _ ص ٣٧/٢٤، وراجع المادة ٤٥٠/٤٥١ من مجلة الأحكام العدلية، ابن قدامة _ الكافي ج ٢ _ ص ٢٠٣، السرخسي _ المبسوط ج ١ _ دار المعرفة _ بيروت ١٩٨٦ _ ص ٤٨، بهاء الدين المقدسي _ العدة شرح العمدة ج ١ _ ص ٣٧٤.

فيجب تحديد أوصافه الأساسية وموقعه ورقم العقار والمنطقة العقارية. وإذا كان المعقود عليه في مجلس العقد فيكون تعيينه بالإشارة إليه أو غيرها من الظروف والأعراف التي تحدد المحل المعقود عليه. والجهالة التي تبطل العقد هي الجهالة الفاحشة كأن يبرم البيع على سيارة من السيارات التي يملكها البائع ، أما الجهالة البسيطة التي يتساهل فيها عرف الناس فلا تبطل العقد، فالمدار على العرف .^٢

وإذا كان المعقود عليه غير موجود عند التعاقد فمن حرص **الفقه الإسلامي** على تحديد المعقود عليه وتعيينه منعاً للغبن أو الغلط أو التدليس نصّ على خيار الرؤية شرعاً وليس اتفاقاً، فيكون العقد على الشيء غير الموجود عند التعاقد عقداً غير لازم خلال فترة الخيار، عملاً بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام « **من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، أن شاء أخذه وإن شاء تركه** » .^٣

وهذا من رحمة التشريع الإسلامي وحرص على رفع الغبن والجهالة والغلط في العقود.

^٢ _ انظر: الشيخ على الخفيف _ أحكام المعاملات الشرعية _ ص ٢٥٤، ويُعدّ العقد مع الجهالة عند الحنفية فاسداً باعتبار أنَّ العلم بالمبيع والثمن علماً مانعاً من المنازعة، هو شرط صحة في البيع، بدائع الصنائع _ الكاساني ج ٥ _ ص ١٥٦/١٥٧.

^٣ _ رواه الدارقطني في سننه ٢٧٧٧، السنن الكبرى للبيهقي ٥/٢٦٨، الكاساني _ بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩٥، وذهب مالك والشافعي في الجديد وأحمد في رواية إلى أنه لا يجوز البيع في حال عدم الرؤية، فلا يجوز العقد على الشيء الغائب لأن في ذلك جهالة ومنازعة في أصل العقد ووصفه، تفضي إلى الغرر المنهي عنه، ولقول رسول الله عليه الصلاة والسلام « لا تبع ما ليس عندك » انظر : الزيلعي _ تبیین الحقائق ج ٤ _ ص ٢٤، الحصكفي _ شرح الدر المختار _ ج ٢ ص ٥٢، محمد أبو زهرة _ الملكية ونظرية العقد _ ص ٣٧٤، عبد العزيز سمك _ النظريات العامة في الفقه الإسلامية _ ص ٤٤٠.

المطلب الثالث

المحل في التشريع المقارن والحديث

يحتوي القانون المدني الآن في التشريعات المقارنة على عدد من الأحكام بشأن تحديد التزامات الأطراف في العقد. يجب أن تكون هذه الالتزامات موجودة، ويجب أن تكون ممكنة، ولكن، أكثر من ذلك، يجب أن تميل نحو توازن معين. أو بتعبير أدق، القانون المعاصر يعاقب، وبشكل أكثر انتظامًا، عدم التوازن التعاقدي. سيكون موضوع دراستنا، بالنسبة لهذا القسم، هو محل العقد أو ما تدور حوله العملية التعاقدية، حيث تنص المادة ١١٦٣ من القانون المدني الفرنسي من الآن فصاعدًا على أن "الالتزام يتعلق بشيء محدد هو محل العقد".

الفرع الأول

المحل غير محدد

وفقًا للمادة ١١٦٣ من القانون المدني الفرنسي، يجب أن يكون محل العقد "محدد أو قابل للتحديد". الفكرة هنا هي السماح للمتعاقد المشارك بمعرفة سبب التزامه، ولديه فكرة واضحة عما سيحصل عليه مقابل أداء ما التزم به. إذا لم يتم تعيين أو تحديد أحد المنافع في وقت إبرام العقد، فإن الطرف المتعاقد الذي يجب أن يستفيد من هذه المنفعة يكون تحت رحمة شريكه الذي سيكون لديه الوقت لتحديد هذه المنفعة².

في أفضل الأحوال، يتم تحديد محل العقد أو المنفعة المرجوة من العقد، بمعنى أن الطرف المتعاقد يعرف الحدود الدقيقة للمنفعة موضوع الالتزام. في بعض الأحيان لا يمكن تحديد هذه المعالم الدقيقة في وقت إبرام العقد، وفي هذه الحالة، يجب أن تكون المنفعة قابلة للتحديد على الأقل. ما يجب أن يفهم من قبل "قابل للتحديد"؟ تنص المادة ١١٦٣ على ما يلي: "تكون المنفعة قابلة للتحديد عندما يمكن استنتاجها من العقد أو

²E. Mouial Bassilana, J.-B. Racine, *J.-Cl. Civil Code*, fasc. 30 Contrat – contenu du contrat: objet du contrat, *LexisNexis*, 2018, n° 33.

بالرجوع إلى طبيعة التعامل أو المعاملات السابقة للأطراف، من دون الحاجة إلى اتفاق جديد بين الطرفين". وهذا يعني أنّ المعايير الموضوعية يجب أنّ تمكن الشريك المتعاقد من معرفة ما هو ملتزم به. أو يمكن تحديد هذه المنفعة التي تشكل محل العقد من خلال تدخل طرف ثالث (مثل تقييم سعر السهم). أو يمكن التمسك بما هو سائد من تعامل سابق أو المتعارف فيه في السوق الموجود في مكان العقد لتحديد الالتزام. ومع ذلك، هناك سؤال واحد لم يتم حله: هل من الممكن إعطاء أحد أطراف العقد سلطة تحديد محل العقد من جانب واحد؟ في هذه الحالة، تكون المنفعة موضوع الالتزام محددة ... القانون لا يجيب على هذا السؤال. بالنسبة إلى بعض المؤلفين، ليس هذا هو القصد من المادة ١١٦٣، وهو بالأحرى قرار ثنائي^{٢٥}. انظر ماذا سيقول الفقه ... إذا لم يتم تحديد محل العقد أو كان قابلة للتحديد، فينعدم العقد. مثلاً: في عقد بيع العقارات، إذا كان من المفترض أنّ يقوم أحد الأطراف ببيع أرض "في منطقة أنشطة وفي موقع يتم تحديده بسعر ١٢٠٠٠٠ فرنك"، من دون تفاصيل أكثر. اعتبرت محكمة النقض أنّ "عدم وجود أي إشارة ... إلى موقع الأجزاء أو عددها أو جودتها الجوهرية أو وضعها القانوني" يعني أنّ "البضائع المباعة ليست مخصصة للبيع" عندما يكون "محل العقد غير محدد ولا يمكن تحديده من خلال عبارات في العقد"^{٢٦}.

أثار تعيين محل الالتزام الكثير من الصعوبات في الاجتهادات القضائية، عندما يتعلق الأمر بتعيين الثمن. يحتوي هذه الالتزام الآن على أحكام محددة في القانون المدني. ينبغي أنّ يقال فيه بضع كلمات.

عندما يكون محل الالتزام يتعلق بدفع الثمن، مبلغ من المال، تنطبق المبادئ الموضوعية سابقاً على هذه الالتزام أو المنفعة. يجب تحديد المبلغ المستحق أو امكانية تحديده على

²⁵É. Mouial Bassilana, J.-B. Racine, *J.-Cl. Civil Code*, fasc. 30 Contrat – contenu du contrat: objet du contrat, *LexisNexis*, 2018, n° 44.

²⁶Cass. 3° civ., 17 juill. 1997, n° 96-11.142.

الأقل. لكن، باستثناء بعض العقود فقط، من الممكن أن يكون السعر غير محدد أو قابل للتحديد. هذا هو الحال بالنسبة للعقود الرئيسية وعقود تقديم الخدمات (المادتان ١١٦٤ و١١٦٥ من القانون المدني).

العقود الرئيسية: تم تعريف العقد الرئيسي بموجب المادة ١١١١ من القانون المدني. أنه "اتفاق يتفق الطرفان على الخصائص العامة لعلاقتها التعاقدية المستقبلية". ثم يتم استكمالها بعقود تنفيذية، والتي "تحدد شروط وأحكام التنفيذ" للعقود الرئيسية. يستخدم هذا النوع من العقود بشكل متكرر في قطاع التوزيع، حيث العلاقات بين المورد والموزع مكثفة. لذلك من الممكن أن ينص في هذا العقد على أنه في سياق العلاقات بين الطرفين، سيتم تحديد السعر من جانب أحد الطرفين. في حالة سوء استعمال هذا الحق، أي التعسف في تحديد الثمن، يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض (والذي سوف يكون ذا طابع عيني، عن طريق التعويض، بتخفيض السعر). ويجوز للقاضي أيضا فسخ العقد.

- عقود تقديم الخدمات (يمكن الحديث أيضا عن عقد المعاولة): هذا العقد غير محدد بموجب القانون المدني. يمكن تعريفه ببساطة على أنه عقد يلتزم بموجبه طرف ما بالالتزام بالقيام بعمل (وليس بإعطاء شيء) ^٢. على سبيل المثال: عقد الوكالة، والتعاقد مع صاحب مهنة ... صحيح أنه في بعض الأحيان يكون من الصعب تحديد ثمن الخدمة مقدماً قبل تنفيذها ^٢. وهذا هو السبب في أن المادة ١١٦٥ تنص على أنه، في حالة عدم وجود اتفاق مسبق، يمكن تحديد السعر من قبل مزود الخدمة. في حالة النزاع، يجب عليه تبرير المبلغ. في حالة التعسف في تحديد ثمن الخدمة المقدمة، يتم تطبيق نفس التدابير المطبقة على العقد الرئيسي.

²⁵⁷G. Lardeux, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659.

²⁵⁸G. Lardeux, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659.

الفرع الثاني

استحالة محل الالتزام

وفقاً للمادة ١١٦٣ من القانون المدني، يجب أن يكون محل الالتزام المنصوص عليه في العقد "ممكن". على سبيل المثال، عقد البيع الذي يكون محله الحيوان الأسطوري أحادي القرن (حيوان خرافي) سيكون مستحيلاً، وبالتالي، يكون باطلاً. فرضية أخرى، عندما يتعلق العقد بمحل التزام كان قد هلك عند إبرام العقد. تخيل على سبيل المثال أن الطرفين يتفقان على بيع عقار كان قد هلك في حريق قبل يوم من إبرام العقد (حدث لا يعرفه الطرفان).

يتم تقييم هذا الاستحالة بموضوعية، وليس فيما يتعلق بالمدين. على سبيل المثال، تخيل أنك تلزم نفسك تعاقدًا بإعادة كهرباء المنزل عندما لا تكون لديك معرفة بالكهرباء: لن يكون العقد باطلاً، لأنه في المطلق، يكون المحل ممكن أو حتى قابل للإمكان. بغض النظر إذا كان المدين قادر على القيام به أم لا. لذلك، فإن الأمر متروك للأطراف المتعاقدة من أجل عدم الانخراط فيما يتجاوز قدراتهم. في هذه الحالة، قد يتم فرض عقوبات على خرق العقد.

يجب أن يكون محل العقد سواء كان إعطاء شيء أو القيام بعمل أو عدم القيام بعمل ممكناً. ولكن يمكن أن يكون حاضراً أو مستقبلاً. بمعنى آخر، من الممكن التعاقد على أشياء مستقبلية. على سبيل المثال: عقد على منتج لم يتم تصنيعه بعد، ومبنى لم يتم بناؤه بعد على أن يكون غير مستحيلاً استحالة مطلقة.

المبحث الرابع

السبب

يُعرَّفُ السبب على بأنه: كل أمر ربطت به واقعة أو حادثة ما وجوداً وعدماً وهو خارج عن الماهية. فوجود السبب يستلزم وجود المسبب، وانعدام السبب يستلزم انعدام المسبب؛ مثال إتلاف المال يستلزم التعويض، فالإتلاف هو السبب المنشأ للتعويض، والقربة هي سبب للميراث، والباعث على التعاقد هو سبب العقد كسواء شقة سكنية بسبب الزواج للسكن فيها.

المطلب الاول

النظرية القديمة والحديثة في السبب

تخبط الفقه القانوني في فرنسا كثيراً بين نظرية قديمة وجديدة لتحديد سبب العقد للحد من سلطان الإرادة العقدية التي قد تنشأ التزامات غير مشروعة أو مخالفة للنظام العام ولا يمكن إبطالها إلا بنظرية السبب، كما لو تم الاتفاق بين شخص وآخر على أن يقوم الأول بعدم قتل شخص ثالث لقاء مبلغ مالي.

ويرجع هذا التخبط في الفقه القانوني الغربي إلى أنهم يبحثون في العقود على أنها التزامات متبادلة بين طرفيها، وربما ورثوا ذلك من الشكليات التي كانوا عليها فاهتموا بالالتزام أكثر من العقد .

١ _ النظرية القديمة أو التقليدية تقول: أن سبب العقد هو الغرض المباشر الذي يريد المتعاقد أو الملتزم تحقيقه من الالتزام. ويسمى بسبب الالتزام.

ثم ظهرت النظرية الحديثة في الفقه بعد أن وجه لهذه النظرية العديد من الانتقادات، ومنها أن سبب الالتزام هو واحد في جميع العقود لأن سبب التزام كل ملتزم هو محل

^٢ _ انظر مناقشة نظريات السبب كركن في العقد لدى: مصطفى الزرقاء، محاضرات في القانون المدني السوري، ص ١٢٥/١٣٨، محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني ج ١، فقرة ١٨٧، أيمن العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، ص ٢١ وما بعدها.

التزام الطرف الآخر؛ فسبب التزام البائع في عقد البيع هو الثمن، وسبب التزام المقترض هو القرض....، وبالتالي بحثت هذه النظرية في مدى وجود الالتزام من عدمه لأنه إذا لم يكن محل للالتزام مقابل يسقط الالتزام.

٢_ أما النظرية الحديثة فعرفت السبب على أنه الغرض غير المباشر، أي الباعث الدافع على التعاقد ويسمى بسبب العقد.

فإذا كان هذا السبب غير مشروع وعلم الطرف الآخر بذلك بطل العقد لاختلال ركن من أركانه، وهو السبب. ف شراء مواد ما لصنع مواد متفجرة لقتل الآخرين وعلم البائع بذلك يجعل العقد باطلاً لعدم مشروعية سبب العقد. فهذه النظرية تبحث في مشروعية أو عدم مشروعية سبب العقد أي الباعث على التعاقد.

المطلب الثاني

موقف القانون المدني

نص القانون المدني السوري في المادة ١٣٨ على أنه: «١. كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يعم الدليل على غير ذلك. ٢. ويُعدّ السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإنّ قام الدليل على صورة السبب، فعلى من يدعي أنّ للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه».

ويبدو لنا أنّ القانون السوري أخذ بالنظريتين معاً فإذا ثبت عدم وجود السبب بطل العقد، لأنه في الفقرة الأولى افترض وجود السبب تماشياً مع النظرية التقليدية. وإذا ثبت عدم مشروعيته يبطل كذلك أيضاً، لأنه تحدث عن مشروعية السبب فهنا أخذ بالنظرية الحديثة. وقد ذكرت المادة ١٣٧ حالة عدم وجود السبب، وحالة عدم مشروعيته وجعلت العقد باطلاً في الحالتين.

المطلب الثالث

موقف الفقه الإسلامي

نظر الفقه الإسلامي إلى العقد على أنه وحدة متكاملة وفق أركان وشروط انعقاد لا يقوم العقد بدونها، ولهذا لم يواجه الفقه الإسلامي مشكلة السبب التي أراد بها الفقه الغربي الحد من الإرادة العقدية، لأن من شروط انعقاد العقد في الفقه الإسلامي أن يكون مفيداً، وأن يظهر نتيجة قانونية جديدة إلى حيز الوجود، وأن يكون الباعث على التعاقد لا يخالف نصوص الشرع وقواعده العامة، وبالتالي لا حاجة لنبحث في سبب الالتزام لأنه أثر للعقد في الفقه الإسلامي فإذا بطل العقد باختلال أركانه أو شروط انعقاده بطلت جميع الالتزامات في العقد .

فإذا تعهد شخص تجاه آخر بارتكاب جريمة مقابل مبلغ نقدي، فحسب الفقه الغربي ارتكاب جريمة هو التزام غير مشروع، ولكن التزام الطرف الآخر بدفع مبلغ مالي هو أمر مشروع ولهذا لا يمكن إبطال التزام الأخير إلا بابتداع نظرية عدم مشروعية سبب العقد. في حين يبطل العقد في الفقه الإسلامي لعدم توافر شروط الانعقاد (التي ذكرنا بعضها أعلاه) من دون حاجة لنظرية السبب.

وبالنسبة لمشروعية الباعث على التعاقد (أي سبب العقد) في الفقه الإسلامي إذا ذكر في العقد وتبين أنه غير مشروع عندها يبطل العقد بإجماع فقهاء الإسلام. ولكن الإشكالية في حالة عدم ذكره عندها لا يبطل العقد وفق الفقه الحنفي والشافعي لأنهم يرجحون الإرادة الظاهرة استقراراً للمعاملات. بخلاف الفقه المالكي والحنبلي الذي يرى بأن المشروعية هنا من شرائط الانعقاد، وبالتالي يمكن التعرف على عدم مشروعية الباعث من ظروف وملابسات العقد ، كمن يبيع سلاحاً لمن يعلم أنه قاتل أو من المفروض أن يعلم بذلك وفق ظروف وملابسات العقد.

^٢ _ انظر: محمد حاتم البيات، أيمن أبو العيال، الالتزامات، مرجع سابق، ص ١٥٧.

^٢ _ انظر: محمد حاتم البيات، أيمن أبو العيال، مرجع سابق، ص ١٥٩.

المطلب الرابع

موقف التشريع المقارن والحديث

وفقاً للمادة ١١٠٨ من القانون المدني الفرنسي في نصه قبل التعديل، فإنّ هذا هو آخر الشروط المطلوبة لصحة العقد. مكرسة لهذا المفهوم المواد ١١٣١ و ١١٣٢ و ١١٣٣ من القانون المدني. إنّها فكرة عميقة جداً. المسألة هي موضوع جدل كبير حول تعريفه والدور الذي يمكن الاعتراف به.

وفقاً لـ "تولير"، "السبب هو الدافع للالتزام"، والسبب هو ما يفسر ذلك الالتزام. يمكن فهم الفكرة من ناحيتين: من ناحية، السبب الفاعل أو الرسمي، السببية المدنية، هو الحدث الدافع للالتزام (موافقة الأطراف، تنفيذ الإجراءات الشكلية التي يحددها المشرع، النقل المادي للشيء من شخص لآخر) هو حقيقة موضوعية؛ من ناحية أخرى، فإنّ السبب النهائي، أي الهدف الذي يسعى إليه أولئك الذين ينخرطون في هذه الفكرة، هذه الفكرة ذات طبيعة شخصية.

في البداية، يمكن أن يقتصر تحليل الدوافع التي حددت طرفاً على التعاقد على الهدف الفوري والمجرد، وهو ما يُطلق عليه السبب الـ *proxima causa*. مشتري السيارة يلتزم بدفع الثمن من أجل الحصول على ملكيتها، ويلتزم المستأجر بدفع الإيجار من أجل الحصول على المقابل من هذا التعاقد. الهدف لا يزال مجرد للغاية، لا يزال هو نفسه بالنسبة لنفس النوع من العقود، والسبب هنا هو الالتزام. الهدف شخصي بطبيعته ولكن هذا الهدف سيظل محدداً بموضوعية.

في النهج الثاني، يمكن دفع التحليل النفسي إلى الدوافع، والدوافع أكثر بعداً، والسبب البعيد: مشتري مركبة يتعاقد من أجل اصطحاب عائلته في السيارة، أو لتلبية الاحتياجات المهنية؛ يمكن للمستأجر أن يأخذ سكناً لاحتياجاته المهنية أو العائلية أو لجعله مكتبا لنشاطاته التعاونية أو الخيرية. الأسباب واقعية للغاية ومتغيرة وشخصية، فهي أسباب تسمح بتقدير شرعية الهدف المنشود أو لا. هذا هو سبب العقد.

في التحليل الأول يتوافق مع النظرية الكلاسيكية للسبب. النظرية الحديثة من جانبها تأخذ في النظر جميع الدوافع البعيدة. كل نظرية لها مجال التطبيق الخاص بها: وجود السبب يتعلق بالدافع المباشر، ومسألة طابعه غير المشروع تتعلق بالسبب الملموس المحدد بشكل شخصي وبعيد.

من خلال استقراءنا للمعطيات القانونية والقانون المدني باعتباره الشريعة العامة لكافة فروع القانون الخاص، سنجد أنه جعل للسبب مكانة خاصة في مجال المعاملات خصوصاً في مجال التصرفات القانونية، حيث اعتبرها أحد أركانها الأساسية حينما نصّ على ضرورة أن يكون هناك سبب مشروع للالتزام وفي هذا إشارة واضحة من طرف المشرع السوري إلى أن السبب هو ركن مرتبط بالالتزام التعاقدي وليس بالعقد في حد ذاته. هذه أول خصوصيات الالتزام اضافة إلى أنه افرد له مجموعة من الفصول القانونية حيث عمل على تنظيمه من خلال عدة مواد في القانون المدني.

أول ما يلاحظ في هذا الباب أن المشرع السوري قد سار على منوال باقي التشريعات القانونية حيث لم يعمد إلى تعريف مفهوم السبب كما أنه ذهب مع ركب التشريعات العربية التي تبنت التوجهات العامة للمدرسة الفرنسية في تنظيمها لمفهوم السبب ومن هنا فإن المشرع السوري تبنى النظرية التقليدية لمفهوم السبب التي تلخص السبب في الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه المتعاقدين من عملية التعاقد.

حيث اسماها الفقهاء القانونيين بالنظرية الموضوعية لمفهوم السبب. ومن خصوصيات هذه النظرية انها:

١. تكتفي بالسبب المعلن عنه في العقد المبرم بين الطرفين حيث تُعده هو السبب الحقيقي لعملية التعاقد وعلى من يدعي خلف ذلك أن يثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات.
٢. كما أن المشرع السوري من خلال هذه النظرية يعمل على التمييز بين أنواع العقود في عملية استخلاص مفهوم السبب حيث ان:

§ السبب في العقود التبادلية والملزمة للجانبين يتجلى في الالتزامات المتقابلة للأطراف.

§ السبب في عقود التبرع هو نية التبرع.

§ السبب في العقود الرضائية التي تنطوي على عملية التداين هو وجود الدين الذي يرتب الالتزامات متبادلة.

٣. ومن خصائص مفهوم السبب في هذه النظرية هو أنه ثابت حيث لا يتغير بتغير الأطراف.

الا أن الفقيه بلانيول يرى في هذه النظرية مجموعة من السلبيات أهمها:

• أنها نظرية غير واقعية ولا يمكن اعتمادها في المصادقة على صحة التصرفات من عدمها.

• أن انتشار هذه النظرية التي دافع عنها كل من الفقيه "دوما وبوتيه" راجع للعملية التقليد والقوة والخوف من سلبيات النظرية الباعث الشخص التي ظهرت استنادا لإسهامات الفكر الكنسي في التشريع والتي تبحث عن الدافع الذي دفع الشخص إلى إبرام العقد.

ترتبا على ما سبق فإن أنصار النظرية التقليدية دافعوا عن نظريتهم من خلال جملة من السلبيات التي تواجه نظرية الدافع او الباعث الشخصي يبقى من أهمها:

١. الخوف من عدم استقرار المعاملات إذا تم تبني هذه النظرية

٢. الصعوبات التي تعتري المؤسسة القضائية من أجل الوقوف على حقيقة السبب

الا أن أنصار الفقيه بلانيول يرون في هذه الاسباب التي دفعت إلى تبني نظرية السبب غير كافية لتبني نظرية السبب برمتها. على الرغم من أن الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي حاول تلطيف هذه النظرية من خلال مجموعة من الاجتهادات الفقيهة والقضائية. إلا أن هذه التطورات التي عرفتها نظرية السبب تُعد غير كافية بالنسبة لأنصار الفقيه بلانيول حيث دعوا إلى ضرورة حذف مفهوم السبب من التشريع المدني مادام هناك نظرية المحل فمتى استقام مفهوم المحل لديهم إلى وكان السبب مشروعاً.

من خلال استقراءنا لسلبيات النظرية التقليدية لمفهوم السبب التي أسالت مداد الفقهاء القانونيين في انتقادها لما يعترضها من اشكالات قانونية.

سنجد أنَّه هناك من يرى بضرورة إعادة النظر في هذه النظرية على مستوى التشريع الوطني لأنها نظرية قاصرة غير قادرة على تحقيق الامن التعاقدى الذي تسعى إلى تحقيقه كل المنظومات التشريعية في قانونها الوطني.

من هنا يمكن القول أنَّ هذا التحدي يتجلى في البنية الداخلية للنظرية التقليدية بحد ذاتها على مستوى التشريع الوطني أولاً.

أما التحدي الثاني فهو يتجلى في تخلي التشريع الفرنسي عن نظرية السبب من خلال التعديلات التي قام بها على مستوى قانونه المدنى.

ذلك بملاحظتنا لتعديلات التي اجريت على المستوى القانون المدنى الفرنسي سنجد أنَّه اقتنع بنداء الفقيه بلانيول الرامى إلى إلغاء فكرة السبب من التشريع المدنى الفرنسي للعدم واقعيته حسب اعتقاده حيث سنجد أنَّ المشرع الفرنسي عمل إلغاء فكرة السبب والمحل وعوضها بفكرة المضمون القانونى.

وفي هذا دعوة صريحة إلى المشرع السورى من أجل إعادة ترتيب اوراقه في مسألة التعامل مع نظرية السبب خصوصاً إذا علمنا أنَّ المشرع الفرنسي يُعدُّ المدرسة الأولى التي يستقي منها التشريع السورى احكامه القانونية.

ثالثاً: تطور مفهوم المعاملات المالية التي تشكل محورا للتنظيم على مستوى القانون المدنى السورى حيث لم تبق هذه المعاملات في صورة المعاملات المالية البسيطة بل انتقلنا بموجب الانفتاح الاقتصادى والتطور التكنولوجى إلى معاملات أكثر تعقيداً بحيث أصبحنا نسمع بالتجارة الالكترونية والاقتصاد الرقمى. أضف على ذلك السعي الحثيث وراء تحقيق ما يطلق عليه الأمن الالكترونى مما يشكل تحدياً صريحاً لنظرية السبب في شقها التقليدى فإذا كنا غير قادرين عن الحديث عن مجلس العقد فكيف يمكن الحديث عن نظرية السبب في ظل السجل الذى تحدثه مسألة الاعتراف بحجية المحررات الالكترونية

رابعاً: تراجع مبدأ الرضائية على حساب عودة مفهوم الشكلية إلى الواجهة، فلم يعد بالإمكان الحديث عن نظرية السبب كمفهوم من شأنه الحد من حرية التعاقد وسيادة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فماذا يمكن القول أمام رجوع مبدأ الشكلية من خلال التدخل المستمر للدولة من أجل تنظيم المعاملات التعاقدية بين الافراد بدعوى حماية العنصر الضعيف، الشيء الذي يفرغ نظرية السبب من أي محتوى تشريعي أو أهمية عملية ذلك أن أهمية المعاملات في ظل هذا المفهوم هو مدى مطابقة المعاملات للنظم الشكلية المفروضة من لدن الدولة بحجة أن مفهوم الشكلية مرتبط بالنظام العام مما قد يفضي إلى بطلان المعاملة في حالة عدم احترامها لمبدأ الشكلية.

خلاصة القول أنه إذا كان لنظرية السبب أهمية قصوى في المعاملات الرضائية التي تجعل من العقد شريعة المتعاقدين حيث إنها تعمل على الحد من سيادة هذا المفهوم وتخلق نوع من التوازن بين المصلحة الشخصية والمصلحة العامة ثم الأهمية القانونية التي تتميز بها النظرية التقليدية خاصة في مجال استقرار المعاملات

حيث أنه إذا كان المشرع الفرنسي عمل على تعويض نظرية السبب بمفهوم المضمون القانوني فهذا لا يعني بتاتا أن المشرع الفرنسي قد استغنى عن نظرية السبب. بمجرد استقراءنا للقانون المدني الفرنسي في حلقته الجديدة فإنه ينص على مفهوم السبب ولو بشكل غير مباشر.

كما أن المعاملات الالكترونية أصبحت تحظى بأهمية كبرى على مستوى التنظيم القانوني في ظل شيوعها بموجب شيوع التجارة الالكترونية وسيادة الاقتصاد الرقمي. كما أنها لم تستغن عن نظرية السبب ذلك لكون تنظيمها القانوني نص صراحة على أن العقد الالكتروني لا يشكل خروجاً على الاركان الاساسية المحددة لمفهوم العقد في شكلها الورقي. الشيء الذي يجعل من السبب حاضراً على مستوى هذا النوع من المعاملات.

ومبدأ الشكلية أصبح يحضر بقوة في العشرية الأخيرة على مستوى المعاملات المالية فإنه لا يعني بالضرورة الاستغناء عن ركن السبب لكون المعاملة يطالها البطلان إذا اختل سببها على الرغم من إفراغها في شكل معين.

من هنا نحن نساند الفقيه "كابتان" الذي دعى إلى الحفاظ على نظرية السبب ومع التلطيف الذي قام به القضاء الفرنسي من خلال توسعه في تفسير النظرية التقليدية لتشمل حتى نظرية الباعث الشخصي ليتم التأسيس لنظرية جديدة تشمل قوة النظرية التقليدية ومرونة الباعث الشخصي.



المبحث الخامس

آثار العقد

متى توافرت في العقد أركانه وشروط صحته، فإنَّ العقد يصبح قائماً من الناحية القانونية، ومن ثم يترتب عليه الآثار التي أرادها المتعاقدان من هذا العقد، ويصبح العقد بعد أن كان فكرة كامنة، حقيقة واقعه لا يمكن تجاهلها، وفق ذلك تترتب عن الإخلال بما تولد مسؤولية عقدية، وإذا كان من المسلم به أنَّ العقد يلزم المتعاقدان بما يرتبه من التزامات، فإنَّ السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو: هل تبقى هذه الالتزامات حبيسة هذه الدائرة الضيقة أم أنها تمتد لأشخاص خارجها يرى القانون أنَّ مقتضيات العدالة تستوجب أنَّ يتعدى إليها اثر العقد؟

لذلك سوف نتناول كل هذه المسائل في هذا البحث، ولعل المنطق يستدعي منا أولاً قبل الخوض في آثار العقد بالنسبة لطرفيه وغيرهم، أنَّ نحدد كيف يهتدي لتحديد الالتزامات والحقوق التي تضمنها العقد، وهذا ما يسمى بتحديد مضمون الرابطة العقدية، وإليك كل هذا فيما يلي:

المطلب الأول

تحديد مضمون العقد

يتحدد مضمون العقد عن طريق القيام بتفسيره، ثم بعد ذلك تكييفه، والتفسير معناه تحديد معنى عبارات العقد، أو ما أراده المتعاقدان من خلال هذه العبارات، أما التكييف فهو تحديد طبيعة العقد، هل هو إيجار أم بيع أم هبة... الخ، وسنعالج كمرحلة أولى التفسير، يليه التكييف، وأخيرا نصل إلى مسألة تحديد نطاق العقد.

الفرع الأول

تفسير العقد

يختلف دور القاضي في تفسير العقد، بحسب كون العبارات الواردة فيه واضحة أم غير واضحة، فإذا كانت عبارات العقد واضحة فإنَّ القاضي ملزم بمعناها الظاهر، ولا يجوز له أنَّ ينحرف عنها وهو ما جاء في نصَّ المادة ١٥١ من القانون المدني^٢، إلا إذا كان معناها الظاهر لا يتطابق مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فحين إذ تعين إهمالها والأخذ بما يتفق مع إرادة المتعاقدين، وهنا يجب على القاضي أنَّ يبين في حكمه الأسباب التي أدت به إلى استبعاد المعنى الظاهر للعبارات.

أما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة، بمعنى أنها تحتمل أكثر من معنى، فإنَّه يتعين على القاضي ترجيح معنى معين على باقي المعاني، وللوصول إلى هذا الترجيح، فإنَّه يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولقد حددت الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من القانون المدني بعض الأسس التي يعول عليها في هذا الأمر وهي:

أ. طبيعة التعامل

ب. ما ينبغي أنَّ يتوافر من أمانه وثقه بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري.

ومن ثم فإنَّ العبارة التي تحتمل معاني كثيرة، يتوجب على القاضي أنَّ يأخذ في تفسيرها بالمعنى الذي يتفق مع العقد والعرف الجاري التعامل معه، والقاضي في بحثه عن النية

^٢ المادة ١٥١ مدني سوري فقرة ١ "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

المشتركة للمتعاقدین بناءً على الأسس السابقة، فإنَّه لا يخضع لرقابه محكمه النقض، لأنَّ بحثه يندرج ضمن مسائل الواقع لا المسائل المتعلقة بالقانون.

وهناك من يرى بأن القاضي في تفسير العقد الغامض، لا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة الذي يستطيع تعرف عليها.

كما أنَّ القاضي إذا وجد تنازعا بين عرف عام وعرف خاص، فإنَّ عليه تفضيل العرف الخاص، ويجب أنَّ يكون العرف غير متعارض مع النظام العام.

فإذا لم يستطيع القاضي أنَّ يحدد النية المشتركة للمتعاقدین على وجه دقيق، بأن تراوح تفسير العقد بين معاني كثيرة، كل واحد منها محتمل ولا ترجيح لأحدها على الآخر، فإننا في هذه الحالة نكون بصدد الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدین، والقاعدة أنَّ الشك يفسر لمصلحة المدين على ما جاء في الفقرة الأولى من المادة ١٥٢ من القانون المدني، فإذا كنا بصدد عقد ملزم لجانب واحد، فسر القاضي هذا العقد لمصلحة هذا الجانب، وفي عقد الملزم للجانبين يفسر القاضي هذا العقد لمصلحة الطرف الذي قام الشك في تحديد التزامه.

فإذا قام الشك فيما إذا كان الشرط الجزائي مستحقا في حالة التأخر عن التنفيذ أم في حاله عدم التنفيذ، فسره القاضي على أنَّه يكون مستحقا في حاله عدم التنفيذ، وإذا كان المدين مثلاً ملزماً بإنشاء طرق معينه من دون تبيان الكيفية لذلك، ألزم المدين بأن يتبع الأيسر والأخف.

وقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، هي قاعدة لا تطبق إلا في حاله صعوبة الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدین، وذلك بوجود شك يصعب ترجيح معنى فيه على آخر، كما نصت الفقرة الثانية من المادة ١٥٢ على أنَّه لا يجوز أنَّ يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أم مديناً.

وفي الفقه الإسلامي نجد أنَّ القاعدة هي الأخذ بالإرادة المشتركة للمتعاقدین، وذلك لأنَّ العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني.

الفرع الثاني

تكييف العقد

إذا انتهى القاضي من تفسير العقد، فإنَّه يتعين عليه أنَّ يقوم بإعطاء الوصف القانوني له، وعملية التكييف تُعدُّ من مسائل القانون، حيث لا يتقيد القاضي فيها بالوصف الذي أعطاه المتعاقدان للعقد، فإذا وجد أنَّ الوصف المعطى لا ينسجم مع طبيعة العقد، عدل عنه إلى الوصف الذي يراه القانون مناسباً، سواء كان الوصف الخاطئ قد وضع عن قصد أم عن غير قصد من المتعاقدين، والقاضي في إعطائه للوصف الصحيح ليس ملزم بأن يمضي في ذلك بناء على طلب أحد المتعاقدين، بل أنَّه يسعى في ذلك كلما تجلت له عدم مطابقة بين طبيعة العقد والوصف الممنوح.

الفرع الثالث

نطاق العقد

إذا انتهى القاضي من تفسير العقد وتكييفه، تعين عليه بعد ذلك تحديد نطاقه، حيث أنَّ العقد لا يلزم المتعاقدين بما ورد فيه فقط، بل يمتد ليلزمهما بما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة، فمثلاً في بيع السيارة يُعدُّ من مستلزمات الشيء المفاتيح ومستندات التملك، وبيع المزرعة يشمل المواشي والمعدات المخصصة لخدمة تلك المزرعة، وهنا نلاحظ بأن طبيعة الالتزام تستوجب هذا النوع من المستلزمات. كما قد يحدد العرف بعض الالتزامات التي يتعين تنفيذها، ومن ثم تضاف إلى العقد الشروط المألوفة، ويصبح لكل واحد من المتعاقدين المطالبة بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط ولو لم تذكر، ومثال ذلك ما يجري عليه العمل في بعض المطاعم والفنادق الفخمة، من حيث إضافة نسبه مئوية على حساب الزبون، ويسمى العرف هنا بالعرف المكمل لمضمون الالتزام، وليس العرف الذي ذكرناه كأساس لتحديد العبارة الغامضة.

الفرع الرابع

ضرورة الالتزام بمضمون العقد (القوة الملزمة للعقد)

تَرْجِعُ القوة الملزمة للعقد، إلى مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنَّه مع تراجع هذا المبدأ، فإنَّه يمكن رد القوة الملزمة للعقد إلى اعتبارات أخلاقية واقتصادية، والعقد يلزم كل المتعاقدين بما اتفقوا عليه، ولا يجوز لأحدهم أن يحله أو يعدله بإرادته المنفردة، وهذا ما يعبر عنه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وفق نص المادة ١٤٨ من القانون المدني. بالإضافة إلى ذلك، على المتعاقدين احترام ما في العقد، وهذا الالتزام لا يقتصر على المتعاقدين بل يتعداه إلى القاضي، فلا يجوز للقاضي أن يعدل ما اتفق عليه المتعاقدان.

وينبغي كذلك تنفيذ العقد بحسن نية، وهذا المبدأ واجب في جميع العقود على ما جاء في الفقرة الأولى من المادة ١٤٩ من القانون المدني، ففي عقد المعاولة مثلاً، إذا كان المقابل ملزماً بمد الأسلاك الكهربائية بين منطقتين فإنَّه يتعين عليه وفقاً لمقتضيات حسن النية، أن يختار المكان الأكثر اختصاراً، لا أن يختار المكان الأطول لتحقيق ربح مالي أكبر، ولا يختصر حسن النية على المدين فقط بل يجب على الدائن أن يتحلى به، وذلك بعدم التعسف في استعمال حقه.

غير أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ترد عليها استثناءات، حيث يحيز القانون في بعض الأحيان لأحد المتعاقدين أن ينهي العقد بإرادته المنفردة، من قبيل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٨١ من القانون المدني في خصوص الموكل في إنهاء الوكالة .

كما أن هناك حالات يجوز فيها للقاضي تعديل العقد، من ضمن هذه الحالات، تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي، وكذلك تدخل القاضي في منح أجل للمدير (نظرة

^٢ المادة ٦٨١ فقرة ١ "يجوز للموكل، في أي وقت، أن ينهي الوكالة أو يقيد بها، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. فإن كانت الوكالة بأجر، فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول".

الميسرة)، وكذلك أحقية القاضي في تعديل عقد الإذعان، أما أهم الاستثناءات فهي تلك المتعلقة بالظروف الطارئة والتي وردت بالفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني .

يقصد بالظروف أو الحوادث الطارئة تلك الوقائع التي تحدث بعد انعقاد العقد وقبل إكمال تنفيذه، بحيث تؤدي إلى جعل التزام المدين مرهقاً له، أي يهدده بخسارة فادحة وهذا ليس معناه أن يصبح مستحيلاً، وهنا يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل التزامات الطرفين بحيث يجعل الالتزام المرهق في حدود المعقول، وترجع نظرية الظروف الطارئة إلى القانون الكنسي الذي حرم الغبن في العقود، سواء تحقق الغبن عند إبرام العقد أو طرأ عند تنفيذه، "غير أن نظرية الظروف الطارئة وإن لم تصادف قبولاً في القضاء المدني الفرنسي إلا أنها وجدت نصيراً في قضاؤه الإداري، فقد بعث هذا القضاء هذه النظرية من مرقدها لما دعت ظروف الحرب العالمية الأولى إلى ذلك"، عن شروط الأخذ بهذه النظرية في يمكن أن نجملها في ما يلي:

١. أن يكون التزام المدين نابعا عن عقد دوري التنفيذ أو عقد مدة، أو عقد فوري مؤجل التنفيذ، ويجب أيضاً أن يكون العقد محدداً لا من العقود الاحتمالية التي تقوم على احتمال الربح والخسارة، ويشترط ألا يكون تراخي التنفيذ ناتجاً عن خطأ المدين، لأنه لا يجوز افادة المدين من إهماله.

٢. أن يكون الحادث الطارئ عاماً استثنائياً غير متوقع، ذلك أن الحوادث الخاصة بالمدين كإفلاسه أو احتراق محصوله ليس لها وصف الحادث الطارئ، بل يجب أن يكون عاماً كحرب أو زلزال أو ثورة... الخ، كما يشترط أن يكون الحادث غير متوقع فلو

^٢ المادة ١٤٨ فقرة ٢ "ومع ذلك، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدية، 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"

كان بإمكان المدين يتوقعه فذلك يعني أنّه راض بالالتزامات العقدية تحت مسؤوليته وهو ما يحرم استفادته من الحوادث الطارئة، والمعيار هنا موضوعي، وهو ما يمكن توقعه من الرجل العادي.

٣. أنّ يكون الحادث الطارئ مفضيا إلى إرهاب المدين في تنفيذ التزامه، فالحادث الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا يُعدّ بمثابة قوة قاهرة ينجم عنها فسخ العقد بقوة القانون، ولذلك فإنّ الحادث الطارئ هو ما يجعل المدين يتحمل خسارة جسيمة إذا نفذ التزامه على النحو المتفق عليه من دون أنّ يصل إلى حد استحالة التنفيذ.

فإذا توافرت هذه الشروط جاز للقاضي تعديل الالتزامات الطرفين بما يؤدي إلى الحد من فداحة الخسارة التي ستصيب المدين، وللقاضي سلطه تقديرية في هذا، قد يرى أنّ ينقص التزامات المدين في مقدارها، أو أنّ يبقى على المقدار السابق مع إعفاء المدين من الجودة التي كانت مشترطة قبل، وقد يرى القاضي أنّ الأنسب هو الزيادة في مقدار الالتزام المقابل من دون تخفيض التزام المدين.

كما قد يرى القاضي وقت تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ، مثل أنّ يتعهد مقاول بناء مدرسه وترتفع أسعار مواد البناء بشكل فاحش لحادث استثنائي، ولكنه ارتقاع مهدد بالزوال لأنّ باب استيراد مثل هذه المواد على وشك أنّ يفتح، فيقف القاضي تسليم المقاول للمدرسة إلى وقت معين لتفادي إرهاب المقاول.

ولكن لا يجوز للقاضي أنّ يحكم بالفسخ بناءً على طلب المدين، ولكن يجوز للدائن أنّ يطالب بالفسخ من دون تعويض، وجواز تعديل العقد في الظروف الطارئة متعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق مسبقاً على استبعاد تدخل القاضي.

المطلب الثاني

آثار العقد من حيث الأشخاص

إن المبدأ الذي يحكم آثار العقد هو مبدأ "نسبية الأثر الملزم للعقد" ومفاده أنّ العقد كقاعدة عامة لا يرتب التزامات ولا يكسب حقوقاً في ذمة الغير، والشخص الأجنبي الذي

لم يكن طرفا في العقد ولا تربطه أية صلة بطرفيه، لا يثار التساؤل بشأنه إذ لا تنصرف إليه الآثار من الناحية المبدئية، ولكن هناك أشخاص هم ليسوا أطرافا في العقد من جهة، ومن جهة أخرى لهم صلة قانونية بأحد طرفي العقد بحيث تتأثر حقوقهم بما يرتبه العقد (الخلف)،

فهؤلاء يطرح السؤال حول مدى انصراف آثار العقد إليهم، وفي الأخير يجدر البحث في مدى انصراف آثار العقد إلى دائني المتعاقدان، ومدى وجود حماية لهم إذا كانت عقود المدين من شأنها الإضرار بهم، ونتناول كل هذا فيما يلي:

الفرع الأول

الخلف العام

الخلف هو من يتلقى حقا عن غيره، وهو نوعان، عام وخاص، الخلف العام هو من يخلف السلف في كامل ذمته المالية أو في جزء منها باعتبارها مجموعة مالية واحدة، ومثل الخلف العام الوارث الوحيد والوارث مع غيره والموصى له بحصة في التركة، فإذا كان السلف حال حياته قد أبرم عقوداً ترتبت عنها حقوق له والتزامات عليه، فهل تمتد هذه الأخيرة إلى خلفه العام؟ أجابت على هذه المسألة المادة ١٤٦ من القانون المدني^٢، وجاء في مضمونها أن الخلف العام تنصرف إليه آثار عقود السلف، ومن ثم يتمتعون بما اكتسبه من حقوق وينفذون ما أوجبه من التزامات، غير أن الديون الثابتة في ذمه السلف تكون مسؤوليتهم عنها في حدود أموال التركة، وما زاد على ذلك لا يتعدى إلى أموالهم الخاصة.

وهذا في الحقيقة يعد تطبيق لقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، وهي تفرض أن شخصية المورث تبقى قائمة بعد وفاته إلى غاية أخذ قيمة الديون من أمواله.

^٢ المادة ١٤٦ " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، من 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"

يمكن القول بأن الخلف العام ليسوا من الغير بالنسبة للعقود التي أبرمها السلف، حيث يتعين عليهم المضي في تنفيذها، ومثال ذلك إذا توفي المقول ولم تكن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد، فإنه يجب على الورثة تنفيذ الأعمال المتبقية لصالح رب العمل.

وإذا كانت القاعدة هي انصراف آثار العقد إلى الخلف العام فإن هناك استثناءات ترد عليها نذكر أهمها فيما يلي:

١. إذا كانت شخصية السلف محل اعتبار في العقد، كما يتعاقد مع ممثل أو رسام، حيث أنه بوفاة السلف لا تتصرف آثار عقده إلى الخلف العام (وفاه الممثل أو الرسام).
٢. إذا نص القانون على عدم انصراف العقد إلى الخلف، كما هو الحال بنص الفقرة الأولى من المادة ٤٩٦ مدني بالنسبة لعقد الشركة ، وعقد الإيجار في الفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ ، وعقد الوكالة بموجب المادة ٦٨٠ من القانون المدني^٦، وتجدر الإشارة إلى أن عدم انصراف آثار العقد إنما يكون أثره بالنسبة للمستقبل فقط، أما ما ترتب من التزامات قبل الوفاة فإنها تُعد دينا يتعين سداه من أموال التركة.
٣. إذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد إلى خلفهما العام.
٤. التصرف أياً كان في مرض موت السلف ينصرف إلى الورثة على أساس أنه وصية، وهذا ما جاء في المادة ٨٧٧ من القانون المدني ، والحكمة في ذلك هي حماية الورثة مما قد يؤدي إلى الإضرار بهم، ذلك أن السلف في مرض الموت لا يأبه بمصير

^٦ "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه"

^٦ "ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه سبب موت مؤرثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم. أو أصبح الإيجار مجازاً حدود حاجتهم وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٣١ وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر".

^٦ "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة. وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل"

^٦ " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يُعد تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف".

أمواله ما دام أنه مشرف على الهلاك، لذلك قد يتصرف فيها على نحو يضر بمصلحه الخلف، ومن ثم قيد المشرع الهبة وجعلها تأخذ حكم الوصية لغاية عدم تجاوزها الثلث. ويشترط أن يثبت الورثة صدور التصرف في مرض الموت، فإذا كان التصرف مدونا في ورقه رسميه يقع تاريخها في أثناء مرض الموت تحقق هذا الإثبات.

الفرع الثاني

الخلف الخاص

الخلف الخاص هو من يخلف سلف في ملكيه شيء أو في حق معين، أو في حق شخصي، ومثال الخلف الخاص المشتري كخلف للبائع والموهوب له كخلف للواهب، كما يُعدُّ خلفا خاصا من تلقى حقا شخصيا بطريقة حوالة الحق. فإذا كان السلف قد أبرم عقودا في خصوص الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، فهل يلزم هذا الأخير بما ترتبه هذه العقود؟ أجابت عن هذه المسألة المادة ١٤٧ من القانون المدني، وقررت بأن انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص مقترن بتحقيق شروط معينه وهي:

أ. أن يكون عقد السلف في خصوص الشيء سابقا على انتقال الشيء للخلف ومفاد هذا الشرط أن العقود التي يبرمها السلف في خصوص الشيء بعد انتقاله للخلف لا تتصرف أثارها لهذا الأخير، إذ يجب أن يكون تاريخها سابقا على انتقال الشيء للخلف الخاص.

ب. أن يكون الالتزام أو الحق الذي نشأ عن العقد من مستلزمات الشيء ونحدد الشروط التي تجعل الحق والالتزام من مستلزمات الشيء فيما يلي:

١. الحق من مستلزمات الشيء: يكون الحق من مستلزمات الشيء إذا توافرت فيه شروط ثلاثة:

(١) أن يكون الحق مفضيا إلى حفظ الشيء أو دفع الخطر عنه.

(٢) أن يكون الحق مقتصرا استعماله على مالك الشيء.

٣) أن يكون الشيء هو محل النظر في إنشاء الحق لا شخصية السلف. ومثال الحق الذي يُعدُّ من مستلزمات الشيء، حق مشتري المحل التجاري في عدم منافسة البائع له، وكذلك حق المؤمن له في مبلغ التأمين على الشيء، حيث ينتقل من البائع (المؤمن له) إلى المشتري (الخلف الخاص).

٢. الالتزام من مستلزمات الشيء:

يكون الالتزام من مستلزمات الشيء إذا توافرت فيه ثلاثة شروط هي:

- ١) أن يكون مقيدا لاستعمال الشيء.
- ٢) أن يكون التزاما ليس بالإمكان تنفيذه إلا من قبل الخلف الخاص.
- ٣) أن يكون الشيء هو محل النظر في إنشاء الالتزام لا شخص السلف.

ومن أمثلة الالتزامات التي تُعدُّ من مستلزمات الشيء، الإرتفاقات العينية، حيث تنتقل إلى الخلف الخاص، وكذلك القيود التي ترد على البناء.

ج. أن يكون الخلف عالما بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه

وعبء إثبات علم الخلف بالالتزام يقع على عاتق المتعاقد مع السلف، ويجب أن يكون العلم فعليا، أما الحقوق فهناك من يرى أنه لا تشترط ضرورة العلم بها لكي يتمتع بها الخلف الخاص.

فإذا توافرت الشروط السابقة، انصرفت آثار العقد الذي أبرمه السلف إلى الخلف الخاص، وتجدر الإشارة إلى أن القانون في بعض الحالات يقرر انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص من دون شروط معينة، من قبيل ذلك نفاذ الإيجار في حق من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة، سواء كان انتقال الملكية بصفة إرادية أم جبرية.

الفرع الثالث

آثار العقد بالنسبة للدائنين

تطبيقاً لمبدأ نسبيه الأثر الملزم للعقد فإنَّ دائني المتعاقدين يُعدُّون من ضمن الغير، الذين لا تتصرف إليهم آثار العقد، غير أنَّ المشرع قام بمراعاة مصلحة هذه الفئة في الحالة التي تكون العقود التي أبرمها المدين ضارة بالدائنين، كأن يقوم المدين بالتبرع بماله إضراراً بالدائن، أو أنَّ يقوم المدين بإبرام تصرفات تحت غطاء مظاهر كاذبة، مثل أنَّ يبرم عقد بيع صوري هدفه منع الدائن من التنفيذ على أمواله، وتكون الصورية هنا مطلقة، حيث يكون تصرف الظاهر بيعاً بينما لا يوجد أي تصرف قانوني في حقيقة الحال، ولمواجهة مثل هذه التصرفات الضارة بالدائنين، خول المشرع لهم مجموعة من الدعاوى، مثل دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليسية)، ودعوى الصورية والدعوى غير المباشرة.

الفرع الرابع

استثناءات من مبدأ نسبيه الأثر الملزم للعقد

ترد على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، استثناءات مردها تارة إلى نص القانون، وتارة أخرى إلى اتفاق بين الطرفين يقرر انصراف أثر العقد إلى الغير، وسنحاول تناول هذين الاستثناءين فيما يلي:

أولاً. استثناءات بنص القانون

ينص القانون في بعض الحالات على امتداد آثار العقد إلى الغير، من ضمن هذه الحالات، ما يتعلق بعقد الإيجار، عندما نكون أمام مستأجر ثانوي، حيث تفترض هذه الحالة وجود:

(١) عقد الإيجار (ب) عقد إيجار ثانوي

في هذه الحالة نلاحظ بأنَّ المستأجر الثانوي يُعدُّ من الغير بالنسبة للمؤجر، ومن ثم فإنَّه من الناحية المبدئية لا يؤثر فيه العقد الذي بين المؤجر و المستأجر، غير أنَّ المشرع كاستثناء جعل المستأجر الثانوي والذي يُعدُّ من الغير، يتأثر بهذا العقد، حيث يصبح ملزماً بدفع ما هو ثابت في ذمته للمستأجر إلى المؤجر إذا تخلف المستأجر عن دفعه له، ومن ثم نلاحظ فإنَّ آثار العقد تنصرف إلى المستأجر الذي لم يكن طرفاً فيه، ونلاحظ كذلك بأنَّ المؤجر اكتسب حقاً من عقد ليس طرفاً فيه، وتسمى دعوى رجوع المؤجر على المستأجر من الباطن، بالدعوى المباشرة، ويرجع بها على مدين مدينه، باسمه هو (اسم المؤجر) لا باسم المدين.

ومن حالات الدعوى المباشرة أيضاً، أحقية المقاول الثانوي أنَّ يطالب بالأجرة (في حدود ما يُعدُّ المقاول الأصلي دائناً به) من رب العمل، حيث نلاحظ بأنَّ رب العمل يُعدُّ من الغير بالنسبة للعقد الذي بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وكاستثناء من مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، ينصرف إليه أثر هذا العقد، حيث يصبح رب العمل ملزماً بدفع ما هو ثابت في ذمته للمقاول الأصلي إلى المقاول من الباطن (المادة ٥٦٥ من القانون المدني).

ثانياً. استثناء بطريق الاتفاق (الاشتراط لمصلحه الغير)

1 _ تعريف الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد بين شخص يوصف بالمشترط وآخر يوصف بالمتعهد، يكلف فيه هذا الأخير بأن يلتزم لصالح شخص خارج العقد يوصف بالمنتفع أو المستفيد، وتكون نتيجة أنَّ يكتسب هذا الأخير حقاً مباشراً من عقد لم يكن طرفاً فيه، ولذلك يُعدُّ الاشتراط لمصلحة الغير استثناء واضحاً من مبدأ "نسبية الأثر الملزم للعقد".

لم يكن الاشتراط لمصلحة الغير في البداية موجوداً في القانون الروماني، وذلك حفاظاً على قاعدة أنَّ العقد لا ينشأ حقاً للغير، غير أنَّ الضرورات العملية حملت الرومان على لزوم مراجعته هذا المسلك المتشدد في التمسك بالقاعدة السابقة، لذلك ما لبثوا أنَّ وضعوا

فكرة إمكانية ترتيب العقد لحق في ذمه الغير محل اهتمامهم، وجسدها على فترات وبدرجات متفاوتة، الأولى في شكل إعطاء دعوى للمشتري تبيح له الرجوع على المتعهد، إذا لم يلتزم لصالح المنتفع، وعلى الرغم من ذلك بقي هذا الأخير غير متمتع بحق المباشر يخوله حق مطالبه المتعهد.

وبعد تطور مستمر وصل الرومان إلى إعطاء المنتفع حقا مباشرا يكسبه في مواجهة المتعهد، ولكن اقتصروا في ذلك على تمكينه من دفع فقط، غير أنَّه بعد تطور وصلوا إلى حد منحه دعوى ولكن اقتصرت على حالات استثنائية.

والقانون الفرنسي القديم اخذ عن الرومان هذه الاستثناءات، وبعد تطورات لاحقة لتقنين نابليون (سنة ١٨٠٤)، بلغ الفقه والقضاء الفرنسيين درجة تطور الاشتراط لمصلحه الغير اكتفاء بتوفر شرطين، الأول أنَّ يتعاقد الشخص لنفسه مشترطا حقا أو مرتبا التزاما، فإذا لم يشترط لنفسه شيئا فيكفي أنَّ يلتزم بشيء عن نفسه، وشرط الثاني هو أنَّ يكون للمشتري مصلحة مادية أو أدبية تدفعه للاشتراط لمصلحه الغير، وبعد مدة استغني عن الشرط الأول، حيث أصبح ممكنا للشخص أنَّ يشترط للغير من دون أنَّ يكون ملتزماً بشيء أو يتمتع بحق معين لصالحه.

2_ تطبيقات الاشتراط لمصلحه الغير

الاشتراك في مصلحة الغير له تطبيقات عديدة، فنجده في عقد التأمين على الحياة، حيث يشترط المؤمن له، أنَّ يدفع مبلغ التأمين إلى أولاده أو زوجته، كما يتصور الاشتراط لمصلحة الغير في عقد البيع حينما يشترط البائع على المشتري أنَّ يدفع الثمن إلى شخص ثالث (المنتفع)، كما يتصور أيضا في عقد الهبة حينما يشترط الواهب على الموهوب له أنَّ يؤدي ابرادا لصالح شخص ما.

3_ مقومات الاشتراط لمصلحه الغير

١. تعاقّد المشترط باسمه لا باسم المنتفع: ما يميز النيابة عن الاشتراط لمصلحه الغير، هو أنّ النائب يتعاقّد باسم الأصيل لا باسمه هو، سواء كانت نيابة اتفاقية أم نيابة قانونية، بينما يتعاقّد المشترط باسمه هو لا باسم المنتفع.

٢. المشترط يشترط حقاً مباشراً للمنتفع: يجب في الاشتراط لمصلحه الغير أنّ يكون الالتزام الواقع على عاتق المتعهد مستهدفاً لتحقيق منفعة للغير بصفه مباشرة، فإذا اشترط المشتري في عقد البيع على البائع شرطاً لنفسه، وهو أنّ يوفر له جزءاً من الطريق المؤدي للمنزل المباع، ثم استفاد المارة من هذا الطريق، فهنا لا نكون بصدد اشتراط لمصلحه الغير، لأنّ الاشتراط هنا لم يستهدف تحقيق نفع للغير، ومن ثم لن ينشأ حق لهذا الأخير يخوله حق مطالبة المتعهد بتنفيذ الالتزام.

ويجب أيضاً أنّ ينشأ الحق مباشرة على اتفاق الاشتراط، لا بواسطة معينة، فإذا قام البائع بتحويل حقه في الثمن إلى أحد أقاربه بواسطة حوالة الحق، فإننا لا نكون بصدد الاشتراط لمصلحه الغير، لأنّ الغير لم ينشأ حقه مباشرة عن العقد وإنما عن طريق الحوالة.

٣. أنّ تكون للمشرط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير: لا بد أنّ تكون للمشرط مصلحة شخصية في الاشتراط سواء كانت مادية أم أدبية، وهذا ما يميز المشترك عن الفضولي، ومثل المصلحة المادية أنّ يكون الاشتراط مقرراً لمصلحة دائن المشترط لغاية الوفاء بدين، أما المصلحة الأدبية فمثالها التأمين على الحياة لمصلحة الزوجة، أو الاشتراط لمصلحة الفقراء أو ذوي الاحتياجات الخاصة، ويجب أنّ تكون المصلحة مشروعة وإلا كان الاشتراط باطلاً، ومثاله التأمين لصالح الخليفة لغرض استمرار العلاقة غير المشروعة معها.

4_ شروط الاشتراط لمصلحه الغير

إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير محملاً على عقد معين (العقد الحامل أن صح التعبير)، وجب أن تتوفر في هذا العقد الشروط اللازمة لانعقاد عموم العقد، فإذا كان هذا العقد باطلاً، فإن ذلك ينسحب إلى الاشتراط ليصبح بدوره باطلاً.

أما الأهلية في العقد الحامل، فإنها تختلف باختلاف وصف هذا العقد، فإذا كان بيعاً وجب أن يكون كلا متعاقدان قد بلغا سن التمييز، وإذا كان المشتري متبرعاً للمتعهّد مع اشتراط إعطاء شيء إلى المنتفع، وجب في المشتري أن يكون متمتعاً بأهلية كاملة وهي بلوغ سن "١٨ سنة".

أما بالنسبة لشروط الاتفاق على الاشتراط فوجب أن تتوفر الأركان العامة في العقد، من تراضي ومحل وسبب، وبالنسبة للأهلية فهي تختلف بحسب علاقة المشتري مع المنتفع، فإذا كان المشتري متبرعاً للمنتفع، وجب في المشتري أهلية أداء كاملة، وإلا كان الاشتراط باطلاً، ويبقى العقد الحامل صحيح غير متأثر بهذا البطلان، ما دامت الأهلية حسب طبيعته متوفرة، ومثال ذلك أن يشترط البائع ناقص الأهلية على المشتري أن يدفع جزءاً من الثمن إلى شخص معين على سبيل التبرع، فهذا يبطل الاشتراط لمصلحة الغير ويبقى عقد البيع قائماً طالما لم يحكم ببطلانه (لأنه قابل للإبطال بحكم نقص الأهلية).

أما إذا كانت علاقة المشتري بالمنتفع تتصف بالمعاوضة، كالبائع في المثال السابق يشترط على المشتري دفع جزء من الثمن إلى دائنه (دائن البائع) وذلك وفاء لدين عليه، فهذا يكفي في المشتري سن التمييز، ونلاحظ بأن بطلان عقد الاشتراط لا يؤدي إلى بطلان العقد الحامل له، ولكن بطلان العقد الحامل يستتبع بطلان الاشتراط لمصلحة الغير.

وبالنسبة للشروط الخاصة بالمنتفع، فليس بشرط أن يكون معيناً، بل يكفي تحديد الصفات التي يتعين بها شخصه، وقت نفاذ عقد الاشتراط، مثل التأمين لمصلحة الأولاد قبل ولادتهم أو مصلحة الورثة، مصلحة الزوجة قبل الزواج... الخ، وإذا لم يوجد المنتفع أو لم

يعين وقت ترتيب الاشتراط لأثره، مثل موت المشتري في عقد التأمين على الحياة، من دون أن يترك ولدا، فإنَّ الاشتراط يبطل.

5_ أثار الاشتراط لمصلحه الغير

أ. **في علاقة المشتري بالمتعهد:** لا يهمننا في علاقة المشتري بالمتعهد الالتزامات المتعلقة بالعقد الأصلي (الحامل) المبرم بين المشتري والمتعهد، فهذه تخضع لأحكام هذا العقد وفقا لطبيعته، وإنما تهمننا علاقة المشتري بالمتعهد فيما يتصل باتفاق الاشتراط، وكما سبق الذكر فإنَّ المشتري والمتعهد هما طرفا الاشتراط، وأما المنتفع فليس بطرف فيه، ومن ثم جاز للمشتري أن يطالب بتنفيذ المتعهد لالتزامه تجاه المنتفع، وأن يطالبه عند الإخلال بتعويض المنتفع، كما يحق له المطالبة بالتعويض لمصلحته هو أن أصابه ضرر من جراء هذا الإخلال، كما يجوز للمشتري أن يمارس الدفع بعدم التنفيذ في حاله إخلال المتعهد بتنفيذ التزامه.

ب. **علاقة المتعهد بالمنتفع:** ينشئ للمنتفع حق مباشر في مواجهه المتعهد، فيستطيع أن يرفع دعوة للمطالبة بتنفيذ الالتزام المقرر لمصلحته، كما يستطيع أن يطالب بالتعويض، إذا كان تنفيذ المتعهد لالتزامه غير ممكن، وأحقية المنتفع في مطالبه المتعهد لا تجيز له طلب فسخ العقد الحامل للاشتراط، إذ يبقى هذا الحق مقتصرًا على المشتري، وذلك لأنَّ المنتفع ليس بطرف في هذا العقد.

ويُعَدُّ الحق المشروط حكرًا على المنتفع، ومن ثم لا يدخل في ذمة المشتري، ونتيجة ذلك أنه لا يمكن لدائن هذا الأخير أن ينفذ عليه، كما لا يدخل في تركته، والمنتفع ينشأ حقه من وقت العقد لا من وقت إبداء رغبته في الحصول على الاشتراط، ومن ثم إذا مات المنتفع قبل إبداء رغبته، انتقل الحق إلى ورثته، كما أن للمتعهد أن يدفع مطالبة المنتفع له بجميع أوجه الدفع، مثل الدفع بالبطالان.

وإذا أخل المشتراط بتنفيذ التزامه تجاه المتعهد، كان لهذا الأخير أن يتمتع عن تنفيذ التزامه المقرر للمنتفع، وذلك تمسكا بالدفع بعدم التنفيذ، كما يجوز للمتعهد أن يطالب بالفسخ.

ت. **العلاقة بين المشتراط والمنتفع:** يحق للمشتراط أن ينقض المشاركة، قبل إبداء المنتفع لرغبته، وحق المشتراط في نقض المشاركة حق لصيق بشخصه، فلا ينتقل إلى ورثته، كما لا يمكن لدائني المشتراط، أن يتمسكوا بهذا الحق عن طريق الدعوى غير المباشرة.

ويشترط أن يكون استعمال المشتراط لحقه في نقض المشاركة غير متعارض مع ما يقتضيه العقد، فإذا كان العقد يوجب على المشتري لنقض المشاركة الحصول على رضا المتعهد، فإنه لا يتحقق النقص إلا به، ونقض المشاركة لا يشترط فيه شكل خاص، فقد يكون صريحا أم ضمنيا، ويترتب على نقض المشاركة زوال حق المنتفع بأثر رجعي، وكأنه لم يكن.

أما إذا أبدى المنتفع رغبته في الاستفادة من المشاركة، فإنه يسقط حق المشتراط حينئذ في نقض الاشتراط، ولا يشترط في إبداء الرغبة شكل خاص، فقد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا، ويترتب أثره بإعلانه للمشتراط أو المتعهد، ودائنو المنتفع يجوز لهم عن طريق الدعوى غير المباشرة استعمال حقه في إبداء الرغبة، وذلك إذا كان الاشتراط معاوضة، أما إذا كان تبرعا فإنه لا يمكن لهم ممارسة هذا الحق.

المبحث السادس

الإبطال والبطلان

عندما ينعقد العقد الأصل أن ينعقد صحيحاً إذا توافرت أركانه من دون أي اختلال فيها. وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

بالتالي يعرف البطلان بأنه جزء يفرضه القانون نتيجة تخلف أركان العقد أو اختلالها. أي أن العقد لا يكون له أي وجود ملموس، فالبطلان هو العدم.

أما الإبطال فهو جزء يفرضه القانون نتيجة تخلف شرط من شروط صحة العقد.

المطلب الأول

الفروق بين البطلان والإبطال

إذا أردنا تنفيذ بعض الفروق بين الإبطال والبطلان نورد الآتي:

- (١) الإبطال جزء الإخلال بشرط الصحة، أما البطلان جزء الإخلال بأركان العقد.
- (٢) العقد القابل للإبطال يقبل الإجازة الصريحة أو الضمنية، أما البطلان المطلق لا يقبل العقد الإجازة.
- (٣) العقد القابل للإبطال لا يمكن أن يطالب به إلا من تقرر لمصلحته؛ مثل القاصر أو المكره أو المدلس عليه أو الغالط أو المغبون. أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فه مقرر للكافة أي يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك به.
- (٤) العقد القابل للإبطال لا يجوز أن تقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها فهو ليس من النظام العام. أما في حالة البطلان فيجوز أن تقضي وتحكم به المحكمة من تلقاء ذاتها لأنه من النظام العام.
- (٥) قابلية الإبطال تسقط بعدم المطالبة بها بمرور عام من بلوغ سن الرشد للقاصر أو من تاريخ ارتقاع الإكراه، أو من يوم انكشاف الغلط أو التدليس، وفي الغبن الاستغلالي من يوم العقد، ولا يجوز بأي حال التمسك به بعد مرور ١٥ سنة

من تاريخ العقد. أما في حالة البطلان فلا يسري عليه التقادم أن كان دفعاً، ولكن الدعوى تتقادم بمرور التقادم الطويل (١٥ سنة) .

_ ويشار إلى أن البطلان والإبطال كلاهما جزاء يقرره القانون عند إبرام العقد، في حين الفسخ هو جزاء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد، مثل التخلف عن تسليم البضاعة أو تسليمها معيبة أو التأخر بالتسليم، والفسخ يكون بناء على طلب صاحب المصلحة، وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم به من عدمه، في حين ليس للقاضي أن يحكم بالبطلان أو قابلية الإبطال من عدمه إذا توافر شروطه.

_ كما كل من البطلان وقابلية الإبطال تقبل التجزئة، إذا وقع الباطل أو قابلية الإبطال في شق من العقد فيبطل هذا الشق وحده، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليم من دون هذا الشق فيبطل العقد بالكلية. وطبعاً هذا الرأي يتفق مع رأي الفقه المالكي في إبطال العقد من الشرط الفاسد إذا كان له تأثير في العقد، بخلاف الحنفية والشافعية الذين يبطلون العقد مع الشرط الفاسد، أما الحنابلة يسقطون الشرط ويصحون العقد من دون اشتراط التأثير في العقد.

^٢ _ "فالدفع بالبطلان لا يتقادم لأن الدفع لا تتقادم ويجوز التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى. والذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يفعل ذلك في أكثر الأحوال عن طريق الدفع أو عن طريق إهماله لأنه باطل، والعقد الباطل لا وجود له ولا حاجة لصدور حكم بإبطاله". نقض سوري، رقم ١٨٧٨، أساس ٣٦٩٧ تاريخ ١٤/١٠/١٩٨٢، سجلات محكمة النقض.

المطلب الثاني

البطلان والابطال في التشريعات المقارنة

قبل إصلاح قانون العقود الفرنسي في عام ٢٠١٦، كان البطلان غير مؤطر بشكل جيد. كانت نظرية البطلان موضوع بناء مشترك وفقاً للفقهاء والاجتهاد. هذا البناء منصوص عليه الآن في القانون المدني، في المواد ١١٧٨ وفيما يلي، منذ الآن فصاعداً، تم تخصيص جزء فرعي من القانون، والذي يتضمن ثمانية مواد، للبطلان. بشكل تقليدي إلى حد ما، سنرى أولاً الحالات التي يمكن فيها طلب البطلان. سنرى بعد ذلك آثاره.

الفرع الأول

الشروط

حول موضوع البطلان، سنطرح على أنفسنا أربعة أسئلة: لماذا نطلب البطلان؟ / من يستطيع طلب البطلان؟ / متى نطلب البطلان؟ / وكيف نسأل عن البطلان؟

أولاً. لماذا؟

لماذا يأتي هنا للتساؤل عن الحالات التي يُمكن أن يطلب فيها الفرد البطلان. في هذه النقطة، تم وضع المبدأ في المادة ١١٧٨ من القانون المدني: "العقد الذي لا يستوفي الشروط المطلوبة لصلاحيته باطل". وهكذا، على السؤال "لماذا نطلب البطلان؟" يجب الإجابة "لأن شروط صلاحية العقد لم يتم الوفاء بها". هذه الشروط، التي تطرقنا لها، تظهر في المادة ١١٢٨ من القانون المدني: "ضرورة لصحة العقد: ١ ° موافقة الأطراف؛ ٢. أهليتها على التعاقد؛ ٣ ° محتوى مشروع ومعين".

كما ترون، حتى يتم إلغاء العقد، يجب أن يكون موجودًا. إذا لم يكن موجودًا، على سبيل المثال لأن الأطراف لم توافق، لا يمكن إعلان البطلان. يجب على القاضي بعد ذلك إعلان عدم وجود العقد.

ثانياً. من؟

هنا يجب أن نميز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق، لأن هذا له عواقب بالنسبة لأولئك الذين يمكنهم الاحتجاج بالبطلان. ولكن يمكن القول هنا بالفعل أن هذا التمييز ليس له عواقب على آثار البطلان. البطلان النسبي، على العكس من البطلان المطلق، يمكن أن يقع على العقد بأكمله، ويلغيه تمامًا. يركز التمييز على المصالح المحمية.

• البطلان المطلق: هذا هو البطلان الذي يطبق عندما "تكون القاعدة المنتهكة أقرت لحماية المصلحة العامة" (المادة ١١٧٩ من القانون المدني). في هذه الحالة، فإن المتعاقد المشارك الذي يمكنه تقديم شكوى بشأن انتهاك القاعدة ليس هو الوحيد الذي يمكنه طلب بطلان العقد: أنه ممكن أيضًا لأي شخص يمكنه تبرير مصلحة وكذلك للنياية العامة (المادة ١١٨٠). يطبق البطلان المطلق في حالة الاحتيال على القانون أو عندما يكون القانون الذي تم انتهاكه مسألة تتعلق بالنظام العام. على سبيل المثال: عقد الأم البديلة؛ عقد بيع لعضو من جسم الإنسان. تجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من البطلان غير قابل للإجازة. وبعبارة أخرى، منعدم.

البطلان النسبي: هذا هو البطلان الذي ينطبق عندما تكون "القاعدة المنتهكة لغرض حماية المصلحة الخاصة فقط" (المادة ١١٧٩ من القانون المدني). في هذه الحالة، بطريقة منطقية، لا يمكن إلا أن يُطلب البطلان من قبل الطرف الذي يعترض القانون حمايته" (المادة ١١٨١) ويمكن تغطيته بواسطة الإجازة الصريحة أو الضمنية ممن شرع لمصلحته. سيكون هذا هو الحال، على سبيل المثال، فيما يتعلق بنقص أهلية أحد المتعاقدين، أو عيوب الإرادة. في حال شرع لعدة أشخاص طلب بطلان العقد، فإن تخلي أحد هؤلاء الأشخاص عن طلب البطلان لا يحرم الآخرين من ممارسة حقهم بالدفع

البطلان (المادة ١١٨١). في حالة البطلان النسبي، أوجد قانون العقود المعدل الفرنسي إجراء استجوابي جديد، كما هو منصوص عليه في المادة ١١٨٣ من القانون المدني. تنص هذه المادة على أنه "يجوز للمتعاقد تقديم طلب كتابي إلى الشخص صاحب الحق بالدفع بالبطلان إما بإجازة العقد أو التصرف في حالة البطلان في غضون ستة أشهر تحت طائلة فقدان الحق بالتمسك بالبطلان". الفكرة هنا هي تطهير الفعل. قد يدرك أي طرف أن عقده لديه مشكلة، وأنه قد يتم تنفيذ إجراء ما. هذا يعني أنه لمدة خمس سنوات، سيكون سيف البطلان مسلط على هذا العقد. لذلك، بدلاً من البقاء في هذا الحالة من الاضطراب، قد يقرر هذا الطرف تسريع الأمور وإجبار الطرف الآخر على اتخاذ قرار في غضون فترة زمنية محدودة سواء كان يريد التصرف أم لا. يتعلق الأمر باستجوابه (مما قد يؤدي إلى الكشف عن سبب البطلان الذي لم يكن الطرف الآخر يعرفه) واستدعائه للتصرف: إما أن يؤكد العقد، أو يتصرف في حالة البطلان في غضون ستة أشهر. في حالة التقاعس عن العمل، يتم إغلاق الإجراء في البطلان.

ثالثاً. كيف؟

بادئ ذي بدء، يجب ألا يستبعد أن يتفق الطرفان على البطلان، إذا ما لاحظا كليهما أن العقد الذي أبرموه باطل. هذا هو افتراض البطلان التقليدي، المنصوص عليه في المادة ١١٧٨ من القانون المدني.

لكن، في معظم الحالات، سيكون من الضروري اللجوء للقضاء وعندئذ يكون القاضي هو الذي يصدر البطلان.

في حالة البطلان القضائي، يمكن الحصول على البطلان بطريقتين، عن طريق دعوى أصلية وعن طريق الدفع بالبطلان. على حد تعبير Bertrand Fages، يمكن اعتبار البطلان عن طريق الدعوى الأصلية هجوماً، والبطلان بطريق الدفع دفاعياً.

• البطلان عن طريق الدعوى الأصلية: المدعي يذهب للقضاء بمطالبة أصلية والهدف من طلبه هو الحصول على بطلان العقد.

• البطلان عن طريق الدفع: في القانون، قد تشمل كلمة "الدفع"، في بعض الحالات، معنى معيناً، هو معنى الدفاع. نجد هذا المعنى في الإجراءات المدنية. على سبيل المثال، يتم تقديم الدفع بعدم الاختصاص من جانب أحد الأطراف ليبين أن قاض غير مختص لأسباب مكانية أو مادية خلافا لقناعة القاضي الذي يجد نفسه مختصاً، أو ما يهمننا، بالدفع بالبطلان. تخيل أنك قد أبرمت عقداً، لكنك توقفت عن الوفاء بالالتزامات. يمكن للطرف الآخر أن يناشد القاضي إلقاء اللوم عليك لعدم هذا الأداء. عندئذٍ، في الدفاع، ترفع دفعا بالبطلان: لا يهم أنك لا تنفذ العقد، لأن هذا العقد، وفقاً لك، باطل.

السؤال الأخير ليس آخرأ، متى يمكن ممارسة دعوى البطلان؟ هذا يرقى، في جوهره، إلى مسألة فترات التقادم المرفقة بهذا الإجراء.

رابعاً. متى؟

قبل تعديل القوانين المتعلقة بالتقادم عام ٢٠٠٨، كان هناك تمييز بين البطلان النسبي، والذي كان مصحوباً بفترة تقييد مدتها خمس سنوات والبطلان المطلق، والتي يمكن ممارستها لمدة ثلاثين عاماً، ست مرات لمدة أطول. اليوم، تم إلغاء هذا التمييز، ويمكن التمسك بالبطلان لمدة خمس سنوات. هذه الفترة ليست خاصة بدعوى البطلان في قانون العقود، بل هي فترة القانون العام المنصوص عليها في المادة ٢٢٤ من القانون المدني. بعد هذه الفترة، لم يعد بالإمكان رفع الدعوى.

هذه الفترة قصيرة نسبياً، خاصة بالنسبة للعقود طويلة الأجل. في أعقاب بعض حالات الاغتصاب أو الاعتداء الجنسي التي تم تداولها بالإعلام، فإن التقادم اليوم، لا سيما في القانون الجزائي، مستهجن بشكل كبير من قبل عامة الناس. في الواقع، أدرك العديد من الضحايا، عندما تذكروا الحقائق أو كانوا على استعداد للدعوى، أن الوقت قد انتهى.

يمكن بعد ذلك النظر إلى التقادم كحكم خاطئ من الناحية الأخلاقية: فهي تسمح للجاني بالهروب من المقاضاة في حالة انقضاء الوقت الكافي قبل بدء المحاكمة. يمكن للجميع إبداء الرأي في هذه المواعيد النهائية، لا سيما بشأن مدتها (تم تمديدتها مؤخرًا في المسائل الجنائية، سنة واحدة للمخالفات، و٦ سنوات للجنح، و٢٠ سنة للجنايات، من دون أي استثناءات). ومع ذلك، فهي لا تخلو من التبرير: الفكرة هي أنه كلما مر الوقت، كلما كان من الصعب إثبات الحقائق وأنه قد لا يكون هناك ما يبرر زعزعة السلام الاجتماعي عدة سنوات أو عدة عقود بعد حدوث الواقعة.

في القانون المدني وخاصة في قانون العقود، من الواضح أن المخاطر أقل دراماتيكية من القانون الجزائي. لذلك، فإن التقادم يخضع لانتقادات أقل. لكن ما زال بإمكان المرء أن يطرح السؤال التالي: إذا كان العقد قد أبرم بعد الاحتيا، فلماذا يحدد مهلة خمس سنوات لرفع الدعوى؟ هناك عدة أسباب لتبرير ذلك.

- الشواغل المتعلقة بالأدلة تنطبق هنا أيضًا. كلما مرَّ الوقت، كلما اختفت الأدلة وتلاشت، وزادت صعوبة وضع ذهني الأطراف في وقت إبرام العقد.
- ما الذي يمكن إضافته هو أنه إذا لم يتصرف أحد لمدة خمس سنوات، فذلك، لأنَّ العقد لا يسبب الكثير من الاضطراب.
- أخيرًا، لا يزال للبطان آثار جذرية، فهو يهدد الأمن القانوني، وليس من الجيد أن يحوم هذا التهديد لفترة طويلة.

التقادم يستمر لمدة خمس سنوات، كما قلنا، لكن من الضروري تحديد متى تبدأ هذه الفترة بالظهور. القانون العام، يتم تقديم الحل بموجب المادة ٢٢٢٤ من القانون المدني: يتم تحديد الإجراء "لمدة خمس سنوات من اليوم الذي يعرف فيه صاحب الحق أو يجب أن يكون يعرف الحقائق التي تسمح له بممارسة دعوى البطان".

لذلك يجب تحديد ما إذا كان الشخص الذي يرغب في تنفيذ الإجراء يعلم أو يجب أن يكون قد علم أن العقد كان باطلاً. في كثير من الأحيان، تكون نقطة البداية هي إبرام

العقد. لكن من المحتمل أن يكون هذا لاحقاً، عندما يتم إخفاء سبب بطلان العقد على سبيل المثال.

بالنسبة لعيوب الإرادة، يوفر القانون دقة خاصة عند نقطة بداية التقادم. يظهر هذا التوضيح في المادة ١١٤٤ من القانون المدني: "إن مدة تقادم دعوى البطلان لا تبدأ، في حالة وجود غلط أو تدليس، إلا في اليوم الذي تم اكتشافه فيه، وفي حالة وقوع أعمال إكراه، تبدأ في اليوم الذي توقفت فيه هذه الأعمال.

• بالنسبة للغلط والتدليس: مدة التقادم تبدأ في يوم اكتشافهما. هذا متوافق تماماً مع أحكام المادة ٢٢٢٤ من القانون المدني. في الواقع، أن اكتشاف التدليس أو الغلط هو الذي يسمح للطرف الآخر بممارسة دعوى الإبطال.

بالنسبة للإكراه: تبدأ فترة التقادم عندما يتوقف هذا الإكراه. الدقة مفيدة. أنه استثناء من الحكم المنصوص عليها في المادة ١١٤٤ من القانون المدني. يمكن للمرء أن يكون مدرجاً جيداً لكونه ضحية للإكراه، من دون أن يكون قادراً على التصرف للمطالبة بالبطلان (مثل الابتزاز الذي يستمر فترة من الزمن). وبالتالي فإن فترة التقادم لا تبدأ بالنسبة للشخص الذي ما زال تحت الإكراه.

في فرضية نقطة البداية للتقادم المتداخلة في الوقت، هناك موعد نهائي. يجب رفع الدعوى في غضون ٢٠ سنة من إبرام التصرف (المادة ٢٢٣٢ من القانون المدني). بمعنى آخر، إذا بدأت فترة التقادم بعد ١٧ عاماً من انتهاء الفعل، فلن يكون أمام الطرف المعني سوى ٣ سنوات لرفع الدعوى.

من الضروري هنا تقديم توضيح أخير حول خصائص إجراء البطلان عن طريق الدفع. يقال أن هذا الإجراء لا يجري عليه التقادم (المادة ١١٨٥ من القانون المدني). يجوز رفع دعوى البطلان في أي وقت، حتى بعد مرور أكثر من خمس سنوات على إبرام العقد، بعد اكتشاف الدافع لطلب البطلان. هذا منطقي إلى حد ما. كما رأينا هنا، يتم اعتبار البطلان بمثابة وسيلة دفاع، على سبيل المثال، طلب دفع مبلغ نقدي. سيكون من غير

المنصف إذن الموافقة على طلب الدفع هذا، في حين أن العقد باطل ولكن لا يمكن التذرع بهذا البطلان عندها لأن الإجراء قد سقط بالتقادم. ولهذا السبب، يكون البطلان، المطلوب عن طريق الدفع، غير قابل للتقادم. ولكن يجب الانتباه هنا، لا يتم إلغاء التقادم إلا إذا لم يتم تنفيذ العقد، ولو بشكل جزئي. بمعنى آخر، بمجرد بدء تنفيذ العقد، لم يعد بالإمكان التذرع بسقوط النص. في الممارسة العملية، هذا يقلل إلى حد كبير من نطاق هذه القاعدة، لأنه سيكون من النادر جدًا أنه بعد مرور أكثر من خمس سنوات على إبرامها، لم يتم تنفيذ العقد، جزئيًا على الأقل. دعنا ننتقل الآن إلى آثار البطلان.

الفرع الثاني

الآثار

سننظر أولاً في الآثار المترتبة على العقد ومن ثم الآثار المترتبة بمرور الوقت.

أولاً. مدى البطلان

تنص المادة ١١٨٤ من القانون المدني على نوعين من البطلان: البطلان التام والبطلان الجزئي.

• البطلان التام: سيكون هذا هو الحل الأوحده عندما يكون البطلان "يؤثر على العقد بأكمله". هذا هو الحال عادة في حالة النقص في شروط إبرام العقد. على سبيل المثال: خلل في الرضا، أو انعدام الأهلية أو نقضها... العقد بأكمله سيكون منتهك بسبب البطلان، لذلك يجب أن يختفي بالكامل.

مع ذلك، تجدر الإشارة إلى أنَّ بعض البنود تستفيد من نظام استثنائي خاص وتتجو من بطلان العقد. هذا منصوص عليه في المادة ١١٤٧ من قانون الأصول المدنية فيما يتعلق بشرط التحكيم الذي يبقي بند التحكيم صحيحا ولو كان العقد الذي جاء على بند التحكيم باطلا (المبدأ المنصوص عليه في المادة ١٤٤٧ من قانون الأصول المدنية). يتم تطبيقه، بشكل موسع من الاجتهادات القضائية، على البنود الأخرى المتعلقة بالنزاع، مثل شرط التوفيق أو الشرط الذي يمنح الاختصاص.

الفكرة هنا هي الحفاظ على إرادة الأطراف عندما أرادوا الاتفاق على كيفية تسوية نزاعاتهم.

دعونا نتخيل على سبيل المثال بطلان العقد، ولكن الأطراف ترغب فيما بعد في بدء دعوى من أجل المسؤولية: يجب أنَّ تحترم المادة الواردة في العقد والتي ربما تكون قد نصت على التحكيم أو التوفيق أو التنازل عن ولاية قضائية محددة.

البطلان الجزئي: وفقاً للمادة ١١٨٤ من القانون المدني: "عندما يقع السبب في البطلان على بند واحد أو أكثر من بنود العقد، فإنَّه لا يبطل العقد بأكمله إلا في حال كان هذا البند أو هذه البنود تشكل عاملاً حاسماً في التزام الطرفين أو أحدهما ". قد يكون هو الحال، على سبيل المثال، إذا كان هناك بند واحد باطل في العقد مثل البند بعقد العمل الذي يشترط على الموظف أن يبقى عازباً. في هذه الحالة، بطلان هذا البند ليس من شأنه أن يبطل العقد بأكمله وبالتالي يكون البطلان جزئياً ويمس فقط الشرط المخالف للقانون. (علاوة على ذلك، سيكون من المؤكد أنَّه يتعارض مع إرادة الشخص الذي يتصرف، على سبيل المثال الموظف، الذي يرغب في الاستمرار في الاستفادة من عقد العمل، ولكن من من دون الشرط الباطل إذا كان من شأنه أن يعرض العقد لخطر البطلان بالكامل...).

ثانياً. إعادة الحال إلى ما كان عليه

"العقد الذي تم إبطاله يفترض أنه لم يكن موجوداً أبداً". بموجب هذه الصيغة، تنظم المادة ١١٧٨ من القانون المدني عواقب البطلان في الوقت. أن العقد المنعدم لم يعد له وجود في المستقبل ولكن أيضاً، وهو ما يمثل أكبر الصعوبات، يجب أيضاً محوه من الماضي. لذلك البطلان له أثر رجعي.

ليس هناك شك في أن هذه المهمة ليست سهلة، خاصة عندما يكون العقد قد تم تنفيذه جزئياً أو كلياً. لأنه في هذه الحالة، يجب إعادة الأمور إلى حالتها السابقة قبل العقد. وهذا يؤدي إلى قيام كل من الأطراف برد ما حصل عليه من العقد.

ما الذي يجب أن يُعاد؟ "ما كان قد سلم أو نفذ من دون حق من العقد أو ما كان نفذ نتيجة العقد الباطل" قد تم إلغاء هذا النص.

تنص المادة ١٣٥٢ من القانون المدني على أن استعادة الأشياء تتم، ويفضل أن تكون بشكل عيني. عندما لا يكون ذلك ممكناً، فإن الاسترداد يكون بشكل قيمي أو بمقابل. الاسترداد بشكل قيمي هو في الحقيقة نوع من أنواع التعويض، على أساس الإثراء غير بلا سبب.

على سبيل المثال، في حالة وجود عقد بيع باطل، يجب على المشتري إرجاع الشيء المباع والبائع عليه أن يعيد الثمن. الرد في هذه الحالة يحدث بشكل عيني. إذا تم ادخال تحسين للشيء المبيع في هذه الأثناء، أو إذا كان الحفاظ عليه يكلف مالياً، فسيتم أخذ ذلك في النظر (المادة ١٣٥٢-٥) من القانون المدني الفرنسي. إذا تم بيع الشيء في هذه الأثناء، لاستحال الرد بشكل عيني وقام مقامه الرد بشكل قيمي أو بمقابل (المبدأ المنصوص عليه في المادة ١٣٥٢-٢).

لكن في بعض الأحيان تكون الأمور أكثر تعقيداً. يمكن تحديد مصدرين للتعقيد بشكل خاص:

(١) عدم التناسب في الاسترداد بين أطراف العقد. في بعض الأحيان يكون الذهاب في منطق البطلان حتى النهاية وما يتطلبه ذلك من العودة إلى الحالة السابقة للتعاقد. هذه

العودة قد تكون مرهقة لأحد الأطراف. يمكن ملاحظة ذلك من خلال الاجتهادات القضائية التي عالجتها هذا الموضوع، كما هو الحال في بطلان عقود تشييد المباني. ماذا يحدث إذا تم إلغاء مثل هذا العقد؟ هل يمكن أن يكون للبطلان تأثير في إجبار المنشئ على إعادة تأهيل الأرض على العلى الرغم من أن البناء قد بدأ بالفعل أو تم الانتهاء منه؟ لفترة طويلة، كان الجواب بالإيجاب. هدم البناء يمكن أن يتم على نفقة المقاول ودون تعويض. نحن نتخيل التكلفة التي يمثلها هذا: المقاول في هذه الحالة لا يدفع قيمة العمل المنجز فقط، ولكن يجب أن يتحمل تكلفة الهدم وإعادة التأهيل، والتي تتطوي على حجم كبير من العمل والتكلفة وفترات طويلة. لا يبدو أن السوابق القضائية تأخذ ذلك في النظر. يتضح هذا، على سبيل المثال، من خلال حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية في عام ٢٠١٣. لكن منذ ذلك الحين، تغيرت الأمور، تحت تأثير ضرورة تحقيق التناسب في عملية إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، والتي في هذه المنازعات كما في غيرها، تصنع مكانها في المشهد القانوني الفرنسي. في حكم صادر عن الغرفة المدنية الثالثة في عام ٢٠١٥، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه قبل إعلان إجراء الهدم وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، كان من الضروري التأكد من أن هذا لا يشكل "مؤيد غير متناسب مع خطورة الاضطرابات وعدم التوافق التي يمكن أن يؤدي لها إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد بين الأطراف". وبعبارة أخرى، إذا كان عدم الامتثال بالحد الأدنى، فلا داعي للهدم، ولا يكون هناك حاجة لإعادة التأهيل بالنسبة للأرض وما يستتبع من نفقات تثقل كاهل الطرف الملتزم بها. تم تأكيد هذا الحل بالاجتهادات القضائية بحكم أكثر حداثة، أصدرته الدائرة المدنية الثالثة في ٢٢ نوفمبر ٢٠١٨ (رقم ١٧-١٢،٥٣٧). في هذا الحكم، تلاحظ المحكمة أن المنزل قد انتهى تقريباً (حوالي ٩٠٪). لذلك، فإن الحكم بهدم المبنى سيشكل عقوبة غير متناسبة في ضوء العمل المنجز وخطورة الاضطرابات. كيف تنتهي القضية؟ كيف يتم ترجمة البطلان؟ لا يمكن للمالك (بمعنى آخر مالك الأرض، الذي بُني منزله) أن يواصل الاستمتاع بالمنزل مجاناً، أو أن يهدم المنزل للبطلان. نتيجة لذلك، قررت محكمة النقض أن المالك يبقى

مدينا بوفاء مقابل تكلفة البناء المنجز، بعد حسم ما يتناسب مع المخالفات الموجودة بالإيجار ... ويتم تطبيق حل مماثل عندما يكون الرد مستحيلاً.

(٢) استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه. في حالات أخرى مرة أخرى، يكون إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد مستحيلاً. كيف، في الواقع، استعادة الفائدة الفكرية؟ أو الانتفاع من عقار لعدة أشهر؟ لهذا النوع من الفوائد، "ما يتم القيام به" لا يمكن محو أثره كلياً، والعودة. هل يمكن إلزام المالك رد الإيجار من دون أن يلزم المستأجر برد أي شيء؟ أو المحامي عندما يلزم بسداد الرسوم من دون أن يكون العميل قادر أن يعيد ما جرى لحسابه من فائدة فكرية؟ هذا يرقى إلى الاعتراف بأن المشورة القانونية أو الانتفاع بعقار كان بشكل مجاني ... ماذا تفعل بعد ذلك؟ في هذا النوع من الفرضيات، القاضي يطلب الاسترداد بمقابل، والتي غالباً ما تقترب من السعر المدفوع. بمعنى آخر، سيقدر القاضي قيمة الخدمة التي يقدمها المحامي أو قيمة شغل المبنى خلال الفترة المعنية. والشخص الذي استفاد من خدمات المحامي أو الذي شغل العقار، يجب عليه دفع المبلغ الذي حدده القاضي. في الواقع، بالنسبة للعموم، فإن الأمر يتعلق أساساً بدفع الأجور أو دفع الإيجار. لكن من الناحية القانونية، يمكن تمييز ما يحكم به القاضي عن الأتعاب أو بدل الإيجار. في هذه الحالة التي نعالجها، العقد باطل. بالتالي يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد. والمبلغ الذي حدده القاضي لا يجب أن يتوافق بالضبط مع مقدار الأتعاب أو مبلغ الإيجار (حتى لو كان في كثير من الأحيان يقترب منه). في هذا الصدد، تنص المادة ١٣٥٢-٨ من القانون المدني الفرنسي على أن "تتم إعادة الخدمة في قيمتها. أي يؤخذ بعين النظر في تقييم المقابل تاريخ تقديم الخدمة".

الفصل الثالث

الإخلال في الالتزام العقدي

(المسؤولية العقدية)

يهدف المتعاقد من وراء التعاقد إلى تحقيق الهدف والغاية المنشودة من هذا التعاقد، كتملك العقار المبيع أو تملك البضاعة المباعة في عقد البيع، أو الانتفاع بالمأجور في عقد الإيجار، أو تسليم البضاعة إلى الوجهة المحددة لها في عقد النقل، إلخ.

وعندما يخل المتعاقد في التزامه العقدي يترتب الضرر **Damage**، ويصبح المتعاقد مخطئاً مخطئاً بخرقه العقد **Breaching Contract**، وتترتب عليه مسؤولية تسمى المسؤولية العقدية **Contractual Liability**، لأنها ناتجة عن إخلال بالتزام عقدي بخلاف الحال عند عدم وجود عقد ويترتب ضرر للغير فعندها تترتب المسؤولية التقصيرية **Tort Liability**، الناتجة عن الإخلال بواجب قانوني سابق هو عدم الإضرار بالغير في نفسه أو عرضه أو ماله أو بأي حق أو مصلحة مشروعة تعود له. وفي هذا الفصل سنتحدث عن آثار الإخلال بالالتزام العقدي وما يترتب عليه من تحمل للمسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذي سنتناوله في المبحث الأول قبل بحث الفسخ وانحلال العقد كآثار تترتب على عدم تنفيذ الالتزام وبالتالي الرغبة في إنهاء العلاقة التعاقدية.

وبالتالي سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: المسؤولية العقدية (التعويض).

المبحث الثاني: انحلال العقد (الفسخ والانفساخ)

المبحث الأول

المسؤولية العقدية *Contractual Liability*

(جزاء العقد *Sanction*)

تقسم المسؤولية التي يمكن أن يُسأل عنها الإنسان _بحسب مصدرها المنشئ لها_ إلى مسؤولية جزائية مصدرها الفعل الجرمي المنصوص فيه في قانون العقوبات، ومسؤولية مدنية مصدرها العقد أو الواقعة القانونية المنصوص عليها في القانون المدني .

وتقسم المسؤولية المدنية بدورها إلى عقدية مصدرها العقد _ سواء أكان مسمى منصوص عليه في القانون المدني أم غير مسمى اتفق عليه المتعاقدين _ ومسؤولية تقصيرية ومصدرها الفعل أو الواقعة القانونية المنصوص عليها في القانون المدني. فالمسؤولية العقدية ناتجة عن إخلال بالتزام عقدي، أما المسؤولية التقصيرية ناتجة عن إخلال بالتزام أو واجب قانوني سابق مقتضاه الالتزام بالقواعد القانونية التي تنهى عن الإيذاء والقتل والسرقة وغيرها...إلخ.

ودرستنا مقتصرة على المسؤولية العقدية فالأصل في تنفيذ العقد أو الالتزام المترتب على المدين أن يكون عينياً حيث يُجبر المدين عن طريق القضاء على تنفيذ العقد أو الالتزام وفقاً لما تم عليه.

فنصت المادة ٢٠٠: " ١ . ينفذ الالتزام جبراً على المدين. ٢ . ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه".

وعندما يمتنع المتعاقد أو يهمل في تنفيذ التزامه العقدي الذي التزم به بموجب أحكام العقد، ويترتب ضرر للغير من جراء ذلك فلا بد من فرض الجزاء المناسب على الطرف المخل بالتزامه، ومحاسبة المضرور للتوصل إلى أحد الجزاءات أو الحلول القانونية

^٢ _ د. عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،

كلية الحقوق، ١٩٥٤، دار الكتاب العربي بمصر، ص ١٦.

Sanctions Or Legal Remedies _ الناتجة عن خرق العقد أو الإخلال في

تنفيذ الالتزام وهي :

١. التنفيذ العيني **Specific Performance**، أي تنفيذ العقد وفق الشروط المتفق عليها.

٢. إعادة الحال إلى ما كانت عليه؛ **Restitution**

٣. التعويض **Compensation** عن الضرر، عند تعذر التنفيذ العيني أو عدم جدواه.

٤. فسخ العقد **Termination Of Contract**.

والدائن المتعاقد المتضرر من إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه غالباً ما يطلب تنفيذ العقد وفقاً لشروطه أي وفقاً لما تم الاتفاق عليه، والذي يسمى بالتنفيذ العيني للالتزام **Specific Performance**، بجبر المتعاقد على تنفيذ الالتزام، فنصت المادة ٢٠٠ مدني سوري " ينفذ الالتزام جبراً على المدين"، وقواعد التنفيذ العيني المباشر وغير المباشر (الغرامة التهديدية)، هي من موضوعات كتاب أحكام الالتزام. كما أن الدائن قد يجد أن مصلحته ليست في طلب تنفيذ العقد عينياً، إنما في التمسك بالعقد وطلب التنفيذ بطريق التعويض أو التخلي عن العقد وطلب فسخ العقد؛ وكل ذلك كأثر للخطأ العقدي أو الإخلال بالالتزام العقدي.

وقد يستحيل تنفيذ العقد أو الالتزام بس وجود أمر خارج عن إرادة المدين وهذا الأمر الخارجي الذي ليس للمدين صلة به يسمى السبب الأجنبي، حيث يسقط الالتزام أو يفسخ العقد إذا كانت الاستحالة في التنفيذ مطلقة، أما إذا كانت الاستحالة نسبية أو

²⁷² _ Amy Krois-Lindner Matt Firth and Translegal, Introduction to International Legal English, Cambridge University Press First published 2008 reprinted 2009, p20.

^٢ _ نصت المادة ٢٠٤ مدني سوي: "١. يجبر المدين، بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢٢٠ و ٢٢١، على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. ٢. على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

مؤقتة فتؤدي إلى تأجيل العقد أو الالتزام ويتحمل المسؤول عن ذلك التعويض عن الضرر، ومثال ذلك وجود قرار حظر دولي مؤقت على الدولة منع من توريد قطع الغيار المتفق عليها. ويكون السبب الأجنبي في ثلاث حالات:

١. القوة القاهرة؛ وهي كل أمر لا يمكن توقعه ولا مكن دفعه بعد التوقع ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، كهلاك البضاعة في الحرق أو انهدام المنزل بالزلازل، أو تلف المحصول المباع بالفيضانات.

٢. خطأ الغير (أي غير المدين المسؤول)؛ فينسب تعذر تنفيذ العقد للغير الذي تدخل وجعل تنفيذ العقد مستحيلًا، مثال سرقة البضاعة المباعة من أحد الناس غير المتعاقدين، قيام شخص ما بحرق السيارة المباعة.

٣. خطأ المضرور (الدائن المدعي بالتعويض)؛ أي أن المدعي بالتعويض هو من يتحمل مسؤولية الضرر هنا، ومثاله خطأ المشتري في حفظ الخضراوات أو الفواكه في برادات مناسبة مما أدى إلى تلفها.

وبالتالي المسؤولية العقدية _ أي طلب التعويض عن الضرر _ تترتب على عاتق المدين لجبر الضرر الذي لحق بالدائن من جراء إخلال المدين الملتزم في تنفيذ التزامه العقدي، وتعذر التنفيذ العيني أو عدم جدواه.

ويشار إلى أن الفقه الإسلامي لم يستخدم مصطلح المسؤولية العقدية إنما استخدم مصطلح الضمان ، فتكلم فقهاء الإسلام عن نظرية الضمان لتعويض المتعاقد عن الضرر اللاحق به من جراء إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه.

فالضمان كما عرفته مجلة الأحكام العدلية (ال مادة ٤١٦) " الضمان هو إعطاء مثل الشيء أن كان من المثليات وقيمته أن كان من القيميات" وعرف الدكتور مصطفى الزرقاء الضمان بأنه: " التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"

^٢ _ د. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ص ١٠١٧، ف ٦٤٨، مشار إليه لدى د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق ١٩٩٨، ص ٢٢.

كما أنَّ "الضرر يدفع بقدر الإمكان" (م ٣١ مجلة الأحكام)، و "الضرر يزال" (م ٢٠ مجلة الأحكام).

سنقتصر هنا في المطلب الأول على بحث أركان المسؤولية العقدية في حال حدوث خطأ عقدي وجنوح المتضرر للمطالبة بالتعويض وهي:

١ _ الخطأ **Fault** . ٢ _ الضرر **Damage**.

٣ _ العلاقة السببية **Causal Relationship** بين الخطأ والضرر.

فيحين أنَّ أركان الضمان (المسؤولية بالتعويض) في الفقه الإسلامي هي الاعتداء والضرر، وعلاقة السببية بينهما تكون بالباشرة أو التسبب.

وبالتالي سنناقش موضوع مطالبة الدائن المضرور للمدعى عليه المسؤول عن الضرر _ المخل بالتزامه **Breaching Party** _ بالتعويض باعتباره تنفيذاً مقابلًا بدل التنفيذ العيني، وسنؤجل موضوع الفسخ كما ذكرنا أعلاه للمبحث التالي.

فالمتعاقدين عندما يجد أنَّ التنفيذ العيني أصبح مستحيلًا أو متعذرًا أو عديم الجدوى، أو لا يمكن أنَّ ينفذه إلا المدين شخصياً وقد رفض ذلك، فيجئ إلى طلب التعويض والذي يسمى التعويض بمقابل أي وضع المدعي الدائن في مركز وكأن العقد أو الالتزام قد جرى تنفيذه. ولا يقبل من المدين عرضه التعويض بدلاً من التنفيذ العيني، لأنَّ الأصل تنفيذ الالتزام عيناً بحق المدين ما دام ممكناً.

فنصت المادة ٢١٦ مدني سوري: " إذا استحال على المدين أنَّ ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أنَّ استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

وبالتالي يرفع الدائن الدعوى للقاضي الذي عليه أنَّ يثبت من تحقق أركان المسؤولية العقدية وهي الخطأ بالتزام عقدي، وأن يترتب الضرر بالمتعاقدين الآخر من جراء هذا

^٢ _ " المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسؤول" نقض مصري رقم ١٥٣٠١ لسنة ٨٠ قضائية الصادر بتاريخ

٢٠١٨/٧/٨.

الخطأ، وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر. وهذا ما سناقشه في المطالب
الثلاث الآتية.

المطلب الأول: الخطأ العقدي.

المطلب الثاني: الضرر.

المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.



المطلب الأول

الخطأ العقدي

الأصل أنَّ يلتزم المتعاقد بإرادته العقدية ويندفع نحو تنفيذ ما تعهد به فالله سبحانه وتعالى قال: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " المائدة (١).

ونصت المادة ١٤٨ مدني سوري " أنَّ العقد شريعة المتعاقدين " وأيضاً نصت المادة ١٤٩ " ١. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ".

ونصت المادة ٢٠٠ " ١ _ ينفذ الالتزام جبراً على المدين " وجاءت المادة ٢١٦ مدني سوري لتقضي بالتعويض عند استحالة التنفيذ فنصت على أنَّه " إذا استحال على المدين أنَّ ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أنَّ استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه "

فكل النصوص القانونية والشرعية توجب وفاء الإنسان بعقده وعهده مع الناس، فإذا استحال عليه التنفيذ _ بسبب منه _ أو قصر أو أهمل أو تأخر أو خالف ما اتفق عليه مع المتعاقد الآخر يكون مخطئاً ومخلاً بالتزامه **Breaching Party** ويتحمل المسؤولية العقدية بالمطالبة بالتعويض من المتعاقد الآخر **Non-breaching Party**.

فالمسؤولية العقدية هي الحكم على المخل في التزامه التعاقدية بالتعويض للمتعاقد الآخر عن الضرر الناجم عن إخلاله في هذا الالتزام .
ويشار إلى أنَّ الخطأ الذي يتحمله المتعاقد في المسؤولية العقدية قد يعود إلى خطئه الشخصي أو بسبب خطأ يعود إلى الغير يسأل عنهم أو إلى خطر الأشياء التي يتولى المتعاقد حراستها كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية .

^٢ _ عباس الصراف، المرجع السابق، ص ١٦.

والخطأ العقدي الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام هو: سلوك المتعاقد مسلماً يخالف ما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين سواء أكان ذلك عن إهمال أو قلة احتراز أو عن قصد وتعمد. فمجرد الإخلال بالالتزام العقدي هو خطأ. لأنه امتناع عما كان يجب أن يقوم به المتعقد بموجب القانون الناظم بين المتعاقدين وهو العقد.

فنصت المادة (٢١٢ مدني سوري تقابلها م ٢١١ مصري) على المعيار الذي تبنى عليه المسؤولية العقدية ، وهو ذاته أيضاً في المسؤولية التقصيرية، ألا وهو سلوك الشخص العادي فجاء فيها: " ١ . في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيلة 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. ٢ . وفي كل حال، يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم ".

ـ صور الخطأ العقدي:

يتوافر الخطأ العقدي في إحدى الصور الآتية وهي:

(١) عدم التنفيذ الكلي للالتزام كعدم تسليم البضاعة المتفق عليها كلها.

^٢ _ يذكر أن الكثير من أحكام المسؤولية العقدية تشابه المسؤولية التقصيرية ولا سيما في أركان المسؤولية، والسبب الأجنبي، ودعوى المسؤولية، والسبب المنتج المباشر في الخطأ، وتقدير التعويض، والتأمين من الأضرار.. إلخ. راجع السنهاوري، ج ١، مرجع سابق، بند ٤٢٦.

^٢ _ يحكم هذا المعيار المسؤولية العقدية سواء أكان الالتزام بعناية أم بغاية، حيث يقول الأستاذان مازو " أن معيار الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية هو بعينه معيار الخطأ التقصيري. فعدم تحقيق الغاية المتفق عليها يعد انحرافاً في السلوك المألوف للرجل المعتاد، ففي اللحظة التي يعقد فيها المدين عقداً ما ويلتزم بموجبه التزاماً بنتيجة يجب عليه أن ينفذ التزامه هذا وإذا لم يفعل فإنه لم يسلك كما يجب، ويرتكب بذلك خطأ، وإذا كان من المحقق أن الشخص البصير هو الذي يتصرف وفق القواعد التي يضعها المشرع، فأولى بهذا الشخص أن يتصرف وفق القواعد التي وضعها هو لنفسه في عقد عقده بنفسه" مازو ج ١ نبذه ٦٧٣ مشار إليه في د. السنهاوري، الوسيط ج ١، هامش ص ٦٥٩.

٢) عدم التنفيذ الجزئي للالتزام كتسليم جزء من البضاعة المتفق عليها والامتناع عن تسليم الجزء الآخر.

٣) التأخر عن تنفيذ الالتزام كتأخير تسليم البضاعة عن الموعد المتفق عليه.

٤) التنفيذ المعيب للالتزام كتسليم بضاعة معيبة أي فيها عيب أو ليست البضاعة المتفق عليها.

وحتى يتقرر الإخلال أو المسلك الخاطئ لا بد من التمييز بين نوعين من الالتزامات من حيث هدفها أو تنفيذها؛ حيث تقسم إلى التزام بغاية والالتزام بعناية. سنناقش الالتزام بعناية في الفرع الأول قبل بحث الالتزام بغاية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الالتزام بغاية

الالتزام بغاية هو الالتزام الذي لا تبرأ ذمه مدينه إلى بتحقيق الغاية المتفق عليها في العقد. مثال كالتزام الناقل في عقد النقل بنقل البضاعة من دمشق إلى حلب، فإذا لم تصل البضاعة المباعة إلى حلب لا يكون المتعاقد موفياً بالتزامه؛ وبالتالي يتحمل المسؤولية العقدية.

مثال؛ الالتزام بغاية كالتزام ناقل البضاعة، التزام الأجير المشترك _ التزام المقاول. " المشتري" .

وهذا المتعاقد بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة في التزامه يتحمل المسؤولية العقدية عن تعويض الضرر، فيحكم عليه بالتعويض المناسب.

ويستطيع المدين أن يتحلل من المسؤولية العقدية ويدفعها عنه بإثبات السبب الأجنبي

^٢ _ نقض سوري، رقم ١٣٦١ أساس ١٥٦٦، تاريخ ١٩٨٦/٩/٢٨، سجلات محكمة النقض.

فنص القانون المدني السوري في المادة ٢١٦ " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه "

وسنذكر حالات السبب الأجنبي وهي القوة القاهرة وخطأ الغير وخطأ المضرور عند بحث ركن علاقة السببية تبعاً.

الفرع الثاني

الالتزام بعناية

عندما يلتزم الشخص بأداء عمل ما لآخر كإجراء عملية جراحية من قبل طبيب أو إقامة دعوى للدفاع عن حقوق الموكل من قبل المحامي فإن المتعاقد كالمحامي لا يلتزم بربح الدعوى لموكله وأيضاً الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض لأن ذلك يتعلق بأمر خارجي عن المتعاقد فهو يتعلق بإذن الله بشفاء المريض بالنسبة للطبيب وبحكم القاضي بالنسبة لدعوى المحامي.

وبالتالي هنا لا يمكن أن نلقي تحقيق النتيجة على عاتق الملتزم، إنما نلقي عليه واجب بذل الجهد لتحقيق النتيجة وترك تحقيقها للأمر الخارج عن إرادته، والجهد الذي يبذله الملتزم هنا كما ذهب القوانين المدنية والفقهاء الإسلامي ليس هو جهد الرجل الفطن شديد الحذر، ولا الرجل المهمل المقصر، إنما جهد وعمل الرجل المعتاد؛ وهو رجل من أواسط الناس الذي يسلك المسلك العادي للأمور ويلتزم بالأنظمة والقوانين. فالمريض إذا لحقه ضرر من جراء العملية تجري الخبرة الطبية على عمله وجهده الذي قام به، ليتم التأكد من قيامه بالالتزام بالأنظمة والقوانين الطبية وبسلوك الطبيب المعتاد.

ونصت المادة ٢١٢ على معيار عام لسلوك المتعاقد حتى إذا حاد عنه تحمل المسؤولية العقدية بالتعويض فجاء فيها " ١ . في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من

المدين هو أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيلة 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. ٢ . وفي كل حال، يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم "

فالملتزم هنا عليه أن يبذل الجهد المعقول في عمله بحسب عناية وسلوك الرجل العادي، " فمسؤولية البنك المرتهن عن تحصيل الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية المرهونة لديه هي مسؤولية عقدية يلتزم فيها ببذل عناية الرجل المعتاد" .

ويمكن الزيادة في الالتزام على معيار الرجل العادي بحسب الاتفاق أو نص القانون . فعلى المستأجر أن يبذل عناية الرجل المعتاد في استعمال المأجور، فنصت المادة ٥٥١ مدني " ١ . يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد. ٢ . وهو غير مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً."

أما في عارية الاستعمال مثلاً يتوجب على المستعير أن يبذل العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله من دون أن تنقص عن عناية الرجل المعتاد فنصت المادة ٦٠٧ مدني سوري: " ١ . على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله من دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد.

^٢ _ نقض مصري، طعن رقم ١٠٩٧١، ٨٠ قضائية، تاريخ ٢٠١٥/٥/٦، موقع محكمة النقض المصري الإلكتروني تاريخ الرجوع ٢٠٢١/٤/٨.

^٢ _ من هذه الإضافة على عناية الرجل المعتاد أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٨٩ مدني سوري من التزام الشريك بالعناية بحسب معيار عانيته في شؤونه الخاصة: " ١ . على الشريك أن يتمتع عن أي نشاط يلحق الضرر بالشركة، أو يكون مخالفاً للغرض الذي أنشئت لتحقيقه.

٢ . وعليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة. إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد."

٢ . وفي كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه".

في حين على المودع لديه من دون أجر أن يبذل في حفظ الوديعة عنايته في حفظ ماله من دون أن يزيد عن عناية الرجل المعتاد "١ . إذا كانت الوديعة بغير أجر، وجب على الوديع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، من دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد. ٢ . أما إذا كانت الوديعة بأجر، فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد." مادة ٦٨٦ مدني.

ويُعدُّ الملتزم بشكل عام محققاً لالتزامه بمجرد تحقيق الغاية أو وفقاً لمعيار العناية والجهد المعقول والسلوك المعتاد أو المنصوص عليه في القانون أو الاتفاق أي سواء أكان معيار العناية عاماً أم خاصاً محدداً بغض النظر هنا عن تحقيق الغاية من العمل الذي قام به. وهذا فضلاً عن مساءلة المدين الملتزم عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي قام به بكل الأحوال. وأي تقصير أو حيد عن ذلك يجعل الملتزم مخطئاً ويتحمل المسؤولية العقدية .

وفي الفقه الإسلامي يميزون بين يد الضمان فيضمن الشَّخص المال الذي تحت يده؛ ومثاله الأجير المشترك، وهو الذي يتولى بالقيام بعمل ما لصالح أكثر من شخص كالخياط والصناعي والمستعير .

ويد الأمانة فلا يضمن الشَّخص المال من تحت يده إلا أن تعدى أو قصر وأهمل في حفظه أو استخدامه ولم يلتزم بالعقد المتفق عليه أو بالعرف المتبع في سلوكه وعمله، كمستأجر العقار من شقة أو أرض زراعية.

٢ _ راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ للقانون المصري ص ٥٣٢-٥٣٣، مشار إليها لدى د. السنهوري، الوسيط ج١، هامش ص ٦٥٨. ويذكر أن التمييز بين الالتزام بغاية والالتزام بعناية لا يقتصر على المسؤولية العقدية، إنما يشمل المسؤولية التقصيرية أيضاً فالالتزام الشَّخص بعدم الإضرار بالغير التزام بعناية، والتزام الشَّخص بعدم الإثراء على حساب الغير التزام بغاية، د. السنهوري، الوسيط ج١، بند ٤٢٨.

فذهب أبو حنيفة والحنابلة في الأصح لديهم إلى عدم تضمين الأجير المشترك قياساً على الأجير الخاص فهو مأذون بقبض الشيء ولا عدوان منه، ولا ضمان من غير عدوان. في حين ذهب صاحبان أبو محمد وأبو يوسف من الحنفية وقول للحنابلة والمالكية إلى تضمين الأجير المشترك ولو لم يصدر أي تعد أو تقصير من جانبه صيانة لأموال الناس فالطباخ ضامن لما أفسده من طبخ، والخباز ضامن لما أفسده من خبز، ودليلهم في ذلك ما ورد عن الرسول عليه الصلاة والسلام: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " ، فالصناع يمكن أن يتصرفوا بالأشياء الموجودة تحت يدهم ويدعوا تلفها، فتم تضمينهم حفظاً لأموال الناس وصيانة لها وتحقيقاً للمصلحة العامة .

الفرع الثالث

تعديل قواعد المسؤولية العقدية

سنناقش هذه الفكرة في القانون المدني أولاً قبل أن نبحث في رأي الفقه الإسلامي ثانياً.

أولاً _ موقف القانون المدني

نصت المادة ٢١٨ مدني سوري على إمكانية تعديل قواعد المسؤولية العقدية من دون التقصيرية فجاء فيها: " ١ . يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة. ٢ . وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. ومع ذلك، يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع

^٢ _ سنن أبي داود، أبي داود السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) المحقق شعيب الأرناؤوط - محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط ١، ٢٠٠٩، باب تضمين العارية، ٣٥٦١ نسخة الكترونية.

^٢ _ مجموعة من المؤلفين، فقه المعاملات، ج ١، ص ١٢٢، نسخة الكترونية، موقع الإسلام، الموسوعة الشاملة.

من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. ٣ . ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع ."

فالقانون قد منع الاتفاق على خلاف قواعد المسؤولية التقصيرية، فلا يجوز الاتفاق مسبقاً مع المضرور قبل الإضرار به على تعويض قل أو كثر مما قد يلحق به مستقبلاً، أما الصلح بعد حدوث الضرر فهو أمر مشروع.

أما المسؤولية العقدية فقد أجاز القانون لأحد المتعاقدين أن يحمل الآخر مسؤولية ما يطرأ من حوادث تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً كتحميل المتعهد أي فروقات تقع في أسعار مواد المشروع الذي يقوم بتنفيذه. وكذلك أجاز تحميل المتعاقد تبعة القوة القاهرة وهي؛ أي حادث يقع لا يمكن توقعه عند التعاقد ويستحيل دفعه عند حصوله. كأن يتفق أحد المتعاقدين مع الآخر (الناقل) على تحمل أي ضرر يلحق بالبضاعة أثناء نقلها حتى ولو سرقت أثناء النقل أو تعرضت لغرق بفيضان أو زلزال أو أي حادث آخر يجعل معه من المستحيل تنفيذ الالتزام.

وقد استثنت المادة المذكورة أعلاه من الاتفاق على خلاف قواعد المسؤولية حالة وجود غش أو خطأ جسيم من المتعاقد؛ ومثاله أن يتفق مورد البضاعة مع الناقل على أن يعفيه من تحمل تبعة أي حادث المفاجئ الذي يقع معه خلال الطريق إلا أن الناقل أخطأ خطأ جسيماً خلال الطريق أدى إلى انقلاب السيارة كأن يكون متناولاً للمسكر خلال الطريق، أو كأن يكون قد غش في المواد المستخدمة في النقل مما أدى إلى تلف البضاعة المنقولة ففي هاتين الحالتين يبقى المتعاقد مسؤولاً عن تعويض الضرر.

ثانياً _ موقف الفقه الإسلامي

القانون الإسلامي وإن كان قد أقر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه لم يمنح المتعاقدين اشتراط ما يشاؤون من شروط أو الإعفاء من المسؤولية التعاقدية، وفي هذا رحمة بالطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وتلطيف للعدالة التبادلية العقدية التي أشرنا إليها سابقاً والتخفيف من وطأتها.

وبالنسبة لمسألة الشروط في العقد، فيوجد فيها اختلاف لدى الفقهاء:

١ _ فهناك اتجاه في الفقه الإسلامي أنَّ الأصل في الشروط الصحة ما لم يرد دليل خاص في الشرع على النهي عنها، وأنها لا تؤثر على صحة العقد بالإبطال أو الإلغاء سواء أكانت معتبرة صحيحة أم فاسدة منهي عنها ، وأوسع المذاهب التي أخذت بتصحيح الشروط هو المذهب الحنبلي.

واستدل القائلون بصحة الشروط مطلقاً بالأدلة التي توجب الوفاء بالعقود والعهود عامة وهي كثيرة: فقال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة الآية ١ ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ سورة الإسراء الآية ٣٤.

وسنداً لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام « مَا بَالُ أَنْاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنْ شَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ، شَرَطَ اللَّهُ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ » ، حيث أجاز للسيدة عائشة أنَّ تشتري العبد وتعتقها على الرغم من أنَّ البائعين قد اشترطوا عليها أنَّ يكون الولاء لهم بعد الإعتاق فقال عليه الصلاة والسلام

^٢ _ انظر: د. عبد العزيز سمك، الإيجار المنتهي بالتمليك، ص ٧٥ وما بعدها، د. أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد، ص ١٨٦، د. مؤيد زيدان، الأبعاد القانونية والاجتماعية للقانون دراسة في علم الاجتماع القانوني مقارنة بين القانون المصري والسوري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة كلية الحقوق، ٢٠١٠، ص ٥٩٩.

^٢ _ وهذا هو رأي الحنابلة وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، انظر: ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، ج ٢٩، ص ١٤٧، د. عبد العزيز سمك، المرجع السابق، ص ٨١، د. عيسوي عيسوي، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

^٢ _ رواه البيهقي في سننه، ٢٩٩/١٠، والبخاري ٢٥٦٠، مسلم ٢٦١٢، أبي داود ٣٩٢٩، وانظر: أستاذنا الدكتور/ عبد العزيز رمضان سمك _ الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي _ ص ٧٨/٨١.

الولاء لمن أعتق، أي أنَّ هذا الشرط مناف لعقد البيع فيبطل الشرط ويصح العقد ، وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً: « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو شرطاً أحل حراماً » ، وقال عمر رضي الله عنه ^١ « مقاطع الحقوق عند الشروط ». وهذا الاتجاه الفقهي الذي يجيز العقد مع الشرط الصحيح لا يقف موقفاً واحداً بالنسبة للعقد مع الشروط الفاسدة:

فذهب بعضهم إلى إبطال العقد بالشرط الفاسد من دون الصحيح، وهذا حسب الرواية الثانية للحنابلة وقول **أبي حنيفة والشافعي**، لعموم نهى رسول الله (عليه الصلاة والسلام) عن بيع وشرط ، لأنَّ تصحيح العقد مع الشرط الفاسد يعني أنَّ يتم العقد من دون رضى الطرف المشتري، كما أنَّ سقوط الشرط يؤدي إلى وجوب الرجوع بما يقابله من الثمن وهو مجهول فيصير الثمن مجهولاً .

وقد ميز الأحناف بين عقود المعاوضات المالية فتبطل بالشرط الفاسد كتعليق البيع على سكن الشقة المباعة من البائع شهراً، وبين العقود التي لا تتضمن المعاوضة المالية كالهبه أو الاعتاق، أو تكون من الاسقاطات كالطلاق فلا تفسد بالشرط الفاسد إنما يسقط الشرط ويصح التصرف.

^٢ _ المنافاة لحكم عقد البيع هنا لأن الولاء كالنسب كما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم لا يباع ولا يوهب، فروى عن الرسول عليه الصلاة والسلام عن ابن عمر أنه قال: " الولاء لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب " البيهقي (١٠/٢٩٣)، علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٧، ص ٤٧٩.

^٢ _ رواه البيهقي في السنن الكبرى ٧٩/٦، ورواه الدار قطني كذلك بهذه الصيغة برقم ٢٨٦٩ وبصيغة أخرى برقم ٢٨٧٠، "المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق"، و" المسلمون عند شروطهم " عند أبي داود _ ٣٥٩٤.

^٢ _ روي الحديث بمسند أبي حنيفة ٢٢٣، وانظر: د. يوسف قاسم، تاريخ الفقه الإسلامي، ص ٣٢٧.

^٢ _ انظر: ابن تيمية، نظرية العقد، ص١٩٩، والعقد مع الشرط الفاسد يجعل العقد فاسداً عند الحنفية، فورد أنَّ "الأصل كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة" كالبيع والإجارة، أما ملا يبطل بالشروط الفاسدة فهو الذي لا يتضمن المعاوضة المالية كالإعتاق والنكاح والطلاق، الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط١، ١٣١٣ هـ، ص ١٣١/٤ نسخة الكترونية، وفي رواية لمحمد البيع جائز والشرط باطل، بدائع الصنائع، ج٥، ص ١٧٠.

فجاء في المادة ٢٢٩ من كتاب مرشد الحيران : " كل ما كان مبادلة مال بمال كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليقه به بل تفسد إذا اقترنت أو عقلت به"

ونصت المادة ٢٣٠ مرشد الحيران: " ما كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والخلع على مال أو كان من عقود التبرعات كالهبة والقرض أو من التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي من التجارة فإنه يصح مع اقترانه بالشرط الفاسد ويلغو الشرط ولا يصح تعليقه بالشرط بل يبطل العقد أن تعلق به. وكذلك الرهن والاقالة باقترانها بالشرط الفاسد ويبطل الشرط ولا يصح تعليقه بالشرط."

ونصت المادة ٢٣١ مرشد الحيران: " ما كان من الإسقاطات المحضة كالطلاق والعناق وتسليم الشفعة بعد وجوبها أو من الالتزامات التي يحلف بها كحج وصلاة يصح تعليقه بالشرط ملائماً كان أو غير ملائم ويصح مع اقترانه بالشرط الفاسد ويلغو الشرط. وكذلك الوكالة والإيضاء والوصية يصح تعليقه بالشرط الملائم وغير الملائم وتصح مع اقترانها بالشرط الفاسد ويبطل الشرط"

فإذا كان الشرط لصفة مباحة مقصودة في المعقود عليه غير متنافية أو متعارضة مع مقتضى العقد كمن يبيع شقة ويشترط استئجارها شهراً قبل التسليم، فلا مانع من هذا الشرط ، وقد ورد أن الرسول عليه الصلاة والسلام اشترى من^٩ الصحابي جابر جملأ واشترط البائع أن يحمله الجمل حتى المدينة فوافق المشتري عليه الصلاة والسلام ، أما إذا باع أو أجر شخص واشترط على المستأجر أو

^٢ _ محمد قنري باشا (متوفى ١٣٠٦ هـ)، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط٢، ١٨٩١.

^٢ _ انظر: ابن تيمية _ نظرية العقد، ص ٢٤، ومثال على الشرط الموافق لمقتضى العقد عند الحنفية اشتراط كفيل أو رهن معلوم، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص ١٧٢.

^٢ _ رواه البخاري ٢٧١٨، ومسلم ٧١٥، وانظر: د / عبد العزيز سمك، المرجع السابق، ص ٨٠.

المشتري أن لا يسكنها مدة معينة فهذا شرط مناف ومخالف لمقتضى العقد وليس فيه نفع ، فيبطل الشرط ويصح العقد.

وهذا ما أكد عليه صاحب مرشد الحيران بالمادتين الآتيتين:

المادة ٢٢٧ نصت: " الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجبته جائز معتبر فيصح اقتران العقد به.

وكذلك يُعد الشرط المتعارف الذي جرت به عادة البلد وتقرر في المعاملات بين التجارة وأرباب الصنائع.

والمادة ٢٢٨ نصت لذات الكتاب: " الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبته ولا جرى به العرف وكان به نفع لأحد العاقدين أو لآدمي غيرهما فهو فاسد.

والشرط الذي لا نفع فيه لأحد العاقدين ولا لآدمي غيرهما فهو لغو غير معتبر والعقد الذي يكون مقروناً به صحيح "

_ فالشافعية والحنفية أخذوا بعموم حديث النهي عن بيع وشرط، فأبطلوا البيع والشرط الفاسد، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط كالحنابلة أخذ بحديث السيدة عائشة في العدة المعتقة المشار إليه في المتن أعلاه، ومن أجاز البيع والشرط الصحيح أخذ بحديث الجمل الذي اشتراه الرسول (عليه الصلاة والصلاة) واشترط البائع توصيله به إلى المدينة السابق ذكره .

ومذهب المالكية أقرب إلى الحنابلة فيجيزون الشرط الصحيح والشرط الفاسد ولا يبطل العقد بهما وإنما يبطل الشرط الفاسد ويبقى العقد، إلا إذا كان للشرط الفاسد تأثير على العقد فيبطلان معاً، أو تمسك المتعاقد المشتراط بالشرط ، وبالتالي تلافى المالكية^٦ الجهالة التي قال بها الحنفية والشافعية، وبهذا الرأي نعتقد.

^٦ _ انظر: أستاذنا الدكتور / عبد العزيز سمك _ المرجع السابق _ ص ٧٨.

^٦ _ انظر: ابن رشد _ البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة _ ج ٨/ص

٢٨٨_ج ٩/ص ٧٧.

٢ _ وهناك رأي في الفقه الإسلامي ذهب إليه ابن حزم بأن الأصل في الشروط التحريم مالم يرد بها دليل من الشرع، سنداً لحديث اعتاق العبد المذكور أعلاه والذي ورد فيه النهي عن الشروط، وعملاً بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » ، ونرى أنَّ الشرط الذي نَهَى عنه رسول الله (عليه الصلاة والسلام) هو الشرط الفاسد، وليس الصحيح.

و باعتبارنا يستدل مما سبق أنَّ الاشتراط في العقود جائز إلا ما خالف دليلاً شرعياً أو كان مخالفاً لمقتضى العقد، وهذا ما يتوافق مع روح الشريعة ومبادئها العامة التي تقوم على العدل والتيسير ورفع الحرج عن الناس، وصلاحيتها لكل زمان ومكان، إذ لو منعنا الشروط مطلقاً لوقع الناس بالحرج لأنَّ تطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية والمعاملات المالية قد توجب شروط لم يرد دليل على إباحتها أو تحريمها، ومن المعلوم أنَّ الشريعة الإسلامية كما ذكرنا سابقاً أتت بمبادئ كلية وقواعد عامة مع التفصيل في بعض أحكامها وليس من المعقول أنَّ ينصَّ فيها على شروط عقود لم تكن قد وجدت في التعامل في عصر الرسول والصحابة، وبالتالي تبقى الشروط والعقود على الأصل وهو الحل ، ما دامت فيها منفعة معلومة مباحة لأحد المتعاقدين ولا ضرر بها على الآخر، وهذا ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور عبد العزيز سمك ، حيث يرد على من منع الشروط في العقد، أنَّ الشرط المنهي عنه هو الشرط الفاسد " فالمشترط ليس له أنَّ يبيح ما حرمه الله، ولا أنَّ يحرم ما أباحه الله ، وإذا فعل ذلك يكون شرطه باطلاً، فمقصود الشروط وجوب مالم يكن واجباً ولا حراماً، فإذا اشترط المتبايعان صفة في المبيع أو رهناً أو نحو ذلك وجب الوفاء بمقتضى الشرط، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم : كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، فإذا لم يشتمل العقد على شرط مناف لمقصود الشارع، ولا مناف

٢ _ انظر: المحلى _ ج ٨ المسألة ١٤٤٥، وانظر: د / عيسوي عيسوي _ المرجع السابق _ ص ٤٣٦، د /

أحمد حسين _ الملكية ونظرية العقد _ ص ١٨٧.

لمقصود العقد فلم يكن لغواً، ولا وجه لتحريمه، بل الواجب حله، لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه ، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه" .^٨

فإذا كان الشرط مناف لمقتضى العقد فهو غير جائز، ويبطل الشرط ويبقى العقد، كما في حديث السيدة عائشة السابق، فأبطل الرسول الله (صلى الله عليه وسلم) الشرط وأجاز العقد، حيث أجاز لها أن تعتق العبد (ويكون والولاء لها، لأن الولاء لمن أعتق والولاء كالنسب بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم لا يباع) _ بالتالي _ والشرط مناف لمقتضى العقد ولم يقل لها العقد باطل ، إلا أننا نأخذ بموقف المالكية بأنه إذا كان الشرط الفاسد مؤثراً في العقد أو تمسك المتعاقد المشترط به، فيبطل العقد والشرط منعاً لعدم الرضا وللجهالة بسبب سقوط الشرط.

بناءً على ما ذكر أعلاه في القانون المدني من إطلاق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من دون قيد أو شرط أو إعفاء المتعاقد من المسؤولية العقدية، هو أمر غير جائز في الفقه الإسلامي . فلا يجوز مثلاً تحميل المستأجر إصلاحات المأجور كافة لأن مقتضى العقد أن الإصلاحات تكون على المؤجر فهو المالك ولا يتحمل المستأجر إلا الإصلاحات الناتجة عن الاستعمال غير المألوف للمأجور، وإلا أثرى المؤجر على حساب المستأجر وأكرهه معنوياً على ترميم المأجور لينتفع به باعتبار أن الطرف الضعيف بالعلاقة العقدية.

وكذلك الأمر باشتراط الإعفاء من ضمان التعرض أو التشديد فيه، والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، فجميع هذه الشروط مخالفة لمقتضى عقد الإيجار، وتخل بالعدالة العقدية التبادلية التي توجب أن يأخذ كل متعاقد بدلاً معادلاً لما يعطي، وتخل بالتضامن

^٢ د. عبد العزيز سمك، الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، ص ٨٥، ومشيراً أيضاً إلى المغني، لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٩٠.

^٢ انظر: ابن تيمية، نظرية العقد، ص ١٩٩.

^٣ _ يشار إلى أن الحنفية أجازوا اشتراط الإعفاء من ضمان العيوب، وخالفهم غيرهم من الفقهاء لأن هذا الشرط باطل للجهالة، وأجاز البعض الآخر اشتراط الإعفاء بشرط بيان العيوب المعفى منها، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٧٣، على الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية، ص ٣٩٠.

الاجتماعي حيث يشعر المتعاقد أو المستأجر أنَّ الطرف الآخر يستغل حاجته للتعاقد فيشترط شروطاً ما أنزل الله بها من سلطان .^١

ويمكن القول أنَّ العقد في الشريعة الإسلامية ليس مجرد تبادل تجاري بين طرفيه، مهما كانت النتائج المترتبة عليه وإنما للشريعة الإسلامية هدف واضح للعقود بشكل عام، هو إقامة العدل ومنع الظلم، فإذا تحول العقد أداة للاستغلال والابتزاز والظلم وسرقة جهود الناس وأموالهم والإضرار بالآخرين، كالعقود الناتجة عن الغش والاحتكار والغبن والغرر، والإضرار بالآخرين وغيرها فإنَّ العقد يفقد مشروعيته ولا تترتب آثاره من وجوب الوفاء به والالتزام بتطبيقه .^٢

^١ _ راجع مؤلف د. مؤيد زيدان، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ٥٩٩.

^٢ _ محمد تقي المدرسي _ الوجيز في الفقه الإسلامي _ فقه العقود _ ص ٣٤.

المطلب الثاني

الضرر

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية ولا يمكن أن يتصور تحميل المدعى عليه المسؤولية من دون وجود وإثبات الضرر اللاحق بالمدعي المضرور - وهو المتعاقد الآخر الدائن بالتعويض -.

والضرر لغة: اسم من الضر وقد أطلق على كل نقص يدخل الأعيان أو الأنفس .
وقد وضع الرسول عليه الصلاة والسلام قاعد مفادها " لا ضرر ولا ضرار " ، وبأن
"الضرر يزال" .

فالضرر الذي يلحق بالمتعاقد من المتعاقد الآخر نتيجة تعد أو سلوك خاطئ يجب أن يزال بجبر الضرر أي بتعويض المتعاقد ووضعه في موضع كما لو أن الالتزام قد جرى تنفيذه. وقد نصت المادة ٢٢٢ على أنواع التعويض وهي العقدي والقضائي والقانوني، كما نصت على شروط التعويض عن الضرر فجاء فيها: " ١ . إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به. ويُعدُّ الضرر نتيجة طبيعية، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. ٢ . ومع ذلك، إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

^٢ - انظر: د. عبد الله الطيار، د. عبد الله المطلق، د. محمد الموسى، الفقه الميسر، ج ١٠، مدار الوطن للنشر، السعودية، ط ٢، ٢٠١٢، ص ٣٠

^٣ - أخرجه مالك في الموطأ، ٢/٧٤٥.

^٣ - انظر: د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار - ط ١ - ١٩٩٧ قاعدة

أولاً_ تقدير التعويض عن الضرر

يُدرّس تقدير التعويض عن الضرر _بمعنى الجهة التي تحدد وتقضي بالتعويض_ للطلاب في مادة أحكام الالتزام إلا أننا سنُعطي لمحة عنها وهي:

١ _ التعويض الاتفاقي: ويكون تقديره باتفاق الطرفان في العقد، فيرد شرط في العقد على تقدير التعويض عن الضرر ويسمى بالشرط الجزائي.

٢ _ وتعويض قضائي: يقدر بحكم القاضي، فعند عدم الاتفاق في العقد وحصول الضرر يمكن اللجوء إلى القضاء ليحدد التعويض عن الضرر.

٣ _ التعويض القانوني: وتقديره القانون، حيث ينص القانون على فوائد تعويضية على الديون ٤% في المواد المدنية و ٥ % في المواد التجارية، وفوائد تأخيرية عند التأخر في تسديد الدين المستحق، ووضع القانون حداً أقصى للفوائد هو ٩% من الدين.

فنص مادة ٢٢٧ مدني سوري: " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، وكان معلوم المقدار وقت الطلب، وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن، على سبيل التعويض عن التأخر، فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية، وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، أن لم يحدد الاتفاق، أو العرف التجاري، تاريخاً آخر لسريانها. وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره."

هذا ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير (٢٢٩ مدني سوري) أي تترتب الفوائد على الديون من دون حاجة لإثبات وجود أو عدم وجود الضرر فالتأخير في الدين هو ضرر بحد ذاته.

_ وبالعودة إلى الضرر كركن في المسؤولية العقدية فيحتاج إلى شروط حتى تترتب المسؤولية العقدية على المدعى عليه.

ثانياً _ شروط الضرر الموجب للتعويض

١ _ إثبات الخطأ والضرر

فقبل ذكر شروط الضرر الموضوعية الموجب للتعويض لا بُدَّ من إثبات إخلال المتعاقد بالتزامه وإثبات الضرر اللاحق بالمتعاقد الآخر، فكلّا الأمرين الخطأ والضرر مرتبطين ببعضهما البعض فالخطأ قد يترتب الضرر والضرر في المسؤولية العقدية ناتج عن خطأ عقدي.

فإذا طالب المتعاقد بتنفيذ الالتزام العقدي عيناً فما عليه إلا أن يثبت العقد مصدر الالتزام لإلزام المتعاقد بالتنفيذ العيني.

أما عند تعذر واستحالة التنفيذ أو امتناع المدين عن التنفيذ فتقوم المسؤولية العقدية كما ذكرنا ويتحمل المدين المتعاقد مسؤولية التعويض عن الضرر ما لم يثبت الأخير تنفيذ الالتزام أو بذل الجهد المعقول والسلوك المعتاد سواء أكان السلوك المعتاد عاماً أم خاصاً.

أي أنه بمجرد إثبات العقد كمصدر للالتزام يجعل المدين مخطئاً عند عدم تنفيذ التزامه العقدي أو الإخلال به وإثبات الخطأ يقع على عاتق المدعي (المتعاقد غير المخل بالتزامه Nonbreaching Party) بإثبات عدم تحقق الغاية المتفق عليها في الالتزام بغاية أو اثبات النتيجة الضارة في الالتزام بعناية، وهناك اتجاه آخر يرى بأن المسؤولية العقدية تقوم على التزام إيجابي عادة بأداء شيء أو القيام بعمل وبالتالي يقع عبء إثبات تنفيذ هذا الالتزام الإيجابي على المدين به.

إلا أن هذا الرأي الأخير يقع صحيحاً عند المطالبة بالتنفيذ العيني حيث يدعي المتعاقد بالعقد وعلى المدين إثبات التنفيذ الذي يطالب به المدعي الدائن، أما عند المطالبة بالتعويض فالمدعي يطالب بالتعويض بناء على الإخلال بتنفيذ الالتزام وبالتالي يقع على عاتقه اثبات هذا الإخلال. ومن الناحية العملية لا يوجد فارق بين وجهتي النظر هاتين وعملياً يثبت المدعي الدائن العقد ولا ينتظر المدعي عليه ليثبت عدم التنفيذ بل يسارع

إلى إثبات الإخلال العقدي من عدم تحقيق للنتيجة المبتغاة من العقد أو حصول النتيجة الضارة من العمل .

ـ **إثبات الضرر:** تنتقل إلى اثبات الركن الآخر وهو الضرر؛ وهو ما يلحق بالمتعاقد من نتيجة ضارة ناتجة عن خطأ المتعاقد معه (Breaching Party) أي الافتقار في الذمة المالية للمتعاقد المتضرر. فبمجرد عدم التنفيذ _ في الالتزام بغاية _ أو إحداث النتيجة الضار بعدم اتباع السلوك المعتاد _ في الالتزام بعناية _ يجعل الضرر محققاً ويوجب التعويض، وعبء إثبات الضرر على المتعاقد المضرور .

كما أنه عند الاتفاق على التعويض كشرط جزائي فيكون الضرر مفترضاً بعدم التنفيذ أو التأخر به، وهذا الافتراض بسيط كما سنرى مالك يثبت المدين أن الطرف الآخر لم يلحقه أي ضرر أو أن التعويض مبالغ فيه .

أيضاً إذا كان الالتزام نقداً وتأخر أو امتنع المتعاقد عن دفعه فبمجرد التأخر أو الامتناع عن الدفع يعد ضرراً مفترضاً لا يقبل إثبات العكس يحيز المطالبة بفوائد التأخير، فنصت المادة ٢٢٩: " لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير "

وبإثبات الخطأ العقدي وإثبات الضرر، تقترض علاقة السببية، كما سنرى لاحقاً، وعندها يتحمل المتعاقد المسؤول عن الضرر المسؤولية العقدية ما لم يسارع إلى نفي المسؤولية كما ذكرنا أعلاه بحسب نوع الالتزام بنفي الخطأ أو إثبات السبب الأجنبي إذا كان الالتزام بعناية، وبإثبات السبب الأجنبي فقط إذا كان الالتزام بعناية.

^٢ _ د. السنهوري، الوسيط ج١، ص ٦٦١ هامش.

^٣ _ نقض مصري، طعن رقم ٣٧٥٦، ٧٧ قضائية تاريخ ٢٠/١٢/٢٠٢٠، موقع محكمة النقض المصرية الإلكتروني تاريخ الرجوع ٨/٤/٢٠٢١.

^٣ _ نقض مصري، طعن رقم ٣٦٥٥، ٦٢ قضائية، تاريخ ٨/١٠/٢٠٠٥، موقع محكمة النقض المصرية تاريخ الرجوع ٨/٤/٢٠٢١.

فإذا كان الالتزام بغاية كتسليم شيء من بضاعة وغيرها أو دفع مبلغ مالي، أو القيام بعمل كالالتزام بحفر بئر أو مقالة اشادة عقار، فبمجرد عدم تحقق الغاية المتفق عليها في العقد يعد المتعاقد معه مخطأً ويتحمل مسؤولية الضرر، مالم يدفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي فتتقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وإذا كان الالتزام بعناية كالتزام الطبيب فهنا إذا حدثت النتيجة الضارة وهي الإخلال بالعملية الجراحية أو بالوصفة الدوائية فيعد الطبيب مخطئاً ومنحرفاً عن السلوك المألوف للطبيب المعتاد ويتحمل المسؤولية مالم يدفعها ينفي الخطأ بإثبات السلوك المعتاد المألوف وأنه راع الأنظمة والقوانين المرعية، أو اثبات السبب الأجنبي.

٢ _ يجب أن يكون الضرر مباشراً

في المسؤولية المدنية عموماً العقدية والتقصيرية عندما يقدر القاضي التعويض فيقضي بتعويض الضرر المباشر، والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية للخطأ، بحيث لا يستطيع المضرور أن يتوقع ببذل الجهد المعقول .

فنصت المادة ٢٢٢ مدني سوري: " ١ . إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به. ويُعدُّ الضرر نتيجة طبيعية، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

٢ . ومع ذلك، إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد" فاشتراط المباشرة في الضرر هو ما يشترط لوجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل والأمثلة كثيرة في هذا المجال؛ فالطالب الذي يتعاقد مع تكسي لنقله إلى الامتحان فإذا أخل التكسي بالتزامه ولم يأت على الموعد المحدد مما أدى إلى حرمان

^٢ _ نقض مصري، طعن رقم ١٤٣٨٥، سنة ٧٦ قضائية، تاريخ ٢٣/٦/٢٠١٤، تاريخ الرجوع ٢٠٢١/٤/٨.

الطالب من فرصة التقدم إلى الامتحان ومن ثم رسوبه في العام الدراسي، كما أدى ذلك إلى حرمانه من المنحة التي حصل عليها من الجامعة، وأيضاً مما أدى إلى إنهاء إقامته في البلد الذي يقيم فيه واضطراره للسفر، فهل يسأل صاحب التوكسي عن كل هذه الأضرار؟

بالطبع الجواب لا فالتوكسي أو شركته العائد لها يسأل كما ذكرنا عن الأضرار المباشرة، والضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام وهو هنا الضرر الحاصل في تقويت فرصة التقدم للامتحان عن الطالب وليس الرسوب في العام الدراسي _ لأن الطالب حتى لو نفذ الناقل التزامه فقد ينجح وقد ويرسب _ إلا أن الضرر المباشر من شروطه أيضاً أن لا يكون باستطاعة المضرور أن يتوقى (يتلافى) الضرر ببذل الجهد المعقول، ففي مثالنا إذا كان باستطاعة الطالب أن يستأجر سيارة أخرى لنقله للامتحان فلا يسأل صاحب التوكسي عن تقويت فرصة الامتحان للطالب.

ومثال آخر أن رجلاً أودع بقرة لدى رجل آخر لترعى مع قطيعه، وإذا هذه البقرة مريضة وأصابها القطيع بالمرض فنفق القطيع، فخسر صاحب القطيع ماله وزادت ديونه، فأدى ذلك إلى الحجز على أرضه وبيعها، فأصيب الأخير بمرض أقعده عن العمل . فهنا هل يسأل صاحب البقرة المريضة عن جميع هذه الأضرار؟ الجواب كما رأينا لا يسأل إلا عن الضرر المباشر وهو نفوق القطيع لأنه لم يستطع أن يدفع هذا الضرر ببذل الجهد المعقول باعتباره لا يعلم بمرض البقرة المودعة لديه.

٣ _ يجب أن يكون الضرر متوقعاً

في الأضرار الناشئة عن المسؤولية العقدية أوجب القانون كما نصت المادة ٢/٢٢٢ مدني سوري المذكورة أعلاه، أن يكون الضرر متوقعاً. لأن المتعاقد يعلم بكل تفاصيل العقد وبنوده ومضمونه وما سؤول إليه من ربح أو خسارة وأي أضرار محتملة قد تلحق

^٣ _ راجع: د. محمد حاتم البيات و د. أيمن أبو العيال، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، الالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٠٩-٢٠١٠، ص ٢٨٤.

به إذا قصر أو أهمل أو أخل بالتزامه العقدي، فمن غير المعقول أن يسأل عن أمور أو أضرار لم يعلمها أو يتوقع بها أو تكون داخلة في دائرة التعاقد؛ فمثلاً إذا تعهد ناقل بنقل كمية من القماش من دمشق إلى حلب، فقام صاحبها بوقع قطع من الزجاج بداخلها أو مواد سريعة التلف، وأثناء النقل كسرت هذه المواد أو تلفت، فهل يسأل الناقل عنها؟ الجواب لا يسأل عنها أي مسؤولية عقدية لأنه لم يعلم بها وبالتالي لم يتوقع وجودها حتى يتعامل معها التعامل أو الحفظ المناسب.

إلا أن النص القانوني (م ٢/٢٢٢) حمل المتعاقد معه المسؤولية العقدية عن الأضرار على الرغم من عدم توقعها إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، ومثاله في المثال الذي ضرباه إذا ارتكب الناقل خطأ جسيماً أدى إلى حرق البضاعة بأجمالها فهنا يسأل الناقل عن الأضرار حتى ولو لم يتوقعها لأنه حتى لو توقعها سوف تحرق بخطاه الجسيم.

٤ _ يجب أن يكون الضرر محققاً

يجب أن يكون الضرر الذي يدعي به الدائن المتعاقد محققاً أي حالاً قد وقع فعلاً وألحق الافتقار في ذمته ومثاله تلف البضاعة المتعاقد عليها أو تعيبها، وجود عيب بالبضاعة المباعة. أما الضرر المستقبلي فلا يعرض عليه إلا إذا كان محقق الوقوع في المستقبل كالتأخر عن توريد شحنة اللقاحات المتفق عليها في الوقت المحدد، مما قد يعرض الشركة المستوردة للتعويض عن عدم إعطاء اللقاح في الوقت المناسب .

أما الضرر الاحتمالي أي ما يرافقه الاحتمال في وقوعه من عدمه فلا يمكن أن يكون محلاً في دعوى التعويض، لأن المصلحة المعتبرة عليه في الدعوى يجب أن تكون حالة محققة وليست احتمالية، فقانون أصول المحاكمات (م ١٢) لا يجيز إقامة الدعوى بالمصلحة المحتملة إلا استثناءً عند الاحتياط لدفع ضرر كدعوى وصف حالة راهنة، أو الاستيثاق من حق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، كدعوى سماع شهادة شاهد مريض شارف على الوفاة.

٣ _ د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٨٠.

ثالثاً _ ماهية التعويض عن الضرر

سنبين في هذه الفقرة ماهية الضرر الموجب للتعويض، فننتحدث عن الخسارة اللاحقة والربح الفائت أولاً، قبل بيان الضرر المادي والأدبي ثانياً، ثم نوضح ما يحكم به القاضي كتعويض عن الضرر من تعويض نقدي أو عيني ثالثاً.

١ _ عناصر التعويض عن الضرر (الخسارة اللاحقة والربح الفائت)

أوجب النص القانوني (م ٢٢٢ مدني سوري) على القاضي عندما يقدر التعويض عن الضرر أن يحسب ما لحق المضرور من ضرر وقع به من افتقار لزمته المالية كإتلاف بضاعة أو هدم جدار أو استخدام علامة فارقة ملك للغير، كما يقدر القاضي أيضاً بحسب النص القانوني السابق ما فات على المضرور من أرباح كأن تتفق مشفى مع شركة أدوية على توريد لقاحات أو أدوية لها لمرضى تعاقدت المشفى معهم لبيعهم الدواء بعد التاريخ المحدد مع المورد (شركة الأدوية) للتسليم، إلا أن مورد الأدوية أو اللقاحات تأخر في التسليم ممن دفع المتعاقدين مع المشفى إلى إلغاء العقود والذهاب إلى مشفى أخرى، فهنا فات ربح العقود المحتملة للمشفى فوجب على القاضي أن يلحظ هذا الربح الفائت عند تقديره للتعويض بخبرة قضائية يجربها في الدعوى المقامة من المضرور. "فالتعويض مقياسه الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ويشتمل هذا الضرر على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته وهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال على الا يقل عن الضرر أو يزيد عليه".

٢ _ أشكال التعويض عن الضرر المادي وتعويض المعنوي (الأدبي)

^٢ _ نقض مصري، طعن رقم ٦٠١٦، سنة ٨٧ قضائية، تاريخ ٢٠٢٠/٧/٧، موقع محكمة النقض المصرية، تاريخ الرجوع ٢٠٢١/٤/٨.

تاريخياً كان يحكم للمضرور بالتعويض عن الضرر المادي؛ فيعوض له عما أصابه من أضرار مادية تؤدي إلى الافتقار في ذمته المالية، كإتلاف الناقل للبضاعة أو تأخر المورد في توريد البضاعة المتفق عليها مما جعل العقد غير مجد، وأيضاً التعويض المادي عن فوات أرباح كانت ستعود على المشتري لو تم توريد البضاعة في الوقت المتفق عليه.

لكن في القرن التاسع عشر اتجهت القوانين إلى الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي أيضاً فيحكم للشخص عما يصيبه في نواحيه المعنوية من عاطفة أو كرامة أو شرف أو أي اعتبارات اجتماعية أخرى تلحق الأذى والضرر بالدائن المضرور، كعدم قيام محل الزهور أو الحلويات، المتفق على بتوريدها مع العريس المتعاقد معه، مما أوقع صاحب العرس في أذى نفسي.

فنصت المادة ٢٢٣ " ١ - 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. ٢ - ولا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

فظاهر نص هذه المادة يقضي بالحكم بالتعويض الأدبي إلى جاني التعويض المادي، كما يقصر التعويض الأدبي والنفسي والألم من وفاة المصاب لزوج المتوفى وأقاربه حتى الدرجة الثانية. ولما كان التعويض الأدبي يُعبرُ عن حق لصيق بشخص المضرور فهو لا يورث لأنه خيار، أي يعود للمضرور شخصياً خيار المطالبة به من عدمها. وبالتالي لا ينتقل التعويض الأدبي إلى الورثة إلا في حالتين:

أ- إذا تحدد التعويض الأدبي بموجب اتفاق، أي اتفق المضرور مع المسؤول عن التعويض.

ب- أو طالب المضرور بالتعويض الأدبي أمام القضاء قبل وفاته.

^٢ - انظر: د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج ١، منشورات جامعة دمشق، من دون ذكر تاريخ النشر، بند ٤٩٤.

٣ _ صور التعويض عن الضرر (التعويض النقدي والتعويض العيني)

نصت المادة ٢/١٧٢ مدني سوري: " يقدر التعويض بالنقد. على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف، وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض ."

وفق النص القانوني الأصل في التعويض أن يكون نقدياً فبه يتم جبر الضرر للمتعاقد معه المضرور، حيث يقدر القاضي الأضرار التي لحق بالمتعاقد معه والاقتدار المادي في ذمته المالية وذلك عادة عن طريق خبرة فنية تجرى في الدعوى، ثم يصار إلى إلزام الطرف الآخر بالمبلغ النقدي المعين في الخبرة الجارية.

ويجوز للقاضي أن يحكم بتعويض عيني يهدف إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه، من قيام بعمل أو أداء لمصلحة المضرور لجبر الضرر الذي لحق به فيقدر القاضي أن هذا العمل هو في صالح المضرور ويجبر الضرر بصورة أكبر من التعويض النقدي ومثاله إعادة الحال إلى ما كانت عليه كإعادة الحائط الذي جرى هدمه أو رد اعتبار بالنشر في الصحف.

رابعاً _ الإعفاء من تعويض الضرر أو تخفيفه

نص القانون المدني على عدد من المواد القانونية بشأن الإعفاء من تعويض الضرر أو التخفيف منه وهي:

المادة ٢١٦: " 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"

المادة ٢١٧: " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك بإحداث الضرر أو زاد فيه."

المادة ٢١٨: "١ . يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة. ٢ . وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. ومع ذلك، يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

ونصت المادة ٢٢٥: "١ . لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ٢ . ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ٣ . ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

المادة ٢٢٦: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ".

من خلال هذه المواد يتبين _ كما أشرنا سابقاً _ أن السبب الأجنبي يقطع علاقة السببية بين خطأ المتعاقد المسؤول وبين الضرر اللاحق بالمتعاقد الآخر جراء الإخلال بالعقد، والسبب الأجنبي كما سنذكر تباعاً يتوافر في ثلاث حالات وهي القوة القاهرة وخطأ الغير وخطأ المضرور، فإذا وجد السبب الأجنبي فيعفى المتعاقد من التعويض لانقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أيضاً أجاز القانون للقاضي أن ينقص التعويض في حالة اشتراك المتعاقد بخطاه بالضرر.

كما أجاز النص القانوني الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالتشديد فيها حتى مع وجود الحادث المفاجئ أو القاهرة، أو الإعفاء منها، كما يجوز الاتفاق على الإعفاء من التعويض في المسؤولية العقدية، كعدم تعويض أي هلاك أو عيب في البضاعة المباعة، إلا في حال وجود غش وقع من المتعاقد (البائع) أو خطأ جسيم تم من قبله .

^٣ _ نقض مصري، طعن رقم ٨٤٧٣، ٧٩ قضائية، تاريخ ٢٠٢٠/١١/٨، موقع محكمة النقض المصرية الإلكتروني.

وفي حال وجود اتفاق على تعويض الضرر (الشرط الجزائي)، فلا يحكم به القاضي في حال اثبات عدم وجود ضرر أو تخفيضه أن كان مبالغاً فيه، أو تم تنفيذ جزء من الالتزام كتوريد كمية كبيرة من البضاعة. أما العكس إذا زاد الضرر عما هو مقدر بالاتفاق فلا يجوز الزيادة فيه، إلا بإثبات الغش أو الخطأ الجسيم.

المطلب الثالث

رابطة السببية

بحسب المادة (٢١٦ _ ٢٢٢ م س) تعد رابطة السببية ركناً في المسؤولية العقدية، وبالتالي إذا قام المدعي الدائن بإثبات الخطأ والضرر فافتراض القانون العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لأنه عندها يكون الخطأ هو السبب في وقوع الضرر، وإلا تعذر الحكم بالتعويض بانتفاء هذه العلاقة السببية، وتتقطع هذه السببية في حالات السبب الأجنبي، وإذا لم تتحقق شروط الضرر فكان غير مباشر، أو غير المتوقع. ويُعرف الضرر الغير مباشر والضرر الغير متوقع، بما يتناه من ضد لهما أعلاه في الضرر المباشر والضرر المتوقع، فبضدها تتعرف الأشياء. وأما السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية فيتحقق في ثلاث حالات:

أولاً. القوة القاهرة

وهي كل حادث لا يمكن توقعه، ويتعذر دفعه عند الوقوع، وأن يكون الحادث أجنبياً خارجاً عن المدين.

أي أن لها شروطاً ثلاثة وهي:

١- عدم توقع الحادث

ومعيار التوقع هو معيار التوقع المعتاد من الشخص العادي بحسب الظروف المحيطة، فحالات الإغلاق التي تم في العالم بسبب وباء كورونا لم تكن متوقعة قبل ظهور الوباء، ولكن بعد انتشاره أصبحت أمراً متوقعاً.

٢- استحالة دفع الحادث بعد وقوعه

حيثُ يستحيل على المتعاقد أن يدفع هذه القوة القاهرة النازلة بالجملة، فالاستحالة في الدفع يجب أن تكون مطلقة هنا كالنوازل الطبيعية من كوارث وفيضانات وأوبئة تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً في ذاته على جميع الناس.

أما مجرد الحادث الطارئ المفاجئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً يهدد بخسارة فادحة _وليست يسيرة لأن التعامل مكسب وخسارة _ فلا يؤدي إلى إنهاء الالتزام أو فسخ العقد، إنما يجيز المطالبة بجبر الضرر وذلك برد التزام المدين المرهق _الذي يهدد بخسارة فادحة_ إلى الحد المعقول (م ١٤٨ مدني سوري) ، ومثاله ارتفاع ثمن المواد الموردة بسبب الحظر الدولي المفروض على الدولة أو بسبب الإغلاقات العامة بسبب وباء كورونا. وهذا ما يميز القوة القاهرة التي تجعل الالتزام مستحيلاً عن الحادث العام المفاجئ الذي يقتصر على إرهاب المدين.

الاستحالة في القوة القاهرة إما أن تؤدي إلى إنهاء الالتزام كأنهدام الشقة المباعة أو المؤجرة بزلزال فينفسخ العقد ويسترد المتعاقد الثمن أو الأجرة. وإذا وقعت القوة القاهرة على عقد فوري كالبيع؛ فهلاك المبيع قبل التسليم فينفسخ العقد بأثر رجعي ويتحمل البائع (المدين بالتسليم) تبعة الهلاك ويعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه.

أما إذا وقع الهلاك على عقد زمني كالإيجار فينفسخ العقد بأثر مقتصر على تاريخ الفسخ، لأنه يتعذر الرجوع بما تم من انتفاع، فيتحمل المستأجر أجرة المدة التي انتفع بها

^٣ _ د. السنهاوري، المجمع السابق، ص ٦٤٥.

^٢ _ راجع المادة ١٤٨ م س: " ١. أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون. ٢. ومع ذلك، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، 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."

وينفسخ العقد بالنسبة للمستقبل. وهذا ما اتفق فيه القانون والفقه الإسلامي ، فنصت المادة ٤٠٥ مدني سوري "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إغذار المشتري لتسلم المبيع" وإما أن تؤدي إلى تأجيل تنفيذ الالتزام كوقف توريد البضاعة نتيجة إغلاق مؤقت بسبب وباء كورونا.

— كما أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام متعذراً على المدين من دون غيره، فأيضاً لا يكون الحادث قوة قاهرة يجعل الالتزام مستحيلاً على كافة الناس، كأن يتعذر على الصناعي المتعاقد معه تصنيع الجهاز المتفق عليه، ويستطيع آخر أو يقوم بتصنيعه، فهنا تقوم مسؤولية المتعاقد معه العقدية بالتعويض عن الضرر.

— ومن جهة أخرى إذا أدى الحادث إلى هلاك المحل المعقود عليه وكان شيئاً مثلياً، فلا يوجد استحالة هنا مطلقاً لأنه يمكن تأمين بديل عنه عند الوفاء، كالشراء من السوق فلا ينفسخ العقد ويلزم المدين على شراء مثله من السوق وإلا اشترى الدائن البضاعة على حساب المدين. ومثاله أيضاً إغلاق معمل يقوم بتصنيع الدواء المتعاقد عليه بين المورد والمشفى، فلا يعد هذا الحادث قوة قاهرة ولا ينفسخ العقد، لأن الاستحالة ليست مطلقة هنا، بحسبان أن الشيء المتعاقد عليه مثلياً، ويمكن تأمين الدواء من مصنع آخر محلي أو أجنبي.

٣- أن يكون الحادث أجنبياً أي خارجاً عن المدين بالالتزام

فالحادث قد يكون بفعل عوامل الطبيعة، كحريق نشب فأدى إلى حرق البضاعة المباعة، أو فيضان أغرق المحصول المباع.

^٣ — محمد ابن عابدين الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيروت ط ٢ ١٩٩٢، ج ٦، ص ٧٦، نسخة الكترونية الموسوعة الفقهية الكبرى.

<http://www.islamilimleri.com/Kulliyat/Fkh/1Hanefi/book-indx-010.htm>

وأيضاً د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق ١٩٩٨، ص ٢٠٤.

وقد يكون بفعل الدولة _ وتسمى فعل الأمير _ كإغلاق المطارات بسبب وباء كورونا مما تعذر معه توريد البضائع خلال فترة المعرض، أو كنزع ملكية العقار المبيع للمنفعة العامة.

(١) **خطأ الغير**، أي ليس له صلة بأي من المتعاقدين، فيجب أن يكون فعل الغير مستقلاً عن المدين وغير متوقع من قبله، فالغير هو كل أجنبي عن العقد وعن أطرافه ، ومثاله قيام أحدهم بسرقة البضاعة أو اتلافها. ^١

(٢) **خطأ المضرور (الدائن)** الذي يدعي بالضرر؛ ومثاله خطأ مشتري البضاعة المترتب في عدم وضع البضاعة بعد استلامها في مستودعات ذات تكييف مناسب. فالسبب الأجنبي يقطع علاقة السببية التي هي ركن من أركان المسؤولية العقدية. " فتلف العين المؤجرة أو هلاكها أو حريق بها، قرينة قانونية على ثبوت الخطأ في جانب المستأجر. جواز نفيها بإثبات السبب الأجنبي أو خطأ المؤجر أو عيب في العين" . هذا " ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير ما إذا كانت الواقعة تُعد سبباً أجنبياً ينقضي به الالتزام وتنتفي به المسؤولية شرطه إقامة قضائها على أسباب سائغة تكتفي لحمله" .

^٣ _ فقد يسأل المتعاقد عن خطأ زوجه أو أولاده، أو عمن تعاقده معهم كالمستأجر من الباطن، د. عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٤٩.

^٢ _ نقض مصري، دائرة مدنية طعن رقم ٤٢١٨ سنة ٨٤ قضائية تاريخ ٢٠٢٠/٧/١٣، موقع محكمة النقض المصرية، www.cc.gov.eg/advanced/ تاريخ الرجوع ٢٠٢٠/٣/٢٥.

^٣ _ نقض مصري، الدائرة المدنية، طعن رقم ١١٣٩٥ سنة ٧٩ قضائية تاريخ ٢٠١٨/١٢/٨، موقع محكمة النقض المصرية، تاريخ الرجوع ٢٠٢٠/٣/٢٥.

المبحث الثاني

الفسخ

فسخ العقد هو صورة من صور انحلال العقد، ويرد الانحلال على العقد القائم الذي استكمل شروط انعقاده، ومن ثم فإنه يختلف عن البطلان الذي يكون نتيجة افتقار العقد لأحد الأركان، كما يختلف عن القابلية للإبطال والتي تكون نتيجة لعدم استيفاء العقد لشروط من شروط صحته، كما أن البطلان والإبطال يكونان بحكم القانون أم الفسخ فيمكن أن يكون قضائياً أو اتفاقياً. وكذلك يختلف الانحلال عن الإنهاء، فالإنهاء هو وضع حد لاستمرار العقد في المستقبل، ويكون في العقود الزمنية، ويقع دائماً بأثر مقتصر.

ويختلف انحلال العقد عن وقف العقد، فالانحلال يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي، في حين أن وقف العقد يؤدي إلى تعليق تنفيذه. وأهم أسباب انحلال العقد الفسخ، والانسحاب. وهناك حالة امتناع مؤقت عن التنفيذ تسمى الدفع بعدم التنفيذ تسبق أحياناً أو تؤدي إلى طلب فسخ العقد، كأن يطلب المشتري تنفيذ التزام البائع بتوريد البضاعة أولاً قبل دفع الثمن، بشرط عدم وجود اتفاق مخالف بين الطرفين المتعاقدين.

يتم التعامل مع الفسخ بتفصيل أكثر من الجزاءات الأخرى بموجب القانون المدني (٧) مواد في القانون المدني الفرنسي و٥ مواد في القانون السوري). سوف نرى تعريف الفسخ وشروطه ومن ثم آثاره.

المطلب الأول

تعريف الفسخ وشروطه

نحدد في هذا المطلب المقصود بنظام الفسخ كجزء يترتب على الإخلال بالالتزام العقدي، كما نحدد شروطه فيما يلي:

الفرع الأول

تعريف الفسخ

تنص المادة ١٥٨ مدني (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك) ويظهر أن الفسخ هو جزء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به، والفسخ هو أيضا حق المتعاقد في حل الرابطة التعاقدية إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، فيتحرر بدوره من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد محل الفسخ، ويمكن للمتعاقد بمقتضى أحكام المادة ١٥٨ السالفة الذكر، أن يتمسك بتنفيذ العقد، وله أن يجبر المتعاقد الآخر على ذلك وفق الطرق القانونية المعتمدة لذلك أو يطالب بفسخ العقد وعليه فإن الفسخ هو وسيلة يلجئ إليها المتعاقد في العقد الملزم للجانبين لكي يتحلل من التزامه، إذا اخل الطرف الآخر بتنفيذ ما عليه، ولقد اختلفت في الأساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ، فذهب القضاء في فرنسا ومصر، إلى أن أساسه هو اتفاق ضمني بين المتعاقدين مفاده أن كل متعاقد يتحلل من التزامه إذا اخل الآخر بتنفيذ ما عليه، وبذلك فهي تقوم على شرط فاسخ ضمني، أما الفقه في فرنسا ومصر، فذهب إلى أن أساس نظرية الفسخ هو نظريته السبب، إذ إن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يجعل التزام الطرف الآخر بغير سبب، مما يجعل له القدرة على التحلل منه عن طريق الفسخ.

ولكن هذا الأساس غير صحيح أيضاً، وذلك لأنَّ، السبب كأساس لنظرية الفسخ يتعارض مع السلطة التقديرية التي يمنحها القانون للقاضي في نطاق الفسخ. أضف إلى ذلك أنَّ السبب هو ركن من أركان العقد، وبالتالي يجب أن يتوافر عند انعقاد العقد، وجزءاً تخلفه هو البطلان. ومن المعروف أنَّ العقد الباطل غير منعقد، فهو والمعدوم سواء. في حين أنَّه في حالة الفسخ، ينعقد العقد صحيحاً، ولكن اختل تنفيذه بسبب امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه الناجم عن خطأه. ولا تتفق نظرية السبب كأساس للفسخ مع أحكام الفسخ، حيث يحق للدائن فقط أن يطالب بالفسخ، في حين أنَّه في العقد الباطل يحق لكل ذي مصلحة أن يطالب بالبطلان.

أضف إلى ذلك أنَّ الدائن له الخيار، في حال ما إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بتقصير منه، بين المطالبة بفسخ العقد وبين المطالبة بتنفيذه. ونتيجة لهذه الانتقادات يقترح قسم آخر من الفقهاء فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة كأساس لنظرية الفسخ. ويبدو لي أنَّ هذه الفكرة هي الأكثر انسجاماً مع طبيعة الفسخ. وإن كنت أرى أنَّ أساس هذا الارتباط يكمن في نظرية الدفاع الشرعي في نطاق العلاقات التبادلية.

والأصل في الفسخ، في القانون المدني السوري وأصله المصري وكذلك في القانون المدني الفرنسي، أن يكون بحكم قضائي وهذا هو الفسخ القضائي. وإلى جانب ذلك كرس المشرع السوري الفسخ الاتفاقي والفسخ بإرادة منفردة، أو بحكم القانون.

وفي الفقه الإسلامي وجدت فيما تسنى لي الاطلاع عليه، أنَّ من مجال الفسخ، عقود البيع المنهي عنها لكونها ترد على شيء محرم، مثل بيع الخنزير والخمر، حيث يكون جزء العقد هو الفسخ، حيث يتعين رد الثمن إلى المشتري، وترد السلع الجائزة إلى البائع أما المحرمة فتتلف، ونلاحظ أنَّ الفسخ في هذه الحالات لم يكن جزءاً لعدم التنفيذ ولكنه جزء لعدم طهارة العين (عدم مشروعيه المحل بالتعبير القانوني).

ويوجد أيضاً في الفقه الإسلامي، نظام الإقالة الذي يُعدُّ انحلالاً للعقد (كما يطلق عليه وصف الفسخ) بطريق الاتفاق بين الطرفين، وهي مستحبة لمن أقال، وجائز لمن استقال،

وفي عقد البيع تجوز الإقالة قبل قبض الثمن، وإذا فسخ العقد كالنتيجة للإقالة رجع كل من المتعاقدين كل بما كان له.

الفرع الثاني

شروط الفسخ

الشرط الأول: أن يكون العقد ملزماً للجانبين فلا مجال للفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد.

الشرط الثاني: أن يكون أحد الطرفين قد ارتكب خطأ تسبب في عدم تنفيذه لالتزامه، أما إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى قوة قاهرة، فإن العقد في هذه الحالة يفسخ بقوه القانون، كما لا يستطيع طالب الفسخ أن يفسخ العقد إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى خطئه، فإذا تمسك طرف آخر بالدفع بعدم التنفيذ فإنه لا يجوز لطرف المقابل له فسخ العقد (هنا يخل الطرف بتنفيذ التزامه مما يدفع الطرف الثاني إلى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ونتيجة لهذا يقوم الأول بطلب الفسخ، وهذا لا يجوز له ما دام أن عدم التنفيذ راجع إلى تقصيره).

الشرط الثالث: أن يكون طالب الفسخ له القدرة على إرجاع ما تلقاه من المدين (كأن يكون قد استفاد من تنفيذ جزئي)، فإذا كان قد تصرف فيما تلقاه، فإنه لا يمكنه فسخ العقد في هذه الحالة، أما إذا كان المدعى عليه في دعوى الفسخ هو من استحال عليه إرجاع ما تلقاه من المدعى، فيلزم في هذه الحالة بالتعويض، مع وقوع الفسخ.

المطلب الثاني

صور إيقاع الفسخ وآثاره

قد يتحقق الفسخ عن طريق حكم قضائي وهذا هو الأصل، كما قد يتحقق باتفاق الطرفين، وسنعالج كلا الصورتين في بداية هذا المطلب، وفي الأخير نتناول آثار الفسخ، وكل هذا فيما يلي:

الفرع الأول

صور إيقاع الفسخ

الأصل في الفسخ أن يتم عن طريق حكم قضائي، غير أنه استثناء يمكن أن يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا بقوة القانون، إذا لم ينفذ أحدهما التزامه، ولذلك أن هناك صورتين لإيقاع الفسخ نوجزهما فيما يلي:

أولاً: الفسخ القضائي

يتحقق الفسخ القضائي عن طريق حكم قضائي بعد رفع دعوى من قبل الدائن تكون مسبقة بإعذار المدين "المادة ١٥٨ من القانون المدني"، ولا ضرورة للإعذار حيث يجيز المشرع ذلك، وهي الحالات التي يكون فيها التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بخطأ المدين، وكذلك حين يصرح المدين كتابة بأنه لا ينوي تنفيذ التزامه، وهذا ما جاء في نص المادة ٢٢١ من القانون المدني.

والقاضي ليس ملزماً بإجابة الدائن إلى طلبه بفسخ العقد، وإنما له سلطه تقديرية، حيث يجوز له أن يحكم بالفسخ كما يجوز له أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يتم تنفيذه قليلاً بالمقارنة إلى مجمل الالتزام (المادة ٢/١٥٨ من القانون المدني)، كما يجوز للقاضي أن يمنح أجلاً للمدين وذلك لمرة واحدة فقط، حيث يُعدُّ العقد مفسوخاً إذا انتهت من دون تنفيذ.

كما يجوز للدائن قبل صدور الحكم أن يتراجع عن الفسخ، ليكون البديل هو التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، كما يمكن للمدين أن يتقي دعوى الفسخ قبل صدور الحكم به، وذلك بتنفيذ التزامه، ومن ثم فلا يحكم القاضي بالفسخ.

ثانياً: الفسخ الاتفاقي

يجوز الاتفاق، بموجب المادة ١٥٩ من القانون المدني، على أن يُعدَّ العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من 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. وهذا ما يسمى في الفقه بالشرط الفاسخ الصريح.

يبني هذا الفسخ على اتفاق الطرفين في العقد على أن العقد يُعدَّ مفسوخاً إذا لم ينفذ أحدهما التزامه، وتختلف قوة الفسخ الاتفاقي باختلاف ما عبر عنه في العقد، ويمكن أن نجمل صور تعبيرات التي عادة ما يدرج الطرفان أحدهما فيما يلي:

الصورة الأولى: هنا ينص المتعاقدان في العقد على أن هذا الأخير "يكون مفسوخاً، عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه"، وهذه الصورة تُعدُّ في الحقيقة إحالة إلى الفسخ القضائي، حيث لا يقع الفسخ هنا مباشرة عند عدم التنفيذ، بل وجب اعدار المدين ورفع دعوى بالفسخ، ومن ثم صدور حكم به، وفي هذه الحالة تبقى السلطة التقديرية قائمة للقاضي، كما يجوز للمدين أن يتقي الفسخ بتنفيذ التزامه.

الصورة الثانية: هنا يضع المتعاقدان شرطاً في العقد مفاده أن "العقد يُعدَّ مفسوخاً من تلقاء نفسه"، وفي هذه الحالة فإنه عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه، فإنَّ الفسخ لا يقع مباشرة، حيث يُعدُّ اعدار المدين، ورفع دعوى بالفسخ، لكن هذا الفسخ يحرم القاضي سلطته تقديرية حيث يتعين عليه إصدار حكم بالفسخ من دون خيارات أخرى.

^٢ نقض مدني سوري، قرار رقم ٦٩٦ أساس ١٠٦١، تاريخ ١٩٥٩/١٢/٢٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٠، ص ١٧.

^٣ نقض مدني سوري، قرار رقم ٥٦٠، تاريخ ١٩٨٠/٤/٢، مجلة القانون ١٩٨٠، ص ٤٧.

^٣ نقض مدني سوري قرار رقم ١٢١٧ أساس ١٥١٩، تاريخ ١٩٨٠/٨/٢١، مجلة المحامون ١٩٨٠ ص ٥٠.

الصورة الثالثة: هنا يضع المتعاقدان في العقد شرط مفاده أن "العقد يكون مفسوخا من تلقاء نفسه من دون الحاجة إلى اعدار أو حكم قضائي"، وهذه أقوى درجات الفسخ حيث يعفى الدائن من الأعدار واستصدار حكم بالفسخ، ويفسخ العقد مباشرة عند عدم التنفيذ. لا بد في هذا المكان من التمييز بين الفسخ الاتفاقي والتقابل، حيث يقوم هذا الأخير عندما يتفق المتعاقدان، بعد انعقاد العقد وأثناء تنفيذه، على إنهاء العقد وبالتالي بالتقابل عقد جديد ملزم للجانبين وينتج آثار هي عكس آثار العقد الأول. أما الشرط الفاسخ الصريح فهو اتفاق الطرفين حين انعقاد العقد على اعتباره مفسوخاً في حال ما إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته. وبالتالي يكون له آثار الفسخ القضائي نفسها، إلا أنه يشكل قيدا على السلطة التقديرية للقاضي إذا توافرت شروطه.

ثالثا: الفسخ بإرادة الدائن بنص القانون

ينص القانون في بعض الحالات على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من دون الحاجة إلى اعدار أو حكم قضائي، ومن أمثلة ذلك ما جاء في نص تنص المادة ٤٢٩ من القانون المدني السوري على أنه: " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً من دون حاجة إلى إعدار أن لم يدفع عند حلول الميعاد وإذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره". واستناداً إلى ذلك يجوز للبائع فسخ العقد، في مثل هذه الحال، بإرادته المنفردة من دون حاجة إلى إعدار إذا لم يسدد المشتري الثمن في الموعد المتفق عليه وبالتالي لم يتم باستلام المبيع . كما أجاز القانون لرب العمل فسخ العقد بإرادته المنفردة في حالات معينة نصت عليها المادة ٧٦ من قانون العمل الموحد لعام ١٩٥٩ وتعديلاته. ومن هذه الحالات مثلاً إذا أخل العامل بالتزاماته الجوهرية الناشئة عن عقد العمل . وكذلك إذا وقع اعتداء من العامل على رب العمل أو على المدير المسؤول. أو إذا أفشى العامل

³²⁴Cass. Soc., 4 avr. 1978, Bull.civ.V, n°208.

³²⁵Cass.soc., 18 mai 1978, Bull.civ. V, n°281.

الأسرار الخاصة بالمحل الذي يعمل فيه. وبالمقابل، أجاز القانون للعامل أيضاً فسخ العقد بإرادته المنفردة في حالات معينة نصت عليها المادة ٧٧ من القانون المذكور. ومن هذه الحالات، إخلال رب العمل بالتزاماته الجوهرية الناشئة عن عقد العمل. وهناك حالات أخرى سمح القانون في مواقع محددة من القانون لأحد أطراف العقد بفسخ العقد بإرادة منفردة وفق شروط معينة نص عليها المشرع في موضعها .

رابعاً. الانفساخ بقوة القانون

إذا أصبح تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه، فإنَّ التزامه ينقضي في هذه الحالة ويفسخ العقد بقوة القانون، والذي يتحمل تبعه العقد هو المدين الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلاً، إذ أنَّ الدائن سوف يسقط التزامه ومن ثم لا يستطيع المدين مطالبته به، وتقع الخسارة على عاتق المدين.

ويقع الانفساخ هنا من دون الحاجة إلى حكم قضائي، لأنه مقرر بقوة القانون، كما أنَّه لا وجه للرجوع بالتعويض على المدين، لأنَّ الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا إلى خطئه (المادة ١٦٠ من القانون المدني).

١. من خلال ما سبق ذكره يمكن اختصار شروط قيام الانفساخ بحكم القانون بالتالي:

٢. أن يكون العقد ملزماً للجانبين.
٣. أن يصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً استحالة مطلقة لا نسبية
٤. أن تكون الاستحالة موضوعية ناتجة عن سبب أجنبي: التي تتعلق بالالتزام ذاته أي لا تتعلق بالمدين نفسه وبالتالي إذا لم يثبت المدين استحالة التنفيذ الموضوعية، فلا ينقضي التزامه وإنما يحكم عليه بالتنفيذ عن طريق التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية

^٣ فوز صالح: مصادر الالتزام، المصادر الارادية، الجامعة الافتراضية ٢٠٠٨، ص. ١٥٨.

العقدية. والاستحالة الراجعة لسبب أجنبي هي كالقوة القاهرة، أو خطأ المدين، أو فعل الغير .

أن تكون استحالة التنفيذ كاملة وناشئة بعد انعقاد العقد: أما إذا كانت الاستحالة قائمة عند انعقاد العقد، فلا ينعقد العقد أصلاً وذلك نتيجة فقدان ركن من أركانه وهو المحل. يلتقي الانفساخ بحكم القانون مع الفسخ في الآثار، حيث يؤديان معاً إلى انحلال العقد بأثر رجعي وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

إلا أن الانفساخ بحكم القانون يكون بسبب استحالة تنفيذ الالتزام الراجعة إلى سبب أجنبي، وبالتالي لا مجال للحكم بالتعويض في هذه الحال. في حين أن الفسخ يكون نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه بخطأ منه، وبالتالي إذا ألحق ذلك ضرراً بالدائن يحق له المطالبة بالتعويض لإصلاح ذلك الضرر، شريطة أن يثبت الدائن خطأ المدين المتمثل بعدم التنفيذ.

كما أنه في الانفساخ بحكم القانون، لا جدوى من الإعذار، وذلك، لأن الغاية من الإعذار هي تنفيذ الالتزام، وطالما أن هذا التنفيذ أصبح مستحيلًا في حالة انفساخ العقد فلا تتحقق الغاية من الإعذار وبالتالي فلا جدوى منه. في حين أن الإعذار واجب، من حيث المبدأ، في الفسخ، وبالتالي على الدائن إعدار المدين لتنفيذ الالتزام قبل المطالبة بالفسخ. وأخيراً ليس للقاضي أي سلطة تقديرية في حالات الانفساخ بحكم القانون، وإنما يجب عليه أن يحكم بانفساخ العقد إذا ثبت استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي. ويكون حكم القاضي في مثل هذه الحال كاشفاً للانفساخ لا منشئاً له. في حين أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في الفسخ، ويكون حكمه منشئاً له لا كاشفاً.

³²⁷Soon-Koo Myoung, La rupture du contrat pour inexécution fautive en Droit coréen et français, LGDJ, Tome 255, Paris 1996, p. 19 et s.

^٣ - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، نبذة ٣٥٠، ص ٦٧٥. ود. سوار، المرجع السابق، نبذة ٥٨٥، ص

وفي الفقه الإسلامي فيما يتعلق بعقد البيع، نجد أنَّ هلاك المبيع قبل القبض بسبب أجنبي العقد، ولكن الخيار للمشتري بين الرجوع على هذا الأجنبي وبين طلب الفسخ، أما إذا كان هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل آفة سماوية فإنَّ العقد يفسخ في هذه الحالة.

الفرع الثاني

أثار الفسخ

أولاً: أثار الفسخ فيما بين المتعاقدين

تنص المادة ١٦١ من القانون المدني على أنه: " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض". يتبين من ذلك أنَّ الفسخ يؤدي إلى انحلال العقد بأثر رجعي. وهذا النص جاء مطلقاً، وبالتالي فهو يطبق على جميع أنواع الفسخ، وهي: الفسخ القانوني والاتفاقي والقضائي. والحكم بالفسخ ينتج أثره ليس فقط بين المتعاقدين، وإنما أيضاً تجاه الغير.

يترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد، بمعنى أنَّ للفسخ أثراً رجعياً، فإذا كان العقد بيعاً وجب على المشتري أنَّ يرد ما تسلمه من البائع، ووجب على البائع رد ما قبضه من الثمن، غير أنَّه قد يستحيل على المدين رد ما تسلمه، وفي هذه الحالة يحكم عليه القاضي بالتعويض.

والحكم بالفسخ لا يجرم الدائن حقه في المطالبة بالتعويض، إذا كان قد تضرر جراء عدم التنفيذ، كأن يكون الشيء المسترد سلعة انخفض سعرها بعد أنَّ كان مرتفعاً وقت العقد، والتعويض هنا يؤسس على قواعد المسؤولية التقصيرية لا على العقدية، ذلك أنَّ العقد بعد أنَّ فسخ لا يصلح كأساس للتعويض.

ويستثنى من نطاق الأثر الرجعي للفسخ العقود المستمرة أو الزمنية، كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد الشركة. فالفسخ لا ينتج أثره في هذه العقود إلا بالنسبة للمستقبل وتبقى آثار

العقد قائمة في الماضي، لذلك يطلق بعض الفقهاء على فسخ العقود المستمرة اصطلاح
إنهاء العقد .

ثانيا: أثار الفسخ بالنسبة للغير

يترتب على الفسخ أثره بالنسبة للغير الذي ترتب له على الشيء الواجب رده حق معين،
كمن اشترى من عند المشتري الذي فسخ عقده، أو من رتب حقا عينيا تبعا على الشيء
كحق الرهن الرسمي، حيث يسترد البائع في المثال السابق الشيء خاليا من هذه الحقوق،
غير أن المشرع من جهة أخرى وفر حماية للغير حسن النية، حيث تبقى حقوقه قائمة
على الشيء.

فإذا كان الشيء منقولاً واجب رده، فإنَّ الغير الذي تسلمه يمكن له أنَّ يتمسك بقاعدة
الحيازة في المنقول سند الحائز، أما إذا كان الشيء عقارا فإنَّ حقَّ الغير يبقى قائماً عليه
ما دام قد أشهر حقه العيني، قبل شهر الدائن لحقه .

^٣ عبد الفتاح الباقي: موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة
بالفقه الإسلامي، ١٩٨٤، نبذة ٣٢٣، ص ٦٤٠.

^٣ لمزيد من التفصيل راجع فواز الصالح: مرجع سابق، ص. ١٤٨.

المطلب الثالث

الفسخ في التشريع المقارن

يحدث الفسخ في ظروف مختلفة عن ظروف البطلان. إذ يقوم الفسخ عندما ينتقي أحد الشروط الأساسية لعقد تم إبرامه بشكل صحيح (المادة ١١٨٦ من القانون المدني الفرنسي).

بعبارة أخرى، يكون العقد ساري المفعول في البداية، ولكن في أثناء التنفيذ، لا يوجد أحد العناصر الأساسية. هذا هو المكان الذي يأتي معه الفسخ.

بينما يتدخل البطلان في حالة حدوث مشكلة أثناء تكوين العقد، فإنَّ الفسخ يحدث، كما هو مشار إليه، لاحقًا.

يجب بعد ذلك تحديد العناصر الأساسية التي من المحتمل أن يؤدي اختقائها إلى انقضاء العقد.

هل هو اختفاء أحد شروط إبرام العقد؟

بعض هذه الشروط تتعلق بشخص المتعاقد. على سبيل المثال، زوال الرضا؟ هل يسبب انقضاء العقد؟ لا. لا يكفي الندم لإبرام عقد حتى ينتهي وجوده، ماذا عن زوال الأهلية؟ الشَّخص الأهل البالغ الراشد أبرم عقد، لكنه وضع تحت الوصاية بعد بضعة أشهر. مرة أخرى هنا، لا ينقضي العقد. ليس لأنَّ شخص فقد أهليته بعد إبرام عقد ينقضي العقد بالنسبة له (حتى إذا كان يمكن الطعن فيها بموجب شروط معينة).

من ناحية أخرى، إذا تمَّ إبرام العقد بالاعتماد على شخص المتعاقد، فإنَّ وفاة هذا الشَّخص تتسبب في انقضاء العقد.

تتعلق شروط تشكيل العقد أيضًا بمحتواه. يبدو في هذه النقطة أنَّ الفسخ سوف ينتج آثاره. على سبيل المثال، إذا أصبح موضوع العقد أو غرضه، القانوني في وقت إبرامه، غير قانوني في وقت الأداء أو في حالة اختفاء المحل. يوضح الحكم الصادر عن محكمة النقض في عام ٢٠٠٨ . في هذه الحكم، يقرَّ الرجل^٣ بدين زوجته السابقة فيما

³³(Cass. 1^o civ., 30 oct. 2008, n^o 07-17.646).

يتعلق بمبلغ ٣٦٠,٠٠٠ فرنك يُدفع على أقساط شهرية بقيمة ٣٠,٠٠٠ فرنك لتعليم ابنهما والحفاظ عليه، في كنف والدته. ولكن بعد بضع سنوات، انتقلت رعاية الطفل إلى والده. ثم توقف عن الدفع للام. حركت الأم الدعوى لإجباره على الوفاء بالتزامه. عُدَّت محكمة النقض أنَّ الالتزام انقضى، لأنَّ السبب أو الدافع له قد اختفى بعودة الطفل لأبيه وعيشه في كنفه.

كذلك في العقود الفردية، يجد انقضاء العقد أو الفسخ مجالا للتطبيق، عادة العقود الفردية التي تكون ضمن نظام عقود جماعية أو مرتبطة بعقود أخرى وجودا وانقضاء. نحن نتحدث عن عقدين على الأقل مترابطان وغير قابلين للتجزئة لأنهما ينظمان عملية واحدة. على سبيل المثال، يمكن ملاحظة الكثير من الدعاوى على هذا النحو، فيما يتعلق بتأجير المعدات المؤجرة. على سبيل المثال: شركة توقع عقد لتوريد وصيانة آلات التصوير لمدة ستين شهراً. في نفس اليوم، الشركة توقع عقد إيجار مالي مع بنك من أجل هذه المعدات (البنك الذي يشتريها وتستأجرها الشركة). يتم إنهاء الإيجار المالي. ما هو مصير العقد الأول، عقد صيانة آلات التصوير؟ المتعاقد الذي باع آلات التصوير للبنك بيعاً إيجارياً ليس لديه مصلحة الآن بعد أن تمَّ تصريف آلات التصوير. وجدت الاجتهادات القضائية، شيئاً فشيئاً، حلاً، تمت المصادقة عليه الآن بموجب القانون: هذا العقد مفسوخ .

هذا هو الحل المنصوص عليه في الفقرة ٢ من المادة ١١٨٦ من القانون المدني: "عندما يكون ارتباط عدة عقود ضرورياً لتنفيذ نفس العملية ويختفي أحدها، يصبح منقضياً أو مفسوخا العقد الذي أصبح أداءه مستحيلاً بسبب هذا الاختفاء وكذلك العقود التي كان وجود عقود أخرى اختفت مشروطاً لإنفاذها أو كان شرطاً محدداً لموافقة أطراف العقد ."

وهذا يتفق مع طبيعة الفسخ، الذي يحدث عندما يختفي أحد العناصر الأساسية للعقد المشكل بصورة صحيحة. في هذه الحالة، فإنَّ العنصر الأساسي الذي يختفي هو العقد

³³(Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-27.703).

الرئيسي للعملية بصورة عامة، الذي تم في إطاره إبرام العقد أو العقود الثانوية، المطلوب انقضاءها.

العنصر الأساسي هنا يمكن أن يكون إما:

- موضوعي: تنفيذ العقد مستحيل بسبب اختفاء العقد الأول.
- شخصي: من وجهة نظر المتعاقد، كان العقد المنحل شرطاً حاسماً لموافقته على العقد الثاني.

ومع ذلك، يجب الانتباه إلى أن هناك شرطاً منصوص عليه في الفقرة ٣ من المادة ١١٨٦: "لا يحدث انحلال في العلاقة العقدية إلا إذا علم المتعاقد الذي استُدعيت ضده بوجود العملية الكلية عندما أعطى موافقته". في الحكم المذكور أعلاه، يمثل تماماً ما جاء في هذه الفقرة من المادة ١١٨٦. من المحتمل جداً أن تكون المعدات التي بيعت هي التي أوصت بها الشركة المسؤولة عن الصيانة.

لدى بعض المتعاقدين المهرة الحنكة القانونية لإدراج بنود قابلية القسمة في عقودهم. تتمثل الفكرة في النص، ضمن العقد، على أنه مستقل ولن يتأثر، على سبيل المثال، باختفاء عقد آخر مشارك في نفس العملية التعاقدية. واجهت محكمة النقض هذه البنود بالفعل. يبدو على هذه الشروط طابع العدائية، لذلك رفضتها محكمة النقض في بعض النزاعات (تلك التي تتطوي على عقد إيجار مالي). لكن ما زال من المبكر بعض الشيء معرفة ما إذا كان هذا هو الحال مستمراً!

ما إذا كان انحلال العلاقة العقدية بالفسخ يسري كجزء من عقد معزول أو كجزء من حزمة تعاقدية، فلا تزال هناك مشكلة معلقة. ما هي آثار الهبوط؟

المادة ١١٨٧ من القانون المدني تنص على أن "الفسخ ينهي العقد". وهي تعمل لذلك من أجل المستقبل. لكن استثناء على ذلك، قد يكون له آثار رجعية ويبرر إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وهذا منصوص عليه في المادة ١١٨٧ من القانون المدني، الفقرة ٢. الأمر متروك للقاضي لاتخاذ قرار بشأن هذه النقطة، وهذا يتوقف على خصوصيات العقد الذي قدم له.

الباب الثاني

الإرادة المنفردة

سنتكلم عن مفهوم وتعريف الإرادة المنفردة في الفصل الأول قبل تناول مدى قوتها الملزمة في الفصل الثاني.



الفصل الأول

مفهوم الإرادة المنفردة

تُعَدُّ الإرادة المنفردة المصدر الإرادي الثاني من مصادر الالتزام، وهي تصرف أحادي الجانب من شخص من دون أي قبول من طرف آخر كما يتم في العقد. فترتب الإرادة المنفردة آثار قانونية متعددة؛ ومثال على الإرادة المنفردة؛ في القانون المدني الوصية التي تكسب الغير أموالاً بعد الوفاة، الإيجاب الذي يتعهد فيه الشخص بإبرام عقد في حال القبول، حق إبطال العقد الذي تمارس فيه إرادة المتعاقد خيار الإبطال، وإجازة العقد حيث يصبح العقد لازماً بإرادة من تقرر له حق الإجازة، والطلاق الذي تنتهي به العلاقة الزوجية، والإقرار حيث يلزم الفرد نفسه بما أقر، والوقف حيث يحبس المالك رقبة شيء ما على ملك الله سبحانه وتعالى ويتبرع بالمنفعة لجهة ما، والإبراء حيث تسقط الإرادة المنفردة الدين أو الالتزام عن المدين به. _ وتطبق على الإرادة المنفردة جميع القواعد التي تطبق على إرادة المتعاقدين في العقد من أهلية، وبطلان، وعيوب الإرادة، والنيابة، ومشروعية محل، ومشروعية السبب .

^٣ _ انظر: فواز الصالح، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٣٧.

الفصل الثاني

القوة الإلزامية للإرادة المنفردة

تبادر السؤال لدى الفقهاء عن مدى اعتبار الإرادة مصدراً عاماً للالتزام: وتبين وجود اختلاف لدى فقهاء القانون في مدى اعتبارها مصدراً عاماً للالتزام من عدمه، لأنَّ البعض يقول أنَّ الالتزام بحاجة إلى توافق إرادتين لإنشاء الالتزام أو العدول عنه أو إنهائه، فلم يكن القانون الفرنسي القديم يعترف بالإرادة المنفردة سبباً لنشوء الالتزام وساد الاتجاه لدى عدد من الفقهاء الفرنسيين بأنَّ الإرادة وحدها لا تنشئ الالتزام وبأنها ليست مصدراً للالتزام.

ولكن نظرية ألمانية تزعمها الألماني سيكل ذهبت إلى أنَّ الالتزام يمكن أن ينشأ بالإرادة المنفردة، فالاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة يوجب للإرادة السلطة المطلقة في نشوء أو تعديل الالتزام مع وضع ضوابط لحماية الغير، وبدأ عدد من الفقهاء الفرنسيين على رأسهم Worms ورمز و Sally في تبني هذا الاتجاه الذي يجعل للإرادة القوة لنشوء الالتزام إلا أنَّ الألمان لم يجعلوا من الإرادة مصدراً عاماً للالتزام إنما مصدراً استثنائياً حصرياً في الحالات المحددة التي ذكرها القانون الألماني .^٤

ـ الإرادة المنفردة وفق القانونين المصري والسوري

جاء القانون المدني المصري والقانون السوري ليعدَّ الإرادة المنفردة مصدراً استثنائياً للالتزام لا يؤخذ بها إلا في الحالات التي يحددها القانون، أي أنها ليست مصدراً عاماً للالتزام. فذكر القانون المدني في المادة ١٦٣ الوعد بجائزة كمثال على الإرادة المنفردة.

^٣ _ راجع تارد في تطورات القانون ص ١٠، وديموج في الالتزامات فقرة ١٨، وكايبنتان ص ٢٧١، مشار إليها لدة د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٢٨٤.

فجاء في المادة ١٦٣: "١. من وجه للجمهور وعداً بجائزة، يعطيها عن عمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به من دون نظر إلى الوعد بالجائزة، أو من دون علم بها. ٢. وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور.

_ موقف الفقه الإسلامي:

الإرادة لدى جمهور الفقه الإسلامي لا تُعدُّ مصدرراً عاماً لنشوء أو تعديل الالتزام إلا في حالات استثنائية، كالإقرار والطلاق والإبراء أي كما ذهب القانون السوري. في حين ذهب الفقه المالكي إلى أنها تُعدُّ مصدرراً عاماً للالتزام، لأنَّ الإنسان ملتزم بموجب نصوص الشريعة أنَّ يوفي بالعهد والمواثيق . وهذا ما نميل إليه من وجوب أنَّ تكون الإرادة مصدرراً عاماً للالتزام لأنَّ الإنسان مؤاخذ بما يقول ويتعهد ويجب أنَّ يلتزم به.

ومن أمثلة الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، الجعالة (أجازها الجمهور عدا الحنفية)، والوقف، والإبراء (فهي من الإسقاطات عند الجمهور عدا المالكية حيث تحتاج عندهم إلى قبول المبرأ لأنه من قبيل التمليكات التي يشترط فيها القبول كالهبة) والوصية (وترتد بالرد عند الحنفية لأنَّ الموصى له ليس ملزماً بقبولها)، واليمين، والكفالة (فتتم بإيجاب الكفيل فقط عند جمهور الفقهاء من دون المذهب الحنفي) .

^٢ _ انظر: محمد حاتم البيات، أيمن أبو العيال، الالتزامات، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

^٣ _ انظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، ط٤، من دون ذكر تاريخ النشر، نسخة الكترونية على الموقع: <https://al-maktaba.org/book/33954> تاريخ الرجوع ٢٠٢١/٤/٨.

القسم الثاني

العقود المسماة

بدأت العقود في العهد الروماني أول نشأتها بصورة شكلية، وأصبحت محاطة بمجموعة من القواعد، ولكن مع تطور الحياة والمعاملات في تلك الفترة نشأ مجموعة من العقود أصبح لها تقنياتها الخاص وقواعدها الخاصة التي يمكن أن يعتد بها أمام المحاكم وهو ما يسمى اليوم بالعقود المسماة خلافا للعقود غير المنصوص عليها بنص خاص وقواعد خاصة والتي لا يمكن الاعتداد بها أما المحاكم ويقتصر الالتزام فيها على ما نص عليه الطرفين واتفقا عليه .^٣

حرر الفقه الإسلامي العقود من جميع أشكال القيود، وأخضعها لمجرد الإيجاب والقبول الصادرين بالتراضي الحر والاختيار القائم على الوعي والأهلية. فالفقه الإسلامي لم يتقيد بالشكليات التي سادت القانون الروماني. ويُعد العقد في نظر الفقه الإسلامي سبب مباشر في نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري فيرتب عن ذلك :

١. ثبوت الملك في البديلين للحال.
٢. ينتقل الملك بمجرد إبرام العقد إلا في عقد الهبة.
٣. ثبوت حق المشتري في كل زوائد المبيع.
٤. بقاء المبيع في ملك المشتري في حالة إفلاسه أو إفلاس البائع بعد القبض.
٥. أن يد البائع على المبيع تُعد يد ضمان لا يد أمانة قبل القبض.

³³P. Puig, *Pour un droit commun spécial des contrats*, Mlges Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 825.

^٣ محمد الزحيلي: القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، العقود المسماة، البيع، المقايضة، الإيجار، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق ١٩٨٣، ص ٢٤.

في العصر الحديث استمر مفهوم العقود المسماة مع توسع كبير في العقود التي نظمها المشرع ليشمل أكثر التعاملات شيوعاً بين الأفراد من البيع إلى الإيجار والوديعة والمقولة والشركة ولكن بقي هناك أنشطة لم تشمل بأحكام خاصة ويطلق عليها العقود الغير المسماة مثل عقد النزول في فندق أو العقد بين مدير المسرح والممثلين، الذي من الممكن أن يتحول إلى عقد مسمى بأي لحظة بمجرد تناوله بنصوص خاصة من قبل المشرع كما حدث مع عقد النشر وعقد التأمين. لا بد من الإشارة هنا أن العقود الغير مسماة تخضع من حيث التكوين والآثار والالتزامات إلى القواعد العامة المنصوص عليها في نظرية العقد.

سندرس على التوالي تاريخ العقود المسماة وتصنيفها شرعياً وفقهياً، بعد ذلك سنقتصر في دراستنا على دراسة أحكام عقد البيع باعتباره أكثر العقود المسماة شيوعاً.

الفصل التمهيدي

نشأة العقود المسماة

سنقوم بدراسة تقسيمات العقود بداية إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة كما سندرس كيفية تكييف العقد وتقسيمات العقود المسماة.

المبحث الاول

العقود المسماة والعقود غير المسماة

العقد غير المسمى هو عقد لا يخضع لأي قواعد قانونية خاصة؛ ولكن قد يكون له في الواقع اسم "أعطته له الممارسة. مثال: عقد *sponsoring* . طبعاً لتحديد ما إذا كان العقد مسمى ام لا، لا بد من تكييف العقد وهو عمل يطلع به القاضي إذا ما عرض عليه العقد في معرض نزاع ينشأ بين أطراف العقد حول شروط تنفيذه أو نفاذه فيقوم القاضي من أجل تكييف العقد بتفسير إرادة المتعاقدين، ومسألة التفسير تُعدُّ من مسائل الواقع، فإذا توصل قاضي الموضوع لإرادة المتعاقدين، انزل على العقد الحكم القانوني الذي يتفق مع طبيعة وذلك لتكييف العقد والكشف عما هويته. أما التكييف فهي مسألة قانون لا واقع، فهي بهذا التوصيف تخضع لرقابة محكمة النقض. ولا تنقيد المحكمة بتكييف المتعاقدين للعقد، بل تصحح هذا التكييف من تلقاء نفسها، حكم قواعد التكييف حكم باقي القواعد القانونية التي تتصدى لها المحكمة النازرة بالموضوع وتطبقها من تلقاء نفسها.

³³⁹ Malaurie/Aynès/Gautier, n°3: « un contrat innommé est un contrat qui ne fait l'objet d'aucune réglementation spéciale légale; mais il peut avoir en fait un nom » donné par la pratique. Ex.: contrat de sponsoring.

فإذا تعمد مثلاً المتعاقدان أن يكيفا تصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون، القاضي يصحح هذا التكييف ويرد على المتعاقدين قصدهما .

على أن العقد مسمى أو غير مسمى قد يكون بسيطاً غير معقداً إذا لم يكن خليطاً من مجموعة عقود كالبيع والعارية والإيجار. لكن إذا اشتمل التصرف على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، وسمي عقداً مختلطاً، كالعقد بين صاحب الفندق والنزيل فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة للمسكن وبيع بالنسبة للمأكل وعمل بالنسبة إلى الخدمة ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة، وكذلك مدير الشركة الذي يتولى ادارتها ويكون وكيلاً عنها، فيمتزج عقد العمل لعقد الوكالة. ويطبق على هذا العقد أحكام العقود المختلطة التي يتألف منها ما لم تطغى عناصر أحد العقود على الآخر فيكيف الالتزام بحسب هذا العناصر وتطبق أحكام العقد الذي تبين أن عناصره هي الأقوى.

المبحث الثاني

تقسيم العقود المسماة

بالإضافة إلى تصنيف العقود بسيطة ومعقدة يمكن تصنيف العقود أيضاً بحسب موضوعها، ذهب بلانيول إلى القول أن العقود جميعها مسماة وغير مسماة يمكن حصرها في طوائف محدودة، ذلك أن محل الالتزام إما أن يكون شيئاً أو عملاً أو حقاً، والملتزم بموجب عقد إما أن يأخذ مقابل ما أعطى وإما ألا يأخذ، فإذا كان المحل ملكية شيء ولم يأخذ الملتزم مقابلاً فالعقد هبة، أما إذا أخذ مقابلاً فالعقد بيع أو مقايضة، ويكون وفاء بمقابل إذا كان المقابل ديناً، ويكون عقد شركة إذا كان المقابل حصة في شركة. أما إذا كان المحل هو مجرد الانتفاع بشيء، ولم يأخذ الملتزم مقابلاً فالعقد عارية، وإذا أخذ مقابلاً فالعقد إيجار أو قرض بفائدة، وقد يكون المقابل ذاته مجرد انتفاع فيكون العقد مقايضة انتفاع بانتفاع كما كان مقايضة ملك بملك. أما إذا كان محل العقد عملاً، وكان

^٣ أمل شرباء، علي الجاسم: القانون المدني ٤، الجامعة الغفتراضية السورية ٢٠١٨، ص ٣.

³⁴⁴ Carbonnier, *Variations sur les petits contrats*, in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 339 et s.

بغير مقابل فقد يكون العقد وكالة غير مأجورة أو وديعة غير مأجورة أو خدمة ما غير مأجورة اما إذا كان بمقابل وهو الغالب فقد يكون عقد إيجار عمل أو عقد استصناع أو عقد شركة أو وكالة مأجورة أو وديعة مأجورة. قد يكون المحل حقا عينيا او شخصيا ويجوز دائما أن يكون بمقابل أو من من دون مقابل، كما يمكن أن يكون محل العقد نقل حق أو قد يكون محله رهن الحق ضمانا للدين، أو النزول عن الحق نزولا كلياً او جزئياً بمقابل أو من غير مقابل من خلال تصنيف بلانيول يمكن استخلاص تصنيف للعقود إلى عقود تنصب على الملكية وعقود تقع على المنفعة وعقود ترد على العمل. في مكان آخر يمكن القول بأن هناك عقود احتمالية ترد على العمل يميز هذه العقود أنها تدور على مجرد احتمال قد يتحقق وقد لا يتحقق. كما يضيف القانون المدني تصنيف هي عقود الكفالة إذا هو ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ويجب أن ينفصل عن الضمان العيني وهما عقد الرهن الرسمي وعقد رهن الحيازة.

بصورة عامة، يجب أن يكون الرجال قادرين على التعامل بحرية مع أي شيء يهتمهم. احتياجاتهم تجمعهم؛ تتضاعف عقودهم بقدر احتياجاتهم. وبالتالي لا يوجد تشريع في هذا العالم يمكن أن يحدد عدد الاتفاقيات التي يمكن أن تبتكرها الشؤون الإنسانية وتنوعها. والعقود المعروفة في القانون الروماني تحت عنوان العقود المسماة هي الأخرى بكامل تصنيفاتها لا يمكن أن تشمل شؤون الناس كافةً وسيكون دائما تصنيفات جديدة ومبتكرة بشكل دائم .

³⁴³J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, in J.-E.-M. Portalis. Ecrits et discours juridiques et politiques, PUAM, 1988, p. 21, spéc. p. 54: « En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans ce monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles. De là, une foule de contrats connus, dans les lois romaines, sous le titre de contrats innommés. »

الفصل الاول

إبرام عقد البيع

ننتقل الآن لدراسة أهم العقود والأكثر شيوعاً في المعاملات اليوم ليكون المثال لمعرفة كيف يتم تصدي المشرع لعقد معين من العقود وتحديد الأحكام النازمة. وسنبداً بدراسة أحد العقود التي ترد على الملكية وهو عقد البيع

المبحث الاول

تعريف عقد البيع

كان للشرعية الإسلامية دور في تطور عقد البيع وإعطاءه الشكل القانوني الذي يبدو عليه اليوم في التشريع الوضعي، الأمر الذي يقتضي دراسة موقف الشريعة الإسلامية من عقد البيع، وصولاً لما هو عليه اليوم في القانون المدني.

المطلب الاول

تعريف العقد في الشريعة الإسلامية

البيع هو مبادلة مالٍ بمال على سبيل التراضي. البيع لغة مصدر باع وهو مبادلة مال بمال، والشراء والبيع هما من أسماء الأضداد فيطلق الشراء على البيع، كقوله تعالى في سورة يوسف: "وشروه بثمنٍ بخسٍ دراهمٍ" أي باعوه، ويطلق البيع على الشراء كقوله صلى الله عليه وسلم " لا يبيع أحدكم على بيع أخيه" أي لا يشتري، وكذلك الاشتراء والابتياح فإنَّهُما يطلقان على فعل البائع والمشتري لغة.

وقد عرفه المالكية بأنه عقد معاوضة وعلى غير منافع ولا متعة لذة، وذلك للاحتراز من مثل الإجارة والنكاح، وعرفه الشافعية بأنه مقابلة مال بمال على وجه مخصوص للمنفعة. وقد اتفق الفقهاء على أنَّ البيع مشروع على سبيل الجواز، دل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، فمن كتاب الله تعالى " وأحل الله البيع" وقوله عز وجل " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"، وأما السنة فمنها أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم سئل أي الكسب أطيب؟ قال: "عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور".

وروى رفاة أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال: أنَّ التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من بر وصدق.

شرع الله سبحانه البيع لحاجة الناس إلى ضرورات الحياة كالطعام والملبس وغير ذلك مما قد لا يستطيع الإنسان الحصول عليه إلا عن طريق شرائه من غيره، قال تعالى: (وأحل الله البيع وحرم الربا) [البقرة: ٢٧٥] وقال سبحانه: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) [النساء: ٢٩].

وسئل رسول الله (عن أطيّب الكسب فقال: "عمل المرء بيده، وكل بيع مبرور" [أحمد والبخاري]. والبيع المبرور هو الذي لا غش فيه ولا خيانة.

يتم البيع باتفاق البائع والمشتري على السلعة والتمن، فإنّ تم الاتفاق بينهما أصبح للمشتري حق تملك السلعة والتصرف فيها، وللبائع حق تملك ثمن السلعة والتصرف فيه. ويتم البيع بالكلام، فيتحدث البائع والمشتري إلى بعضهما البعض، ويتفقان على السلعة والتمن.

أو يتم البيع بالكتابة إذا كان كل منهما بعيداً عن الآخر أو لسبب ما، فيكتب المشتري إلى البائع، ويكتب البائع إلى المشتري حتى يتم الاتفاق على السلعة وثمرتها.

وقد يتم البيع بالإشارة، بين البائع والمشتري إذا كانا أخرسين، أو أحدهما أخرس فيتم الاتفاق بينهما بالإشارة، مادامت الإشارة هي وسيلة التقاهم بينهما.

وقد يتم البيع بالمعاطاة كأن يقوم البائع بتسليم السلعة إلى المشتري، ويقوم المشتري بإعطاء الثمن له. وعادة ما يحدث هذا أنّ كان الشيء المبيع قليلاً، ولا يحتاج إلى جدال.

المطلب الثاني

تعريف العقد في القانون

عرف القانون المدني عقد البيع في المادة (٣٨٦) على أنّه: "البيع عقد يلتزم به البائع أنّ ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي". كما عرفه القانون الفرنسي في المادة ١٥٨٢ عل أنّه " اتفاق يلتزم بموجبه أحد الأطراف بتسليم الشيء، مقابل أنّ يلتزم الآخر بدفع ثمنه. ينعقد العقد بالكتابة أو حتى بمجرد الإشارة".

من خلال التعريف يمكن لنا أنّ نستخلص أهم خصائص هذا العقد التي تتجلى بنقل الملكية مقابل عوض نقدي، فهو بالتالي من عقود المعاوضة. ناقل للملكية والتمن فيه نقد وهي كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود كالإيجار الذي لا ينقل الملكية أو

³⁴³JS Borghetti, Réforme du droit des contrats: un projet s'en vient, l'autre s'en va, D. 2015, 1376.

التبرع الذي لا يتصف بالمعاوضة والمقايضة التي تكون شيء مقابل شيء أو عين مقابل عين. هنا يجب التتويه على البيع سبقتة المقايضة بالظهور قبل أنْ يكتشف الناس المعادن الثمينة التي أصبحت وحدة قياس للأشياء من ثم اكتشاف النقود، فَكَانَ النَّاسُ فِي أَقْدَمِ الْعُصُورِ يَتَقَايِضُونَ سَلْعَةً بِسَلْعَةٍ، فَلَمَّا تَقَدَّمَتِ الْحَضَارَةُ وَتَنَوَّعَتِ الْحَاجَاتُ أَصْبَحَتِ الْمَقَايِضَةُ كَطَرِيقٍ لِلتَّعَامُلِ عَسِيرَةً التَّائُولِ وَقِلَّ أَنَّ تَقِي بِالْأَغْرَاضِ الْمُخْتَلِفَةِ الَّتِي جَدَتْ لِلنَّاسِ . وَكَانَ لَا بَدَّ مِنْ إِجَادِ سَلْعَةٍ عَامَةٍ تَقُومُ فِيهَا جَمِيعُ السَّلْعِ. وَتَكُونُ الْوَسِيطَ بِالتَّجَادُلِ فَكَانَتِ الْمَعَادِنُ الثَّمِينَةُ وَبِخَاصَّةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، بَعْدَ ذَلِكَ جَاءَ النَّقْدُ الَّذِي بَسَطَتْ الدَّوْلَةُ رِقَابَتَهَا عَلَيْهِ فَكَانَتِ هِيَ الَّتِي تَسْكُ الْعُمْلَةُ، وَهَكَذَا ظَهَرَ الْبَيْعُ مِنْ رَحِمِ الْمَقَايِضَةِ وَحُلِّ مَحَلِّهَا وَأَصْبَحَ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ الَّذِي يَتَعَامَلُ بِهِ النَّاسُ. عَلَى أَنَّ كُلَّ هَذَا لَمْ يَتِمَّ إِلَّا تَدْرَجًا. يَسْتَشْفَى مِنَ الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ الَّذِي عَرَفَ عَقْدَ الْبَيْعِ تَمِيزَهُ بَعْدَهُ خَصَائِصُ:

(١) عَقْدُ الْبَيْعِ مِنَ الْعُقُودِ الْمُلْزِمَةِ لِجَانِبَيْنِ: يَمْتَازُ عَقْدُ الْبَيْعِ بِأَنَّهُ عَقْدٌ مُلْزِمٌ لِلْجَانِبَيْنِ أَيْ وَجُودَ طَرَفَانِ بَائِعٍ وَمُشْتَرِيٍّ بِحَيْثُ يَرْتَبُ التَّزَامَاتُ مُتَقَابِلَةٌ فِي ذِمَّةِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي . فَالْبَائِعُ يَلْتَزِمُ بِنَقْلِ مِلْكِيَّةِ أَحَدِ الْأَشْيَاءِ أَوْ أَحَدِ الْحَقُوقِ الْمَالِيَةِ الَّتِي يَمْلِكُهَا وَالْمُشْتَرِي يَلْتَزِمُ بِدَفْعِ الثَّمَنِ لِلْبَائِعِ.

(٢) عَقْدُ الْبَيْعِ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ: الْبَيْعُ مِنْ عُقُودِ الْمُعَاوَضَةِ لَا بُدَّ فِيهِ مِنْ مُقَابِلٍ وَبِذَلِكَ يَخْتَلِفُ عَنِ الْهَبَةِ وَيَجِبُ أَنَّ يَكُونَ هَذَا الْمُقَابِلُ مَبْلَغًا مِنَ النَّقُودِ *Une somme d'argent* يُسَمَّى الثَّمَنُ *Le prix* وَبِذَلِكَ فَهُوَ يَخْتَلِفُ عَنِ الْمَقَايِضَةِ. كَذَلِكَ يَجِبُ أَنَّ يَكُونَ الثَّمَنُ جَدِيًّا لَا صُورِيًّا وَلَا تَافِهًا وَلَا بَخْسًا .

(٣) عَقْدُ الْبَيْعِ عَقْدُ رِضَائِيٍّ: يَعَدُّ عَقْدُ الْبَيْعِ مِنَ الْعُقُودِ الرِّضَائِيَّةِ حَيْثُ تَكْفِي لِانْعِقَادِهِ إِرَادَةُ الْبَائِعِ مَعَ إِرَادَةِ الْمُشْتَرِي، فَالْقَانُونُ لَمْ يَشْتَرِطْ لِانْعِقَادِهِ أَنَّ تَفَرَّغَ فِي شَكْلِ مُعَيَّنٍ، وَعَلَى وَجْهِ الْخُصُوصِ بِالنِّسْبَةِ لِلْمُنْقُولَاتِ، وَمِنْ ثَمَّ فَهُوَ مِنَ الْعُقُودِ الَّتِي تَتَعَقَّدُ بِتَرَاضِي الطَّرَفَيْنِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي.

^٢ جاك يوسف الحكيم: العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، منشورات جامعة دمشق ١٩٩٤، ص ١٧.

^٣ شفيق الجراح: القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، المطبعة الجديدة سورية ١٩٨٤، ص ١٤.

(٤) عقد البيع من العقود المسماة: يعدّ عقد البيع من أهم العقود المسماة من الناحية النظرية ومن الناحية التطبيقية، ومن الناحية القضائية. وقد جاءت جميع الشرائع بمبادئ تنظم قواعده وتبيّن أحكامه وتفصلها. لذلك وضعه المشرع في مقدمة العقود المسماة وخصه بالمواد من (٣٨٦) إلى (٤٤٩) مدني.

(٥) عقد البيع من العقود الفورية: العقد الفوري هو العقد الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة أو على دفعات من دون أن يكون الزمن أصلياً فيه. والبيع من هذه العقود، ولا فرق في أن يكون الثمن حالاً أو مؤجلاً، لأنّ الزمن الذي قسط فيه الثمن ليس إلّا عنصراً عرضياً، ليس أصلياً، أو أن يكون التسليم فوراً أو على دفعات.

(٦) عقد البيع يرد على الأشياء وعلى الحقوق المالية الأخرى: عقد البيع يرد على الأشياء وبالتالي يصح أن يكون محله حقاً من الحقوق العينية الأصلية، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، كما يجوز أن يكون محله حقاً من الحقوق المالية الشخصية كما في حوالة (حوالة الحق) وكذلك يجوز أن يكون محله الحقوق الذهنية (الملكية الأدبية والفنية والصناعية). قد تظهر عقود تأخذ قسماً من أوصافها من البيع والقسم الآخر من عقود أخرى غير البيع، فيقوم الشك حينئذ حول نوع هذا العقد. ونظراً لما لتحديد نوعية العقد من أهمية، فمن الضروري التمييز هنا بين عقد البيع وبين هذه العقود التي تقترب منه أو تختلط به بشكل من الأشكال وهي:

الفرع الاول

البيع والهبة

عرّفت (المادة ١/٤٥٤) مدني سوري الهبة بأنها: "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له من دون عوض"

كما تتصّف فقرتها الثانية على أن: "للوّاهب من دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين". فالهبة تملك مال لآخر بلا عوض. فالعوض هو الذي يميز البيع عن الهبة، ومع ذلك قد تكون الهبة بعوض، فما الحكم في هذه الحالة؟ إذا تبين من الوقائع وجود نية التبرع فالعقد هبة حتى واشترطت العوض في العقد وإلا فيُعدّ

بيعاً ومسألة وجود أو عدم وجود نية التبرع مسألة وقائع يكشف عنها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض. ومن القرائن التي تدل على وجود نية التبرع اشتراط الواهب دفع العوض إلى شخص ثالث. ولكن إذا كان العوض من النقود وكانت تساوي أو تقارب قيمة الشيء الموهوب فالعقد بيع لا هبة في هذه الحالة، لانعدام نية التبرع. فإذا كان الواهب لا يعلم بالقيمة الحقيقية للحق الموهوب بل كان يعتقد أنَّ قيمته أكبر من قيمة التكاليف، فإنَّه يكون من المتصور أنَّ تتوافر لديه نية التبرع، ومن ثم يكون العقد هبة وتسري عليه أحكام تخفيض التكاليف التي تنص عليها المادة (٤٦٦) مدني سوري.

من اهم نتائج التمييز بين عقد البيع وعقد الهبة هو ضمان العيوب الخفية حيث نجد هذا الضمان فقط في عقد البيع. كما أنَّ للبائع في عقد البيع أنَّ يحتبس المبيع لديه حتى يقبض الثمن، في حين لا يستطيع الواهب أنَّ يفعل ذلك في عقد الهبة. زد على ذلك أنَّ الهبة لا تتم إلا بالقبض إذا كانت الهبة منقولاً (المادة ٤٥٦/٢ مدني سوري).

الفرع الثاني

البيع والمقايضة

عرفت المادة (٤٥٠) مدني سوري المقايضة بأنها: "عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أنَّ ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود". وبالتالي إذا كان الثمن مبلغاً من النقود فالعقد بيع، وإذا كان شيئاً آخر من غير النقود فالعقد مقايضة. ولكن قد يصعب التمييز بينهما في بعض الحالات كما لو كان المقابل سبائك ذهبية أو أوراق مالية كالأسهم والسندات، حيث يلاحظ أنَّ بعض الشراح ذهبوا إلى اعتبار العقد بيعاً في هذه الحالة، لأنَّ هذا المقابل ليس مقصوداً لذاته بل النقود التي يمكن الحصول عليها عن طريقه، أما الرأي الراجح فيذهب إلى اعتبار العقد مقايضة، لأنَّ المقابل وقت التعاقد ليس من النقود خاصة وإن القول بخلاف ذلك سيؤدي إلى اعتبار المقايضة بيعاً كلما أمكن تقييم أحد البدلين. ولكن ما الحكم إذا كان المقابل بعضه من النقود وبعضه من غير

النقود؟ يذهب الرأي الراجع إلى وجوب أخذ نسبة النقود إلى قيمة المال الآخر بنظر النظر. فإذا كانت النقود هي العنصر الغالب كان العقد بيعاً وإلا كان مقايضة . أما إذا كان المقابل نصفه من النقود والنصف الآخر من غير النقود فالعقد في هذه الحالة يُعدُّ عقداً مركباً من البيع والمقايضة. كما أنَّ الرأي الراجع يذهب إلى اعتبار العقد بيعاً في حالة ما إذا كان المقابل ايراداً مرتباً مدى الحياة، بداعي أنَّ الثمن هو من النقود وإن كان مقدراً على وجه احتمالي في صورة الإيراد.

وللتمييز بين البيع والمقايضة أهمية العملية. (نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك). في حين نفس القانون ينص على أنَّ (مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضات مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك). لأنَّ كل من الطرفين فيه بائع ومشتري في نفس الوقت.

الفرع الثالث

البيع والإيجار

تنص المادة (٥٢٦) مدني سوري على ما يلي: "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أنَّ يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم". فالبيع يرمي إلى نقل ملكية المبيع إلى المشتري، بينما عقد الإيجار يقتصر على تخويل المستأجر صلاحية الانتفاع بالمأجور، ومع ذلك يصعب التمييز بينهما في الحالتين التاليتين: أولاً. وقوع العقد على الثمار والحاصلات:

قد يتفق الطرفان على تخويل أحدهما صلاحية جني ثمار الشيء مدة معينة في مقابل عوض معين فهل يُعدُّ العقد في هذه الحالة بيعاً أم أنَّه عقد إيجار؟

^٣ جاك يوسف الحكيم: العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، منشورات جامعة دمشق ١٩٩٤، ص ١٨.

يتميز البعض بين نوعين من الثمار، الثمار التي لا تتجدد بشكل دوري وينقص جنيها من قيمة الأرض فيعد العقد بيعاً إذا ورد عليها، لأنَّ النتاج كالمعادن والفحم يقطع من أصل الشيء كما هو النماء كنمو الحيوان. أما إذا ورد العقد على الثمار الدورية فإنه يُعدُّ إيجاراً في هذه الحالة، لأنَّ الثمرات كمنتجات الأرض، دورية تتجدد من دون انتقاص من أصل الشيء.

ولا يمكن الأخذ بهذا الرأي مطلقاً، لأنَّ ليس هناك من مانع يمنع المتعاقدين من بيع الثمار نفسها وهي ما تزال في الأرض. كما أنَّه لا مانع من أن يؤجر صاحب المنجم منجمه ليستغله المستأجر مقابل أجرة دورية.

ويُعدُّ آخرون العقد بيعاً لا إيجار إذا كان حق المتصرف إليه يقتصر على أخذ الثمار الناضجة المعدة للنقل من دون أن يكون له أي حق على الشيء الأصلي المنتج للثمار. أما إذا كان للمتصرف إليه القيام بالأعمال اللازمة لإنضاج الثمار وحصدتها إضافة لحقه في أخذها، فالعقد يُعدُّ في الحالة الأخيرة إيجاراً لا بيعاً.

والرأي الراجح يقتضي أخذ قصد المتعاقدين بنظر النظر عند تكييف العقد وللقاضي استخلاص هذا القصد من ظروف التعاقد، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز. فمثلاً يمكن اعتبار ورود العقد على الحاصلات قرينة على بيع، لأنَّ استخراجها ينتقص من أصل الشيء. كما يمكن اعتبار ورود العقد على أخذ الثمار قرينة على أن العقد إيجار لا بيع، لأنَّ أخذ الثمار لا ينتقص من أصل الشيء. وكل ذلك بشرط ألا يثبت من ظرف آخر أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى غير ذلك.

ثانياً. الإيجار الساتر للبيع (البيع الإيجاري):

الإيجار الساتر للبيع عقد بموجبه يتم إيجار مال معين لمدة معينة مقابل أجر معين، على أن ينقلب العقد بيعاً إذا وفى المستأجر بجميع التزاماته وفاء تاماً. اختلف الفقه حول تكييف هذا العقد. فالبعض بيعاً مستتراً معلقاً على شرط فاسخ هو اخلال المشتري بالتزامه في دفع الاقساط ويُعدُّ آخرون باطلاً، لأنه يؤدي إلى خدع الجمهور، إذ أنَّه يوهمهم بأن حاز المنقول يسير الحال فيقرضونه أموالاً قد تضيع عليهم

لأنه في الحقيقة غير مليء ويرى رأي ثالث بأن العقد عقد مركب من البيع والإيجار، فهو بيع معلق على شرط واقف وإيجار معلق على شرط فاسخ. أما المشرع السوري فيعده بيعاً معلق على شرط واقف هو الوفاء بجميع أقساط الثمن. كما أن عقد البيع عقد فوري وغير مؤقت أي ينتج أثره بمجرد انعقاده لكن عقد الإيجار من العقود الزمنية أي مؤقت بفترة زمنية محددة.

الفرع الرابع

البيع والمقاول

تعرف المادة ٦١٢ مدني سوري عقد المقاوله على أنه "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً، لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". أن المقاوله تنصب على العمل بينما ينصب البيع على الملكية. ولكن الصعوبة تثور إذا تعهد المقاول بتقديم العمل والمواد معاً، فهل تُعدّ العملية بيعاً أو مقاوله؟ الرأي الراجع في الفقه يذهب إلى اعتبار العقد في هذه الأحوال عقد بيع أشياء مستقبله، إلا إذا كانت قيمة المواد المقدمة تافهة بالنسبة إلى عمل المقاول نفسه فالرسام الذي يتعهد برسم صورة لا يُعدّ بائعاً للقطعة الخشبية أو لقطعة القماش التي يرسم الصورة . عليها، لأن قيمة هذه المواد تُعدّ تافهة إذا ما قورنت بقيمة العمل الذي يقدمه، وكذلك الحكم إذا تعهد المقاول بإقامة بناء على أرض مملوكة لرب العمل بأدوات من عنده، لأن قيمة هذه الأدوات ثانوية بالنسبة لقيمة الأرض. أما إذا كانت الأرض ملكاً للمقاول الذي تعهد بإقامة البناء بأدوات من عنده فالعقد يُعدّ في هذه الحالة بيعاً للأرض في حالتها المستقبلية. أي بع أن يُقام عليها البناء .

³⁴⁷Com., 3 octobre 2009, n°08-19343, inédit; RDC 2010/2, p. 585, obs. crit. O. Deshayes: dans l'hypothèse similaire où le sous-traitant fournissait les matériaux. Illustration également du critère du travail spécifique pour distinguer la vente du contrat d'entreprise. Confirmé par **Civ. 3^{ème}, 26 novembre 2014, n°13-22067 (TD n°7);**

أما إذا تقاربت قيمة الماد الأولية وقيمة العمل، فالعقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة، على حسب الرأي الراجح في الفقه. ولا يثور الخلاف في ظل التشريع السوري، لأنه يسمح بأن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً.

في عقد المقاولة يمكن أن يخضع تحديد السعر حسب المادتان ١١٦٤ و ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي لإرادة أحد الطرفين من خلال النص على أن في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين قبل تنفيذه، "يجوز" تحديد السعر من قبل الدائن، لذلك، "يجوز" الاتفاق على أن السعر سيتم تحديده من جانب واحد من قبل أحد الأطراف المتعاقدة. من ناحية أخرى، تسمح المادة ١٢٢٣ من القانون المدني الفرنسي لرب العمل بقبول الأداء الناقص، إذا لم يكن قد دفع بعد، أن يخطر المقاول بقراره بتخفيض السعر. وهو ما لا يجوز في عقد البيع إذ لا يمكن أن يتوقف تحديد الثمن على إرادة أحد الطرفين. كما يشترط عقد البيع تحديد الثمن أو قابليته للتحديد وإلا لا يمكن تكييف العقد على أنه عقد بيع، بينما يمكن أن تتعدد المقاولة ويترك لأحد الأطراف تحديد الثمن لاحقاً. كما يمكن لرب العمل أن ينهي العقد بإرادته المنفردة مقابل أن يعوض المقاول قيمة الاعمال التي انجزها، وهو ما لا يجوز في عقد البيع .

٩

RDC 2015, 243, obs. crit. O. Deshayes: « ayant retenu, à bon droit, que le sous-traitant engageant sa responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage sur le fondement délictuel, le fournisseur de ce sous-traitant devait répondre de ses actes sur le même fondement ».

³⁴⁸Jacques Moury :La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats ,Recueil Dalloz 2016 p.1013

³⁴⁹Civ. 3^{ème}, 29 janvier 1997, B. 25. Civ. 3^{ème}, 5 juin 1996, B. 134. Sur cette q°, voir Puig, note sous Civ. 3^{ème}, 16 décembre 2008, n°08-10060, inédit, RDC 2009/2, p. 636. Civ. 3^e, 18 février 2015, n°14-10604: « le paiement de dommages-intérêts équivalents au juste coût des travaux exécutés ».

الفرع الخامس

البيع والوكالة

تعرف المادة ٦٦٥ مدني سورية عقد الوكالة على أنه "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل". فالوكالة عقد ينصب على عمل. أما البيع فينصب على نقل ملكية أو حق عيني، ومع ذلك قد تثور الصعوبة عند التمييز بين عقد البيع وبين ما يدعى بـ(عقد التوزيع) الذي بموجبه تسلم أحد الطرفين بضاعة معينة لبيعها بثمن معين يؤدي إلى صاحب البضاعة أو منتجها، على أن يكون له الحق في أن يرد للمالك أو المنتج ما يتبقى من البضاعة من دون بيع. فهل يُعدُّ العقد بيعاً أم وكالة؟ الرأي الراجح يذهب إلى أنَّ العبرة هنا تكون بقصد الطرفين المتعاقدين. فإذا تبين من ظروف التعاقد وملابساته أنَّ نية الطرفين متجهة إلى أنَّ ينقل المالك حقه إلى المتعاقد الآخر بحيث يصبح الأخير مالكاً حقيقياً لهذا الحق فالعقد بيع وإلا فهو وكالة. ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في هذا الصدد، ولا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة النقض.

الفرع السادس

البيع والوصية

البيع هو تملك البائع المشتري المبيع في الحال مقابل ثمن معين. أما الوصية فإنَّها تملك بلا عوض مضاف إلى ما بعد الموت. ولكن قد يحاول البعض التحايل على القانون، فيعمد مثلاً إلى تصوير الوصية بصورة عقد بيع فينص في العقد أنَّ الأب باع ولده فلان المال الفلاني بمبلغ معين على ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد وفاة البائع. أنَّ هذا العقد ما هو في الحقيقة إلا وسيلة لإخفاء وصية مستترة، توصل بها الأب لمنع بقية الورثة من استعمال حقهم في اجازة أو عدم اجازة الوصية فيما يزيد على ثلث التركة. في مثل هذه الحالات يترتب على القاضي أنَّ يطبق أحكام الوصية لا أحكام البيع، إلا إذا لم يجد سنداً لاعتبار العقد بيعاً. أنَّ وصف التصرف بأنه بيع أو وصية

يخضع للظروف الموضوعية التي تم فيها التصرف ومن ثم للقاضي بحسب هذه الظروف استخلاص التكييف الملائم للعقد.

ويلاحظ أنَّ القانون المدني نصَّ على أنَّه إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحياسة العين التي . تصرف فيها، وبحقة في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يَقم دليل يخالف ذلك. فالمرشح يقبل في هذا الصدد قرينة قانونية، بمقتضاها يُعدُّ التصرف لأحد الورثة وصية، إذا احتفظ المتصرف بحياسة العين التي تصرف فيها أو بحقه في الانتفاع بها مدى حياته. إلا أنَّ بالإمكان اثبات خلاف هذه القرينة.

الفرع السابع

البيع والوديعة

الوديعة عقد بموجبه يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم إلا بالقبض ويلتزم المودع بأن يرده عيناً. فالملكية في البيع تنتقل من البائع إلى المشتري مقابل عوض. بينما لا تنتقل في الوديعة، ومع ذلك قد يصعب التمييز بينهما في الأحوال التي يسلم فيها شخص لآخر شيئاً لبيه على أنَّ يرد ثمنه أو الشيء نفسه عند عدم التمكن من تصريفه. كما لو أودع المؤلف نسخاً من مؤلفه لدى إحدى المكتبات ليتولى صاحب المكتبة بيعها مقابل أجر معين يستقطع من الثمن. استقرت أحكام المحاكم الفرنسية على ما قضت به محكمة النقض والابرام عام ١٨٦٠ في قرار لها اعتبرت بموجبه العملية الواقعة بين تاجر الجملة وتاجر المفرد عقد بيع لأنَّ من مقتضيات عقد الوديعة إلزام المودع برد نفس العين المودعة، إلا أنَّ الخيار الذي يملكه تاجر المفرد بين رد الثمن أو نفس العين يجعل هذه العملية عقد بيع معلق على شرط. ويذهب بعض الشراح في مصر إلى اعتبار العملية بيعاً معلقاً على شرط فاسخ لأنَّ العقد وإن كان يشبه الوديعة إلا أنَّه يختلف عنها في أنَّ المودع يلتزم برد الوديعة عيناً بينما لصاحب المكتبة الحق في رد نسخ الكتاب أو ثمن ما باع منها بعد خصم حصته من الثمن. علاوة على

ذلك فإن ملكية الكتب تنتقل إلى صاحب المكتبة، مع احتفاظه بحق العدول عن الشراء إذا لم يتم تصريف الكتب.

والرأي الراجح هو الذي يستوجب تكييف العقد بحسب نية الطرفين المتعاقدين. وهذه النية يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد وشروطه فالعقد قد يكون بيعاً ناجزاً أو معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، أو عقد وكالة بالبيع بحسب الأحوال.

المبحث الثاني

أركان عقد البيع

يجب أن يتوافر في عقد البيع أربعة شروط هي شروط انعقاد وشروط صحة، وشروط نفاذ وشروط لزوم، والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية مصالح العاقدين، ونفي الغرر (أي الاحتمال) والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة، فإذا اختل شرط الانعقاد كان العقد باطلاً، وإذا اختل شرط الصحة كان العقد عند الحنفية فاسداً وإذا لم يتوافر شرط النفاذ كان العقد موقوفاً على الإجازة ولا تنتقل به الملكية إلا بالإجازة، وإذا انعدم شرط اللزوم كان العقد مخيراً فيه أي مشتملاً على خيار الإمضاء أو الإبطال

لعقد البيع ثلاثة أركان طبقاً للقواعد العامة وهي: الرضا، والمحل والسبب، فإذا انعدم ركن من هذه الأركان كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ويخضع عقد البيع للقواعد العامة في نظرية الالتزام، لذلك تقتصر الدراسة على القواعد الخاصة التي وضعها المشرع تكملة للقواعد العامة أو خروجاً عليها .

المطلب الأول

الرضائية في عقد البيع

تضمن الرضائية القواعد الخاصة بالإيجاب والقبول كذلك بعض التطبيقات الخاصة بالرضائية.

الفرع الاول

القواعد الخاصة بالإيجاب والقبول

تنص المادة ٩٢ مدني سوري "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد". أما المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه "متى تم العقد، تؤول الملكية إلى المشتري من البائع، بمجرد الاتفاق على الشيء والثمن، مع أن الشيء لم يسلم بعد. ولا الثمن مدفوع".

العقد لا يُعدّ تاماً ولازماً إلا إذا تلاقى إرادتي البائع والمشتري، أي تلاقي الإيجاب والقبول، والإيجاب هو التعبير عن الإرادة المقترن بقصد الارتباط الذي ينصب عليه إذا لحقه قبول مطابق له، وهناك ما يسمى بالإيجاب الموجه للجمهور ويكون عن طريق الإعلان في الصحف أو عرض البضائع في المتاجر إلا أنه يشترط لكي يُعدّ إيجاباً في عقد البيع :

١- أن يتضمن بياناً مفصلاً عن السلعة بما في ذلك الثمن والا عدّ دعوة إلى التعاقد، وهي ليست ملزمة لمن وجهها فيجوز له أن يرفض اتمام هذه الدعوة . كما يحدد الموجب المدة التي يلتزم بها فإن لم تحدد كان الإيجاب ملزماً خلال مدة معقولة، يحددها القاضي بحسب سلطته التقديرية في حال ثار النزاع حول تحديدها .

٢- هذا الإيجاب يبقى مرهوناً بتوافر السلع المعلن عنها فإذا نفذت السلعة وطلب أحد الأفراد بعد ذلك هذه السلعة اعتبر نفاذها سقوطاً للإيجاب . وأن يكون البيع والشراء بلفظ الماضي فيقول البائع (بعت)، ويقول المشتري (قبلت) أو ما في معني ذلك من ألفاظ.

٣- أن يبقى الإيجاب قائماً، فإذا صدر قبول من شخص لشراء أي سلعة بعد سقوط الإيجاب، فلا التزام على الموجب، أما القبول فهو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب

بالموافقة عليه فينعقد العقد، شرط أن يكون مطابقاً للإيجاب وقبل سقوطه وإلا عدَّ إيجاباً جديداً.

أما ما يشترط في العقد في الفقه الإسلامي فهو شرط واحد: وهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب أي تطابق الإيجاب مع القبول، ويشترط في الإيجاب والقبول ثلاثة شروط:

أ - الأهلية: وهي عند الحنفية أن يكون كل من الموجب والقابل عاقلًا مميزًا يدرك ما يقول ويعنيه حقًا، فهو في الحقيقة شرط في العاقد لا في الصيغة، إلا بالنظر لصدورها من العاقدين.

ب - أما الشرط الثاني من شروط صيغة البيع أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يرد على كل ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فمثلاً إذا قال البائع للمشتري بعثك هذين الثوبين بألف ليرة سورية، فقال المشتري قبلت في هذا الثوب وأشار إلى واحد منهما لا ينعقد البيع.

فلو قبل المشتري بأكثر مما طلب، انعقد البيع: (لأنَّ القابلَ بالأكثر قابل بالآقل طبعاً)، غير أنه لا يكون ملزماً بالثمن الذي طلبه البائع ولو بأقل مما ذكر البائع، لا ينعقد العقد. وكذا لو خالف في وصف الثمن لا في قدره، كأن أوجب البائع البيع بثمن حال، فقبل المشتري بثمن مؤجل، أوجب بأجل إلى شهر معين فقبل المشتري بأجل أبعد منه، فلا ينعقد البيع في الحالتين، لعدم تطابق الإيجاب مع القبول،

ج - أن يتحد مجلس العقد: بمعنى أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، بأن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب.

وقد اختلف الفقهاء في متى يكون اللزوم، حيث نقرأ في بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد قول مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة: أن البيع يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفتقرا، وقول الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم: البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفتقرا، فليس يلزم البيع ولا ينعقد وعمدة المشترطين الخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "المتبايعان كل واحد منهما بالخيار

على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار"، وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث. فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به أنه لم يلق عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده ما رواه منقطع حديث ابن مسعود أنه قال: "أبما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان".

وما دام المتبايعان اتفقا على البيع والمبيع والثمن، فقد تم البيع حتى وإن سكتا عن تحديد الأمور التفصيلية (مكان التسليم، زمان التسليم وعلى عاتق من تقع المصاريف...) وعدم الاتفاق على هذه الأمور يدل على انصراف إرادة المتعاقدين إلى تطبيق القواعد المكملّة التي نصّ عليها القانون في عقد البيع مما يجعل العقد تاماً .

هذه الحرية في التعاقد التي أتى عليها سلطان الإرادة من الممكن أن يشوبها بعض القيود الناتجة عن اعتبارات اقتصادية أو اجتماعية من شأنها أن تدفع المشرع إلى تقييد مبدأ الرضائية في عقد البيع كما في العقود الأخرى، إضافة إلى تلك القيود القانونية هناك القيود الاتفاقية التي تتأتى من اتفاق الطرفين منها على سبيل المثال لا الحصر

قد يلزم المشرع أحيانا الناس ببيع أو شراء أموال معينة يتصل التعامل بها بالمصلحة العامة، أو يحظر البيع والشراء اطلاقاً أو يخضع بعض البيوع إلى إجازة مسبقة أو إجراءات شكلية أو يحصرها بطائفة من الأشخاص أو يضع لها شروطاً الزامية لا يجوز الاتفاق على خلافها. ففرض شروط معينة باستملاك العقارات لإنجاز المشاريع العمرانية، كما اجبر المزارعين على بيع الدولة انتاجهم من الحبوب أو القطن أو التبغ و أوجب بيع أموال المدين بيعة قضائية وفاء لالتزاماته، و حدد أسعار بعض المواد الغذائية حماية للمستهلك و حظر الاتفاق على خلاف هذه الأسعار، كما اشترط الحصول على شهادة أو رخصة معينة لبيع المستحضرات الطبية و الأدوية و الأسلحة و الكحول و الآثار القديمة المراد تصديرها ، كما أن بيع الشقق على الهيكل العظمي تحتاج إلى

^٣ زهير حرج. علي الجاسم: العقود المسماة، مطبوعات جامعة دمشق ٢٠٠٧، ص ٦٥.

L. Sautonie, G. Wicker. Soulgner la motivation inédite de l'arrêt: RTDCiv. 2016, 65.

تسجيل في السجل المؤقت اذا كان العقار في منطقة داخلية في التنظيم تحت طائلة
البطلان المطلق عملاً بالقانون .

الى جانب القيود القانونية التي تحد من حرية البيع والشراء . يلتزم الناس أحياناً بمحض
ارادتهم بتحديد حريتهم في التعاقد بالنسبة للمستقبل . وقد أوجد التعامل عدداً من الاتفاقات
التي تلزم أحد الطرفين بالبيع أو الشراء بشروط معينة .

الفرع الثاني

التطبيقات الخاصة بالرضائية

لدراسة الرضائية في عقد البيع، لا بد من دراسة العقود الابتدائية التي يمكن أن تتم قبل
الوصول إلى البيع الناجز وتمييزها عن العقود الموقوفة على أجل أو شرط.

أولاً. الوعد بالبيع

الوعد بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية: يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى
ارض بجوار مصنعه أو منزله، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع شراءها
فوراً، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا
أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد من دون أن يتقيد به
الطرف الآخر.

يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة، ويحصل قبل قيامه بهذه
الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار
حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً. يعد المالك من تسلم الشيء بشرط مذاقه أن
يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة، وهذا ما يسمى ببيع المذاق.
يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في

^٢ أحمد عيسى: القانون المدني، العقود المسماة، منشورات جامعة حلب ٢٠٠٧، ص ١٥.

^٣ محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، مصر ١٩٧٥، ص ٤٧.

خلال مدة الإيجار، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة. ويلاحظ في كل هذه الصور - الوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالإقراض - أنَّ العقد ملزم لجانب واحد هو الواعد، أما الموعود له فلم يلتزم بشيء.

على أنَّ هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملزماً للجانبين: يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً. يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو نحو ذلك. أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أنَّ يتقله من الحقوق العينية. أو يمنعهما أنَّ هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال.

هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول من دون إبرام العقد النهائي فوراً. ولكن المتعاقدين قد قرر قرارهما على إبرام العقد، ويريدان التقيد به منذ الآن، فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة تعين في الاتفاق. وهذا هو الاتفاق الابتدائي، وهو وعد بالتعاقد، ولكنه وعد ملزم للجانبين. ولننظر الآن كيف ينعقد الوعد بالبيع، في صورتيه الملزمة لجانب واحد والملزمة للجانبين، وما الذي يترتب عليه من الآثار.

الوعد بالبيع، عقد كامل لا مجرد إيجاب. ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي. وعلى هذين الأساسين ترتكز كل القواعد التي سنقررها في هذا الموضوع. وأول ما يستخلص من ذلك أنَّ الوعد بالبيع، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي. وبيان هذا أنَّ الواعد بالبيع مثلاً - يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء. وهذا أكثر من إيجاب، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل. ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع - أو على بيع تمهيدي - ولذلك يكون الوعد بالبيع، مرحلة من دون التعاقد النهائي، وهو خطوة نحوه. - ما الذي يجب الاتفاق عليه في الوعد بالبيع :

ينص القانون المدني على أن " الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. وهذا الحكم نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي، فوجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، أو بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين ³.

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد. فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثمن. وإن كان شركة وجب أن يتفقا على المشروع المالي الذي تكونت من أجله الشركة وعلى حصة كل شريك. وإن كان مقايضة وجب أن يتفقا على الشئيين اللذين تقع فيهما المقايضة؛ وهكذا. فإذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لا ينعقدان.

وتعيين المدة التي يجب في خلالها إبرام العقد الموعود به ضروري أيضاً لانعقاد الوعد بالمبيع. وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد، وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدي تنفيذه بعد فوات وقت معين، فهذا الوقت هو المدة التي يجب في خلالها إبرام هذا العقد. وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هي المدة المعقولة، وكان في عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة، جاز الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضي بذلك. وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسي ⁵.

³⁵⁴ Civ. 3^{ème}, 6 avril 2004, inédit; RDC 2004, p. 969, Collart-Dutilleul: promesse de vente associée à une promesse de bail à la charge du bénéficiaire de la 1^{ère} s'il levait l'option ⇒ l'engagement de louer est susceptible d'exécution forcée.

³⁵⁵ Collart-Dutilleul, *La durée des promesses*, RDC 2004/1, p. 15.

ثانياً. البيع بالعربون

أخذ القانون المدني، حسماً للخلاف والتردد، بدلالة جواز العدول. ومن هنا كان العقد المقترب بعربون مرحلة غير باتة في التعاقد النهائي، إذ يجوز العدول عنه. حيث نصت المادة 104 مدني سوري على أنه "١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢ - فإذا عدل من دفع العربون وقت العقد فقده. وإذا عدل من قبضه، رد ضعفه. هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".^٦

ويتبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد، ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البنات في التعاقد، كان دفعه دليلاً على أن المتعاقدين اراداً أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن العقد، يستوي في ذلك البيع والإيجار وأي عقد آخر. فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التي يجوز له فيها العدول، أصبح العقد باتاً، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له، ووجب استكمال التنفيذ. أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التي يجوز له فيها ذلك، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول. فإذا كان هو الذي دفع العربون فإنه يفقده، ويصبح العربون حقاً لمن قبضه. أما إذا كان الطرف الذي عدل هو الذي قبض العربون، فإنه يردّه ويرد مثله، أي يرد ضعفه، للطرف الآخر، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد. ويلاحظ أن النص يربط التزاماً بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذي عدل عن العقد، لا تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر كما هو صريح النص، بل تفسيراً لنية المتعاقدين، فقد فرض المشرع أن المتعاقدين أرادوا إثبات حق العدول لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قدر العربون فجعلوا العربون مقابلاً لحق العدول. وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه

³⁵⁶Civ. 3^e, 18 février 2015, n°14-14416, à paraître au *Bulletin*, D. 2015, 988, V. Guillaudier.

المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد، ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، بل جاز له إلا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أي ضرر. وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في الشرط الجزائي. أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه. فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه. ويُعدُّ العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالهما. وتجري على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجري على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ. وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض، فليس من الضروري أن يقدر التعويض بقدر العربون، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر.

على أن الشريعة الإسلامية حرمت بيع العربون، فقد ورد أن النبي نهى عن بيع العربان (العربون).

وقد أجازته بعض الفقهاء وقالوا أن هذا الحديث ضعيف، واستدلوا على صحة بيع العربون بما روي عن نافع بن عبد الحارث من أنه اشترى لعمر بن الخطاب -رضي الله عنه- دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر كان البيع نافذاً، وإن لم يرض فلصفوان أربعمئة درهم.

ثالثاً. البيع بشرط التجربة

تنص المادة ٣٨٩ مدني سوري على أنه " ١. في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه. وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها. فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع. فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً.

٢ . ويُعدُّ البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول البيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أنَّ البيع معلق على شرط فاسخ".

من خلال النص يتبين لنا أنَّ البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع قبل شرائه نهائياً، وذلك أما لغرض التأكد من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه أو للتأكد من ملائمته لحاجته الشخصية. والعلة في اشتراط (التجربة) قبل الموافقة النهائية على البيع هي رغبة المشتري في عدم الالتزام بالعقد حالاً وتأجيل ابداء الموافقة النهائية بالعقد بعد معاينة المبيع وتجربته لما قد يترتب عليه من نتائج خطيرة، خاصة إذا كان البيع منصّباً على اشياء ثمينة. وحق المشتري في تجربة المبيع لا ينشأ إلا من شرط صريح في العقد أو شرط ضمني يستخلص من ظروف التعاقد، وبصفة خاصة مما جرت به العادة أو تقضي به طبيعة المبيع، ف شراء الملابس الجاهزة ينطوي عادة على شرط ضمني بأن المشتري قد اشتراها بشرط التجربة، كما أنَّ شراء الآلات الميكانيكية إذا كانت من الدقة بحيث لا يمكن الوقوف على صلاحيتها إلا بعد تجربتها، تفترض فيه التجربة شرطاً ضمناً.

فالأصل أنَّ البيع بشرط التجربة يُعدُّ بيعاً معلقاً على شرط واقف هو قبول المشتري للبيع بعد تجربته. فالبيع قبل تحقق الشرط لا ينتج أي أثر من آثار عقد البيع ولكن البائع يلتزم بتمكين المشتري من تجربة المبيع، ويلتزم المشتري بإجراء التجربة خلال مدتها^٣.

بموجب عقد البيع بشرط التجربة يلتزم البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع، ويلتزم المشتري بتجربة المبيع وإعلام البائع برفض المبيع خلال المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة التي يعينها البائع فإذا مضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً للمبيع، لأنَّ سكوته في معرض حاجة إلى بيان .

وإذا ثار النزاع حول المدة المعقولة، فالأمر متروك لتقدير المحكمة ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها لأنَّ القضاء فيه قضاء في مسألة موضوعية. ولا يشترط قيام المشتري

^٣ نبيل إبراهيم سعد: العقود المسماة، البيع، دار النهضة العربية، لبنان ١٩٩٧، ص ٨٥.

^٣ أحمد عيسى عمر: المرجع السابق، ص ٢٦٧.

بتجربة المبيع بنفسه، بل يجوز اجرائها من قبل شخص من أهل الخبرة يستعين به المشتري .

رابعاً. البيع بشرط المذاق

تنص المادة ٣٩٠ مدني سوري " إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع أن شاء ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان".

وبالتالي يكون عقد البيع بشرط المذاق هو عقد بموجبه يشترط المشتري على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المبيع وارتضاه. على أن يعلن هذا القبول في المدة المتفق عليها أو المدة التي يقضي بها العرف. ولا ينعقد البيع إلا من تاريخ هذا الإعلان. وشرط المذاق قد يكون صريحاً أو ضمناً يستخلص من الظروف والملابسات ومن أهم هذه الظروف طبيعة المبيع. إذ هناك بعض المبيعات مما لا يدرك كنهه إدراكاً تاماً إلا بمذاقه كالزيت والزيتون وغيرها من المأكولات والمشروبات التي تختلف فيها أذواق الناس. واختلف الفقهاء في تكيفه. فالبعض يُعده بيعاً معلقاً على شرط واقف هو قبول المشتري المبيع بعد ذوقه. ويذهب الرأي الراجح إلى عدّه وعداً بالبيع صادر من جانب البائع وملزم له .

البيع بشرط المذاق عقد ملزم لجانب واحد هو البائع الذي يلتزم بتمكين المشتري من مذاق المبيع خلال المدة المحددة بالاتفاق أو العرف لإعلان قبول المشتري أو رفضه إياه. أما المشتري فله مطلق الحرية في رفض المبيع أو قبوله بعد مذاقه. ولا يجوز للبائع

^٣ شفيق الجراح: المرجع السابق، ص ٣٩.

³⁹⁰ T. Najjar, La sanction de la promesse de contrat, D. 2016, 848. Pour une critique de l'article du projet qui était identique au texte définitif: M. Fabre-Magnan, De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats, D. 2015, 826.

أنَّ يثبت جودة المبيع أو أنَّه من الصنف الذي اعتاد الناس التعامل فيه. وإذا قبل المشتري المبيع بعد ذوقه انعقد البيع من تاريخ اعلان المشتري رغبته في القبول لا من وقت ابرام الاتفاق الأول. ولكن العقد لا ينعقد إذا مضت المدة المحددة بالاتفاق أو العرف لإعلان قبول المشتري للمبيع أو رفضه إياه من دون أنَّ يعلن المشتري القبول أو الرفض على الرغم من تمكنه من مذاق المبيع لأنَّ سكوت المشتري لا يُعدُّ قبولاً في هذا النوع من البيوع. ولا يشترط في قبول المشترك أنَّ يكون صريحاً، بل يجوز أنَّ يكون ضمناً يستخلص من تسلم المبيع بعد مذاقه. والمذاق يتم في الزمان والمكان المعينين في الاتفاق، فإنَّ لم يكن هناك اتفاق صريح أو ضمّن بهذا الصدد، فيتبع العرف، وأن لم يوجد عرف ففي المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع، وهو في الغالب المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت التعاقد .

الفروق بين البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة:

يمكن تلخيص أهم الفروق بين هذين النوعين من البيوع على الوجه الآتي:

أ. الغرض من المذاق هو التثبت من مناسبة المبيع لذوق المشتري. بينما الغرض من التجربة أما أنَّ يكون التثبت من ملائمة المبيع للغرض المقصود منه أو التأكد من ملائمته لحاجة المشتري الشخصية .

ب. المذاق يكون عادة قبل أنَّ يتسلم المشتري المبيع، أما التجربة فتكون بعد التسليم.

ج. لا يُعدُّ سكوت المشتري في بيع المذاق قبولاً، بل لا بُدَّ من إعلان المشتري قبُول المبيع بعد مذاقه. في حين يُعدُّ سكوت المشتري خلال مدة التجربة في بيع التجربة قبولاً للمبيع.

د. البيع بشرط المذاق عبارة عن مجرد وعد بالبيع. في حين أنَّ البيع بشرط التجربة عقد بيع إلا أنَّه معلق على شرط واقف أو فاسخ بحسب الأحوال.

^٣ شفيق الجراح: المرجع السابق، ص ٤٣.

^٣ زهير حرح، علي الجاسم: المرجع السابق، ص ١١٣.

ولذلك فالملكية تنتقل إلى المشتري منذ وقت إبرام البيع بشرط التجربة نظراً للأثر الرجعي للشرط. أما في البيوع بشرط المذاق فإن الملكية لا تنتقل إلا من وقت المذاق وقبول المبيع من قبل المشتري. وتترتب النتائج التالية:

أولاً . إذا أوقع دائن البائع حجزاً على المبيع قبل الذوق والقبول، نفذ الحجز في حق المشتري في البيع بشرط المذاق، لأن ملكية المبيع لا تنتقل إليه إلا بعد القبول. في حين أن الحجز لا ينفذ في حق المشتري في البيع بشرط التجربة. نظراً لانتقال الملكية إليه مستندة إلى وقت إبرام هذا العقد.

ثانياً . في حالة إفلاس البائع قبل قبول المشتري للمبيع يمتنع على الأخير مطالبة وكيل التقلية تسليمه المبيع باعتباره مالكاً بينما للمشتري في البيع بشرط التجربة ذلك. للسبب المبين في الفقرة (أولاً) أعلاه.

ثالثاً . هلاك المبيع قبل قبول المشتري يكون على البائع دائماً في البيع بشرط المذاق بينما يكون الهلاك على البائع في البائع بشرط التجربة إذا كانت التجربة شرطاً واقفاً، وعلى المشتري إذا كانت شرطاً فاسخاً.

كما يعترض الفقهاء على تكييف المشرع للبيع بشرط التجربة على أنه بيع معلق شرط، وتكييف البيع بشرط المذاق على أنه مجرد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد. ويرون وجوب لتسوية بينهما واعتبارهما مجرد وعد بالبيع على رأي فريق منهم. أو اعتبارهما بيعاً معلقاً على شرط على رأي البعض الآخر .

خامساً. البيع بالعينة

يمكن للطرفين في العلاقة العقدية أن يتفقا على اعتماد عينة أو نموذج يمثله، ويسمح بمعرفته والوقوف على جودته. وفي ذه الحالة يلتزم البائع بتسليم بضاعة مطابقة للعينة المتفق عليها، ولا يبرأ بتسليم بضاعة مختلفة في النوع أو الجودة، وإن كانت من الصنف الرائج في الأسواق. وفي المقابل، يلزم المشتري بقبول المبيع المطابق للعينة، ولا يستطيع

في هذه الحالة التمسك بالعرف الذي يجيز له ذوقها أو تجربتها، إذ أنَّ قبوله بالعينة يُعدُّ تنازلاً منه عن ممارسة حقه المذكور .

وقد نصت المادة ١/٣٨٨ مدني على أنه "إذا كان البيع بالعينة وجب أنَّ يكون المبيع مطابقاً لها".

ويعود إلى الخبراء في حال النزاع تحديد مدى انطباق المبيع على العينة غير أنَّ رأيهم في هذه الحالة لا يقيد المحكمة، عملاً بالقاعدة العامة بهذا الصدد.

في حال الخلاف على ذاتية العينة الموجودة بيد أحد المتعاقدين فعادة تقوِّك على انكار أحد المتعاقدين كون العينة التي يقدمها من في حوزته هي ذات العينة المعتمدة بينهما. وفي هذه الحالة يترتب على المتعاقد الذي يدعي اختلاف العينة أنَّ يثبت اختلافها وذلك بجميع طرائق الإثبات باعتبارها واقعة مادية بحتة. فإذا هلكت العينة واختلف الطرفان على أوصافها وقع عبء اثبات هذه الأوصاف على المتعاقد الذي هلكت العينة بين يديه ولو من دون خطأ منه.

إذا لم يطابق المبيع العينة واستطاع المشتري اثبات ذلك عند التسليم، استطاع المشتري إن شاء فسَّخَ العقد مع التعويض على عدم تنفيذ البائع التزامه. وإن شاء طالب البائع بتسليمه مبيعاً مطابقاً للعينة مع التعويض عن التأخير. وإن شاء قَبِلَ بالمبيع المسلم إليه مع مطالبته البائع بالتعويض عن النقص في الجودة إذا اثبت هذه الواقعة.

الفرع الثالث

العيوب الخاصة بالرضائية في عقد البيع: (الغبن في بيع عقار القاصر)

يقصد بالغبن عدم التعادل بين ما يعطيه أحد المتعاقدين وما يأخذه فهو بذلك مظهر خارجي للاستغلال وهو عيب في محل العقد لا في الإرادة. أما الاستغلال فهو استغلال

^٣ أمل شربا، علي الجاسم: المرجع السابق، ص ٢٣.

^٣ أنَّ نقطة البداية في التعرف على موقف القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ من الغبن هي المادة (١٢٩) منه. والتي جاءت بنص عام ينطبق على كافة العقود بقولها [١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا

تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أنَّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاَّ لأنَّ المتعاقد الآخر قد استغلَّ منه طيشاً بيناً أو هوى جامع جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أنَّ يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. ٢ - ويجب أنَّ ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تأريخ العقد وإلاَّ كانت غير مقبولة]. ويلاحظ على هذه المادة ما يلي:

١- أنها جاءت ضمن النصوص التي عالجت موضوع عيوب الرضا وهذا يدل على أنَّ المشرع المصري نظر إلى الغبن نظرة شخصية فأعتد بعدم التعادل بين العوضين من وجهة نظر المتعاقد المغبون وربط كل ذلك بالاستغلال وهو ولا شك عيب من عيوب الرضا.

٢- أنَّ عدم التعادل لا ينظر إليه استناداً إلى قيمة المبيع في السوق. وإنما استناد إلى قيمته عند المتعاقد المغبون وعليه فقد تنخفض تلك القيمة عن السعر السائد في السوق ولا يعد ذلك عدم تعادل بين العوضين وخير مثال على ذلك ما يورده الأستاذان مرقص وأمام من أنه إذا احتاج المدين مبلغاً من المال يوقف به إجراءات نزع الملكية المتخذة ضده فإنه يقدر كل ليرة من هذا المبلغ بضعف ونصف مثلاً. فإذا باع في سبيل الحصول على هذا المبلغ عقاراً له بثلثي قيمته المادية فلا يكون ثمة اختلال في التعادل بين قيمة المبيع وقيمة الثمن الشخصية في نظر البائع أما إذا باعه بثلث. (قيمه المادية فقط كان هناك اختلال في التعادل لمصلحة المشتري) (١)

٣- أنَّ هذه المادة تنطبق على البيع وعلى غيره من عقود المعاوضة بما في ذلك العقود الاحتمالية فهذه العقود وأن كانت طبيعتها تستعصي على تحديد دقيق لالتزامات الطرفين عند التعاقد إلاَّ أنه يمكن الطعن بالغبن فيها متى كان ناشئاً عن استغلال فإذا باع أحدهم عقاره مقابل أيراد مرتب مدى الحياة بقسط يقل عن غلة العقار السنوية فإن للمشتري أنَّ يطعن في العقد إذا اتضح بأن كسبه منه لا يتناسب مع المخاطر التي يتعرض لها من احتمال طول حياة البائع وانخفاض غلة المبيع عن ذلك.

٤- أنَّ الطعن بموجب المادة المشار إليها لا يقبل إلاَّ باجتماع عنصرين هما العنصر المادي المتمثل بالغبن [عدم التعادل] والعنصر النفسي وهو الاستغلال أي يجب أن. (يكون الغبن ناشئاً عن استغلال الغابن لطيش أو هوى المغبون) (٢)

٥- أنَّ الفقرة (٣) من نفس المادة قد أكدت على حالة ارتفاع الغبن وبالتالي الحيلولة من دون طلب المغبون أبطال العقد إذا قام الغابن بعرض ما يراه القاضي مناسباً لرفع الغبن المدعى به فقد نصت تلك الفقرة على أنه [ويجوز في عقود المعاوضة أنَّ يتوقى الطرف الآخر دعوى الأبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن]. وهي دليل باعتقادي على تبني المشرع المصري الاتجاه المادي في الغبن واستبعاده للاتجاه الشخصي وقد سبق أنَّ رأينا أنَّ ارتفاع الغبن ببذل التفاوت قد أثار خلافاً لدى فقهاء المسلمين فتوزعوا بين مؤيد ومعارض له. ومتى تم الطعن بالعقد للغبن الناشئ عن الاستغلال وفق الشروط التي تقتضيها المادة (١٢٩) المشار إليها جاز للعائد المغبون أنَّ يطلب أحد أمرين أما أبطال العقد أو إنقاص التزاماته بما يعيد التوازن بينهما وبين التزامات الطرف الآخر وليس من حقه أنَّ يطلب زيادة التزامات الطرف الآخر لتتناسب مع التزاماته لأن المادة لا تسمح بذلك فقد أكدت على إنقاص التزامات العاقد المغبون فقط والمحكمة غير ملزمة بإجابة طلب العاقد المغبون بإبطال العقد فلها أنَّ تجيبه وتحكم بالبطلان إذا ما تأكدت أنَّ استغلال المغبون قد أدى إلى غبن لا يسمح به وأنه كان السبب الذي حمل المغبون على

أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها المتعاقد المغبون واستغلها الطرف الآخر كحالة الطيش البين أو الهوى الجامح.

ومن بين المسائل التي وجد فيها نصّ خاص هو بيع العقار فسنتناول ف الشروط الواجبة لتوافرها للطعن بالغبن والجزاء المترتب على شروط تحقق دعوى الغبن.

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 - ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع . ووضح من هذا النص أن تطبيقه يستلزم توافر ثلاثة شروط رئيسية هي:

أولاً. أن يكون المبيع عقاراً

وعلى هذا الأساس ممكن أن يكون المبيع أي حق عيني على عقار كحق ملكية أو حق انتفاع أو ارتفاق أو رقبة لا فرق في ذلك بين العقار المفروز والعقار المملوك على

التعاقد. وقد تحكم بإنقاص التزاماته إذا ما رأت أن ذلك يعيد التوازن بين الطرفين خصوصاً إذا ما تأكدت بأن الغبن لم يكن بالجسامة التي ادعاها المغبون أو أن الوسائل التي أستخدمها الغابن لاستغلاله لم تكن هي الدافع إلى التعاقد إلا أن المحكمة ملزمة بإجابة طلب المغبون بإنقاص التزاماته متى توافرت شروط الاستغلال فإن كان المغبون هو المشتري جاز إنقاص الثمن بما يتناسب مع المبيع ولا يجوز أن يلزم البائع بزيادة المبيع بما يتناسب مع الثمن المسمى لما سبق أن قلناه من نص المادة (١٢٩) لا يسمح بزيادة التزامات الغابن اللهم إلا إذا سلك المغبون هنا طريقاً آخر وهو المطالبة بإبطال العقد عندها يجوز للبائع بموجب الفقرة (٣) من نفس المادة أن يحول من دون ذلك بعرضه زيادة المبيع أما إذا كان المغبون هو البائع جاز للقاضي أن ينقص المبيع وليس له زيادة الثمن لنفس السبب أعلاه وليس للمشتري أن يتمسك . بالمبيع كاملاً إلا إذا عرض زيادة الثمن إلى الحد الذي يزول فيه الغبن(٣) هذا ولم يكتفي المشرع المصري بنص المادة (١٢٩) كونها تمثل قاعدة عامة تنطبق على جميع العقود والشروط التي تناولتها وإنما عمد إلى معالجة حالات معينة في البيع اكتفى فيها بتحقيق الغبن فقط كوسيلة للوصول إلى المطالبة برفعه كحالة بيع العقار بغبن يزيد على الخمس إذا لم يمتلك مالكة أهلية كاملة فقد نصت المادة (٤٢٥) من القانون المدني المصري على أنه [١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ٢ - ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع].

^٣ شفيق طعمة، أديب استنبولي: التقنين المدني السوري، ج ٤، دمشق ١٩٩٠، ص ٣٤٩٩.

الشيوع. والحقيقة أنَّ الحماية التي وفرها المشرع لبائعي العقارات هنا من دون المنقولات منطلقة أساساً من نظرة كانت بل وما زالت سائدة في كثير من بلدان العالم ومنها العالم العربي أنَّ العقارات هي أساس الثروة مع أنَّ بعض المنقولات أضحت في عالمنا المعاصر تفوق العقارات في قيمتها المادية.

ثانياً. ألا يكون مالك العقار كامل الأهلية

والملاحظ هنا أنَّ المقصود هو المالك وليس البائع، لأنَّ البائع قد يكون المالك نفسه وقد ينوب عنه من يقوم بذلك فإنَّ كان البائع هو المالك وكان عديم الأهلية كما لو كان صبياً غير مميز فتصرفه باطل وأن كان ناقص الأهلية كالصبي المميز أو المحجور عليه لسفه أو غفلة فتصرفه قابل للأبطال ويستطيع بناءً على ذلك أنَّ يطلب أبطاله. ولا عبرة في الحالتين بالغبين أما إذا تولى البيع غير المالك كما لو باع الولي أو الوصي عقار القاصر فيستطيع هذا أنَّ يرفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع إذا ما توافرت شروطه. وأخيراً لا بد من التأكيد أنَّ الطعن هنا يقتصر على البائع من دون المشتري فلا يستطيع المشتري أنَّ كان ناقص الأهلية وأشترى عقاراً وغبن فيه أنَّ يطلب رفع الغبن عنه وفق هذه الأحكام إلا أنَّ له أنَّ يسلك طريق التمسك ببطلان العقد أو طلب أبطاله تبعاً لما كان عديم الأهلية أو ناقصها بموجب القواعد العامة. وهذا دليل آخر على التمسك بالاتجاه المادي في الغبن باعتباره عيباً في العقد لا في الرضا.

ثالثاً. أنَّ يزيد الغبن على خمس قيمة العقار

لم يعتمد المشرع الغبن مهما كان سبباً لتمكين المغبون من الطعن في العقد بل حدد الغبن في هذه الحالة بما يزيد عن خمس قيمة العقار في وقت البيع فذلك هو الوقت المعتبر لتحديد تلك القيمة ومقدار الغبن فيها. على أنَّ المقصود بالقيمة هنا هو القيمة المادية للعقار وليس قيمته الشخصية عند المشتري.

رابعاً. ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني بموجب القانون

ذلك أن البيع بالمزاد العلني في الحالات التي يوجب فيها القانون البيع بهذه الطريقة ومنها على سبيل المثال بيع أموال المدين جبراً عليه وفاء لديونه محاط بإجراءات تكفل سلامة البيع وتضمن حصول البائع على أعلى ثمن ممكن ومعها لا يمكن الطعن بالغبن في عقار بيع بالمزاد العلني.

وعلى أية حال فإنّ الشروط أعلاه أنّ توافرت جاز لمالك العقار رفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن العقار المبيع وليس له أن يطلب أبطال العقد وترفع تلك الدعوى من صاحب العقار بعد اكتمال أهليته أو من قبل ورثته بعد وفاته خلال مدة سقوط أمدها ثلاث سنوات من وقت اكتمال أهليته سواء كان ذلك ببلوغ القاصر سن الرشد أو بزوال العارض الذي أدى إلى انتقاصها كرفع الحجر عنه أو من تاريخ وفاته إذا كانت تلك الوفاة قبل اكتمال الأهلية. ويرى البعض أنّ تلك الدعوى ممكن أنّ ترفع أيضاً من قبل ولي المالك أو وصيه أو القيم عليه ولو أنّ ذلك ينحصر عملياً في حالة قيام القاصر نفسه ببيع عقاره وهنا يغني طلب أبطال العقد لنقص الأهلية عن طلب زيادة الثمن أو في حالة تغير الولي أو الوصي أو القيم الذي صدر عنه التصرف وإذا أصدرت المحكمة قراراً بتكملة الثمن وجب على المشتري أن يوفي بفرق الثمن وإلا فإنّ للبائع حبس المبيع عنه وله أيضاً طلب التنفيذ الجبري على أموال المدين (المشتري) بما في ذلك المبيع نفسه كما أنّه يتمتع بحق امتياز البائع على المبيع في فرق الثمن وله بطبيعة الحال أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام المشتري بتنفيذ التزاماته وكل ذلك تطبيق للقواعد العامة بهذا الصدد إلا أنّ الأمر بحاجة إلى إيضاح فيما يتعلق بفرضية أنّ يحكم لصاحب العقار بتكملة الثمن ويمتنع المشتري عن القيام بذلك فيطلب المالك فسخ العقد وتستجيب له المحكمة وكان المشتري قد رتب حقاً للغير على العقار قبل الحكم بالفسخ فهل يتأثر هذا الغير بذلك القرار أم لا. الغير حسن النية يكون بمنأى عن تأثيرات دعوى الفسخ التي يرفعها المالك الأول الذي لم تكتمل أهليته. ولهذا ليس أمام الأخير هنا إلا أن يلجأ إلى طلب التنفيذ على أموال المدين (المشتري) بفرق تكملة الثمن.

المطلب الثاني

المحل

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به. والمدين يلتزم كما قدمنا إما بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل. والالتزام بنقل حق عيني إنما هو التزام بعمل. ولكن لما كان الأصل أنَّ هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه، فقد صار من المألوف أن يقال أنَّ محل الالتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني ذاته. فإذا كان الحق العيني حق ملكية امتزج بالشيء المملوك وأصبحت شيئاً واحداً، فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشيء ذاته الذي تنتقل ملكيته. الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام.

الفرع الاول

المبيع

لدراسة المبيع، لا بد من دراسة الشروط المتعلقة بالمحل من حيث وجوده وتعيينه وعدم مخالفته للنظام والآداب العامة وكذلك ملكيته للبائع.

أولاً. وجود المبيع أو قابليته للوجود

وفقاً للقواعد العامة يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت انعقاد العقد أو قابلاً للوجود في المستقبل، وهو ما قضت به المادة (١/١٣٢) مدني سوري، التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، فإذا باع شخص لآخر منزلاً على أنه موجود فعلاً ولم يكن قد وجد أصلاً كان البيع باطلاً، وإذا كان موجوداً بالفعل إلا أنه تهدم قبل البيع كان العقد باطلاً أيضاً، أما إذا كان موجوداً بالفعل إلا أنه تهدم قبل البيع كان العقد باطلاً أيضاً، أما إذا كان موجوداً بالفعل وقت العقد ولكنه تهدم بعد ذلك وقبل التسليم وقع العقد صحيحاً ولكنه يفسخ بعد ذلك. هذا إذا كان هلاك المبيع كلياً، أما إذا كان الهلاك جزئياً كما لو باع شخص لآخر منزلاً واتضح أن بعضه قد تهدم قبل التعاقد، جاز التساؤل في

هذه الحالة عن أثر هذا الهلاك الجزئي. فهل ينعقد العقد حينئذ تأسياً على ما بقي من المبيع أو لا ينعقد تغليباً لما أنعدم منه. في حالة هلاك بعض المبيع فقط كان للمشتري الخيار بين ترك البيع أو أخذ الجزء الباقي من المبيع في مقابل ما يوازيه من الثمن بالرجوع إلى القواعد العامة " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله ". وطبقاً لهذا النص يُعدُّ البيع باطلاً فيما يتعلق بالجزء الهالك لاستحالة المحل ويكون التزام المشتري بما يقابل هذا الجزء بلا سبب وبناءً عليه يكون من حق المشتري إنقاص الثمن بما يعادل قيمة الجزء الهالك إلا إذا تبين أنه ما كان يقبل التعاقد لو علم حين إبرام العقد بالهلاك فيكون العقد باطلاً في هذه الحالة. وإذا لم يشترط المتعاقدان أن يكون الشيء موجوداً فيكفي لأن يكون قابلاً للوجود في المستقبل وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التي تجبر أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً وإذا كانت القاعدة هي جواز بيع الأشياء المستقبلية، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما يرد عليها استثناء على أن "التعامل في تركه انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون" . والتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت وفاته، وهي لا توجد إلا من وقت موت صاحبها، أما قبل ذلك فهي تركه مستقبلي. ووفقاً للنص السابق يقع بيع التركة المستقبلية باطلاً سواء ورد البيع على كل التركة، أو على جزء منها، أو على مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة. ولا يقتصر تحريم التعامل في التركة المستقبلية على البيع وحده، بل يشمل كافة ضروب التعامل الأخرى. فليس للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل، أو يهبه، أو ينزل عنه بإرادته المنفردة .

^٣ نقض رقم ٧٧٦ أساس ٨٧٥ تاريخ ٢٣/٥/١٢٢٣ سجلات النقض

³⁶⁷ X. Lagarde, *Entre contrat et procédure: les actions interrogatoires*, D. 2017, 715.

لا يكفي أن يكون محل العقد موجوداً، بل يجب أن يكون ممكناً أو قابلاً للإمكان، أما إذا كان مستحيلاً، فيندم العقد، والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة لا الاستحالة النسبية .

٦

٨

ثانياً. تعيين المبيع أو قابليته للتعيين

يشترط لانعقاد البيع معيناً أو قابلاً للتعيين وتختلف طريقة تعيين المبيع باختلاف ماهيته. فالحقوق الشخصية تُعين بمحلها وبشخص الدائن وشخص المدين، والحقوق العينية تُعين ببيان ماهيتها (حق ملكية مثلاً أو حق انتفاع؟) والشيء الذي ترد عليه (مثلي أو قيمي) وتختلف طريقة تعيين الشيء بحسب ما إذا كان قيمياً أو مثلياً وبعبارة أخرى فإن الأشياء تنقسم من حيث طريقة تعيينها إلى نوعين : أشياء معينة بالذات (أو قيمة)، وأشياء مثلية يتم تعيينها بغير الذات أي بالنوع والمقدار والأشياء القمية (أو المعينة بالذات) هي التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة تعينه خاصة تعينه تعييناً ذاتياً، ومن ثم لا تقوم مقام بعضها في الوفاء، كالمنازل والأراضي... وهذه الأشياء لابد من تعيينها في عقد البيع كافياً ببيان الصفات التي تميزها وتحول من دون الخلط بينهما وبين غيرها. فتعين السيارة مثلاً بذكر أوصافها وماركتها ورقمها . أما الأشياء المثلية فهي التي يوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، ويقدرها الناس عادة في معاملاتهم بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن كالأقلام والأقمشة والشعير والذهب. ويجب أن تعين هذه الأشياء في عقد البيع بجنسها ونوعها ومقدارها.

تعريف بيع الجزاف: هذا البيع يرد بثمن واحد على جملة أشياء من دون أن يُعدَّ عددها أو وزنها أو قياسها إلا لأجل تعيين ثمن المجموع.

^٢ زهير حرح، علي الجاسم: المرجع السابق، ص ١٥٩.

^٣ أحمد عيسى عمر: المرجع السابق، ص ٢٢.

- ويستخلص من هذا التعريف أنَّ الشيء ليعُدُّ بيعه يجب أنَّ يكون معيناً بالذات كأنَّ أبيع لك كل ما في مخزني من القمح مثلاً أم نصفه أو ربعه ولو كان معيناً بالمقدار (١٠٠ طن مثلاً) إذا حدد ثمن واحد للكل.

تعريف بيع التقدير: يكون البيع تقديراً إذا لم يعين بالذات واكتفي بتعيينه بنوعه، ففي هذه الحالة يجب أنَّ يعين بالوزن أو الكيل أو القياس أو العد مثلاً مائة قنطار، مائة متراً، مائة خروفاً، ومعنى ذلك أنَّه إذا احتاج المبيع في تعيينه إلى المقاييس أعلاه، كان بيعاً بالمقدار إذ تحدد فيه قيمة الوحدة. والتقدير يتم في المكان المتفق عليه أو حسب العرف أو في مكان وجود الشيء، ويكون الوزن، العدد، الكيل، المقياس من البائع بمحضر المشتري.

أهمية التمييز بين البيع الجزاف والبيع بالتقدير

يتميز العقدان بما يلي :

- (١) إن في بيع الجزاف تنتقل الملكية بمجرد تراضي المتعاقدين على البيع والتمن وشروط العقد الأخرى أما البيع بالتقدير فمن تاريخ الفرز والتسليم أو بالفرز فقط.
- (٢) إن ثمار المبيع وما يطرأ عليه من زيادة فتنقل للمشتري من يوم البيع بينما تنتقل في بيع التقدير، من يوم الفرز.
- (٣) إن تبعة هلاك الشيء يتحملها المشتري من يوم البيع في بيع الجزاف وأما البائع في بيع التقدير فيتحمل التبعة إلى يوم الفرز.
- (٤) إذا استولى المشتري على المبيع خفية بنية الاستيلاء عليه قبل التقدير ففعله هذا يحمله تبعة الهلاك.
- (٥) إذا أفلس البائع قبل الفرز (بيع التقدير) دخل الشيء المبيع في التفليسة.
- (٦) إذا انتزع الشيء المبيع بالتقدير للمنفعة العامة كان التعويض للبائع لا المشتري.
- (٧) يمتلك المشتري المياه والغاز والنور بمجرد التوريد ولا يتوقف ذلك على تقدير الكمية الموردة عن طريق العداد (بيع الجزاف).

^٣ أمل شربا، علي الجاسم: المرجع السابق، ص ٣١.

(٨) إذا أُنذر البائع المشتري لتسلم المبيع في بيع التقدير ولم يتسلمه على الرغم من الإنذار فتبعة الهلاك على المشتري إذا افرزه البائع بعد توصل المشتري بالإنذار وقبل الهلاك أما إذا هلك قيل الفرز ولو أُنذر المشتري فالتبعة تقع على البائع لأن الفرز لم يتم

وعلى كل فإن بيع التقدير وبيع الجزاف يستويان في الالتزامات إذ يلتزم البائع فيهما بنقل الملكية وتسليم الشيء وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية كما يلتزم المشتري بأداء الثمن وتسلم المبيع وحضور الفرز وأداء المصروفات إلى غير ذلك من الالتزامات الناشئة عن العقدين. وقد أخذ القانون المدني بالبيع الجزاف في المادة (٣٩٧).

يرى الأستاذ السنهاوري أنَّ كثيراً ما يترك تعيين المحل للمألوف أو العرف. كما إذا قام متجر بتوريد سلعة لعمل له، من دون أن يبين الثمن، أو قام صانع بعمل من دون أن يحدد أجره. وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار من دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف، أو من ظروف التعاقد. ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً، فلا يكون. جيداً حتى لا يغبن المدين، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن الدائن .^١

وعرفت الشريعة الإسلامية بيع الجزاف على أنه بيع ما لا يعرف قدره على التفصيل، فلا يعرف كيـله ولا وزنه ولا عدده، فيباع بعد رؤيته على أساس التخمين بقدره ووزنه من أهل الخبرة في معرفة وزن الأشياء من دون استخدام ميزان لذلك، إذا كان الشيء مما يوزن. قال ابن عمر -رضي الله عنه- كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق، فنهاهم الرسول (أن يبيعوه حتى ينقلوه [الجماعة] فأقروهم على بيع الجزاف، والنهي هنا عن بيعه بعد شرائه قبل أن يستلمه المشتري ويستوفيه.

بالنهاية، أنَّ لم يتم تعيين المبيع في العقد، ولم تحدد الأسس التي يتم تعيينه بها في المستقبل، كان العقد باطلاً، وإذا عين نوع المبيع ومقداره وجنسه، ولم تعين درجة جودته،

^٣ عبد الرزاق السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦، ص ٤٢٣.

فعلى البائع طبقاً للمادة (٢/١٣٤) مدني سوري أن يسلم المشتري صنفاً وسطاً، أي من أوسط أنواع المبيع، وعلة ذلك ألا يكلف البائع أكثر مما يجب فيغبن، ولا أن يسلم المشتري أقل مما يجب فيقع في الغبن.

وقد اختلفت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز البيع الجزاف، فلم يجزه الأحناف والمالكية بسبب الجهالة، في حين أجازه الجمهور لتعامل الناس به عرفاً وتيسيراً عليهم، ولأن الجهالة يسيرة، وأن المبيع معلوم بالإشارة إليه جملة.

ومن هذا القبيل كان التشريع يحرم بعض البيوع لجهالة التعيين كما هو الحال في بيع الغرر وهو كل بيع احتوي على جهالة سواء أكانت الجهالة في السلعة أم في ثمنها، أم تضمن مخاطرة من البائع أو المشتري، أو قام على المقامرة، كأن يبيع رجل دابة شاردة عنه، أو كأن يبيع الرجل طيرًا في الهواء. وهو بيع منهي عنه لما فيه من غش وخداع.

ومن صورته:

بيع الحصاة: حيث يبيع الرجل أرضاً لرجل آخر من دون أن يحدد مساحتها، ثم تُقذف حصاة على الأرض التي باع منها صاحبها، وحيثما تنزل الحصاة يكون ملكاً للمشتري ويكون هو الجزء المبيع، وكان هذا البيع معروفاً قبل مجيء الإسلام، فلما جاء الإسلام نهى عنه ولم يجزه، فقد روي عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: نهى رسول الله (عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر [الجماعة إلا البخاري]).

بيع المزابنة: وهو بيع ثمار غير معلومة الوزن أو المقدار بثمار معلومة المقدار كبيع ثمار النخل غير معلومة الوزن أو الصفة بكيل معلوم من التمر، وكبيع العنب بكيل معلوم من الزبيب، فقد ورد عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أنه قال: نهى رسول الله (عن المزابنة [الجماعة]).

بيع النتاج: ويقصد به بيع ما تنتجه الماشية قبل أن تنتج، كاللبن أو ما في بطونها قبل أن تلده.

بيع الملامسة: ويقصد به بيع ما يلمسه المشتري من دون أن يتحقق من أنه خال من العيوب.

بيع المحاقلة: ويقصد به بيع حصاد الزرع غير معلوم الكيل أو الوزن مقابل طعام معلوم الكيل أو الوزن.

بيع المخاضرة: ويقصد به بيع الثمار الخضراء قبل نضجها.
فقد قال رسول الله "لا تتبعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها" [متفق عليه]. وقال "أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه" [البخاري].

ثالثاً. صلاحية المبيع للتعامل فيه

وهو ما تقضي به المادة (١٣٦) مدني سوري، إذ قالت: "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً". وبشكل عام يجوز أن يرد البيع على أي شيء شريطة ألا يتعارض ذلك مع طبيعته، أو مع الغاية منه، أو مع مقتضيات النظام العام. القاعدة أن كل شيء يمكن أن يكون محلاً لعقد بيع باستثناء حالات معينة هي:

(١) لا تصلح محلاً لبيع الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحسب طبيعتها المادية كالهواء غير أنه إذا أمكن الحصول على جزء من هذه الأشياء وحيازته فإنه يصبح ملكاً لمن استولى عليه ويدخل وبالتالي في دائرة التعامل، كمن استحوذ على بعض الهواء المضغوط أو على بعض ماء البحر، وكذلك الماء الذي تستولي عليه شركات المياه لتتقيته وبيعه.

(٢) لا تصلح محلاً للبيع الأشياء أو الحقوق التي تتصل بشخص صاحبها بحسب نص القانون أو بحسب الاتفاق. ومن أمثلة ذلك حق الاستعمال وحق السكن، فهو لا يجوز بيعه للغير وقد يرجع عدم جواز التصرف في الشيء إلى إرادة أصحاب الشأن. ومن أمثلة ذلك الهبة أو الوصية المقترنة بشرط مانع من التصرف في الشيء الموهوب أو الموصى به، وهو شرط صحيح إذا كان قائماً على باعث مشروع وكان لمدة معقولة.

(٣) لا يصلح محلاً للبيع الشيء الذي ينص على تخصيصه لغرض معين كما هو الحال بالنسبة للأموال العامة المملوكة للدولة والأشخاص النظرية العامة كالمحافظات والبلديات، فهذه الأشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون نظراً، لأن القانون يرغب في تخصيصها للنفع العام، وبناء عليه لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها

بالتقادم والمال العام لا يخرج عن دائرة التعامل بطبيعته بل ينص القانون تحقيقاً للغرض المخصص له، فإذا زال تخصيص هذا المال للمنفعة العامة فإنه يتحول إلى مال مملوك للدولة ملكية خاصة ويصبح التصرف فيه جائزاً.

٤) لا تصلح محلاً للبيع الأشياء التي يُعدُّ التعامل فيها مخالفاً للنظام العام أو الآداب. ومخالفة التعامل في الشيء للنظام العام قد يرد بها نص خاص كتحریم الربا الفاحش وتحریم الاتجار في المخدرات. وقد لا يهتم المشرع أحياناً بوضع نص خاص، وفي هذه الحالة يكون الحكم في مدى مخالفة المحل للنظام العام أو عدم مخالفته لذلك لتقدير القاضي الذي به تطبيق هذه الفكرة المرنة على ضوء الاتجاه السائد في المجتمع بالنسبة لكل تصرف على حده. ومن الأمثلة على ذلك تحریم التعامل في الحقوق اللصيقة بالشخصية، فلا يجوز للناخب أن يبيع صوته الانتخابي، ولا يجوز للموظف أن يبيع وظيفته، كما لا يجوز بيع منزل بقصد إدارته لأغراضٍ مخلة بالآداب العامة.

رابعاً. ملكية البائع للمبيع

عقد البيع من العقود الناقلة للملكية لكن فاقده الشيء لا يعطيه فما حكم من يبيع ملك غيره؟

المادة ١٥٩٩ من القانون المدني الفرنسي تقول أن "بيع شيء مملوك للغير باطل: كما يترتب التعويض على البائع عندما يجهل المشتري أن الشيء كان مملوكاً للغير". أما النص السوري فهو المادة ٤٣٤ مدني سوري "١. إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات، وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع.

٢. وفي كل حال، لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة".

لما كان أساس التزام البائع الرئيسي في عقد البيع بتناول نقل الحق المبيع إلى المشتري فإذا انتفى وجود هذا الحق بطل البيع لافتقار التزام البائع إلى محل وهو ما يهمننا هنا إلا أن كون البطلان المنصوص عليه خارجاً عن القواعد العامة والمألوفة، فقد أدى ذلك إلى اختلاف فقهاء القانون في نوع البطلان أي الجزء الذي يلحق ببيع ملك الغير أهو بطلان

مطلق أم نسبي، ولكن إمكانية إجازة المالك للبيع بعد قيامه جعلت الموقف الراجح للفقهاء على اعتباره بيعا باطلا بطلانا نسبيا.

كما يشترط لتطبيق حكم بيع ملك الغير

(١) ألا يكون البائع مالكا المبيع بتاريخ التعاقد: ولا يعتد بعلم المشتري بهذه الواقعة عند التعاقد، فإذا جهلها أمكنه التمسك بغلطه إلى جانب انتفاء سبب التزامه ومطالبة البائع بالتعويض أما إذا كان عالما بانتفاء ملكية البائع فمعنى ذلك أنه قبل الشراء بأمل إجازة المالك البيع

(٢) أن يؤدي البيع إلى نقل الملكية فورا وذلك كما في بيع الأشياء المعينة بالذات، إذا لم يكن ثمة اتفاق أو نص من دون نقل الملكية الفوري كما هو الحال بالنسبة للتسجيل بالمركبات والعقارات ، وبالتالي انتفاء ملكية البائع للمبيع بتاريخ التعاقد لا يبطل البيع إذا كان محل العقد من المثليات التي لا يمتلكها المشتري إلا بفرضها، أو البيع المؤجل الذي يكون انتقال الملكية فيه مؤجل إلى موعد لاحق أو معلق على القيام بعمل معين .

(٣) ألا يملك المشتري المبيع نتيجة العقد: كما لو سلم البائع المشتري المبيع الذي كسب ملكيته بالاستناد إلى ذلك السبب الصحيح بالحيازة أو التقادم فلا تقبل دعوى البطلان لانتهاء السبب.

إن الانتقادات التي وجهت للآراء التي حاولت المساس بأساس بطلان بيع ملك الغير في القواعد العامة، توجه أغلب الفقهاء إلى القول بأنه بطلان من نوع خاص بنص خاص أنشأه المشرع لمصلحة قدرها؛ وهي مصلحة المشتري، وجعل له الحق في طلب إبطال البيع أو إجازته، وكذا مصلحة المالك الحقيقي بعدم نفاذ هذا البيع في حقه إلا بعد إقراره له، فهو قابل للإبطال لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا بإقراره له.

^٣ شفيق الجراح: المرجع السابق، ص ٥٣.

^٣ نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق، ص ١٥٩.

وكما سبق فإنَّه بمجرد ثبوت عدم ملكية البائع للمبيع فإنَّه يحق للمشتري طلب الإبطال سواء كان يعلم وقت البيع بعدم ملكية البائع أو لا يعلم بذلك.

أما إذا كان حسن النية فله بالإضافة إلى ذلك الحق في مطالبة البائع بالتعويض وأساس مسئوليته عن التعويض هو الخطأ التقصيري فيحصل على تعويض كامل يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

ويسقط حق المشتري في طلب إبطال العقد بسقوط الدعوى بالتقادم خمس عشر سنة من العقد أو انقضاء سنة من علمه انتقاء ملكية البائع للمبيع، أو إجازة المشتري للعقد، أو تملك المشتري المبيع بالحيازة في المنقول، أو بالتقادم المكسب الطويل أو القصير في العقار، كما يسقط حق المشتري في طلب الإبطال إذا تملك البائع المبيع بعد العقد، أو أقر المالك الحقيقي البيع^٣.

كما أنَّ الحيازة الممتدة لفترة من الزمن مع توافر شروط معينة تؤدي إلى عدم سماع الدعوى وهذا الحكم ينطبق على العقار: ذلك أنَّ المالك لا يتمكن من استرداد العين إذا اكتسب الحائز ملكيتها بالتقادم الخمسي في العقار، أو بموجب قاعدة الحيازة في المنقول، كما أنَّه لا يستطيع المالك - إذا هلكت العين - الرجوع إلى الحائز حسن النية إلا بمقدار ما عاد على الحائز من فائدة بسبب هذا الهلاك.

بالنسبة لآثار إقرار بيع ملك الغير في القانون المدني، والعلاقات المختلفة التي نشأت عنه، قد تبين أنَّه إذا تحقق صدور الإجازة ممن له الحق فيها، فإنَّها تحفظ العقد وتجعله يلزم ويستقر بصفة باتة ونهائية، وأن الإجازة عبارة عن رضا لاحق، تؤدي إلى إسقاط الحق الذي يمنع العقد من النفاذ، فيزول المانع وتترتب آثاره، والإقرار ويمكن في هذا الصدد الإشارة إلى الآتي - :

(١) أن إجازة عقد البيع من قبل المالك تجعله ينفذ بأثر رجعي يعود إلى تاريخ إبرام العقد. على ألا يضر هذا الأثر بحقوق الغير المكتسبة في الفترة بين إبرام العقد والإقرار،

^٣ عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص ٢٦٧.

ويصبح المالك (المقر) طرفاً متأخراً في العقد، ويصير البائع نائباً عنه، وتنظم العلاقة المختلفة الناشئة عن العقد على ضوء ذلك .^٥

(٢) أن العلاقات القائمة بين الأطراف بعد إجازة العقد من قبل المالك تنظم بموجب قاعدة (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) ويصبح العقد المجاز كأنه موجود، وبذلك يصير البائع وكيلًا تطبق عليه أحكام الوكالة. أما قبل الإجازة فلا يكون للعقد أي أثر على المالك الحقيقي طالما لم يقر البيع تبعاً لمبدأ نسبية العقود .^٦

في الشريعة الإسلامية: بيع ملك الغير بيع غير صحيح إلا إذا وافق عليه مالك الشيء المبيع. فإن لم يقره المالك كان البيع باطلاً. فقد روي عن عروة البارقي أنه قال: دفع إلى رسول الله (ديناراً لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، بعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي فذكر ما كان من أمره، فقال له (:بارك الله لك في صفقة يمينك" [الترمذي]

فعروة اشتري شاتين فأصبحت ملكاً للرسول، ثم باع إحداهما من دون أن يستأذنه في ذلك، فلما رجع إلى النبي (أقره ودعا له، فكان البيع صحيحاً).

الفرع الثاني

الثمن

هو عبارة عن مبلغ نقدي يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل نقل ملكية شيء أو حق مالي إليه كما نصت عليه المادة (٣٨٦) مدني سوري. من خلال التعريف يمكن أن نستخلص الخصائص الواجب توافرها في الثمن.

^٢ نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق، ص ٣٨٨.

^٣ محمد الزحيلي: المرجع السابق، ص ٤٣٣.

أولاً. نقدية الثمن

يشترط أن يكون الثمن في عقد البيع مبلغاً من النقود وهو ما يميز البيع عن المقايضة. واستلزم كون الثمن نقدياً هو أمر لا يغني عنه أي شيء آخر حتى ولو كان البذل من المثليات التي لها سعر نقدي معروف في البورصة أو في الأسواق كالحبوب والقطن والأسهم والسندات، بل أن تعيين الثمن في صورة سبائك ذهبية لا يجعل من العقد بيعاً لأن السبائك الذهبية - على الرغم من سهولة تحويلها إلى نقود - لا تصلح ثمناً في عقد بيع، بل تُعدُّ سلعة تصلح فقط بدلاً في عقد مقايضة. ويُعدُّ العقد بيعاً طالما كان الثمن المشترط فيه ثمناً نقدياً حتى ولو اتفق الطرفان على أن يتم دفعه بإعطاء ما يقابله من سلعة معينة كالحرير أو القطن أو خلافه. المهم إذن هو أن يكون الثمن نقدياً، ولا يهم بعد ذلك طريقة تحديده أو الوفاء به، فقد يكون معجلاً أو مؤجلاً، وقد يتم دفعه على أقساط أو دفعة واحدة، كما يجوز أن يكون الثمن أيراداً مرتباً مدى حياة البائع أو أيراداً مؤبداً. ولا يُعدُّ الأيراد المؤبد أو الإيراد المرتب مدى الحياة عقداً مستقلاً في هذه الحالة ولكنه يمثل ركن الثمن في عقد البيع. كما جاء في الشريعة الإسلامية أنه يجوز للمسلم أن يشتري ما يريد بثمن معين إلى أجل معلوم، فقد اشترى رسول الله (طعاماً من يهودي لنفقة أهله إلى أجل، ورهنه درعاً من حديد. [البخاري]، وذلك من دون زيادة في الثمن.

وبعض الناس يزدون في الثمن مقابل تأخير دفع الثمن، فقد يشتري شخص ملابساً بمبلغ من المال على أن يدفع ثمنها بعد شهرين، فيزيد البائع عليه مبلغاً آخر في مقابل تأجيل دفع الثمن فهل هذا الزيادة حلال؟

من الفقهاء من حرم هذا البيع؛ لأنه شبيه بالربا، وجمهور الفقهاء قال أنه جائز؛ لأنه لم يرد نص بالتحريم، والأصل في الأشياء الإباحة، وليس مشابهاً للربا من جميع الوجوه، والبائع يزيد في السلعة لأسباب يراها.

ثانياً. تقدير الثمن

نصت المادة ٣٩١ مدني سوري على أنه يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحكم بمقتضاها فيما بعد. وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب، عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري. فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية. كما تقرر المادة ٣٩٢ مدني سوري على أنه إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوايا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما "والثمن هو محل التزام المشتري وهو لذلك يجب تحديده في عقد البيع باتفاق كل من البائع والمشتري. ويشترط في هذا التحديد أن يكون كافياً بحيث لا يدع مجالاً للنزاع في مقداره مستقبلاً ويتمتع البائع والمشتري بحسب الأصل بحرية مطلقة تحديد ثمن المبيع، غير أن المشرع قد يفرض أحياناً قيوداً على هذه الحرية تقتضيها المصلحة العامة التي تدفعه للتدخل في بعض الحالات لتحديد ثمن بعض السلع، وفي هذه الحالة تختفي حرية المتعاقدين في الاتفاق على ما يزيد عن هذا الثمن. والغالب أن يتم تقدير الثمن صراحة في العقد ذاته بمبلغ محدد من النقود، ولكن في بعض الأحوال قد يكون تعيين الثمن تعييناً ضمناً. وقد يقتصر المتعاقدان في العقد على بيان أسس تحديد الثمن فيكون قابلاً للتقدير. ويشترط في الأسس التي يتفق عليها الطرفان لتحديد الثمن أن تكون واضحة ومعينة تعييناً كافياً من شأنه منع أي خلاف بينهما، ولذلك لا يعد بيعاً بثمن قابل للتقدير بيع شيء مقابل ثمنه العادل، أو

³⁷⁷ J. Ghestin, La portée des arrêts du 1er décembre 1995 relatifs à la détermination du prix au regard de leurs justifications, Mélanges G. Goubeaux, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 183: l'auteur considère que ces arrêts ne sont applicables qu'aux contrats-cadre. A. Brunet, A. Ghazi, La JP de l'Ass. plén. sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, D. 1998, Chron., 1.

مقابل الثمن الذي يتناسب مع قيمته. كما يشترط في الأسس المتفق عليها لتحديد الثمن أن تكون أساساً موضوعية لا تتوقف على محض إرادة أحد المتعاقدين، فلا يجوز الاتفاق على البيع بالثمن الذي يقدره البائع أو المشتري، لأن ترك التحديد لمحض إرادة أحد المتعاقدين يعني في الحقيقة أنه لم يتفق على أي أساس لتحديد الثمن. كذلك لا يجوز الاتفاق على أن يكون الثمن هو ما يقبل أن يشتري به أي شخص آخر لأن من شأنه فتح باب الغش والتواطؤ مع الغير، فقد يتواطأ البائع أو المشتري منع شخص آخر للتقدم بالشراء بسعر يتفق ومصلحته الشخصية. ومن الممكن اعتبار عقد البيع الذي يرد فيه مثل هذا الاتفاق على الثمن مجرد وعد بالتفضيل. ومن أهم صور تحديد الثمن الاتفاق على البيع بسعر السوق، والاتفاق على البيع بالثمن الذي يحدده أجنبي عن العقد. البيع بسعر السوق قد يحيل البائع والمشتري في تحديد الثمن إلى سعر السوق ويُعدُّ سعر السوق من الأسس الصالحة لتقدير الثمن. فإذا اتفق الطرفان على البيع بسعر السوق وحددا زمان ومكان هذا السوق وجب العمل بما اتفقا عليه ^٣.

٨

وأخيراً فإنه إذا لم يتفق الطرفان على تقدير الثمن، وكان الثمن غير قابل للتقدير وفقاً لأي من المعايير السابقة، فإن البيع لا يمكن أن ينعقد نظراً لعدم تحديد الثمن وعدم إمكان تحديده أما إذا اتفق المتعاقدان على البيع من دون ثمن، فإن العقد لا ينعقد في هذه الحالة باعتباره بيعاً لأن الثمن ركن أساسي في البيع لا يتم بدونه، ولكن من الجائز أن ينعقد باعتباره هبة، وهي هبة مكشوفة وليست مستترة فلا تتعقد الا بورقة رسمية. وإذا

^٣ تحديد الثمن بواسطة أجنبي يتفق عليه المتعاقدان: قد يتفق المتعاقدان على أن يتم تحديد الثمن بواسطة أجنبي يتفقان عليه عند البيع، وفي هذه الحالة ينعقد العقد بواسطة أجنبي يتفقان عليه عند البيع، وفي هذه الحالة ينعقد العقد لأن الثمن وإن لم يقدره المتبايعان إلا أنه قابل للتقدير. والثمن الذي يقدره الأجنبي يكون ملزماً لكل من البائع والمشتري لأنه مفوض من قبلهما في تحديده، فهو وكيل عنهما في ذلك. ويحدث أحياناً أن يتفق الطرفان على أن يتم تحديد الثمن بواسطة ثالث يقوم بتعيينه فيما بعد، وفي هذه الحالة لا ينعقد البيع نظراً لعدم تحديد الثمن، ولا يحق لأي من الطرفين اللجوء إلى القاضي لطلب تعيين شخص آخر أو تحديد الثمن طالما أنهما لم يتفقا من قبل على قيام المحكمة بذلك، لا ينعقد البيع إلا من وقت حصول هذا الاتفاق. أما إذا امتنع أحد الطرفين عن تعيين الأجنبي المتفق على تعيينه فإن البيع لا ينعقد في هذه الحالة ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا الرجوع بالتعويض على الطرف الممتنع.

كان الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير أنه كان تافهاً، فإنَّ العقد لا يكون بيعاً بل عقد هبة مكشوفه لا ينعقد الا بورقة رسمية. ويكون الحكم كذلك لو حدد الطرفان ثمناً مناسباً في عقد البيع مع الإشارة إلى أنَّ البائع منح الثمن للمشتري أما إذا ذكر المتعاقدان الثمن في العقد ثم اتفقا في عقد آخر على أنَّ للمشتري ألا يدفع الثمن للبائع، فإنَّ العقد في هذه الحالة يكون هبة مستترة (غير مكشوفة) ولا تشترط الرسمية لتمامها.

كما يقول الفقه الإسلامي في تحديد الثمن. على أنه إذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة : ففقهاء الأمصار متفقون على أنهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون في التفصيل، أعني في الوقت الذي يحكم فيه بالإيمان والتفاسخ، فقال أبو حنيفة : أنهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة، فإنَّ فاتت فالقول قول المشتري مع يمينه، وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك : يتحالفان في كل وقت، وأما مالك فعنه روايتان، إحداهما أنهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشتري، والرواية الثانية مثل قول أبو حنيفة.

بالتالي فإنَّ أحكام تحديد الثمن في الفقه الإسلامي مشابه لما ذهب له القانون الوضعي في أنه يرجع إلى اتفاق بين البائع والمشتري، أما ما يسمى بالتسعير حيث يقوم الحاكم أو من ينوب عنه بتحديد أسعار بعض السلع فغير جائز، فقد روي أنَّ الناس قالوا لرسول الله (يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا. فقال رسول الله "إن الله هو المسعر، القابض الباسط الرازق، وإنني لأرجو أنَّ ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال") أبو داود والترمذي وابن ماجه. لكن أنَّ وجد الحاكم أو من ينوب عنه أنَّ التجار رفعوا الأسعار بما يضر بالناس؛ جاز له تحديد السعر.

رابعاً. حقيقة الثمن وجديته

قلنا من قبل أنَّ الثمن هو ركن من أركان عقد البيع، فإذا انعدم لم ينعقد البيع. وهناك حالتين ينعدم فيهما الثمن: الأولى إذا لم يكن حقيقياً بأن كان صورياً، والثانية إذا لم يكن جدياً بأن كان تافهاً. وعلى ذلك فإنه يشترط لانعقاد البيع أنَّ يكون الثمن حقيقياً لا

صورياً، وأن يكون جدياً لا تافهاً. وسوف نتناول فيما يلي حكم البيع في حالة الثمن
الصوري والثمن التافه .

١- الثمن الصوري

الثمن الصوري هو الذي يبدو من ظاهر الاتفاق التزام المشتري به عند التعاقد، ولكن الواقع أنَّ المشتري لا يلتزم به فعلاً. ففي هذه الحالة يذكر الطرفان الثمن في عقد البيع، وعادة ما يتم تحديده بمبلغ من النقود يتناسب غالباً مع قيمة المبيع، الا أنهما يتفقان في ذات الوقت هنا هو مجرد مظهر خارجي فقط لأنَّ البائع لا يحصل عليه بل هو لا يريد الحصول عليه في حقيقة الأمر. وطالما أنَّ الأمر كذلك فإنَّ هذا العقد لا يُعدُّ في الحقيقة بيعاً بل هبه مستورة في صورة بيع متى ثبت اتجاه إرادة الطرفين إلى نقل ملكية الشيء المبيع من أحدهما إلى الآخر على سبيل التبرع. وهذه الهبة لا يشترط افرغها في شكل رسمي. فإذا عقد المتبايعان عقداً على ثمن صوري أجازت المادة (٣٤٦) مدني سوري للمتعاقدين والخلف العام التمسك بالعقد الحقيقي المستتر، فقد قالت: "إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

٢- الثمن التافه

^٣ مصطفى أحمد الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، الدار الشامية للطباعة والنشر، سورية ١٩٩٩، ص ٤٣.

³⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 9.11.1999, B. 293; D. 2000, 507, Cristau; Def. 2000, p. 250, Aubert. Civ. 1^{ère}, 20.02.2001, B. 39. Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2004, B. 216. Civ. 3^{ème}, 29 mars 2006, B. 88. Tous ces arrêts qui ont admis la NR ont été moultement commentés. Ev° jplle en accord avec l'év° de la théorie des nullités et approuvée par l'immense majorité des auteurs. Cpdt, v. Com., 23 octobre 2007, *infra* à propos de la nullité de la vente pour absence de prix sérieux: la Chambre commerciale retient la NA au motif de « l'absence d'un élément essentiel du contrat ».

في هذه الحالة يتم الاتفاق بين الطرفين على ثمن حقيقة، ويكون في نية البائع الحصول عليه، بعكس الحالة السابقة، إلا أنَّ الثمن يكون تافهاً لا يتناسب مع قيمة الشيء المبيع. وعلى ذلك فالثمن التافه هو الذي لا تتناسب قيمته. مع قيمة الشيء المبيع بدرجة واضحة كأن يبيع شخص لآخر سيارة قيمتها عشرون ألف ليرة بثمن قدره مائة ليرة، أو أنَّ تباع سبيكة ذهبية مقابل ليرة واحد. ووجه الاختلاف بين الثمن الصوري والثمن التافه أنَّ الأول يتناسب عادة مع قيمة الشيء المبيع ولكن لا يحصل عليه البائع، أما الثاني فلا يتعادل إطلاقاً مع قيمة الشيء المبيع ولكن يحصل عليه البائع. وإذا كان الثمن المذكور في العقد تافهاً فإنَّ البيع يبطل لتخلف ركن الثمن.

ولكن إذا لم ينزل الثمن إلى درجة كبيرة جداً بأن كان ثمناً بخساً فإنَّه يُعدُّ ثمناً كافياً لانعقاد البيع والثمن البخس هو الذي لا يتناسب مع قيمة الشيء المبيع من دون أنَّ يصل إلى درجة التفاهة، وبالتالي فهو يصلح لأنَّ يكون مقابلاً للالتزام البائع بنقل الملكية لأنه لا يشترط - من حيث الأصل - وجود تناسب بين مقدار الثمن وقيمة المبيع. فالقاعدة أنَّ الثمن البخس لا يؤثر في سلامة البيع طالما أنَّه ثمن جدي قصد البائع الحصول عليه فعلاً مقابل التزامه بنقل ملكية الشيء أو الحق المبيع.

المطلب الثالث

الأهلية

هناك قواعد عامة تتعلق بالسن التي يمكن من خلاله القيام ببعض التصرفات وقد ناقشها الفقه الإسلامي، كما جاء التشريع الوضعي بعص القيود التي تتعلق بصفة من يقوم بها.

الفرع الأول

قواعد الأهلية العامة وفق النظرية العامة للالتزام

يتطلب عقد البيع من البائع والمشتري أنَّ يتمتع كلُّ منهما بأهلية التصرف، والقواعد العامة هي التي تحكم الأهلية في عقد البيع. كل شخص بلغ سن الرشد، متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد ١٨ سنة كاملة. وبالتالي فأهلية التصرف المطلوبة في عقد البيع هي ١٨ سنة كاملة سواء بالنسبة

للبيع أو المشتري. ولما كان البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. فستخضع الأهلية في هذا التصرف للقواعد التي نصت عليها كل من المواد ١١١ و ١١٢ مدني سوري:

يجوز للشخص الذي بلغ من العمر ١٣ سنة إبرام عقد البيع، بشرط أن يكون المحل من الأموال التي كسبها بعمله الخاص. أجاز القانون للقاضي أن يأذن لمن يبلغ ١٥ سنة التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الاذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك . فإذا أذن للمميز التصرف من قبل القاضي بالتصرف الجزئي او الكلي لأمواله، فإنّه في حدود هذا الإذن يُعدّ كامل الأهلية وبالتالي تُعدّ تصرفاته صحيحة كما لو صدرت من شخص بلغ سن الرشد. كما أجاز القانون المدني لناقص الأهلية (من ١٣ إلى ١٨ سنة) مباشرة الاعمال التي يُعده القانون اهلا لمباشرتها. كالأعمال التجارية وفي هذه الحالة تُعدّ تصرفاته صحيحة.

وتكون أهلية البيع معدومة لدى المجنون والمعتوه، لانعدام الأهلية، وبالتالي يكون البيع أو الشراء الصادر منه بعد شهر قرار الحجر باطلا، أما البيع الصادر قبل الحجر فيقع باطلا إذا كان الجنون أو العته شائعا وقت التعاقد . أما ذي الغفلة والسفيه فحكمه حكم الصغير المميز ويكون بيعه قابلا للإبطال بعد شهر قرار الحجر، أما قبل شهر قرار الحجر فيكون صحيحا ما لم يكن نتيجة استغلال السفه أو الغفلة فيكون البيع قابل للإبطال.

أما الأهلية عند الحنفية، فقد اشترطت أن يكون كل من الموجب والقابل عاقلًا مميزًا يدرك ما يقول ويعنيه حقًا، فهو في الحقيقة شرط في العاقد لا في الصيغة، إلا بالنظر لصدورها من العاقدين.

^٣ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، في العقود المسماة، عقد البيع، عقد الكفالة، ج ٧، دار صادر، لبنان ١٩٩٠، ص ٣٣٦.

^٣ أمل شربا، علي الجاسم: المرجع السابق، ص ٤٢.

الفرع الثاني

القيود التي ترد على الأهلية في عقد البيع

تنص المادة 439 مدني سوري 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 كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة أو الدائرة القضائية التي يباشرون أعمالهم في منطقتها وإلا كان البيع باطلاً" من خلال النص يمكن القول أنه يحظر على القضاة وأعاونهم والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها. إذ منع المشرع هذا الشراء شرط أن يكون الحق المتنازع فيه مطروحاً على الجهة القضائية التابعة لاختصاص القضاة أو الكتبة أو المحضرين أو المساعدین العدليين أو المحامين التي تكون المحكمة المختصة ضمن منطقة عملهم المعتاد باعتبار أن لا حدود إدارية لعمل المحامين (محكمة، مجلس قضائي، المحكمة عليا ومجلس الدولة...) وشرط أن يكون هذا الشراء قد تم أثناء ممارسة هذه الفئات لمهامها في تلك الجهات المنصوص عنها في القانون المدني وهي :

أ-القضاة: سواء كانوا قضاة حكم أو نيابة أو تحقيق؛ ب-الكتبة والمحضرين والمساعدون العدليون: ويشمل المنع الحقوق المتنازع فيها التي تدخل في اختصاص الهيئة القضائية التي يباشرون في دائرة اختصاصها عملهم، سواء قد وكلوا بالحق المتنازع فيه ام لا ويشمل المنع أيضا كتاب المحكمة التي ينظر أمامها النزاع؛ ج- المحامون: وبما أن المحامي لا يرتبط بمحكمة أو مجلس قضائي فإن المنع يشمل جميع الحقوق المتنازع فيها على مستوى المنطقة التي يعمل لديها المحامي. والبطان بالنسبة لهذه الفئات هو بطلان مطلق أي هو من النظام العام .

كما يمنع تعامل المحامين والمدافعين القضائيين مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها طبقاً لنصوص القانون المدني :فيشمل البطلان المطلق كل تعامل يقوم به المحامي مع موكله بخصوص الحق المتنازع فيه.

منع المشرع أيضا النائب من شراء ما كلف ببيعه بحسب القانون المدني :وهنا النائب ملزم بالمحافظة على مال من وكله للقيام بشؤونه فيحظر عليه شراء ما كلف ببيعه، الا أنَّ الجزء هنا هو البطلان النسبي إذ يمكن لمن تم البيع لحسابه أن يجيزه ^٣.

في القانون الفرنسي كان مسلم به أنَّه يمكن للوكيل تمثيل كلا طرفي العقد ويتقاضى أجرًا من كلا الطرفين، بشرط أن يكون كلا الوكيلين على علم بأن ممثلهما يعمل أيضًا نيابة عن الطرف الآخر، لتجنب أي تعارض بين المصالح. القاعدة هي نفسها عندما يتعاقد الوكيل مع نفسه. لكن التعديل الفرنسي الجديد أعاد صياغة الاجتهاد القضائي في المادة 1161 في فقرتها الأولى التي تنص على أن "لا يمكن للممثل التصرف نيابة عن كلا طرفي العقد أو التعاقد لحسابه الخاص مع الموكل" .^٤

وأخيرا منع المشرع على السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهودة إليهم ببيعها او تقديم قيمتها حسب نصوص القانون المدني، والجزء هنا هو أيضا البطلان النسبي المقرر لمصلحة من تم البيع لحسابه فله إجازة العقد.

^٣ سليمان مرقس: المرجع السابق، ص ٢٥٣.

³⁸⁴ Paris, pôle 1, ch. 1, 3 décembre 2015, n°13/13278: « La défense faite au mandataire par l'article 1596 du code civil de se porter acquéreur du bien qu'il est chargé de vendre ne concerne que l'hypothèse où le mandataire agit à l'insu du mandant. »

المطلب الرابع

السبب

أولاً. تعريف السبب

" إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً".

فالسبب إذن، في نظر القانون، هو الباعث الدافع إلى التعاقد (cause impulsive) لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد (cause finale). وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث. ولا بد في القانون أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد الآخر، فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس في استطاعته أن يعلم به، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به، ويكون العقد صحيحاً، ويقوم لا على الإرادة الحقيقية فهي غير مشروعة، ولكن على الإرادة الظاهرة، شأنه في ذلك شأن العقد الذي يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به.

إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً. فلا يشترط إذن في السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً. ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت.

والواقع من الأمر أن السبب، بمعنى الباعث الدافع على التعاقد، يجب استبقاؤه، على إلا يستخدم إلا لحماية المشروعية في التعاقد.

ثانياً. إثبات السبب

" ١ - كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك ".

" ٢ - ويُعدُّ السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أنَّ للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه " .

يكون 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 "

ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين: (الأول) أن يكون السبب غير مذكور في العقد. (والثاني) أن يكون هناك سبب ذكر في العقد.

1. **السبب غير مذكور في العقد:** القانون وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب. على أن القرينة قابلة لإثبات العكس. فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته. وله الإثبات بجميع الطرق، بما في ذلك البينة والقرائن.

ويلاحظ أنه إذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع واثبت ذلك، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب. وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية. ويستوي في ذلك إلا يكون السبب مذكوراً في العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صوري وثبت أن السبب الحقيقي غير مشروع كما سيأتي:

2. **السبب مذكور في العقد:** وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي الذي رضى المدين أن يلتزم من أجله. والقرينة قابلة لإثبات العكس. فإذا ادعى المدين أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي، بل هو سبب صوري يستر سبباً غير مشروع، فله أن يتخذ أحد موقفين: (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية، وفي هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي ومشروعيته إلى الدائن (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقي للعقد غير مشروع.

فإذا أراد أن يثبت صورية السبب. وكانت قيمة التزامه تزيد على ٥٠٠ ل.س، وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها. ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على ٥٠٠ ل.س إذا كان السبب الضروري مكتوباً، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة.

وإذا أراد المدين أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن، حتى لو كان السبب الصوري مكتوباً، ومهما بلغت قيمة الالتزام، لأن إخفاء عدم المشروعية غش، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق.

الفصل الثاني

تنفيذ عقد البيع

بعد أن يتم إبرام العقد وتوافرت أركان البيع كما نصّ عليها القانون، ينعقد العقد صحيحاً ما لم يشوبه أحد عيوب الرضا التي نصت عليها الأحكام العامة في نظرية الالتزام من غلط أو تدليس أو إكراه أو غبن، عندها ينعقد العقد صحيحاً. ويترتب على ذلك مجموعة من الالتزامات على عاتق كل من الطرفين، البائع والمشتري. سندرسها في المبحثين التاليين.

المبحث الأول

التزامات البائع

يرتب عقد البيع مجموعة من الالتزامات على عاتق البائع. على اعتبار أن عقد البيع يعد من العقود المسماة، فقد نصَّ المشرع في القانون المدني على مجموعة من الالتزامات خصَّ بها البائع في عقد البيع، الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالتسليم وأخيرا الالتزام بالضمان، سيتم دراستها على التوالي في المكالبة التالية. حيث تنص المادة ١٦٠٣ مدني فرنسي على أن "البائع عليه التزامان رئيسيان، وهما التسليم ووجوب ضمان الشيء الذي يبيعه". يضاف لها حديثا التزام بالإعلام يقع على عاتق البائع بحسب طبيعة المبيع. أما القانون السوري فيشترط بداية نقل الملكية.

المطلب الأول

الالتزام بنقل الملكية

هو أول التزام ينصب على عاتق البائع بمجرد إبرام العقد، وتبعا لذلك نصت المادة ٣٩٦ من القانون المدني بقولها: " يلتزم البائع بكل ما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا ". و لقد بقيت أغلب القوانين الأجنبية وفية للقاعدة المعروفة في القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم : وتتمثل في كون البيع لا ينتج إلا مجرد التزامات على عاتق الطرفين، و من بينها التزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري، أي التزاما بإعطاء شيء ما de donner، فليس هو العقد إذن المنتج للأثر الناقل بل الذي ينقلها وضع من الأوضاع المادية كالقبض (التسليم المادي) و التنازل القضائي، و تبعا لهذه الفرضية لا يختلف

³⁸⁵ Civ. 3^{ème}, 27 févr. 2013, n°11-28783; D. 2013, 973, Sophie Le Gac-Pech; JCP G 2013, 498, JJ Barbieri; RTDC 2013/2, p. 410, W. Dross: « Une servitude non apparente ne constitue pas un vice caché mais relève des dispositions de l'article 1638 précité. » V. infra à propos de la GVC.

عقد البيع عن غيره من العقود فهو لا ينشئ إلا التزامات، و من بينها الالتزام بنقل ملكية المبيع للمشتري^٣.

ولقد أراد واضعو القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ قطع أية علاقة بالماضي، وربط نقل الملكية باتفاق الإرادتين وحدهما، وهذا ما يفسر العبارات الدقيقة جدا للمادة ١٥٨٣ بقولها .

" تكتسب الملكية قانونا للمشتري في مواجهة البائع بمجرد الاتفاق على المبيع والثلث، حتى ولو لم يسلم المبيع ولم يدفع الثمن".

وهذا ما نسميه النقل بالإرادة وحدها solo consensus ، بواسطة الرضا وحده فيصبح نقل الملكية أثرا قانونيا للبيع، وليس التزاما يلحق البيع.

ولقد أخذ القانون السوري بهذا النظام، المتمثل في انتقاله ملكية المبيع بمجرد إبرام العقد أي بقوة القانون، إذ ا كنا بصدد منقول معين بذاته، في حين يقع على البائع التزام بنقل الملكية في حالة المنقول المعين بنوعه وكذا في حالة العقار وتبعاً لذلك سوف نتناول تلك المسائل أدناه.

عقد البيع ينشئ التزام في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري. إعمالاً للمادة (٣٨٦) مدني سوري، فالمشرع قرر أن المشتري يكسب ملكية الشيء المبيع بمجرد العقد بتراضي الطرفين. على اعتبار أن عقد البيع من العقود الرضائية، فلا يتطلب نفاذه أي إجراء شكلي. ويترتب على قيامه نقل الملكية مباشرة من البائع إلى المشتري كأثر من آثار العقد أكثر منه التزام على عاتق البائع، وذلك إعمالاً لما تضمنته المادة (٢٠٥)

³⁸⁶ Lévy, Castaldo, Histoire du droit civil, Dalloz, 2002, n°493.

³⁸⁷ M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTDC 1996, p. 85. J.-P. Chazal, S. Vicente, Le tpé par l'effet des obligations dans le Code civil, RTDC 2000, p. 477. Contra, en faveur de l'obligation de donner: J. Huet, Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, Mlges Ghestin, LGDJ, 2001, p. 425. F. Zénati, Th. Revet, Les biens, n°137. V. Com., 10 janvier 2006, inédit; RTDC 2006, p. 343, Th. Revet.

مدني سوري التي تنصّ على ما يلي: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر، ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك من دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

ما أخذ به المشرع الوضعي في القانون السوري يوضح في جانب التأثير بالمبدأ المالكي في كون المشرع أعطى للمشتري الحق في التصرف بالشيء المبيع ولو قبل التسليم، وأعطى للبائع الحق في إحالة حقه في الثمن ولو قبل الوفاء. كذلك في إلقائه تبعه هلاك المبيع على البائع قبل التسليم وعلى المشتري بعد التسليم، أي أنّه ربط تبعه الهلاك بالتسليم لا بنقل الملكية خلافاً للمبدأ القائل " العين تهلك على مالکها" والمستند في القانون المدني الفرنسي. ونظراً للمخاطر التي يرتبها هذا المبدأ على المشتري والغير فإنّ معظم التشريعات الحديثة هجرته.

الفرع الاول

نقل ملكية المنقول

لا بُدّ في هذا المكان من التمييز بين المنقولات المعينة بالذات والمنقولات المعينة بالنوع.

أولاً. المنقول المعين بالذات

بالنسبة للمبيع المعين بذاته، تنتقل الملكية بقوة القانون فوراً للمشتري، بواقعة واحدة وهي تكوين العقد، ولا يهم أنّ يكون المبيع لم يتم تسليمه أو الثمن لم يدفع بعد، وهذا ما أوضحت صراحة المادة ٢٠٥ من القانون المدني والمقحمة في مقتضيات المتعلقة بالنظرية العامة للعقود، والتي وضعت خصيصاً لغرض البيع بقولها:

"الالتزامات بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أنّ ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري"

وهكذا يكون المشتري مالكا على الفور، في أي مكان يتواجد فيه المبيع، سواء كان بين يدي البائع، أو يدي الغير، وهذا ما يفسر التزامه باستلام المبيع.

وابتداء من تلك اللحظة نفسها يدخل المبيع في ذمته المالية، ويصبح رهنا لدائنيه الذين بإمكانهم حجزه، أو من مخلفات تركته أن توفي. وتكون له لوحده الصفة لإبرام تصرفات بخصوص ذلك الشيء، وفي الوقت نفسه يخرج الشيء من الذمة المالية للبائع، ولا يكون باستطاعة دائنيه الحجز عليه، والتصرفات التي يبرمها بشأنه مثل البيع الجديد أو الإيجار تكون صادرة عن غير مالك.

ونفس الحال بالنسبة لانتقال الملكية في البيع الجزاف *Vente en bloc*، لصراحة نص المادة ٣٩٧ من القانون المدني بقولها تنتقل الملكية في البيع الجزاف إلى المشتري بنفس الطريقة التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين.

ويُعدُّ البيع جزافاً ولو كان تعيين الثمن متوقفاً على تحديد مقدار الشيء المبيع. وبذلك تنتقل الملكية في البيع الجزاف بمجرد إبرام العقد.

شروط انتقال الملكية بمجرد العقد: هي بعدد أربعة

١. أن يكون المبيع معيناً بذاته: هذا الشرط بديهي، لأنَّ الملكية باعتبارها حقاً عينياً لا ترد إلا على الأشياء المعينة بالذات، فإنَّ كان المبيع منقولاً معيناً بنوعيه فقط كالمثلّيات كما سوف نرى أدناه فإنَّه لا يمكن تصور انتقال الملكية فيه بمجرد اتفاق الطرفين، بل لابد من إجراء آخر وهو فرز هذا المبيع وتحديد ذاتيته حتى يمكن أن تنتقل ملكيته، فالحق العيني إذن لا يرد إلا على شيء قيمي (عين معينة بالذات). و العين المعينة (أو الشيء القيمي) هي التي تتميز عن غيرها بصفات خاصة تعينها تعييناً ذاتياً بحيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء، فينظر فيها إلى وصف ذاتي يميزها عن غيرها كسيارة معينة من طراز معين تحمل رقماً معيناً، أو حصان معين معد للسباق، أو كرسي معينة من صنع شركة معروفة و تنقل الملكية في الأشياء المستقبلية بمجرد تحقق وجودها، كما في بيع شيء تعهد البائع بصنعه خصيصاً للمشتري كثوب أو حذاء أو تمثال أو صورة، و في بيع محصول أرض معينة في موسم بذاته، أما إذا ورد البيع على أشياء مستقبلية معينة بنوعها فقط، فلا تنتقل ملكيتها بمجرد وجودها، وإنما لا بد في ذلك من فرزها، أي من تعيينها بالذات، كما في بيع عشرة قناطير من محصول القطن المقبل، و لو عينت

الأرض التي سينتج منها ذلك المحصول، فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد ظهور المحصول بل بعد فرز الفناطير العشرة من ذلك المحصول و تعيينها بالذات.

٢. أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع: فالبائع لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك، وعلى هذا إذا كان البائع غير مالك للبيع، فلا يستطيع أن ينقل ملكيته إلى المشتري، وهذا الشرط اقتضته طبيعة البيع من أنه عقد ناقل للملكية بذاته فإذا كان البائع غير مالك للبيع وقت البيع استحال انتقال الملكية منه إلى المشتري بمجرد العقد.

٣. أن يكون المبيع موجوداً وقت العقد: لأنه إذا كان محتمل الوجود مستقبلاً كما في بيع محصول مستقبل أو سلعة يراد صنعها، فإنه لا يكون صالحاً لأن يربد عليه حق ملكية لا للبائع ولا للمشتري، فلا يتصور أن تنطبق عليه القاعدة، فبيع المحصول المقبل لا يجعل المشتري مالكا هذا المحصول، بل يجعله فقط دائناً به للبائع، فإذا ما تحقق وجود المحصول في وقت ما بعد البيع صار المشتري مالكا إياه ابتداء من هذا الوقت فقط، لزوال المانع من نشوء حق الملكية وهو وجود الشيء وبشرط توافر الشروط الأخرى المذكورة أعلاه.

٤. أن يكون التزام البائع بنقل الملكية باتاً: أي غير معلق على شرط ولا مضاف إلى أجل، وإلا فإنه يكون مما يخالف قصد العاقلين من انتقال ملكية المبيع إلى المشتري من وقت العقد، لأن قاعدة انتقال الملكية في المنقول المعين بذاته بمجرد العقد ليست من النظام العام.

فقد أجاز المشرع للبائع أن يشترط في العقد أن يكون نقل الملكية موقوفاً على دفع الثمن كله في حالة كون ثمن المبيع مؤجلاً وحتى لو كان قد بادر بتسليم المبيع للمشتري. وعند دفع آخر قسط من الثمن، اعتبر المشتري مالكا للمبيع بأثر رجعي أي من يوم البيع وليس من يوم دفع القسط الأخير.

وفي القانون الفرنسي يتم تسبيق نقل الملكية في بيع بناء في طور الإنجاز، فبدلاً من انتظار الانتهاء من الإنجاز يتم نقل الملكية عن كل جزء كلما تقدمت الأشغال قصد حماية المشتري من إفلاس البناء، لكن يجب ألا يكون تدبير الحماية هذا ضد المشتري

فالمخاطر لا تتبع هذا النقل المسبق، ويكون الأمر كذلك في حالة السفن في طور البناء، أين لا يتم بديها نقل الملكية إلا عند الانتهاء من بناءها.

ثانياً. المنقول المعين بالنوع

ويُعدُّ من المثليات التي تختلط ببعض ويقوم بعضها مقام بعض، وقد عرف القانون المدني: "الأشياء المثلية هي التي يمكن تعويضها ببعضها البعض عند الوفاء، والتي من المعتاد أن تحدد في التعامل بين الناس بالعدد، أو المقياس أو الحجم أو الوزن.

وتبعاً لذلك لا تنتقل الملكية فيها إذا كانت محلاً للبيع، إلا بالفرز، وهذا بواسطة عزل المبيع عن غيره وتفريده بحيث يصبح معينا بالذات، وهذا الالتزام يقع على البائع، الذي يقوم إما بعد المبيع وتحديد عدده أو قياسه كما في القماش أو تحديد حجمه أو وزنه. وقد نصت المادة ٢٠٦ من القانون المدني على أنه: "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل لحق إلا بإفراز هذا الشيء.

فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض.

يقع هذا الالتزام الذي يكون الهدف منه هو نقل ملكية المبيع على عاتق البائع، فلو باع القماش خمسة أمتار من قماش معين، فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد فرزه بواسطة القياس للكمية المطلوبة وذلك بقياسها وقطعها من بقية القماش، كما إذا باع شخص قنطارين من العلف موجود في مخزن، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالفرز بواسطة الوزن وعلى البائع القيام بذلك الالتزام. وما دنا لا نعرف ماهية الأشياء النوعية التي بيعت، لا يمكن أن يقع نقل الملكية من دون تحديد وعائها. فبالنسبة للبائع بالجملة أو بالكتلة (مثل كل المخزون) يجب فرز المبيع، فلا يمكن إذن نقل الملكية فوراً ولم تعرف بعد قيمة ومقدار المخزون بدقة، وكذا إذا كان الثمن لم يحدد بعد بالنتيجة.

وبخصوص البيوع بالقياس *à la mesure* مثل عشرة أطنان من القمح تمَّ شراءها من تاجر، أو سيارات من نوع معين قام بشرائها منتج، فلا يقع الفرز إلا في لحظة عزل

الأشياء المخصصة للمشتري عن بقية مخزون البائع، ويمكن أن يقع ذلك الفرز ويتم إثباته باعتباره واقعة بسيطة بكل وسيلة تنبئ عن تخصيص الشيء للمشتري، بشرط أن يكون ظاهراً، مثل وضع ملصقة، وضع علامة، الوضع في حظيرة، الوضع في مركبة الخ ..

إذا أحجم البائع عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع المعين بنوعه للمشتري، وهذا بعدم إفرازه بحيث يصبح معيناً بذاته، فإنَّ للمشتري خياران:

الخيار الأول: ويتمثل في حصول المشتري على شيء من النوع ذاته على نفقة البائع، وذلك بأن يشتريه من السوق أو من تاجر آخر، وهذا بعد استئذانه للقاضي، فالقاضي هو الذي يرخص له بذلك.

وفي حالة الاستعجال، مثل تعهد المشتري بتمويل مستشفى بمواد غذائية يومية، فإنَّه يمكن الحصول على المبيع من السوق أو من شخص غير البائع من دون استئذان القاضي.

فالالتزام بنقل الملكية بواسطة فرز المبيع هو التزام بعمل وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٢/٢٠٦ من القانون المدني على أنه:

"في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جازَّ للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً".

الخيار الثاني: باستطاعة المشتري أن يطالب بقيمة المبيع من دون الإخلال بحقه في التعويض، وينصب التعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، خاصة إذا ارتفعت أسعار المبيع في السوق بعد امتناع البائع عن عملية الإفراز.

³⁸⁸ La différence entre la vente en bloc et à la mesure tient exclusivement à la manière de déterminer la chose; la façon de calculer le prix est indifférente: ainsi, même si, dans une vente en bloc, le prix est déterminé au kilo.

الفرع الثاني

نقل ملكية العقار

أما بالنسبة للعقارات فالقاعدة أنَّ الملكية وغيرها في الحقوق العينية لا يمكن أن تنتقل، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا وفق أحكام خاصة بالملكية العقارية. بمعنى آخر، انتقال الملكية في العقارات يجب ألا يخل بقواعد التسجيل، فالملكية العقارية لا تكتسب، طبقاً للقوانين العقارية ولا تنتقل بين المتعاقدين ولا إلى الغير إلا من وقت تسجيلها في السجل العقاري إعمالاً للمادة (١/٨٢٥ مدني سوري) التي تنص على أن: "الحقوق العينية العقارية تكتسب وتنتقل بتسجيلها في السجل العقاري".

أما العقود المنعقدة خارج دائرة السجل العقاري فإنَّ المشتري يكتسب بها حق تسجيلها في السجل العقاري، ويلتزم البائع للعقار غير المسجل بنقل ملكية المبيع للمشتري، فيكسب المشتري بهذا البيع حق التسجيل، فإذا نكل البائع عن التسجيل بغير عذر فإنَّ ملكية المبيع تنتقل وجميع الحقوق العينية الأخرى إلى المتبايعين وإلى الغير في وقت واحد، كما أنَّ ثمرات المبيع تنتقل من تاريخ ثبوتها، ما لم يشترط في العقد خلاف ذلك. ويجب على البائع أنَّ يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري عملاً بالمادة (٣٩٦) مدني سوري، التي تقول: "يلتزم البائع أنَّ يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع للمشتري، وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً". فالبايع لا يكلف في بيع المعين بالنوع إلا بإفرازه، ويكلف في البيع العقاري أنَّ يقوم بالعمل الضروري لتسجيل البيع في السجل العقاري، بيد أنَّ القانون لم يأت بنصوص خاصة إذا قام البائع بما يعرقل نقل ملكية المبيع، وما يترتب على ذلك من تبعات. مما يجعل الرجوع إلى القواعد العامة أمراً مهماً فتطبق أحكام المادة (٢٠٦) مدني سوري التي تعطي المشتري الحق، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع ولم يقر البائع بإفرازه، في أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة البائع بعد استئذان القاضي، أو من من دون استئذانه في حالة الاستعجال. كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء، مع حقه في

التعويض إذا كان له مقتضى. كما تطبق المادة (٢١١) مدني سوري التي تنص على ما يلي: "في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام". أما في المبيع المعين بالذات فلا يتصور أن يقوم البائع بعرقلة نقل ملكية المبيع إلى المشتري، لأن ملكية المبيع انتقلت إلى المشتري بتمام انعقاد العقد. فنقل الملكية في هذه الحالة لا يحتاج إلى تنفيذ ولا يتوقف على أمر آخر ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

أما في القانون الفرنسي فإن الإشهار في بيع العقارات ليس شرطاً لنقل الملكية فيما بين المتعاقدين، ولكن الهدف منه هو إعلام الغير، بأن العقار موضوع تصرف، فقد أخضع مرسوم ٤ يناير ١٩٥٥ للإشهار كل بيع منصب على حق عيني عقاري (ملكية، ارتفاق، انتفاع، الخ...) ويوضح بأن تلك التصرفات لا يمكن الاحتجاج بها على الغير أن لم تكن مشهورة، فإن تصرف البائع ببيعها ثانية وتم شهرها فإن هذا التصرف الأخير يبقى صحيحاً على الرغم من أنها بيعت من قبل لمشتري آخر .^٩

³⁸⁸ Civ. 3^{ème}, 10 février 2010, n°08-21656, B. 41; RDC 2010/3, p. 895, S. Pimont; Def. 2010, p. 1169, S. Piedelièvre; *ibid.*, p. 1073, J.-A. Gravillou; JCP N 2 avril 2010, n°13-1146, S. Lamiaux. n°10-10667, Def. 2011, p. 479, C. Grimaldi; D. 2011, 851, note appr. L. Aynès pour qui ce RV JP marque un « retour à l'équilibre et à la sécurité »; RTDC 2011/1, p. 158, P. Crocq; B. de Bertier-Lestrade, *Retour sur la MF dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes*, D. 2011, 2954. Pour un ex. d'application, Civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n°12-23357; RDC 2014/1, p. 56, J. Le Bourg, Ch. Quézel-Ambrunaz: « L'échange de parcelle intervenu entre G. S. et M. P., emportant transfert de propriété de la parcelle de la première au profit du second, n'ayant pas été publié, était inopposable aux tiers en sorte que le notaire ne pouvait refuser d'instrumenter l'acte de vente conclu entre G. S. et M. B. (cassation pour violation de l'art. 1382 c. civ., ensemble l'art. 3 de la loi du 25 ventôse an XI) ». 3e civ., 15 octobre 2015, n°14-20.400 ; D. 2015, 2609, note crit. A. Posez : « Ayant exactement retenu que la clause résolutoire insérée dans un contrat de vente doit, pour être opposable aux tiers ayant acquis des droits sur

وعلى ذلك لا يحتج بالبيع على الغير، المكتسبين لحق منافس إلا من تاريخ إشهاره، ولغاية ذلك التاريخ تبقى الحقوق التي تصرف فيها البائع صحيحة أنْ أشهرت في وقت سابق، ويحسم النزاع بين مشتري العقار نفسه بواسطة تاريخ إشهار البيع كما هو عليه الحال بخصوص الرهن الرسمي.

غير أنْ القضاء الفرنسي خفف من آلية هذا الحل باللجوء إلى فرضية حسن النية، فمن يكتسب حقا من البائع وهو عارف بوجود بيع آخر حتى ولم يكن قد أشهر بعد، لا يستطيع الاستفادة من تلك القواعد لأن: "اكتساب عقار مع معرفة البيع السابق للغير يشكل خطأ لا يسمح للمشتري الثاني بإقحام قواعد الإشهار العقاري لفائدته.

ويجب أيضا لإعمال هذا الاستثناء بأن يعلم الغير بهذا البيع أثناء إبرام العقد وإن جهل ذلك، لا يهم أنْ علم به فيما بعد وإن أعيد بيع المال، فإنْ حسن النية يبحث في شخص المشتري من الباطن (الفرعي).

وبخصوص المنقولات المادية، فإنْ القانون الفرنسي، مثل ما ذكرنا بالنسبة للقانون السوري، يحسم النزاع بواسطة وضع ال *mise en possession* وهذا هو الحل المعطى من طرف المادة ١١٤١ من القانون المدني الفرنسي والذي يحتوي على التحفظ نفسه المتعلق بحسن النية.

"إذا كان الشيء الذي نلتزم بإعطائه أو تسليمه إلى شخص تتابعيا ذو طبيعة منقولة، تكون الأفضلية لمن وضع يده عليه فعليا، و يبقى مالكا بالعلو الرغم من من كون سنده لاحقا في التاريخ بشرط أنْ تكون حيازته بحسن نية " .

l'immeuble du chef de l'acquéreur, être publiée et constaté que la clause résolutoire contenue dans l'acte de vente n'avait pas fait l'objet d'une mention expresse dans la publication de l'acte, la cour d'appel a déduit à bon droit, de ces seuls motifs, que cette clause n'était pas opposable aux sous-acquéreurs. »

³⁹⁹. Collart-Dutilleul, L'enrichissement de l'obligation légale d'information à la charge du vendeur, RDC 2006, p. 1135.

ويطبق الحل نفسه على نقل كل حق عيني آخر بإعمال المادة ٢٢٧٩ وهكذا يكون الرهن الحيازي للمنقول المبرم من طرف البائع بعد البيع صحيحاً، إذا كان الدائن المرتهن حيازياً جاهلاً للبيع ووضع يده على المبيع .^١

وتجدر الإشارة إلى أنَّ ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري في الفقه الإسلامي بمجرد العقد وعند ارتباط الإيجاب بالقبول باتفاق المذاهب، وتنتقل ملكية الثمن إلى البائع وإلى ورثته أنَّ مات قبل قبضه، سواءً كان المبيع منقولاً أم كان عقاراً أم جزءاً شائعاً في منقول أو في عقار أم حقاً من حقوقه.

³⁹¹ L'article 1198 règle quant à lui le conflit des droits d'acquéreurs successifs d'un même meuble en son alinéa 1er, reprenant l'actuel article 1141, et étend cette règle aux immeubles dans son alinéa second. »

المطلب الثاني

الالتزام بالتسليم

عقد البيع يولد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه، ويكون تسليم الشيء المبيع حين يتخلّى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع، ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا حيازته بدون عائق طبقاً للمادة (٤٠٣) مدني سوري.

أولاً. ماهية التسليم

إذا كان انتقال ملكية المبيع إلى المشتري يأتي في المرتبة الأولى نظرياً قبل التسليم، إلا أنّ التسليم يأتي في المرتبة الأولى عملياً، فالتسليم أهم التزام يقع على البائع من أجل تنفيذ البيع، ومن دونه لا يكون لنقل الملكية أي معنى. لذلك كان الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى يتم التسليم، وهو ما قضت به المادة (٢٠٧) مدني سوري. أوضح المشرع السوري مفهوم التسليم بتخلي البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ووضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا الأخير حيازته بدون عائق. أي تخلي البائع أو نائبه عن الشيء المبيع، فيتوجب على البائع أن يتخلّى عن حيازة تامة تتوفر على ركنيها المادي والمعنوي.

يكفي أن يقوم البائع بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته من دون عائق، ورفع كل ما يمكن أن يعترض استيلاء المشتري عليه من عقبات. إن الالتزام الحقيقي الذي يقع على عاتق البائع، هو تسليم المبيع إلى المشتري، وأن يصبح قادراً على الاستيلاء عليه واستعماله متى شاء من من دون حائل من جانب البائع. كما جاء في المادة (١/٤٠٣) مدني سوري.

كما أنّ وسيلة تسليم المبيع تختلف باختلاف طبيعته، فتسليم العقار يتم بالتخلي عنه وتسليم مفاتيحه من من دون أن يلاقي المشتري ما يحول بينه وبين وضع اليد على العقار. وتسليم المنقول يختلف باختلاف طبيعته.

كما أنَّ التسليم قد يتم بصورة حقيقية فعلية أو أنَّ يتم بشكل حكمي، أما التسليم الحقيقي فيكون عندما يقوم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري حقيقة، بحيث يتمكن من قبضه من من دون أنَّ يوجد حائل يحول من دون حيازته كما قضت المادة (١/٤٠٣) مدني سوري سابقة الذكر. ويختلف التسليم الحقيقي باختلاف طبيعة المبيع. فإذا كان من المنقولات فإنَّ تسليمه يكون بالقبض أو المناولة أو بوضعه أمام المشتري بحيث يتمكن من قبضه. فإذا كان المبيع حيواناً، فإنَّ تسليمه يتم بجعله في متناول المشتري بحيث يمكن أنَّ يأخذ بزمائه، وإذا كان عقاراً كأن يكون داراً، فإنَّ تسليمه يكون بتسليم مفاتيحه إلى المشتري، وهكذا فإنَّ تسليم كل مبيع يتناسب مع طبيعة هذا المبيع ويختلف باختلاف حاله.

ويكون التسليم حقيقياً أيضاً، إذا خُلِّي البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن له بقبضه، فالتخلية من من دون الإذن بالقبض لا تكون تسليماً ولو كان المشتري متمكناً من القبض. إذ لا يسوغ للمشتري أنَّ يتسلم المبيع بنفسه، بل يكون بتسلمه من البائع، لأنه ليس للشخص أنَّ يقتضي حقه بنفسه.

وأما التسليم الحكمي أو النظري: فهو اعتبار المبيع مسلماً إلى المشتري في حالات محددة، ويترتب عليه آثار التسليم ولو لم يتم حقيقة. وللتسليم الحكمي صورتان، هما:

(١) **التسليم الحكمي الاتفاقي:** ويتم عندما ينفق المتبايعان على اعتبار المشتري قد تسلم المبيع في حالة معينة، فإذا تحققت هذه الحالة، عدَّ المشتري متسلماً المبيع حكماً. وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٤٠٣) مدني سوري، فقالت:

"٢. يجوز أنَّ يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية".

وقد نصَّ القانون على أنَّه في الحالات التي يتفق فيها المتعاقدان على تصدير المبيع إلى المشتري، فإنَّ التسليم لا يتم في هذه الحالة إلا إذا وصل المبيع إلى المشتري فعلاً ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك، فقد جاء في المادة (٤٠٤) مدني سوري "إذا وجب تصدير

المبيع إلى المشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

(٢) **التسليم الحكمي القانوني:** يتم التسليم الحكمي القانوني في أحوال مختلفة هي:

إذا كان المبيع في حوزة المشتري بأي صفة أو سبب قبل البيع، كما لو كان الشيء لديه على سبيل العارية أو الأمانة أو الإيجار، أو كان مغصوباً، فحصل البيع، ففي هذه الحالة تعد الحيازة تسليماً للمبيع، لأنَّ التسليم المراد حصوله قد تم بوجود المبيع لدى المشتري، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، وهناك حالات أخرى مماثلة يعد فيها المشتري متسلماً بالمبيع حكماً .

كم يجب تسليم الشيء في الحالة التي كان عليها عند البيع أي يمتنع على البائع إجراء التغيير في الشيء المبيع ابتداء من هذا الوقت (٣٩٩ مدني سوري). ويتفرع عن التزام البائع بالمحافظة على الشيء المبيع جانبين:

(١) جانب إيجابي: بذل جهد الرجل السوي في المحافظة على الشيء المبيع كما يحافظ على أمواله.

(٢) جانب سلبي: يمتنع عن القيام بأي عمل يفضي إلى التغيير من حالة الشيء المبيع.

ويقضي الأخذ بالتزام البائع بالمحافظة على الشيء المبيع مراعاة لمبدأين أساسيين:

المبدأ الأول: هو ضرورة التمسك بحسن نية البائع حتى يثبت العكس.

المبدأ الثاني: هو أنَّ التزام البائع بالمحافظة على المبيع لا يترتب عليه مبدئياً ما يقتضيه حفظ الشيء المبيع من نفقات منذ دخوله في ملكية المشتري ما لم يكن تمت اتفاق مخالف. فبمجرد تمام العقد يتحمل المشتري الضرائب وغيرها من الأعباء ويقع على

^٣ محمود جلال: عقد البيع (مقدمة)، الموسوعة القانونية المتخصصة.

<http://arab-ency.com.sy/law/detail/165318>

عاقته أيضاً مصاريف تحفظ المبيع وجني الثمار كما يتحمل تبعه هلاك المبيع ولو قبل حصول التسليم.

وأخيراً يترتب على البائع التزام بتزويد المشتري بجميع البيانات الخاصة باستعمال الشيء المبيع:

وتبدو أهمية هذا الالتزام بشكل خاص في نطاق البيوع التي ترد على الأشياء الخطرة كبيع المواد السامة أو المتفجرة أو الملتهبة أو المواد الكيميائية أو الميكانيكية....

ثانياً. تسليم ملحقات المبيع

تنص المادة (٤٠٠) مدني سوري على ما يلي: "يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء، وعرف الجهة وقصد المتعاقدين". وتحديد ملحقات المبيع يقتضي الرجوع أولاً إلى اتفاق المتعاقدين، ثم إلى العرف فإذا لم يوجد عرف فتشمل الملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لا بصفة مؤقتة لاستعمال الشيء المبيع وفقاً لما تقضي به طبيعته.

فبالنسبة للعقارات يتم التسليم بتخلي البائع عنها وتسليم مفاتيحها إذا كانت من المباني. ويُعدّ من ملحقات العقار سندات الملكية ومفاتيح المنزل، وعقود التأمين والحقوق والدعاوي المرتبطة به ودعاوي الضمان، كما يدخل في المبيع العقارات بالتخصيص والآلات الزراعية.

وإذا كان المبيع منقولاً فيُعدّ من ملحقاته كل ما أعد لاستعماله (رخصة السيارات - أدوات إصلاحية) كما يلحق ثمر المبيع ونماؤه به.

وإذا انصب البيع على الأراضي شمل البيع كلما يوجد فيها من مباني وأشجار وكل ما بها من مزروعات لم تثبت وثمار لم تعقد بعد.

كما أشار جمهور علماء المسلمين على أنّ من باع نخلاً فيها ثمر قبل أن يُؤبّر فإنّ الثمر للمشتري وإذا كان البيع بعد الإبرار فالثمر للبائع إلا أنّ يشترطه المشتري، والثمار كلها في هذا المعنى أي معنى النخيل، وهذا أكله لثبوت حديث ابن عمر أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أنّ يشترطه المشتري

" والإibar عند الفقهاء أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع إنائها، وفي سائر الشجر أن تنور وتعقد.

من الجائز أن يظهر في المبيع زيادة أو يظهر فيه نقص في مقدار المبيع فإن البائع يكون مسؤولاً عن النقص ويتحمل نتائجه، وللمشتري الحق في إنقاص الثمن وله أن يطلب فسخ العقد إذا أثبت أن النقص من الجسامة بحيث لو كان يعلم به ما أقدم على التعاقد. وهو ما نصت عليه المادة (٤٠١) مدني سوري بقولها:

"١. إذا عين في العقد مقدار المبيع، كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا المقدار بحسب ما يقضي به العرف، ما لم يتفق على غير ذلك. على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد".

أما إذا تبين أن مقدار المبيع المتفق عليه يزيد على ما ذكر في العقد، فالأصل أن يكون البائع ملزماً بما اتفق عليه مع المشتري، بأن يسلمه المبيع بلا زيادة أو نقصان، فإذا كان المبيع مما لا يقبل التبعض (التجزئة) وجب على المشتري أن يكمل الثمن إذا كان الثمن مقدراً على أساس الوحدة القياسية، فإذا اشترى شخص لؤلؤة على أنها بوزن محدد، وكان سعر الوحدة القياسية مبلغاً معيناً، فإذا اللؤلؤة تزيد على الوزن المتفق عليه، فعلى المشتري أن يزيد في الثمن المسمى بمقدار قيمة الزيادة. فإذا كانت الزيادة جسيمة جاز للمشتري أن يطلب فسخ العقد، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة (٤٠١) مدني سوري على ما يلي: "أما إذا تبين أن القدر الذي يشمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتبعض، أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

^٣ محمود جلال: عقد البيع (مقدمة)، الموسوعة القانونية المتخصصة.

<http://arab-ency.com.sy/law/detail/165318>

ومهما يكن من أمر، فإنَّ حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد، وحق البائع في تكملة الثمن، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً. إذ قضت المادة (٤٠٢) مدني سوري بما يلي:

"إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة، فإنَّ حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد، وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً".

أما في حال هلاك المبيع قبل التسليم لدى البائع لسبب لا يد للبائع فيه، فهذا يؤدي إلى انفساح العقد واسترداد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع فيكون الهلاك من حساب المشتري؛ لأنه تقاعس في تسليم ما اشتراه فهلك بسبب الإهمال، فيعد متسلماً للمبيع ويلزمه الثمن. وكذلك يكون الهلاك من حساب المشتري، إذا تسبب المشتري نفسه بفعله في هلاك المبيع، فيعد متسلماً للمبيع ويلزمه الثمن المسمى. فقد ورد في المادة (٤٠٥) مدني سوري، (٤٣٧ مدني مصري) "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع".

أما في حالة الهلاك الجزئي فقد نصت المادة (٤٠٦) مدني سوري على أنه:

"إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ العقد إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع. وإما أن يبقى المبيع مع إنقاص الثمن".

إذا ظهر في المبيع تلف ينقص من قيمته، كما حدد في عقد البيع، فهذا يدخل في تفرق الصفقة، وقد عالج القانون المدني هذه المسألة في المادة السابقة، فأجاز للمشتري إما أن يطلب فسخ العقد، إذا كان التلف جسيماً لو كان يعلم به المشتري قبل التعاقد ما أقدم على الشراء، وإما أن يبقى على المبيع على أن ينتقص البائع من الثمن ما يقابل نقصان المبيع بتلفه، وهذا حق للمشتري متى ذكر في العقد مقدار المبيع، فوقع التلف في جزء منه.

ثالثاً. ظروف وحيثيات التسليم

١- زمان التسليم

تسليم الشيء المبيع من قبل البائع إلى المشتري إما أن يكون تسليمًا فوريًا، أو أن يكون مؤجلًا إلى وقت آخر بعد إبرام البيع. فالأصل أن يتم التسليم فور إنشاء العقد ولو اتفق المتعاقدان على تأجيل دفع الثمن. ما لم يتم الاتفاق على ميعاد آخر يتم فيه التسليم أو كان العرف يقضي بمنح مهلة يتم فيها التسليم. والاتفاق على تأجيل التسليم قد يكون ضمناً يستخلص من العرف ففي مثل هذه الحالة يسمح للبائع بمهلة معقولة حتى يتمكن من الحصول على المبيع أو إخراجه من المخازن ونقله إلى مكان التسليم أو التصريح. وأجل التسليم يكون واحداً إذا كان الشيء المبيع معداً للتسليم دفعة واحدة ويكون متتابعاً عندما يقضي العقد بتسليم المبيع على دفعات متتابعة.

٢- مكان التسليم

يتم التسليم في المكان الذي كان الشيء المبيع موجوداً فيه عند البيع ما لم يتفق على غير ذلك. إذا لزم نقل المبيع من مكان إلى آخر، فإن تسليمه لا يتم إلا في وقت وصوله إلى المشتري أو نائبه. إذا ذكر في عقد البيع أن المبيع موجود في مكان آخر غير الذي كان موجوداً فيه حقيقة، وجب على البائع نقله إلى المكان المبين في العقد إذا طلب المشتري ذلك. المبدأ العام: يقضي بتحديد مكان التسليم بمكان وجود الشيء المبيع في وقت إبرام البيع. غير أن هذا المبدأ إذا كان لا يطرح أي إشكال بالنسبة للبيع الوارد على الأشياء المعينة بالذات فإن بيع الأموال المثلية يطرح إشكالا وفراغا قانونيا إذا لم تقرر عند إبرام العقد ولم يحدد الطرفان لا صراحة ولا ضمناً مكان التسليم.

٣- مصاريف التسليم عاتق البائع

مصرفوات التسليم كالتى يقتضيها القياس أو العد أو الوزن أو الكيل - وإذا كان الحق معنويًا: المصروفات اللازمة لإنشاء هذا الحق أو نقله.

في حال امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بالتسليم يمكن للمشتري

امتناع البائع عن التسليم: إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع كما هو متفق عليه، بمسوغ مشروع أو بلا مسوغ، يكون قد أخل بالتزامه ويظل المبيع في يده وعليه تقع مسؤولية تلفه أو هلاكه، وعلى البائع تطبيق القواعد العامة في هذه الحالة. والقواعد العامة تقضي في المادة (١٥٨) مدني سوري بما يلي: "١. في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتضى. ٢. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته".

هذا النص يمنح المشتري بعد إعداره البائع خيارين، إما التنفيذ الجبري وإما فسخ العقد، وسواء اختار المشتري التنفيذ أو اختار فسخ العقد، فإن له أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر مصدره خطأ البائع. بيد أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة، إما أن يجيب المشتري في طلب الفسخ والموافقة عليه، وإما أن يرفضه إذا وجد أن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام جملة .

^٣ محمود جلال: عقد البيع (مقدمة)، الموسوعة القانونية المتخصصة.

<http://arab-ency.com.sy/law/detail/165318>

المطلب الثالث

الالتزام بالضمان

سندرس في هذا المكان، الالتزام الثالث والأخير من التزامات البائع عندما يقوم بإبرام عقد بيع، وهو الالتزام بضمان الشيء المباع سواء ضد التصرفات التي يمكن أن تقع من البائع نفسه أو الغير، أو حتى ضد العيوب التي يمكن أن تكون في المبيع محل الالتزام.

الفرع الأول

ضمان التعرض والاستحقاق

الملاحظ أن الالتزام بضمان التعرض لا تقتصر على عقد البيع وإنما يوجد أيضا في العقود الناقلة للملكية أو الانتفاع والشركة غير أن المشرع رأى وضع القواعد العامة لهذا الضمان في عقد البيع وإحالة العقود الأخرى إليه.

ويقضي هذا المبدأ بالتزام البائع بأن يضمن للمشتري حياة هادئة وانتفاعا كاملا بالمبيع، فيضمن عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري. ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه.

يتضح أن البائع ضامن للمشتري الانتفاع من الشيء المباع وفقا لما أعد له، بأن يتمتع البائع عن القيام بأي عمل يؤدي إلى التشويش على المشتري ومنعه من الانتفاع بالشيء المباع (ضمان التعرض) كما يضمن كل تعرض لحق المشتري من قبل الغير (ضمان الاستحقاق). والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق موجود في عقود المقايضة والتركبة والإيجار وغيرها، وهو موجود إلى مدى ضيق في التبرعات والهبات. ويقترن التعرض بالاستحقاق، فيقال ضمان التعرض والاستحقاق، فيراد بالتعرض ما من دون الملكية من حقوق، ويراد بالاستحقاق ثبوت ملكية الغير للمبيع، وبمعنى آخر، فالاستحقاق هو أن يظهر بعد البيع حق في المبيع لغير البائع، سواء أكان الحق ملكية أم كان حقا عينيا أم

حق ارتفاق وغيرهما. والتعرض هو أن يقوم إنسان بمنع المشتري من الانتفاع بكامل المبيع فيفوت عليه فرصة هادئة للانتفاع به خالية من المعوقات.

أولاً. أنواع الضمان بالقانون

١- ضمان التعرض الشخصي

وهو امتناع البائع عن القيام بأي عمل يؤدي إلى التشويش على المشتري ومنعه من الانتفاع بالشئ المبيع بهدوء.

فهو التزام سلبي سواء كان هذا التعرض مادياً أو قانوني.

(١) **التعرض المادي:** ويكون من دون الاستناد إلى حق يدعيه على المبيع. أي أن يتصدى البائع للمبيع في يد المشتري عن غير طريق القضاء بغصبه أو سرقة أو إتلافه. على سبيل المثال، أن يمنع البائع المشتري من التمتع بالمبيع والانتفاع به، كأن يمنعه من حراثة أرضه أو جمع محصولها، يكون في هذه الحالة قد أخل بالتزامه التعاقدى فتتحقق مسؤوليته، ولكنه لا يضمن للمشتري أفعال الغير إذا اعتدوا عليه، لأن البيع لا يستلزم إلزام البائع بكف الناس عن الاعتداء على المشتري، ولا يجعله مسؤولاً عن جرائمهم. وذلك يدخل ضمن إطار الأعمال المادية التي يأتيناها البائع بغير حق (كاغتصاب الأرض المبيعة).

وقد يقوم الفعل على تصرف قانوني صادر من البائع إلى شخص آخر، فهذا التصرف يكون مادياً من جهة المشتري لأنه لم يكن طرفاً فيه.

(٢) **التعرض القانوني:** وهو على العكس من التعرض المادي، يكون حيث يدعي البائع حقاً على المبيع من شأنه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كله أو جزء منه.

مثاله إذا ادعى البائع على المشتري بأن له حقاً في المبيع مستنداً إلى سبب قانوني، كأن يسلمه المبيع محملاً بأعباء كان من المفروض أن يكون خالياً منها، لأن البيع المطلق يستلزم تعهد البائع للمشتري خلوه المبيع من كل حق، فإذا ادعى البائع أنه مستأجر للعقار الذي باعه، فيعد مخالفاً بما التزم به وهو تسليم المبيع خالياً من أي مستأجر له. أو أن

يكتسب بائع ملك الغير ملكية المبيع بسبب لاحق على البيع، حيث ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً وتنقل الملكية إلى المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد البيع. ففي الأمثلة السابقة، يكون البائع مسؤولاً مسؤولاً عقدياً، وللمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني الجبري، أو أن يطلب فسخ العقد وضمناً الأضرار التي لحقت به إذا كان له مقتضى، فقد نصت المادة (٤٠٧) مدني سوري على أن: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله هو، أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، ويكون البائع ملزماً بالضمان حتى لو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه".

غير أن هناك حالتين لا يلتزم فيهما البائع بضمان التعرض: (صادر من الغير).

- حالة انتزاع المبيع من المشتري تحت وطأة الإكراه أو نتيجة قوة قاهرة.
- حالة انتزاع الشيء المبيع من يد المشتري بفعل السلطة. على ألا يكون فعل السلطة مبني على حق سابق أو مبني على فعل يعزى سبب الانتزاع فيه إلى فعل البائع.

• خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصي.

١. عدم القابلية للانقسام: العمل السلبي لا يمكن أن يتجزأ. فالحيازة إما أن تكون هادئة أو غير هادئة.
٢. الدائن والمدين في الالتزام: الدائن في هذا الالتزام هو المشتري وينتقل حقه إلى الخلف العام والخلف الخاص.
٣. الالتزام بعدم التعرض الشخصي التزام مؤبد: فيمتنع عليه هو بالذات وضع يده على المبيع.
٤. بطلان شرط عدم ضمان التعرض الشخصي: ويذهب الفقه إلى أن هذا الشرط لا يبطل إلا إذا تم بصفة مطلقة تؤدي إلى إعفاء البائع نهائياً من مسؤوليته أما إذا كان بخصوص سبب محدد فيقع صحيحاً.

٢- ضمان التعرض الصادر عن الغير

يضمن البائع إلى جانب التزامه بعدم التعرض الشخصي ضمان عدم التعرض للمشتري، إذا كان هذا التعرض من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، ويكون البائع ملتزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه.

على أن يكون التعرض قانونياً، لأنَّ التعرض المادي الصادر من الغير لا يضمنه البائع وإنما يضمن التعرض الصادر من الغير إذا كان قانونياً، أي يستند فيه الغير إلى حق يدعيه على المبيع وهنا نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: عندما يدعي الغير حقاً على الشيء المبيع كان قد اكتسبه من البائع بتاريخ سابق على البيع وهنا يكون البائع ملتزماً بالضمان أي بدفع دعوى الغير شريطة أن يكون المشتري قد أعلمه بدعوى الاستحقاق في وقت مفيدون لا يكون هذا الاستحقاق من الغير حصل نتيجة غش أو خطأ من المشتري.

الحالة الثانية: عندما يدعي الغير حقاً على الشيء المبيع صار إليه من غير البائع بعد البيع (كأن يترتب حق ارتفاق قانون للمصلحة العامة) ففي مثل هذه الحالة لا يكون البائع ملتزماً بالضمان.

ثانياً. شروط قيام ضمان التعرض

أن يكون التعرض قد وقع فعلاً، فلا يكون البائع ضامناً إذا ظهر حق للغير يوجب الضمان، ولكن صاحب الحق لم يطالب به، ولم يمنع المشتري من ممارسة حقه في الانتفاع الكامل بالمبيع، وسبب ذلك أن لا مسوغ للضمان قبل وقوع الضرر.

(١) أن يكون استحقاق الحق ناشئاً إما من فعل البائع نفسه أو بفعل غيره، كما لو كان البائع قد باع المبيع لشخص آخر غير المشتري الأول، أو رتب على المبيع حق ارتفاق أو قام بتأجيله، فالبايع يضمن جميع ما قام به هو نفسه، ويضمن البائع التعرض والاستحقاق إذا كان سببه الغير الذي له علاقة بالبايع، كمورث البائع أو بائع البائع، فإذا ظهر أحد هؤلاء كان البائع ضامناً التعرض والاستحقاق للمشتري سواء كان البائع حسن

النية أو كان سيء النية، يعلم بوجود حق ثالث على المبيع أو كان لا يعلم. إلا أن البائع لا يضمن التعرض الذي يحصل من الغير إلا إذا كان قانونياً.

(٢) أن يكون طلب الاستحقاق مستنداً إلى سبب صحيح قبل الشراء: إذا أثبت طالب الاستحقاق أن حقه ناشئ قبل انعقاد البيع بين البائع والمشتري، كأن يكون البائع قد باع منقولاً لشخص ثم باعه لشخص آخر وسلمه إياه، فالملكية تكون لمن حاز المنقول حسن النية. ويكون للأول أن يطلب ضمان الاستحقاق، لأن حقه كان ناشئاً قبل البيع الثاني، أي أن حق المشتري الأول قد ورد قبل البيع الثاني، فلو كان قد ورد بعده لما حق للمشتري الرجوع بضمان الاستحقاق:^{٣٩}

(٣) أن يكون الحق المستحق واقعاً على المبيع كله أو على جزء منه: ويكون الاستحقاق واقعاً على جميع المبيع استحقاقاً كلياً، إذا باع شخص لآخر منقولاً وسلمه إياه، ثم ظهر مالك لهذا المنقول فيلتزم البائع للمشتري الأول بضمان الاستحقاق، ويكون البائع في هذه الحالة قد باع ملك غيره، وقد يكون الاستحقاق جزئياً ولا يعلم المشتري به، ولم يخطر البائع المشتري به، فالبائع ملزم في هذه الحالة بضمان الاستحقاق.

ثالثاً. آثار ضمان التعرض والاستحقاق

ميز المشرع بين كون الاستحقاق كلي أو جزئي.
أعطى للمشتري الحق في:

^٣ هناك حكم فرنسي اشترط إضافة إلى ذلك ألا يكون المشتري قد علم بأن المنتج الذي اشتراه مقلد وعلى الرغم من ذلك وافق على الشراء، في هذه الحالة لا يمكن له المطالبة بضمان الاستحقاق، أن طالب مالك الحق على المنتج المقلد باتلاف المنتج المقلد أو مصادرته.

Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, D. 2008, 1317, T. Lancrenon: cass° au visa de l'article 1626: « la garantie d'éviction est due par tout cédant d'un droit de pé, corporel ou incorporel, sauf à établir que le cessionnaire a participé aux actes de contrefaçon en mettant en vente un pdt qu'il savait contrefait. »

١. استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً فسخ البيع واسترداد الثمن ومصرفات العقد والمصرفات القضائية لدعوى الضمان.

٢. حالة كون الاستحقاق بالغ الأهمية بالنسبة للمشتري: أعطى للمشتري الاستحقاق الجزئي حق الخيار بين استرداد الثمن عن الجزء الذي حصل استحقاقه أو بين أن يفسخ عقد البيع ويسترد الثمن بكامله غير منقوص. حالة كون الاستحقاق قليل الأهمية لا يؤثر على حق المشتري في الانتفاع به: فإن المشتري لا يحق له أن يفسخ البيع بل يقتصر حقه على إنقاص الثمن فقط.

وأضاف المشرع مع ذلك حكمين آخرين كأثر لاستحقاق المبيع:

الأول: أن يكون للمشتري الحق في استرداد الثمن حتى ولو هلك الشيء الذي حصل استحقاقه أو نقصت قيمته، وحتى لو كان هذا الهلاك بفعل المشتري أو نتيجة قوة قاهرة. ثانياً: إذا ورد الاستحقاق على الأشياء المنقولة التي تباع جملة، كان للمشتري أن يفسخ العقد واسترداد الثمن كاملاً أو طلب إنقاص الثمن بقدر ما استحق.

كما أنه يتوجب على البائع أن يخطر المشتري وقت البيع بالتكاليف المترتبة على المبيع حتى يتقاضى رجوع المشتري عليه بالضمان. وفي ضوء ما تقدم، فإن المشرع قد قرر بعض الإجراءات يتقاسمها البائع والمشتري عندما ترفع دعوى الاستحقاق.

وترفع دعوى الاستحقاق على المشتري طبقاً للمادة (٤٠٨) مدني سوري، وعلى المشتري إخطار البائع برفعها. ويكون البائع بعد ذلك أمام أحد خيارين: إما أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري، لأن لديه من البراهين والأدلة ما يدحض بها دعوى مدعي الاستحقاق، حتى لا يفاجأ المشتري بطريق جهالته بالواقع وبالحكم لمدعي الاستحقاق بدعواه ويخسر المشتري المبيع لتقصيره أو جهله، لذلك أوجب المشرع على المشتري متى رفعت دعوى الاستحقاق عليه أن يبادر إلى إنذار البائع (إخطاره) بالواقع في الوقت الملائم، فقد جاء في المادة (٤٠٨) مدني سوري ما يلي: "١. إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان على البائع بحسب الأحوال، وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية، أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري...".

فإذا ما أخطر المشتري البائع بالوقت المناسب، كان واجبا على هذا الأخير التدخل في الدعوى إلى جانب المشتري ليدلي بحججه التي تدفع عن المشتري ما قد يلحق به من خسارة، وما قد يلحق به هو من ضرر بسبب وجوب الضمان. أو أن يحل محل المشتري في الدعوى، حسب ما يرى ذلك مناسبا وهو ما قضت به العبارة الأخيرة في المادة (٤٠٨) سابقة الذكر، التي تقول: "...أو أن يحل فيها محله". وقد يثبت مدعي الاستحقاق حقه في المبيع على العلى الرغم من من تدخل البائع في الدعوى أو حلوله محل المشتري، فيفصل القاضي بدعوى الاستحقاق بحكم واحد، لجهة مدعي الاستحقاق التي يرفعها على المشتري، ولجهة المشتري التي يرفعها على البائع في الدعوى الأولى ذاتها. كما أن إنذار البائع بالدعوى أو الإهمال في إنذاره، يؤدي إلى آثار مهمة جداً. ذلك لأن إهمال المشتري إنذار البائع وصدور الحكم وحصوله على الدرجة القطعية (قوة القضية المقضية) لمصلحة مدعي الاستحقاق، لا يشكل حجة قطعية لدى المشتري للرجوع على البائع بالضمان، بل يفقد حقه في الرجوع بالضمان عليه، ويكون للبائع رد دعوى المشتري بحجة أن المشتري بإهماله وعدم تبصره وتقصيره في إنذار البائع قد فوّت على نفسه الحجج التي يملكها البائع، والتي كانت ستغير مجرى الدعوى، الأمر الذي جعل المشتري ييؤ بالخسارة وحده من دون البائع برفض دعوى الاستحقاق، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٤٠٨) مدني سوري حيث قالت: "وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم، وصدر عليه حكم حاز قوة القضية المقضية، فقد حقه بالرجوع بالضمان، إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

ولكن الأمر يختلف لو بادر المشتري بإنذار البائع في الوقت الملائم، إلا أن البائع لم يتدخل لا بطلب من المستحق ولا من تلقاء نفسه، عندئذ يفقد البائع حقه في الدفاع، فإذا قضي لمدعي الاستحقاق، حق للمشتري الرجوع على البائع وتضمنينه ضمان الاستحقاق، من من دون أن يكون للبائع التمسك بالدفع التي كان بإمكانه التمسك بها في مواجهة مدعي الاستحقاق، ما دام المشتري قد أنذره في الوقت الملائم، فإذا لم يتدخل البائع في

الدعوى بعد إنذار المشتري له، ولم يطلب مدعي الاستحقاق إدخاله، جاز للمشتري المدعى عليه أن يطلب إدخال البائع في الدعوى كرهاً بصفة مدعى عليه وفقاً لقانون أصول المحاكمات، وله ألا يفعل ذلك ما دام البائع سيكون ملزماً بالضمان على كل حال، أما ما يجنيه المشتري من إدخال البائع كرهاً في الدعوى، بعد إنذاره، فهو أنه إذا قضي لطالب الاستحقاق بالاستحقاق، يقضي القاضي في الوقت ذاته للمشتري بالضمان من من دون أن يرجع المشتري على البائع بدعوى جديدة.

على أن الفقرة الثانية من المادة (٤٠٨) مدني سوري أعطت للبائع فرصة الدفع فيما لو أحس بأن الحكم الذي قضت به المحكمة لمصلحة طالب الاستحقاق، قد قضت به بسبب احتيال المشتري وتقصيره، فإذا أثبت تدليس المشتري أو خطأه الجسيم، فإنه يخلص من الضمان، وقد قضت المادة ٢/٤٠٨ مدني سوري بما يلي: "٢. إذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه".

حالات يثبت فيها حق المشتري بالضمان ولو اعترف للأجنبي بحقه: جاء في المادة (٤٠٩) مدني سوري (٤٤١ مدني مصري) ما يلي: "يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق من دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه".

من النص السابق يتضح أن المشتري لا يسقط حقه في ضمان الاستحقاق حتى لو اعترف لطالب الاستحقاق بحقه في المبيع، أو تصالح معه من من دون أن ينتظر صدور حكم قضائي لمصلحته، ولكن يشترط لتتاح الفرصة أمام المشتري للمطالبة بالضمان شرطان مهمان هما:

(١) أن يكون المشتري قد أُنذر (أخطر) البائع بالدعوى في الوقت الملائم ليحل محله فلم يفعل.

(٢) أن يكون المشتري قد اعترف بحق طالب الاستحقاق أو تصالح معه عن حسن نية، أي أن تكون لديه القناعة الكاملة بحق المدعي في الاستحقاق، أي أن يكون حق الأجنبي واضحاً كل الوضوح.

فإذا توافر هذان الشرطان، كان للمشتري الحق في مطالبة البائع بالضمان ما لم يثبت البائع أن طالب الاستحقاق ما كان على حق في دعواه.

النتائج التي تترتب على صدور الحكم باستحقاق المبيع: إذا قضي لمدعي الاستحقاق بحقه فما يسلكه المشتري يختلف باختلاف كون الاستحقاق كلياً أو جزئياً.

فإذا كان الاستحقاق كلياً وardاً على جميع المبيع، كان للمشتري أن يطلب من البائع الأمور التالية:

(١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق إضافة إلى الفوائد القانونية التي تترتب له من وقت الاستحقاق.

(٢) وأن يطالب بقيمة الثمار التي ينتجها المبيع والتي ردها إلى الأجنبي الذي صدر الحكم لمصلحته، إضافة إلى المصاريف النافعة التي أنفقها المشتري على المبيع.

فإذا لم يقيم المشتري بإنذار (إخطار) البائع بدعوى الاستحقاق التي رفعها مدعي الاستحقاق عليه في الوقت الملائم وقضي لمدعي الاستحقاق باستحقاق المبيع لعدم وجود أدلة تدحض ادعاءه بين يدي المشتري، سقط حق المشتري بتضمين البائع الاستحقاق، إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان سيؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (المادة ٤٠٨ مدني سوري). كما تضيف المادة (٤١١) سابقة الذكر في الفقرة الرابعة والخامسة، أن يطالب المشتري بما يلي:

"٤. جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٠٨.

"٥. وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو ما فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع، كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله.

أما إذا كان الاستحقاق جزئياً: أي إذا استحق بعض المبيع وجب التفريق بين حالتين: إذا كان الجزء المستحق من الجسامة لو علم به المشتري قبل الشراء لما أقدم عليه فإنَّ المشتري في هذه الحالة يكون مخيراً بين أمرين:

إما أنَّ يرد المبيع على البائع إضافة إلى الفوائد التي أفادها منه ويطالبه بالمبالغ المنصوص عليها في المادة (٤١١) مدني سوري، وإما أنَّ يحتفظ ببقية المبيع بعد الاستحقاق ويرجع على البائع بتعويض يعادل الخسارة التي حاققت بالمشتري جراء الاستحقاق.

أما إذا كان الجزء المستحق لا يشكل ضرراً كبيراً للمشتري لو علم به قبل الشراء لأقدم عليه، وآثر استبقاء المبيع لديه، فإنَّ حق المشتري ينحصر في طلب التعويض من البائع عما لحقه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي.

رابعاً. الاتفاق على تعديل الضمان بإسقاطه أو إنقاصه أو التشدد فيه

تقضي الفقرة الأولى من المادة (٤١٣) مدني سوري على جواز الاتفاق بين المتعاقدين على زيادة ضمان الاستحقاق، فيشترط المشتري على البائع ضمانات إضافية، كالتعويض عن جميع المصروفات الكمالية، حتى لو كان البائع حسن النية. كما يجوز للمتعاقدين إنقاص الضمان، كإنقاص الأسباب الموجبة له. فالاتفاق صحيح إذا كان البائع حسن النية. ولهما أنَّ يتفقا على إعفاء البائع من المسؤولية وضمن الاستحقاق. أو الاتفاق على عدم رجوع المشتري على البائع بالضمان أو بالمصروفات، إلا أنَّ الاتفاق على إسقاط الضمان أو إنقاصه يُعدُّان باطلين إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي عن المشتري، فيكون البائع في هذه الحالة قد ارتكب غشاً باشرطه عدم مسؤوليته وإخفائه وجود حق للغير في المبيع، فلا يصح اشتراطه عدم الضمان عند ثبوت الاستحقاق، "فلا يصح أنَّ يكون الغش سبيلاً إلى الإعفاء من الضمان".

أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ عن فعل الغير، فإنَّ البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق إذا كان سيئ النية عالماً بحق الغير متعمداً إخفائه، إلا إذا أثبت

البائع أنَّ المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنَّه اشترى على مسؤوليته، أي أنَّه اشترى ساقط الخيار. وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٤١٤) مدني سوري.

الفرع الثاني

ضمان العيوب الخفية

الأصل في البيع هو الضمان، والدليل على ذلك هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن رجل ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فردّه عليه، فقال البائع: يا رسول الله قد استغل غلامي، فقال ((الخراج بالضمان)) ذكره أبو داود

هذا الالتزام تفرضه طبيعة بيع الأشياء فالمشتري عندما يشتري شيئاً ما يفترض أنَّه خال من العيوب فالعيوب يؤثر على حق المشتري في الانتفاع بالمبيع ولذلك نصّ المشرع في المادة (٤١٥) مدني سوري على خصائص العيب الواجب الضمان من دون الخوض في تعريفه، إذ قالت: "١. يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة، مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له".

أولاً. التعريف الفقهي لضمان العيوب

بالاستناد إلى المادة السابقة عرّف رجال القانون العيب فقالوا: "العيب حالة يخلو عنها المبيع عادة، وينقص وجودها من قيمته أو نفعه". فالعيب الذي يوجب الضمان يجب أن يؤدي استناداً إلى التعريف السابق، إلى نقص في قيمة المبيع، أو نقص في النفع منه. وللمحافظة على مبدأ استقرار المعاملات اشترط المشرع أن تكون هذه العيوب أو المواصفات موجودة في الشيء المبيع عند البيع أن كان هذا الشيء معينا بالذات. أو أن تكون موجودة فيه عند التسليم أن كان من المثليات التي تعين بالنوع أو المقدار أو

الصفات. كما اشترط ألا تكون من الأمور الظاهرة في الشيء المبيع أو من السهل التعرف عليها. وإلا كان المشتري مسؤولاً عنها.

وقد ميز علماء المسلمين بين نوعين من العيب، منها عيوب في النفس، ومنها عيوب في البدن، والعيوب التي توجب الحكم هنا هي التي فقدتها نقص في أصل الخلقة، أما العيوب التي لا تُعد في حكم ذلك أي تُعد كمالات وليس فقدتها نقص مثل الصنائع.

والمثال الواضح والبارز في هذا المضممار ما ورد في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا تصروا الإبل والبقر، فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين أن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر"، الحديث والتصيرية عن مالك والشافعي عيب وهي حقن اللبن في الثدي أياماً حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير، فقالوا: أن الخيار يثبت للمشتري في التصيرية، وهذا دال على عيب مؤثر، ويمكن اعتباره أيضاً تدليس.

والأصل في المتلفات إما القيم وإما المثل، وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثل ومنها بيع الطعام المجهول؛ أي الجفاف بالمكيل المعلوم، لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر، وأيضاً فإنه يقل ويكثر، والعوض هنا محدود.

أما شرط العيب الموجب للحكم به، هو أن يكون حادثاً قبل أمد التبايع باتفاق الجمهور، أو في العهدة عند من يقول بها، ولقد انفرد مالك بالقول بالعهدة من دون سائر فقهاء الأمصار، وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة، ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع، وهي عند القائلين بها عهدتان: عهدة الثلاثة أيام، وذلك في جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري، وعهدة السنة من العيوب الثلاثة: الجذام والبرص والجنون.

قبل البحث في شروط العيب على ما جاء بها نص القانون لا بد من التمييز بين العيب والرداءة: فالرداءة من الأوصاف الدنيا للشيء، ولكنها ليست عيباً بالمعنى القانوني، فالقمح الرديء ليس عيباً لأنه من صنف رديء، وكذلك الزيتون ذو البزرة الكبيرة لا يعد معيباً، بل يعد رديئاً لفوات الوصف الجيد فيه، أما إذا كان القمح قد داخله السوس، أو الزيتون قد نخرته دودة الزيتون، فيكون ذلك من قبيل العيب الذي لا تقبله الفطرة السليمة.

ثانياً. شروط ضمان العيب

١- أن يكون العيب مؤثراً

يكون العيب مؤثراً إذا وقع على الشيء المبيع على نحو ينقص من قيمة الشيء أو ينقص من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه، وقد يكون العيب مما ينقص من قيمة المبيع من دون أن ينقص من الانتفاع به، وقد ينقص من الانتفاع به من دون أن ينقص من قيمته، وسواء كان العيب ينقص من قيمة المبيع أو ينقص من المنفعة به، ويؤدي هذا العيب إلى تقويت المنافع المقصودة لدى المشتري، جاز للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب. فمهما كان العيب، إذا كان يخل بأية منفعة مقصودة للمشتري إخلالاً محسوساً أو من منفعة مستفادة مما جاء في العقد أو من طبيعة الشيء، جاز للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب. وهو ما نصت عليه المادة (٤١٥) مدني سوري.

٢- أن يكون العيب قديماً

أي أن يكون العيب حاصلاً في المبيع قبل البيع عند البائع قبل التسليم. فإذا حصل العيب عند المشتري بعد التسليم فلا يسأل عنه البائع إلا إذا كفل البائع المبيع مدة من الزمن حدث خلالها الخلل في المبيع، كان البائع مسؤولاً عن العيب. عندئذٍ يجب على المشتري أن يندر البائع خلال شهر من ظهور العيب وأن يرفع الدعوى على البائع خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار، وإلا سقط حق المشتري في الضمان ما لم يتفق المتبايعان على خلاف ذلك، فقد نصت المادة (٤٢٣) مدني سوري، على ما يلي: "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه في الضمان، كل ذلك ما لم يتفق على غيره".

٣- أن يكون العيب خفياً

العيب إما أن يكون ظاهراً فيكون اكتشافه سهلاً بالفحص العادي من قبل الشَّخص العادي فلا يضمنه البائع، وهو ما أشارت إليه المادة (١٥/٢) مدني سوري إذ قالت: "...لا يضمن البائع العيوب... التي يستطيع المشتري أن يتبينها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي". وإما أن يكون العيب خفياً موجوداً وقت التسليم، فلو كان الشيء المبيع معيناً بالنوع يتطلب الإفراز من أجل التسليم، وتراخى التسليم عن وقت الإفراز، وحدث عيب بالمبيع خلال ذلك، كان البائع مسؤولاً بالضمان لو أكد للمشتري خلو المبيع من العيب، أو تعمد إخفاءه عنه غشاً به. فاكتشاف العيب بعد ذلك يلزم البائع بالضمان، وعليه أن يتحمل مسؤولية كذبه، ومهما يكن من أمر فإن العيب الخفي الذي يوجب الضمان يجب أن يكون موجوداً وقت تسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يكن موجوداً وقت انعقاد البيع.

وهنا تجب الإشارة إلى أن البائع يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه بعدم ضمان العيب إذا أثبت أن العيب كان ظاهراً عند تسليم المبيع ورضي به المشتري، أو أن يثبت أن العيب كان ظاهراً باستطاعة المشتري تبينه بفحص الشَّخص العادي.

٤- أن يكون المشتري جاهلاً بعيب المبيع

فقد يكون المشتري عالماً بالعيب ومع ذلك أقدم على الشراء لكون العيب ليس جسيماً، فحق المشتري مقصور على طلب التعويض، فإذا كان العيب جسيماً لو كان المشتري على علم به لما أقدم على الشراء، كان المشتري مخيراً بين فسخ العقد والعودة إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وإما أن يحتفظ بالمبيع ويطالب البائع بالتعويض عما فاتته من كسب وما أصابه من خسارة. فحقوق المشتري هي التي تتفاوت فيكون له في بعضها فسخ العقد، وفي بعضها التعويض.

وبالتالي، يعفى البائع من ضمان العيب في البيوع القضائية أو الإدارية التي تجري بطريق المزايدة؛ لأن المشتري يُعدُّ مشترياً لها بالحالة الراهنة، كيفما كانت، تنص على ذلك المادة (٤٢٢) مدني سوري فنقول: "لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد". كما أن البائع لا يضمن ما جرى العرف على التسامح

به، المادة (٤١٦) مدني سوري التي جاء فيها: "لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه". كما يعفى من الضمان إذا كان المشتري يعلم بالعيب علماً كافياً واطلع على العيب بنفسه فعرفه وخبره ثم رضي به. إلا أنَّ جهل البائع بالعيب لا يعفيه من الضمان حتى لو لم يكن عالماً بوجوده. فقد قضت العبارة الأخيرة من المادة (١/٤١٥) مدني سوري بما يلي: "... ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده".

كما رتب القانون المدني السوري إجراءات خاصة بدعوى ضمان عيوب البيع الخفية، فالزِم المشتري أنَّ ينذر البائع (أن يخطره) بالعيب في المبيع خلال أجل معقول من اكتشاف العيب، وأن يرفع دعوى ضمان العيب على البائع خلال سنة من قبض المبيع، وإلا سقط حقه في الضمان ما لم يقبل البائع بالتزام لمدة أطول، ولعل ذلك راجع إلى أهمية مبدأ استقرار التعامل، وحتى لا يبقى البائع مهدداً مصيره بفسخ البيع وزوال العقد. زد على ذلك أنَّ طول الفترة لرفع الدعوى يضيع على المشتري قوة إثبات العيب، فقد جاء في المادة (٤١٧) مدني سوري ما يلي:

"١. إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أنَّ يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع، وجب عليه أنَّ يخطره به خلال مدة معقولة، فإنَّ لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع.

٢. أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أنَّ يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من العيب".

ثالثاً. أحكام ضمان العيوب الخفية

يقع عبء إثبات الشروط الأربعة السابقة على عاتق المشتري، فهو الذي يجب عليه أنَّ يُثبت وجود العيب قبل تسلّم المبيع، وهو الذي يجب عليه أنَّ يثبت ما إذا كان العيب مؤثراً وأن يثبت خفاءه، فإذا أثبت المشتري ذلك، وجب على البائع أنَّ يثبت أنَّ المشتري كان عالماً بالعيب أو أنَّه أعلن عنه. أما تقدير هذه الوقائع فمتروك لتقدير القاضي ولا رقابة لمحكمة النقض عليه لأنها من مسائل الواقع لا من مسائل القانون. فإذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أنَّ يرجع بالضمان على النحو المبين

في المادة (٤١٢) مدني سوري التي تقضي، إذا كان العيب جسيماً، برجوع المشتري على البائع بقيمة المبيع وقيمة الثمار والمصروفات، وتعويض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاتته من ربح، على أن يرد المبيع وما أفاد منه إلى البائع، فإذا لم يكن العيب جسيماً، لا يكون أمام المشتري سوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

كما استبقى المشرع الحق في دعوى الضمان ولو هلك المبيع بعد ذلك، إذ تنص المادة (٤١٩) مدني سوري، على ما يلي: "تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب". فإذا هلك بسبب العيب القديم، ولو كان ذلك بعد قبضه، ظل البائع ملزماً بالضمان كاملاً. فدعوى الضمان لا تتأثر بهلاك المبيع، غير أن المشتري لا يستطيع فسخ العقد لهلاك محله، بل يرجع إلى القواعد العامة. فإذا كان هلاك المبيع بسبب أجنبي لا يد للبائع فيه، انفسخ العقد، ولا يكون للمشتري لقاء العيب شيء، أما إذا كان الهلاك بفعل البائع، فيعد البائع مسترداً للمبيع لأن المشتري سيختار الفسخ، وبه يعود المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد. أما إذا كان الهلاك بفعل شخص أجنبي، كان الأجنبي مسؤولاً عن الهلاك تجاه البائع، أو تثبتت البيع وملاحقة الأجنبي بضمان قيمة المبيع المعيب، إضافة إلى التعويض عن الأضرار التي وقعت بالمشتري، فإذا كان الهلاك بفعل المشتري، فإن هلاك المبيع لا يسقط حقه في الضمان، ولكن إذا استحال رد المبيع بفعله، فلا يكون للمشتري إلا المطالبة بالتعويض حتى لو كان العيب جسيماً.

وقد أحاط المشرع السوري مبدأ التزام البائع بضمان عيوب المبيع بإجراءات قانونية راعى فيها مبدأ الموازنة بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري ومبدأ استقرار المعاملات ومبدأ تنفيذ الالتزامات على أساس حسن النية.

من حيث مبدأ الموازنة، فقد قيد المشتري بالتزامات جعلها على عاتقه لإثبات العيب قبل أن يلزم البائع بالضمان. ومن حيث استقرار المعاملات، فقد قيد المشتري بمدة زمنية أوجب عليه أن يطالب خلالها بضمان العيب. أما من حيث تنفيذ الالتزامات على أساس حسن النية، فقد نص على حرمان البائع سيء النية من التمسك بالمواعيد التي قيد بها المشرع المشتري في نطاق دعوى الضمان.

ضمن احترام المشرع مبدأ استقرار المعاملات بشكل عام في عقد البيع، والبيع التجاري بشكل خاص ألزم المشتري برفع دعوى المطالبة بضمان العيوب الخفية أو ضمان خلو المبيع من المواصفات المحددة بالعقد خلال مدة قصيرة وإلا سقطت بالتقادم. وهو ما نصت عليه المادة ٤٢٠ مدني سوري: "١. تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت التسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول.

٢. على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه".

ويجوز للبائع والمشتري الاتفاق على تمديد هذه المدة أو تقصيرها بشكل صريح. فتُعَدُّ المدة الجديدة المتفق عليها ملزمة للطرفين بحيث لا يجوز المطالبة برفعها على ألا تتجاوز ١٥ سنة. على ما نصت عليه المادة ٤٢١ مدني سوري "يجوز للمتعاقدين، باتفاق خاص، أن يزيذا في الضمان، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان. على أن كل شرط يسقط الضمان، أو ينقصه، يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه".

ويسقط دعوى الضمان بالتقادم نتسقط معها دعوى الفسخ أو دعوى إنقاص الثمن. وتبقى هذه المدد سواء كانت اتفاقية أو قانونية عديمة الأثر إذا ثبت سوء نية البائع. وتسقط دعوى ضمان العيوب الخفية أيضاً بزوال العيب قبل دعوى الفسخ أو إنقاص الثمن، ويتنازل المشتري عن الدعوى تنازلاً صريحاً إذا باع المشتري الشيء المبيع أو تصرف فيه.

إذا توافرت شروط العيب الموجبة للضمان أو تخلفت الصفة المتفق عليها بالمبيع كان للمشتري حق طلب فسخ البيع كلياً أو جزئياً واسترداد الثمن. فإذا قضي بالفسخ وجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. وقد يكتفي بفسخ العقد بالنسبة للجزء الذي أصابه العيب عندما يكون المبيع قابلاً للتجزئة.

ويترتب على فسخ البيع التزامات متقابلة؛

بالنسبة للمشتري:

- رد الشيء المبيع بالحالة التي كان عليها.
- رد ثمار الشيء من وقت الفسخ باستثناء الناضجة أو غير المعقودة إذا كان قد جناها قبل نضجها.

بالنسبة للبائع:

- يدفع للمشتري مصروفات الري والزرع والصيانة ومصروفات رد الثمار إليه.
 - رد الثمن ومصروفات العقد.
 - تعويض المشتري عما لحقه من ضرر أو ما فاته من كسب.
- في القانون الفرنسي بعد تعديل 2016 يبدو أنه أضاف مفهوم جديد لفسخ العقد لوجود عيب في المبيع، على ما هو معروف تقليدياً يقوم على تقييم "قيمة الاستخدام" بما يعادل القيمة الإيجارية أكثر من تقييم تلف المبيع.
- النتيجة النهائية لهذا الإصلاح من منظور قانون العقود الخاص، هو الخلط بين البيع والإيجار في مرحلة الاسترداد؟ تعويض الاستخدام المستحق:
- ضمن إطار الإيجار، فيما يتعلق بالخدمات المؤداة؛
 - ضمن إطار البيع، ما يقتضيه الوضع الراهن الممتد إلى أبعد ما ينص عليه الفسخ من التزامات تقليدية.

هذا بالفعل هو منطق قانون العقود العام الذي يحو هنا خصوصية العقود الخاصة.

حدّ حكم صدر مؤخراً من نطاق هذا الالتزام بتعويض البائع للمشتري.

"في حيثيات الحكم أن بيع جواد للمنافسة والتربية والدروس من ابن البائع. تم حل البيع بسبب عيب في الحصان إذ تبين أنه أعرج. باعتبار أن المشتري كان قادراً على استخدام الحصان جزئياً، خارج إطار المنافسة، لا يتعين على البائع أن يعرضه عن تكاليف ركوب الخيل والطبيب لأنهما كانا نظيراً للانتفاع بالحصان الذي وفرها الحصان قبل فسخ العقد. حيث انتفع المشتري بالحصان خارج المنافسة".

عدم الأداء الجزئي، وبالتالي رد جزئي. بعضهم لم يُعدّ القرار منطقياً، كما يشير H. Barbier، لأنَّ أحد أمرين:

- إما أنَّ يكون عدم الأداء من الخطورة بما يكفي لتبرير إنهائه ويجب تطبيق الأثر الرجعي عليه بالكامل؛

٦

. أو لم يكن كذلك ، فلا ينبغي أنْ فسخ العقد

➤ كما يحق للمشتري في إنقاص ثمن المبيع المعيب، فلا يكون للمشتري طلب

الفسخ، وليس له إلا المطالبة بإنقاص الثمن في حالة:

١- تعيب الشيء المبيع نتيجة خطأ المشتري.

٢- إذا كان المشتري استعمل الشيء استعمالاً من شأنه أنَّ ينقص من قيمته بكيفية محسوسة وفي كل الأحوال يجري إنقاص الثمن بتخفيضه على أساس تقدير قيمة الشيء وقت البيع وقيمه معيب عند طلب الفسوق الفرق بين القيمتين هو الذي يتعين رده على المشترون يجوز للمشتري مطالبة البائع بإصلاح العيب متى كان ذلك ممكناً أو أنَّ يقوم به المشتري نفسه على نفقة البائع.

بالنهاية لا بد من الإشارة إلى أنَّ أحكام ضمان عيوب البيع الخفية ليست من النظام العام، لذلك يجوز الاتفاق على تعديلها تشديداً أو تعديلاً وإسقاطاً. فقد جاء في المادة (٤٢١) مدني سوري أنه: "يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أنَّ يزيذا في الضمان أو أنَّ ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان. على أنَّ كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في هذا المبيع غشاً منه". ولم يستثن القانون إلا حالة واحدة، هي حالة البائع الغاش إذا تعمد إخفاء العيب، فهذا الغش يبطل شرط عدم الضمان أو إنقاصه، ولا قيد على الاتفاق على زيادة الضمان.

وكان هناك اختلاف لدى علماء المسلمين حول مشروعية الاتفاقات المعدلة للضمان وخاصة البيع بشرط البراءة، وصورته أنَّ يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب

³⁹⁶Civ. 1^{ère}, 19 février 2014, n°12-13.668, inédit; RTDC 2014/2, 363, Barbier; D. 2014, 642, note crit. S. Pellet; RDC 2014/3, p. 374, O. Deshayes.

يجده في المبيع على العموم، واختلف العلماء في ذلك فقال أبو حنيفة: يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه، سماه أو لم يسمه، أبصره أو لم يبصره، وقال الشافعي في أشهر قولييه وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع إلا في عيب يريه للمشتري.

ولمالك ثلاثة أقوال: أحدهما - هو الذي ذكرنا أنه المجتمع عليه عندهم، وهو مثل قول الشافعي حرفاً حرفاً، وهو قوله في الموطأ.

ثانيهما: أنه لا يبرأ بذلك إلا في الرقيق خاصة، فيبرأ مما لم يعلم، ولا يبرأ مما علم فكتم، وإنما في سائر الحيوان وغير الحيوان، فلا يبرأ به من عيب أصلاً.

والثالث: وهو الذي رجع إليه، وهو أنه لا ينتفع بالبراءة إلا في ثلاثة أشياء فقط:

١ - بيع السلطان للمغنم، أو على مفلس

٢ - العيب الخفيف خاصة في الرقيق لكل أحد

٣ - فيما يصيب الرقيق في عهدة الثلاث خاصة.

وذهب بعض المتقدمين، منهم: عطاء، وشريح، إلى أنه لا يبرأ أحد وإن باع البراءة، إلا من عيب بينه ووضع يده عليه.

المبحث الثاني

التزامات المشتري

لما كان عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، فإنَّ المشتري يلتزم تجاه البائع بعدة التزامات تعد المقابل لما يقع على البائع من التزامات، وهي الالتزام بالوفاء بالثمن والالتزام بدفع نفقات ورسوم البيع، والالتزام بتسليم المبيع، وقد بين القانون المدني السوري التزامات المشتري في المواد ٤٢٤ . 432 وقد خصص الجزء الأكبر من هذه النصوص للالتزام الأساسي ألا وهو دفع الثمن.

المطلب الاول

الالتزام بدفع الثمن

الثمن هو كما بينا في بحث الثمن، عبارة عن مبلغ من النقود يتفق عليه المتعاقدان في العقد، والثمن يجب أن يكون نقداً، وإن محدداً بالعقد أو هناك معايير في العقد تسمح بتحديدته، وإن يكون حقيقياً لا صورياً ولا تافهاً. فإذا توافرت في الثمن هذه الشروط، كان التزام المشتري بالثمن صحيحاً، متى جاء في الزمان والمكان المحددين بالعقد.

الفرع الأول

مضمون الالتزام بدفع الثمن

على المشتري دفع الثمن في التاريخ وبالطريقة المحددين في العقد، وعند سكوت العقد يُعدُّ البيع قد أبرم معجل الثمن، ويلتزم المشتري بدفعه في نفس وقت حصول التسليم. ويُعدُّ في حكم الثمن ما يلتزم به المشتري بتكملة الثمن الأصلي في حالة قيام الدليل على استغلاله للبائع.

ويُعدُّ كذلك في حكم الثمن، ما يلتزم به المشتري من تكملة الثمن في حالة ظهور زيادة في قدر المبيع إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة.

فوائد الثمن: يلتزم المشتري إلى جانب دفع الثمن بدفع فوائده ولكنه لا يلتزم بدفع هذه الفوائد في كل الأحوال، وإنما في حالات معينة حددتها المادة ٤٢٦ مدني سوري عندما قالت "1. لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن، إلا إذا أعذر المشتري، أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

٢. وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام المبيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره. يقابلها في القانون المدني الفرنسي المادة ١٦٥٢ التي تقول "يدين المشتري بفائدة ثمن البيع حتى سداد رأس المال، في الحالات الثلاث الآتية:

إذا تم الاتفاق على ذلك وقت البيع؛

إذا كان الشيء المباع والمسلم ينتج ثماراً أو دخلاً آخر؛

إذا كان المشتري قد أمر بالدفع.

في الحالة الأخيرة، تتراكم الفائدة فقط من الاستدعاء".

يتبين من هذا النص أن المشتري يلتزم بدفع فوائد عن الثمن في أربع حالات هي:

١ - إذا استحق الثمن وأعذر البائع المشتري بدفعه ولكنه لم يدفعه فعندئذ تسري من تاريخ الإعذار فوائد عن الثمن، وسريانها من تاريخ الإعذار يُعدُّ استثناءً على القاعدة العامة التي تقضي بسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية).

٢ - إذا سلم البائع الشيء المبيع إلى المشتري وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، كما إذا كان منزلاً للتأجير، أو أرضاً زراعية، أو سيارة أجرة. وبمفهوم المخالفة إذا كان الشيء غير قابل أن ينتج ثمرات أو إيرادات فإن المشتري لا يلتزم بفوائد الثمن مثال ذلك أن يكون المبيع حلي للزينة أو لوحة فنية.

والحكمة من التزام المشتري بدفع فوائد في حالتنا هذه هي أن البائع متى سلم المبيع للمشتري وكان هذا لمبيع مما يمكن الانتفاع به بالحصول على إيراداته أو ثماره، فإنه من العدالة أن يمكن المشتري البائع من الانتفاع بالثمن مقابل ذلك سواء بدفع الثمن للبائع وبذلك حتى لا يجمع المشتري بين البديلين. وبالطبع هذا الحكم يطبق ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، أي يجوز الاتفاق على أن المشتري لن يدفع فوائد على الثمن، على الرغم من أنه تسلم مبيعاً منتجاً للثمار، الفوائد تسري في حالتنا هذه من تاريخ التسليم ولا تتأخر إلى وقت المطالبة القضائية.

٣ - إذا اتفق الطرفان البائع والمشتري على استحقاق فوائد على الثمن، عندها المشتري يلتزم بدفع فوائد عن الثمن، وتسري هذه الفوائد من الوقت الذي يتفق عليه الطرفان، فهما اللذان يحددان تاريخ سريان الفوائد سواء كان وقت استحقاق الثمن أم من وقت تسليم المبيع، أم من أي وقت آخر.

تنص المادة ٤٢٤ "١. يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

٢. فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن". في القانون الفرنسي نصت المادة ١٦٥٠ على أنه "الالتزام الرئيسي للمشتري هو دفع الثمن في اليوم وفي المكان الذي يسوى فيه البيع" والمادة ١٦٥١ "إذا لم تتم تسوية أي شيء في هذا الشأن وقت البيع وجب على المشتري أن يدفع في المكان والزمان اللذين يتم فيهما التسليم".

يجب على المشتري الوفاء بالثمن وقت تسليم الشيء المبيع في مكان التسليم، ربط المشرع بين مكان دفع الثمن ووقت تسليم المبيع، وعلى ذلك يكون البائع ملزم بتسليم المبيع في هذا الوقت بالتحديد، ومادام البائع و المشتري سيلتقيان لتسليم المبيع و تسلمه فإنَّ الحكمة تقضي أنَّ يحسم في الوقت نفسه موضوع تسليم الثمن و تسلمه من المشتري إلى البائع و ذلك للترابط و للعلاقة القوية بين التزام البائع بتسليم المبيع وتسلمه من قبل المشتري، والتزام المشتري بدفع الثمن و تسليمه إلى البائع لأنَّ ذلك الوفاء الحاصل و في مكان واحد يوفر على العاقدين الوقت و المال و الجهد. ولكن ماذا لو تم الاتفاق بين البائع والمشتري على تسليم المبيع في مكان آخر غير المكان الذي يوجد فيه المبيع عند التعاقد، فإذا حصل ذلك وهو جائز قانوناً، ولم يكن المتعاقدان قد اتفقا على تغيير مكان دفع الثمن وإلحاقه بالمكان الجديد المتفق عليه لتسليم المبيع، نصت المادة ٤٢٤ في فقرتها الثانية أنه إذا لم يتفق المتبايعان على مكان معين للوفاء بالثمن فإنَّ دفعه يكون واجباً في موطن المشتري وقت حلول الأجل، وفي هذا تطبيق للقواعد العامة في الوفاء بالالتزام.

هذا الحل يتطابق مع الصيغة الفرنسية التي تتحدث عن التسليم بمعنى أنَّ أداء الثمن يكون عند تسليم المبيع أي مبدئياً منذ العقد، ولعل ذلك أقرب إلى غاية المشرع علماً بأنه يستثني المشتري سيء النية الذي يتوانى في تسلم المبيع حتى لا يكون مطالباً بدفع الثمن. أنَّ دفع الثمن من قبل المشتري يكون من حيث الأصل ومن حيث المبدأ عند انعقاد

العقد، وقبل مطالبة المشتري للبائع بتسليمه المبيع وهذا الحكم يُعد تطبيقاً للقاعدة العامة في الوفاء بالالتزام.

حق المشتري بحبس الثمن

تنص المادة ٤٢٧ مدني سوري على أنه " ١ . إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع.

٢ . وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣".

كما تنص المادة ٤٢٥ مدني سوري

١ . يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

٢ . فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على المبيع، أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له، ما لم يمنعه شرط في العقد، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر. ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً.

٣ . ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع. ونص القانون الفرنسي في المادة ١٦٥٣ على أنه "إذا خشي المشتري أو كان لديه سبب وجيه للخوف من تعرض الغير، سواء كان رهناً أو مطالبة على الشيء المبيع سابق للشراء، فيجوز له حبس الثمن حتى يوقف البائع هذا التعرض، ما لم يقدم هذا الأخير ضماناً، أو ما لم يُتفق على أنه على العلى الرغم من من التعرض، فإن المشتري سيدفع أُلثم المتفق عليه.

وفقاً للأحكام العامة السابقة فإن المشتري يلتزم بدفع الثمن في الزمان والمكان المحددين في العقد أو اللذين يحددهما العرف أو القانون إذا كان الثمن مستحق الأداء، ويستطيع

البائع أن يجبره على تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، ولكن المشتري مع ذلك، يستطيع أن يحبس عن البائع الثمن في الحالات الآتية:

(١) إذا تعرض للمشتري أحد إستناداً إلى حق سابق على المبيع أو آل إليه من البائع، وهذه هي حالة التعرض القانوني الذي يقع من الغير، وهذه الحالة تُعدّ تطبيقاً للقواعد العامة إذ أن التزام المشتري بدفع الثمن يقابله التزام البائع بضمان التعرض القانوني فيرتبط معه ارتباطاً تبادلياً، ويشترط في هذه الحالة لحق المشتري بالحبس، أن يكون البائع ضامناً، وهذا يعني إذا اتفق البائع مع المشتري على عدم الضمان فليس للمشتري أن يحبس الثمن.

(٢) إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري في هذه الحالة لا يشترط القانون وقوع التعرض فعلاً للمشتري من الغير، وإنما اكتفى بوجود أسباب تدعو المشتري أن يخاف من نزع المبيع من يده، وبهذا يكون المشرع قد خرج عن أحكام الضمان الصادرة من الغير الذي يقتضي وقوع الضرر فعلاً، وليس لمجرد احتمال وقوعه.

(٣) إذا كشف عيباً في المبيع، وهذه الحالة لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة في الحق في الحبس، ذلك أن التزام المشتري بدفع الثمن يقابله التزام البائع بضمان العيوب الخفية.

كما يسقط حق المشتري بالحبس في الحالات الآتية:

(١) إذا زال سبب هذا الحق، كأن يزول الخطر أو التعرض الذي كان المشتري يخشى من وقوعه.

(٢) إذا نزل المشتري عن حقه في الحبس سواء بطريقة صريحة أو ضمنية، ولا يكون مجرد علم المشتري بسبب الحبس وقت الشراء وإقباله على التعاقد دليلاً على نزوله ضمناً عن حقه في حبس الثمن.

(٣) إذا قدم البائع للمشتري كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق، أو على ضمان العيب من التعويض

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بدفع الثمن

البيع عَقْدٌ ملزم للجانبين، فإذا اخل المشتري بالتزامه بالوفاء، بالثمن طبقت القواعد العامة، التي تكفل المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين، وطبقاً لهذه القواعد العامة يستطيع البائع أن يطالب بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد مع التعويض أن كان له سبب وفي سبيل المحافظة على حقوق البائع وتمكينه من الحصول على الثمن يقرر له القانون ضمانات متعددة أهمها حقه في حبس المبيع وما يخوله له المشرع من حق امتياز على المبيع يجعله مفضلاً على غيره من دائني المشتري بحسب مرتبة امتياز التي تتخذ من وقت القيد إذا كان المبيع عقاراً وبحسب القانون إذا كان المبيع منقولاً وهذا ما سنوضحه فيما يلي :

أولاً. التنفيذ العيني (التنفيذي الجبري)

إذا أخل المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن، أي لم يقر بوفائه إختيارياً عند استحقاقه، كان للبائع إعداره وبعد ذلك الحجز على أمواله، بما فيها المبيع وبيعها جبراً بالمزاد وفقاً للإجراءات التي بينها قانون أصول المحاكمات المدنية في باب التنفيذ الجبري، واستيفاء دينه من الثمن الذي يرسو به المزاد، ولكن لما كان الحق في الضمان العام المقرر لكل دائن على أموال مدينة قد لا يكفي لحفظ حق البائع في استيفاء الثمن، وذلك خوله المشرع ضمانات أخرى.

ثانياً. امتياز البائع

من أهم الضمانات التي يتمتع بها البائع للحصول على الثمن وملحقته ما قرره المشرع من حق امتياز على المبيع يخوله استيفاء حقه من قيمته الأولوية على غيره من الدائنين. والحكمة من ذلك أن البائع هو صاحب الفضل دخول المبيع إلى ذمة المشتري، ولذلك يكون من العدل منحة الأولوية في استيفاء حقه من قيمة المبيع، وللبائع هذا الامتياز سواء كان المبيع منقولاً أم عقاراً.

ثالثاً. حق حبس المبيع

تقضي القواعد العامة بأنه يجوز لكل من المتعاقدين، في العقود الملزمة للجانبين، أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وهذا هو الدفع بعد التنفيذ الذي يعد تطبيقاً للحق في الحبس.

إن حق البائع في حبس المبيع يثور في الحالات الآتية:

- (١) إذا كان دفع الثمن واجباً وقت تسليم المبيع ولم يوف المشتري به، وكان هذا المبيع في يد البائع كان لهذا الأخير أن يتمتع عن تسليمه أو حبسه.
 - (٢) إذا كان دفع الثمن واجباً قبل تسليم المبيع.
 - (٣) إذا كان دفع الثمن واجباً بعد تسليم المبيع فلا يحق للبائع أن يحبس المبيع إلا إذا سقط حق المشتري في الأجل لسبب من الأسباب المنصوص عنها بالقانون.
- ويلاحظ أن حق البائع في حبس المبيع هو تطبيق محض للقواعد العامة، في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين وهو لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق في عقد البيع على حرمان البائع من الحق في الحبس.

ويسقط حق البائع في الحبس:

- (١) إذا زال سببه.
- (٢) إذا قام المشتري بوفاء الثمن.
- (٣) إذا تنازل عنه البائع صراحةً أو ضمناً.

رابعاً. فسخ البيع

نص القانون الفرنسي في المادة ١٦٥٤ على أنه "إذا لم يدفع المشتري الثمن جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع".

وقد يتضمن عقد البيع اتفاقاً صريحاً على فسخ البيع عند عدم الوفاء بالثمن وهذا الاتفاق يجرّد القاضي من سلطته التقديرية، فالفسخ في هذه الحالة يكون اتفاقياً ويكون حكم القاضي في هذه الحالة مقررّاً وليس منشئاً.

مثلاً: أن ينص في العقد على أنه في حالة التأخر في سداد القسط الأول، يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حقا للبائع.

ويُعدُّ البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يوف المشتري بالثمن عند استحقاقه من دون حاجة - لرفع دعوى الفسخ وإنما ترفع الدعوى فقط في حالة ما إذا نازع المشتري في أعمال - الشرط وادعى أنه قام بالوفاء، وفي هذه الحالة فدور القاضي يقتصر على التحقق من هذا الادعاء.

فإذا لم يكن مثلاً هذا الشرط بالعقد، كان الفسخ بناءً على حكم قضائي يصدر بناءً على طلب البائع بعد قيامه بإعذار المشتري بالوفاء بشرط أن يكون البائع قد قام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد البيع أو مستعداً لتنفيذها. ويكفي لطلب الفسخ أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن كله أو بعضه، وسواء كان ذلك في بيع العقار أو المنقول. فقد يقضي القاضي بالفسخ إذا رأى مبرراً لذلك، أي كانت الظروف تبرر أن البائع مهدداً بضاياع حقه سواء في المبيع أو الثمن. وقد لا يرى القاضي مبرراً للفسخ إذا كان المشتري قد دفع أكثر الثمن ولم يبق إلى القليل أو كان في ظروف سيئة منعه من دفع الثمن، ويتوقع تحسن هذه الظروف سريعاً ثم يوفي بالتزامه. ففي هذه الأحوال يرفض القاضي طلب الفسخ ويمنع المشتري مهلة لدفع الثمن كله أو الباقي منه وهذه المهلة يقدرها القاضي حسب الظروف.

وأن الخيار بين الفسخ والتنفيذ يثبت للدائن والمدين معاً فبالنسبة للدائن له بعد رفع دعوى الفسخ العدول قبل الحكم عن هذا الطلب إلى طلب التنفيذ، وبالنسبة للمدين له قبل الحكم بالفسخ نهائياً أن يدفع الدين، فيمتنع الحكم بالفسخ، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم عليه بالتعويض أن كان له مقتض.

قد يترتب الفسخ على عدم وفاء المشتري بالثمن بقوة القانون من دون الحاجة لرفع دعوى لتقريره بحكم القضاء كما هو الحال في الفسخ الانتقائي، بل من دون حاجة إلى إعذار المشتري لدفع الثمن بقصد وضعه موضع التأخير في التنفيذ الالتزام، وهذا الحكم لم

ينصّ عليه في القواعد العامة، بل هو حكم خاص بفسخ البيع في حالة معينة وهي حالة العروض والمنقولات.

والحكمة من النصّ المشار إليه سلفاً هي تسهيل التعامل في المنقولات والبضائع بسبب سرعة تقلب أسعارها، ولا يترك البائع مرتبطاً بالبيع مدة طويلة حتى تتم إجراءات الحكم بالفسخ فيما لو تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن، ومن خلال هذه المادة نستنتج شروط معينة لتطبيق هذه الحالة:

(١) يستلزم أن يكون المبيع من المنقولات أيّا كان نوعها، كالسلع والبضائع والأسهم والسندات، ويستوي أن يكون المنقول معيناً بذاته أم معيناً نوعه، وسواء كان المنقول بطبيعته أم بحسب المآل كالثمار التي حان قطعها، ولا ينصرف إلى المنقول المعنوي، لا ينصرف كذلك إلى العقارات.

(٢) أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسلم المبيع أي يكون البيع مؤجلاً.

(٣) أن يتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن في الموعد المحدد، لكن بشرط ألا يكون تخلف المشتري عن الدفع قد جاء استعمالاً لحقه في الحبس نتيجة تقصير البائع في الوفاء بالتزاماته.

المطلب الثاني

الالتزام بدفع نفقات ورسوم عقد البيع

تنصّ المادة ٤٣٠ مدني سوري على أنّه " نفقات عقد البيع والطوابع ورسوم التسجيل، وغير ذلك من مصروفات، تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك". يتضح لنا من هذه المادة أنّ المشتري يلتزم إضافةً إلى الثمن وملحقاته بنفقات البيع وتكاليف المبيع.

يتضح من ذلك أنّ المرجع فيمن يتحمل مصروفات البيع هو إرادة المتعاقدين، فقد يتفق على أنّ تكون على البائع، أو مناقصة بين البائع والمشتري، فإذا لم يتفق على شيء من ذلك فيرجع إلى العرف، ويجري العرف هذا الصدد على أنّ مصاريف السمسار تكون

مناصفة بين البائع والمشتري، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف فتكون المصروفات على المشتري طبقاً للمادة ٤٣٠ مدني سوري.

وكذلك المادة ١٥٩٣ من القانون المدني الفرنسي ٣ حيث يتضح من خلال هذه المادة أنَّ المشتري يلتزم بنفقات وتكاليف المبيع وعلى ذلك يتحمل المشتري كل نفقات عقد البيع من أتعاب المحامي الذي يقوم بتحرير العقد، ونفقات التوثيق إذا كان العقد رسمياً، نفقات التسجيل وما يلزم ذلك من دمغات، ورسوم كشف تحديد المساحة وغير ذلك. أما المصروفات التي تلزم لتنفيذ البائع لالتزاماته، كمصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى تطهيره من الرهن المقرر عليه أو مصروفات محو القيود الواردة على العقار، ومصروفات إثبات ملكيته، فكل هذه المصروفات يتحملها البائع، لكن إذا أنفق البائع شيئاً مما يلتزم به المشتري رجع عليه بما أنفقته وله أن ينفذ به على كل أمواله، وتدخل هذه المصروفات فيما يضمنه امتياز البائع على الثمن (طبقاً للمادة ٤٢٧ مدني سوري). هذه المادة تقرر للبائع الحق بالحبس على الشيء المبيع لما يستحقه من المشتري فيكون للبائع أن يدفع بحقه بحسب الشيء المبيع إلى أن يستوفي كامل الثمن وملحقاته وفوائده ومصروفات علاوة على ما له من حق طلب الفسخ طبقاً للقواعد العامة.

ويرى كثير من الشراح أنَّ إلزام المشتري وحده بنفقات عقد البيع يرجع إلى أنَّه صاحب المصلحة في إتمامه ونفاذ أثره، فالمشتري هو الذي يستفيد من هذه النفقات.

إذا أدى البائع النفقات الواجبة على المشتري كلها أو بعضها، وجب على المشتري أن يرجعها إليه، وإلا جاز للبائع استصدار حكم بإلزام المشتري بها، بل لا يوجد قانوناً ما يمنع البائع حبس المبيع لغاية وفاء المشتري بتلك النفقات، كما أنَّه باستطاعة البائع أن يطلب توقيع حجز تحفظي أو تنفيذي على أموال المشتري من أجل استيفاء تلك النفقات.

لما كان المشتري يستحق ثمار وإيراد الشيء المبيع ويتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع، فإنَّه من الطبيعي أن يتحمل المشتري مقابل أن يمتلك الثمار ومنفعة المبيع من يوم انعقاد البيع، تكاليف المبيع وكل المصاريف التي تحول دون هلاكه جزئياً أو كلياً سواء كان الهلاك مادياً أو قانونياً، أو إنقاصاً من قيمته، و بما أن تكاليف المبيع تتمثل في الأعباء

المنصبية عليه مثل الضرائب ومصاريف حفظه وصيانته ومصروفات استغلال كل تلك المصاريف الهدف منها حفظ المبيع ليبقى على الحالة التي كان عليها يوم إبرام البيع، ومن الطبيعي أن يتحمل البائع مصاريف الاستغلال لأنه هو المستفيد منها وهذا بالمحافظة على المبيع حتى لا يرفض المشتري المبيع على أساس النقصان من قيمة المبيع كما أن الضرائب إذا دفعت من البائع فإن ذلك تقادياً للنقصان في قيمة المبيع إذا تراكمت عليه الضرائب، وحفاظاً له من الهلاك القانوني، لأنه في حالة عدم الدفع، فإن إدارة الضرائب سوف تطلب الحجز عليه وبيعه بالمزاد العلني، إستيفاءً لحقوقه.

المطلب الثالث

التزام المشتري بتسلم المبيع

المادة ٤٣١ مدني سوري تنص على أنه "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، وأن ينقله من دون إبطاء، إلا ما يقتضيه من زمن".
كما تنص المادة ٤٣٢ مدني سوري على أنه "نفقات تسليم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".
مثلاً يقع التزام على البائع بتسليم المبيع وملحقاته، فإنه يقع التزام على المشتري بتسلم المبيع.

الفرع الاول

تعريف الالتزام

يتمثل التزام المشتري بتسلم المبيع في وضع يده على المبيع وحيازته حيازة فعلية، وإذا كنا بصدد عقار، فإن تسليم المشتري له يكون بمجرد تسلمه العقد من طرف الموثق في السجل العقاري أو الكاتب بالعدل بحسب الاحوال، وبالتالي باستطاعة المشتري الاستحواذ على العقار أن كان أرضاً، ويضاف إلى ذلك تسليم المفاتيح إذا كنا بصدد منزل أو سيارة أو بناء.

وبالنسبة لمنقول فإنَّ للالتزام بالتسليم ضرورة حقيقية، إذ على المشتري أنَّ يحوز على المنقول حياة مادية، وسحبه من مكان تواجده، وإن كنا بصدد منقول معين بذاته فإنَّ عبء تسلم المبيع يقع على المشتري وهذا إثر من آثار نقل الملكية الفوري بمجرد العقد فالمشتري يصبح مالكا منذ اللحظة إبرام البيع مهما كان المكان الذي يتواجد فيه المبيع ويقع عليه واجب الذهاب للبحث عن المبيع بشرط أنَّ يوضع تحت تصرفه.

وما دام المشتري لم يتسلم المبيع فإنَّ البائع يبقى ملتزما بالمحافظة على المبيع وأنَّ يبذل في ذلك عناية الرجل المتوسط الحرص.

كما يتحدد زمان ومكان تسلم المبيع إما باتفاق بين المتبايعين أو بموجب العرف، وغالبا ما يتم التسلم عقب التسليم مباشرة ودونما أي تأخير أو إبطاء، إلا إذا اقتضى التسلم في بعض الأحيان وقتاً ما لتفريغ البضاعة من السفن والناقلات، أو عندما يتم قطف الثمار التي تم بيعها. وما دام أنَّ تسلم المبيع وتسليمه يتمان في الوقت نفسه، فإنه حتماً يتمان في المكان نفسه ويجب على المشتري أنَّ يتسلم المبيع في المكان الذي يوجد فيه عند إبرام العقد، لأنَّ البائع ملزم بتسليمه في هذا المكان أصلاً، غير أنه إذا كان المشتري لا يعلم مكان وجود المبيع وقت إبرام العقد ثم علم به بعد ذلك، فله الخيار بين فسخ عقد البيع أو إمضائه وتسلم المبيع في المكان الذي يوجد فيه، ومقصود مثل هذا الحكم كما أشار بعض الشراح بحق، هو دفع الضرر عن المشتري لو وجد المبيع في مكان بعيد عنه، ونتج عن ذلك صعوبة في نقله إليه، أو كلف ذلك مصاريف ونفقات كثيرة، لو كان المشتري يعلم بذلك كله لما أقدم على التعاقد، ومن ثم شراء المبيع فخير المشتري في فسخ العقد الممنوح له في مثل هذه الحالة يترتب على اعتبار أنَّ العقد غير لازم.

كما أنَّ نفقات التسلم تقع على عاتق المشتري، على اعتبار أنَّ الالتزام بالتسليم هو التزام رئيسي، والالتزام بتحمل نفقات التسلم هو التزام فرعي، فإنَّ الالتزام الفرعي يتبع الالتزام الرئيسي، فمن كان ملتزماً بشيء كانت نفقات الالتزام على عاتقه.

وتتمثل نفقات التسلم في المصاريف التي ينفقها المشتري قصد وضع يده على المبيع وحيازته حياة هادئة أي مصاريف سحب المبيع مثل مصاريف نقل المبيع من مكان

تواجهه إلى موطن المشتري أو مقر مؤسسته أو نقله إلى الميناء أو المطار قصد شحنه، وكذا مصاريف الحمالين وتعبئة المبيع في أكياس وكذا تصفيفه على الشاحنة أو الباكسة. احكام المادة ٤٣٢ ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على أن يتحمل البائع مصاريف التسلم أو تحمل نصفها، كما قد يتفق على التحمل شخصاً ثالثاً لها، و تدخل في نفقات التسلم أيضاً نفقات جني الثمار و المحاصيل، ومثال ذلك أن يشتري شخص المحصول السنوي لمزرعة البطاطا وهي غير منزوعة من الأرض، ويتفق مع البائع على أن يتسلمها كذلك، فيقوم بإحضار العمال قصد جنيها وإزالة الأتربة منها، وكذا وضعها في صناديق وتعبئتها بالشاحنات قصد نقلها إلى سوق البيع بالجملة فكل المصاريف المترتبة عن تلك العملية تكون على نفقة المشتري.

الفرع الثاني

حكم إخلال المشتري بالالتزام

إذا رفض المشتري استلام المبيع أو تأخره في ذلك يعطي الحق للبائع في أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى ويتم التنفيذ العيني من خلال توجيه إنذار إلى المشتري بضرورة استلامه للمبيع خلال مدة معينة وإذا لم يستجب المشتري لهذا الإنذار أصبح المبيع في ضمانه وجاز للبائع إيداعه على نفقة المشتري و إذا كان المبيع عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد، جاز للبائع أن يطلب وضعه تحت الحراسة أما إذا كان المبيع من الأشياء القابلة للتلف أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها، فيمكن للبائع بعد استئذان القضاء أن يبيعه في المزاد كما أنه للبائع بدلاً من التنفيذ العيني أن يطلب الفسخ و سواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ، فإنه يجوز له في الحالتين المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب إخلال المشتري بتسلم المبيع .

كما نصت المادة ٤٢٨ مدني سوري على أنه "إذا هلك المبيع في يد البائع، وهو حابس له، كان الهلاك على المشتري، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع".

إذا اعذر البائع المشتري لتسلم المبيع فامتنع عن تسلمه فتكون تبعة الهلاك على المشتري، فيشترط في هذه الحالة أن يكون المشتري قد رفض تسلم المبيع عندما كان التزامه بالتسليم حالاً.

فإذا اعذر البائع المشتري لتسلم المبيع قبل حلول الاجل المشتري لمصلحة المشتري فلا يترتب على هذا الاعذار نقل تبعة الهلاك، أما إذا كان الاجل مشروطاً لمصلحة البائع وحده فيكون له أن يتنازل عنه. كما يتحمل المشتري تبعة الهلاك المبيع قبل تسليمه إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له أخيراً، لا بد من الإشارة على أن قاعدة تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم من القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين فيجوز الاتفاق على أن تكون تبعة الهلاك على المشتري من وقت العقد أي قبل التسليم.

تم بعونه تعالى

المراجع

المراجع العربية

١. إبراهيم سلقين، أصول الفقه الإسلامي، منشورات جامعة دمشق، ط٩، ١٩٩٦/١٩٩٥، ص٢٠٤، عيسوي عيسوي، الفقه الإسلامي.
٢. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى مج٣، ص٣٥٣/٣٥٥، مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني، ص٣٧.
٣. ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، ج٢٩.
٤. ابن تيمية، نظرية العقد، ص١٩٩.
٥. ابن حزم المحلى، ج٨، مكتبة دار التراث، القاهرة، وطبعة المكتب التجاري، بيروت، المسألة ١٤٤٥.
٦. ابن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة ج٨/ص ٢٨٨-ج٩.
٧. أحمد الحجّي الكردي، الأحوال الشخصية.
٨. أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد.
٩. أحمد رمضان، نظرية الغلط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص٢٤٠/٦١.
١٠. أحمد عيسى: القانون المدني، العقود المسماة، منشورات جامعة حلب ٢٠٠٧.
١١. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
١٢. الأم للشافعي، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ج٣، ص ٧٥٤.
١٣. الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط١، ١٣١٣ هـ، ص ٤/١٣١ نسخة الكترونية، وفي رواية لمحمد البيع جائز والشرط باطل، بدائع الصنائع، ج٥، ص ١٧٠.
١٤. الزيلعي، تبين الحقائق وحاشية الشلبي، ٥/١٨١.
١٥. السيد سابق، فقه السنة، المعاملات، الكتاب العربي، بيروت لبنان، مج٣.
١٦. السيوطي، الأشباه والنظائر.

١٧. الشيخ علي الخفيف _ أحكام المعاملات الشرعية _ دار الفكر العربي _ القاهرة ٢٠٠٥ ص ٢٨، محمد أبو زهرة _ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية _ دار الفكر العربي _ القاهرة ، ص ٤٧.
١٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥.
١٩. أمل شربا، علي الجاسم: القانون المدني ٤، الجامعة الافتراضية السورية ٢٠١٨.
٢٠. أنور دبور، نظام استغلال الأراضي الزراعية في الشريعة الإسلامية _ ج ٢ _ ص ٢١١، السيد سابق _ فقه السنة _ مجلد ٣ _ ص ٥٨.
٢١. جاك يوسف الحكيم: العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، منشورات جامعة دمشق ١٩٩٤.
٢٢. جلال الدين الأسيوطي ، الأشباه والنظائر (في قواعد وفروع الشافعية) ج ٢، دار السلام ط ٣ ، القاهرة ٢٠٠٦، ص ٥٥٣، ابن حزم ، المحلى ج ٨، مكتبة دار التراث _ القاهرة، وطبعة المكتب التجاري ، بيروت، المسألة ١٤٤٦.
٢٣. جلال الدين الأسيوطي، الأشباه والنظائر، دار السلام ط ٣ _ القاهرة ٢٠٠٦.
٢٤. زهير حرح. علي الجاسم: العقود المسماة، مطبوعات جامعة دمشق ٢٠٠٧.
٢٥. سنن أبي داود، أبي داود السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) المحقق شعيب الأرناؤوط - محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط ١، ٢٠٠٩، باب تضمين العارية، ٣٥٦١ نسخة الكترونية.
٢٦. شرح مجلة الأحكام العدلية _ سليم رستم باز اللبناني _ طبع في عام ١٨٨٨ ثم أعيد طبعه مراراً _ دار العلم للجميع _ بيروت ط ٣/١٩٩٨.
٢٧. شفيق الجراح: القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، المطبعة الجديدة سورية ١٩٨٤.
٢٨. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج ١، الجامعة المصرية ، كلية الحقوق ، ١٩٣٦.
٢٩. شفيق طعمة، أديب استنبولي: التقنين المدني السوري، ج ٤، دمشق ١٩٩٠.
٣٠. صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، دار العلم للملايين _ ط ٣ _ بيروت ١٩٦١.

٣١. صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، ص ١١٤، معجم القانون _ مجمع اللغة العربية _ مصر _ الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية _ ١٩٩٩ _ ص ط.
٣٢. صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية _ ط ٥ _ القاهرة ٢٠٠٦.
٣٣. صوفي أبو طالب، تاريخ القانون في مصر، ج ١، ص ١٠٦، أحمد إبراهيم حسن، أصول تاريخ القانون مع دروس في مبادئ القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٣.
٣٤. عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٥٤، دار الكتاب العربي بمصر، ص ١٦.
٣٥. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ٢.
٣٦. عبد الرحمن عبد القادر، الوسيط في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي.
٣٧. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨.
٣٨. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج ١، دار النهضة العربية _ القاهرة ١٩٨٨.
٣٩. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٤.
٤٠. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦.
٤١. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مكتبة كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٦٨.
٤٢. عبد العزيز سمك _ النظريات العامة في الفقه الإسلامي _ المال/الملكية/العقد _ دار النهضة العربية _ ط ١ _ القاهرة ٢٠٠٩.
٤٣. عبد العزيز سمك، عوامل ازدهار الفقه الإسلامي، مجلة اتحاد الجامعات العربية، كلية الحقوق/جامعة القاهرة، عدد نيسان/٢٠٠٦، ص ١٣.

٤٤. عبد العزيز سمك، الإكراه وأثره في الفقه الجنائي الإسلامي، مجلة اتحاد الجامعات العربية، عدد ١٧/١٨، كلية الحقوق/جامعة القاهرة، عام ٢٠٠٣.
٤٥. عبد العزيز سمك، الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، ص ٨٥، ومشيراً أيضاً إلى المغني، لابن قدامة، ج ٤.
٤٦. عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي.
٤٧. عبد الفتاح الباقي: موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ١٩٨٤.
٤٨. عبد الله الطيار، عبد الله المطلق، محمد موسى، الفقه الميسر، ج ١٠، مدار الوطن للنشر، السعودية، ط ٢، ٢٠١٢.
٤٩. عثمان البارعي، فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة ط ١ عام ١٣١٣ هـ، ج ٢.
٥٠. علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٧.
٥١. على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ج ٣ - دار الفكر العربي - القاهرة ٢٠٠٥.
٥٢. علي عثمان، أسباب بطلان العقود وفسادها في الفقه الإسلامي.
٥٣. عيسوي عيسوي، الفقه الإسلامي/المدخل ونظرية العقد، مطبعة دار التأليف، ط ٣، القاهرة ١٩٦١.
٥٤. عيسوي عيسوي، الفقه الإسلامي/المدخل ونظرية العقد، ص ٥٣٣.
٥٥. فواز صالح: مصادر الالتزام، المصادر الارادية، الجامعة الافتراضية ٢٠٠٨.
٥٦. كشاف القناع، للبهوتي، دار الفكر مصر، من دون ذكر تاريخ النشر، ج ٣، ص ١٨٨، عبد العزيز سمك، الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي.
٥٧. لأن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي وإن كانت للمقاصد والمعاني أي للنوايا إلا أن هذه النية لا بد لها من دليل يشير إليها في صيغة العقد، وإلا لم يعتد بها. انظر: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الإسلامية، ص ٣٥١.

٥٨. لسان العرب، لابن منظور، دار صادر، بيروت ط١، المكتبة الشاملة، برنامج إلكتروني، ٢٩٦/٣، القاموس المحيط، مجد الدين الفيروز أبادي، ط٢، ١٩٥٢، ص٣٨٣، المعجم الوسيط ج٢، مجمع اللغة العربية، من دون ذكر تاريخ، ص ١٣٤.
٥٩. مؤيد زيدان وكندة الشماط، النظم القانونية الكبرى، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٩/٢٠٢٠، ص ١٨٧، وأيضاً.
٦٠. مؤيد زيدان، الأبعاد القانونية والاجتماعية للقانون دراسة في علم الاجتماع القانوني مقارنة بين القانون المصري والسوري والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة كلية الحقوق، ٢٠١٠.
٦١. مجمع البيان الحديث/سميح عاطف الزين، موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة _ ط١ دار الكتاب اللبناني _ بيروت ١٩٩٤ ص٣٦١.
٦٢. مجموعة من المؤلفين، فقه المعاملات، ج١، ص ١٢٢، نسخة الكترونية، موقع الإسلام، الموسوعة الشاملة.
٦٣. محمد ابن عابدين الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيروت ط٢ ١٩٩٢، ج٦، ص ٧٦، نسخة الكترونية الموسوعة الفقهية الكبرى.
٦٤. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص١٧٣، عبد العزيز سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المال/الملكية/العقد، دار النهضة العربية، ط١، القاهرة ٢٠٠٩.
٦٥. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة ، ص١٩٨، شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ج١، الجامعة المصرية، كلية الحقوق، ١٩٣٦.
٦٦. محمد الزحيلي: القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، العقود المسماة، البيع، المقايضة، الإيجار، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق ١٩٨٣، ص ٢٤.
٦٧. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار _ ط١ _ ١٩٩٧ قاعدة ١٠/٩.
٦٨. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية، قاعدة ١٠/٩.
٦٩. محمد تقي المدرسي، الوجيز في الفقه الإسلامي، فقه العقود.

٧٠. محمد تقي المدرسي، الوجيز في الفقه الإسلامي، فقه العقود، طهران ٢٠٠٢.
٧١. محمد حاتم البيّات، أيمن أبو العيال، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي (الالتزامات، العقد والإرادة المنفردة) منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٠/٢٠٠٩.
٧٢. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات (العقد)، مجلد ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
٧٣. محمد قدري باشا (متوفى ١٣٠٦ هـ)، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط٢، ١٨٩١.
٧٤. محمد كامل مرسي باشا، عقد الإيجار، ص ٥٩.
٧٥. محمد كامل مرسي، عقد الإيجار.
٧٦. محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، مصر ١٩٧٥.
٧٧. محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، الجزء الأول والجزء الثاني، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦١.
٧٨. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني ج ١، فقرة ١٨٧، أيمن العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية.
٧٩. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج ١، منشورات جامعة دمشق، من دون ذكر تاريخ النشر.
٨٠. محمود السقا، معالم تاريخ القانون المصري، دار الثقافة العربية، القاهرة ٢٠٠١.
٨١. محمود السقا، شيشرون، من دون ذكر تاريخ ودار النشر، ص ٧٩٢.
٨٢. محمود جلال: عقد البيع (مقدمة)، الموسوعة القانونية المتخصصة.
٨٣. مرقس، المرجع السابق، نبذة ٣٥٠، ص ٦٧٥. ود. سوار، المرجع السابق.
٨٤. مصطفى أحمد الزرقا: شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، المرجع السابق.
٨٥. مصطفى أحمد الزرقاء، محاضرات في القانون المدني السوري، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٤.
٨٦. مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج ٢،

٨٧. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ج٢، ص ٦٥٩ ولذات المؤلف، شرح القانون المدني السوري.
٨٨. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج١، دار القلم دمشق، ط١ عام ١٩٩٨.
٨٩. مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار القلم ط١، دمشق عام ١٩٩٩.
٩٠. مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري.
٩١. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، في العقود المسماة، عقد البيع، عقد الكفالة، ج٧، دار صادر، لبنان ١٩٩٠.
٩٢. نبيل إبراهيم سعد: العقود المسماة، البيع، دار النهضة العربية، لبنان ١٩٩٧.
٩٣. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، ط٤، من دون ذكر تاريخ النشر، نسخة الكترونية على الموقع: <https://al-maktaba.org/book/33954>
٩٤. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق ١٩٩٨.
- <http://www.islamilimleri.com/Kulliyat/Fkh/1Hanefi/book-indx-010.htm>

الاجتهادات القضائية

١. نقض المصرية في الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٥٥ تاريخ ٢٥/٧/١٩٩٠ مشار إليه لدى، د / محمد كامل مرسي باشا _ عقد الإيجار _ ص ٥٢، وانظر : أحكام الفضالة ولاسيما : المادة ١٨٨/١٩٠ من القانون المدني المصري ويقابلها المادة ١٨٩/١٩١ من القانون المدني السوري .
٢. نقض رقم ٧٧٦ أساس ٨٧٥ تاريخ ٢٣/٥/١٢٢٣ سجلات النقض
٣. نقض رقم ٩٠٣ أساس ٥٢٥٢ تاريخ ٤/٩/٥٣٣٥ محامون ص ٤٧٤ لعام ٥٣
٤. نقض سوري، رقم ١٣٦١ أساس ١٥٦٦، تاريخ ٢٨/٩/١٩٨٦، سجلات محكمة النقض.

٥. نقض سوري، رقم ١٨٧٨، أساس ٣٦٩٧ تاريخ ١٤/١٠/١٩٨٢، سجلات محكمة النقض.
٦. نقض سوري، قرار ١٩٢٠ تاريخ ٢٤/٨/١٩٦٨، مجلة المحامون عدد ١١/١٠ لعام ١٩٦٨ ص ٣١٤،
٧. نقض سوري، قرار رقم ١٧١٤، أساس ١١٧٧، تاريخ ٣٠/١٢/١٩٨٧، مجلة المحامون لعام ١٩٧٩، ص ١٣٣، منشور على موقع قانون سوري، تاريخ الرجوع ٢٠٢١/٣/١٢.
٨. نقض مدني سوري قرار رقم ١٢١٧ أساس ١٥١٩، تاريخ ٢١/٨/١٩٨٠، مجلة المحامون ١٩٨٠ ص ٥٠.
٩. نقض مدني سوري، قرار رقم ٥٦٠، تاريخ ٢/٤/١٩٨٠، مجلة القانون ١٩٨٠، ص ٤٧.
١٠. نقض مدني سوري، قرار رقم ٦٩٦ أساس ١٠٦١، تاريخ ٢٩/١٢/١٩٥٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٠، ص ١٧.
١١. نقض مصري _ رقم ٣٢١ لسنة ٣٨ ق _ جلسة ١٩٧٤/١/٢٨ _ س ٢٥ _ ص ٢٣٨.
١٢. نقض مصري _ طعن رقم ١٠٠٧٠ لسنة ٦٦ ق تاريخ ١٨/٢/١٩٩٨، د / عبد الفتاح مراد _ التعليق على قوانين إيجارات.
١٣. نقض مصري، الدائرة المدنية، طعن رقم ١١٣٩٥ سنة ٧٩ قضائية تاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٥.
١٤. نقض مصري _ طعن رقم ٦٨ لسنة ٤٢ ق _ جلسة ١٥/٤/١٩٨٢ _ س ٣٣ _ ص ٤١٧.
١٥. نقض مصري رقم ١٥٣٠١ لسنة ٨٠ قضائية الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٧/٨. "المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسؤول"
١٦. نقض مصري، دائرة مدنية طعن رقم ٤٢١٨ سنة ٨٤ قضائية تاريخ ٢٠٢٠/٧/١٣، موقع محكمة النقض المصرية، www.cc.gov.eg/advanced/

١٧. نقض مصري، طعن رقم ١٠٩٧١، ٨٠ قضائية، تاريخ ٢٠١٥/٥/٦، موقع محكمة النقض المصري الالكتروني تاريخ الرجوع ٢٠٢١/٤/٨.
١٨. نقض مصري، طعن رقم ١٤٣٨٥، سنة ٧٦ قضائية، تاريخ ٢٠١٤/٦/٢٣، تاريخ الرجوع ٢٠٢١/٤/٨.
١٩. نقض مصري، طعن رقم ٣٦٥٥، ٦٢ قضائية، تاريخ ٢٠٠٥/١٠/٨، موقع محكمة النقض المصرية تاريخ الرجوع ٢٠٢١/٤/٨.
٢٠. نقض مصري، طعن رقم ٣٧٥٦، ٧٧ قضائية. تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢٠، موقع محكمة النقض المصرية الالكتروني تاريخ الرجوع ٢٠٢١/٤/٨.
٢١. نقض مصري، طعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥ ق، جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١.
٢٢. نقض مصري، طعن رقم ٦٠١٦، سنة ٨٧ قضائية، تاريخ ٢٠٢٠/٧/٧، موقع محكمة النقض المصرية، تاريخ الرجوع ٢٠٢١/٤/٨.
٢٣. نقض مصري، طعن رقم ٨٤٧٣، ٧٩ قضائية، تاريخ ٢٠٢٠/١١/٨، موقع محكمة النقض المصرية الالكتروني.
٢٤. نقض المصرية : نقض مدني تا ١٩٧٩/١/١٠ _ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠، العدد ١ ص ١٦٦، مشار إليه لدى : د / عبد الرزاق السنهوري _ الوسيط ج ٦ _ بند ٥٤.

المراجع الأجنبية

1. Amy Krois-Lindner Matt Firth and Translegal, Introduction to International Legal English, Cambridge University Press First published 2008 reprinted 2009, p20.
2. Cass. Civ. 18/7/1997, D. 1998 p.566 note Arhab; 17/12/1996 et 13/1/1998, D. 1998 p.580 note Viala; Bourges, 14/10/2002, JCP 2003-IV- 2543.
3. WIPO ،Understanding Industrial Property ،WIPO Publication No. 895(E)،

4. Cass. 1e civ., 30 oct. 2008, n° 07-17.646).
5. Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-27.703).
6. B. Fages, Droit des obligations, 6e éd., no 115.
7. B. Fauvarque-Cosson, « Les nouvelles règles du code civil relatives à l'interprétation des contrats: perspectives comparatiste et internationales », RDC 2017. 363.
8. c. civ., ensemble l'art. 3 de la loi du 25 ventôse an XI) ». 3e civ., 15 octobre 2015, n°14-20.400 ; D. 2015, 2609, note crit. A. Posez
9. Carbonnier, Variations sur les petits contrats, in Flexible droit, LGDJ, 10ème éd., 2001, p. 339 et s.
10. Cass. 3e civ., 17 juill. 1997, n° 96-11.142.
11. Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, no 15-20.411, Bull. ch. Mixte, no [à paraître]; D. 2017. Chron. 793, note B. Fauvarque-Cosson; AJ contrat 2017. 175, obs. D. Houtcieff; JCP 2017. 305, avis B. Sturbise, pose implicitement les grandes lignes de l'articulation entre droit général et droit spécial.
12. Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, no 15-20.411, Bull. ch. Mixte; D. 2017. Chron. 793, note B. Fauvarque-Cosson; AJ contrat 2017. 175, obs. D. Houtcieff; JCP 2017. 305.
13. Cass. Civ. 14/6/2000, Revue de la jurisprudence de droit des affaires RJDA 2000, n° 949.
14. Cass. Soc., 4 avr. 1978, Bull.civ.V, n°208.
15. Cass.soc., 18 mai 1978, Bull.civ. V, n°281.
16. F. Terré, Ph. Simler et alii, Les obligations, 12e éd., 2018, no 166.

17. F. Terré, Ph. Simler et alii, Les obligations, 13e éd., 2020, no 169.
18. Civ. 1ère, 13 mars 2008, D. 2008, 1317, T. Lancrenon.
19. Civ. 1ère, 19 février 2014, n°12-13.668, inédit; RTDC 2014/2, 363, Barbier; D. 2014, 642, note crit. S. Pellet; RDC 2014/3, p. 374, O. Deshayes.
20. Civ. 1ère, 9.11.1999, B. 293; D. 2000, 507, Cristau; Def. 2000, p. 250, Aubert. Civ. 1ère, 20.02.2001, B. 39.
21. Civ. 1ère, 29 septembre 2004, B. 216.
22. Civ. 3ème, 29 mars 2006, B. 88.
23. Com., 23 octobre 2007, infra à propos de la nullité de la vente pour absence de prix sérieux: la Chambre commerciale retient la NA au motif de « l'absence d'un élément essentiel du contrat »..
24. Civ. 3e, 18 déc. 2002, no 01-00.519, Bull. civ. III, no 262; RTD civ. 2003. 290, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD civ. 2003. 383, obs. J.-P. Marguénaud ; RTD civ. 2003. 575, obs. R. Libchaber
25. Civ. 3e, 18 février 2015, n°14-10604: « le paiement de dommages-intérêts équivalents au juste coût des travaux exécutés ».
26. Civ. 3e, 18 février 2015, n°14-14416, à paraître au Bulletin; D. 2015, 988, V. Guillaudier.
27. Civ. 3e, 6 déc. 1995, no 93-21.260, Bull. civ. III, no 250; RTD civ. 1996. 901, obs. J. Mestre – Com. 3 janv. 1996, no 94-12.314, NP, RTD civ. 1996. 901, obs. J. Mestre – Com. 16 janv. 1996, no 94-13.653, Bull. civ. IV, no 21; RTD civ. 1996. 901, obs. J. Mestre – Civ. 1re, 12 juill. 2001, no 98-21.591, Bull. civ. I, no 224; RTD com. 2001. 1063, obs. Ph. Delebecque – Com. 4 janv. 2005, no 03-17.677, Bull.

civ. IV, no 5 – Civ. 1re, 10 mai 2005, no 03-12.496, Bull. civ. I, no 203; RTD civ. 2005. 778.

28. Civ. 3ème, 10 février 2010, n°08-21656, B. 41; RDC 2010/3, p. 895, S. Pimont; Def. 2010, p. 1169, S. Piedelièvre; *ibid.*, p. 1073, J.-A. Gravillou; JCP N 2 avril 2010, n°13-1146, S. Lamiaux. n°10-10667, Def. 2011, p. 479, C. Grimaldi; D. 2011, 851, note *appr.* L. Aynès pour qui ce RV JP marque un « retour à l'équilibre et à la sécurité »; RTDC 2011/1, p. 158,

29. Civ. 3ème, 27 févr. 2013, n°11-28783; D. 2013, 973, Sophie Le Gac-Pech; JCP G 2013, 498, JJ Barbieri; RTDC 2013/2, p. 410, W. Dross: « Une servitude non apparente ne constitue pas un vice caché mais relève des dispositions de l'article 1638 précité. » V. *infra* à propos de la GVC.

30. Civ. 3ème, 29 janvier 1997, B. 25. Civ. 3ème, 5 juin 1996, B. 134. Sur cette q°, voir Puig, note sous Civ. 3ème, 16 décembre 2008, n°08-10060, inédit, RDC 2009/2, p. 636.

31. Civ. 3ème, 6 avril 2004, inédit; RDC 2004, p. 969, Collart-Dutilleul:

32. Collart-Dutilleul, La durée des promesses, RDC 2004/1, p. 15.

33. Com. 11 janv. 2017, no 15-18.613, NP, AJ contrat 2017. 141, obs. R. Arakelian.

34. Com., 3 octobre 2009, n°08-19343, inédit; RDC 2010/2, p. 585, obs. crit. O. Deshayes: Confirmé par Civ. 3ème, 26 novembre 2014, n°13-22067 (TD n°7); RDC 2015, 243, obs. crit. O. Deshayes: « ayant retenu, à bon droit, que le sous-traitant engageant sa responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage sur le fondement

délictuel, le fournisseur de ce sous-traitant devait répondre de ses actes sur le même fondement ».

35. Contra Ph. Malaurie et alii, 8e éd., n° 512.

36. de non vigilantibus non curat praetor

37. Déf. Vocabulaire juridique Cornu.

38. E. Mouial Bassilana, J.-B. Racine, J.-Cl. Civil Code, fasc. 30 Contrat – contenu du contrat: objet du contrat, LexisNexis, 2018, no 33.

39. E. Mouial Bassilana, J.-B. Racine, J.-Cl. Civil Code, fasc. 30 Contrat – contenu du contrat: objet du contrat, LexisNexis, 2018, no 44.

40. F. Collart-Dutilleul, L'enrichissement de l'obligation légale d'information à la charge du vendeur, RDC 2006, p. 1135.

41. F. LABARTHE, La notion de document contractuel, LGDJ 1994, p. 129.

42. F. Terré, Ph. Simler et alii, Les obligations, 12e éd., 2018, no 165.

43. G. Lardeux, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », D. 2016, p. 1659.

44. G. Lardeux, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », D. 2016, p. 1659.

45. <http://arab-ency.com.sy/law/detail/165318>

46. <http://arab-ency.com.sy/law/detail/165318>

47. <http://arab-ency.com.sy/law/detail/165318>

I. Najjar, La sanction de la promesse de contrat, D. 2016, 848. Pour une critique de l'article du projet qui était identique au texte définitif:

48. J. FLOUR et J. L. AUBERT, Les obligations 1, L'acte juridique, 8e éd. Colin 1998, p. 1 ; Ph MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, Droit civil, Les obligations, 4e éd. Defrénois, Point Delta 2010, p. 1.
49. J. Ghestin, La portée des arrêts du 1er décembre 1995 relatifs à la détermination du prix au regard de leurs justifications, Mélanges G. Goubeaux, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 183: l'auteur considère que ces arrêts ne sont applicables qu'aux contrats-cadre. A. Brunet, A. Ghozi, La JP de l'Ass. plén. sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, D. 1998, Chron., 1.
50. J. Le Bourg, Ch. Quézel-Ambrunaz: « L'échange de parcelle intervenu entre G. S. et M. P.,
51. J. MESTRE, Transparence et droit des contrats, R J Com. 1993, p. 77-87.
52. J. SCHMIDT – SAZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RID Comp. 1990, p. 545.
53. J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, in J.-E.-M. Portalis. Ecrits et discours juridiques et politiques, PUAM, 1988, p. 21, spéc. p. 54:
54. Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, Les obligations, I, L'acte juridique, 10 éd., Armand Colin, Paris 2002, n°94.
55. Jacques Moury: La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats, Recueil Dalloz 2016 p.1013
56. JS Borghetti, Réforme du droit des contrats: un projet s'en vient, l'autre s'en va, D. 2015, 1376.
57. jurisprudence Poussin, dans la plaquette

58. L. Sautonie, G. Wicker. Souligner la motivation inédite de l'arrêt: RTDCiv. 2016, 65.
59. Lévy, Castaldo, Histoire du droit civil, Dalloz, 2002, n°493.
60. M. Fabre-Magnan, De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats, D. 2015, 826.
61. M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTDC 1996, p. 85. J.-P. Chazal, S. Vicente, Le tpé par l'effet des obligations dans le Code civil, RTDC 2000, p. 477.
62. M. MEKKI, « LA DISTINCTION ENTRE ACTE JURIDIQUE ET ACTE MATÉRIEL À L'AUNE DU CONTRAT DE MANDAT », DANS B. REMY (DIR.), LE MANDAT EN QUESTION, BRUYLANT (BRUXELLES), 2013, P. 13 S., SPÉC. NOS 30 S.
63. M.-P. BAUDIN-MAURIN, « POUR UNE APPROCHE EMPIRIQUE DE LA NOTION D'OBLIGATION ESSENTIELLE DU CONTRAT », RRJ 2002. 1859
64. Malaurie/Aynès/Gautier, n°3: « un contrat innommé est un contrat qui ne fait l'objet d'aucune réglementation spéciale légale; mais il peut avoir en fait un nom » donné par la pratique. Ex.: contrat de sponsoring.
65. Mges Ghestin, LGDJ, 2001, p. 425. F. Zénati, Th. Revet, Les biens, n°137. V. Com., 10 janvier 2006, inédit; RTDC 2006, p. 343, Th. Revet.
66. Mr-Gado 2007_2008
67. P. Crocq; B. de Bertier-Lestrade, Retour sur la MF dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes, D. 2011,

2954. Pour un ex. d'application, Civ. 1ère, 11 septembre 2013, n°12-23357; RDC 2014/1, p. 56,

68. P. JOURDAIN, La bonne foi dans la formation du contrat, T. de l'ass. H. CAPITANT, 1992, p. 121.

69. Paris, pôle 1, ch. 1, 3 décembre 2015, n°13/13278: « La défense faite au mandataire par l'article 1596 du code civil de se porter acquéreur du bien qu'il est chargé de vendre ne concerne que l'hypothèse où le mandataire agit à l'insu du mandant. »

70. PH. DELEBECQUE et F. J. PANSIER, Droit des obligations, 1 Contrat et quasi-contrat, 5e éd. Litec 2010, p. 1.

71. PH. JESTAZ, « LE CONTRAT ET LA LOI », DANS AUTOUR DU DROIT CIVIL. ÉCRITS DISPERSÉS. IDÉES CONVERGENTES, DALLOZ, 2005, P. 397.

72. Ph. Malaurie et alii, 8e éd., no 508.

73. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 9e éd., Defrénois 2017, p. 50.

74. PH. RÉMY, « LA "RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE": HISTOIRE D'UN FAUX CONCEPT », RTD CIV. 1997. 323, NO 4

75. R. Cabrillac, Droit européen comparé..., no 65.

76. R. Cabrillac, Droit européen comparé..., no 71

77. S. PORCHY-SIMON, Droit civil 2e année, Les obligations, 6e éd. Dalloz 2010, p. 5.

78. Soon-Koo Myoung, La rupture du contrat pour inexécution fautive en Droit coréen et français, LGDJ, Tome 255, Paris 1996, p. 19 et s.

79. T. GENICON ET Y.-M. LAITHIER, RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GÉNÉRAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS, LEXISNEXIS, 2016, P. 365 S.

80. X. Lagarde, Entre contrat et procédure: les actions interrogatoires, D. 2017, 715.



الفهرس

٢	فصل تمهيدي
٢	لمحة عن القانون المدني السوري والإسلامي
٢	المبحث الأول
٢	لمحة تاريخية عن مراحل تطور قواعد المعاملات المالية
٦	المبحث الثاني
٦	التعريف بالقانون المدني
٧	المبحث الثالث
٧	نظرية الالتزامات
٨	المطلب الأول
٨	الحقوق المالية
٩	الفرع الأول
٩	الحق العيني Real Right
١١	الفرع الثاني
١١	الحق المعنوي (أو فكري أو الأدبي) Intellectual Right
١٢	الفرع الثالث
١٢	الحق الشخصي Personal Right أو الالتزام Obligation
١٣	المطلب الثاني
١٣	مفهوم الالتزام وعناصره
١٣	الفرع الأول
١٣	مفهوم الالتزام
١٣	أولاً تعريف الالتزام
١٤	ثانياً طبيعة الالتزام
١٦	الفرع الثاني
١٦	عناصر الالتزام
١٦	أولاً عنصر المديونية
١٦	ثانياً عنصر المسؤولية
١٧	الفرع الثالث
١٧	أنواع الالتزام
١٧	أولاً أنواع الالتزامات من حيث الموضوع
٢٢	ثانياً أنواع الالتزامات من حيث أثرها أو تنفيذها
٢٨	المبحث الرابع
٢٨	موقع نظرية الالتزامات في القانون المدني
٣٠	المطلب الأول
٣٠	مصادر الالتزام في التقنيات المدنية الحديثة
٣٢	المطلب الثاني
٣٢	مصادر الالتزام في القانون الروماني
٣٧	القسم الأول

٣٧	المصادر الإرادية للالتزام
٣٨	الباب الأول
٣٨	العقد
٤٠	الفصل الأول
٤٠	مفهوم العقد وتقسيمه
٤١	المبحث الأول
٤١	تعريف العقد
٤٢	المطلب الأول
٤٢	تعريف العقد في اصطلاح فقهاء القانون
٤٤	المطلب الثاني
٤٤	نطاق العقد
٤٦	المطلب الثالث
٤٦	تعريف العقد في الفقه الإسلامي
٤٧	المبحث الثاني
٤٧	مبدأ سلطان الإرادة
٤٧	المطلب الأول
٤٧	الإرادة العقدية في القانون الروماني والفرنسي
٤٨	الفرع الأول
٤٨	تطور مبدأ سلطان الإرادة
٥٣	الفرع الثاني
٥٣	أثار مبدأ سلطان الإرادة
٥٨	المطلب الثاني
٥٨	الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي
٦٤	المبحث الثالث
٦٤	تقسيمات العقود
٦٤	المطلب الأول
٦٤	العقود الرضائية والعينية والشكلية
٦٤	الفرع الأول
٦٤	العقود الرضائية
٦٦	الفرع الثاني
٦٦	العقود الشكلية
٦٦	الفرع الثالث
٦٦	العقد العيني
٦٨	المطلب الثاني
٦٨	العقود المسماة والعقود غير المسماة
٦٨	الفرع الأول
٦٨	العقد المسمى
٦٩	الفرع الثاني

٦٩	العقد غير المسمى
٧٠	المطلب الثالث
٧٠	العقد البسيط والعقد المختلط
٧١	المطلب الرابع
٧١	العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين
٧١	الفرع الأول
٧١	العقد الملزم للجانبين Bilateral Contract
٧٢	الفرع الثاني
٧٢	العقد الملزم لجانب واحد Unilateral contract
٧٤	المطلب الخامس
٧٤	عقود المعاوضة وعقود التبرع
٧٤	الفرع الأول
٧٤	عقود المعاوضة
٧٥	الفرع الثاني
٧٥	عقود التبرع
٧٧	المطلب السادس
٧٧	العقود المحددة والعقود الاحتمالية (عقود الغرر)
٧٧	الفرع الأول
٧٧	العقد المحدد
٧٨	الفرع الثاني
٧٨	العقد الاحتمالي
٨٠	المطلب السابع
٨٠	العقود اللازمة وغير اللازمة
٨٢	المطلب الثامن
٨٢	العقود الفورية والزمنية
٨٢	الفرع الأول
٨٢	العقود الفورية
٨٣	الفرع الثاني
٨٣	العقود الزمنية أو المستمرة
٨٦	الفصل الثاني
٨٦	أركان العقد
٩٠	المبحث الأول
٩٠	إرادة المتعاقدين
٩١	المطلب الأول
٩١	وجود الإرادة المتعاقدين
٩١	الفرع الأول
٩١	الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة
٩٥	الفرع الثاني
٩٥	أهلية التعاقد

٩٨	الفرع الثالث
٩٨	التعبير عن الإرادة
٩٩	أولاً: التعبير الصريح عن الإرادة
١٠١	ثانياً: التعبير الضمني عن الإرادة
١٠٣	ثالثاً: التعبير السكوتي عن الإرادة
١٠٥	الفرع الرابع
١٠٥	صيغة العقد (الإيجاب والقبول)
١٠٥	أولاً: شروط مشتركة في الإيجاب والقبول
١٠٧	ثانياً: أحكام وشروط الإيجاب
١١٧	ثالثاً: أحكام القبول
١٢٠	رابعاً: زمان ومكان العقد
١٢٣	المطلب الثاني
١٢٣	الرضا كشرط صحة في العقد
١٢٤	الفرع الأول
١٢٤	موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني من الرضا في العقد
١٢٤	أولاً: موقف الفقه الإسلامي
١٢٦	ثانياً: موقف القانون المدني
١٢٨	الفرع الثاني
١٢٨	دور الرضا في إبرام العقد
١٣٣	الفرع الثالث
١٣٣	عيوب الإرادة
١٣٥	أولاً: الغلط
١٤٣	ثانياً: التدليس
١٥٠	ثالثاً: الإكراه
١٦٠	رابعاً: الغبن الاستغلالي
١٧٣	الفرع الثالث
١٧٣	شروط العاقدین
١٧٣	أولاً: الأهلية
١٧٤	ثانياً: شرط النيابة أو الولاية
١٧٦	الفرع الرابع
١٧٦	النيابة في التعاقد
١٧٦	أولاً: تعريف النيابة
١٧٦	ثانياً: تعريف الوكالة
١٧٧	ثالثاً: شروط الوكالة
١٧٩	رابعاً: آثار الوكالة
١٨٢	الفرع الخامس
١٨٢	عقد الفضولي
١٨٢	أولاً: موقف الفقه الإسلامي
١٨٥	ثانياً: موقف القانون المدني
١٨٧	المبحث الثالث
١٨٧	المحل

المطلب الأول	١٨٧
التعريف بالمحل في القانون السوري والفقهاء الإسلاميين	١٨٧
المطلب الثاني	١٨٧
شروط المحل	١٨٧
الفرع الأول	١٨٨
المشروعية	١٨٨
الفرع الثاني	١٨٩
الوجود أو قابلية الوجود	١٨٩
الفرع الثالث	١٩٢
التعيين	١٩٢
المطلب الثالث	١٩٥
المحل في التشريع المقارن والحديث	١٩٥
الفرع الأول	١٩٥
المحل غير محدد	١٩٥
الفرع الثاني	١٩٨
استحالة محل الالتزام	١٩٨
المبحث الرابع	١٩٩
السبب	١٩٩
المطلب الأول	١٩٩
النظرية القديمة والحديثة في السبب	١٩٩
المطلب الثاني	٢٠٠
موقف القانون المدني	٢٠٠
المطلب الثالث	٢٠١
موقف الفقهاء الإسلاميين	٢٠١
المطلب الرابع	٢٠٢
موقف التشريع المقارن والحديث	٢٠٢
المبحث الخامس	٢٠٨
آثار العقد	٢٠٨
المطلب الأول	٢٠٩
تحديد مضمون العقد	٢٠٩
الفرع الأول	٢٠٩
تفسير العقد	٢٠٩
الفرع الثاني	٢١١
تكييف العقد	٢١١
الفرع الثالث	٢١١
نطاق العقد	٢١١
الفرع الرابع	٢١٢
ضرورة الالتزام بمضمون العقد (القوة الملزمة للعقد)	٢١٢
المطلب الثاني	٢١٤

٢١٤	آثار العقد من حيث الأشخاص
٢١٥	الفرع الأول
٢١٥	الخلف العام
٢١٧	الفرع الثاني
٢١٧	الخلف الخاص
٢١٩	الفرع الثالث
٢١٩	آثار العقد بالنسبة للدائنين
٢١٩	الفرع الرابع
٢١٩	استثناءات من مبدأ نسيب الأثر الملزم للعقد
٢١٩	أولاً. استثناءات بنص القانون
٢٢٠	ثانياً. استثناء بطريق الاتفاق (الاشتراط لمصلحه الغير)
٢٢٦	المبحث السادس
٢٢٦	الإبطال والبطالان
٢٢٦	المطلب الأول
٢٢٦	الفروق بين البطلان والإبطال
٢٢٨	المطلب الثاني
٢٢٨	البطلان والابطال في التشريعات المقارنة
٢٢٨	الفرع الأول
٢٢٨	الشروط
٢٢٨	أولاً. لماذا؟
٢٢٩	ثانياً. من؟
٢٣٠	ثالثاً. كيف؟
٢٣١	رابعاً. متى؟
٢٣٤	الفرع الثاني
٢٣٤	الآثار
٢٣٤	أولاً. مدى البطلان
٢٣٦	ثانياً. إعادة الحال إلى ما كان عليه
٢٣٩	الفصل الثالث
٢٣٩	الإخلال في الالتزام العقدي
٢٤٠	المبحث الأول
٢٤٠	المسؤولية العقدية Contractual Liability
٢٤٥	المطلب الأول
٢٤٥	الخطأ العقدي
٢٤٧	الفرع الأول
٢٤٧	الالتزام بغاية
٢٥١	أولاً. موقف القانون المدني
٢٥٣	ثانياً. موقف الفقه الإسلامي
٢٦٠	المطلب الثاني
٢٦٠	الضرر
٢٦١	أولاً. تقدير التعويض عن الضرر

٢٦٢	ثانياً شروط الضرر الموجب للتعويض
٢٦٧	ثالثاً ماهية التعويض عن الضرر
٢٦٩	رابعاً الإعفاء من تعويض الضرر أو تخفيفه
٢٧١	المطلب الثالث
٢٧١	رابطة السببية
٢٧١	أولاً القوة القاهرة
٢٧٥	المبحث الثاني
٢٧٥	الفسخ
٢٧٦	المطلب الأول
٢٧٦	تعريف الفسخ وشروطه
٢٧٦	الفرع الأول
٢٧٦	تعريف الفسخ
٢٧٨	الفرع الثاني
٢٧٨	شروط الفسخ
٢٧٩	المطلب الثاني
٢٧٩	صور إيقاع الفسخ وأثاره
٢٧٩	الفرع الأول
٢٧٩	صور إيقاع الفسخ
٢٧٩	أولاً: الفسخ القضائي
٢٨٠	ثانياً: الفسخ الاتفاقي
٢٨١	ثالثاً: الفسخ بإرادة الدائن بنص القانون
٢٨٢	رابعاً: الانقراض بقوة القانون
٢٨٤	الفرع الثاني
٢٨٤	آثار الفسخ
٢٨٤	أولاً: آثار الفسخ فيما بين المتعاقدين
٢٨٥	ثانياً: آثار الفسخ بالنسبة للغير
٢٨٦	المطلب الثالث
٢٨٦	الفسخ في التشريع المقارن
٢٨٩	الباب الثاني
٢٨٩	الإرادة المنفردة
٢٩٠	الفصل الأول
٢٩٠	مفهوم الإرادة المنفردة
٢٩١	الفصل الثاني
٢٩١	القوة الإلزامية للإرادة المنفردة
٢٩٣	القسم الثاني
٢٩٣	العقود المسماة
٢٩٥	الفصل التمهيدي
٢٩٥	نشأة العقود المسماة
٢٩٥	المبحث الأول

٢٩٥	العقود المسماة والعقود غير المسماة
٢٩٦	المبحث الثاني
٢٩٦	تقسيم العقود المسماة
٢٩٨	الفصل الأول
٢٩٨	إبرام عقد البيع
٢٩٩	المبحث الأول
٢٩٩	تعريف عقد البيع
٢٩٩	المطلب الأول
٢٩٩	تعريف العقد في الشريعة الإسلامية
٣٠٠	المطلب الثاني
٣٠٠	تعريف العقد في القانون
٣٠٢	الفرع الأول
٣٠٢	البيع والهبة
٣٠٣	الفرع الثاني
٣٠٣	البيع والمقايضة
٣٠٤	الفرع الثالث
٣٠٤	البيع والإيجار
٣٠٦	الفرع الرابع
٣٠٦	البيع والمقايضة
٣٠٨	الفرع الخامس
٣٠٨	البيع والوكالة
٣٠٨	الفرع السادس
٣٠٨	البيع والوصية
٣٠٩	الفرع السابع
٣٠٩	البيع والوديعة
٣١٠	المبحث الثاني
٣١٠	أركان عقد البيع
٣١٠	المطلب الأول
٣١٠	الرضا في عقد البيع
٣١١	الفرع الأول
٣١١	القواعد الخاصة بالإيجاب والقبول
٣١٤	الفرع الثاني
٣١٤	التطبيقات الخاصة بالرضا
٣١٤	أولاً. الوعد بالبيع
٣١٧	ثانياً. البيع بالعربون
٣١٨	ثالثاً. البيع بشرط التجربة
٣٢٠	رابعاً. البيع بشرط المذاق
٣٢٢	خامساً. البيع بالعينة
٣٢٣	الفرع الثالث

٣٢٣	العيوب الخاصة بالرضاينة في عقد البيع: (الغبين في بيع عقار القاصر).....
٣٢٥	أولاً. أن يكون المبيع عقاراً.....
٣٢٦	ثانياً. ألا يكون مالك العقار كامل الأهلية.....
٣٢٦	ثالثاً. أن يزيد الغبن على خمس قيمة العقار.....
٣٢٧	رابعاً. ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني بموجب القانون.....
٣٢٨	المطلب الثاني.....
٣٢٨	المحل.....
٣٢٨	الفرع الأول.....
٣٢٨	المبيع.....
٣٢٨	أولاً. وجود المبيع أو قابليته للوجود.....
٣٣٠	ثانياً. تعيين المبيع أو قابليته للتعيين.....
٣٣٤	ثالثاً. صلاحية المبيع للتعامل فيه.....
٣٣٥	رابعاً. ملكية البائع للمبيع.....
٣٣٨	الفرع الثاني.....
٣٣٨	الثمن.....
٣٣٩	أولاً. نقدية الثمن.....
٣٤٠	ثانياً. تقدير الثمن.....
٣٤٢	رابعاً. حقيقة الثمن وجديته.....
٣٤٤	المطلب الثالث.....
٣٤٤	الأهلية.....
٣٤٤	الفرع الأول.....
٣٤٤	قواعد الأهلية العامة وفق النظرية العامة للالتزام.....
٣٤٦	الفرع الثاني.....
٣٤٦	القيود التي ترد على الأهلية في عقد البيع.....
٣٤٨	المطلب الرابع.....
٣٤٨	السبب.....
٣٤٨	أولاً. تعريف السبب.....
٣٤٨	ثانياً. إثبات السبب.....
٣٥١	الفصل الثاني.....
٣٥١	تنفيذ عقد البيع.....
٣٥٢	المبحث الأول.....
٣٥٢	التزامات البائع.....
٣٥٢	المطلب الأول.....
٣٥٢	الالتزام بنقل الملكية.....
٣٥٤	الفرع الأول.....
٣٥٤	نقل ملكية المنقول.....
٣٥٤	أولاً. المنقول المعين بالذات.....
٣٥٧	ثانياً. المنقول المعين بالنوع.....
٣٥٩	الفرع الثاني.....
٣٥٩	نقل ملكية العقار.....

المطلب الثاني.....	٣٦٣
الالتزام بالتسليم.....	٣٦٣
أولاً. ماهية التسليم.....	٣٦٣
ثانياً. تسليم ملحقات المبيع.....	٣٦٦
ثالثاً. ظروف وحديثات التسليم.....	٣٦٩
المطلب الثالث.....	٣٧١
الالتزام بالضمان.....	٣٧١
الفرع الأول.....	٣٧١
ضمان التعرض والاستحقاق.....	٣٧١
أولاً. أنواع الضمان بالقانون.....	٣٧٢
ثانياً. شروط قيام ضمان التعرض.....	٣٧٤
ثالثاً. آثار ضمان التعرض والاستحقاق.....	٣٧٥
رابعاً. الاتفاق على تعديل الضمان بإسقاطه أو إنقاصه أو التشدد فيه.....	٣٨٠
الفرع الثاني.....	٣٨١
ضمان العيوب الخفية.....	٣٨١
أولاً. التعريف الفقهي لضمان العيوب.....	٣٨١
ثانياً. شروط ضمان العيب.....	٣٨٣
ثالثاً. أحكام ضمان العيوب الخفية.....	٣٨٥
المبحث الثاني.....	٣٩٠
التزامات المشتري.....	٣٩٠
المطلب الأول.....	٣٩١
الالتزام بدفع الثمن.....	٣٩١
الفرع الأول.....	٣٩١
مضمون الالتزام بدفع الثمن.....	٣٩١
الفرع الثاني.....	٣٩٦
جزاء الإخلال بدفع الثمن.....	٣٩٦
أولاً. التنفيذ العيني (التنفيذي الجبري).....	٣٩٦
ثانياً. امتياز البائع.....	٣٩٦
ثالثاً. حق حبس المبيع.....	٣٩٧
رابعاً. فسخ البيع.....	٣٩٧
المطلب الثاني.....	٣٩٩
الالتزام بدفع نفقات ورسوم عقد البيع.....	٣٩٩
المطلب الثالث.....	٤٠١
التزام المشتري بتسلم المبيع.....	٤٠١
الفرع الأول.....	٤٠١
تعريف الالتزام.....	٤٠١
الفرع الثاني.....	٤٠٣
حكم إخلال المشتري بالالتزام.....	٤٠٣

٤٠٥ المراجع

