

أولاً: تعريف الالتزام وبيان خصائصه (س: أكتب في ماهية الالتزام مع بيان خصائصه)

✓ يمكن أن نعرف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم بمقتضاه أحدهما، ويسمى المدين، بأن يقوم بأداء مالي معين لمصلحة شخص آخر، ويسمى الدائن، ويكون المدين مسئولاً عن دينه. في كافة أمواله.

ومن هذا التعريف نستطيع أن نستخلص أهم خصائص الالتزام وهي:

(١) الالتزام رابطة قانونية:

✓ أهم ما يميز الالتزام أنه رابطة قانونية بين شخصين، الدائن والمدين. وقد كان نتيجة لذلك أن غالى أنصار المذهب الشخصي في النظر بصفة أساسية إلى طرفي الالتزام، ترتب على هذه النظرية نتيجتان :

الأولى: يلزم وجود كل من المدين والدائن وقت نشوء الالتزام.

الثانية: عدم تصور تغير أحد طرفي هذه الرابطة.

✓ بالتالي لا يمكن انتقال الالتزام، سواء عن طريق حوالة الدين من جانب المدين، أو حوالة الحق من جانب الدائن.

✓ ولكن التطور الاقتصادي والاجتماعي أفرز أوضاعاً قانونية جديدة، لا تتلاءم مع النظرة الشخصية ولذلك ظهر المذهب المادي.

✚ والمذهب المادي في الالتزام يقوم على موضوع الالتزام لا إلى أشخاصه، **ويترتب على هذه النظرية نتيجتان:**

الأولى: إمكان نشوء الالتزام حتى ولو لم يوجد الدائن منذ البداية، متى كان من الممكن وجوده في المستقبل.

الثانية: إمكان تغيير أطرف الالتزام وانتقاله عن طريق حوالة الدين، وحوالة الحق.

✓ **ومع ذلك** يجب أن نشير إلى أنه بالرغم من هذا التصوير المادي أو الموضوعي للالتزام، إلا أن هذا لا يغير من طبيعة الالتزام بوصفه رابطة بين شخصين، وهذا راجع إلى أن طبيعة الالتزام تحتّم تعيين المدين منذ البداية.

(٢) الطبيعة المالية للالتزام:

✓ فالخصيصة الأساسية للالتزام هي مالية الأداء. هذه الخصيصة هي التي تميز الالتزام عن الواجبات القانونية الأخرى والتي لا يكون الأداء فيها مالياً، كواجب الخدمة العسكرية، وواجبات الأسرة.

(٣) أن يكون المدين مسئولاً عن تنفيذ الالتزام في كافة أمواله:

✓ في القانون الروماني كانت الأنظمة القانونية لا تملك من الوسائل الفنية ما يكفل الالتزام دون اعتداء على شخص المدين. ولذلك فقد كان طبيعياً أن يكون من بين الوسائل البدائية التنفيذ على شخص المدين، وسجنه واسترقاقه.

✓ أما في المجتمعات الحديثة أصبح الالتزام علاقة بين ذمتين.

✓ **لذلك فإن القوانين الحديثة** تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام وتنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين

ثانياً: تقسيمات الالتزام

أولاً: الالتزام المدني والالتزام الطبيعي: أكتب في الالتزام المدني والالتزام الطبيعي؟

✓ فكرة الالتزام لا تنشأ إلا باجتماع عنصرين، هما المديونية والمسئولية :

فالعنصر الأول، المديونية، يعبر عن الواجب الذي يفرض على الشخص القيام بأداء معين. لمصلحة شخص. وتنقضي المديونية بالوفاء الاختياري.

أما العنصر الثاني، فبمقتضاه يكون المدين مسئولاً عن تنفيذ دينه، فيكون للدائن أن يستأدي حقه قهراً من أموال المدين.

بعد هذه المقدمة البسيطة نستطيع أن نقول:

الالتزام المدني هو الالتزام الذي يتحقق فيه عنصراً المديونية والمسئولية. ولهذا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذه.

أما الالتزام الطبيعي، فإنه التزام قانوني، ولكن لا يتحقق فيه إلا عنصر المديونية فقط، دون عنصر المسئولية، ولهذا لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه. ومع ذلك فإن المدين يستطيع أن يقوم بتنفيذ الالتزام الطبيعي تنفيذاً اختيارياً، وفي هذه الحالة يعتبر الوفاء وفاء صحيحاً. ولا يعد تبرعاً. ومن أمثلة الالتزام الطبيعي: الالتزام المدني الذي ينقضي بالتقادم يتخلف عنه في ذمة المدين التزام طبيعي.

ثانياً: الالتزام الشخصي والالتزام العيني: أكتب في الالتزام الشخصي والالتزام العيني؟

١- الالتزام الشخصي هو الالتزام العادي الذي يلتزم فيه المدين شخصياً ويكون مسئولاً عن تنفيذ التزامه في جميع أمواله.

٢- أما الالتزام العيني فإنه يجب على المدين لا بصفته الشخصية وباعتباره مصدره، وإنما بصفته صاحب حق عيني يتعلق به هذا الالتزام، وتتنصر المسؤولية عنه في العين محل هذا الحق دون باقي أموال المدين. ومثال الالتزام العيني ما ينص عليه القانون المدني المصري علي أنه "لكل مالك أن يجبر جاره علي وضع حدود لأملكهما المتلاصقة"، في هذه الحالة يقع الإلتزام علي المدين باعتباره مالكا للأرض المتلاصقة، وتتنصر مسئوليته عن هذا الإلتزام في هذه الأرض.

ثالثاً: الإلتزام باعطاء والالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل: أكتب في الإلتزام باعطاء والإلتزام بعمل والإلتزام بالامتناع عن عمل؟

١- الإلتزام باعطاء هو الإلتزام بنقل حق عيني علي عقار أو منقول، أو الإلتزام بإنشاء هذا الحق ابتداءً. ومثال ذلك التزام البائع أو الواهب بنقل ملكية الشيء المبيع أو الموهوب إلى المشتري أو الموهوب له.

٢- أما الإلتزام بعمل هو الإلتزام الذي يكون مضمونه قيام المدين بعمل إيجابي لمصلحة الدائن، كالتزام المقاول ببناء المنزل.

٣- الإلتزام بالامتناع عن عمل هو الإلتزام الذي يكون مضمونه عدم إتيان المدين لعمل معين يملك القيام به قانوناً. من ذلك الإلتزام بعدم المنافسة.

رابعاً: الإلتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية: أكتب في الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام ببذل عناية؟

✓ يقوم هذا التقسيم علي أساس أن لكل التزام هدفاً معيناً يرمي الدائن إلى تحقيقه. فهدف المشتري من الاتفاق مع البائع هو أن تنتقل إليه ملكية الشيء. وهدف المريض من الاتفاق مع الطبيب هو تحقيق الشفاء.

وعلی ذلك إذا تطابق الهدف من الإلتزام مع مضمون التزام المدين فإن الإلتزام يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً بغاية، وإذا لم يحدث هذا التطابق وإنما كان مضمون التزام المدين هو مجرد بذل الجهد لتحقيق هذا الهدف دون الإلتزام بتحقيقه كان الإلتزام التزاماً ببذل عناية.

✓ **لذلك** فإن التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه يتطابق مع الهدف فيكون الإلتزام التزاماً بتحقيق نتيجة. ✓ أما مضمون التزام الطبيب هو التزام بعمل وهو علاج المريض، ومضمون هذا الإلتزام لا يتطابق مع الهدف أي يكون على الطبيب بذل العناية.

طب ركز من اول هناااا كويس جداااا... عشان هنبني عليه حاجات كتير

مصادر الإلتزام

✓ يقصد بمصدر الإلتزام السبب القانوني الذي أنشأه. فعقد البيع هو مصدر التزام المشتري بدفع الثمن والتزام البائع بنقل ملكية وتسليم الشيء المبيع.

وقد نظم القانون المدني المصري مصادر الإلتزام في فصول متعاقبة دون أن يلجأ إلى تقسيمها تقسيماً علمياً أو فنياً، حيث أن ذلك يخرج عن عمل المشرع ويدخل في نطاق اجتهاد الفقهاء والشرح. وهذه المصادر

بحسب ترتيبها التي وردت به في القانون المصري هي على النحو التالي:

✓ **(العقد - الإرادة المنفرده - العمل الغير مشروع - الأثرء بلا سبب - القانون)**

العقد والإرادة المنفرده من المصادر الإرادية اما العمل الغير مشروع والأثرء بلا سبب والقانون هما من المصادر الغير اراديه.

الكتاب الأول: المصادر الإرادية (العقد – الإرادة المنفردة)

الباب الأول: التعريف بالعقد

الفصل الأول: ماهية العقد وأساس قوته الملزمة

المبحث الأول: تعريف العقد وتحديد نطاقه

المطلب الأول: تعريف العقد : أكتب في تعريف العقد، موضحاً نطاقه؟

أولاً: الاتفاق والعقد:

✓ الاتفاق جنساً والعقد نوعاً من أنواعه. فالاتفاق هو تلاقي إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر القانوني هو إنشاء التزام، كما في البيع، أو نقله، كما في الحوالة، أو تعديله، كما في إضافة أجل للتزام.

✓ أما العقد فهو أخص من الاتفاق، إذ هو اتفاق ينشئ التزاماً فقط.
✓ وقد انتقد كثير من الفقهاء، هذه التفرقة ولذلك قد استقر الفقه على استعمال العقد والاتفاق كلفظين مترادفين.

ثانياً: العقد والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة والتصرف القانوني المتعدد الأطراف:

(١) العقد هو تصرف قانوني تتلاقى فيه إرادتين فهو ثنائي التكوين.
(٢) أما التصرف القانوني بالإرادة المنفردة. فهو التصرف القانوني الذي يكون قوامه إرادة واحدة تنصرف إلى إحداث أثر قانوني معين.

(٣) التصرف القانوني متعدد الأطراف:

هذا التصرف يشتمل على نوعين أحدهما بسيط والآخر أكثر تعقيداً.
[أ] العقد المتعدد الأطراف، وهو العقد الذي يتضمن أطراف متعددة ذات مركز قانوني واحد. مثال ذلك، عقد العمل الجماعي.

[ب] العملية القانونية ذات الأشخاص الثلاثة: في هذه العملية يكون كل شخص من أشخاصها الثلاثة في مركز مختلف عن الآخرين وهي تختلف من هذه الناحية عن العقد متعدد الأطراف. في الواقع أن هذا التصرف سيكون من حيث محله وأثره أن يضع كل من الأشخاص الثلاثة المعنيين في مركز قانوني مختلف في مواجهة الآخرين. وهناك نوعين مختلفين من العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة بحسب ما إذا كان قد ساهم في إبرام التصرف إرادتين فقط أم أنه قد اشترك الثلاثة أشخاص في إبرامه.

١. ومن أمثلة النوع الأول: الاشتراط لمصلحة الغير.
٢. ومن أمثلة النوع الثاني: الإنابة والضمان بمجرد الطلب.

ثالثاً: تحديد المقصود بالعقد:

✓ يمكن تعريف العقد بأنه " تلاقي إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية، سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه "

ومن هذا التعريف يتضح لنا أهم عناصره:

(١) أن العقد عبارة عن تلاقي إرادتين، وعلى ذلك فلا يكفي أن تتجه إرادة واحدة إلى أمر معين.
(٢) يجب أن يكون تلاقي إرادة المتعاقدين على ترتيب آثار قانونية. فلا يكون هناك عقد إذا كان الاتفاق لم يستهدف هذه الغاية.

المطلب الثاني: نطاق العقد

ويتحدد نطاق العقد في هذا الصدد بأمرين:

أولاً: الطبيعة المالية لأداء المدين:

✓ دراستنا تقتصر على العقد الذي ينشئ التزامات يكون أداء المدين فيها مالياً. ولذلك يخرج من معنى العقود والاتفاقات التي تقع في دائرة القانون الخاص العقود والاتفاقات التي تكون متعلقة بالأحوال الشخصية، كالزواج.

ثانياً: أن يكون الاتفاق في دائرة القانون الخاص:

✓ وبذلك يخرج عن نطاق العقد بالمعنى الذي نقصده، الاتفاقات الواقعة في دائرة القانون العام.

المبحث الثاني: أساس القوة الملزمة للعقد مبدأ سلطان الإرادة

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة ومداه

س: ما المقصود بمبدأ سلطان الإرادة كأساس للعقد موضحاً النتائج المترتبة على هذا المبدأ موضحاً التطورات التي لحقت بهذا المبدأ؟

أولاً: نطاق المبدأ:

(١) مبدأ سلطان الإرادة وتكوين العقد:

✓ دور الإرادة، يظهر بوضوح سواء فيما يتعلق بإبرام العقد وفيما يتعلق بمضمونه.

أ] فبالنسبة لإبرام العقد - مبدأ الرضائية:

ويعتقد هذا المبدأ أنه يكفي لإبرام العقد مجرد التراضي دون اشتراط أي شكل وإجراء آخر.

ب] أما بالنسبة لمضمون العقد - مبدأ الحرية التعاقدية:

يكون للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد.

ويترتب على مبدأ الحرية التعاقدية عدة نتائج:

أولاً: إن الأفراد أحرار فيما ينشئونه من عقود، وبالتالي فإن عدد وأنواع العقود لا تخضع لتحديد ولا لتعدد.

ثانياً: أن القاضي عندما يقوم بتقدير صحة عقد ما فإنه ينبغي عليه ألا يدخل في اعتباره أي عنصر أجنبي على الإرادة.

ثالثاً: ضرورة تفسير مبدأ عدم مخالفة العقود للنظام العام أو الآداب تفسيراً ضيقاً.

(٢) مبدأ سلطان الإرادة وأثار العقد:

أ] أثار العقد فيما بين المتعاقدين: التفسير والقوة الملزمة للعقد:

✓ تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين فعندما تكون عبارة العقد غامضة أو غير واضحة فإن القاضي لا يمكنه أن يدخل على هذا العقد الآثار التي يعتقد أنها أكثر عدلاً، وإنما يستخلص الآثار التي تبدو له أنها تقابل أكثر للإرادة المفترضة للمتعاقدين.

ب] مبدأ الأثر النسبي للعقد:

✓ وطبقاً لهذا المبدأ فإن العقد، وقوامه تراضي الطرفين لا ينشئ علاقة التزام إلا بين الطرفين الذين تراضيا

علي إنشاء هذه العلاقة، وبالتالي فلا تنشئ في ذمة الغير التزاماً ولا يكسبه حقاً، وهذا المبدأ يعتبر نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة.

ثانياً: أساس مبدأ سلطان الإرادة:

(١) الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة:

✓ الأساس الفلسفي يقوم على فكرتين فلسفيتين، فكرة الحرية الطبيعية للإنسان، وفكرة العقد الاجتماعي.

أ] مبدأ سلطان الإرادة والحرية الطبيعية للإنسان:

من الناحية الفلسفية فإن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على اعتقاد بأن هناك حرية طبيعية للإنسان.

ب] مبدأ سلطان الإرادة والعقد الاجتماعي:

نظرية العقد الاجتماعي ترى أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع، بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات، بإرادته، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك، ونظرية العقد الاجتماعي تعتبر سنداً قوياً لمبدأ سلطان الإرادة، فإذا كانت الإرادة الإنسانية لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع فإنه يكون لها ذلك من باب أولى في إنشاء الالتزامات الخاصة التي تربط بين دائن ومدين.

(٢) الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة:

ويقوم الأساس الاقتصادي على فكرتين أساسيتين:

أ] مبدأ سلطان الإرادة والحرية الاقتصادية - الحرية التعاقدية والعدالة:

مبدأ سلطان الإرادة ليس إلا انعكاساً لسياسة الحرية الاقتصادية في نطاق القانون الخاص، وترجمة ذلك في نطاق القانون هو السماح للأشخاص بأن يتعقدوا كما يشاءون وبمحض إرادتهم، وهذه هي خير وسيلة لقيام علاقات أكثر عدلاً، وكذلك أكثر فائدة من الناحية الاجتماعية.

ب] الحرية التعاقدية والمنفعة الاجتماعية:

فبالنسبة للمنفعة الاجتماعية فأنصار الحرية الاقتصادية يعتقدون أن حرية المبادرات الفردية كفيلة بأن تحقق تلقائياً الازدهار والتوازن الاقتصادي، ومن هذا المنطلق فإن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة أو الفردية.

المطلب الثاني: تقدير مبدأ سلطان الإرادة

أولاً : انتقاد مبدأ سلطان الإرادة :

(١) انتقاد الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة :

أ] فساد المقدمات التي يقوم عليها :

فالفكرة التي تقوم على أساس أن للإنسان حرية طبيعية سابقة لوجوده في المجتمع تقوم على افتراض يخالف الواقع والحقيقة، فالإنسان المنعزل لم يكن له وجود في الواقع، فالإنسان دائماً يعيش في مجتمع.

ب] استحالة الاعتراف بفعالية قانونية لتصرف الإرادة لمجرد اعتبارها كذلك :

فمن الثابت أن الحرية لا يمكن أن تكون مطلقة فمن أجل خير الفرد هناك بعض الالتزامات يجب أن تفرضها عليه، فالعدالة فوق الحرية.

(٢) انتقاد الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة :

أ] إمكانية التناقض بين الحرية التعاقدية والعدالة :

فالقول بأن الحرية التعاقدية تحقق تلقائياً التوازن المشروع للأدوات، يفترض أن هناك مساواة بين الأفراد تسمح لهم بالمفاوضة، هذه المسلمة البديهية تتضمن الاعتقاد بأن هناك مساواة طبيعية بين الأفراد، لكن في الحقيقة أن الأمر لا يسير على هذا المنوال، فأحد المتعاقدين مثلاً قد تجبره الضرورة المادية على إبرام العقد، بينما الآخر يستطيع أن ينتظر، ففي مثل هذه الحالة ينبغي على الأول أن يسلم بشروط الثاني.

ب] إمكانية التناقض بين الحرية التعاقدية والمصلحة الاجتماعية :

ليس صحيحاً أن الحرية التعاقدية تؤدي دائماً إلى نتائج تتفق والمصلحة الاجتماعية، فقد لوحظ أنه إذا ما ترك الأفراد وشأنهم فإنهم لا يتوجهون بالضرورة نحو النشاطات الأكثر فائدة أو نفعية للمجتمع ولكن نحو النشاطات الأكثر عائداً وأرباحية.

ج] إمكانية التعارض بين القوة الملزمة للعقد والعدالة أو المصلحة الاجتماعية :

قد يتعرض عقد من العقود أثناء تنفيذه، لعدم توازن فادح بين الالتزامات نتيجة تغير مفاجئ في الظروف الاقتصادية، مثلاً فهل من العدالة، في عقد توريد ميرم لمدة طويلة أن يثبت الثمن عند قيمة محددة مهما تغيرت الظروف؟، في مثل هذه الأمور يبدو طبيعياً ألا تقف القوة الملزمة عقبة في سبيل إعادة التوازن بين مصالح الطرفين.

ثانياً : انحسار مبدأ سلطان الإرادة :

مبدأ سلطان الإرادة في صورته المطلقة اصطدم بواقع الحياة الاقتصادية والاجتماعية، كما أنه ثبت عدم صحة المسلمات والمرتكزات، علي إطلاقها، وقد حان الوقت الآن لنعرض لرد فعل كل من الفقه والقضاء، وكذلك المشرع.

(١) رد فعل كل من الفقه والقضاء :

أ] نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة :

انتكاس مبدأ سلطان الإرادة أدى إلى انتكاس نظرية الإرادة الباطنة، فقد أفسح العديد من الفقهاء مكاناً كبيراً للنظرية الجديدة، نظرية الإرادة الظاهرة.

ب] ردود فعل عملية من جانب الفقه والقضاء :

✓ وقد كان ذلك علي نطاقين: انعقاد العقد وآثار العقد.

✓ فعلى نطاق انعقاد العقد : ينتج كل من الفقه والقضاء إلى تقييد الحرية التعاقدية أكثر فأكثر، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية لجأ إلى طريقتين: الأولى: إعطاء معني واسعاً لفكرة النظام العام أو الآداب، والثانية: تتلخص في أن كلاً من الفقه والقضاء يتجهان إلى تطبيق الفكرتين، النظام العام أو الآداب، ليس علي محل العقد فحسب وإنما أيضاً علي سبب العقد.

✓ على نطاق آثار العقد: وقد كانت ردود الفعل في هذا النطاق تتعلق بتفسير العقد ومبدأ نسبية آثار العقد. فبالنسبة لتفسير العقد تذهب المحاكم غالباً إلى أن تجعل العقد ينتج آثار تقدر أنها مستحبة أكثر من البحث عما يحتمل أن يريده المتعاقدان. بالنسبة لمبدأ نسبية أثر العقد يذهب الفقه والقضاء إلى فهم هذا المبدأ بطريقة أكثر مرونة.

(٢) رد الفعل التشريعي:

● تدخل المشرع قد انصب على النتائج الثلاثة لمبدأ سلطان الإرادة، الرضائية، الحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد.

أ] القيود الواردة على مبدأ الرضائية:

هناك عودة إلى الشكلية في التشريعات الحديثة، فنجد أن اشتراط الكتابة أمر وارد بالنسبة للعديد من العقود.

ب] القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية:

نجد أن المشرع، استجابة للمصلحة العامة، يقوم بإلغاء حرية التعاقد أو حرية عدم التعاقد. وخير مثال على ذلك التأمين الإجباري على جميع مالكي السيارات.

[ج] القيود الواردة على القوة الملزمة للعقد:

أصبح الآن تعديل العقد أو مواجهة شروطه أمراً مألوفاً وذلك بقصد تحقيق هدفين:

[١]

تجنب عدم العدالة.

[٢]

كما أن تعديل العقد قد يقصد به تحقيق المصلحة العامة وذلك تحقيقاً لمقتضيات السياسة الاقتصادية.

(٣) مبدأ سلطان الإرادة وتشريعات حماية المستهلك:

- ✓ الفكرة المحورية لهذه التشريعات تتمثل في حماية المستهلك في مجال العقود التي تبرم بين المهنيين، وموزعي السلع والخدمات، والمستهلكين من أجل إشباع حاجات غير مهنية.
- ✓ هذه الفكرة تقوم على اعتبار أن المستهلك عندما يدخل في مجال إبرام هذه العقود يكون مجرداً من السلاح في مواجهة المهني، لذلك فإن له الحق في الاعتماد على التشريع لحماية مصالحه.

ومن ثم قامت هذه التشريعات بإحاطته بكثير من وسائل الوقاية والحماية. هذه الجوانب السلبية لهذه التشريعات يجب ألا تحجب عنا الجوانب المفيدة والإيجابية لها. أول هذه الجوانب الإيجابية تبديد الوهم القائم حول المساواة الطبيعية والتي تسببت في كثير من الأضرار في ظل اعتناق مبدأ سلطان الإرادة في صورته المطلقة، وكان مقتضى ذلك أن يتدخل المشرع ليمنع القوى، من سحق الضعيف، وهذا بذاته يكشف عن وجه القصور لتشريعات حماية المستهلك إنها أدت إلى ظهور قانون طائفي.

فيما عدا هذا الوجه من أوجه القصور فإن هذه التشريعات كان يمكن أن تكون أفضل من ذلك لو أنها لم تهدف إلى تمييز طائفة معينة من الأفراد.

[أ] تشريعات حماية المستهلك وتكوين العقد:

(١) أثر حماية المستهلك على مبدأ الرضائية:

إذا كان مبدأ الرضائية قد أصبح من المبادئ الأساسية إلا أن تشريعات حماية المستهلك قد بعثت الشككية. لكن هذه الشككية تعتبر شككية مرشدة لها هدف واحد هو جعل رضاء المستهلك حر وواضح.

(٢) أثر حماية المستهلك على مبدأ الحرية التعاقدية:

✓ البداية الأولى هي حرية التعاقد أو عدم التعاقد فالمبدأ بصددها أنه لا يوجد تعسف في استعمال حق رفض الشراء مثلاً، كما أن الشق الأول، والخاص بأنه لا يمكن أن يجبر أحد على الشراء يعتبر مطلقاً، لكن هذه الحرية في الواقع ليست إلا شككية حيث أن هناك حاجات أساسية يلزم إشباعها من أجل البقاء أما الشق الثاني، والخاص بأنه لا يمكن أن يجبر أحد على البيع يرد عليها استثناءات قانونية هامة، سواء لضمان حرية الأسعار، أو حرية المناقصة.

لكن أما بالنسبة لمضمون العقد: فالأصل أن للأطراف مطلق حرية في تحديد مضمون العقد، ومع ذلك نجد أن بعض التشريعات الحمائية في مجال الائتمان قد فرضت تضمين بعض العقود عدة شروط خاصة بعدما فرض المشرع علاقة تبعية متبادلة بين عقود الائتمان وعقود البيع.

[ب] تشريعات حماية المستهلك وأثر العقد:

(١) أثر حماية المستهلك على القوة الملزمة للعقد:

إذا كان المبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، كما أنه لا يجوز للقاضي تعديل ما اتفق عليه الأطراف بحر إرادتهم إلا أن التشريعات الحمائية وسعت من رخصت العدول الممنوحة للمستهلك، كما أنها وسعت من سلطة القاضي تجاه العقد المبرم بين المستهلك والمهني لإشباع حاجات غير مهنية.

(٢) أثر حماية المستهلك على مبدأ نسبية أثر العقد:

الأصل أن العقد لا يلزم إلا أطرافه، ومن ثم فإن هذا العقد لا يمكن أن ينشئ على عاتق التزام ولا يمكن أن يكسب الغير حقاً.

ومع ذلك فإن التشريعات الحمائية قد فرضت علاقة تبعية متبادلة تلك بين عقد القرض وعقد البيع. وقد ترتب على التبعية المتبادلة بين عقد القرض وعقد البيع في حالة عدم تمكن المشتري من الحصول على القرض أن يفسخ على الفور عقد البيع.

الفصل الثاني: تقسيمات العقود

المبحث الأول: تقسيم العقود بالنظر إلى القواعد المطبقة عليها

المطلب الأول : العقود المسماة والعقود غير المسماة

س: اكتب في تقسيم العقود الى عقود مسماة وعقود غير مسماة؟

أولاً: أساس التقسيم:

- ✓ إذا خص المشرع العقد باسم معين وفصل أحكامه وذلك لذيوعه وانتشاره كان العقد عقداً مسمى وإذا لم يتوافر للعقد هذان العنصران كان العقد عقداً غير مسمى.
- ✓ وقد درجت معظم التقنيات المدنية على أن تقرر تقسيماً خاصاً بالعقود المسماة.

من هذه العقود المسماة ما يلي:

- (١) العقود التي تقع على الملكية، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح.
 - (٢) العقود الواردة على الانتفاع بالشيء وهي الإيجار والعارية.
 - (٣) العقود التي تقع على العمل، وهي المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة.
 - (٤) العقود الاحتمالية، وهي المرتب لمدى الحياة، وعقد التأمين.
 - (٥) عقود التأمين الشخصية والعينية وتشمل الكفالة، والرهن الرسمي والرهن الحيازي.
- أما بالنسبة للعقود غير المسماة فهي لا تخضع لحصر ولا لعد. ومن أمثلتها عقد النشر، وعقد الإعلان.

ثانياً: أهمية التقسيم:

- ✓ تتجلى أهميته في تحديد القواعد الواجبة التطبيق على العقد، وذلك إلى جانب النظرية العامة للعقد. وعلى ذلك يجب تحديد ما إذا كان العقد عقداً مسمى أم عقداً غير مسمى، وهذا يقتضي القيام بعملية قانونية فنية دقيقة يطلق عليها التكيف. ويقوم القاضي بعملية تكيف العقد المطروح أمامه دون التقيد بالوصف الذي أعطاه له المتعاقدان. فإذا انتهى إلى أن العقد عقد من العقود المسماة، ويطبق عليه قواعده، أما إذا انتهى إلى أن العقد عقد من العقود غير المسماة، تعين عليه أن يستخلص قواعده مستعيناً بجهود من سبقوه من القضاة والفقهاء.
- ✓ وفي سبيل تحديد القواعد الواجبة التطبيق على العقود غير المسماة يقوم الفقه والقضاء باستقراء ما جرت عليه عادة المتعاقدين وبالقياس على أقرب العقود المسماة شبيهاً للعقد غير المسمى وذلك لمد حكمه إلى هذا الأخير.
- ✓ وإذا أنتشرت بعض هذه العقود وصارت صالحة لأن تنتقل إلى مرحلة التشريع، قام المشرع بوضعها في نصوص تشريعية، ويصبح العقد من العقود المسماة بعد أن كان عقداً غير مسمى، وهذا ما حدث مع عقد التأمين في فرنسا.
- ✓ أما بالنسبة للعقود المسماة فإن النظرية العامة تنطبق على هذه العقود ما لا يتعارض مع القواعد الخاصة بهذه العقود، ويلاحظ أن الكثير من القواعد المنظمة للعقود المسماة لا تخرج عن أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة، على أن البعض من هذه القواعد يعتبر قواعد خاصة يتميز بها العقد المسمى عن غيره ويخرج بها عن القواعد العامة، وذلك تحقيقاً للمصالح وجدها المشرع جديرة بالحماية، وإذا كان بعض هذه القواعد أمراً، إلا أن أغلب هذه القواعد مكملة لإرادة المتعاقدين.

المطلب الثاني : العقود المدنية والعقود التجارية

س: اكتب في تقسيم العقود الى عقود مدنية وعقود تجارية؟

أولاً: أساس التقسيم:

- (١) أن التفرقة بين العقود المدنية والعقود التجارية تستمد أساسها من التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري، والعقود التجارية هي العقود التي يعد القيام بها عملاً من الأعمال التجارية الأصلية أو التبعية.
- (٢) وأخيراً نلفت النظر إلى أن العقد قد يكون تجارياً بالنسبة إلى أحد طرفيه ويبقى مدنياً بالنسبة إلى الطرف الآخر وذلك طبقاً لنظرية الأعمال التجارية المختلطة.

ثانياً: أهمية التقسيم:

- العقود التي تثبت لها الصفة التجارية تخضع لقواعد القانون التجاري كقاعدة عامة، وللقانون المدني فيما لم يرد في شأنه نص وقواعد القانون التجاري، تقوم على الثقة والائتمان وسرعة وتبسيط الاجراءات.

(١) القواعد التي تقوم على السرعة وتبسيط الإجراءات:

(أ) حرية التعاقد والإثبات :

- ١١] حيث أن التجارة قوامها السرعة من جانب والثقة والائتمان من جانب آخر، فإنه من الطبيعي أن تكون القواعد التي تحكم العقود التجارية سواء من حيث الانعقاد أو الإثبات أخف عبء من القواعد التي تحكم العقود المدنية، فمن حيث الانعقاد نجد أن القاعدة في العقود التجارية هي كفاية التراضي دون حاجة إلي إفراغه في شكل معين.
 - ١٢] أما من حيث الإثبات نجد أنه لا يجوز في المواد المدنية الإثبات بالبينة أو القرائن القضائية إذا زادت قيمة التصرف عن مبلغ معين أو كان غير محدد القيمة، كما أنه لا يجوز في هذه المواد إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة، وفي كل هذه الأحوال نجد أن القانون التجاري يخرج عن هذه القواعد.
 - ١٣] وكذلك نجد في المواد المدنية أن الورقة العرفية لا تعد دليلاً كاملاً إلا إذا كان موقعاً عليها، بينما نجد في القانون التجاري أن الدفاتر التجارية قد تعد حجة علي التاجر فيما تتضمنه من عقود تجارية بالرغم من أنها غير موقع عليها.
 - ١٤] وإذا كان لا يجوز أن يجبر الشخص علي تقديم دليل ضد نفسه، فإن التاجر قد يجبر علي تقديم دفاتره التجارية لإثبات ما هو مقيد فيها من عقود تجارية.
 - ١٥] كذلك إذا كان الأصل أنه لا يجوز أن يسطع الشخص لنفسه دليلاً لمصالحه، فإن الدفاتر التجارية نقد تصلح دليلاً للتاجر في مواجهة غيره من التجار لإثبات ما يربط بينهم من عقود تجارية.
- ✓ ومع ذلك فإن مبدأ حرية التعاقد والإثبات في المواد التجارية يخضع لبعض الاستثناءات كاشتراط الرسمية في عقد بيع السفينة.

(ب) المهلة القضائية:

- ✓ تقضي قواعد القانون المدني بأن للقاضي أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه إذا اقتضت الظروف ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم بينما في الالتزامات التجارية فإنه يتمتع على القاضي أن يعطي المدين مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا عند الضرورة ويشترط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن.

(ج) الأعذار:

- ✓ القاعدة في القانون المدني أن الإخلال بالالتزامات العقدية لا يثبت إلا بعد أن يقوم الدائن بإعذار المدين بضرورة تنفيذ التزاماته، والأصل أن أعذار المدين بإذاره بمقتضى ورقة رسمية.

أما في المسائل التجارية فقد جرى العرف على أن الأعذار يمكن أن يتم بورقة غير رسمية.

(د) سهولة انتقال الحقوق والالتزامات التجارية:

- ✓ نجد أن انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود المدنية تخضع للقواعد التي تحكم حوالة الحق وحوالة الدين فحوالة الحق لا تنفذ قبل المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها، وحوالة الدين لا تنفذ في مواجهة الدائن إلا إذا قبلها، وفي كل من حوالة الحق وحوالة الدين يتعرض المحال له للاحتجاج عليه بالدفوع التي كان المحال عليه يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المحيل.
- ✓ أما في نطاق القانون التجاري نجد أن انتقال الحقوق التي تتضمنها الأوراق التجارية تتم بالمناولة اليدوية إذا كانت " لحامله " أو بالتظهير إذا كانت " اسمية " .

(هـ) تبسيط إجراءات التنفيذ:

- ✓ إجراءات التنفيذ على الأموال الضامنة للوفاء بالديون تختلف. فبينما يلزم التنفيذ على المال المرهون ضماناً لدين مدني الحصول على حكم قضائي، نجد أنه يكفي للحصول على إذن من قاضي الأمور الوقفية إذا كان المال المرهون ضماناً لدين تجاري.

(٢) القواعد التي تقوم على الثقة والائتمان:

(أ) الإفلاس:

- ✓ إذا كان القانون التجاري يبسر ويسهل للتاجر التعامل دون قيود أو إجراءات أو تعقيدات، فإنه في مقابل ذلك إذا ما توقف التجار عن دين تجاري فإن ذلك يؤدي إلي الحكم بشهر إفلاسه ورفع يده عن إدارة أمواله، وتعيين وكيل للتفليسة ينوب عنه وعن دائنيه إلي إدارة أمواله إلي أن يتم تصفيتها تصفية جماعية.
- ✓ أما في القانون المدني فإن نظام الإعسار يوجد كنظام مقابل لنظام الإفلاس إلا أن هذا النظام يختلف اختلافاً بيناً عن نظام الإفلاس من حيث الفعالية، والأثر.

(ب) التضامن :

✓ القاعدة في القانون المدني أنه إذا تعدد المدينون فإن التضامن يفترض وإنما يلزم أن يتم الاتفاق عليه أو ينص عليه القانون صراحة، أما في القانون التجاري فإن القاعدة أن التضامن يفترض.

(ج) النفاذ المعجل :

✓ نجد أن القاعدة بالنسبة للأحكام الصادرة بشأن العقود المدنية لا تكون قابلة للتنفيذ طالما أنها قابلة للطعن فيها بالمعارضة أو الاستئناف، ولكن هناك حالات استثنائية علي سبيل الحصر، أما بالنسبة للأحكام الصادرة بشأن العقود التجارية، الأصل أنها تكون مشمولة بالنفاذ المعجل سواء كانت قابلة للمعارضة أو الاستئناف أم طعن فيها بشرط تقديم كفالة.

المبحث الثاني: تقسيم العقود بالنظر إلى انعقادها

المطلب الأول: العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية

اكتب في العقود الرضائية، والعقود الشكلية، والعقود العينية؟

✓ إذا كان من المستقر عليه الآن في القوانين الحديثة أن الأصل هو مبدأ الرضائية في العقود، إلا أنه مع ذلك مازالت هناك للشكلية دور تلعبه. والفارق الواضح بين الشكلية المحضة في القوانين القديمة والشكلية في القوانين الحديثة يتجلى من ناحيتين:

الأولى: أن الشكلية في العصر الحديث تعتبر شكلية مرشدة. فهي شكلية ليست مقصودة لذاتها وإنما مقصودة لتحقيق أغراض معينة.
على خلاف الشكلية في القانون الروماني حيث إنها كانت شكلية مقصودة في ذاتها وبغض النظر عن الإرادة في ذاتها.
الثانية: أن الشكلية في القوانين الحديثة لا تكفي وحدها لإنعقاد العقد، بل لابد من تواجد الإرادة والتراضي ثم يضاف إليهما الشكل.
✓ وذلك على عكس ما كان عليه القانون الروماني إذا كانت الشكلية تغني عن الإرادة..

أولاً: أساس التقسيم:

(١) إذا كان يكفي التراضي لانعقاد العقد، فإن العقد يكون عقداً رضائياً، وإذا كان استلزم علاوه على التراضي شكلاً أو إجراء معيناً فإن العقد يكون عقد شكلياً أو عقداً عينياً.
والأصل في القوانين الحديثة هو مبدأ الرضائية في العقود، لكن قد يتفق المتعاقدون أو ينص القانون على أن العقد لا ينعقد إلا إذا تم في شكل معين أو إلا إذا تم تسليم شيء معين، فمصدر الشكلية أو العينية قد يكون نص القانون أو اتفاق الأطراف.

(٢) وعلى ذلك فإن العقد الشكلي، هو عقد لا يكفي التراضي لانعقاده، بل يلزم علاوه على ذلك أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل معين، والشكلية تنحصر في الكتابة، وهذه الكتابة قد تكون كتابة رسمية أو كتابة عرفية.
(٣) أما العقد العيني فهو العقد الذي لا يكفي التراضي لانعقاده، وإنما يلزم لكي ينعقد أن يفترض التراضي بتسليم العين محل العقد من أحد الطرفين إلى الآخر.

✓ ويرجع تاريخ العقد العيني إلى القانون الروماني، حيث كانت القاعدة هي الشكلية في العقود، وفي مراحل تطور لاحق للقانون الروماني كان الاتجاه السائد هو التخفيف من هذه الشكلية، لذلك استثنيت بعض العقود من الإجراءات الشكلية المعقدة، ولذلك وجد في تسليم الشيء المعقود عليه إجراء كافٍ يغني عن الإجراءات الشكلية والمعقدة، فظهرت فكرة العقود العينية وقد كانت هذه العقود واردة علي سبيل الحصر وهي: عارية الاستهلاك، عارية الاستعمال، الوديعة، الرهن الحيازي.

✓ وبالرغم من أن القانون المدني الفرنسي القديم قد سلم بمبدأ الرضائية في العقود بوجه عام، إلا أنه نتيجة لتفسيرات خاطئة استبقي العقود العينية الأربعة التي كانت مقرر في القانون الروماني، وأصبحت استثناء علي مبدأ الرضائية، ثم عند وضع التقنين المدني الفرنسي الحالي أخذ عن القانون الفرنسي القديم المبدأ نفسه، مبدأ الرضائية ونظم إلي جانبه العقود العينية الأربعة وأضاف إليها عقداً خامساً هو الهبة اليدوية.

✓ أما القوانين الحديثة ومن بينها معظم القوانين العربية لم يكن هناك مبرر للأبقاء علي العقود العينية، لأنتفاء علة وجودها حيث أنها تخضع لمبدأ الرضائية، والتسليم فيها لا يعتبر ركناً في انعقاد وإنما هو مجرد التزام يترتب علي العقد، وقد استبقت بعض القوانين الحديثة علي فكرة العقد العيني بالنسبة لعقد واحد لم يكن من ضمن العقود العينية الأربعة التقليدية هو هبة المنقول.

ثانياً: أهمية التقسيم:

- (١) وتتجلى أهمية التقسيم في القول بأن الأصل في العقود، هو مبدأ الرضاية، وأن الشكلية أو العينية تعد أمراً استثنائياً، باتفاق الطرفين أو بنص القانون.
- ويترتب علي ذلك أنه إذا أوجب القانون أتباع شكلية معينة في إبرام عقد معين فإنه يتعين أتباع الشكلية ذاتها في الوعد بإبرامه وفي التوكيل فيه، وفيما يتفق علي إدخاله علي العقد من تعديل كما يجب أن تتبع هذه الشكلية في إجازة العقد إن كان قابلاً للإبطال.
- (٢) يجب ألا نخلط بين اشتراط الكتابة لانعقاد العقد، كعقد الشركة، وتطلبها لإثباته، كعقد الصلح، فقد يتطلب القانون، كتابة العقد لمجرد إثباته لانعقاده، وعندئذ لا يحول عدم توافر هذه الكتابة دون انعقاد العقد، وإنما يحول فقط دون إثباته بالبينة والقرائن القضائية، وإن كان يجوز مع ذلك إثباته بما يقوم مقام الكتابة وهو الإقرار واليمين.
- ✓ حيث لا يفصح القانون أو المتعاقدان فيما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد العقد أو لمجرد إثباته فإنها تعد مطلوبة للإثبات، لا لانعقاد لأن القاعدة هي كفاية التراضي لانعقاد العقد.
- (٣) كذلك يجب ألا نخلط بين الشكلية وإجراءات الشهر، فالشكلية تعني أن العقد لا ينعقد إلا بإفراغه في الشكل المطلوب، أما إجراءات الشهر أو العلانية فإنها لا شأن لها بانعقاد العقد أو وجوده، إنما عدم القيام بها يحول دون ترتيب بعض آثار العقد أو كلها أو دون الاحتجاج ببعض هذه الآثار على الغير، فعقد بيع العقار مثلاً، مازال ينعقد في القوانين الحديثة، بمجرد التراضي، ويترتب على البيع العقاري غير المسجل كل آثاره فيما عدا نقل الملكية.
- (٤) ويلاحظ أن المشرع قد يستلزم الشكل الرسمي لانعقاد العقد، ويستلزم فوق ذلك شهرة لانعقاد الملكية، وعندئذ يجب تمام الإجراءات فلا يغني أي منهما عن الآخر.
- (٥) ويلاحظ أخيراً أن تقسيم العقود إلي عقود رضائية وشكلية وعينية ليس تقسيماً جامداً، إذ أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يجعلوا من عقد رضائي، عقداً شكلياً أو عقداً عينيّاً.

ملحق: أحكام خاصة بالعقد المبرم بوسيلة إلكترونية:

- ✓ عالج المشرع الفرنسي في التقنين المدني بعد تعديله ٢١٦ هذه الأحكام.
- ✓ فنصت المادة ١١٧٤ علي أنه "عندما تكون الكتابة مطلوبة لصحة العقد، يجوز إنشاؤها وحفظها في الشكل الإلكتروني طبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد ١٣٦٦ و ١٣٦٧ وطبقاً للفقرة الثانية من المادة ١٣٦٩ عندما يكون المحرر المطلوب رسمياً".
- ✓ وهذه الفقرة الثانية من المادة ١٣٦٩ تنص علي أنه "يجوز تحرير المحرر الرسمي علي دعامة إلكترونية إذا تم إنشاؤه وحفظه طبقاً للشروط التي يحددها مرسوم يصدره مجلس الدولة".
- ✓ وتنص المادة ١١٧٤ في فقرتها الأخيرة علي أنه "عندما يكون مشروطاً أن بياناً يكون مكتوباً بخط اليد من جانب الملتزم نفسه، يجوز لهذا الأخير أن ينجزه بالشكل الإلكتروني إذا كان من شأن شروط هذا العمل تضمن عدم القيام به إلا من جانبه هو".
- ✓ وتنص المادة ١١٧٥ علي أن "يستثنى من أحكام المادة السابقة: ١- المحررات العرفية المتعلقة بقانون الأسرة والمواريث، ٢- المحررات العرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية والعينية ذات الطبيعة المدنية أو التجارية إلا إذا تمت من قبل شخص من أجل مقتضيات مهنته".

المطلب الثاني: عقود المساومة وعقود الإذعان

أكتب في عقود المساومة وعقود الإذعان؟

أولاً: أساس التقسيم:

- ✓ يكمن أساس هذا التقسيم فيما إذا كان العقد يقوم علي المساومة بين الطرفين علي قدم المساواة من عدمها، فإذا كان يسبق العقد تفاوض بين الطرفين بحيث يتناقشان خلاله في شروط العقد، فإن هذا العقد يكون مساومة أما إذا استقل أحد الطرفين بوضع شروط التعاقد مقدماً في صيغة مفصلة، فيقتصر القبول علي مجرد التسليم بهذه الشروط دون مناقشة، فإن هذا العقد يكون عقداً إذعاناً.
- ✓ ما يجب ملاحظته أنه في عقد الإذعان وإن كان ينتقص من حرية الطرف الضعيف إلا أنه لا يعدمها فالشخص مازال في وسعه أن يقبل التعاقد أو يرفضه ومن أمثلة عقود الإذعان عقد الاشتراك في المياه والنور.
- ✓ لذلك عقد الإذعان عقد حقيقي، ولكنه يتضمن تفاوتاً في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية لا من الناحية القانونية.

✓ لم يرد في التقنيات الحديثة تعريف محدد لعقود الإذعان، وإنما اكتفت بوصف القبول فيها، وعلى أن الرأي السائد في الفقه والقضاء، أن نطاق عقود الإذعان يتحدد بخصائص ثلاثة :

أولاً: أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى وبالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

ثانياً: احتكار لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً.

ثالثاً: أن يكون الإيجاب موجهاً إلي الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة.

✓ ويرى الفقه الحديث أن هذه الشروط لا محل لها، حيث لا أساس لها قانوني، ويقصد الفقه من وراء ذلك بسط حماية أوسع على الطرف الضعيف اقتصادياً عن طريق التوسع في مفهوم عقد الإذعان.

ثانياً: أهمية التقسيم:

✓ إذا كان من المستقر عليه في الفقه والقضاء أن عقود الإذعان تعتبر عقوداً حقيقية، إلا أنه لا يمكن مع ذلك، تجاهل التفاوت الاقتصادي، ولذلك تقتضي العدالة أن يهيئ القانون الوسائل التي تكفل حماية الطرف الضعيف:

(١) فنجد معظم القوانين تخول القاضي سلطة تعديل عقد الإذعان إذا كان قد تضمن شروطاً تعسفية، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

(٢) وكذلك نجد أن هذه القوانين تضمنت قواعد استثنائية في صدد تفسير عقود الإذعان، فالمبدأ العام في هذه القوانين هو تفسير الشك لمصلحة المدين ولكنها استثنت من هذا المبدأ عقود الإذعان ونصت بصدها على أنه " لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

✓ في فرنسا لم يخص التقنين المدني عقود الإذعان بقواعد خاصة لكن المشرع قد تدخل مؤخراً لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود التي تبرم بين المهنيين وغير المهنيين بصفة عامة، سواء أكانت عقود إذعان أو غير ذلك.

المبحث الثالث: تقسيم العقود بالنظر إلى آثارها

المطلب الأول: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد

أكتب في العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد؟

أولاً: أساس التقسيم:

✓ يكمن معيار التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد فيما إذا كان العقد ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، أم أنه ينشئ التزامات في جانب أحد المتعاقدين فقط وقت إبرام العقد.

(١) وعلى ذلك فإن العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، ففي البيع مثلاً نجد أن البائع يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه مقابل التزام المشتري بدفع الثمن.

لكن يجب أن يلاحظ أن عدم تعادل الأداءات لا يكون سبباً لبطان العقد الملزم للجانبين مالم ينص القانون على غير ذلك.

(٢) أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين، بحيث يكون أحد المتعاقدين مديناً غير دائن والمتعاقد الآخر دائناً غير مدين مثل ذلك الهبة يلتزم فيها الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه ولا يلتزم الموهوب له بشئ في مقابل ذلك.

ملحوظة العقد الملزم لجانب واحد هو كسائر العقود لا يتم إلا بتلاقي إرادتين فهو تصرف قانوني ثنائي في نشأته فردي في آثاره، وذلك بخلاف التصرف القانوني الصادر من جانب واحد فهو يتم بإرادة مفردة ومثال ذلك الوصية والوقف.

ثانياً: أهمية التقسيم:

(١) من حيث الفسخ:

✓ تتبدى أهمية التفرقة بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد في أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه في العقد الملزم للجانبين جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بأن يطلب من القاضي الحكم له بفسخ العقد فيزول العقد بأثر رجعي.

✓ أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل للفسخ لانعدام التقابل بين التزامات الطرفين لذلك فإن إخلال المدين بالتزامه يعطي الدائن الحق في المطالبة بإجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً فإن استحالة ذلك فإنه يطالب بالتنفيذ بمقابل أي بالتعويض.

(٢) من حيث الإنفاذ ومبدأ تحمل التبعية:

- ✓ القاعدة في العقود الملزمة للجانبين أنه إذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبي انقضى هذا الالتزام وانقضى معه الالتزام المقابل، وعندئذ يفسخ العقد بقوة القانون.
- ✓ أما في العقد الملزم لجانب واحد لا محل لتطبيق هذه القاعدة لانتفاء التقابل بين الالتزامات، ولذلك إذا استحال تنفيذ التزام المدين، في العقد الملزم لجانب واحد، لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى التزامه ولا مسؤولية عليه.
- ✓ ولكن يجب ان نتساءل هنا عن تبعة هذه الاستحالة، الإجابة تختلف بحسب ما إذا كان العقد ملزم للجانبين أم ملزماً لجانب واحد.
- ✓ ففي العقود الملزمة للجانبين تقع تبعية الاستحالة على المدين.
- ✓ أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد فإن الذي يتحمل تبعة الاستحالة هو الدائن لا المدين.
- ✓ أما بالنسبة لتحمل تبعة الهلاك للشيء فإن القاعدة العامة في القانون المصري أن تبعة الهلاك على المالك يستثنى من هذه القاعدة العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية حيث أن تبعية الهلاك تقع على المدين بالتسليم مالكا كان أو غير مالك أما في العقود الملزمة للجانبين غير الناقلة للملكية فإنها تخضع للقاعدة العامة وهي أن تبعة الهلاك على المالك.

(٣) من حيث الدفع بعدم التنفيذ:

- ✓ القاعدة في العقود الملزمة للجانبين، أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقدّم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ. والغرض من هذا الدفع هو حمل المتعاقد المتعاسر على القيام بتنفيذ ما التزم به. ولذلك فإنه لا محل للدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم لجانب واحد.

المطلب الثاني: عقود المعاوضة وعقود التبرع

أكتب في عقود المعاوضة وعقود التبرع؟

أولاً: أساس التقسيم:

- ✓ وأساس التقسيم بين عقود المعاوضة وعقود التبرع هو حصول المتعاقد على مقابل أو عدم حصوله عليه وعلى ذلك يكون العقد معاوضة إذا كان كل من المتعاقدين يأخذ فيه مقابلاً لما أعطاه. ومثاله عقد البيع.
- ✓ وعقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلاً لما يعطي، ومع أنصراف النية إلى ذلك، ومثاله عقد الهبة والعارية.

ولذلك نخلص إلى أن معيار التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع هو معيار ذو شقين:

- الأول:** انتفاء المقابل أو العوض، أي أن أحد المتعاقدين يعطي دون أن يأخذ عوضاً.
- والشق الثاني:** هو نية التبرع أي تنصرف نية أحد المتعاقدين إلى إعطاء المتعاقد الآخر قيمة مالية دون مقابل يعادلها.
- وتطبيقاً لهذا المعيار** فإنه إذا أبرم عقد هبة، مع فرض التزامات على الموهوب له لمصلحة الواهب تستغرق قيمة الموهوب، كان العقد معاوضة لا تبرعاً، لتخلف الشق الأول. بينما لا ينفي عن العقد وصف التبرع ما دامت قد توافرت نية التبرع، حتى ولو فرض على الموهوب له التزاماً لمصلحة الواهب، بشرط أن تكون قيمته أقل من قيمة المال الموهوب.

- ✓ **ويذهب الفقه إلى التمييز في عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضيل** ففي الهبة يخرج مال من ذمة الواهب بغير مقابل، أما في عقد التفضيل فيقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له دون أن يخرج مال من ذمته، مثل ذلك عارية الاستعمال.

- ✓ **وكذلك** مما يجب التنبيه إليه أنه ليس هناك تطابق تام بين عقود تقسيم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع وتقسيمها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد. وذلك راجع إلى أن الأساس مختلف. كما هو الحال في الهبة ذات التكليف أو الهبة بشرط، وهو التي تفرض على الموهوب له أداء التزام معين. وعقد المعاوضة قد يكون عقداً ملزماً لجانب واحد، على أن هذه الصورة نادرة، ومن أمثلتها هبة المجازاة أو المكافأة التي تعقد وفاء للترزم طبيعى كقيام الأب بتقديم جهاز لابنته، أو يدفع المهر عن ابنه.

ثانياً: أهمية التقسيم:

- (١) تختلف قواعد الأهلية والولاية على المال في التبرعات عنها في المعاوضات. فمن حيث الأهلية نجد أن المشرع يشترط أقصى درجات الأهلية. أما في عقود المعاوضة فالقانون يشترط في المتعاقد أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. ومن حيث الولاية على المال لا يجوز للولي على المال، سواء كان ولياً شرعياً أو وصياً أو قيمياً، أن يتبرع من مال الصغير، أو المحجور عليه إلا بإذن من المحكمة.
- أما المعاوضات فيختلف الحكم في شأنها. فالأصل أن للولي الشرعي إن كان هو الأب القيام بها بغير إذن سواء كانت أعمال تصرف أو أعمال إدارة. أما الجد والوصي والقيم فالأصل أن لهم القيام بأعمال الإدارة بغير إذن، أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة.
- (٢) الأصل في التصرفات التي تقوم على التبرع هو أنها تعتبر أعمالاً مدنية وليست تجارية. فالتبرع غريب عنها أما المعاوضات، فقد تنتم أحياناً بالصفة المدنية وأحياناً بالصفة التجارية.

(٣) الأصل في عقود التبرع أن لشخصية المتعاقدين اعتبارها، ولذلك كان الأصل أن الغلط في شخص المتعاقد قد يعيب الرضى في عقود التبرع فيجعل العقد قابلاً للإبطال. أما في عقود المعاوضة فالأصل أن الغلط في شخصية المتعاقد لا يعتبر جوهرياً. لكن إذا كان شخص المتعاقد فيها محل اعتبار. يعتبر الغلط في شخصية المتعاقد جوهرياً، وينهض سبباً لطلب إبطال العقد.

(٤) تختلف معاملة القانون للمتعاقد باختلاف ما إذا كان متبرعاً أو متبرعاً له أو متعاضداً - فهو يعامل المتبرع معاملة أخف من تلك التي يعامل بها المتعاضد.

(٥) تختلف المعاوضات عن التبرعات بالنسبة إلى شروط أعمال الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة دائنيه في القانون المصري. فإذا كان الدائن يطعن عن طريق هذه الدعوى في عقد معاوضة فإنه يجب أن يثبت أن من تعاقد مع المدين كان متواطئاً معه على الإضرار. أما إذا كان العقد المطعون فيه عقد تبرع فلا يشترط هذا التواطؤ.

المطلب الثالث: العقود المحددة والعقود الاحتمالية

أكتب في العقود المحددة والعقود الاحتمالية؟

أولاً: أساس التقسيم:

- ✓ وأساس التقسيم يكمن فيما إذا كان كل متعاقد يعلم سلفاً نطاق الالتزام الملقى على عاتقه، أم لا.
- ✓ فالعقد المحدد: إذن هو العقد الذي يمكن فيه لكل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد قدر ما يأخذ وقدر ما يعطي - ومثال ذلك عقد بيع شيء معين بمبلغ نقدي محدد كتمن وقت إبرام العقد.
- ✓ أما العقد الاحتمالي: فهو ذلك الذي يكون الأداء الذي التزم به أحد الطرفين فيه متوقفاً في مقدار أو وجوده ذاته على أمر غير محقق الوقوع، على مجرد أحتمال بحيث لا يمكن وقت التعاقد تحديد القدر الذي يعطيه أحد الطرفين أو القدر الذي يأخذه. ومن أمثلة العقد الاحتمالي عقد التأمين على الحياة، ففي عقد التأمين على الحياة لا نستطيع أن نعرف وقت إبرام العقد، قيمة المبالغ التي يدفعها المؤمن له لشركة التأمين، فهذه القيمة تتأثر بطول حياة المؤمن له أو قصرها.

ثانياً: أهمية التقسيم:

- (١) تظهر أهمية التفرقة بين العقود الاحتمالية والعقود المحددة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الغبن تلك الأحكام يقتصر تطبيقها على العقود المحددة فقط دون العقود الاحتمالية. وذلك راجع إلى الاعتقاد بأن الغبن لا يؤثر في العقود الاحتمالية، حيث إن الأساس الذي تقوم عليه هذه العقود هو غبن احتمالي يتحمله أحد المتعاقدين، ولكن الاتجاه الحديث يعمم تطبيق الغبن على العقود المحددة والعقود الاحتمالية، كل ما هناك يصبح معيار الغبن في العقود الاحتمالية وليس هو عدم التعادل بين الأداءات، وإنما هو عدم التعادل بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة.
- (٢) تبدو أهمية هذه التفرقة أيضاً من حيث تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث أن الرأي السائد يتجه إلى هذه النظرية لا تنطبق إلا على العقد المحدد القيمة، إذ بصدد هذه العقود يمكن أن يتصور الإختلال الفادح في التعامل بين التزامات الطرفين الناشئ عن توافر شروط هذه النظرية. أما بالنسبة للعقود الاحتمالية فإنها تقتصر بطبيعتها أن يتعرض احد المتعاقدين الخسارة أو الربح، مهما كانت الخسارة ضخمة أو الربح كبيراً.

المطلب الرابع: العقود الفورية والعقود الزمنية

أكتب في العقود الفورية والعقود الزمنية؟

أولاً: أساس التقسيم:

✓ معيار التفرقة بين العقود الزمنية والعقود الفورية يرتكز أساساً على مدى جوهرية عنصر الزمن فيها.

(١) وعلى ذلك فالعقد الفوري، هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه.
✓ فالبيع الذي يسلم فيه الشيء المبيع في الحال بثمن يدفع فوراً، هو عقد فوري ينعدم فيه عنصر الزمن. بل وإن البيع بثمن مؤجل لا يزيل عن العقد الطبيعة الفورية وذلك لأن عنصر الزمن فيه يعتبر عرضياً لا يؤثر في تحديد الثمن.

(٢) أما العقد الزمني فهو العقد الذي يكون الزمن فيه عنصراً جوهرياً، أي العقد الذي يتدخل الزمن فيه لقياس الأداء في أي من الالتزامات الناشئة عنه. فعقد الإيجار عقد زمني لأنه يرد على المنفعة، والزمن هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها، وبالتالي ما يقابل ذلك من أجره.

✓ والعقود الزمنية تنقسم إلى عقود مستمرة وعقود دورية. والعقود المستمرة هي العقود الزمنية ذات التنفيذ المستمر والممتد في الزمن، ومثالها عقد الإيجار وعقد العمل.
✓ والعقود الدورية التي تتكرر في نطاق زمني محدد لسد حاجات متكررة وذلك وفقاً لاتفاق المتعاقدين. ومثالها عقد التوريد.

✓ وواضح في هذه التفرقة أن محل التعاقد في العقود الدورية قد أقترن بالزمن وفقاً لإرادة المتعاقدين بينما في العقود المستمرة نجد أن الزمن عنصر أصيل في طبيعتها.

✓ كما تنقسم العقود الزمنية إلى عقود محددة المدة وعقود غير محددة المدة، وتظهر أهمية هذا التقسيم من ناحيتين:

ناحيتين:

الأولى: وهي أن القاعدة في العقود غير المحددة المدة أنه يجوز لكل من الطرفين إنهاء العقد بإرادته المنفردة وذلك منعاً لتأييد العلاقات التعاقدية.

الثانية: وهي وأن تجديد العقد لا يتصور إلا بالنسبة للعقود الزمنية المحددة المدة.

ثانياً: أهمية التقسيم:

(١) من حيث الفسخ والبطالان:

✓ إن فسخ العقد الزمني لإخلال أحد الطرفين بالتزامه لا يكون له أثر رجعي، وذلك راجع إلى أن ما تم تنفيذه من أدايات قد تم وفقاً لعقد صحيح، وبالتالي فإن الفسخ كجزاء لعدم التنفيذ اللاحق للأداءات لا يؤثر فيما تم تنفيذه من هذه الأدايات، وكذلك الأمر بالنسبة لبطالان العقود الزمنية فليس له أثر رجعي، حيث يستحيل مادياً إزالة بعض الآثار التي ترتبت في الماضي..

(٢) من حيث تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

✓ العقد الزمني لا يتصور وجوده إلا مقترناً بالزمن، وبالتالي فإنه بقدر ما يمتد يكون عرضه لتغير الظروف. ولذلك فإن هذه العقود كانت المجال المختار والطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. أما العقد الفوري فلا يتصور انطباق هذه النظرية عليه إلا إذا كان مترخياً في التنفيذ.

(٣) من حيث أثر وقت التنفيذ:

✓ إذا أدت قوة القاهرة إلى وقف تنفيذ التزام البائع بتسليم المبيع مؤقتاً، ثم استأنف هذا العقد سيرته الأولى بعد زوال سبب الوقف، فإنه يجب تنفيذ الالتزام كما كان قبل الوقف، وبالتالي ليس هناك أي أثر للوقف على مقدار الأداء.

✓ أما إذا أدت القوة القاهرة، في عقد إيجار محدد المدة بسنة، إلى وقف تنفيذ المؤجر لالتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين لمدة ثلاثة أشهر، ثم زال سبب الوقف، فإنه سيرتبت على هذا الوقف في التنفيذ إلى إنقاص المعقود عليه. وبذلك تصبح مدة العقد تسعة أشهر بدلاً من سنة.

الباب الثاني: تكوين العقد

الفصل الأول: أركان العقد وشروط صحته

✓ ركن العقد هو ما لا يقوم العقد بدونه. وأركان العقد ثلاثة: التراضي، المحل، السبب.

المبحث الأول: الرضى

المطلب الأول: وجود الرضى

الفرع الأول: كيف يتم التراضي بوجه عام

أولاً: وجود الإرادة والتعبير عنها:

لكي ينعقد العقد يجب أن يوجد لدي الشخص إرادة ذاتية ويلزم أن يتم التعبير عنها.

ما المقصود بوجود الإرادة لكي يتم التراضي وبالتالي انعقاد العقد؟

(١) وجود الإرادة:

✓ المقصود بوجود الإرادة صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القانون، بنية إحداث أثر قانون معين. وعلى ذلك وجود الإرادة يتعلق بمسألتين:

للمسألة الأولى: إذا انعدمت الإرادة أصلاً لدي الشخص فإن الإرادة لا وجود ولا قيمة لها. ويتحقق ذلك في من يفقد وعيه نتيجة سكر أو أي مرض آخر، ومن ناحية أخرى فإنه قد تتوافر لدي الشخص إرادة ذاتية ولكن لا يعتد بها القانون. وبالتالي فلا ينعقد العقد مع فاقد التمييز كالطفل غير المميز والمجنون.

المسألة الثانية: يلزم أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين. فإذا وجدت إرادة يعتد بها القانون ولكنها لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، فإنه لا يكون هناك إرادة يمكن أن يبني عليها العقد. ومثال ذلك المجاملات الاجتماعية وإرادة الهازل.

(٢) التعبير عن الإرادة:

س كيف يتم التعبير عن الإرادة (صور التعبير عن الإرادة) (الصريح والضمني) ؟

(١) صور التعبير عن الإرادة:

✓ الأصل أن التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل معين، فالتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً.

(١) التعبير الصريح:

✓ وهو الذي يكشف عن الإرادة بصورة مباشرة، وذلك باتخاذ وسيلة موضوعية في ذاتها للكشف عن الإرادة بحسب المألوف والمتبع بين الناس وهذا يعني خروج الإرادة القانونية إلى عالم الوجود بالأسلوب المتعارف عليه.

✓ فيكون التعبير الصريح باللفظ أو بالكلام المعبر عن المعنى المراد.

✓ وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة أياً كان شكلها باليد، بالآلة الكاتبة، أو مطبوعة، وأياً كان نوعها.

✓ وقد يكون التعبير الصريح عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً.

✓ كما أن التعبير الصريح عن الإرادة قد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود.

(٢) التعبير الضمني:

✓ هو الذي يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، وذلك أن التعبير عن الإرادة لم يأخذ وسيلة موضوعية في ذاتها للكشف عنها، ولكن يستفاد هذا التعبير من ظروف أو مواقف يوجد فيها الشخص. مثال ذلك أن يقوم شخص ببيع شيء معروض عليه للشراء فهذا يدل على أن المشتري قبل البيع.

✓ والأصل أن للتعبير الضمني القيمة نفسها القانونية التي للتعبير الصريح، على أن القانون قد يستلزم في بعض الأحيان أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً. كما أنه في أحيان أخرى لا يشترط التعبير الصريح ولكنه يتطلب التشدد والحيطه في استخلاص التعبير الضمني.

✓ كما أن القانون قد يوجب في بعض الأحوال أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغاً في شكل خاص، وهذا هو الحال في العقود الشكلية، فلا يكفي التعبير الضمني بداهة لانعقادها.

(٣) مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة: ما مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة؟

- ✓ السكوت في أصله هو السكون والإمساك وعلى ذلك فالسكوت عدم لا يفيد شيئاً. ولذلك فإن السكوت لا يصلح، كأصل عام، للتعبير عن الإرادة، لكن مع ذلك نجد له في بعض الأحيان دوراً فما هو هذا الدور؟
- ✓ يجب علينا أن نبادر بالقول بأن السكوت لا يصلح بأي حال أن يكون تعبيراً عن الإيجاب. وذلك لأن الإيجاب يتضمن دائماً وأبداً عرضاً فهذا العرض لا يمكن أن يتصور إلا إذا تم التعبير عنه صراحة أو ضمناً.
- ✓ أما بالنسبة للقبول الأصل هو أن السكوت في حد ذاته لا يفيد شيئاً، وبالتالي لا يتضمن أي دلالة على القبول والسبب في ذلك واضح هو أنه لا يمكن اعتبار امتناع الشخص عن إبداء رأيه صراحة أو دلالة رضا منه.
- ✓ لكن إذا كان الأصل أن السكوت المجرد ليس له أي دلالة على القبول إلا أنه ليس هناك ما يمنع بطبيعة الحال، أن يخرج نص القانون أو الاتفاق عن هذا الأصل ويعطي لهذا السكوت دلالة القبول، **ونجمل القول فيها على النحو الآتي:**

النحو الآتي:

(١) طبيعة المعاملة أو العرف التجاري:

- ✓ من ذلك مثلاً أن يرسل المصرف بياناً إلى العميل عن حساب لديه ويذكر فيه أن عدم الاعتراض عليه، خلال مدة معينة يعتبر إقراراً له.

(٢) وجود تعامل سابق بين المتعاقدين:

- ✓ ويعتبر هذا أيضاً السكوت الملايس قبولاً، إذا كان يستفاد من سبق التعامل بين الطرفين، أن أحدهما لا ينتظر من الآخر الإدلاء بتعبير صريح على قبول التعاقد، كالتاجر الذي اعتاد في موعد دوري معين أن يرسل إلى عميله نوعاً معيناً من السلع، واعتاد العميل قبولها دون أن يصرح بإيجاباً أو سلباً، فإن سكوته إذا ما تجاوز فترة معقولة يعتبر قبولاً، لأن ما بينهما من تعامل سابق كان يوجب على التاجر طبقاً لمقتضيات حسن النية أن يرد بالرفض إن لم تكن عنده نية القبول.

(٣) إذا كان الإيجاب لمنفعة من وجه إليه:

- ✓ فالقبول يستفاد في هذه الحالة من سكوت من وجه إليه الإيجاب، ومن ذلك مثلاً أن يعرض المؤجر على المستأجر تخفيض الأجرة، أو يعرض التاجر على العميل تخفيض ثمن السلعة.
- ✓ وهذه الحالات على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر وعلى ذلك فكل سكوت تلازمه ملاسبات تدل على الرضاء هو سكوت ملايس ويعتبر قولاً.

✓ ملحوظة: يجب أن نشير إلى عدم الخلط بين التعبير الضمني والسكوت الملايس **وذلك للأسباب الآتية:**

قارن بين التعبير الضمني والسكوت الملايس؟

أولاً: أن للتعبير الضمني، كقاعدة عامة، القيمة القانونية نفسها التي للتعبير الصريح، وبالتالي للأفراد حرية التعبير عن إرادتهم بالطريقة التي تروق لهم.

ثانياً: أن التعبير الضمني وضع إيجابياً، يستخلص من ظروف إيجابية أما السكوت فهو عدم، فهو مجرد وضع سلبي حتى في حالات السكوت الملايس، فإن السكوت بما يلازمه من ملاسبات هو الذي يفيد القبول، لا الظروف الملايسة.

ثالثاً: قد يكون التعبير الضمني بحسب الأحوال إيجابياً أو قبولاً. أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً، كما أنه لا يصلح، كقاعدة عامة، أن يكون قبولاً. ولا يعتبر السكوت قبولاً إلا في حالات استثنائية.

(ب) متى يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانوني؟

متى يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانوني، موضعاً أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة في القانون المصري؟

(١) القاعدة:

- ✓ أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقد دليل على عكس ذلك.
- ✓ فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابياً: فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه فإذا كان من وجه إليه التعبير موجوداً في مجلس العقد فإنه يتصل بعلمه مباشرة، فإذا صدر منه قبول مطابق انعقد العقد، فإن لم يصدر منه قبول فيجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه. أما إذا كان من وجه إليه الإيجاب موجوداً في مكان آخر، فإن الإيجاب لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلمه.
- ✓ إذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً: وهو التعبير عن الإرادة المطابق للإيجاب والصادر عن الشخص الذي تلقى هذا الإيجاب. والقبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب، فإذا كان مطابقاً للإيجاب اقترن به وانعقد العقد. وتتوقف سرعة اتصال القبول بعلم الموجب على ما إذا كان موجوداً معه في مجلس العقد أو ما إذا كان يباعد بينهما المكان

١ ففي الفرض الأول رأينا أن الإيجاب يتصل مباشرة بعلم الموجب له مباشرة وانعقد العقد، فإن لم يصدر هذا القبول ورجع الموجب عن إيجابه أو أنفض مجلس العقد، فإن الإيجاب يسقط.

٢ أما في الفرض الثاني فإن القبول لا يتصل بعلم الموجب إلا إذا وصل إليه وعلم به ولما كان إثبات ذلك صعبا وضعت القرينة على أن وصول القبول قرينة على العلم به ولكنها قرينة غير قاطعة.

(٢) أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة في القانون المصري:

ما أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة في القانون المصري ؟

- ✓ القاعدة أن التعبير عن الإرادة ينفصل عن الشخص بمجرد صدوره، إذ يتوافر له وجود فعلي يجعله صالحا لترتيب أثره عندما يتصل بعلم من وجه إليه. وعلى ذلك فالأصل أنه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من إنتاج أثره. ولنفهم هذه القاعدة يجب أن نفرق بين ما إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب أم القابل.
- ✓ فإذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب بعد أن صدر منه الإيجاب وقبل أن يصل هذا التعبير عن الإرادة إلى علم من وجه إليه، فإن ذلك لا يمنع من أن ينتج هذا التعبير أثره، وذلك باعتباره إيجابا. ومع ذلك فإن العقد لا ينعقد حيث أنه إذا صدر قبول مطابق لا يكفي وإنما يلزم أن يتصل بعلم من وجه إليه (الموجب) وحيث إنه قد مات أو فقد أهليته فلا تتعقد عقدة العقد.
- ✓ إذا كان من مات أو فقد أهليته هو القابل (الموجب له)، بعد أن صدر منه القبول المطابق فإن هذا التعبير يبقى قائما وينتج أثره عند اتصاله بعلم الموجب، وبالتالي تتعقد عقدة العقد، هذا ما لم يتبين من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل محل اعتبار أساسي في العقد.

(٣) دور الإرادة والتعبير عنها في انعقاد العقد:

[أ] وضع المسألة احتمال عدم التطابق بين الإرادة والتعبير عنها:

- ✓ ليس هناك أدنى صعوبة إذا جاء التعبير عن الإرادة مطبقا للإرادة ذاتها. وإنما يدق الأمر إذا كان التعبير عن الإرادة غير مطابق للإرادة ذاتها. وعندئذ يثور البحث حول معرفة ما إذا كان مبني العقد هو التعبير عن الإرادة أم الإرادة ذاتها.

[ب] الحلول النظرية: نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة:

ما الحكم عند عدم التطابق بين الإرادة والتعبير عنها

نظرية الإرادة الباطنة:

- (١)** ومضمون نظرية الإرادة الباطنة يقوم على أن العقد قوامه الإرادة، ولذلك يجب الاعتماد بالإرادة الحقيقية. أما التعبير عن هذه الإرادة فليس إلا مجرد دليل فإذا ما ثبت اختلافه عن هذه الإرادة فقد قيمته ولن يبقى إلا الاعتماد بالإرادة الحقيقية وحدها.
- (٢)** وتقوم هذه النظرية على أساس أن العقد يستمد قوته الملزمة من سلطان الإرادة، يجب الاعتماد بالإرادة الكامنة لا بالإرادة الظاهرة.
- (٣)** وأهم ما يؤخذ على هذه النظرية أنها تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، حيث يكفي للمتعاقد أن يثبت أن إرادته الحقيقية تختلف عن التعبير عن هذه الإرادة. كما أن الإرادة الحقيقية التي تقوم عليها هذه النظرية تعتبر أمرا نفسيا يصعب في كثير من الأحيان الوقوف عليه.

نظرية الإرادة الظاهرة:

- (١)** ومضمون هذه النظرية يقوم على أنه إذا كان قوام العقد هو الإرادة، فإن العبرة في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة في التعبير، لا بالإرادة الكامنة حيث أنها هي الإرادة التي يمكن الوقوف عليها والثقة فيها.
- (٢)** وتقوم هذه النظرية على أساس أن العقد يستمد قوته الملزمة من سلطان القانون، وما تقتضيه من استقرار وثقة.
- (٣)** ويؤخذ على هذه النظرية أنها تغالي في الاعتماد بالإرادة الظاهرة وتهمل تماما الإرادة الحقيقية.

[ج] موقف التشريعات من النظريتين :

- ✓ على أن هاتين النظريتين لم تخرجا من كونهما نظريتين علميتين، إذ لا تستقل إحدهما بالسيادة في أي قانون وضعي، ذلك أن المشرع يضع تشريعه بقصد تحقيق غايات عملية، ومن ثم فهو يضطر في كثير من الأحوال إلى عدم مسaire أي نظرية في منطقتها إلى النهاية، وإنما يتوخي وضع حلول معتدلة يحاول في صياغتها أن يتجنب قدر المستطاع ما تؤدي إليه النظرية من نتائج ضارة.
- ✓ ويأخذ القانون المصري بنظرية الإرادة الباطنة كأصل عام، ومع ذلك يحتفظ عن مبدأ الإرادة الظاهرة بالقدر الذي يقتضيه استقرار التعامل.

ثانياً : تطابق الإرادتين :

✓ القاعدة أنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، وهاتان الإرادتان، هما الإيجاب والقبول، ولذلك يجب أن نعرض لكل منهما.

(١) الإيجاب :

ما المقصود بالإيجاب وما هي خصائصه ؟

(أ) تعريف الإيجاب وبيان خصائصه :

✓ الإيجاب هو العرض الصادر من شخص يعبر به علي وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، فإذا اقترن قبول مطابق له انعقد العقد،

وعلي ضوء هذا التعريف نستخلص الخصائص الواجب توافرها في الإيجاب حتى يعتبر إيجاباً بالمعني القانوني.
أولاً : يجب أن يكون التعبير عن الإرادة باتاً :

✓ ويقصد بذلك أن يكون التعبير عن الإرادة باتاً وجازماً في دلالاته علي إرادة التعاقد، فإن لم يكن التعبير باتاً كأن يقصد به صاحبه استطلاع رأي الطرف الآخر فيما يدعو إليه من تعاقد فإن ذلك لا يكون إيجاباً وإنما دعوة إلى الدخول في مفاوضات، قد تنتهي إلى عرض بات، وقد تقطع المفاوضات دون أن تنتهي إلى شيء.
✓ والقانون لا يرتب في الأصل علي قطع المفاوضات أثراً قانونياً، علي أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية إذا اقترن العدول بخطأ، والمسئولية هنا مسئولية تقصيرية أساسها الخطأ.
✓ وكون التعبير باتاً في دلالاته علي إرادة التعاقد لا يتعارض مع تعليقه علي شرط عدم ارتفاع الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإذا ما تم القبول قبل تغير الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإن العقد ينعقد.

ثانياً : يجب أن يكون التعبير عن الإرادة كاملاً :

✓ بمعنى أن يتضمن الإيجاب العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ففي البيع مثلاً لن يعتبر العرض إيجاباً إلا إذا عين فيه علي الأقل الشيء المبيع والثمن تعييناً كافياً، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد عقد البيع، وعلي ذلك فإن كل تعبير عن الإرادة لا يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، لا يعتبر إيجاباً، كان يعرض شخص البيع بتوضيحية كبيرة أو بتخفيض كبير، مادامت هذه الشروط وبخاصة ثمن البيع لم تحدد في العرض.

✓ يتضح أنه يكفي في التعبير عن الإرادة لكي يكون إيجاباً أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، وبناءً عليه فإنه لا يشترط أن يتضمن الإيجاب كافة شروط العقد المراد إبرامه، وإنما يرجع فيما لم يتفق عليه الطرفان من مسائل تفصيلية، إلى القواعد المكملة والعرف وقواعد العدالة.
✓ لكنه يجب أن نشير أنه قد لا يكفي أن يكون الإيجاب باتاً وكاملاً وذلك في الأحوال التي تكون شخصية المتعاقد فيها محل اعتبار، كعقد العمل أو الشركة، ففي هذه العقود شخصية العامل أو الشريك محل اعتبار، ولذلك لا يعتبر هذا العرض إيجاباً وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد، وعلي ذلك فالاستجابة إلى هذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً يتعين أن يقترن به قبول الداعي حتى ينعقد العقد.

ثالثاً : لا يلزم في الإيجاب شكلاً خاصاً :

✓ إذا كان الإيجاب كتعبير عن الإرادة يجب أن يكون له وجوداً خارجياً، إلا انه لا يشترط فيه أي شكل خاص ولو تعلق الأمر باقتراح إبرام عقد يتطلب القانون فيه شكل معين، هذا هو المبدأ المستقر في القانون المصري، لكن في الثلث الأخير من القرن العشرين قد تأثرت فرنسا كثيراً بموجة حماية المستهلك، فظهرت استثناءات علي مبدأ الرضاية الذي يحكم الإيجاب.

(ب) مدى القوة الملزمة للإيجاب :

هل الموجب ملزماً بأن يبقى علي إيجابه أم أنه يجوز له مع ذلك الرجوع فيه طالما أنه لم يصدر القبول ؟

(١) وضع المسألة وموقف التشريعات :

✓ هل الموجب ملزماً بأن يبقى علي إيجابه، أم أنه يجوز له مع ذلك الرجوع فيه طالما أنه لم يصدر القبول ؟
✓ الأصل في الإيجاب أنه قابل للرجوع فيه طالما أنه لم يصدر من الموجه إليه قبول مطابق، لكن تطبيق هذا الأصل علي إطلاقه من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالاستقرار الواجب للمعاملات، ولذلك جري القضاء الفرنسي، رغم خلو التقنين من نص علي ذلك، علي أن الإيجاب يكون ملزماً إذا اقترن بتحديد مهلة للقبول، فلا يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه في خلال هذه المهلة، كما أنه لا يشترط أن تكون هذه المدة محددة صراحة وإنما يكفي أن تستخلص من الظروف أو من طبيعة المعاملة.

✓ وعلي ذلك فإن الإيجاب قد يتضمن صراحة ميعاداً للقبول، وفي هذه الحالة يلتزم الموجب بالبقاء علي إيجابه طوال هذه المدة.

✓ لكن قد لا يتضمن الإيجاب أي ميعاد للقبول، لأنه يمكن للقاضي أن يستخلص هذا الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، فإذا كان التعاقد بين غائبين، يتم عن طريق المراسلة، فإن ظروف الحال تفيد باقتران الإيجاب بميعاد ضمني للقبول يتمثل في الوقت الذي يتسع للعلم بالإيجاب والبت فيه والرد عليه ووصول الرد إلي علم الموجب، وفقاً للمجري العادي للأمر، وإذا كان التعبير عن الإيجاب خاصاً ببيع بشرط التجربة، فإن طبيعة المعاملة تفيد اقتران الإيجاب بميعاد ضمني للقبول يتحدد بالوقت اللازمة للتجربة.

(٢) أساس التزام الموجب بالبقاء علي إيجابه :

✓ خلال المدة المحددة صراحة أو ضمناً هو إرداته المنفردة، وهذه هي حالة من الحالات التي ينشأ فيها الالتزام بمقتضى الإرادة المنفردة.

(٣) أثر القوة الملزمة للإيجاب :

✓ تتمثل في أنه لا يعتد برجوع الموجب عن إيجابه خلال المهلة المحددة، ويظل الإيجاب قائماً، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق خلال هذه المهلة انعقد العقد.

(ج) سقوط الإيجاب: ما هي حالات سقوط الإيجاب؟

أولاً: فإذا كان الإيجاب ملزم فإنه يسقط في حالتين:

(١) إذا رفض الموجب له الإيجاب. والإيجاب الملزم يسقط بالرفض حتى ولو لم تكن المدة المحددة للقبول قد انقضت.

(٢) انقضاء المدة المحددة، صراحة أو ضمناً دون قبول.

✓ هذا ما لم يتبين العكس، بأن بانته نية الموجب في أن يظل إيجابه قائماً بعد انقضاء المهلة وزوال قوته الملزمة، فيظل الإيجاب قائماً غير ملزم أخذاً بما قصده.

ثانياً: فإذا كان الإيجاب غير ملزم، فإنه يسقط في الأحوال الآتية:

(١) إذا رفض الإيجاب ممن وجه إليه.

(٢) يسقط الإيجاب في حالة التعاقد بين حاضرين، إذا لم يقترن بتحديد ميعاد صريح للقبول ولم يستخلص من الظروف ميعاد ضمني، برجوع الموجب عن إيجابه قبل قبوله ممن وجه إليه.

(٣) يسقط الإيجاب في التعاقد بين حاضرين إذا انفض محل العقد ولو لم يكن الموجب قد عدل عنه. سنعود إلى دراسة ذلك فيما بعد.

الفرق بين المفاوضات والإيجاب:

✓ ملحق تنظيم المشرع الفرنسي في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين الفرنسي المفاوضات والإلتزام بالإعلام تفصيلاً وكذلك مهلة التروي ومهلة العدول.

✓ فقرر في المادة ١١١٢ من هذه التعديلات ما يلي "حرية الدخول في المفاوضات والسير فيها وقطها، ويجب لزاماً أن يراعي في ذلك مقتضيات حسن النية".

✓ كما قرر أنه "في حالة الخطأ المرتكب أثناء المفاوضات، فإن تعويض الضرر الناشئ عنه لا يجوز أن يتضمن التعويض عن خسارة المزايا المنتظرة من العقد المراد إبرامه".

✓ يجب أن يتم التفاوض علي العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، يعتبر هذا الحكم من النظام العام.

الإلتزام بالإعلام:

✓ يرتبط بالمفاوضات ارتباطاً وثيقاً الإلتزام بالإعلام، لذلك نظم المشرع الفرنسي هذا الإلتزام تفصيلاً في تعديلاته.

✓ فنص علي أنه "يجب علي من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة لرضي الطرف الآخر أن يعلمه بها متي كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعاً أو كان قد وضع ثقته بالتعاقد معه، ومع ذلك فإن هذا الواجب بالإعلام لا يرد علي تقدير قيمة الأداء.

✓ "تعد معلومات لها أهمية حاسمة تلك التي لها صلة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة الأطراف".

✓ "يقع علي من يدعي أن معلومة مستحقة له إثبات أن الطرف الآخر كان مديناً له بها، ويقع علي هذا الطرف الآخر إثبات تقديمها له".

✓ "لا يجوز للأطراف تقييد هذا الواجب أو استبعاده"، ومسئولية المدين بواجب الإعلام، فإن الأخلال بهذا الواجب يمكن أن يؤدي إلي بطلان العقد".

مكتبة تراس (الفرسان ٢)
✓ والمادة ١١١٢ - ٢ تنص علي أن "يكون مسئولاً طبقاً للقواعد العامة كل من يستخدم أو يفشي دون إذن معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات".

تنظيم مهلة التروي ومهلة العدول:

✓ فنص المشرع الفرنسي بعد تعديل ٢٠١٦ علي أنه "يجوز أن ينص القانون أو العقد علي مهلة للتروي، وهي المهلة التي لا يجوز لمن وجه إليه الإيجاب التعبير عن قبوله قبل أنقضائها، أو علي مهلة العدول وهي المهلة التي يستطيع المستفيد منها العدول عن رضائه قبل أنقضائها".

(٢) القبول:

ما المقصود بالقبول، وما هي خصائصه (شروطه)؟

(أ) تعريف القبول وبيان خصائصه:

القبول هو التعبير عن الإرادة، والمطابق للإيجاب، الصادر عن الشخص الذي تلقى هذا الإيجاب. وعلى ضوء ما تقدم نجد أنه يتوافر في القبول الشروط الآتية:
أولاً: يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب:

✓ وهذا الشرط نتيجة منطقية حيث إن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين.
✓ وعلى ذلك فلا يكون مقبولاً ينعقد به العقد، القبول الذي يتضمن زيادة أو نقصاً أو تعديلاً للإيجاب، أو الذي يكون معلقاً على شرط أو مقيداً بقيد لم يرد فيه. بل يكون هذا رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً لا ينعقد العقد إلا بقبوله ممن وجه الإيجاب الأول.

✓ كما يتعين أن يتطابق القبول الإيجاب في كل مسألة وردت فيه سواء كانت جوهرية أو ثانوية، ما دامت مذكورة في الإيجاب. على أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم.

ثانياً: يجب أن يتم القبول في خلال الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائماً:

✓ لأنه لو صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا ينعقد العقد، وإنما يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من الموجب الأول - ولنفهم هذه القاعدة **يجب أن نفرق بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين.**

(١) وفي التعاقد بين حاضرين، الإيجاب الصادر لشخص حاضر، إذا لم يتضمن تحديداً لميعاد القبول، يسقط بعدول الموجب، أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فالإيجاب لا يسقط من تلقاء نفسه لمجرد أن القبول لم يصدر فوراً، بل يبقى الإيجاب قائماً إلى أن ينفذ مجلس العقد. وينفذ مجلس العقد بافتراق الطرفين أو انصرافهما عن موضوع التعاقد إلى غيره.

(٢) أما في التعاقد بين غائبين، فإنه يجب أن يتم القبول خلال الميعاد، الصريح أو الضمني، الذي يلتزم فيه الموجب بالإبقاء على إيجابه. وحيث أن القبول تعبير عن الإرادة لا يكتمل له كيانه القانوني إلا باتصاله بعلم من وجه إليه، وهو الموجب، فلذلك إذا لم يتصل القبول بعلم الموجب إلا بعد انتهاء ميعاد التزامه بالإيجاب، فإن القبول يكون متأخراً، والقبول المتأخر يمكن أن يعتبر إيجاباً جديداً للموجب الأول حرية قبول أو رفضه.
✓ لكن يجب ملاحظة أنه إذا صدر القبول في وقت مناسب، ولكن تأخر في الطريق فوصل بعد الميعاد، وعلم الموجب بهذا وسكت، فيعد سكوته قبولاً للإيجاب الجديد.

(ب) مدى حرية الموجب له في القبول أو الرفض:

ما مدى حرية الموجب له في القبول أو الرفض؟

الأصل هو حرية الإنسان في أن يتعاقد أو لا يتعاقد. ولكن هناك أحوالاً تفتضي الظروف فيها فرض الرقابة على استعمال الشخص لحرية في رفض التعاقد. ومن هذه الحالات، حالة ما إذا كان الموجب له هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه. كالتجار يوجهون النشرات والإعلانات إلى الجمهور، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابها لاستقبال النزلاء والعلماء، ففي هذه الأحوال إذا استجاب أي شخص لهذه الدعوى للتعاقد حتى ينعقد. فإذا رفض من وجه الدعوة إلى التعاقد وجب أن يكون هذا الرفض مبنياً على مبرر مشروع وإلا كان متعسفاً في هذا الرفض فيسأل عن تعويض الضرر الناتج عنه.

✓ التعاقد بين حاضرين، هو التعاقد الذي يكون فيه التعبير الذي يصدر من أحد الطرفين يعلم به الآخر في ذات الوقت الذي يصدر فيه. فالتعاقد بين حاضرين يفترض أن يكون، الطرفان على اتصال مباشر، بحيث يسمع كل منهما كلام الآخر في الوقت نفسه. وعلى ذلك فلا يشترط الحضور المادي، بل يعتبر التعاقد بين حاضرين، تم مثلاً بطريق الهاتف أو بأي وسيلة أخرى بحيث يكون الاتصال بينهما مباشراً لا تفصله فترة من الزمن.

✓ مجلس العقد يعني اجتماع المتعاقدين في المكان نفسه والزمان، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة. ✓ وحدة المكان حقيقة أو حكماً: وهذا يعني اجتماع المتعاقدين حقيقة، أي بالأبدان، في المكان نفسه والزمان. أو اجتماعهما حكماً إذا تحدثا في الهاتف.

✓ انشغال المتعاقدين بالتعاقد: بحيث لا ينصرف أي منهما أو كلاهما عنه إلى شيء آخر.

✓ إذا ما توافر لمجلس العقد المقومات السابقة، فإنه يجب أن نبحت بعد ذلك كيف يتم التعاقد بين حاضرين؟

ولمعرفة ذلك يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: أن يصدر في مجلس العقد إيجاب من الموجب يعقبه على الفور قبول مطابق، في هذا الفرض ينعقد العقد.

الفرض الثاني: أن يصدر في مجلس العقد إيجاب دون أن يقترن بتحديد ميعاد صريح للقبول ولم يستخلص من الظروف

ميعاد ضمني، فإن الموجب يستطيع أن يتحلل من إيجابه بعدوله عنه طالما أنه لم يصدر قبول من الموجب له.

لكن إذا كان الإيجاب متضمناً ميعاداً صريحاً أو ضمناً يلتزم بالبقاء على إيجابه طوال هذه المدة، فإن لم يصدر خلالها قبول مطابق سقط الإيجاب.

الفرض الثالث: إذا صدر في مجلس العقد إيجاب، غير ملزم، ولم يعدل الموجب عنه، فالإيجاب لا يسقط من تلقاء نفسه،

بل يبقى قائماً إلى أن ينفذ مجلس العقد. فإذا صدر قبول مطابق قبل انقضاء المجلس انعقد العقد. أما إذا لم يصدر

قبول وانقض مجلس العقد فإن هذا الإيجاب يسقط.

✓ وينفذ مجلس العقد بالمفارقة الجسدية لأحد المتعاقدين ولكنه يعتبر منقضياً كذلك، إذ شغلها أو شغل أحدهما

عن التعاقد شاغل ولو لم تحدث المفارقة الجسدية.

✓ فمن حيث زمان انعقاد العقد، فإنه في التعاقد بين حاضرين ينعقد العقد في الزمان الذي يقترن فيه القبول

بالإيجاب القائم في مجلس العقد.

ومن حيث مكان انعقاد العقد، فإنه يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: حالة تواجد المتعاقدين حقيقة في مجلس العقد فإن اقتران القبول بالإيجاب القائم في هذا المجلس هو الذي

يحدد هذا المكان.

الفرض الثاني: التعاقد عن طريق الهاتف أو أية وسيلة مشابهة، حيث إن هذا التعاقد اعتبر تعاقداً بين حاضرين لوجود

الاتصال المباشر بين العاقدين، حيث إن كلاهما يسمع كلام الآخر في الوقت نفسه، وليس هناك أي فاصل زمني،

وبالرغم من ذلك فإنه يباعد بينهما المكان. ولذلك لتحديد مكان انعقاد العقد يجب أن نطبق قاعدتنا في تحديد متى

يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانوني. ويكون مكان انعقاد العقد عن طريق الهاتف إذن هو المكان الذي يوجد فيه

الموجب.

✓ والتعاقد بين غائبين، هو التعاقد الذي يتم بين شخصين يباعد المكان بينهما، ويفصل الزمن بين إيجاب

أحدهما وقبول الآخر. ومن صور التعاقد بين غائبين التعاقد بالمراسلة.

✓ وضع المشكلة، من الخصائص الأساسية للتعاقد بين غائبين أنه يتم بين شخصين يباعد بينهما المكان،

وبالتالي يكون هناك فترة زمنية تمضي بين صدور الإيجاب واتصاله بعلم من وجه إليه، وبالمثل بالنسبة

للقبول، ولذلك يمكن التردد في تعيين الوقت الذي ينعقد فيه العقد، وفيما يلي نستعرض هذه النظريات ونحدد

بعد ذلك الموقف الذي انحازت إليه التشريعات العربية:

(١) نظرية إعلان القبول:

✓ يقوم منطبق هذه النظرية على أن العقد ينعقد بتلاقي إرادتين متطابقتين، وبالتالي بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب فإنه يجب أن ينعقد العقد.
✓ ويؤخذ على هذه النظرية:

أولاً: أن العقد لا يتم بتلاقي إرادتين متطابقتين وإنما بتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مما يستوجب أن يتصل التعبير عن الإرادة، القبول، بعلم من وجه إليه،
ثانياً أن هذه النظرية تجعل أمر انعقاد العقد في قبضة القابل، مما يجعل تحديد زمان انعقاد العقد يتوقف على محض إرادته. كما يسهل عليه أيضاً أن أراد العدول عنه أن ينكر إعلانه للقبول ولن يستطيع الموجب أن يثبت حصوله.
(٢) نظرية تصدير القبول:

✓ العقد لا ينعقد بمجرد إعلان القبول وإنما بتصدير هذا القبول.
✓ ويؤخذ على هذه النظرية:

أولاً: أن تصدير القبول واقعة مادية لا تضيف جديداً من الناحية القانونية.
ثانياً: أن تصدير القبول لا يفيد استقرار إرادة القابل على قبول العقد، أو خروج القبول بصفة نهائية لا رجعة فيه.
(٣) نظرية وصول القبول:

✓ هذه النظرية لا تكتفي بإعلان القبول أو تصديره، وإنما يلزم علاوة على ذلك وصوله إلى الموجب سواء علم به أو لم يعلم.
✓ على أنه يعاب على هذه النظرية مع ذلك أن وصول القبول واقعة مادية ليست لها دلالة قانونية.

(٤) نظرية العلم بالقبول:

✓ العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول.
✓ ومع ذلك فإن هناك بعض الشك الذي يحول هذه النظرية وخاصة أن واقعة العلم وثيقة الصلة بشخص الموجب، فهو الذي يملك زمامها، ولعلاج ذلك حرصت القوانين الحديثة على أن تقيم قرينة تقوم على الغالب المألوف، وهو أن وصول القبول يفيد غالباً العلم به.

الفرع الثاني: صور خاصة من التراخي

أولاً: التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة: تكلم عن التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة؟

(١) كيفية التعاقد بالمزايدة أو المناقصة والغرض منه:

✓ يتم التعاقد عن طريق المزايدة، فيعرض موضوع العقد في مزاد عام بغية إبرامه مع من يتقدم بأكبر عطاء. والتعاقد عن طريق المزايدة قد يحتمه القانون.

(٢) أحكام التعاقد بالمزايدة أو المناقصة:

✓ طرح الصفقة في المزاد أو المناقصة لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد ولا يغير من طبيعتها أن يكون الإعلان مصحوباً بتحديد ثمن أساسي، فهذا الثمن الأساسي ليس إلا رقماً تبدأ المزايدة منه.
✓ الإيجاب في التعاقد بالمزايدة أو المناقصة هو العطاء الذي يقدم به من استجاب للدعوة إلى التعاقد. وإذا كان تقديم عطاء يزيد على العطاءات السابقة عليه يترتب عليه سقوط العطاء الأقل، إلا أنه لا يترتب عليه انعقاد العقد بين العطاء الأعلى وبين الداعي للمزايدة.
✓ والإيجاب الذي يتمثل في التقدم بالعطاء هو إيجاب ملزم، إذ يبقى صاحبه ملتزماً به إلى حين تقديم مزاد آخر بعطاء أفضل، أو إلى أن يقل المزاد، دون أن يرسو على أحد، وذلك ما لم يظهر من ظروف الحال، أن المتزايد أراد ألا يبقى مقيداً بعطاءه، أو أن المتعاقدين اتفقا على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزاد.
✓ ويسقط العطاء (الإيجاب) بعطاء يزيد عليه ولو كان العطاء الجديد باطلاً، أو تقرر رفضه أو إلغاؤه أو الرجوع فيه أو أقل المزاد دون أن يرسو على أحد.
✓ والسؤال الآن كيف يقترن الإيجاب بالقبول؟

✓ إذا كان العطاء الذي تقدم به المتزايد هو الأفضل بقي العطاء الوحيد ينتظر القبول. والجدير بالملاحظة أن القبول لا يتم بمجرد قفل باب المزاد، بل بتقرير إرسائه على صاحب العطاء.

✓ الأصل هو حرية الداعي للمزاد أو المناقصة في القبول أو الرفض. دون أن يكون من شأن ذلك أن يحمله بالمسؤولية، ولا تقوم مسؤولية الداعي للمزاد إلا إذا اتضح من الظروف أنه قد ارتكب خطأ بعدم إرسائه على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول، بعد أن دعا إليه، وتكون مسؤوليته تقصيرية.

- ✓ وقد جرى العمل على تضمين قوائم المزايدات شرطا يقضي بأن لمن يجري المزاد لصالحه قبول أو رفض أي عطاء، دون إبداء الأسباب، فما هو حكم هذا الشرط؟
- ✓ يعتبر هذا الشرط صحيحا، بشرط أن يكون المتزايد قد علم به أو على الأقل كان في مكنه أن يعلم به. ويترتب على صحة هذا الشرط انتفاء الخطأ عن الداعي للمزاد، إذا رفض أي عطاء حتى ولو كان هو الأكبر.

متى ينقذ العقد في التعاقد بالمزايدة أو المناقصة؟

القاعدة أن العقد ينقذ في الوقت الذي يتصل فيه إرساء المزاد بعلم من أرسى عليه. ويترتب على ذلك أنه بعد إرساء المزاد لا يستطيع من أجرى المزاد أن يرجع في قبوله ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضي القانون بخلافه.

ثانيا: الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي:

(١) التعريف بالوعد بالتعاقد وطبيعته: ما المقصود بالوعد بالتعاقد وما الفرق بين الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي؟

- ✓ الوعد بالتعاقد هو الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل حينما يفصح الموعود له عن رغبته خلال الموعد المحدد اتفاقا، وعلى ذلك فالوعد بالتعاقد وإن كان في ذاته عقدا، إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية، وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه.
- ✓ والوعد بالتعاقد قد يكون ملزما لجانب واحد. فيعد أحد الطرفين، الواعد، الآخر بإبرام العقد دون أن يلتزم الآخر، الموعود له بإبرامه. وقد يكون الوعد ملزما للجانبين فيكون كل من الطرفين واعدًا وموعودًا له.
- ✓ والغالب من الأمر أن يكون الوعد ملزما لجانب واحد هو الواعد.

التمييز بين الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي:

- ✓ الوعد بالتعاقد، اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، كما أن الوعد بالتعاقد يعتبر عقدا تمهيديا لإبرام عقد آخر.
- ✓ أما العقد الابتدائي فهو عقد كامل ونهائي، وأنه هو ذات العقد الذي يقصده عاقده أولا وأخيرا، فهو وصف لا يرد على العقد وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التي تبدأ صياغته في أن تجئ عليها، لتتغير فيما بعد لتصبح في شكلها النهائي.
- ✓ وعلى ذلك فالعقد الابتدائي يترتب كافة الالتزامات والآثار التي من شأن العقد أن يترتبها، بغض النظر عن اتسامه بوصف ابتدائي أو نهائي وذلك باستثناء ما يعلق القانون نفسه ترتيبه من آثار التي من شأن البيع بوجه عام أن يترتبها، فيما عدا نقل الملكية في العقار إذ أن نقل الملكية في العقار لا يكون إلا بالتسجيل ومن تاريخ حصوله.

(٢) شروط الوعد بالتعاقد: ما هي شروط الوعد بالتعاقد؟

- ✓ الوعد بالتعاقد عقد فإنه يتعين لانعقاده أن تتوافر فيه الشروط العامة التراضي، وكذلك صحة الرضى بالإضافة إلى الشروط الواجب توافرها في المحل والسبب. أما فيما يتعلق بالأهلية فإنه يجب التمييز بين الوعد بالتعاقد الملزم للجانب واحد والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين، فبالنسبة للأول، فإنه حيث إن الوعد بالتعاقد يتضمن تعبيراً من جانب الواعد عن إرادته في إبرام العقد الموعود به، لذا يجب أن يتوافر فيه وقت الوعد الأهلية اللازمة لإبرام ذلك العقد.
- ✓ أما بالنسبة للموعود له فلا يشترط فيه وقت الوعد سوى التمييز أما بالنسبة للوعد الملزم للجانبين، وجب أن تتوافر فيهما معا الأهلية اللازمة للعقد الموعود به.
- ✓ كما أن الوعد بالتعاقد بحسب طبيعته يعتبر عقدا تمهيديا، لذلك نجد أن هذه الطبيعة تقتضي شروطا خاصة يجب توافرها في الوعد بالتعاقد. وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: الاتفاق في الوعد بالتعاقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وإلا وقع هذا الوعد باطلا. فإذا كان العقد الموعود به بيعا وجب الاتفاق في الوعد على المبيع والثمن.

الشرط الثاني: تعيين المدة التي يجب خلالها الإعلان من الرغبة في إبرام العقد الموعود به. وقد تحدد المدة صراحة وقد يكون من الممكن استخلاص مدة ضمنية، وإن لم يتضمن الوعد على ميعاد صريح أو ضمني لإعلان الرغبة، فإن هذا الوعد يقع باطلا ولا يترتب عليه أي أثر قانوني.

الشرط الثالث: وجوب إفراغ الوعد في الشكل الذي يتطلبه القانون للعقد الموعود به. فإذا كان العقد هبة عقار أو رهنا رسميا، فيجب أن يبرم الوعد بالهبة أو الرهن في الشكل الرسمي. وحكمة هذا الشرط هو قفل الباب أمام التحايل على القانون.

ملحوظة: على أن الوعد بالتعاقد المجرد من الشكل، وإن كان لا يؤهل لنشأة العقد الأصلي، فهو لا يتجرد من كل أثر فالوعد بالرهن إذا لم يكن رسميا يترتب في ذمة الواعد التزاما شخصيا بإنشاء الرهن. ولما كان هذا الالتزام مستحيل التنفيذ لعدم توافر الرسمية في الوعد،

فإنه يجوز الحكم على الواعد بالتعويض إذا لم يقبل إبرام عقد الرهن في الشكل الرسمي المطلوب، ويخضع كذلك للجزاء المقرر في القانون بسقوط الأجل المقترن بالدين، لكن القانون قد ينص صراحة على تجريد الوعد من أي أثر لم يفرغ في الشكل الرسمي من ذلك " الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية" فإذا لم يفرغ الوعد في الورقة الرسمية فهو باطل ولا يترتب عليه أي أثر.

(٣) آثار الوعد بالتعاقد: ما هي آثار الوعد بالتعاقد؟

المرحلة الأولى: آثار الوعد بالتعاقد قبل إبداء الموعد له رغبته في انعقاد العقد الموعد به:

- ✓ إذا ما توافرت الشروط العامة والخاصة للوعد فإنه يترتب عليه التزام الواعد بالقيام بما يلزم لإبرام العقد الموعد به مع الموعد له، إذا ما أظهر هذا الأخير رغبته في إبرامه في المدة المحددة.
- ✓ وتطبيقاً لذلك، في الوعد بالبيع مثلاً، نجد أن الواعد يلتزم بالألا يتصرف إلى الغير في الشيء الذي وعد ببيعه طوال مدة الوعد، فإذا أخل بهذا الالتزام وجب عليه تعويض الموعد له.
- ✓ أما الموعد له، في هذه المرحلة، ليس مجرد دائن للواعد، بل هو يتمتع بحق منشئ أو ترخيصي يكون للموعد له بمقتضى هذا الحق أن يعبر بمحض إرادته عن رغبته في إبرام العقد الموعد به.
- ✓ وعلى ذلك فإن عقد الوعد بالبيع ليس بيعاً بل هو عقد آخر مستقل ويتميز عنه تماماً. ولذلك فإنه طالما أن العقد الموعد به لم ينعقد بعد، فإن الالتزامات التي يترتبها ذلك العقد لا تنشأ في ذمة الواعد بمجرد الوعد. فلا يلتزم الواعد بالبيع بنقل الملكية الشيء المراد بيعه أو تسليمه، ويترتب على ذلك:

(١) أنه في الوعد بالبيع لن تنتقل الملكية إلى الموعد له بمجرد الوعد ولو كان الشيء منقولاً، معينا بالذات، بل تظل الملكية للواعد.

(٢) إذا هلك الشيء قبل أن يبدي الموعد له رغبته في شرائه، كان الهلاك على الواعد بوصف كونه هو المالك.

(٣) ليس للموعد له أي حق عيني على الشيء موضوع التعاقد الموعد به.

المرحلة الثانية: آثار الوعد بالتعاقد مع إبداء الموعد له رغبته في انعقاد العقد الموعد به:

- (١) إذا أبدى الموعد له في الوعد رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها فإنه يتحقق بذلك تلاقي الإرادتين اللازم لانعقاد العقد الموعد به، فينعقد العقد. على أنه يشترط لذلك، أن تكون إرادة الموعد له مطابقة تمام المطابقة لإرادة الواعد وإلا كان إبداء الرغبة إيجاباً جديداً لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الواعد.
- (٢) كما إن إظهار الرغبة لا يحتاج إلى شكل معين، وقد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً.
- (٣) موت الواعد أو الموعد له لا يؤثر في إمكانية قيام العقد الموعد به، إذا حصل الرضا به في ميعاده، فالوعد بالعقد لا يسقط ولا يتأثر بموت الواعد أو فقد أهليته أو إفلاسه.
- (٤) إذا انعقد العقد الموعد به بإبداء الموعد له رغبته، فإنه يجب على الواعد تنفيذه، فإذا نكل، كان للموعد له أن يقاضيه طالبا لإلزامه بذلك.
- (٥) وكما للموعد له أن يبدي رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها فإن له أيضاً أن يرفض التعاقد، وهو في ذلك لا يخل بأي التزام عليه، ويستطيع الموعد له أن يعرض عن إعلان رغبته بقبول التعاقد أو رفضه إلى أن تنتهي مدة الوعد إذ في هذه الحالة يسقط الوعد ويتحرر الواعد من التزاماته.

ملحق: الوعد بالترفضيل: ما المقصود بالوعد بالترفضيل؟

- ✓ نظم المشرع الفرنسي في التقنين المدني في ٢٠١٦ الوعد بالترفضيل، "الوعد بالترفضيل هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف بمنح المستفيد أفضلية في التعامل معه حال قرر الواعد التعاقد".
- ✓ إذا أبرم عقد بالمخالفة للوعد بالترفضيل يكون للمستفيد الحق في الحصول على تعويض الضرر الذي أصابه، فإذا كان الغير على علم بوجود الوعد وبنية المستفيد التمسك به فإن لهذا الأخير المطالبة أيضاً بالبطالان أو أن يطلب من القاضي الحل محل الغير في العقد الذي تم إبرامه.
- ✓ يجوز للغير أن يطلب كتابة من المستفيد أن يؤكد له، خلال مدة معقولة يحددها، وجود الوعد بالترفضيل وفيما إذا كان ينوي التمسك به.
- ✓ يجب أن تتضمن الكتابة أنه في حالة عدم الرد خلال المدة المحددة، فإنه لن يكن باستطاعة المستفيد من الوعد طلب الحل في العقد المبرم مع الغير أو طلب البطلان.

ثالثا: التعاقد بالعربون: أكتب في تعريف العربون ودلالته؟

(١) تعريف العربون ودلالته:

✓ العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد. وتتنوع الغاية من العربون فقد يكون الغرض من دفعه إما حفظ الحق لكل من المتعاقدين في العدول مقابل خسارة قدر هذا العربون، وإما أن يكون القصد من دفع العربون هو تأكيد انعقاد العقد.

✓ يكون للعربون إحدى دالتين: إما دلالة العدول وإما دلالة البت ولتحديد دلالة العربون فإنه لا مناص من الرجوع إلى قصد المتعاقدين. أما إذا لم يتبين قصد العاقدين فقد اختلفت القوانين في الدلالة الواجب الأخذ بها. فتذهب القوانين اللاتينية على الأخذ بدلالة العدول بينما تذهب القوانين الجرمانية إلى الأخذ بدلالة البتات. أما القوانين العربية فقد أخذت معظمها بدلالة العدول.

(٢) أحكام العربون: ما هي أحكام العربون؟

(أ) ففي حالة الدلالة على الاحتفاظ بالحق في العدول

✓ يكون العربون هو مقابل هذا الحق. وعلى ذلك فإذا استعمل أحد المتعاقدين حقه في العدول وكان هو الذي دفع العربون. فهو يفقده ويصبح حقا لمن قبضه. أما إذا كان الطرف الذي عدل فهو الذي قبض العربون، فإنه يردده ويرد مثله.

✓ ولما كان العربون يعتبر مقابل لحق المتعاقد في العدول عن العقد، فإن المتعاقد الذي دفعه يفقده، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر للطرف الآخر. كما لا يستحق عن العدول إلا مبلغ العربون ولو نشأ عنه ضرر أكبر.

✓ وإذا كان من شأن العربون أن يمنح لأي من طرفيه حق العدول وجب أن نتعرف على الوقت الذي يباشر فيه هذا الحق، وهنا الأمر لا يخرج عن أحد فرضين:

الفرض الأول: إذا اتفق الطرفان أو جرى العرف على تحديد مدة فإنه يجب مباشرة هذا الحق خلالها، وإلا تأكد قيام العقد.

الفرض الثاني: إذا لم يحدد ميعاد لمباشرة حق العدول عن العقد اتفاقا أو عرفا، بقي هذا الحق قائما للمتعاقد، وحق له أن يعدل عن العقد، إلى أن يصدر منه ما ينم عن رغبته في تأكيد قيامه.

(ب) في حالة الدلالة على تأكيد البتات في العقد

✓ يكون دفع العربون تنفيذا جزئيا للعقد يجب استكمالها، ولا يجوز لأي من الطرفين أن يعدل فإذا لم ينفذ أي منهما التزامه طبقت القواعد العامة فيكون للطرف الآخر طلب التنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ. ويجوز في حالة الفسخ المطالبة بتعويض تكميلي.

رابعا: النيابة في التعاقد: عرف النيابة مع بيان أنواعها؟

التعريف بالنيابة وأنواعها:

تعريف النيابة:

✓ إبرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا لحساب شخص آخر وباسمه يسمى الأصيل، بحيث ينتج هذا العمل القانوني آثاره مباشرة في ذمة الأصيل.

أنواع النيابة:

(١) النيابة الإرادية أو الاتفاقية هي التي يختار فيها الأصيل شخص النائب ويحدد نطاق سلطته في عقد الوكالة المبرم بينهما.

(٢) أما بالنسبة للنيابة القانونية، فنجد أن النيابة في هذه الحالة مفروضة فرضا على الأصيل دون اعتداد بإرادته. ويتحدد نطاق سلطة النائب القانوني طبقا لنصوص القانون، كما هو الحال في ولاية الأب على الصغير، وفي نيابة الدائن عن مدينه في استعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة.

النيابة العامة: التي تحدد فيها سلطة النائب بعبارات عامة وذلك فهي لا تشمل إلا أعمال الإدارة والحفظ.
النيابة الخاصة: هي التي تحدد سلطة النائب فيها بعبارات خاصة فلا يكون للنائب أن يقوم إلا بالتصرفات المخول له القيام بها وتوابعها.

(١) شروط النيابة: أكتب في شروط النيابة؟
✓ **يشترط لكي يتحقق وجود النيابة ثلاثة شروط:**

الشرط الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

في النيابة الإتفاقية حدد الأهلية المستلزمة في كل من النائب والأصيل مع بيان المعبر منها لدى تقدير سلامة الإرادة من العيوب وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة؟

✓ هذا الشرط يكشف جوهر النيابة وهو قيام شخص مقام آخر في إجراء التصرف. فالذي ينشئ التصرف هو النائب، ولذلك فإن التصرف يتم بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل. وطالما أن النائب يبرم التصرف بصفته نائباً وليس بصفته الشخصية، فإن معنى ذلك أن آثار هذا التصرف لا تلحق النائب ولا تمر بذمته وإنما تتصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل.

ويترتب على ما سبق أن النائب يتميز عن الرسول. فالرسول لا دخل لإرادته في إبرام العقد وإنما يقوم بمجرد نقل إرادة أحد طرفي العقد شأن الرسالة المكتوبة، ويترتب على ذلك عدة نتائج:

أولاً: أن في التعاقد الذي يتم بواسطة رسول يتم العقد بإرادة المرسل لا الرسول، عكس التعاقد بطريق النيابة حيث إن العقد يتم بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل.

ثانياً: أن التعاقد عن طريق رسول يعتبر تعاقداً بين غائبين لأن دور الرسول هو نقل الإرادة لا التعبير عن الإرادة، عكس التعاقد بطريق النيابة فإنه يعتبر تعاقداً بين حاضرين متى جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد.

ثالثاً: أن ما يقوم به الرسول هو نقل الإرادة، وهذا عمل مادي وبالتالي فإن إرادة الرسول ليست محل اعتبار في التعاقد بحيث أنه يمكن أن يكون عديم الإرادة، ولن يمنع هذا من انعقاد العقد، وعلى العكس في التعاقد عن طريق النيابة فإن العقد ينقذ بإرادة النائب ولذلك يشترط في النائب أن يكون له إرادة يعتد بها القانون.

رابعاً: في التعاقد بواسطة رسول يتم العقد بإرادة المرسل لا بإرادة الرسول، وبالتالي فإن هذه الإرادة، وليست إرادة الرسول هي التي تكون محل اعتبار عند النظر. أما في التعاقد عن طريق النيابة، فإنه بالنسبة لعيوب الإرادة فينظر فيها، كأصل عام، إلى إرادة النائب لا إرادة الأصيل وعلى ذلك إذا أبرم النائب العقد تحت تأثير غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، كان العقد قابلاً للإبطال، ولو لم تكن إرادة الأصيل مشوبة بأي عيب.

✓ أما بالنسبة للعلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة التي لها تأثير في التعاقد فإن شخص النائب، كأصل عام، لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في أثر العلم أو الجهل بها في التعاقد. وعلى ذلك فإذا اشترى النائب شيئاً وهو يعلم بما فيه من عيب خفي فإنه لا يجوز للأصيل أن يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية على البائع محتجاً بجهله بوجود العيب الخفي حيث أن العبرة في هذه الحالة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل، وكذلك إذا تعاقد النائب مع مدين معسر وهو يعلم بحالته إفساره، فإنه يجوز للدائنين الطعن في هذا العقد بالدعوى البوليصة متى أثبتوا تواطؤ النائب ولو كان الأصيل حسن النية.

✓ على أن قاعدة الاعتداد بشخص النائب وحده ليست قاعدة مطلقة، وعلى ذلك فإذا ثبت أن النائب لم يكن له القول الفصل فيما يبرمه من عقود وإنما كان يخضع في ذلك لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل، فإن المنطق يملئ الاعتداد بإرادة الأصيل في هذه الحدود.

✓ أما فيما يتعلق بأهلية النائب والأصيل: فإنه يجب التفرقة بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية. ففي النيابة الاتفاقية فإن النائب يبرم العقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، ولذلك يكفي فيه التمييز، وذلك لأن العقد الذي يبرمه لا يلزم النائب وإنما يلزم الأصيل.

✓ أما في النيابة القانونية فنجدها، في أغلب صورها مفروضة على الأصيل فرضاً، ولذلك لا يشترط أن تتوافر فيه أهلية ما، بل إن النيابة القانونية، في كثير من حالاتها، إنما تنتقر بالذات بسبب نقص الأهلية أو انعدامها. وغالباً ما يشترط القانون في النائب القانوني أن يكون كامل الأهلية.

✓

الشرط الثاني: تعاقد النائب باسم الأصيل لا بأسمه:

أكتب في شرط العلم بصفة النائب، ومتى لا يكون ضرورياً؟

- ✓ إذا كان النائب يبرم العقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، إلا أنه يبرم هذا العقد باسم الأصيل ولحسابه لا باسمه هو، ولذلك فإن آثار هذا العقد تنصرف إلى الأصيل لا إلى النائب.
- ✓ ويقصد بهذا الشرط أن يقوم النائب بإبرام التصرف بصفته نائبا عن الأصيل. ويتحقق هذا الشرط إذا كان لدي النائب والمتعاقد معه نية توجيه آثار العقد إلى الأصيل مباشرة. ولما كانت هذه النية أمرا نفسانيا يلزم أن يكشف عنها النائب فإن لم يكشف النائب للمتعاقد معه عن هذه النية فإن آثار العقد لا تضاف مباشرة إلى ذمة الأصيل بل إلى النائب شخصيا.
- ✓ وعلى ذلك فإن لم تتحقق النية المشتركة في توجيه آثار العقد إلى الأصيل. آثار العقد تقتصر على عاقديه، ولو أن أحدهما يعمل في الحقيقة لحساب شخص ثالث **ويمكن أن نصادف ذلك في حالتين:**

الحالة الأولى: حالة الاسم المستعار ويكون ذلك إذا وكل شخص آخر في أن يبرم لحسابه ولكن دون ذكر اسمه فيقوم الوكيل بإبرام العقد دون أن يكشف للطرف الآخر عن صفته ويبرم العقد باسمه الخاص، فلا يكون هناك نيابة، ويضاف أثر العقد في هذه الحالة إلى الوكيل. لكن تبقى العلاقة الأخرى بين الموكل والتي تجد مصدرها في عقد الوكالة، فيقوم الوكيل بنقل آثار العقد الذي أبرمه باسمه إلى الموكل تنفيذاً لعقد الوكالة، ويقوم الموكل بتعويض الوكيل عما أنفق في سبيل إبرام هذا العقد وتنفيذه.

الحالة الثانية: حالة الوكالة بالعمولة، ذلك لأن الوكيل بالعمولة وهو يقوم بإبرام العقود لحساب موكله لا يتعاقد باسمهم وإنما باسمه الخاص، فينصرف إليه هو آثار هذه العقود. ومع ذلك إذا كانت القاعدة في هذا الصدد توجب أن يفصح النائب للمتعاقد معه عن صفته كنائب، **إلا أن هذا الإفصاح لا يكون ضرورياً في حالتين:**

الأولى: إذا كانت ظروف الحال تفترض حتما علم المتعاقد مع النائب بوجود النيابة رغم عدم إفصاح النائب عن صفته. ومثال ذلك أن يذهب شخص إلى محل تجاري ليشتري سلعة معينة، فيفترض فيه العلم بأن العامل الذي يقوم بالبيع له إنما هو نائب عن صاحب العمل.

الثانية: إذا كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

الشرط الثالث: تعاقد النائب في الحدود المرسومة للنيابة:

تكلم عن تعاقد النائب في الحدود المرسومة للنيابة كأحد شروط النيابة؟

- ✓ إن النائب يستمد سلطته في إبرام التصرفات باسم الأصيل ولحسابه من الاتفاق أو من القانون. وعلى ذلك فإن النيابة مقيدة بحدود معينة حددها القانون أو إرادة الأصيل. وعلى ذلك إذا جاوز النائب حدود النيابة كما حددها القانون أو الاتفاق، كان العقد الذي يبرمه النائب غير نافذ في مواجهة الأصيل.
- ✓ لكن التساؤل إذا كان العقد غير نافذ في مواجهة الأصيل، فهل تضاف آثار هذا العقد إلى النائب؟
- ✓ الإجابة بالقطع تكون بالنفي وذلك لأن إرادة الطرفين، النائب والمتعاقد معه، لم تتجه إلى إنشاء الحقوق والالتزامات في ذمة النائب، فالفرض أن النائب قد تعاقد باسم الأصيل ولحسابه.
- ✓ وقد يتبادر أيضا إلى الذهن التساؤل الآخر، وهو هل العقد الذي أبرمه النائب خارج نيابته يقع باطلا أو قابلا للإبطال؟
- ✓ والإجابة بالقطع تكون أيضا بالنفي وذلك لأن الذي أبرمه النائب خارج حدود نيابته استجمع أركانه وشروط صحته ولكنه مع ذلك لا يرتب أثرا في ذمة الأصيل.
- ✓ ما هو مصير هذا العقد؟ **وللإجابة ليس أمامنا إلا أحد مخرجين:**

الأول: هو أن يقر الأصيل هذا العقد فيترتب على هذا الإقرار أن يصبح العقد نافذا في حق الأصيل، وبالتالي ينتج آثاره في ذمته

- ✓ والإقرار تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يرد على العقد غير النافذ فيجعله نافذا ومرتباً لآثاره. وعلى ذلك فإن للإقرار أثرا رجعيا، على أن الأثر الرجعي للإقرار يقتصر على العلاقة بين الأصيل المقر والمتعاقد الآخر، ولا يتعداهما إلى أي شخص آخر. فإذا كان الأصيل قبل الإقرار، قد رتب حقا عينيا لدائنه على الشيء محل البيع الذي أبرمه النائب متجاوزا حدود نيابته، فإن إقرار الأصيل لهذا العقد لا يؤثر على الحق الذي تقرر لدائنه قبل الإقرار وينتقل الشيء إلى المتعاقد الآخر محملا بهذا الحق.

الثاني: هو إذا لم يقر الأصيل هذا العقد، فلا يكون أمام المتعاقد مع النائب سوى الرجوع على النائب نفسه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه هذا ما لم يكن يعلم بمجاوزة النائب حدود النيابة أو كان ينبغي عليه أن يعلم بذلك، ورجوع المتعاقد على النائب يكون على أساس المسؤولية التقصيرية.

✓ هذه هي القاعدة في خصوص حكم تجاوز النائب لحدود نيابته. هناك حالات ينفذ فيها تصرف النائب في مواجهة الأصيل رغم انتفاء النيابة أو تجاوز النائب حدودها. ويمكن إجمال هذه الحالات فيما يلي:

← الحالة الأولى: إذا كان الغير، بسبب خطأ الأصيل أو إهماله، قد اعتقد بحسن النية أن النائب كان يتصرف في حدود سلطاته كنائب ومن أمثلة ذلك:

✓ وجود غموض في عبارات التوكيل جعل الغير يعتقد بحسن نية بأن تصرفا معيناً يدخل في حدود سلطات النائب.
✓ أو أن يكون العقد الذي قام به النائب، متجاوزاً به حدود سلطته كما حددها الأصيل، من العقود التي تدخل عادة في سلطات من يقوم بمثل عمله.

وفي مثل هذه الحالات ينفذ تصرف النائب في حق الأصيل رغم مجاوزته حدود النيابة.
← الحالة الثانية: إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، ففي هذه الحالة نجد أن أثر العقد الذي يبرمه النائب ينصرف إلى الأصيل، أو خلفائه. ونفذ العقد في حق الأصيل في هذه الحالة يقوم على أساس حماية الغير حسن النية الذي يستند حسن نيته إلى النيابة السابقة.

✓ ويشترط لنفاذ التصرف أن يجهل النائب والمتعاقد معه، وقت إبرام العقد، انقضاء النيابة، فإذا كان النائب يعلم بانتفاء النيابة فلا يجوز للغير، حتى ولو كان حسن النية، أن يرجع على الأصيل بشئ.

(٢) آثار النيابة:

أ) آثار النيابة بالنسبة للأصل: ما هي آثار النيابة بالنسبة للأصيل؟

✓ إن الأثر الجوهري للنيابة هو أن التصرف الذي يبرمه النائب بإرادته يرتب أثره مباشرة في ذمة الأصيل
✓ ويترتب على ذلك أن الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد تنتصر مباشرة إلى ذمة الأصيل، وبالتالي يصبح الأصيل هو طرف العقد مع المتعاقد مع النائب.
✓ وهكذا يكون للأصيل أن يطالب المتعاقد الآخر مباشرة بالحقوق التي رتبها العقد الذي أبرمه النائب. وكذلك يجوز لهذا المتعاقد الآخر أن يطالب الأصيل بحقوقه الناشئة عن هذا العقد. وعلى العكس من ذلك فليس للنائب أن يطالب المتعاقد معه بحق من الحقوق التي أنشأها العقد، كما لا يجوز للمتعاقد مع النائب أن يطالبه بشئ من ذلك.

ب) آثار النيابة بالنسبة للنائب: ما هي آثار النيابة بالنسبة للنائب؟

✓ إن أهم سمات النيابة من الناحية الفنية أن العقد يتم بإرادة النائب دون أن يلزمه بشئ. فالنائب هو الذي ينشئ التصرف ولكنه يختفي تماماً عند ترتيب التصرف لأثره. فلا يصح للنائب أن يتمسك بأثر العقد الذي أبرمه بصفته الشخصية لأن العقد يعتبر قائماً بين الأصيل والمتعاقد الآخر، وليس بين هذا الأخير والنائب. وعلى ذلك فليس للنائب ولا للمتعاقد معه سبيل للرجوع لأي منهما على الآخر وفي خصوص ما ينشئه العقد من حقوق والتزامات إلا إذا كانت نيابة شاملة لتنفيذ العقد بالإضافة إلى إبرامه.
✓ كما أنه من المنطقي أيضاً أن العقد الذي أبرمه النائب لا ينشئ على عاتقه أي التزام، وبالتالي لا يكون للغير سوى الرجوع على الأصيل.

ج) آثار النيابة بالنسبة للغير: ما هي آثار النيابة بالنسبة للغير؟

✓ يتعاقد الغير مع النائب ولكنه يرتبط بالعقد مع الأصيل، ويصبح كل منهما طرفاً في هذا العقد. ويستطيع الغير أن يتعامل مع الأصيل كما لو أنه قد أبرم العقد مع الأصيل ذاته. وبالتالي له أن يطالب الأصيل بكافة الحقوق الناشئة من العقد ودون أن يكون لها الحق في الرجوع على النائب الذي تعاقد معه إلا إذا كان نائباً أيضاً عن الأصيل في تنفيذ العقد أو كان كفيلاً له.

(٣) تعاقد الشخص مع نفسه: هل يجوز تعاقد الشخص مع نفسه؟

✓ يحدث أن يقوم شخص واحد بإبرام العقد وهذا ما يسمى تعاقد الشخص مع نفسه:

أ) صور تعاقد الشخص مع نفسه:

الصورة الأولى: وهي أن يتعاقد الشخص أصيلاً بنفسه ونائباً عن غيره. مثال ذلك يوكل شخص آخر في بيع شئ مملوك له فيشتريه الوكيل لنفسه.

الصورة الثانية: وهي أن يتعاقد شخص بصفته نائباً عن طرفي العقد. مثال ذلك أن يوكل شخص آخر في بيع منزل فيشتريه لشخص آخر يكون قد وكله في شرائه.

- ✓ تباينت مواقف التشريعات، فمنها من أباح، كقاعدة عامة، تعاقد الشخص مع نفسه، ومنعه استثناء. ومنها من منعه، كقاعدة عامة وأجازته استثناء.
- ✓ نصت المادة ١٠٨ مدني على أنه "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة، وعلى ذلك يكون المشرع قد استثنى ثلاث حالات:

- الحالة الأولى: إذا وجد نص في القانون يجيز ذلك وهذا بطبيعة الحال أمر بديهي، حيث إن المشرع وضع القاعدة ويجوز له الخروج عليها عند انتفاء العلة من تقريرها.
- الحالة الاستثنائية الثانية: إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه بذلك. وهذا الاستثناء أيضا منطقي، حيث إن علة تعاقد الشخص مع نفسه هي رعاية مصلحة الأصيل، فإذا كان الأصيل قد قدر أن في تعاقد الشخص مع نفسه في خصوص مال يملكه يحقق مصالحه، فهو أقدر على تقدير ذلك.
- الحالة الاستثنائية الثالثة: إذا قضت قواعد التجارة بإجازة تعاقد الشخص مع نفسه. ومن ذلك مثلا جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معا وفقا لقواعد القانون التجاري.
- (ج) حكم تعاقد الشخص مع نفسه في غير الحالات الاستثنائية:

- ✓ إذا تعاقد الشخص مع نفسه في غير هذه الحالات الاستثنائية، فإنه يكون مجاوزا لحدود نيابته، وبالتالي يكون العقد غير نافذ في حق الأصيل. ومع ذلك يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يقر التصرف فينفذ في حقه، حيث إن الإقرار اللاحق كالتصريح السابق.
- ✓ في التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله ٢٠١٦ نص على أنه "يكون التصرف المبرم في الحالات السابقة الواردة في الفقرة الأولى باطلاً إلا إذا كان القانون يجيزه أو كان الأصيل رخص به أو أقره.
- ✓ ونلاحظ أن المشرع الفرنسي في التعديلات الجديدة للقانون المدني يلجأ كثيراً لجزء البطلان وذلك راجعاً إلى أنه هجر النظرية التقليدية للبطلان وأخذ بالنظرية الحديثة للبطلان، التي لا تربط بين جزاء البطلان وتخلف أحد أركان العقد أو شرط من شروط صحته فقط وإنما جعله جزاء لمخالفة النظام العام أو الآداب بمفهومه الحديث أي ربط نوع البطلان بالغاية من القاعدة التي تمت مخالفتها فيما إذا كان مقررة من أجل حماية مصلحة خاصة أو مصلحة عامة.

خامساً: التعاقد بوسيلة إلكترونية:

- ✓ نظم المشرع الفرنسي في التقنين المدني الفرنسي هذا التعاقد منذ عام ٢٠٠٤ وأدخل عليه عام ٢٠٠٥ بعض التعديلات إلى أن تم التعديل الشامل في ٢٠١٦، ويمكن إيجاز هذا التنظيم لمعرفة كيف يتم هذا التعاقد على النحو التالي:

- (١) أجازت المادة ١١٢٥ استخدام الوسيلة الإلكترونية لبيان شروط التعاقد والمعلومات المتعلقة بالأموال والخدمات.
- (٢) بينت المادة ١١٢٦ إمكانية نقل المعلومات المتعلقة لإبرام العقد أو المرسله أثناء تنفيذه من خلال البريد الإلكتروني إذا قبل من وجهت إليه استخدام هذه الوسيلة.
- (٣) بينت المادة ١١٢٧ أنه بالنسبة للمهني يمكن أن ترسل إليه المعلومات عبر البريد الإلكتروني طالما أبلغ عن عنوانه الإلكتروني، وذكرت أنه إذا كان يلزم إدراج هذه المعلومات في نموذج معين فإنه يجب وضع هذا النموذج تحت تصرف الشخص الذي يجب عليه ملؤه.
- (٤) وأفاضت المادة ١١٢٧ - ١ في واجبات المهني في التعاقد بهذا الأسلوب فنصت على أنه يجب على كل من يعرض بصفته المهنية لتوريد أموال أو أداء خدمات بوسيلة إلكترونية إتاحة الشروط التعاقدية بطريقة تسمح بحفظها وطباعتها، كما بينت أن صاحب الإيجاب يبقى ملتزماً طالما كان الإطلاع عليه بالوسيلة الإلكترونية ممكناً بفعله كما ذكرت أنه يجب أن يبين الإيجاب فضلاً عن ذلك:

[١] المراحل المختلفة التي يجب اتباعها لإبرام العقد بوسيلة إلكترونية.

[٢] الوسائل التقنية التي تسمح لمن وجه إليه الإيجاب، قبل إبرام العقد بتحديد الأخطاء المحتمل الوقوع فيها عند إدخال البيانات وتصحيحها.

[٣] اللغات المقترحة لإبرام العقد، والتي يجب أن تكون اللغة الفرنسية من بينها.

[٤] عند الاقتضاء، طرق حفظ العقد من قبل صاحب الإيجاب وشروط الإطلاع على العقد المحفوظة.

[٥] وسائل الإطلاع بالأسلوب الإلكتروني على القواعد المدنية والتجارية التي يقصد الموجب عند الاقتضاء الخضوع لها.

(٥) بينت المادة ١١٢٧ - ٢ كيف يتم هذا التعاقد علي نحو صحيح فذكرت أنه لا يكون العقد مبرماً علي نحو صحيح إلا إذا كان لدي من وجه إليه الإيجاب إمكانية التثبت من تفاصيل طلبه و ثمنه الإجمالي وتصحيح أي من الأخطاء المحتملة قبل تأكيد طلبه حتي يتم التعبير عن قبوله النهائي.

✓ كما يجب علي الموجب اخطار القابل الكترونياً باستلام الطلب الموجه إليه دون تأخير غير مبرر، ويعتبر الطلب وتأكيد القبول والأخطار بالاستلام قد تم استلامها عندما يستطيع الأطراف الذين وجهت إليهم الإطلاع عليها.

(٦) بينت المادة ١١٢٧ - ٣ الاستثناءات عما سبق ذكره من أحكام فقصت علي أن يستثنى من الالتزامات الواردة بالبنود (١) إلي (٥) عقود توريد الأموال وأداء الخدمات التي تبرم حصرياً بتبادل الرسائل الالكترونية علاوة علي ذلك يجز مخالفة الأحكام الواردة بالبنود من (١) إلي (٥) في العقود المبرمة بين المهنيين.

(٧) نصت المادة ١١٢٧ علي أنه فيما عدا الحالات المنصوص عليها في المواد ١١٢٥ و ١١٢٦ بعد تسليم محرر الكتروني متحققاً بصدور إخطار من المرسل إليه باستلامه، بعد تمكنه من العلم به، وإذا كان هناك نص يقضي بأنه يجب أن يقرأ المحرر للمرسل إليه فتسليم المحرر الإلكتروني إلي الشخص المعني يقوم مقام القراءة.

المطلب الثاني: صحة الرضى أهلية التعاقد وسلامة الإرادة مع العيوب

بالنسبة لأهلية التعاقد:

✓ إن الإنسان منذ تمام ولادته حيا يكتسب الشخصية القانونية، ويترتب علي ثبوت الشخصية القانونية تمتع الشخص بأهلية وجوب وتعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

✓ أما فيما يتعلق بمباشرة الحقوق وأداء الالتزامات، فإن هذا الأمر يتوقف علي قدرة الشخص في ممارسة شخصيته القانونية وهذه هي أهلية الأداء.

✓ وتندرج أهلية الأداء بتدرج السن فيعتبر الشخص فاقد التمييز في سن قبل السابعة، وهو بعد السابعة وقبل إدراكه سن الرشد يعتبر مميزاً، وتكون له أهلية أداء ناقصة، وأخيراً بإدراكه سن الرشد يكون كامل التمييز.

✓ لكن لا يكفي أن يبلغ الشخص سن الرشد حتى يكون كامل الأهلية، بل يتعين أن يكون قد بلغ هذه السن وهو متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه.

✓ ونخلص من كل ما تقدم أن الذي يعنينا بصدد دراسة صحة الرضى، حالات نقص الأهلية، لأن نقص الأهلية لا يعدم الرضى ولكن يجعله غير صحيح. وناقصوا الأهلية هم، الصبي المميز، والسفيه، وذو الغفلة.

✓ أما فيما يتعلق بانعدام الأهلية، كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه فإن إرادة هؤلاء لا وجود لها في نظر القانون، وبالتالي لا تتعلق بصحة الإرادة وإنما تتعلق بوجودها.

✓ ومما تجدر ملاحظته أن القاعدة أنه يجب أن يتوافر لدي المتعاقد الأهلية اللازمة للعقد المراد إبرامه. وهذه الأهلية تتوقف علي نوع هذا التصرف فيما إذا كان نافعا نفعاً محضاً، أو ضاراً ضرراً محضاً، أو دائراً بين النفع والضرر.

✓ وعلى ذلك إذا كان الشخص كامل الأهلية ثبت له قدرة مباشرة علي هذه التصرفات بأنواعها الثلاثة.

✓ وإذا كان عديم الأهلية، امتنع عليه مطلقاً مباشرة أي نوع منها.

✓ وإذا كان ناقص الأهلية، جاز له مباشرة النافع منها نفعاً محضاً وامتنع عليه مطلقاً مباشرة الضار ضرراً محضاً، وتوقفت مباشرته للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر وصحتها علي إذن أو إجازة من له الولاية.

✓ أما بالنسبة لعيوب الإرادة بالمعنى الضيق، أي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فإنها تستجيب لفلسفة عامة وهي التوازن بين حماية المتعاقد الذي تعيبت إرادته، وحماية استقرار التعامل، ولذلك يشترط فيها جميعاً أن تكون دافعة للتعاقد. كما يشترط فيها أيضاً اتصال المتعاقد الآخر بالعيوب الذي عيب الإرادة.

الفرع الأول: الغلط L'erreur

أولاً: تعريف الغلط وتحديد نطاقه: **س** أكتب في تعريف الغلط وتحديد نطاقه؟
(١) ماهية الغلط:

✓ الغلط هو وهم يقوم في الذهن فيحمل على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الحقيقة يحمل على إبرام عقد ما كان الشخص يبصره لو أدرك الحقيقة.

(٢) تحديد نطاق الغلط كعيب في الإرادة:

(أ) الغلط المانع:

✓ أي الغلط الذي يعدم الإرادة ويترتب عليه عدم وجود التراضي أصلاً، وبالتالي عدم قيام العقد.

✓ ويتحقق ذلك في ثلاث صور:

للغلط في ماهية العقد: كأن يسلم شخص آخر شيئاً على سبيل الوديعة، يعتقد الآخر أنه وهبه إياه.
للغلط في ذاتية المحل: كأن يبيع شخص أحد منزلين يملكهما ويعتقد المشتري أن البيع وارد على المنزل الآخر.
للغلط في وجود سبب الالتزام: كما إذا اتفق الورثة مع الموصى له على إعطائه مالا من أموال التركة تنفيذاً لوصية مورثهم، ثم يتضح أن الوصية باطلة.

✓ وفي كل هذه الحالات نجد أن الغلط يحول دون قيام العقد لأنه يجرد من ركن التراضي أو من ركن السبب.
✓ الغلط في نقل الإرادة: كمن يرسل إلى آخر برقية يحدد فيها الثمن الذي يريد به بيع سلعة، فيقع تحريف في البرقية يعدل الثمن، فهذا لا تكون بصدد غلط يقع حال تكوين الإرادة وإنما غلط في نقلها. وفي هذه الحالة فإن العقد لا يتم لعدم تطابق الإرادتين.

(ب) الغلط غير المؤثر:

✓ الغلط المادي أو الغلط الحسابي: الغلط في مثل هذه الحالات لا يقع حال تكوين الإرادة وإنما يقع بعد تكوينها صحيحة، ينصب فقط في عملية الحساب، وهو غلط مادي يجب تصحيحه دون أدنى تأثير على الإرادة.
✓ وعلى ذلك فإن الغلط يتحدد بالغلط الذي يعيب الإرادة وهو الغلط الذي يقع فيه العاقد حال تكوين إرادته.

ثانياً: شروط التمسك بالغلط: ما هي شروط التمسك بالغلط؟

الشرط الأول: أن يكون الغلط جوهرياً:

✓ ويقصد به أن كون الغلط قد بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

✓ فمعيار الغلط إذن معيار ذاتي يقتضي تحليل موقف المتعاقد الواقع في الغلط لتقدير أثر الغلط على موقفه. وهذا يقتضي البحث عن نية المتعاقد ولا يخفي عن أحد دقة هذا البحث وصعوبته.

✓ ولذلك نجد أن القوانين المختلفة لجأت إلى تعزيز هذا المعيار الذاتي في الغلط الجوهرية، بضوابط موضوعية على الأخص:

(١) الغلط في صفة الشيء:

✓ يكون جوهرياً إذا كانت هذه الصفة دافعة إلى التعاقد. من ذلك مثلاً، أن يشتري شخص تحفة أثرية من تاجر تحف بثمن غال، ثم تبين أنها تحفة عادية، فهذا يمكن الاستدلال على كون التحفة أثرية هي صفة جوهرية دافعة إلى التعاقد، من أن المشتري اتجه إلى تاجر آثار متخصص، ودفع ثمناً مرتفعاً لها.

(٢) الغلط في شخص المتعاقد:

✓ لا يكون جوهرياً إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة دافعة إلى التعاقد.

✓ مثال الغلط في شخص المتعاقد، كالغلط في شخص موهوب له في عقد الهبة، أو في شخص الشريك في عقد الشركة.

✓ وقد يكون الغلط في صفة جوهرية من صفات المتعاقد، كأن يؤجر شخص مسكنا لسيدة كان المؤجر يعتقد أن سلوكها لا غبار عليه، ثم اتضح أنها كانت منحرفة.

(٣) الغلط في قيمة الشيء:

✓ يكون جوهريا إذا كان قد ترتب عليه اختلال فادح، كمن يبرم عقدا بحريا ويكون حساب سعر النقل فيه على أساس حجم البضاعة أو وزنها طبقا لما يختاره صاحب السفينة. فلما اختار أن يكون حساب سعر النقل على أساس حجم البضاعة تبين لصاحبها أن هذا السعر يزيد على الحساب على أساس الوزن بثمانية أضعاف.

(٤) الغلط في الباعث على التعاقد:

✓ يكون جوهريا إذا كان هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد، كمن يشتري سيارة اعتقادا منه أن سيارته قد هلكت ولم تعد تصلح ثم يظهر له وجود فنيين مهرة يستطيعون إعادتها إلى حالتها الأولى.

الشرط الثاني: اتصال المتعاقد الآخر بالغلط:

✓ والعلّة في تقرير هذا الشرط هو تحقيق استقرار التعامل. فهذا الشرط يجنب المتعاقد الآخر المفاجأة بطلب إبطال العقد لا يعلم عن سببه شيئا، لمجرد أن المتعاقد معه قد وقع في غلط قد دفعه إلى التعاقد.

✓ ولذلك لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في الغلط أن يطلب الإبطال إذا كان قد استقل بهذا الغلط فلم يتصل به المتعاقد الآخر. ويتحقق اتصال المتعاقد الآخر بالغلط، إذا كان قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان قد علم به، أو من السهل عليه أن يتبينه:

(١) وعلى ذلك يجوز إبطال العقد للغلط الجوهرى إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، كما لو كان كل من المتعاقد يعتقد أن التحفة أثرية ثم ظهر أنها عادية.

(٢) وكذلك يجوز إبطال العقد للغلط الجوهرى إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط.

✓ وعلى ذلك فإذا طالب من وقع في الغلط بإبطال العقد، فلن يكون هناك أدنى مفاجأة للطرف الآخر، ومثال ذلك أن يشتري شخص لوحة يعتقد أنها لفنان كبير ويدفع فيها ثمنا باهظا في الوقت الذي يعلم فيه البائع بأنها ليست كذلك.

(٣) وأخيرا يجوز إبطال العقد للغلط الجوهرى إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبينه.

✓ ومثال ذلك أن يبيع تاجر آثار تحفة عادية لشخص يعلم أنه من هواة التحف الأثرية، فهذا التاجر يكون مقصرا إذا لم يعلم أن العميل يريد تحفة أثرية، وأن هذه الصفة جوهرية في نظره.

✓ الغلط في القانون:

ما المقصود بالغلط في القانون؟ ما المقصود بالغلط في القانون وهل يمكن التمسك به؟

للغلط في القانون يتمثل في تصور مخالف لحقيقة قاعدة من قواعد القانون. وهذا الغلط قد يقع أيضا على الشيء أو على الشخص.

للمثل الحالة الأولى أن يبيع الوارث نصيبه في التركة معتقدا أنه الربع في حين أن نصيبه طبقا لقواعد الميراث هو النصف.

للمثل الحالة الثانية أن يهب رجل لسيدة وهو يعتقد أنه قد تزوجها بعقد زواج صحيح ويكون الزواج باطلا قانونا.

✓ وقد يتبادر إلى الذهن أن التمسك بإبطال العقد للغلط في القانون يتعارض مع مبدأ افتراض العلم بالقانون، حيث لا يعذر أحد بجهله.

✓ في الحقيقة أنه لا يوجد تعارض حتمى. ذلك أن المقصود بمبدأ افتراض العلم بالقانون هو أن أحدا لا يستطيع أن يحتج بجهله لقاعدة قانونية معينة لكي يستبعد تطبيقها عليه. بينما التمسك بإبطال العقد للغلط في القانون لا يؤدي حتما إلى استبعاد تطبيق القاعدة القانونية، بل بالعكس يؤدي غالبا إلى المطالبة بالتطبيق الصحيح لهذه القاعدة.

✓ إن جزاء الغلط المعيب للإرادة هو جعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة العاقد الذي وقع في الغلط. والعقد يزول بأثر رجعي.

✓ على طالب الإبطال عبء إثبات الغلط الذي وقع فيه. وأن يثبت أنه كان غلطاً جوهرياً لولاه لما أبرم العقد، وأن العاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط أو كان يعلم أو في استطاعته أن يعلم ويجوز إثبات الغلط بكافة طرق الإثبات.

✓ إذا كان القانون أعطى لمن وقع في غلط أن يطلب إبطال العقد، إلا أنه ليس له أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية، وعلى ذلك يبقى المتعاقد الذي وقع في الغلط ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد. وحكمه من ذلك واضحة حيث أن مصلحة العاقد في إبطال العقد تكون قد انتفت طالما أنه سيحصل على ما كان ينبغي من تعاقده.

الفرع الثاني: التديس - الخداع

✓ والتديس هو الالتجاء إلى الحيلة والغش بقصد إيهام المتعاقد بغير الحقيقة لحمله على التعاقد. ✓ فالتديس له صلة وثيقة بالغلط، حيث إن التديس يؤدي إلى تضليل المتعاقد، يجعله يعتقد أمراً يخالف الحقيقة.

✓ ورغم هذه الصلة الوثيقة بين التديس والغلط إلا أن التديس يتميز عن الغلط من ثلاث نواح:

- (١) الغلط يختلف عن التديس من حيث المصدر، فنجد أن مصدر الغلط هو المتعاقد ذاته حيث إنه توهم أمراً على غير حقيقته. بينما نجد أن مصدر التديس هو المتعاقد الآخر أو الغير حيث يلجأ المدلس إلى الحيلة للإيقاع بضحيته فيه، وجره إلى التعاقد.
- (٢) التديس لا يعتبر عيباً للإرادة فحسب وإنما يعتبر أيضاً عملاً غير مشروع، وذلك لما يلجأ إليه المدلس من حيل تديسية أما الغلط فلا يعدو أن يكون غلطاً تلقائياً ولذلك فهو لا يكون ضاراً إلا بصاحبه، وبالتالي ليس له من أثر إلا تعيب إرادته.
- (٣) الغلط لا يعدو أن يكون عيباً في الإرادة فإن العقد يكون قابلاً للإبطال أما التديس فإنه علاوة على كونه عيباً في الإرادة فإنه يعتبر كذلك عملاً غير مشروع، ولهذا فإن الجزاء، يكون العقد قابلاً للإبطال، بالإضافة إلى تعويض المدلس عليه.

لتوافر التديس تستخدم طرق احتيالية، وأن يكون استخدامها بنية التضليل لذلك يجب أن يتوافر عنصران: مادي ومعنوي.

✓ وهو الحيل التي يلجأ إليها المدلس لإخفاء الحقيقة. ومن أمثلة ذلك ظهور شخص بمظهر الثراء على خلاف الحقيقة، أو اصطناعه مستندات أو محررات أو تقديم عقود إيجار كاذبة، أو تقديم كشوف حسابات الحيل التديسية تتجسد في مظاهر خارجية ولكن هل يكفي مجرد الكذب لتكوين الحيل التديسية؟ (أ) الأصل أن مجرد الكذب لا ينهض وحده لتوافر التديس، ما دام أنه من نوع الكذب المألوف في التعامل، كأن يبالغ في مدح بضاعته. ✓ ولكن إذا أنصب الكذب على واقعة معينة ذات اعتبار في التعاقد، فإنه يعتبر تديساً، ومثال ذلك من يعطي بيانات غير صحيحة عن مدى كفايته ومقدرته وخدماته السابقة بغية الحصول على العمل، فيحمل رب العمل على قبوله لديه، فهنا يعتبر الكذب تديساً.

(ب) وكذلك الحال في مجرد الكتمان أو السكوت، فإن الأصل هو عدم اعتباره تديساً. لكن هناك أحوالاً يعتبر فيها مجرد الصمت أو الكتمان تديساً وهو الأحوال التي يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان بحسب المألوف في التعامل، كما هو الحال في عقد التأمين، حيث يجب على المؤمن له أن يقدم للمؤمن جميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه.

✓ ففي مثل هذه الأحوال لكل من المتعاقدين أن يتوقع من الآخر أن يصارحه فإذا علم أحد العاقدين، في هذه الظروف بأمر له خطره في التعاقد وأدرك أن العاقد الآخر يجهله وأنه ما كان ليبرم العقد لو علم به فكتمه عنه، فإن هذا الكتمان يكون تديساً.

(٢) العنصر المعنوي:

✓ نية التضليل والخديعة بقصد إدراك غاية غير مشروعة، وعلى ذلك فإذا انخدع المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن يتعمد الآخر خداعه، فلا يوجد تدليس فلا يعتبر تدليسا انخداع أحد العاقدين بمظهر الثراء الذي يبدو عليه العاقد الآخر مثلا دون أن يتعمد هذا خداعه.

✓ وإذا توافرت نية الخديعة والتضليل فيجب أن تتجه النية إلى إدراك غاية غير مشروعة، أي حمل المتعاقد على إبرام عقد ضار بمصلحته.

✓ فإذا كانت الغاية مشروعة، فلا يكون هناك تدليس. مثل أن يستخدم شخص بعض الحيل لحمل المودع عنده على الاعتراف بوديعة ينكرها.

الشرط الثاني: التدليس الدافع إلى التعاقد:

✓ وهذا الشرط ليس إلا تطبيقا للمبدأ العام في عيوب الرضى وعلى ذلك لا يجوز إبطال العقد للتدليس إلا إذا كانت الحيل التدليسية التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

✓ وواضح من ذلك أن المعيار هنا شخصي، بمعنى أن تقدير ما إذا كان التدليس دافعا للمتعاقد أو غير دافع، ينظر فيه إلى شخص المتعاقد المدلس عليه فتراعى درجة ثقافته وذكائه وخبرته وسنه.

✓ ويميز بعض الفقهاء في مصر بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع.

لل والتدليس الدافع في نظرهم هو الذي يحمل الشخص على التعاقد، بحيث إنه لو كان على علم بالحقيقة لما قبل التعاقد أصلا.

لل أما التدليس غير الدافع، فهو الذي يقتصر أثره على حمل المتعاقد على ارتضاء التعاقد بشروط أشد وطأة. ومثله أن يقدم بائع العقار إلى المشتري عقود إيجار مصطنعة كي يوهمه أن ريع العقار مرتفع فيترتب على ذلك أن يدفع المشتري ثمنا أعلى.

لل والواضح من الأمثلة أن المتعاقد المشتري، كان سيبرم العقد حتى ولو لم يقع عليه أي تدليس، ولكنه كان لا يرتضي العقد إلا بشروط أقل وطأة. والنتيجة المترتبة على هذه التفرقة هو أن التدليس غير الدافع لا يعيب الإرادة وبالتالي لا يكون سببا لإبطال العقد، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يقضه المدلس عليه.

لل وينتقد فريق آخر من الفقهاء هذه التفرقة على أساس أنها تقوم على فصل مصطنع بين إرادة المتعاقد في ذاتها وبين الشروط التي تحركت الإرادة.

الشرط الثالث: اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس:

✓ المشروع يشترط أن يكون التدليس صادرا من أحد المتعاقدين أو نائب عنه لحمل الآخر على التعاقد. وحيث أن التدليس يعيب الرضى بالنظر إلى الغلط الناتج عنه، لذلك يتعين الاعتراف بالتدليس سواء صدر من المتعاقد الآخر أو نائب عنه أو صدر عن الغير، لأنه في الحالتين يعيب رضى المتعاقد المخدوع.

✓ لكن الاعتراف بالتدليس وفي جميع الأحوال يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات. ولذلك في حالة صدور التدليس من الغير، نجد أن القوانين العربية لم تجعل هذا التدليس سببا لإبطال العقد في جميع الأحوال، بل اشترطت مراعاة لاستقرار التعامل أن يكون العاقد الآخر عالما وقت إبرام العقد، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس.

ثالثا: جزاء التدليس: ما هو جزاء التدليس؟

(١) قابلية العقد للإبطال والتعويض إن كان له محل:

✓ إذا توافرت شروط التمسك بالتدليس فإن ذلك يعطي للعاقد المدلس عليه الحق في أن يطالب بإبطال العقد والتعويض أو يقتصر فقط على طلب التعويض مع الإبقاء على العقد وذلك حسب ما يراه محققا لمصلحته، وازدواجية الجزاء ترجع إلى طبيعة التدليس فهو من ناحية يعيب الإرادة نتيجة للغلط الناتج عنه، ومن ناحية أخرى فإنه يعتبر عملا غير مشروع ممن وقع منه.

(٢) عبء الإثبات:

✓ على طالب الإبطال للتدليس عبء إثبات حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه أو استطاعت علمه إذا كان واقعا من الغير فالبيينة على من ادعى. ويجوز إثبات التدليس بكافة طرق الإثبات.

(٣) لا يجوز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية:

✓ رأينا أن للمتعاقد المدلس عليه إبطال العقد والتعويض إن كان له محل، كما أن له أن يقتصر على طلب التعويض فقط مع الإبقاء على العقد فإذا اختار العاقد المدلس عليه إبطال العقد وعرض عليه المتعاقد الآخر تعديل شروط العقد على الوجه الذي يرفع الضرر، فإنه يكون في الإصرار على طلب الإبطال عندئذ ما يتعارض مع حسن النية، فلا يقضي به، ويقتصر حق العاقد المخدوع على التعويض.

الفرع الثالث: الإكراه أو الخوف

أكتب في الإكراه كعيب من عيوب الإرادة، وشروطه؟

الفارق بين الإكراه والغلط والتدليس:

✓ الإكراه وإن كان عيباً من عيوب الإرادة إلا أنه يختلف عن الغلط والتدليس. ففي حين أن الغلط والتدليس يمسان من العاقد علمه بما يرتضيه بحيث يجئ رضاه عن غير بينة.

✓ نجد أن الإكراه لا يمس من العاقد إلا الاختيار فيه، فإرضاء المكره يأتي على بينة بما يرتضيه ولكن رضاه لا يجيء عن حرية، إنما عن قسر وإجبار. والإكراه قد لا يفسد الرضى فحسب وإنما قد يعدمه.

أولاً: تعريف الإكراه وتحديد نطاقه:

✓ الإكراه ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق فيبعث في نفسه رهبة أو خوفاً يحمله على إبرام عقد لم يكن يقبله لو كانت إرادته حرة.

✓ وعلى ذلك فإذا كان الإكراه يعيب الإرادة في عنصر الحرية والاختيار، فإن هذا الإكراه قد يصل إلى حد أن يعدم الإرادة، ويترتب عليه إجبار الشخص على إبرام العقد بالقوة المادية.

✓ كما لو أمسك شخص بيد آخر وأرغمه عنوة على أن يوقع العقد. في مثل هذه الحالة تنعدم الإرادة ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. وهذا الإكراه يخرج عن نطاق دراستنا للإكراه كعيب من عيوب الإرادة.

✓ والإكراه الذي يعيب الرضى، هو الإكراه الذي يتولد عن الرهبة في نفس المتعاقد نتيجة الضغط غير المشروع عليه مما دفعه إلى التعاقد.

✓ وهذا الإكراه قد يكون حسيماً، وهو الذي يقع فعلاً على جسم المكره بالضرب، أو التعذيب، وقد يكون معنويًا، وهو الذي يكون بالتهديد بإيقاع الأذى.

ثانياً: شروط التمسك بالإكراه: ما هي شروط التمسك بالإكراه؟

الشرط الأول: التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق:

✓ جوهر الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الإرادة هو أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة والمقصود بالرهبة هو الخشية من الأذى التي تؤثر في رضاه المتعاقد، بحيث تحمله على إجراء تصرف ما كان ليرغب فيه لولاها.

شروط الرهبة: ما هي شروط الرهبة التي تؤدي إلى الإكراه؟

(١) يجب أن تكون هذه الرهبة قائمة على أساس:

✓ وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

✓ وعلى ذلك فإنه لكي تكون الرهبة قائمة على أساس، يجب أن يكون من شأن الظروف المحيطة به أن تصور له أن خطراً جسيماً يهدده، ولا يلزم أن يكون هذا الخطر موجوداً في حقيقة فقد يكون هذا الخطر وهمياً فمن يذعر مثلاً نتيجة تهديده بمسدس، فيرضخ لمشينة مهدده، ويبرم معه تصرفاً ما، خوفاً من أن يطلق عليه فيقتله يعتبر واقعا تحت سلطان الرهبة حتى لو كان المسدس خالياً في الحقيقة من الرصاص على جهل منه.

✓ ولكي يتحقق التوفيق بين مصلحة المتعاقد المكره في إبطال العقد للإكراه وبين استقرار التعامل اشترط القانون أن يكون الخطر أو الأذى الذي يتهدد به الشخص على قدر من الجسامته، بحيث يؤثر على من وقع عليه الإكراه ويجعله يتصور أنه لا قبل له بدفع هذا الخطر.

✓ ولا يشترط أن تكون الرهبة التي حملت المكره على التعاقد ناتجة عن إلحاق الأذى به هو، بل قد تتولد الرهبة الدافعة إلى التعاقد عن التهديد بإلحاق الأذى بشخص عزيز على المتعاقد.

✓ أثير التساؤل بشأن النفوذ الأدبي، وهل يكفي في اعتباره وسيلة للإكراه؟

للـ ومن أمثلة النفوذ الأدبي، تأثير الأب على ابنه أو سلطان الرئيس على مرؤوسيه أو نفوذ الاستاذ على تلميذه. للـ يسود الاتجاه على أن الأصل في النفوذ المحرر عدم كفايته لتحقيق الإكراه. لكن إذا بلغ هذا النفوذ حدا من التأثير على نفسية المتعاقد، بحيث أنه يعث الرهبة في نفسه فحملة على التعاقد واستخدام صاحب النفوذ هذه الرهبة فعندئذ يعتبر النفوذ الأدبي إكراها كافيا للمطالبة بإبطال العقد.

(٢) يجب أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق:

✓ تعتبر الرهبة بغير حق، إذا كان القانون لا يسمح للشخص أن يبعثها في نفس المتعاقد معه. فالقانون في بعض الأحيان وفي حدود معينة يجيز للشخص بأن يسلط على المتعاقد معه سيف الخوف أو الرهبة، فإن فعل ذلك بغية الوصول إلى الغرض الذي سمح القانون بالتهديد من أجله لا أكثر، ما استطاع هذا الأخير أن يدعي أنه مكرها على إجراء التصرف الذي أبرمه.

✓ مثال ذلك استعمال الوسائل والإجراءات التي يكفلها القانون، كتهديد الدائن مدينه بالالتجاء إلى إجراءات التنفيذ على أمواله أو شهر إفلاسه، فإذا قام المدين تحت تأثير هذا التهديد بالوفاء بالدين فإن هذه التصرفات صحيحة. ✓ لكن إذا أسئ استعمال الوسائل القانونية المقررة، بأن استخدمها الشخص لايتزاز ما يزيد عن حقه، فيكون التصرف قابلا للإبطال

✓ والرأي السائد في الفقه يتخذ من الغرض المراد الوصول إليه معيارا لتحديد ما إذا كانت الرهبة المتولدة عن الإكراه بحق أو بغير حق. ولذلك يفرق بين أربعة فروض:

الفرض الأول: استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع

✓ ومثال هذه الحالة تهديد الشخص بالقتل أو بإثارة فضيحة حوله، من أجل الوصول إلى حمله على إبرام تصرف لا يلتزم بأجرائه كأعطائه مبلغا من النقود لمن يهدده، والفقه مستقر على الإكراه متوافر في هذه الحالة.

الفرض الثاني: استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض مشروع، وفي هذا الفرض لا يتحقق الإكراه، كمن يهدد آخر بالحجز على أمواله بقصد حمله على الوفاء بالدين المستحق له.

الفرض الثالث: استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، وفي هذا الفرض يتحقق الإكراه.

✓ مثال ذلك إذا هدد الدائن مدينه التاجر بشهر إفلاسه بقصد الحصول على مبلغ من المال يزيد على الدين.

الفرض الرابع: استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع.

✓ ومثال ذلك تهديد امرأة لعشيقها بالتمهيد به لدي خطيبته أو زوجته إذا لم يدفع لها مبلغا من المال، تعويضا عما نالها من ضرر.

✓ فإن الإكراه لا يتوافر في هذه الحالة ولكن يشترط ألا تكون الوسيلة غير المشروعة جريمة يعاقب عليها القانون. ومن هنا لا يجوز التهديد بالقتل بقصد الحصول على حق في ذمة المكره.

الشرط الثاني: أن تكون الرهبة دافعة إلى التعاقد:

يجب أن يكون الإكراه على قدر من الجسامه بحيث تكون الرهبة الناتجة عنه هي التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد. واضح إذن أن معيار تقدير الرهبة يعتبر معيارا شخصيا أو ذاتيا، فليست العبرة بمدى تأثير الإكراه في الشخص العادي، بل العبرة بتأثيرها في نفس المكره ذاته.

الشرط الثالث: اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه:

يشترط أن يكون الإكراه متصلا بمن يتعاقد مع المكره.

ويكون الإكراه متصلا بالمتعاقد الآخر في حالتين:

للـ حالة ما إذا وقع الإكراه من نفس المتعاقد مع المكره.

للـ وحالة ما إذا صدر من شخص من الغير بشرط أن يكون المتعاقد الآخر، يعلم به أو كان مفروضا عليه حتما أن يعلم به.

✓ يلاحظ أن الإكراه يتوافر إذا هيأت الصدفة ظروفًا استطاع شخص أن يستفيد منها ويحمل الآخر على التعاقد رغما عن إرادته وهو ما يعبر عنه بحالة الضرورة.

✓ مثال ذلك أن يتعرض شخص لخطر الموت ويتقدم الآخر لإنقاذه، ويشترط أن يأخذ مبلغًا باهظًا لقاء هذا الإنقاذ. أو الطبيب الذي يستغل جسامته الإصابية في حادثة ويشترط أن يأخذ مبلغًا باهظًا لإجراء العملية الجراحية اللازمة. وفي هذين المثالين كان المتعاقد الآخر سيئ النية يعلم بحالة الضرورة فقصد استغلالها للضغط على إرادة العاقد فيتحقق الإكراه الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال.

ثالثًا: جزاء الإكراه: ما هو جزاء الإكراه؟

(١) قابلية العقد للإبطال والتعويض إن كان له محل:

✓ إذا توافرت شروط الإكراه السابقة، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحة الطرف الذي وقع ضحية الإكراه، وإذا كان الإكراه يعتبر عيبًا يشوب الرضى، فإن ذلك لا يجعلنا نغفل حقيقته من حيث إنه عملاً غير مشروع من شأنه أن يجعل مرتكبه مسئولاً مسئولية تصديرية وعلى ذلك يجوز لضحية الإكراه، إلى جانب الخيار المتاح له بين التمسك بالعقد وإبطاله، أن يطلب التعويض وذلك إذا كان لهذا التعويض محل.

(٢) عبء الإثبات:

يقع على عاتق المتعاقد المكره والذي يطالب بإبطال العقد إثبات حصول الإكراه من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به أو استطاعته العلم به إن كان واقعا من الغير. ويجوز إثبات الإكراه بكافة طرق الإثبات.

الفرع الرابع: الاستغلال

أكتب في الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، وشروطه؟

الاستغلال هو عيب من عيوب الإرادة وهو يقوم أساساً على انتهاز شخص لناحية من نواحي الضعف الإنساني التي يوجد فيها شخص آخر لكي يحصل منه على مزايا لا تتعادل البتة مع ما يعطيه في مقابلها.

✓ لكن هذا الاستغلال قد يختلط بالغبن، باعتبار أنه مجرد عدم التعادل بين ما يأخذ العاقد وبين ما يعطيه عند إبرام العقد.

✓ لكن الاستغلال أمرًا نفسيًا وإن عدم التعادل الناشئ عنه ليس إلا نتيجة استغلال الضعف النفسي لدي المتعاقد الآخر.

أولاً: تعريف الاستغلال وتحديد نطاقه:

(١) الغبن والاستغلال: ما الفرق بين الغبن والاستغلال ، موضحاً نتائج تلك التفرقة ؟

✓ يقصد بالغبن عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين وقت إبرام العقد، أي مجرد عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه بمقتضى العقد. وفي هذه الحالة لا ينظر إلا إلى الجانب المادي فقط من حيث اختلال التوازن.

✓ أما الاستغلال فإنه لا يكتفي بالوقوف عند هذا الجانب المادي فقط، ولكن ينظر فضلاً عن ذلك إلى جانب نفسي. يستغل أحد الطرفين حالة ضعف نفسي يوجد فيها المتعاقد الآخر المغبون.

✓ وعلى ذلك فالغبن في الاستغلال ليس إلا نتيجة لانتهاز الضعف النفسي لدي المتعاقد الآخر.

✓ ويترتب على التمييز بين الغبن والاستغلال عدة نتائج:

(أ) إن الاستغلال يعتبر عيباً من عيوب الإرادة، ولذلك لا يعتبر العقد قابلاً للإبطال لمجرد عدم التعادل في الالتزامات وإنما لاستغلال أحد المتعاقدين للضعف النفسي الذي يوجد فيه المتعاقد الآخر.

✓ بينما الغبن عيب مادي في العقد ذاته، إذ يقوم على مجرد عدم التعادل بين التزامات الطرفين، وذلك بصرف النظر عن الدافع الذي دفع العاقد المغبون إلى قبول العقد على الرغم مما فيه من غبن له.

(ب) أن الاستغلال باعتبار عيباً من عيوب الإرادة يعتبر أوسع نطاقاً من الغبن. فإذا كان كل استغلال يتضمن غبنًا إلا أنه ليس كل غبن ناشئ عن استغلال فإذا كان الاستغلال وسيلة تؤدي إلى الغبن إلا أن هذه الوسيلة ليست حتمية. حيث إنه من الممكن أن يترتب الغبن على معيار مادي.

(ج) الاستغلال متصور بالنسبة لكافة العقود، فيسمح بالطعن فيها بالاستغلال سواء كانت معاوضات أم تبرعات. بينما الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة، بوصف كونه اختلالاً في التعادل فلا يتصور في عقود التبرع التي يعطي فيها العاقد ولا يأخذ، وبالتالي لا مجال لاختلال التعادل الذي هو علة الغبن. أما الاستغلال فهو يتصور في نوعي العقد.

موقف التشريعات من الغبن والاستغلال:

✓ فمن التشريعات ما لا يتضمن أي نص في شأن الاستغلال، ومن التشريعات، وهو الاتجاه الغالب في التقنيات الحديثة، ما يأخذ بنظرية عامة في الاستغلال وذلك باعتباره عيباً من عيوب الإرادة، ولكن مع تفاوت في نطاق الأخذ بهذه النظرية.

(٢) تعريف الاستغلال:

✓ الاستغلال هو انتهاء أحد المتعاقدين ما لدي المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامع عند إبرام العقد وذلك للحصول منه على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب البتة مع ما يحصل عليه هذا المتعاقد.

ثانياً: عناصر الاستغلال: ما هي عناصر الاستغلال؟

(١) العنصر المادي:

اختلال التعادل بين الالتزامات اختلالاً فادحاً أو انعدام المقابل:

(أ) العنصر المادي في عقود المعاوضة: الغبن الفاحش:

الأصل أنه لا يكفي مجرد الغبن لإمكان الطعن في العقود بالاستغلال وإنما يلزم أن يكون عدم التعادل على درجة معينة من الجسامه،

✓ ولذلك يأتي التساؤل عن معيار الغبن الذي يجيز الطعن في العقد بالاستغلال؟

✓ المعيار يكمن في الاختلال الفادح والحكمة من ذلك واضحة حيث إن التعادل التام أو المساواة المطلقة ليست شرطاً لصحة العقد بل أن ضرورة استقرار التعامل تقتضي عدم الاعتداد بالغبن اليسير.

✓ ولكن كيف تقدر فداحة اختلال التعادل أو الغبن الفاحش؟

✓ في الواقع لم يحدد المشرع نسبة معينة لما يعتبر غبناً فاحشاً، بل الأمر متروك في هذا لقاضي الموضوع يقدره حسب ظروف الحال والمألوف بين الناس، ولا رقابة عليه في هذا لمحكمة النقض.

(ب) العنصر المادي في عقود التبرع: انعدام المقابل:

ويتحقق العنصر المادي أيضاً إذا كان استغلال ضعف العاقد قد دفعه إلى إبرام عقد لا مقابل فيه أصلاً، أي عقد تبرع، وتطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع أدعى وأوجب.

(٢) العنصر النفسي:

✓ استغلال ضعف نفسي لدي المتعاقد:

العنصر النفسي هو استغلال ضعف نفسي معين في المتعاقد أدى به إلى إبرام العقد. لكن ما هو المقصود بالضعف النفسي؟

✓ للإجابة نرجع إلى قوام نظام الاستغلال وأساسه، فإننا نجد أنه يقوم على أن يعتمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني ليحصل منه على غنم فادح ويحملة وبالتالي بغرم مفراط.

✓ فإذا تمسنا من منطق الأمور ذاته، وجدنا أن كل مظهر من مظاهر الضعف الإنساني، أي ما كان نوعه أو طبيعته، من شأنه أن يقيم الاستغلال.

✓ لكن نجد موقف التشريعات في هذا الصدد تتفاوت، منها ما يوسع ومنها ما يضيق وسوف نقتصر على عرض صور الضعف الإنساني التي يمكن أن تكون محلاً للاستغلال وفقاً لما هو سائد في غالبية التشريعات العربية.

(أ) صور الضعف النفسي التي يمكن أن تكون محلاً للاستغلال:

(١) الطيش البين:

هو حالة من يقدم على عمل دون مبالاة أو اكتراث بما قد ينجم عنه من نتائج. فيشمل الخفة والتسرع المؤدي إلى سوء التقدير كما يشمل الإقدام على إبرام التصرف في فترة من فترات التحمس أو الاستفزاز.

- ✓ فالطيش البين حالة مرضية تمنع الشخص من البصر بعواقب الأعمال وعلى ذلك فلا يشترط في الطيش أن يكون حالة مستمرة بل قد يظهر فقط في نواح معينة أو لفترة محددة. كما أن الطيش البين لا يقتصر على الشباب، فقد يوجد أيضا لدى الأشخاص في مراحل العمر المختلفة، حتى لدى الشيوخ.
- ✓ ومن أمثلة الطيش البين الشاب الذي يريد نقودا سريعة فيقع فريسة سهلة لمن يستغل طيشه فيشتري منه ماله بثمن بخس.

(٢) الهوى الجامح:

- هو رغبة شديدة تقوم في نفس المتعاقد، نحو شخص آخر أو شيء تجعله يفقد سلامة الحكم على هذا الشخص أو ذلك الشيء.
- ✓ ومن أمثلة الهوى الجامح، امرأة تكره زوجها كرها يؤدي بها إلى الرغبة الملحة في الانفصال عنه، فيحصل منها الزوج على مبلغ طائل من المال من مقابل طلاقها.

(ب) استغلال هذا الضعف النفسي:

- لا يكفي مجرد التحقق من قيام حالة الطيش والهوى بل يجب أن يكون المتعاقد الآخر قد استغل هذا الضعف فيه، وهذا يقتضي أن يكون المتعاقد الآخر عالما على الأقل بحالة الضعف هذه.
- ✓ وإذا تم العقد بطريق النيابة، فيكفي للطعن في العقد بالاستغلال أن يكون النائب قد استغل هوى المتعاقد الآخر أو طيشه، ويعتبر الاستغلال صادرا من المتعاقد الآخر، ولو كان التأثير على المتعاقد المستغل قد وقع من شخص أجنبي عن العقد.
- ✓ أخيرا يجب أن نلفت النظر إلى أنه بين العنصر الموضوعي والعنصر النفسي علاقة سببية، بمعنى أن استغلال أحد العاقدين للضعف النفسي لدى العاقد الآخر هو سبب اختلال التعادل.

ثالثا: جزاء الاستغلال: ما هو جزاء الاستغلال؟

(١) الجزاء: إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات الباهظة:

يتميز الاستغلال عن عيوب الرضى الأخرى بأحكام خاصة وهذا الجزاء قد يكون إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات الباهظة، وعلى ذلك يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: أن يطالب العاقد الذي وقع عليه الاستغلال بإبطال العقد:

وفي هذه الحالة القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة:

- (١) فهو إما أن يجيب المتعاقد المغبون إلى طلبه وذلك إذا وجد أن الاستغلال معيب للإرادة إلى حد أنه أفسد الرضى. على أنه إذا كان العقد معاوضة، فيجوز للمتعاقد الذي صدر منه الاستغلال أن يتوقى الحكم بإبطال العقد، إذا عرض زيادة في التزاماته هو يراها القاضي كافية لرفع الغبن.
- (٢) وقد يرى القاضي أن الرضى لم يفسد إلى هذا الحد، ووجد أن إنقاص الالتزامات الباهظة كاف لرفع الغبن الذي يقع على العاقد المغبون. وفي هذه الحالة يبقى العقد قائما وتنقصر الالتزامات الباهظة إلى الحد الذي ينتفي معه أثر الاستغلال.

الفرض الثاني: أن يطالب ابتداء المتعاقد الذي وقع عليه الاستغلال بإنقاص التزاماته بدلا من طلب الإبطال:

وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد وإلا يكون قد قضى بما لا يطلبه الخصوم وهذا ممتنع عليه. والقاضي ينقص التزام الطرف المغبون إلى الحد المعقول الذي يزيل الاختلال الفادح بين التزامات الطرفين.

(٢) سقوط دعوى الاستغلال:

- يوجب القانون أن ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. وفي هذا يختلف الاستغلال عن سائر عيوب الرضى التي تتقدم دعوى الإبطال فيها بأقل المدتين، ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه، أو خمس عشرة سنة من وقت انعقاد العقد.
- ✓ ومدة دعوى الاستغلال مدة سقوط لا مدة التقادم، فلا تقبل الوقف أو الانقطاع وذلك على عكس سائر عيوب الرضى. وهذه المدة وهي سنة واحدة، يبدأ سريانها من وقت انعقاد العقد.

متى تسقط دعوى الإستغلال، ومتى تسقط دعاوى الغلط والإكراه والتدليس؟

- ✓ يوجب القانون أن ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. وفي هذا يختلف الاستغلال عن سائر عيوب الرضى التي تتقادم دعوى الإبطال فيها بأقل المدتين، ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه، أو خمس عشرة سنة من وقت انعقاد العقد.
- ✓ ومدة دعوى الاستغلال مدة سقوط لا مدة التقادم، فلا تقبل الوقف أو الانقطاع وذلك على عكس سائر عيوب الرضى. وهذه المدة وهي سنة واحدة، يبدأ سريانها من وقت انعقاد العقد.

يوجد فارق بين التقادم والسقوط

- السقوط لا يمكن النزول عنه أما التقادم يمكن النزول عنه بعد ثبوت الحق فيه.
- السقوط يتعلق بالنظام العام يقضي به القاضي من تلقاء نفسه، أما التقادم فلا بد طلبه من صاحب المصلحة.
- التقادم يخلف التزام طبيعي وله اثر رجعي، أما السقوط فليس له اثر رجعي ولا يخلف التزام طبيعي.
- السقوط يتعلق بالنظام العام والتقادم لا يتعلق بالنظام العام.
- التقادم يرد عليها الوقف والانقطاع ، السقوط لا يرد عليه وقف أو أنقطاع.

انتهى الجزء الاول