



جامعة المنصورة

كلية الحقوق

القانون المدني

عنوان البحث

حالات المطالبة بالبطلان، (الإدعاء بالغبن) في القانون الفرنسي

دراسة مقارنة

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق

إعداد الباحث

عيد بن معاند بن عقلا الشراري

تحت اشراف

الأستاذ الدكتور / حسام الدين محمود حسن

أستاذ مساعد ورئيس قسم القانون المدني

كلية الحقوق جامعة المنصورة

٢٠٢٤

حالات المطالبة بالبطلان، (الإدعاء بالغبن) في القانون الفرنسي

دراسة مقارنة

مقدمة

أولاً:- موضوع البحث:-

للعقد أهمية كبرى منذ وجود الإنسان في المجتمع وبدء التعامل مع غيره ، فهو يعد هيكلاً للعلاقات بين الأفراد التي يقوم بتنظيمها، والوسيلة الفضلى لتأمين الحاجات.

وقد تعددت تعريفات العقد بحسب القوانين، فالقانون المدني الفرنسي أي قانون نابليون^(١) عرفه بأنه اتفاقية يلتزم بموجبها شخص أو عدة أشخاص بأداء أو قيام بعمل أو امتناع عن عمل تجاه شخص أو عدة أشخاص^(٢).

ثم جاء تعديل هذا القانون سنة ٢٠١٦ وقام بتعديل تعريف العقد فقد اعتبره توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء، تعديل، إحالة، أو إنهاء موجبات^(٣).

أما قانون الموجبات والعقود فقد عرف في المادة ١٦٥ أن "الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً". ونظراً لأهمية العقد، فقد كان هذا الأخير موضعاً للدراسة. فمنذ نشوء هذا الأخير في القانون الروماني، وقد حظى بعناية خاصة.

(١) يعد قانون نابليون أول قانون مدني صادر في فرنسا، وقد صدر في ٢١ آذار ١٨٠٤.

(2) Art.1101: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

(3) Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné : ١١٠١ Art. .à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations

حيث في تلك الحقبة، كان للشكل^(٤) أثر أساسي في إنشاء العقد، فالقاعدة كانت أن "الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقاً ولا يولد دعوى"^(٥) فيعتبر صحيحاً بمجرد استيفائه للشكليات وعدم مراعاته لها يؤدي إلى بطلان العقد. ولم يكن للإرادة أهمية في تلك الآونة، فمبدأ سلطان الإرادة لم يكن متوافقاً عليه في تلك الحقبة.

وقد ظهرت العقود الرضائية بشكل خجول في أواخر القانون الروماني، إلا أنه حافظ على أهمية العقد الشكلي^(٦).

ومع بدء اتساع دائرة التعامل وانفتاح الأسواق على بعضه البعض، بدأت الإرادة تلعب دوراً مهماً في العقد. فقام مبدأ سلطان الإرادة ووصل إلى ذروة مجده ما بين القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر وذلك بعد نجاح الثورة الفرنسية حيث نادى أنصار المذهب الفردي^(٧) بتقديس حرية الفرد وتحريره من تعسف الحاكم. ويرتكز هذا المبدأ على قاعدتين هما الحرية والمساواة.

وقد ورد على لسان الفقيه Loyzel أن تربط الثيران من قرونها، والناس بأقوالهم. ومجرد الوعد أو الاتفاق يعادل العقود اللفظية في القانون الروماني^(٨). فمن هذا القول، تظهر لنا أهمية

(٤) د/محمد علي عبده، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت - لبنان، ص ١٣١.

(٥) د/حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، جامعة أبو بكر بلقايد، ٢٠١٣/٢٠١٢، ص ١١.

(٦) د/سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانونين اللبناني والفرنسي والمقارن، دار الفكر اللبناني، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص ٩٤.

(٧) د/ماجد حسين، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة، والقيود الواردة عليه، مقالة منشورة بتاريخ ٢٠١٧/٢/٦ على الموقع التالي:

المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة، والقيود الواردة عليه بقلم: ماجد حسين). (alwatanvoice.com) تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/٢/٥.

(٨) "On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain."

إرادة الأطراف في تحديد مضمون العقد وإلزامية تنفيذ ما جاء في هذا المضمون، فحتى الوعد أو الاتفاق غير المكتوب ينتج آثار العقود اللفظية في القانون الروماني.

والعقود الرضائية هي التي تبرم بمجرد التقاء إرادتي الأطراف، بإرادة الأطراف تكون متجهة إلى إبرام العقد، والإرادة المعنية هنا هي الإرادة الحرة الحقيقية وليس بالضرورة أن تكون تلك المعبر عنها في العقد. فيمكن أن يكون المتعاقد مكرها على إبرام التعاقد، أو حتى لا يمكن لفاقد الأهلية أن يتعاقد.

وبعد إبرام العقد، يتم تفعيل القوة الملزمة للعقد، فيصبح بمثابة دستور لا يمكن للأطراف تعديله أو الخروج عنه إلا باتفاقهما أو في الحالات التي ينص عليها القانون.

كذلك، لا يمكن للغير من حيث الأصل التدخل في بنود العقد، فهو من حيث المبدأ ليس طرفا فيه. إلا أن هذه الأهمية الرضائية لا تنفي أو تلغي أهمية الشكل في بعض العقود بصورة استثنائية.

وعلى الرغم من قدسية سلطان الإرادة منذ ظهوره، إذ أنه يعد المبدأ الأسمى القائم عليه العقد، إلا أنه مع توسع العلاقات ما بين الأفراد وازديادها، ظهرت حالات أدت إلى انتهاك مصلحة طرف لحساب طرف آخر، فقام المشرع بوضع تلطيفات تحد من مبدأي سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين.

فقد رأى الفقهاء الفرنسيين ضرورة ابتكار مفهوم جديد للقوة الملزمة للعقد^(٩) يستوعب من خلاله العلاقات بين الأفراد مع المحافظة على تحقيق العدالة العقدية. والعدالة العقدية هي أثر أساسي ناتج عن مبدأ سلطان الإرادة، وهي تعني المساواة بين الموجبات المتبادلة والمنفعة المشتركة.

(٩) د/علاء حسين علي، الانفرادية في سياق اللتزامات التعاقدية، دراسة في دور الإرادة المنفردة في النطاق العقدي، كلية القانون جامعة الأنبار، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٣١.

ولكن لا يمكن أن تقوم المساواة دون توفر الحرية، بحسب مقولة Jacques-Jean^(١٠) Rousseau "لا عدالة بلا مساواة، ولا مساواة بلا حرية. يتبين من هذه المقولة أن لقيام الحرية يجب توافر العدالة والمساواة. فالحرية العقدية يجب أن تقوم لقيام عقد صحيح، ومع التقدم والتطور الذي تعيشه البشرية، نلاحظ تغلب طرف على طرف آخر، ولذلك من الضروري تدخل المشرع للحد من هذه الحرية بما يتوافق مع العدالة العقدية. ففي وضع سابق، أدخلت تلتطيفات جديدة تسمح من خلالها للقاضي التدخل في بنود العقد عبر تعديل البند الجزائي بموجب قانون ٩ تموز ١٩٧٥ بعد أن كان القانون المدني رافضا لهذا التدخل. كذلك سمح القانون الفرنسي منح القاضي مهلة للمدين حسن النية إذا امتنع عن إيفاء ما يتوجب عليه خلال المهلة.

ونلاحظ أن تلك التلطيفات السابقة كانت محدودة جدا بحيث أنها لا تحمي بشكل كاف أطراف العقد.

وعند احتفال الفرنسيين بمرور مائتي عام على قيام قانونهم المدني الفرنسي ١٨٠٤ في باريس بتاريخ ١١ آذار ٢٠٠٤، دعا الرئيس الفرنسي Jacques Chirac إلى السعي لتعديل القانون المدني ذلك لتماشيه مع القوانين الأوروبية، والسعي لتحقيق العدالة العقدية وحماية مصالح الأطراف.

وبعد هذه الدعوة، بدأ الخبراء القانونيين رحلتهم لوضع مشاريع لتعديل القانون المدني الفرنسي، فقام مشروع كاتالا Projet Catala Avant سنة ٢٠٠٥^(١١) لتعديل قانون الموجبات

(10) François armanet, "pas de liberté sans égalité": JeanJacques Rousseau par Paul Audi. <https://bibliobs.nouvelobs.com/idees/20170720.OBS2351/pasdelibertesansegalite-jeanjacquesrousseauparpaulaudi.html> (Date de visite: 10/4/2021).

(11) Avantprojet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, P. Catala (dir.), remis au Garde des Sceaux en 2005 et consultable sur le site du Ministère de la Justice:

والتقادم، مشروع Terre ويقسم إلى ثلاثة أجزاء^(١٢): فهناك مشروع قام سنة ٢٠٠٩ لتعديل قانون العقود، فأخر وضع سنة ٢٠١١ لتعديل المسؤولية المدنية، والعمل الأخير قام سنة ٢٠١٣ لتعديل النظام العام للموجبات.

ومشروع Chancellerie^(١٣) أي ما يعرف بمشروع وزارة العدل سنة ٢٠٠٨ وضع لتعديل قانون العقود، أما تعديل سنة ٢٠١١ قام لتعديل النظام العام وإثبات الموجبات.

ثم جاء التعديل المنتظر بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١٦ بموجب مرسوم رقم ١٣١-٢٠١٦ واعتبر أن التعديل يسري منذ الأول من أكتوبر من العام عينه^(١٤). ويسري هذا التعديل على العقود المبرمة في الأول من أكتوبر من العام ٢٠١٦، إلا أن العقود المبرمة قبل ذلك تبقى خاضعة لقانون نابليون^(١٥). وقد قام هذا التعديل بوضع إصلاحات جوهرية أدرجت من خلالها مجموعة من المبادئ المعتمدة في القوانين الأجنبية.

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf[consulté le 14/06/2016]. (Date de visite: 5/6/2020).

⁽¹²⁾Le projet est découpé en trois ouvrages: Pour une réforme du droit des contrats, F. Terré Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, F. Terré (dir.), ; ٢٠٠٩ (dir.), Dalloz, rré (dir.), Dalloz, Pour une réforme du régime général des obligations, F. Te ; ٢٠١١ Dalloz, . ٢٠١٣

⁽¹³⁾ 2008 pour le droit des contrats, 2011 pour le régime général et la preuve des obligations <http://www.textes.justice.gouv.fr/projetsdereformes10179/reformeduregimesdesobligationsetdesquasicontrats22199.html> [consulté le 14/06/2016], (Date de visite: 6/6./2020).

⁽¹⁴⁾Nathalia KouchnirCargill, Les points clés de la réforme du droit des contrats, Grall & Associés, avril ٢٠١٦.

pointscleresformedroitdes contrats/#. °<https://www.gralllegal.fr/fr/flashconcurrencen> (Date de visite: ٢٠٢٠/٦/٦) YFbbrdGxWfl.

⁽¹⁵⁾Marc Pierre Stehlin, Reform of the French Civil Code and the New French Contract

ثانياً:- إشكالية الدراسة:

ومن هنا نطرح الإشكالية الرئيسية في هذا الموضوع: ما هي حالات المطالبة بالبطلان، الدعاء بالغبن في القانون الفرنسي.

ويتفرع من هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- ١- ما هو نطاق تطبيق الحق بالمطالبة بالبطلان.
- ٢- هل أن مضمون العقد هو كمنظيره المعتمد في مبادئ Unidrot والقانون الأوروبي للعقود؟
- ٣- هل أن مضمون العقد هو كالمضمون المعتمد في النظام الإنكليزي يتم البدء بتحديد منه لحظة المفاوضات حتى إبرام العقد.
- ٣- هل أن المضمون بعد إبرامه يصبح ملزماً للأطراف ولا مجال للتعديل في محتواه؟

ثالثاً: منهج الدراسة:

وللإجابة عن الإشكاليات المطروحة سابقاً اعتمدنا في الدراسة المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية الفرنسية المتعلقة بالموضوع، ومقاربتها مع القوانين الموحدة الأوروبية مع التطرق إلى المبادئ التي أعدت في مشاريع القوانين السابقة للتعديل دون اغفال لقاء الضوء والمقارنة مع النظام المدني في المملكة العربية السعودية.

رابعاً:- أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذا الموضوع بتناوله تعديلات القانون المدني الفرنسي النظرية والعملية، حيث سنسلط الضوء على مضمون العقد الذي يعد ركناً من أركان العقد ودراسته من كافة مراحل وكيفية تناسبه مع مبدأ سلطان الإرادة الذي كان يعد المبدأ الأسمى. ومن الناحية العملية

Law: What Are the Main Impacts on French M&A and Private Equity Practices?, Stehlim & Associés, October 2016.
reformatof /٨٨٢١٣٢dcommerciallaw/https://www.mondaq.com/france/contractsan
thefrenchcivilcodeandthenewfrenchcontractlawwhatarethethemainimpactson
٢٠٢٠/٦/frenchmaandprivateequitypractices. (Date de visite: ٢٠٢٠/٦/٦)

تبرز أهمية هذا الموضوع في عرض جوانب تطل واقع الحال التي نعيشه وتأثيره على تنفيذ العقود المبرمة.

إن دراستنا تطل تعديلات القانون المدني الفرنسي، لم نعتد فيها على المنهج المقارن، إنما في نقاط معينة نستعرض ما يعتمده قانون الموجبات والعقود للتمييز ما بين اتجاهات القانون المدني الفرنسي الجديد واتجاهنا نحن في نظامنا السعودي.

فكما هو معلوم، تأثر هذا القانون بشكل كبير بقانون نابليون الفرنسي سنة ١٨٠٤، فما كان معتمدا في القانون الفرنسي ١٨٠٤ هو معتمد الآن في قانون الموجبات والعقود، وما هو معتمد الآن في القانون الفرنسي يمكن أن يكون معتمدا في المستقبل في قانون الموجبات والعقود.

خامسا:- خطة البحث:-

سوف نعرض بحثنا من خلال المباحث التالية :-

المبحث الأول : الغبن في القانون الفرنسي

المبحث الثاني: صحة التراضي في العقد الكتروني وخلو الإرادة من العيوب.

المبحث الأول

الغبن في القانون الفرنسي

يحكم العلاقات التعاقدية في القانون الفرنسي مبدأ أساسي هو مبدأ سلطان الإرادة، والذي بموجبه يستطيع المتعاقدان اختيار مضمون عقدهما أو اتفاقهما، ومن ثم فهما يلتزمان بهذا الاختيار شرط عدم تعارضه مع النظام العام.

والغبين الذي يعرف بأنه التفاوت بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه ^(١٦)، يصطدم مباشرة بمبدأ سلطان الإرادة بحيث يمكن أن يؤثر في عقد لا يوجد فيه انعدام للرضا أو عيب من عيوبه (تدليس، إكراه، غلط)، فيكفي أن يكون هناك عدم تناسب بين الالتزامات التعاقدية لكلا المتعاقدين كي يكون العقد قابلاً للإبطال، لذلك فإن مخالفة نظرية الغبن للروح العامة التي تسود القانون الفرنسي وخاصة مبدأ سلطان الإرادة، يفسر التشكك الكبير للمشرع الفرنسي تجاه الغبن عبر قانون نابليون لعام ١٨٠٤ والذي استمر في القانون المدني الفرنسي الحالي من خلال المادة ١١١٨ والتي تنص على أن الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في عقود معينة وتجاه أشخاص معينين، وعلى ذلك فإنه لا يمكن دراسة الغبن ضمن إطار نظرية جامعة موحدة، فمن جهة هناك مجموعة من النصوص التي تقبل بالغبن، ولكن ضمن شروط معينة: على سبيل المثال في بيع العقار يجب أن تكون نسبة الغبن ١٢/٧ من قيمة العقار ^(١٧)، وفي القسمة يجب أن تكون هذه النسبة بمقدار الربع ^(١٨)، وبذلك يكون نطاق تطبيق الغبن قد ضيق إلى حد كبير.

هذا المفهوم المادي للغبن قد كرسته محكمة النقض الفرنسية في قرار شهير لها عام ١٩٣٢ ^(١٩)، وكذلك في قرار آخر عام ١٩٣٣ ^(٢٠)، وذلك في معرض المادة ١٦٧٤ من القانون المدني الفرنسي ^(٢١).

^{١٦} - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ، ص ٤٤٦.

^{١٧} - المادة ١٦٧٤، من القانون المدني الفرنسي.

^{١٨} - المادة ٨٨٧، من القانون المدني الفرنسي.

^{١٩} - قرار محكمة النقض في ١٩٣٢/١٢/٢٨.

Req. 28 Décembre 1932، D.P. 1933. 1. 87، rapport Dumas.

^{٢٠} - قرار محكمة النقض.

Req. 21 mars 1933، D.H. 1933، P 235.

في هذا القرار قررت محكمة النقض أن الغبن كان هو السبب الوحيد لإبطال العقد.

^{٢١} - Req. 21-3-1933، Société économique de Rennes - Pailleret، D. H. 33، P 235.

لم يتطلب هذا القرار أي شرط آخر سوى الغبن من الناحية المادية أو المالية الذي نصت عليه المادة ١٦٧٤، بدون اشتراط أن يكون هناك عيب من عيوب الرضا كالإكراه والتدليس.

فإذا عرفنا عوارض الأهلية بأنها القيود المفروضة بشكل عام على حرية الشخص في التصرف^(٢٢)، فإن هذا التعريف لا يشمل الحماية القضائية ومن ثم يمكن أن نوسع من نطاق تعريف عوارض الأهلية بأنها مجموعة القواعد التي تنظم نتائج تقييد الإرادة الفردية، ولنلاحظ هنا أنه قد استخدم مصطلح الإرادة الفردية وليس الأهلية القانونية، وهذا يتناسب مع طبيعة نظام الحماية القضائية لأن آلية عمله لا تنقص من الأهلية القانونية وعليه وبغرض إدراج الحماية القضائية والغبن البسيط تحت عنوان واحد وهو "عوارض الأهلية"، فإن تعريفًا واسعًا يبدو ضروريًا في هذا النطاق.

خلاصة القول فإن نظام الحماية القضائية هو نظام يتعلق بالأهلية مع بعض التعديلات: أي أن الراشد في ظل هذا النظام لديه الأهلية القانونية، ولكن ليس لديه الأهلية أن يكون طرفًا مغبونًا في العقد.

وسوف نقتصر في بحثنا، على مقارنة أحكام الغبن الواردة في المادة ١٣٨ الفقرة ٢ من القانون الألماني، والغبن البسيط الذي تناولته أحكام المادة ٢/٤٩١ من القانون الفرنسي[>] في الواقع إن إمكانية التشابه بين ما ورد في كلا القانونين قد انقسم بصده الفقه:

فقد رأى كل من الأستاذين "البسوني" و "ريج" أن آلية العمل في كلا القانونين بما يخص مسألة الغبن واحدة، وبالمقابل فإن الأستاذ "فيتز"^(٢٣) قد فضل استخدام مصطلح آخر في القانون الألماني وهو الربا الفاحش (wucher) أو (usure)، ويرى الأستاذ فيتز أن الغبن هو الجزاء على العقد الذي يوجد فيه تفاوت في التزامات طرفي العقد وهو عنصر موضوعي، فضلًا عن عنصر ذاتي يجب توافره وهذا ما يميزه عن الغبن في القانون الفرنسي، أما الأستاذ ريج فقد عرف الغبن بأنه عدم التعادل بين محل الالتزام لكل من الطرفين.

²² - Atias, droit civil I, les personnes , 5^eédition n, 1 987, P 126.

²³ -Witz (C), Droit privé allemand, tome 1' Acte juridique, droit subjectif, Litec, paris, 1992.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١٣٨ / ٢ من القانون المدني الألماني لا تقتصر على كونها جزاء على النسبة الفاحشة للفائدة في عقد القرض أو ما شابهه، فالمشرع الألماني لم يقصد بمصطلح (wucher) الربا الفاحش الناتج عن المبالغة في سعر الفائدة المرتفع وإنما أيضا الغبن الفاحش^(٢٤)، ولذلك فإن هذا المصطلح يستخدم بشكل أوسع مما يستخدم فيه مصطلح (usure) في القانون الفرنسي^(٢٥).

هذا الجدل الفقهي لا يمكن إثارته بالنسبة للغبن المجرد في القانون الفرنسي والذي يتطلب أيضا عنصرا ذاتيا كما هو الحال في المادة ١٣٨ / ٢ من القانون المدني الألماني.

وإذا كانت النظرية العامة للغبن في القانون الفرنسي مختلفة بشكل لا يمكن إنكاره عن الغبن في القانون الألماني، فإنه يمكن المحاولة في التقريب بينهما وذلك عند وضع كل منهما موضع التطبيق نظرا لأن كلا القانونين يتبنى المعيار الذاتي الذي يأخذ بالحسبان موقف المتعاقدين وخاصة الطرف المغبون، ودون تجاهل المعيار الموضوعي الخاضع لتقدير القاضي، وقبل أي دراسة لتطبيق الغبن، فإنه يجدر بنا البحث في موضع نظرية الغبن في كلا القانونين والهدف منها، وهذا ما سيكون موضوع المبحث الأول من هذه الدراسة حيث سنرى أنه بالنسبة لمسألة حماية الراشد الذي يعاني من ضعف مؤقت فإن كلا من القانونين يلجآن إلى وسائل مختلفة، فالقانون الفرنسي يلجأ إلى مفهوم الغبن البسيط أو المجرد والذي يهدف إلى حماية الطرف الضعيف، في حين يستخدم القانون الألماني في المادة ١٣٨ / ٢، الغبن كاتفاق مخالف للأداب العامة، أو أنه قد يستخدم النصوص الخاصة بعوارض الأهلية، وفي المبحث الثاني سوف نرى أن كلا القانونين يقتربان من بعضهما إلى حد كبير عندما توضع النصوص الخاصة بالغبن موضع التطبيق.

^{٢٤} - القانون المدني الألماني، طبعة بيدون، ١٩١٠، المادة ١٣٨.

^{٢٥} - Flume, AT II, p. 370 Mayer-moli, Munchenar Kommentar, p. 1047.

المطلب الأول

الغاية من تقنين الغبن في القانون الفرنسي

إن الهدف من تقنين الغبن في القانون المدني الفرنسي كان مدار بحوث فقهية غزيرة، ويتجلى ذلك الهدف في حماية المتعاقدين من التفاوت في الالتزامات بين طرفي العقد أما الفقهاء الألمان فقد فضلوا إلحاق الغبن الفاحش المنصوص عليه في المادة ١٣٨ / ٢ بالاتفاقات المخالفة للأداب العامة، ولكن ما مكان الغبن وهدفه في كل نظام قانوني؟ هذا ما سنبحثه في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: الغبن البسيط وحماية المصالح المالية لبعض الأشخاص:

هذه المسألة يمكن أن ترتبط بغاية أخلاقية للعقود والمعاملات والمبنية على فكرة العدالة التي تعد نتيجة للثقة المتبادلة بين الأطراف، وهي شرط ضروري لكل ما ينتج عن العقد (٢٦).

على أن آلية الغبن البسيط تشكل إلى حد ما حماية أحادية الجانب للمصالح الاقتصادية للشخص تحت الحماية، في حين أن حماية مؤسسة العقد تبقى في هذا النطاق ثانوية إلى حد كبير فضلاً عن ذلك فإن الحق في رفع دعوى الغبن يقتصر فقط على الراشد تحت الحماية القضائية ونائبه الشرعي، فليس المتعاقد الآخر سوى طرف سلبي في الدعوى، ومن ثم فإن المقصود بإعطاء هذا الحق ليس هو الجانب الأخلاقي للعقد، وقد سلط القرار الشهير (Rovel) الضوء على مفهوم الغبن الذي يقول: إن القانون يحرص على حماية مصلحة القاصر بأن لا يتعرض للغبن في تعاقداته، لذلك يمكن القول بأن القاصر يتمتع بالأهلية القانونية، ولكن ليس بأهلية أن يكون مغبوناً، وهذا ينطبق أيضاً على الشخص الراشد تحت الحماية القضائية والتي يعبر عنها تيريه بقوله: إن الراشد في ظل الحماية القضائية ليس أهلاً لأن يكون طرفاً مغبوناً في التصرفات التي يجريها (٢٧).

²⁶ -Marc (F), la confiance dans le contrat, Mémoire, Rennes, 1994.

²⁷ -Weill (Q), et Terré (F), Droit civil, Les personnes, les incapacités, 5^e édition, Dalloz 1993. p. 912.

من جانب آخر يمكن أن يكون الشخص سيئ النية تحت الحماية في حين يكون المتعاقد الآخر هو الطرف المغبون، فإذا باع الراشد تحت الحماية القضائية شيئاً بسعر زهيد فإنه يستطيع إبطال العقد، في حين ليس للطرف الآخر أن يمنع هذا الإبطال من خلال تكملة الثمن، فعليه فإن الشخص تحت الحماية هو الذي يملك الخيار بإبطال العقد أو تكملة الثمن.

وكذلك إذا باع الشخص تحت الحماية شيئاً بسعر مرتفع فإن المتعاقد الآخر لا يمكنه إثارة مسألة الغبن التي يستأثر بها الشخص المحمي، أخيراً إذا اشترى الشخص تحت الحماية بسعر منخفض جداً فإن الطرف الآخر وهو البائع لا يمكن أن يثير سوى الغبن التقليدي الذي يصعب أن يلاقي نجاحاً، لذلك فإن القول: إن لهذه الحماية -التي لا توجد إلا في حالة معينة (والتي لا تؤثر في الأهلية القانونية) غاية أخلاقية شيء مبالغ فيه.

لابد أيضاً من الإشارة إلى أن المؤيد للمادة ٤٩١ / ٢ من القانون الفرنسي مرتبط بغايتها وهو حماية مصلحة الشخص ومن ثم يكون التصرف قابلاً للإبطال، وبالمقابل فإن المؤيد في القانون الألماني هو البطلان المطلق لأن الغاية هنا هي حماية النظام العام ومؤسسة العقد، ونتساءل هنا هل يمكن للشخص تحت الحماية القضائية إثارة الشرط التعسفي الذي يثار عادة في عقود الإذعان؟ في الواقع يمكن إثارة الشرط التعسفي في عقد الإذعان إذا كان التفاوت بين التزامات الطرفين كبيراً جداً، في حين يكون عدم التعادل البسيط بين الطرفين كافياً لإقامة دعوى الغبن، فالفرق بين الدعويين يكمن في درجة التفاوت بين التزامات الطرفين، ومن الناحية العملية لا يمكن للشخص تحت الحماية أن يثير الشرط التعسفي في عقد الإذعان نظراً للطبيعة الخاصة لهذا العقد، فهو اتفاق يتمتع فيه أحد الطرفين بميزات في حين يتحمل الآخر بالتزامات والمخاطر، وهذا يدفعنا إلى التساؤل هل الحماية الممنوحة للراشد لا تشكل نوعاً من عقود الإذعان؟ بطبيعة الحال إن للشخص تحت الحماية الخيار بين إبطال العقد أو إلزام المتعاقد الآخر (مع الأخذ بالحسبان أن يوافق القاضي على ذلك والذي يأخذ بالحسبان حسن النية للطرف الآخر).

وإذا كانت تستخدم في بعض الأحوال صفة تعسفي في معرض الحديث عن الشروط التعاقدية، فإن وجود حكم قضائي يستند إلى نصوص قانونية تهدف إلى حماية طرف من الأطراف، يعني أن المؤيد يستند هنا إلى القانون وليس إلى الاتفاق، وإذا كنا نستطيع الكلام عن حماية أحادية الجانب فإننا لا يمكن أن نستخدم صفة تعسفي في هذه الحالة.

مسألة أخرى يمكن إثارتها في هذا المقام وهي تبرير أن الغبن البسيط في القانون الفرنسي هي حماية شخص راشد في حالة ضعف، فكيف يمكن مخالفة مبدأ القوة الإلزامية للعقد من أجل مصلحة خاصة لأحد المتعاقدين، هذا التساؤل يمكن إثارته في القانون الألماني، وسوف نرى أن الجواب سيكون مختلفا عن القانون الفرنسي، وذلك عبر استخدام مفهوم الآداب العامة وكذلك فكرة حماية مؤسسة العقد.

• الغبن وعيوب الرضا:

يأخذ القانون الفرنسي بالنسبة للغبن بالمعيار المادي، لذلك من الصعب إدراجه تحت عنوان عيوب الرضا وهذا ما نلاحظه من الناحية العملية، إذ إننا لا نجد أي إشارة إلى عيوب الرضا في قضايا الغبن، فالشخص تحت الحماية ليس بحاجة إلى إثبات عيب في الرضا وقت انعقاد العقد كما هو مقرر في القواعد العامة، لذلك كان من المحتم اتخاذ تبرير آخر مرتبط بشكل وثيق بالغاية من الغبن البسيط انطلاقا من حقيقة أن الحماية تمنح لطرف واحد فقط، هذه الحماية فسرت ضمن إطار أوسع وهو عوارض الأهلية، وإن كان من الصعوبة بمكان الحديث عن عارض من عوارض الأهلية بالنسبة لشخص راشد تحت الحماية القضائية، ولكن هذا لا يسمح في كل الأحوال بإبطال العقد دون التعرض لمبدأ القوة الإلزامية التي يتمتع بها تجاه أطرافه.

فالاستناد هنا إلى مسألة الرضا هي غير مباشرة، والنصوص المتعلقة بعوارض الأهلية تهدف إلى حماية شخص لا يتمتع بالإدراك اللازم لإبرام التصرفات القانونية، في هذا السياق فإن الغبن البسيط في القانون الفرنسي يعد نظرية أصيلة إذ يهدف إلى حماية المصالح الاقتصادية لشخص يفترض عدم وجود الرضا لديه ولكن دون اللجوء إلى نظرية عيوب

الرضا بل باستخدام النصوص المتعلقة بعوارض الأهلية، في حين أن هذا الشخص المحمي يتمتع بكامل الأهلية القانونية، إن الغاية من الغبن البسيط قريبة إذا من الغبن التقليدي وهي حماية المصالح الاقتصادية لطرف من الأطراف، وإن كان كل واحد منها يستند إلى تبريرات قانونية مختلفة، وهي تتميز كما سنرى عن غاية تقنين الغبن في القانون الألماني.

ثانيا: حماية مؤسسة العقد (الغاية من تقنين الغبن في القانون الألماني)

بالنسبة للفقهاء الألماني المعاصر فإن المادة ١٣٨ / ٢ التي يمكن أن تقارن مع الغبن البسيط في القانون الفرنسي، تهدف إلى حماية العقد، وقد اعتبر هذا الفقه أن العقد يعد ثمرة لعلاقة مبنية على الثقة، فالمتعاقدان يبرمان العقد لأن كل واحد منهما يملك مشاعر الثقة تجاه الآخر، وكتابة العقد ليست سوى المرحلة الأخيرة من العملية التعاقدية وهي الشكل المادي الذي تظهر به هذه الثقة، تفرض المادة ١٣٨ / ٢ البطلان كجزاء لكل تصرف صادر من شخص يستغل حالة الإكراه أو عدم الخبرة أو عدم تقدير العواقب، أو قلة التبصر لشخص من الأشخاص لإبرام عقد لصالحه بحيث يكون التفاوت بين التزامات الطرفين واضحا للعيان، إن للغبن في القانون الألماني خاصة أخلاقية تهدف إلى حماية العقد، والتي تبرز عند تطبيقها، وهي المصلحة العامة التي يهدف المشرع إلى حمايتها، وليست المصلحة الخاصة للمتعاقدين، إن كلا الطرفين يستطيعان إثارة البطلان لأن النص لا يهدف إلى حماية طرف دون آخر، ولكنه يهدف إلى منع كل اتفاق يخالف الآداب العامة، أو مما يسميه بعضهم الأخلاق والمبادئ الأساسية للقانون، فالفقيه "ساك" يعرف الآداب العامة بأنها الشعور الملئم الذي يعتقد الأشخاص أنه صائب وعادل^(٢٨)، ويشير الأستاذ فيتز إلى أن الآداب العامة تتضمن أيضا المبادئ القانونية الأساسية، وكمثال عليها تلك التي يحتويها القانون الأساسي في ألمانيا^(٢٩).

²⁸ -Sack , Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Morale als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten , NJW 85. p. 761.

²⁹ -Claude Witz, Droit privé allemand, p. 270.

باستثناء عقود الغرر فإن الغبن يمكن أن يمس كل التصرفات القانونية (عقد البيع - عقد العمل - عقد القرض والإيجار) ^(٣٠) لأن الهدف الأخلاقي لا يقتصر فقط على بعض التصرفات دون الأخرى، ولا يكون الغبن في القانون الألماني إلا في العقود الملزمة للجانبين، فالتصرفات الملزمة لجانب واحد مثل الهبات لا يمكن أن يتصور فيها الغبن، لأن جوهر الغبن هو عدم التوازن بين الالتزامات المتقابلة، وهذا ما نجده في القانون الفرنسي أيضا، ويثور التساؤل هل كان بالإمكان استبعاد تطبيق الغبن عبر هبتين متبادلتين في الوقت نفسه؟ الجواب عن ذلك بأن حالة الغش يمكن توافرها في هذه الحالة، ومن ثم يمكن اعتبار هاتين الهبتين بمنزلة التزامات متبادلة، أي أنها تدخل ضمن نطاق الفقرة الثانية من المادة ١٣٨.

إن النص الذي يتناول الغبن في القانون المدني الألماني يعد نصا عاما لا يقتصر على موضوع محدد أو فئات معينة من الأشخاص (كما هو الحال في المادة ١١١٨ من القانون المدني الفرنسي)، أو أن يقتصر على أشخاص ناقصي الأهلية (مثل الغبن البسيط في حالة القاصر في القانون الفرنسي)، أو على أشخاص أهليتهم كاملة ولكنهم يتمتعون بحماية قضائية مسبقة (كما هو الحال بالنسبة للغبن البسيط في إطار الحماية القضائية في القانون الفرنسي).

نقطة مهمة لا بد من الإشارة إليها هي أن مكان نظرية الغبن في القانون الألماني، والتي أشار إليها المشرع في الفقرة الثانية بعد الفقرة الأولى من المادة 138 والتي تحدثت عن الاتفاقات المخالفة للأداب العامة، لم تجعل القضاء الألماني يعتمد عليها في إبطال التصرفات المشوبة بالغبن، بل فضل هذا القضاء استخدام القاعدة العامة للبطلان التي تطبق في حال الاتفاقات المخالفة للأداب العامة.

يرى الأستاذ ريج ذلك نقصا حقيقيا في الفقرة الثانية مرده إلى صعوبة الإثبات المطلوبة، بينما يرى أنه يمكن استخدام الفقرة الأولى لأن الإثبات فيها أكثر سهولة، ولأنها تترك للقاضي سلطة تقديرية أوسع.

ولكن هل كانت نية المشرع الألماني كذلك عندما سن المادة ١٣٨ من القانون المدني؟

³⁰ -BGB Handkommentar in 2 Banden, p. 297, note 11.

للإجابة عن هذا التساؤل يجب التذكير بالأوضاع التاريخية والاجتماعية التي كانت سائدة في ألمانيا نهاية القرن التاسع عشر، فألمانيا كانت في أوج عصر الصناعة، المصارف منتشرة في كل مكان، ومعدلات الفائدة لم يكن لها حد، باختصار كان ذلك عصر المذهب الليبرالي ومبدأ سلطان الإرادة.

على أنه بعد عصر بسمارك كان هناك تنامي للتيار الاشتراكي في البرلمان مما أدى إلى سن المادة ١٣٨ والتي كانت ثمرة لهذا الجدل بين المحافظين والاشتراكيين الذين دعموا التصويت لصالح هذه المادة.

فالفقرة الثانية كانت نتيجة لاقتراح برلماني ولم يكن هدفها الوحيد هو حماية مؤسسة العقد، بل كانت تهدف أيضا إلى حماية العنصر الأخلاقي أو على الأقل عدم مخالفة العقد للأداب العامة، على أنه إذا كانت حماية أطراف العقد لم تكن هي الباعث لهذه الفقرة، إنما كانت هي النتيجة لحماية مؤسسة العقد، هذا العقد الذي يجسد الثقة المتبادلة بين أطراف كما ذكرنا سابقا. لذلك فإن حماية مؤسسة العقد تعني أيضا حماية المتعاقدين.

والغبن حسب المادة ١٣٨ / ٢ من القانون المدني الألماني يتمتع بميزة قانونية تقوم على إلحاق هذا الغبن بالاتفاقات المخالفة للأداب العامة، فعلى اعتبار أن الغبن يتعارض مع القوة الإلزامية للعقد، فإن إبطال هذا العقد لمخالفته الأداب العامة لا يعد انتهاكا للعقد بل حماية له، وإذا كان هناك انتهاك فإن ذلك يمكن تبريره من خلال حماية النظام الاجتماعي والمبادئ العليا للقانون، مما تقدم نلاحظ أن كلا من القانونين الفرنسي والألماني يضعان حلولاً مختلفة فيما يتعلق بمشكلة التنازع بين القوة الإلزامية للعقد ودعوى الإبطال بسبب الغبن.

فالقانون الفرنسي يلجأ إلى معيار موضوعي باشتراطه مقدارا معيناً للغبن لإقامة دعوى الإبطال، وبالنسبة للغبن البسيط فإن القانون الفرنسي، بسعيه في احترام القوة الإلزامية للعقد، يخالف شروط الغبن الصارمة بخلطه بين عدم التوازن في الالتزامات المتبادلة وعوارض الأهلية بشكل مثير للجدل، أما في القانون الألماني فهو يجعل الغبن من الاتفاقات المخالفة للأداب العامة وذلك بالجمع بينهما في نص قانوني واحد، ويفصل الغبن عن عوارض الأهلية، لذلك

يجب تمييز الغبن عن الأهلية المقيدة المنصوص عنها في المادة ١١٤ من القانون الألماني والتي تستخدم مفهوم الخبرة القانونية دون الأخذ بالحسبان القيمة المادية للالتزامات، فهذان النوعان من الحماية المنصوص عليهما في القانون الألماني (الغبن والأهلية المقيدة)، مختلفان في المبادئ التي يستندان إليها وبالغاية من كل منهما، خلاصة القول إن الغبن البسيط هي نظرية أصيلة تسمح لشخص يتمتع بكامل الأهلية القانونية من الاستفادة من الحماية وهذه النظرية هي النتيجة المنطقية للشروط الصارمة المفروضة في حالة الغبن التقليدي.

المطلب الثاني

تطبيق الغبن في القانون الفرنسي

تتشرط الفقرة الثانية من المادة ١٣٨ من القانون الألماني عنصرا موضوعيا يتمثل في عدم التلاؤم الواضح بين التزامات الطرفين، وهذا العنصر يعود تقديره إلى القاضي، بعكس الغبن التقليدي في القانون الفرنسي حيث تفرض النصوص حدا أدنى قانونيا لهذا التفاوت حتى يكون هناك غبن، على أنه في حالة الغبن البسيط فإن القاضي يملك سلطة تقديرية، وذلك كما ورد في قرار محكمة النقض الذي ترك تقدير الغبن من عدمه إلى تقدير القاضي (قرار روفل).

وتتشرط الفقرة الثانية أيضا أن يكون الشخص المغبون في حالة ضعف، وهذا الشرط اعتبر من جانب من الفقه عنصرا ذاتيا في حين اعتبره آخرون عنصرا موضوعيا^(٣١).

شرط آخر يضاف إلى ما سبق هو أن على المتعاقد الآخر أن يستغل حالة الضعف هذه^(٣٢)، ويتطلب الغبن البسيط أيضا شرطين يتم تقديرهما في توقيتين مختلفين، أولهما: في لحظة ابتداء إجراءات الحماية القضائية يقدر كل من القاضي والطبيب الحالة العقلية والجسدية للشخص، والحالات الرئيسية التي يمكن أن يوضع الشخص فيها تحت الحماية

³¹ -Flume, II, ATP, 391.

³² -Flume, p. 381

القضائية هي مرور فترة زمنية طويلة على دخول الشخص في حالة سبات، إذا كان الشخص ضحية اغتصاب من أحد الأقارب، فقد الذاكرة بعد عملية جراحية، وكذلك حالة الحماية بانتظار صدور قرار بالحجر على شخص ما فحالة الضعف لدى الشخص المراد وضعه تحت الحماية هي شرط لبدء إجراءات الحماية أكثر منها كشرط للغبن البسيط حتى ولو كان هذا الغبن لا يمكن أن يظهر إلا من خلال الحماية القضائية.

والشرط الثاني يكون في حال انعقاد التصرف المدعى فيه بالغبن، فالقاضي يقدر مقدار الخسارة وفائدة هذا التصرف للشخص المحمي، وكذلك حسن النية لدى المتعاقد الآخر (٣٣). وسوف نعالج أولاً الشرط الموضوعي للغبن وهو عدم التلاؤم بين الالتزامات ومن ثم سنقارن بين الشروط الذاتية للغبن في القانون الألماني، والغبن البسيط في القانون الفرنسي.

أولاً: الشرط الموضوعي للغبن:

ليس بالضروري أن يكون معنى الشرط الموضوعي هو اشتراط حد أدنى قانوني ولكن هو أقرب أن يكون فارقاً حسابياً واضحاً بين الالتزامات، وهذا الفارق لا يقاس برقم معين كحد أدنى.

فيما يتعلق بالغبن البسيط يمكن أن يفسر الأمر عبر الغاية منه، فضلاً عن أن المشرع قد امتنع عن إعطاء تعريف للغبن البسيط وترك للقاضي الخيار بأن يعلن إبطال العقد.

إن عدم اشتراط مقدار معين هو بلا شك مصدر مرونة، حتى ولو كانت هناك بعض الانتقادات التي وجهت إلى منح سلطات واسعة للقاضي على أنه من الخطأ القول: إن القضاة قد استغلوا هذه السلطات لمخالفة القوة الإلزامية للاتفاقات، فعلى العكس من ذلك يمكن أن نلاحظ أن القضاة كانوا متحفظين إلى حد كبير كما لو كان عدم فرض حد أدنى للغبن قد قيد مبادرة هؤلاء القضاة، هذا الشرط الموضوعي هو على كل حال شرط حقيقي، فقد أكدت

٣٣- المادة ٤٩١ / ٢، فقرة ٣، من القانون المدني الفرنسي

الأعمال التحضيرية أن الغبن يجب أن يكون كافيا، أو أن يكون الضرر الناتج واضحا، وفي كل الأحوال يعود لقاضي الموضوع فقط تقدير ذلك (٣٤).

وكذلك الأمر في حال بيع عقار لشخص في ظل الحماية القضائية: فيمكن للقاضي أن يستبعد الغبن المنصوص عليه في المادة ١٦٧٩، ويطبق الغبن البسيط المنصوص عليه في المادة ٢/٤٩١ من القانون المدني الفرنسي (٣٥).

وترفض محكمة النقض بشكل مستمر الرقابة على السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع في حالة تقدير التفاوت المادي في حالة الغبن، مما أدى إلى نوع من عدم الاستقرار، وأعطى من ثم للشروط الذاتية أهمية أكبر.

في فرنسا فإن الراشد تحت الحماية يمكن له أن يعترض على التصرفات التي كان مغبونا فيها بغض النظر عن حجم الضرر الحاصل، على أن هذا الكلام يجب ألا يؤخذ على إطلاقه، فالغبن يجب أن يكون على قدر من الأهمية، والعقد بشكل عام لا يمكن اعتباره مجحفا لأحد الطرفين إذا كان الفرق بين الالتزامات المتبادلة ضئيلا (٣٦).

وفي ألمانيا يشترط القانون أن يكون التفاوت في الالتزامات واضحا، وهذه العبارة الأخيرة يمكن تفسيرها تقليديا "بحسب ظروف كل حالة"، ولكن هل يجب تقدير الالتزامات بشكل مجرد، أو بمعنى آخر مجرد المقارنة الحسابية البسيطة بين الثمن المنصوص عليه في العقد وسعر السوق؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقول: إن هناك عنصرين يجب أخذهما بالحسبان.

- عنصر عام، وهو مستوى أسعار السوق، والسعر في الصفقات المشابهة.
- عنصر خاص، فعلى سبيل المثال في عقد القرض يؤخذ بالحسبان المخاطر المحتملة للعقد، أي الضمانات المقدمة من قبل المقترض لمعرفة هل العقد يتضمن

³⁴ -CA Paris, 30/6/1972, JN 1973, 51384, 1092.

³⁵ -Cass. Civ. 1/3/1989, Défrénois, 1989, p. 1347.29.

³⁶ -Terré, p. 913.

فائدة فاحشة؟ بالمقابل إذا كانت المخاطر كبيرة فإن ذلك لن يبرر معدل فائدة فاحشا.

ولتقدير التفاوت في الالتزامات، على القاضي أن يستند إلى القيمة المادية للالتزامات وليس إلى القيمة الذاتية والشخصية المرتبطة بمصلحة المتعاقد الآخر، وهنا يظهر الاختلاف مع الغبن البسيط حيث يأخذ القاضي بالحسبان فائدة العقد للطرف وذلك لفرض المؤيد المناسب. ويقدر القاضي التكاليف الكلية للالتزام، ففي قرار صدر عام ١٩٨١^(٣٧) أخذ القاضي بالحسبان ما يأتي: (المبلغ المقترض، ونفقات إبرام العقد، والتأمين الإلزامي على الحياة، وتكاليف الملف، ونفقات الاستعلام، وضرائب مختلفة).

وقد كان المبلغ الذي يجب وفاؤه هو ٢٠٣٢٥ مارك ألماني، في حين أن المبلغ المقترض كان ١٢٠٠٠ مارك فقط، ومن ثم كان معدل الفائدة أكثر من ١٠٠% من المعدل الاعتيادي، ولكن القاضي قد أشار إلى أن ذلك لا يكفي لإبطال العقد، لأن العنصر الشخصي كان ضروريا في هذه الحالة لتقدير وجود الغبن من عدمه.

وفي حالات أخرى تم قبول دعوى الغبن على الرغم من أن معدل الفائدة لم يكن يتعدى نسبة ٨٣% من المعدل العادي^(٣٨).

أخيرا يجب الأخذ بالحسبان مجموع الالتزامات المنفذة بموجب العقد، سواء كان المستفيد المتعاقد الآخر أو شخصا ثالثا^(٣٩).

إن قيمة الالتزامات المتبادلة تقدر في لحظة انعقاد العقد^(٤٠)، وهذه القاعدة تسمح باستبعاد ظرف التضخم، مع أن عدد دعاوى الإبطال في فترة التضخم يكون كبيرا جدا^(٤١)، فإن

³⁷ -OLG, Nuremberg, MDR, 76, 399.

³⁸ -BGH, 12.3.81, NJ 81, p. 344.

³⁹ -BGH, 24.3.88, WM 88, p. 645.

⁴⁰ -BGH, WM, 77, 399.

⁴¹ -RG 20.10.30, RGZ 130.143 in Rieg, p. 190.

انخفاض قيمة العملة يعطي انطبعا للبايع أنه كان بإمكانه أن يبيع بسعر أعلى، وقد بحث القضاء في ظل تغطية قانونية في تأخير تاريخ تقدير قيمة الأموال، وذلك بهدف توسيع نطاق الغبن.

في إطار الغبن البسيط، هذه الممارسة ليس لها فائدة كبيرة، فالقاضي يملك سلطة التقدير هل كان هناك غبن دون أن يأخذ في حسابه وجود حد أدنى قانوني؟ وقد جاء الاجتهاد القضائي في هذا المعنى بإشارته إلى أن "دعوى الغبن المؤسسة على مجرد الشعور بالمرارة لأن قيمة مال يعود للعائلة قد ارتفعت بشكل كبير، إن دعوى الغبن هذه لا يمكن قبولها على هذا الأساس" (٤٢).

ولكن إذا ما تم دفع شيء لاحق ذي علاقة مع العقد الأولي (كتملة الثمن، أو تأمين إلزامي)، فإنه يمكن أخذ ذلك بالحسبان لتقدير قيمة الالتزامات (٤٣).

أخيرا فقد صدر حكم قضائي فيما يتعلق بالغبن البسيط الخاص بالقاصر مفاده أنه يجب تقدير قيمة العقد بمجمله وليس بندا بندا، وذلك في حال طلب إبطال بعض بنود هذا العقد، وبالنتيجة فإن الحكم بأن هناك غبنا من عدمه يتم عبر دراسة العقد كله، ولكن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هو: هل ينطبق هذا الأمر إذا كانت بنود العقد تتضمن مواضيع مختلفة عن بعضها تماما بحيث لا يوجد بينها أي علاقة مادية؟ في الواقع لم تطرح هذه المسألة أمام القضاء بعد، لذلك فإن الجواب عن ذلك يبقى موضع شك.

ثانيا: الشرط الذاتي للغبن: عنصر محوري في كلا القانونين:

السؤال الأول يمكن أن يكون في هذا السياق هو معرفة الإطار الذي يقيم الراشد ضمنه دعوى الغبن، فالمادة ٤٩١ / ٢ من القانون المدني الفرنسي تميز بين الإبطال بوصفها جزاء للغبن أو التفاوت بين الالتزامات، وإنقاص قيمة الالتزامات بوصفها جزاء للتجاوز، وهي حالة لا تتطلب أن يكون هناك عدم توازن بين التزامات الطرفين، أو بعبارة أخرى أن يتصف العقد

⁴² -Carbonnier, Droit civil, t.1, 9e édition, Dalloz ; 1990. p. 288.

⁴³ -Cass. Civ. 1.3.1989, Défrenois, 89, p. 1347.

بعدم فائدة بعض النفقات التي التزم فيها الراشد تحت الحماية، أو أن يكون هناك تفاوت بين القدرة المالية للشخص المحمي وهذه النفقات، والمؤيد في هذه الحالة ليس إبطال العقد، ولكن تعديل الالتزامات بحيث تتلاءم مع وضع الشخص تحت الحماية، وفي حال استحالة تخفيض هذه الالتزامات فإن القاضي يقرر إبطال العقد، فيما يتعلق بالقانون الألماني فإنه لا يعرف التمييز السابق ويستخدم معايير عدة لإنقاص الالتزامات (فائدة العقد، الموازنة بين النفقات والإيرادات)، وذلك في معرض المادة ١٣٨ / ٢ الخاصة بمعدل الفائدة الفاحش.

وفي إطار بحثنا سوف نقنصر على دراسة النية الحسنة، فائدة العقد والثروة المقدرة كمعايير في دعوى تخفيض الالتزام.

يعد المعيار الذاتي ضروريا حتى ولو كان التفاوت بين الالتزامات كبيرا، ولكن ماذا لو كان من المتعذر إثبات العنصر الذاتي؟ من الممكن أن نتساءل حينها إذا كان للشخص المغبون أن يثير القواعد العامة للغبن، فقد أشار قرار لمحكمة النقض إلى أنه في حالة بيع عقار من قبل الراشد تحت الحماية فإنه يستفيد من إجراءات الحماية المنصوص عليها في المادة ٢/٤٩١ على أنه في تلك القضية فإن الأطراف قد أثاروا هذه المادة، ولكن الشرط الموضوعي المنصوص عنه في المادة ١٦٧٤، للقاضي بأن يكون الغبن بنسبة ١٢ / ٧ على الأقل، لم يكن متوافرا.

المسألة نفسها يمكن أن تثار في القانون الألماني، فقد قضت محكمة شتوتغارت أن العنصر الذاتي لا يعد ضروريا إذا كان التفاوت في الالتزامات كبيرا وفاحشا، على أن المحكمة الاتحادية قد رفضت هذا التعليل واشترطت وجود العنصر الذاتي في كل الحالات (٤٤).

وكما سنرى لاحقا، فإن قاضي الموضوع يمكن أن يستنتج مع ذلك، بأسلوب يكاد يكون مصطنعا، العنصر الذاتي إذا كان التفاوت فاحشا بين الالتزامات، إذا فكل من القضاء الفرنسي والقضاء الألماني يشترطان العنصر الذاتي، وإن كانت النتائج من الناحية العملية مختلفة

⁴⁴ -Reig , Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, p. 191 et s.

في حالة التفاوت الفاحش، فالمغبون في القانون الفرنسي يمكن أن يستخدم دعوى الغبن التي لا تشترط عنصرا ذاتيا.

والمادة ١٣٨ من القانون الألماني تشترط حالة الحاجة، أو قلة الخبرة، أو فقد القدرة على الحكم، أو الخفة وعدم التبصر بالعواقب للشخص المغبون^(٤٥)، وسوف نعرض لهذه المفاهيم سريعا:

- هناك تردد في فهم مصطلح "Notlage" أو الحاجة لدى الشخص المغبون.
- فهل الحاجة الاقتصادية ترتبط بالحالة الاقتصادية للشخص؟ قرر القضاء^(٤٦) أن الحاجة هي الحالة الملحة والضرورية والتي تؤثر في وسائل الوجود الاقتصادي، على أن هذا الأمر بقي غير مستقر.

- قانون ٢٩ تموز لعام ١٩٧٦ حذف هذا المصطلح، مستعيضا عنه بمصطلح "Zwangslage" والذي يمكن ترجمته بحالة الحاجة الاقتصادية، وهذا المفهوم قد توسع فيه القضاء، فأى حاجة مالية تقتضي رؤوس أموال قصيرة الأجل يمكن أن تكفي ولا يقتصر القضاء على تقدير قيمة هذا الدين، بل عليه أن يبحث في تأثيره في قرار التعاقد، ولا يشترط القضاء دائما الضعف الاقتصادي، فإن مجرد سوء تقدير للحالة الاقتصادية أو سوء استعلاء عنها يكفي لتوافر حالة "الحاجة الاقتصادية".

وقد أدخل القضاء عدة أمور تحت المصطلح السابق مثل (الصحة والشرف ...) فقد قبل القضاء على سبيل المثال أن هذه الحالة تعد متوافرة عندما يطلب منقذ يعمل في جبال الألب مبلغا كبيرا لإنقاذ شخص وقع في صدع جبلي.

أخيرا حالة الحاجة لا تمس بالضرورة الشخص المتعاقد نفسه، فالحاجة الاقتصادية لشخص قريب للمتعاقد المغبون يمكن أن تكفي على أن هذا الرأي لم يحظ بالإجماع، هذا المصطلح قد بدأ اليوم يفقد أهميته، فالقضاة يفضلون اللجوء إلى مفهوم "استغلال النفوذ الاقتصادي" والذي يعد مخالفا للآداب العامة، ويلجؤون أيضا إلى قانون ١٩٧٦/١٢/٩ المتعلق

⁴⁵ -Witz, Droit pivé allemand, p. 216 et s.

⁴⁶ -JW, 1937, 2447, no 6.

بالشروط التعسفية والتي يضعها المتعاقد الأقوى في عقد الإذعان، وقبل هذا القانون كان القضاء يستند فيما يتعلق بهذا الأمر إلى المادة ١٣٨ / ١ من القانون المدني الألماني، ويجب على القضاة اليوم الاستناد إلى قانون ١٩٧٦ وإن كان من الناحية العملية يوجد الكثير من الحلول المتوافرة في الاجتهاد لمثل هذه المسألة.

إن الخفة وعدم التوازن تؤخذ أيضا بالحسبان كمعيار ذاتي في القانون الألماني.

فالخفة تأتي من قلة الوعي أو بناء على قرار اتخذ من دون تفكير، أي أن المغبون قد أقدم على التعاقد دون التفكير بالعواقب القانونية لتصرفه، وهذا المفهوم الواسع يقدر من قبل القضاء في كل حالة على حدة، فعلى سبيل المثال تعد من الخفة والتهور حالة الشخص السكير أو المدمن على المخدرات.

أما حالة "قلة الخبرة" فتتجلى في عالم الأعمال، أو في الحياة عموما بسبب صغر السن، أو الإقامة حديثا في ألمانيا مثلا ...^(٤٧)، وفي المقابل فإن نقصا في المعرفة في مجال محدد لا يكفي لتوافر هذه الحالة على سبيل المثال: (المؤمن الذي يبرم عقودا خارج نطاق التأمين).

وهذه الحالة كثيرا ما تختلط بالخفة والرعونة، كحالة شاب أقدم برعونة وطيش على إبرام عدة عقود، يضيف قانون عام ١٩٧٦ حالة جديدة وهي نقص القدرة في الحكم على الأمور، وهذه الحالة تختلط مع الخفة وعدم التوازن، وكمثال عليها نقص المعلومات أو عدم إدراك الالتزامات المتوجبة.

ويفسر القضاء هذا المفهوم تفسيراً واسعاً ويقبل من ثم شراء شيء بسعر عال وغير متلائم مع ثروة الشخص المحمي، كأساس لدعوى إنقاص الثمن، ينبغي أيضا أن يستغل المتعاقد الآخر حالة الضعف للشخص المحمي، وكما يشير أحد الكتاب الألمان، على أن قصد الإضرار ليس مطلوبا لإبطال العقد، بل يكفي أن يكون هناك قصد لاستغلال ضعف الشخص المحمي، أخيرا إذا جاء التصرف القانوني بناء على مبادرة المغبون فإن ذلك لا يمنعه مستقبلا من إقامة دعوى الإبطال إذا ما توافرت شروط الغبن، هذا الشرط يمكن مقارنته بحسن

⁴⁷ -OLG, Hamm. NRW, 74, 32.

النية المنصوص عنها في المادة ٤٩١ / ٢ من القانون المدني الفرنسي، والتي تعد ضرورية لضمان استقرار المعاملات حسن النية هذا يكون واضحا إذا كان التصرف القانوني يمثل فائدة للمتعاقد الآخر الموضوع تحت الحماية.

فضلا عما سبق، فإن الجهل بأن المتعاقد الآخر قد وضع تحت الحماية القضائية لا يمنع من إقامة دعوى البطلان، حتى ولو كانت إجراءات إشهار هذه الحماية محدودة^(٤٨)، على أنه يجب التذكير في هذه الحالة أن حسن النية مفترض، وعلى الشخص المغبون إثبات العكس، وهذا بطبيعة الحال سيكون أمرا أكثر صعوبة في حال كان المتعاقد الآخر لا يعلم بالوضع الشخصي والقانوني للمغبون، وبالمقابل إذا علم المتعاقد الآخر بالوضع الشخصي (مرض أو اضطرابات نفسية) ولكن لم يعلم بوضعه القانوني، فيمكن عندها أن نقول: إن ذلك يعد سوء نية، وحتى ولو أن ذلك يفسر بإمكانية تطبيق الغبن البسيط والذي له هدف حماية المصالح المالية للشخص تحت الحماية، فإنه يمكن انتقاد ذلك فيما لو إذا لم يكن لدى المتعاقد الآخر قصد الضرر ولكن يظن أن تصرفه عبارة عن صفقة جيدة، فإن إبطال العقد في هذه الحالة سوف يتسبب بالضرر له، ولو كان يعلم بإمكانية إبطال العقد لما أقدم على إبرامه أساسا بالشروط نفسها أو مع الأشخاص أنفسهم، إن ظرف الضعف ليس شرطا منصوصا عليه في المادة ٤٩١ / ٢ ولكنه يؤخذ بالحسبان عند البدء بإجراءات الحماية القضائية، ومن ثم فهو يؤثر أيضا في حال إبطال العقد بسبب الغبن البسيط، وتعد حالة الضعف أقوى من الشرط الألماني إذ أنه يحوي جانبا طبيا، فوجود الطبيب ضمن الإجراءات يعد كافيا للإقناع، بالإضافة إلى ذلك فإنه يجب إعلان حالة الضعف قضائيا قبل إبرام العقد، واجتهاد محكمة النقض مستقر على ذلك^(٤٩).

⁴⁸ -Savatier, le risque pour l'homme de prendre l'esprit et ses conséquences en droit civil, D., 1960, chr. P. 109.

:- انظر قرار محكمة النقض⁴⁹

Cass. Civ. 17/7/1979, Bull, Civ. I. P. 172.

إن إثبات العنصر الذاتي يثير مشكلة أيضا في ألمانيا، فأمام صعوبة الإثبات يلجأ القضاة إلى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ فهم يستندون إلى مفهوم "استغلال التفوق الاقتصادي" أو مفهوم التفاوت اللأخلاقي بين الالتزامات، وهذا يسمح بفرض الجزاء على العقد دون إثبات العنصر الذاتي، فمن المؤكد أن إثبات تفاوت فاحش لن يكون كافيا، ولكن إثبات العنصر الذاتي يكون في الأغلب مفترضا من قبل القضاة، ومن ثم سيقع على عاتق المتعاقد الآخر عبء إثبات أنه لم يستغل حالة الضعف لدى المغبون، ولا يوجد في الاجتهاد القضائي الألماني ما يشير إلى قبول المحاكم الألمانية لمثل هذا الإثبات، وهذا يعد إحدى ميزات الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من القانون الألماني.

المبحث الثاني

صحة التراضي في العقد الكتروني وخلو الإرادة من العيوب

تمهيد وتقسيم :

يشترط لصحة التراضي أن تكون الإرادة خالية من العيوب ، ولا يكفي توافر الرضا والمحل والسبب لكي يكون العقد صحيحا منتجا لأثاره القانونية ، فلابد أن يصدر الرضا من كامل الأهلية ، وألا يقع أحد المتعاقدين في غلط أو تدليس فيترتب عليه إبطال العقد . وسوف نعرض هذا المبحث من خلال المطالب التالية :-

المطلب الأول : شروط الأهلية .

المطلب الثاني: الغلط .

المطلب الثالث: التدليس .

المطلب الرابع : حق الرجوع .

المطلب الأول

شروط الأهلية

الأهلية شروط لصحة العقد ، فلا يجوز لناقص الأهلية أن يكون طرفاً في العقد أو التصرفات التي تضره ، وعلى العكس يجوز له أن يكون طرفاً في التصرفات التي تعود

عليه بالنفع والتي تدور بين النفع والضرر وان كانت التصرفات الضارة قابلة للإبطال ، وهذا النظام شرع لمصلحة ناقص الأهلية .في العقود التقليدية يمكن لطرفي العقد أن يتحقق كل منهما من أهلية الطرف الآخر بسهولة وهنا لا يجوز له التمسك بإبطال العقد بل يبقى العقد صحيحاً بين طرفيه ، كتعويض عيني للطرف الآخر (٥٠).

أما عن الأهلية في التعاقد الإلكتروني فإنه يكون من الصعب على طرفي العقد التأكد من الأهلية بسبب عدم الحضور المادي للطرفين وعلى الرغم من أن هناك بعض المواقع تعتقد أنها تستطيع أن تتحقق من سن المترددين عليها بمساعدة أجهزة وسيطة فهي تطلب من الزائر إدخال رقم الائتمان ، بهدف التثبيت من أهليته ، فإن ادخل رقم ائتمانه ، كان له أن يتلقى رقماً وكلمة مرور تسمح له بدخول الموقع (٥١) .

وإذا فرض أن القاصر استولى على البطاقة الائتمانية الخاصة بأحد والديه فإنه يستطيع الدخول إلى الموقع . نرى أن هذه الأنظمة لم تعد لتحقيق هدف سام هو شفافية التعاقد وصحة الرضا في إبرام العقد ، ولكن وضعت لدرء مسؤولية قد تقع على موردي البرامج الضارة ، فيتخذ من كارت الائتمان وسيلة لذلك ، فمن يستطيع إدخال رقم كارت الائتمان يمكنه الدخول إلى الموقع حتى لو كان محتواه ضاراً لا يجوز لغير كامل الأهلية دخوله .

لذلك فإن هذه الطريقة لا تعد وسيلة حماية كافية للتأكد من أهلية المتعاقد ، خاصة وأنه هناك جماعات منظمة في دول كثيرة تقوم بالسطو على أرقام بطاقات الائتمان ، من خلال برامج يمكنها اختراق أية تعاقدات والحصول على أية معلومات عن طرفي العقد أو أية مستندات متبادلة بينهما ، منها أرقام بطاقات الائتمان وإعادة استخدامها مرة أخرى بمعرفتهم ويصدر هذه الفجوة التشريعية في العقود الإلكترونية نرى ن هناك سبيلين لرأب صدع هذه الفجوة وهي :

(٥٠) د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، مرجع سابق ، ص ٥٠٦ .

(٥١) د/محمد سعد خليفة ، مشكلات البيع عبر الانترنت ، مرجع سابق ، ص ٧٠ .

الأول : إتباع القوانين التقليدية :-

في التشريع المصري المادة ١١٩ من القانون المدني تنص على أنه " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإدخال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ لطرق احتيالية ليخفي نقض أهليته " .

وعلى سبيل المثال : إذا استولى القاصر على بطاقة الائتمان الخاصة بأحد والديه واستعملها في التعاقد - فيتعين حماية مصلحة التاجر وعدم السماح بإبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد معه ، فيجوز للبائع أو مقدم الخدمة أن يتمسك بأن القاصر قد توافر به مظهر صاحب البطاقة المصرفية ومن ثم مظهر الشخص الرشاد ، كما يستطيع لمن تعاقد مع القاصر بحسن نية في الرجوع على هذا القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية ^(٥٢) ، وهو ما يأخذ به القانون المدني المصري أيضا .

الثاني : التأكيد الإلكتروني على أهلية المتعاقد :

على البائع في العقود الإلكترونية أن يبذل عناية الرجل المهني في التأكد من أهلية الطرف الآخر ، ون كانت هذه العناية ستكفه أعباء مالية وإجرائية ، فلا يجب أن يكون همه إبرام العقد والحصول على المقابل المادي فقط - ويتم ذلك من خلال طلب إرسال صورة من الشخصية هو ذات الشخص المراد التعاقد معه ، أما عن طريق البنك الذي يتم التعامل معه مقابل عمولة مالية ، أو بوسائل التحري الخاصة عن العميل من خلال مكاتب معدة لذلك أو عن طريق البنك الذي يتم التعامل معه مقابل عمولة مالية ، أو عن طريق الجهات الحكومية المنوط بها ذلك إذا كان حجم التعامل يستدعي ذلك .

(52) BEAURE DAUGERS, BREESE et THUILLIER PAIEMENT NUMERIQUE SUR INTERNET, ETAT DE LA TASPECTS JURIDQUS ET IMPACT SUR LES METIERS THOMSON PUBLISHING , 1997 P. 113.

لم يكن أمر التأكيد هنا مقصوراً على إثبات الأهلية بأي من طريق الإثبات فحسب بل أمر التأكيد المراد منه جمع كافة البيانات اللازمة عن العميل من "سابقة أعمال أو تعاقدات في نفس مجال العقد أو المجالات المماثلة له . مدى تنفيذ التزامه قبل عملائه ومدى مصداقية ما يتقدم به من مستندات لعقد صفقة معينة " .

وان كان هذا يتم في البيوع والتعاقدات ذات القيم المالية العالية إلا أنه مازالت الفجوة قائمة في التعاقدات الفردية التي تبرم على صفحات ويب ، أنه لا يطلب من العميل سوى إدخال رقم بطاقة الائتمان التي يمكن من خلالها سداد قيمة البضاعة المراد شراؤها ، فأياً كان هذا العميل كامل الأهلية أو ناقصها لا فرق بينهما أمام التاجر طالما ادخل رقم بطاقة الائتمان حتى لو كانت هذه البطاقة مسروقة من الغير .

يتعذر في مثل هذه الأمور إثبات أهلية المتعاقد ولما يسعنا في هذا سوى تطبيق المواد التقليدية في القوانين المحلية لمواجهة أية نزاعات بهذا الخصوص .

المطلب الثاني

الغلط : (٥٣)

الغلط بصورة عامة : هو أمر معين على غير الحقيقة " (٥٤) أما الغلط المانع فهو " الغلط الذي يؤدي إلى فقد ركن من أركان انعقاد العقد ، ومن ثم كان مانعاً انعقاده " (٥٥) وهو عين القصد في هذا الصدد .

" فإذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد وإذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه " م

(٥٣) غلط - غلطا : أخطأ وجه الصواب - ويقال غلط في الأمر أو في الحساب أو في المنطق فهو غلطان - المعظم الوجيز ، مرجع سابق ، ص ٤٥٣ .

(٥٤) انظر : أحمد سعد ، الوجيز في مصادر الالتزام ، ط ١ ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، ص ١٠٩ .

(٥٥) انظر : أحمد سعد ، المرجع السابق ، ص ١١٠ .

١٢٠ مدني مصري . ويقصد بالغلط الجوهرى الذي يؤدي إلى إبطال العقد - وقد حددت المادة ٢/١٢١ مدني مصري المقصود بالغلط لجوهرى بأنه ١ يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

ويعتبر من قبيل الغلط الجوهرى على الأخص :-

إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك وفقاً لما يلبس العقد من ظروف وما ينبغي في التعامل من حسن نية .

إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد.

هذه المواد القانونية يجوز تطبيقها في العقود الالكترونية لأن مفهوم الغلط في التعاملات التقليدية هو ذات المفهوم في المعاملات الالكترونية .

مثال ذلك الغلط في صفة الشيء :

إذا تبين للمشتري إلى إبرام العقد عبر صفحات ويب عند تسلمه المبيع أنه ليس متفقاً مع ما توقعه أو أنه ليس صالحاً للاستعمال الذي اشتراه من أجله - أجاز القانون للمشتري حق الرد للمبيع إلا أنه يتحمل مصروفات الرد أما إذا طالب بإبطال العقد استناداً لنظرية الغلط فإنه يعفى من مصروفات الرد .

أما بالنسبة للغلط في شخص التعاقد فإنه في عقود البيع الالكترونية ذات إقليم المالية العالمية غالباً ما يلجأ المشتري إلى أحد بنوك المعلومات ، لجمع المعلومات اللازمة عن الطرف الآخر حتى يتأكد أن الشخص أو الشركة التي سيتم التعامل معها تتمتع بسمعة طيبة في أوساطها ولها تعاملات في الأسواق المحلية والدولية فيتسنى له بذلك التعاقد معها . فإذا فرض وثبت بعد إبرام العقد أن الجهة أو الشخص الذي تم التعاقد معه لا تتوافر فيه السمات المطلوبة لتنفيذ العقد - فإن ذلك يعد من قبيل الغلط في شخص التعاقد الذي يتيح له التمسك بإبطال العقد وتطبيق عليه نصوص القانون المدنى م ٢/١٢١ .

المطلب الثالث

" التدليس " (٥٦) .

هو ممارسة المتعاقد المدلس وسائل احتيالية بقصد حث ودفع المتعاقد الآخر إلى إبرام عقد ما كان ليبرمه أولاً وقوعه في الغلط نتيجة لهذه الأسباب - ولكن يشترط القانون المدني المصري أن تتعد نية أحد المتعاقدين على التدليس على الطرف الآخر بقصد حمله على إبرام عقد لم يكن ليقدم على إبرامه لولا وقوعه في الغلط الناجم عن الأفعال التدليسية التي استخدمها المتعاقد الآخر في موجهته . لذا قد ورد في نص المادة ٢٥/٢ أنه " يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " .

وعلى الرغم من تميز القانون المدني المصري بتوضيحه هذا الأمر إلا أن المشرع الفرنسي اعتبر أن المتعاقد ارتكب سلوكاً تدليسياً بمجرد امتناعه عن إبداء معلومات من شأنها أن تحجبه عن التعاقد وهو ما يثبت سوء النية . والتدليس في عقود البيع التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية ، أما أن يكون تدليساً مادياً أو تدليساً معنوياً .

التدليس المادي :

قد يتم من خلال استخدام " مستندات إلكترونية مزورة ، من خلال دفع معلومات غير صحيحة للحاسب الآلي ، أو اصطناع مستندات إلكترونية توهم الطرف الآخر بمصادقيتها فتدفعه للتعاقد كذا تعمدته نشر معلومات أو بيانات غير صحيحة أو انتحال صفة ، كل هذه

(٥٦) (دالس) مدالسة ودلاساً : خادعه وظلمه - يقال هو لا يدالس ولا يوالس لا يظلم ولا يخون (دلس) البائع : كنتم عيب السلعة المشتري ، يقال دلس فلان لفلان في البيع ، وفي كل شيء - المعجم الوجيز - مرجع سابق - ص ٢٣٢ .

الأمر الاحتمالية المادية قد تؤدي إلى موافقة المتعاقد الآخر وإبرام العقد على غير الحقيقة - كما يعد الكذب من الوسائل الاحتمالية ولو لم تصاحبه أية وسائل أخرى فهو معيب للإرادة مني اكتملت باقي العناصر اللازمة لقيام التدليس .

لتدليس المعنوي :

هو السكوت العمدي وكتمان المعلومات والبيانات الضرورية حتى تؤثر على يقين المتعاقد الآخر وتدفعه إلى إبرام العقد . كل هذه الأمور تتم ف العقود التقليدية وتحدث في العقود الالكترونية ، بل سبل التدليس في المعاملات الالكترونية أوسع وتصور وقوعها اكبر - لكن القانون المدني المصري كان له السبق في تدارك هذه الأمور فنص في المادة ١/١٢٥ بأنه " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد " .

ويرى الباحث :

اعتبار العقود التي تبرم عبر الوسائل الالكترونية من العقود التي تبرم عن بعد واثبات الغلط أو التدليس قد يكون صعباً خاصة بالنسبة للغلط أو التدليس المعنوي - لكن يبقى لهذا الطرف حق الرد للشيء المبيع - أما إذا اثبت عيب الإرادة الذي وقع فيه فيجوز له الاستناد إلى نظرية عيوب الإرادة ويستفيد من عدة نواح هي :

في حالة إبطال العقد المبني على غلط أو تدليس لا يتحمل مصروفات النقل .

للمدلس عليه الحق في الرجوع على الطرف الآخر طالباً التعويض على أساس للعمل غير المشروع .

للمدلس عليه الحق في الاستفادة من المدة المقررة في دعوى البطلان التي لا تسقط إلا بعد مضي ثلاث سنوات - بخلاف المدة المقررة في حق الرد .

لن يستطيع البائع وبصفة خاصة في حالة التدليس أن يتمسك بالشروط التي تحظر رد السلعة أو تقيد ذلك الرد بشروط معينة .

المطلب الرابع

حق الرجوع

تمهيد وتقسيم :

لم تعتبر بعض القوانين أن القبول هو نهاية المطاف في إبرام العقود خاصة تلك التي تبرم عن بعد وباستخدام الوسائل الحديثة والالكترونية كالبيع " بالتلفزيون - التليفون - الفاكس - الانترنت " ، بل تأكيداً منها في حماية المستهلك من الاندفاع في التعاقد في بعض أنواع البيوع ، وهي تلك التي تأتي فيها رادة المشتري إرادة متسعة متأثرة بوسائل الدعاية والإعلام الحديثة أو تحت ضغط إغراءات وتسهيلات البائع بحيث لم يأخذ المشتري الوقت الكافي للتدبر والتأمل فضلاً عن قلة خبرته أو انعدامها أحياناً فيما يتعلق بموضوع العقد . فرخص المشرع للمستهلك في مثل هذه الظروف باستخدام حق الرجوع في التعاقد، وبمحض إرادته ومنحه مهلة لاستخدام هذا الحق في الرجوع عن العقد لذي سبق وإبرمه بالفعل^(٥٧) .

وإرساء لهذا المبدأ نص المشرع الفرنسي صراحة على حق الرجوع في المادة الأولى من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٨٨ الصادر في ٦ يناير سنة ١٩٨٨ المتعلق بالبيع عبر المسافات والبيع عن طريق التلفزيون على أنه " في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن لمشتري المنتج وذلك خلال سبعة أيام كاملة تحتسب من تاريخ تسلمه طلبه

(٥٧) د/ محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، مرجع سابق ، ص ١٠٨ .

الحق في ارتجاعه إلى البائع ، أما لاستبداله بأخر ، أو لردده واسترداد ثمنه دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد (٥٨) .

هذا وقد أخذ بهذا النص في المادة ١٢١- ١٦ من قانون الاستهلاك الفرنسي - كما نظم العقد النموذجي الفرنسي أيضاً أحكام الرجوع وذلك في البند التاسع تحت عنوان " مدة الرجوع" فنص على أن مدة الرجوع هي سبعة أيام من أيام العمل تحسب بالنسبة للسلع من تاريخ تسلم المستهلك لها ، أما بالنسبة للخدمات فتحسب من يوم انعقاد العقد ، وذلك إذا كان المستهلك قد تسلم التأكيد من التاجر بما يتضمنه من معلومات بالبريد الإلكتروني - أما إذا لم يحترم التاجر التزامه بالتأكيد بالبريد الإلكتروني تمتد مدة الرجوع إلى ثلاثة أشهر تحسب بالنسبة للسلع من يوم تسلم المستهلك لها ، وبالنسبة للخدمات من يقوم انعقاد العقد ، وأذل سلم التأكيد خلال هذه الشهور الثلاثة احتسبت مدة الأيام السبعة من يوم تمام التأكيد المذكور ، وإذ باشر المستهلك حقه في الرجوع التزم التاجر بأن يرد له المبالغ التي دفعها دون أية نفقات إضافية ، وذلك خلال ثلاثين يوماً كحد أقصى (٥٩) .

وأخذت عدة قوانين بهذا المبدأ منها القانون الصادر في ٢٥ أغسطس سنة ١٩٨٣ لكسمبرج الذي يحمي المستهلك في مثل هذه البيوع في المادة السابعة منه ، والتي تنص على أنه " في العقود التي تبرم عن طريق المراسلة بين مورد مهني ومستلك غير مهني ، يكون من حق هذا الأخير خلال مهلة سبعة أيام من تاريخ الطلب أو من تاريخ تمام الشراء ، وخلال

(٥٨) نص المادة باللغة الفرنسية :

POUR Toutes les operations de vente a distance lachetur de produit dispose d'un de lai de sept joursen france a competeir de lalivraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour echange ou remboursement sans penalties a exception des frais de retour.

(٥٩) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد ، مرجع سابق ، ص ١٠٦ - ١٠٧.

مهلة خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام البضائع أن يرجع في الصفقة بخطاب مسجل بعلم الوصول (٦٠) .

كذا القانون الانجليزي الصادر عام ١٩٤٦ بشأن البيع الايجاري حيث أعطى المشتري حق خيار الرجوع في مدة أربعة أيام تبدأ من تاريخ تسلم المشتري - المستأجر صورة من العقد . ثم امتد هذا الخيار ليشمل الائتمان الاستهلاكي في عام ١٩٧٤ وعدلت المهلة لتصبح خمسة أيام (٦١) .

أما المشرع المصري فقد انتهج هذا الاتجاه واصدر القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ متضمناً حق الرجوع في المبيع في المواد ٩، ٨، ١٠ والتي ورد نصها في متن القانون على النحو التالي:-

مادة ٨ " مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط اتفاقية أفضل للمستهلك ، وفيما لم يحدده الجهاز من مدد اقل بالنظر إلى طبيعة السلعة للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة لحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها ، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من اجله ، ويلتزم المورد في هذه الأحوال - بناءً على طلب المستهلك - بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمته دون أية تكلف إضافية . وفي جميع الأحوال تكون مسئولية الموردين في هذا الخصوص مسئولية تضامنية .

(٦٠) جدير بالذكر أنه قد سبق هذا القانون في لكسمبورج القانون الصادر في ١٩ مايو لسنة ١٩٦١ بشأن البيع بالتقسيط وكان ها القانون هو أول قانون حديث ينظم حق الرجوع في العقد بالإرادة المنفردة للمشتري دون توقف على قبول البائع وقد اشترط هذا القانون أن يلتزم من يرجع في العقد (المشتري) بأن يدفع مقابل لهذا الرجوع لا يتجاوز ٣% من ثمن البيع .

انظر : د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، العقد غير اللزام ، دراسة متعمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، مرجع سابق ، ص ٧٧.

(٦١) د/محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، مرجع سابق ، ص ١١٥.

وفي حالة وجود خلاف حول وجود عيب بالسلعة أو مطابقته للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من اجله يحال الأمر إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً في شأنه "

مادة ٩ " يلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها أو مقابل م يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك ، وذلك في حالة وجود عيب أو نقص بها وفقاً لطبيعة الخدمة وشروط التعاقد عليها والعرف التجاري ، ويحال أي خلاف حول الإخلال بالخدمة إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً في شأنه ."

مادة ١٠ " يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك إذا كن من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون ."

وسنتعرض في هذا الموضوع إلى ثلاثة فروع على النحو التالي :

الفرع الأول : نطاق حق الرجوع .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لحق الرجوع .

الفرع الثالث : الأثر المترتب على حق الرجوع .

الفرع الأول

نطاق حق الرجوع

ينحصر نطاق حق الرجوع وفقاً لنص المادة ١٢١ - ١٦ من قانون الاستهلاك الفرنسي في ماهية المنتج الذي يمكن الجوع فيه وعمليات البيع عن بعد Operations de vente à distance والتي يندرج تحته البيع عبر الوسائل الالكترونية .

أولاً : ماهية المنتج الذي يمكن الرجوع فيه :

المنتج هو : كل منقول سواء تعلق الأمر بمادة أولية تم تحويله صناعية أو لم يتم تحويلها وسواء تعلق الأمر بمنقول اندمج في منقول آخر أو لم يندمج (٦٢) .

ورد تعريف المنتجات في المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بأنها " السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص ، وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال المورد " .

أي أن المقصود هنا هو المنتجات المادية التي تسلم حسب الطلب ويرد هذا في الإعلانات والمواقع والمتاجر الافتراضية الموجودة على صفحات ويب " كالأجهزة الكهربائية - والمعدات - والآلات - وأدوات الكتابة ... الخ " وتستبعد المنقولات المعنوية والنقود والأوراق المالية والأسهم والسندات - كذا المنتجات الغذائية التي يتم الإعلان عنها لا يجوز الرجوع فيها استناداً لنص المادة المشار إليها وذلك خشية تعرضها للتلف خلال المدة المحددة للرجوع ، أم إذا وجد بها تلف أو غير مطابقة للمواصفات فتتطبق القواعد العامة " ضمان العيوب الخفية في المبيع " أما إعادة المنتج إلى البائع لعدم رضائه الشخصي فلا يكون مسموحاً به في هذه الحالة (٦٣) . ورخصة إعادة المبيع إلى البائع التي منحها المشرع للمشتري قصد بها أن يحد من عدم التوازن في العلاقات العقدية بين الباعين والمشتريين في البيع عن بعد . فالمشرع لم يشر ، لا صراحة ولا ضمناً إلى أنه قصد بذلك أن يضع عقبات على عاتق هؤلاء الباعين (٦٤) .

ثانياً: البيع عن بعد :

ورد تعريف البيع عن بعد في قانون حماية المستهلك الفرنسي بالمادة ١٥ من القرار الفرنسي الصادر في ٣ ديسمبر سنة ١٩٨٧ الخاص بإعلام المستهلك بشأن الثمن بأنه " كل

محمود عبد المعطي خيال ، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم ، دار النهضة العربية ١٩٩٨. (٦٢)

(٦٣) Bizuel B., Letele – achat et le droit des contrats, these, paris 1996, p. 334

(٦٤) Bizuel these paris 1996. p. 335.

فن من فنون الاتصال عن بعد يسمح للمستهلك خارج الأماكن المعتادة لاستقبال العملاء بأنه يطلب منتجاً أو خدمة".

وعرفته المادة ٢ من التوصية الأوروبية سنة ١٩٩٧ بأنه " كل عقد يبرم بين المهني والمستهلك بواسطة أحد فنون الاتصال عن بعد مهما كانت التقنية المستعملة تليفون - فاكس - إذاعة مرئية - انترنت" (٦٥) . وفقاً لهذه التعريفات فإن رخصة الرجوع المشار إليها يدخل في نطاقها البيوع التي تتم عبر الرسائل الالكترونية ، وقد ورد هذا صريحاً في تعريف التوصية الأوروبية نظراً لأن كل ضوابط البيع عن بعد تنطبق على هذه العمليات .

ويثور التساؤل من هو المستفيد من هذا الحق ؟

حددت المادة ١٦/١٢١ من قانون الاستهلاك الفرنسي المستفيد بصورة واضحة بأنه المشتري ولكنه لم يحدد ماهية هذا المشتري هل هو المستهلك الذي يندفع للتعاقد على قطعة واحدة من المنتج أم التاجر الذي يعقد صفقة من ذات السلعة وجاء النص عاماً دون تحديد ذلك . لا أن الفقه اعترض على تعميم هذه الصياغة المستخدمة معللاً اعترضه بأن القانون شرع لمصلحة المستهلك ، والمستهلك يقصد به غير المهني وهو الوحيد المستفيد من رخصة الرجوع وان التوسع في استخدام هذا الحق من شأنه نفي فيد المهني من حماية تشريعية وضعت ساساً لغير المهني لعدم خبرته وعدم تخصصه واندفاعه لإبرام العقد دون تروٍ كافٍ ، وان استفادة المهني من هذا النص يناقض الهدف الذي وضع من أجله (٦٦).

وأنة بالنسبة لاستخدام هذه الرخصة في التعاملات الالكترونية التي تتسم بالإيضاح التام والبيانات الوافية حول المنتج كما تتيح للمشتري فرصة الاسترشاد بمواقع أخرى للحصول على المزيد من المعلومات عن المنتج المراد شراؤه - وإعمال هذه الرخصة في هذا النوع من التعاملات لابد وان توضع له ضوابط تختلف عما هو متبع بالنسبة للتعاقد عبر "

(٦٥) انظر : د/ محمود عبد المعطي خيال ، التعاقد عن طريق التلفزيون ، مرجع سابق ، ص ٩٤.

(٦٦) G. CAS., R. Bout. Lamy droit economique, concurrence distribution, consommation, avec La part. De Ferrier, Lamy. 1995 no 2602.

التليفزيون - والتليفون - والفاكس "، لأن التعاملات التي تتم عبر الوسائل الأخيرة نطلق عليها مسمى " التعاقد من خلال معلومات مقيدة " فلا يستطيع العميل " المستهلك " الحصول على أية بيانات خلاف ما يملي عليه هاتفيا أو يعرض على شاشات التليفزيون ويتعذر عليه الحصول على المزيد من المعلومات ، وهنا يستوي المهني وغير المهني لذا فإننا نتفق وعمومية النص في مفهوم المستهلك سواء أكان مهنيًا أم غير ذلك ، خاصة في البيوع التي تتم عبر الهاتف والتليفزيون . ما التعاقدات التي تتم عبر الوسائل الالكترونية " شبكة الانترنت " فيجب أن نفرق فيها بين المهني وغير المهني .

الأول : المهني - ليده الفرصة الكافية للتأكد من المنتج وما يبيث عنه من معلومات من مصادر مختلفة وخاصة إذ ما كانت هناك إجراءات تفاوض سابقة لإبرام العقد - والسماح له باستخدام هذه الرخصة قد يشوبه فرض سوء النية - مثال ذلك - أن يقوم بتعطيل و إفساد صفقة معينة إذا استدام هذا الحق .

لكن إذا وجدت أسباب للرد مثل عدم المطابقة أو اختلاف في البيانات المتعلقة بالمنتج فيجوز له استخدام القواعد العامة وفقاً للمسئولية الواقعة عليه عقدياً كانت أم تقصيرية .

الثاني : غير المهني - المستهلك - فهو أيضاً يتمتع بفرصة كبيرة للتأكد من صحة المعلومات والحصول على المزيد منها - إلا أنه يمكن أن يندفع ويتعاقد لعدم خبرته أو تخصصه ، وبذلك يستفيد من الحق الذي كفله له نص المادة من القانون سالف الذكر .

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لحق الرجوع

يخول المشرع الفرنسي في المادة ١٢١ - ١٢٦ من قانون الاستهلاك للمشتري بقاعدة أمرة أن يرجع في تعاقدته بإعادة المبيع أو استرداد الثمن . ورد هذا أيضاً في قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ في المواد ١٠ ، ٩ ، ٨ السابق بيانها. كما تكيف الرخصة القانونية بإعادة المبيع يمكن أن يتوقف على لحظة إبرام العقد وعلى لحظة نقل ملكية

المبيع^(٦٧) بذلك أصبحت هذه الرخصة من النظام العام والهدف منها حماية رضاء المشتري ، والرضا كن من أركان العقد ، وبناءً عليه لا يستطيع المشتري أن يتناول ن هذا الحق أو يتم الاتفاق على مخالفته ، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً .

ولكن عندما تلاقي إرادة الطرفين وفي كل منهما بالتزامه نحو الآخر وينعقد العقد وفقاً للقواعد العامة ، فما هو تأثير هذا الحق في العقد بعد إبرامه هل يؤجل الوجود القانوني للعقد لحين انتهاء المهلة المسموح بها أم أنها غير مؤثرة على هذا العقد .

اختلفت الآراء في هذا على النحو التالي :

الرأي الأول : أن البيع الذي يتضمن حق الرجوع مازال في مرحلة التكوين ، وان المدة المحددة للرجوع ما هي إلا فترة للتفكر والتروي في أمر هذا العقد معنى ذلك أن الاتفاق الذي تم بين الطرفين عن بعد لم يكن المقصود منه إبرام العقد بصفة نهائية ، وإنما مجرد الرغبة في إبرامه ولا ينعقد العقد إلا بعد انقضاء هذه المهلة حتى يكون المشتري قد نال الوقت الكافي للتفكر والتدبر ومن ثم يكون رضاؤه قد اكتمل . معنى هذا أن إعلان القبول المبدئي ، لا ينعقد من خلاله العقد إلا بعد استمرار هذا القبول حتى انقضاء المدة المحددة للرجوع فيصبح قبولاً نهائياً يبرم من خلاله العقد .

وتتفق مع هذا الرأي النظرية الألمانية المعروفة Punctuation وتعني الاتفاق على بعض عناصر العقد وهي مرحلة في تكوين العقد وليست العقد النهائي ذاته وتنص المادة من القانون المدني الألماني على أن " الاتفاق على بعض الشروط لا يكفي لانعقاد العقد حتى ولو كانت تلك الشروط هي الشروط الرئيسية وتم صياغتها كتابة " ^(٦٨) .

(٦٧) Calais- Aulnoy (J)., La loi sur le de marehageado micile et la protectiondes consommateurs, Dalloz 1973, p. 266.

(٦٨) د/ محمود عبد المعطي خيال ، الوعد بالعقد ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ٤٦ ، ٤٧ .

وقد دافع عن هذه النظرية بعض الفقه الفرنسي لأنها تتفق مع الرأي الأول - في أنها تؤدي إلى عدم الأضرار بالقوة الملزمة للعقد بحيث أن العقد لا ينعقد عد استخدام هذا الحق . ويبرم العقد تدريجياً وهذا التدرج باعتبار أن الرضا الأول مشكوك في قيمته من قبل المشرع ، أما لاندفاع المشتري في قبول الصفقة دون أن يمنح الفرصة الكافية لدراسة وتدبر مدى ملائمة المبيع لحاجته ^(٦٩)، وأما لوجود عيب اثر في هذا الرضا .

وهذا لا يعني أن القبول المبدئي مجرد من كل قيمة قانونية ، بل يتمتع بقيمة قانونية ذاتية هي المحرك الفعلي للعلاقة التعاقدية بمجرد انتهاء المدة المقرر لحق الرجوع فتصبح هذه العلاقة نهائية وباتة بمجرد انتهاء هذه المدة دون رجوع في التعاقد .

وقد شبه أحد الفقهاء التكوين التدريجي للعقد بحالة الحمل - فالعقد في المرحلة الأولى للرضا يكون في حالة سكون كالحمل المستكن أو " المضغة أو الجنين " وتشبيه العقد بالجنين في هذه الفترة من الحمل يعني أنه مازال مجرد بذرة أو نطفة لا يخرج إلى الحياة إلا بالمحافظة عليه طول فترة الحمل مستكناً دون تدخل إرادي لمنعه وأسقطاه . فإذا ما حافظ المشتري على رضائه الأول ولم يشأ أن يرجع عنه بإرادته المنفردة خلال المهلة المحددة تولد العقد وخرج إلى الحياة القانونية . ويترتب على ذلك أن العقد إثناء هذه المهلة ، ما دام لم يصبح نهائياً ، فلا يترتب أية آثار تماماً كالجنين الذي لا يكتسب الشخصية القانونية إلا باستمرار الحمل حتى تمام ولادته حياً^(٧٠).

الرأي الثاني : يخالف الرأي الأول في أن حق الرجوع لا تأثير له في العلاقة العقدية إذا العقد يبرم بمجرد تطابق الإرادتين خاصة وإن البيوع التي تتم عبر الوسائل الالكترونية أو عن طريق التليفزيون يتسلم فيها البائع كامل الثمن قبل تسليمه المبيع وبالتالي يكون للمشتري

^(٦٩) Raymond Baillod, le droit de repentir, Rev Trim Droit, civ. 2 avril 1984 – 83– p 223

^(٧٠) انظر : د/ محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، مرجع سابق ، ص ١٣٨ - ١٣٩ .

حق الرجوع في عقد ابرم بالفعل وأصبح تاماً ونافاً بإرادته المنفردة وله الحق في نقض العقد خلال المدة المحددة للرجوع .

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن الملكية قد انتقلت إلى المشتري وتسلم بالفعل الشيء المبيع ومن ثم يسري عليه ما يسري على عقود البيع من قواعد، ومنها على سبيل المثال نقل تبعه هالك المبيع فهي تقع على المشتري الذي انتقلت إليه الملكية بالفعل حتى قبل انتهاء المهلة المحددة للرجوع في البيع (٧١) .

اتفق البعض (٧٢) في الرأي الأخير من أننا أمام عقد ابرم بالفعل ، وأصبح تاماً ونافاً لتوافر كفة أركان العقد وله قوت الملزمة ، إلا أن المشرع لو ترك العقود المبرمة عن بعد للقواعد العامة لأضر بمصلحة المستهلك الذي يمثل الطرف الضعيف فيها لأن القواعد العامة لا تجيز للمستهلك استخدام حق الرجوع أو التقاضي إلا إذا توافر عيب من عيوب الإدارة " غلط - تدليس - أكراه - استغلال " أما إذا استند في طلبه بأنه تسرع في التعاقد فلا سبيل له لتطبيق القواعد العامة - لذلك فإن المشرع المصري والفرنسي حرصاً منهما على مصلحة المستهلك في البيع عن بعد اصدرنا قانون الاستهلاك وأعطيا للمستهلك حق الرجوع بعد إبرام العقد خروجاً على القواعد العامة بإرادته المنفردة - بذلك أصبح حق الرجوع من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته.

الفرع الثالث

الأثر المترتب على استعمال حق الرجوع

عندما سن المشرع الفرنسي القانون رقم ٨٨/٢١ الصادر في ٦ يناير سنة ١٩٨٨ حول البيع عبر المسافات والبيع عن طريق التلفزيون ليقرر فيه صراحة حق الرجوع وما نص

(71) Gilles paisant. La Loi du 6Janvier 1988 sur les operations de vente a distance " Tele- a chat" J.C.P. 1998 no 18& 19.

(٧٢) انظر : د/ محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، مرجع سابق ، ص ١٤١ .

عليه في المادة الأولى منه والتي تقضي بأنه " في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن لمشتري المنتج ، وذلك خلال سبعة أيام كاملة تحسب من تاريخ تسلمه طلبه الحق في ارتجاعه إلى البائع أما لاستبداله بأخر ، أو لرده أو استرداد ثمنه دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد .

قصد المشرع من هذا حماية المستهلك من خطئه الشخصي ، وهو الاندفاع للتعاقد نتيجة الإغراءات الدعائية دون إبداء أية أسباب أخرى . في حين أن القاعدة تنص على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذ لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتضى^(٧٣).

لذلك فإن هذا الحق يعد تعدياً على القوة الملزمة للعقد - لأنه عندما تكتمل أركان العقد ويقوم كل طرف بتنفيذ ما عليه من التزامات - خاصة في عقود البيع الإلكتروني التي نحن بصدها والتي يقوم فيها المشتري بدفع ثمن المبيع قبل استلامه وينفذ المتاجر التزامه بتسليم المبيع - بذلك يكون العقد نافذاً فلا يجوز انحلاله أو فسخه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين .

أما إذا اخل أحد الطرفين بالتزام من التزاماته جزاً للطرف الثاني أن يعذره ويطلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتضى - لكن باستخدام حق الرجوع - فقد نصب المشرع من المستهلك قاضياً يحكم بفسخ العقد من تلقاء نفسه دون تعويض للطرف الآخر رغم عدم إخلاله بأي من التزاماته ، ولكن لمجرد أن السلعة لم تصادف هوى المشتري أو أنه ادفع لشرائها دون ترو كاف نتيجة الدعاية المغرية .

في حين أن المشرع الفرنسي الذي اقر حق الرجوع بلا أي ضابط هو ذاته الذي نص في المادة ١/٣٢ من القانون رقم ٥٧/٢٩٨ الصادر في ١١ مارس سنة ١٩٥٧ بشأن حق المؤلف على أنه " بالرغم من تنازل المؤلف عن حقوق الاستغلال فإنه يتمتع ، حتى بعد نشر مصنّفه بالحق في إعادة النظر أو السحب في مواجهة من آلت إليه حقوق الاستغلال ويلتزم

(٧٣) مادة ١/١٥٧ مدني مصري .

المؤلف في هذه الحالة أن يعرض مقدماً المتنازل إليه عن الضرر الذي قد يصيبه جراء هذا الرجوع أو السحب (٧٤).

كما أن المشرع الفرنسي لم يقف عند حد التعويض فقط بل اشترط على المؤلف - بأنه بعد قيامه بالتعديل اللازم في مصنفه لابد وان يتعاقد مع نفس الناشر الذي سحب المنصف من بين يديه وب نفس الشروط السابقة للسحب وفقاً لنص المادة ٢/٣٢ من ذات القانون .

قصد المشرع من هذا حماية الناشر من إساءة استخدام هذا الحق ، وقيام المؤلف بسحب مؤلفه بهدف إعادة التعاقد مع ناشر آخر وبشروط أفضل ، وذلك بوضع قيود على استخدام حق الرجوع وهي " التعويض المقدم وإعادة التعاقد مع نفس الناشر " .

واخذ المشرع الفرنسي أيضاً بحق الرجوع في التشريع الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٧١ الخاص بالتعليم بالمراسلة وقرر في ذلك - منح طالب العلم الذي يتلقي العلم عن طريق المراسلة أن يرجع في تعاقدته الذي سبق له أن أبرمه مع المؤسسة التعليمية وذلك خلال ثلاثة شهور من تاريخ بدء تنفيذ العقد وتسلم الطلب وسائل التعليم . وهذا الخيار متروك لمحضر إرادة الطالب ولظروفه الخاصة . على أن يلتزم بتعويض المؤسسة التعليمية بمبلغ لا يزيد عن ٣٠% من اجر التعليم (٧٥).

(٧٤) نص المادة بالفرنسية .

" Nonobstant la cession de son de soit d'exploitation lauteur, meme posterierment a la publication de son owuvew, Jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis- a- vis du cessionnaire, il ne peut toutfois exercer ce droit qu' a charge d'indemniser prealablement le cessionnaire du prejudice que ce repontir ou ce retrait lui causera"

(75) Didier ferrier, les dispositions s'ordre public visamt a preserver la reflexion des contractants, dalloz, 1998 chron . p 177 N2

من هنا يتضح أن المشرع الفرنسي في كافة تشريعاته التي أورد فيها حق الرجوع قرر أنه عند استخدام هذا الحق لابد وأن يعرض الطرف الآخر نظير ما قد يتعرض له من أضرار نتيجة استخدام هذا الحق .

في حين أن نفس المشرع في القانون رقم ٨٨ - ٢١ حول البيع عبر المسافات والبيع عن طريق التليفزيون لم يضع أية ضمانات للبائع عند استخدام حق الرجوع من الطرف الآخر وترك ذلك للقواعد العامة .

وكان موقف المشرع المصري من استخدام حق الرجوع في القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الملغي والذي كان متعلقاً بحماية حق المؤلف في المادة ٤٢ منه على أن " للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب خطيرة ، أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب المؤلف ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعرض مقدماً من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً يدفع في غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل اثر للحكم " .

في هذه المادة اثر المشرع المصري إلا يهدر حق الناشر في العقد المبرم بينه وبين المؤلف بصورة مطلقة، وإرادة المؤلف المنفردة والتحكمية فيجب أن يستند المؤلف في سحب مصنفه إلى أسباب خطيرة أي سباب جدية من شأنها أن تبرر السحب لا إلى أسباب واهية أو وهمية ترجع إلى المزاج الملائمة - لأن الصنف بعد نشره تعلقت به حقوق للغير وهو الناشر فسحب المصنف والأضرار بهذه الحقوق يجب أن يبرره حق أدبي للمؤلف اقوي من الحق المادي للناشر^(٧٦) ، وإذا وقع خلاف في جدية الأسباب أو في كفايتها تولى القضاء حسم النزاع في ذلك ، ومتى أقر القضاء للمؤلف سحب مصنفه قدر تعويضاً عادلاً للناشر ويجب أن يدفع المؤلف هذا التعويض مقدماً قبل سحب المصنف بالفعل . وإذا لم يدفع المؤلف هذا التعويض في المدة المحددة لذلك زال اثر الحكم ويعود المصنف مرة أخرى للتداول .

(٧٦) د/عبد الرشيد مأمون شديد ، الحق الأدبي للمؤلف ، النظرية العامة وتطبيقاتها ، ط ١٩٨٧ ، ص ٥٧٠ وما بعدها .

أيضاً نص قانون حماية الملكية الفكرية المصري الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ في المادة ١٤٤ على أنه " لمؤلف وحده - إذا طرأت أسباب جدية - أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي ، ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعرض مقدماً من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً يدفع في غضون أجل تحدده المحكمة ولإزالة كل اثر للحكم .

بذلك يكون هناك توافق بين التشريعين الفرنسي والمصري على مبدأ التعويض في حالة استخدام المؤلف لحق الرجوع نظراً لما قد يلحق الناشر " الغير من ضرر نتيجة استخدام هذا الحق .

كما أن المشرع المصري في قانون حماية المستهلك الجديد رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ وضع قيود للمستهلك في استخدام حقوق الرجوع - ويتضح ذلك في نص المادة ٨ " للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها ، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله ، ويلتزم المورد في هذه الأحوال - بناءً على طلب المستهلك - بإبدال السلعة أو استعادته مع رد قيمتها دون أي تكلفة إضافية " .

ونظراً لأن التشريع الفرنسي بشأن حق الرجوع قد خلا من أية ضوابط عند استخدام المستهلك لهذا الحق فقد يترتب عليه بعض الآثار منها ما هو سلبي والآخر ايجابي .

أولاً : الأثر السلبي المترتب على استخدام حق الرجوع :

أن إطلاق حق الرجوع في يد المستهلك بلا ضابط قد يجعل المستهلك ينجح بهذا الحق ويسئ استخدامه سواء بحسن نية أو بسوء نية غير ظاهر لأنه لا يبدي أية أسباب في حالة استخدامه لهذا الحق ، ويقوم بفسخ العقد بإرادته المنفردة مع استرداد ما قام بدفعه كاملاً فيما عدا بقيمة مصروفات رد المبيع وذلك بنص القانون دون أن يكون للبائع أي وجود في هذا

الشأن - لذا فقد يترتب على استخدام هذا الحق ولو بحسن نية بعض الضرر للبائع وغالباً ما تكون إضراراً مادية.

مثال ذلك :-

قام أ المصري الجنسية بعرض سلع ما على الموقع الخاص به إلى شبكة الانترنت ملتزماً بكافة الضوابط اللازمة للعرض متعهداً بتنفيذ ما عليه من التزامات كبائع ، وحدد سعر السلعة بمبلغ ألف دولار .

وقام ب المقيم في فرنسا بقبول العرض و أبرم العقد بتوافق الإرادتين وقام ب إرسال قيمة السلعة ، وفيأ التزامه ورسـل إليه البضاعة - وعقب ذلك ارتفع سعر صرف الدولار من خمسة جنيهاً إلى سبعة جنيهاً خلال يومين من تاريخ تسليم المبيع - وفوجئ أ بعد مرور خمسة أيام بقيام ب بإعادة إرسال السلعة إليه مطالباً أ بالمبلغ الذي دفعته دون إبداء أية أسباب لذلك .

من هنا يتضح أن هناك ثمة ضرر سيلحق بالبائع أ كالتالي :

من المتعارف عليه تجارياً أن التاجر لا يحتفظ بقيمة البضائع المباعة على ذمة المشتري بل يقوم بإدارة هذه المبالغ المالية في تجارته بسعر صرف العملة وقت البيع خمسة جنيهاً للدولار .

وفي حالة رجوع ب - يقوم أ بتدبير قيمة البضاعة التي ردت إليه وهي الألف دولار أي أنه سيتكبد خسائر تقدر بحولي ألفي جنيه مصري فرق سعر صرف العملة .

قد يتعذر على البائع أ إعادة بيع السلعة مرة أخرى نظراً لارتفاع ثمنها وفق لسعر الصرف. وقد يتغير سعر الصرف مرة أخرى وينخفض عن السعر الذي رد إلى ب وهنا تكون الخسائر حتمية على البائع .

أيضاً يفترض أن يقع هذا الضرر على المستهلك ب إذا حدث عكس التصور السابق - بكن مردود على ذلك بأن المستهلك استخدام حق الرجوع بإرادته المطلقة فعية أن يتحمل ما يترتب على ذلك من أضرار طالما أنه استخدام الحق بإرادته دون أن تكون هناك أسباب أو دوافع سوى انسياقه أو اندفاعاته وراء الأساليب الدعائية .

وبالقياس فإن الضرر الذي لحق بالبائع لم يكن له أي خيار فيه بل مجبر على تنفيذه دون اعتراض أو رفض لأي سبب إلا إذا اثبت أن المستهلك كان سيء النية عندما استخدم هذا الحق.

وهناك العديد من الأمثلة لما يترتب على استخدام حق الرجوع من اثر سلبي .

ويرى الباحث :

يؤدي تطبيق حق الرجوع إلى قيام التاجر ببذل طاقاته وجهده في أن تكون دعايته للمنتج مطابقة للحقيقة تماماً وواضحة . ويحد من نسبة الإغراءات التي تدفع المستهلك للتعاقد دون ترو كاف - بذلك - يستخدم هذا الحق في أضيق الحدود .

استخدام هذا الحق يكفل للمستهلك تنفيذ إرادته في الرد أو الاستبدال خلال المدة التي يحددها القانون دون اللجوء إلى نزاعات قضائية قد تكبده أعباء مالية اكبر من قيمة السلعة المتعاقد عليها هذا بالإضافة إلى ما يهدر من وقت إلى أن يحصل على حقه من خلال إجراءات التقاضي وبالنسبة إلى عقود البيع التي تبرم عبر الوسائل الالكترونية على سلع استهلاكية بسيطة ويكون أحد أطرافها المستهلك غير المهني لا تدع مجالاً للتفاوض عليها لنموذج معد مسبقاً بمعرفة البائع ولمصلحته وذلك على ضوء المنافسة وقواعد السوق التي لا تدع مجالاً كبيراً للفروق بين العروض المقدمة من حيث الجوهر - بما يضع المستهلك أمام نوع من عقود الإذعان .

وباستعراض ما سبق بشأن حق الرجوع والآخر المترتب عليه يتضح أنه ليس هناك حق على أطلاقاته دون ضوابط تحد من استخدام هذا الحق حتى الحقوق الطبيعية التي وهبها الخالق

لبنى البشر وضع لها ضوابط لمنع إساءة استخدام هذه الحقوق حتى تسود العدالة والبعد عن الهوى ومناصرة طرف على الآخر ، ويؤكد هذا ما تضمنه التشريع الفرنسي والمصري في كافة القوانين التي تجيز حق الرجوع منها قانون " حماية الملكية الفكرية وقانون حماية المستهلك " بوضع شروط لحماية طرفي العقد - كما اشترط تعويض الناشر قبل قيام المؤلف بسحب مصنفه - أي أجاز التعويض عند استخدام حق الرجوع إلا أن المشرع الفرنسي اصدر القانون رقم ٨٨-٢١ الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨ متعارضاً مع إجازته للتعويض في القوانين الأخرى إذا أعطى للمستهلك حق الرجوع دون أي تعويض أو ضابط آخر سوى إرادته المنفردة بما يتعارض مع الناموس الطبيعي لمجريات الأمور الحياتية ..لذا فانه إذا استخدم المستهلك حق الرجوع دون إبداء أية أسباب لاستخدام هذا الحق - لمجرد أنه لم يصادف هواه - فيتم خصم ١٠% من قيمة البضاعة في حالة ردها للحصول على قيمتها بالإضافة لمصروفات النقل .

الخاتمة

أولاً:-النتائج:-

في نهاية هذه الدراسة توصل الباحث إلى النتائج الآتية :-

١. إن مسألة تحول المشرع الفرنسي من النزعة الموضوعية إلى النزعة الذاتية أدت إلى نتيجتين مهمتين: الأولى اندماج السبب ومحل العقد في ركن الرضا، مما دفع البعض إلى الاعتقاد بأن المحل والسبب قد حذفاً من مرسوم ٢٠١٦ واستبدلاً بمضمون العقد، والثانية هي وأن لم يذكر السبب بشكل صريح إلا إن هناك دلالات نصية ضمنية توصل إليه، إشارة من المشرع الفرنسي إلى أن وجود السبب في نظرية العقد واستمراره من المسلمات، فهو وإن لم يعد شرطاً مستقلاً عن ركن الرضا في العقد إلا إنه هو الذي يحرك عنصر الإرادة نحو التعاقد، ومن ثم وجوده ضرورة منطقية فمن غير المعقول أن تتجه

إرادة صحيحة إلى التعاقد دون سبب محدد، فضلاً عن أن المتعاقد لم يبرم العقد إلا للوصول إلى غرض معين، وإن كان مجهولاً تماماً من قبل الطرف الآخر.

٢. تجب الإشارة إلى أنه حسب القانون الإنجليزي فإن التنفيذ التام لبنود العقد المفروضة على أحد أطرافه يعفي هذا الأخير من كل المسؤولية المتولدة عن ذلك العقد رغم أن الطرف الآخر قد يبقى ملزماً بقدر الالتزامات المتعلقة به، إلا أن مجرد الاستحالة في التنفيذ الناشئة بصورة لاحقة للعقد تؤدي إلى انقضاء العقد حتى ولو لم يرتكب الملتزم بالعقد أي خطأ فيتعين عليه أداء التعويض المناسب رغم وجود الاستحالة، وذلك ما لم يشترط في العقد عكس ذلك

٣. هذا ونجد أن القضاء الإنجليزي قد ذهب إلى عدم إجبار المخل بالتزاماته القائمة على المعيار الشخصي، بتنفيذ التزاماته بصورة عينية، ذلك أنه اعتبر التنفيذ العيني وسيلة استثنائية وليس أصلية في مواجهة الإخلال بالتزامات في القانون الإنجليزي، وذلك عكس المشرع الألماني الذي جعل التنفيذ العيني هو الصورة الأكثر شيوعاً لإصلاح الإخلال بالعقد.

٤. أما المشرع الفرنسي فإنه رتب جزاءات قانونية على الإخلال بالرابعة التعاقدية، ذلك أن عدم تنفيذ العقد من قبل أحد الطرفين يخول كقاعدة عامة جزاء يتمثل في تعويض المتضرر عن الأضرار التي لحقت به من جراء عدم التنفيذ، ما لم يكن تنفيذ الالتزام مستحيلًا بسبب القوة القاهرة أو ما يوازيها، شريطة إثبات أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، كما خول المشرع لطرفي العقد الملزم لجانبين التمسك بمجموعة من الآليات القانونية في حالة امتناع أحد أطرافه عن التنفيذ من قبيل الدفع بعدم التنفيذ متى كان العقد تبادلياً أو ملزماً لجانبين وكانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء مع مراعاة حسن النية ، كما يمكن للدائن أن يطالب بفسخ العقد متى توفرت شروطه.

٥. إن مشروع وزارة العدل الفرنسية ٢٠٠٨ نظم صورة جديدة لمضمون العقد هي المضمون الشكلي للعقد، ومقتضاه حرية المتعاقدين في تحديد شكل العقد، بخلاف مرسوم

٢٠١٦ ومشروع كتالا ٢٠٠٥، اقتصر على تنظيم المضمون القانوني أو المضمون الموضوعي للعقد، أما شكل العقد فمحدد من قبل القانون، ولما شأن لإرادة الطرفين في تحديده، كما أدخل المشروع فكرتين جديدتين هما فكرة مضمون العقد، وفكرة المصلحة أو الفائدة من العقد.

٦. إن الإخلال بمضمون العقد ومضمون الالتزام العقدي هو المجال الذي يفرق فيه المشرع الفرنسي بين المفهومين؛ إذ قرر جزاء بطلان العقد في حالة عدم استيفاء مضمونه، بينما رتب جزاءات أخف وطأة عند الإخلال بمضمون الالتزام العقدي.

ثانياً:- التوصيات

٥- إن التفاوض أمر ضروري و لصيق بحياة الإنسان منذ القدم و علي مر العصور ، إلا أن أهميته لم تظهر إلا في العصر الحديث ، حيث كان للتطورات الاقتصادية و التكنولوجية الهائلة التي شهدها هذا العصر عظيم الأثر علي بنيان العقد و تكوينه ، فقد أصبحت أعداد كبيرة من العقود تتسم بالتركيب و التعقيد الفني ، بحيث بات من الضروري التفاوض علي هذه العقود بداءة ودراستها دراسة مستفيضة حتي يمكن التوصل إلي إبرامها . و من هنا برزت أهمية دراسة المرحلة السابقة علي التعاقد ، ومدي ما يمكن أن يترتب عليه من آثار قانونية .

ورغم هذه الأهمية التي أصبح يحظى بها التفاوض علي العقد في العصر الحديث ، إلا أن التقنيات عداً المدنية الحديثة لم تتناوله بنصوص خاصة ،جاءت هذه النصوص غامضة و غير كافية لحسم مشكلات التفاوض . ولقد أدى الفراغ التشريعي إلي حدوث خلاف كبير في الحلول التي أخذ بها الفقه و القضاء المقارن.

٦- التفاوض علي العقد ليس مجرد عمل مادي غير ملزم ، وإنما هو تصرف ذو طبيعة عقدية عند وجود اتفاق تفاوض . و أن هذا الاتفاق ينشئ التزامات تقع علي عاتق الطرفين أثناء التفاوض. إذ أن المعمول به في الحياة العملية ، سواء في القانون المصري أو في القوانين الأخرى ، هو ضرورة التفرقة بين ما إذا كانت المفاوضات مصحوبة أو غير

مصحوبة باتفاق تفاوض. فإذا كانت المفاوضات غير مصحوبة باتفاق تفاوض صريح ، كانت المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية . و ذلك فيما عدا القانونين الألماني و السويسري اللذين يعتبران المسؤولية في تلك الحالة شبة عقدية تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية . أما إذا كانت المفاوضات مصحوبة باتفاق صريح فإن المسؤولية تكون حينئذ عقدية.

٧- إن هناك مستندات يتم تبادلها خلال المرحلة السابقة علي التعاقد ، متي انعقدت صحيحة فإنها تنشئ علي عاتق الأطراف التزامات تبادلية معينة ، و ينشئ عن ذلك التزام أساسي بالتفاوض بحسن نية ، إذ طبقاً للقواعد العامة يلتزم الطرفان بتنفيذ اتفاقهما بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . إذ يجب علي المتفاوض أن يكون حسن النية بالفعل أثناء التفاوض حتي يفي بالتزامه ، و لا يجوز أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه من جهد لكي يكون حسن النية فلم يستطع، لأن حسن النية كل لا يتجزأ ، فإما أن يكون الشخص حسن النية أو سئ النية ولا شيء غير ذلك ، كما أن حسن النية يدخل بالضرورة في تقدير الطرفين عند دخولهما في التفاوض علي عقد المراد إبرامه ، بحيث لو علم أحدهما أن الآخر لن يكون حسن النية لامتنع حتما عن الدخول في التفاوض.

٨- الالتزام بالتفاوض بحسن نية يتفرع عنه التزامات أخرى تقع علي عاتق الطرفين ، لأن هذه الالتزامات يستلزمها حسن النية في التفاوض، وهي الالتزام بالإعلام ، وهو الذي يقتضي الشفافية في التفاوض ، و كذلك الالتزام بالتعاون من أجل إنجاز المفاوضات ، والالتزام بمواصلة التفاوض . و أيضا الالتزام بالمحافظة علي الأسرار التي يكشف عنها التفاوض .

٩- أن الأطراف المتفاوضة تحرص عادة ، خاصة في التفاوض علي العقود الهامة ، علي إبرام اتفاقات تمهيدية لتنظيم عملية التفاوض و حسم المشكلات التي يمكن أن تنشأ عنها.

١٠- أن الصياغة القانونية و هي التجسيد المادي للإرادة التعاقدية وتجسيدها في كيان مادي ملموس ، تعد المعيار الأساسي الذي نرجحه في تقرير ثبوت عنصر الإلزام القانوني أو نفيه ، بالنسبة لمستندات الموقعة و الوثائق الصادرة في المرحلة السابقة علي التعاقد النهائي المنشود ، إذ تعكس فحوي العبارات و مضمون الألفاظ التي تصاغ بها المستندات قبل التعاقد ، اتجاه

النوايا التعاقدية للأطراف في إلزام نفسها من عدمه ، فيما أمهرته من توقيعات في مستندات الخطابات الفردية أو وثائق الاتفاقات الثنائية أو المتعددة ، في مرحلة ما قبل التعاقد . وهو الأمر الذي نبهنا إليه في الصياغة القانونية بصورة عامة ، من طرق يجب إتباعها و شروط يستلزم توافرها ، و أثرها في المناط الإلزامي للمستند الموقع أو الوثيقة الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد.

١١- لم يحض مصطلح مستندات ما قبل التعاقد ، بمفهوم قانوني محدد أو واضح ، بين مختلف الأوساط التعاقدية للأنظمة القانونية الرئيسية ، بل علي العكس من ذلك ، فقد كان التباين فيها جلياً حول تحديد الهوية القانونية لهذه المستندات و بما تمليه مواقف تلك الأنظمة من لحظة إبرام العقد و شرائطها ، وتوزعت في ذلك بين أنظمة قانونية مضيقة ، لمدي المفاهيم التي يمكن أن تستوعبها هذه المستندات و هو ما يلمس بصفة عامة في أنظمة القانون الانجلو سكسوني ، الذي لا يعد الاتفاق أياً كانت طبيعته ملزماً قانوناً ، ما لم تكون جميع العناصر الأساسية الجوهرية و الثانوية لقيامه .و كان سبيل هذا النظام و القوانين التي تدور في فلكه ، هو تشدده في حماية الحرية التعاقدية و إعلاء سلطاتها من المساس به ، من خلال عدم زجها في الإطار التعاقدي الملزم ، دون معطيات أو معايير شخصية أو موضوعية صريحة تدل علي ذلك . فيما كانت أنظمة القانون اللاتيني و القوانين التي تنتمي إليها موسعة لمفاهيم التي يمكن أن تستوعبها هذه المستندات بتضمينها للتطبيقات القانونية الواردة في نصوصها ، و التي عالجتها التشريعات المدنية في هذه الأنظمة ، ضمن المرحلة السابقة علي التعاقد ، وهذا هو الحالة بالنسبة لتطبيقات الوعد بالتعاقد الملزمة لجانب واحد و العقد الابتدائي الملزم لجانبين ، وبعض الصور الأخرى للاتفاقات التفاوضية مثل خطابات النوايا ، تعهدات الشرف ،

١٢- يكتسب العقد قوته الملزمة بمجرد تلاقي الإيجاب و القبول ، أما المستندات السابقة علي التعاقد كالمستندات السابقة علي التفاوض المستندات الإعلانية و المستندات التفاوضية ، لم يرد نص بشأن قيمتها القانونية خصوصاً لو خلت صياغتها من أي إشارة لذلك ، أما بالنسبة

اللاحقة علي التفاوض و السابقة علي إبرام العقد النهائي عقود ما قبل التعاقد ، فإن ورد نص بشأن قوتها الملزمة ، فيظل التساؤل قائماً عن طبيعة العلاقة القانونية بينها و بين العقد النهائي ؟ و التي تظل فيما أشرنا - رهينة بصياغة المستند ما قبل التعاقد و تحريره . و أن ما يربط بين هذه المستندات جميعاً رباط واحد و هو أنها تصدر في المرحلة ما قبل التعاقدية و تتفاوت في قيمتها القانونية ، فمنها ما هو عديم القيمة ، حيث لا يولد إلا التزامات أدبية بحتة ، ومنها ما يولد التزامات قانونية حقيقية ، وليس في الإمكان ذكر أمثلة لهذه الطائفة أو تلك حيث يترك تقدير هذا كله لرجل القانون المحيط بأصول الصياغة القانونية.

١٣- كذلك لم يأل موقف الأنظمة القانونية من تقييد القوة الملزمة لمستندات ما قبل التعاقد ، سواء كانت فرضاً بحكم القانون الواجب التطبيق علي تنظيم المستند ، أو تبعاً لطوع الإرادات التي استقلت بإنشائه إلا إلي تباین واضح في أعمال أو إهمال هذه المقيدات ، تبعاً لمصدرها المنشئ لها ، القانون أو الاتفاق.

١٤- أن المسؤولية المدنية التي تنشأ في المرحلة السابقة علي التعاقد ، مسؤولية من نوع خاص ، قد تكون تارة عقدية و تارة أخرى تقصيرية ، وقد تجمع بين المسؤولية العقدية و التقصيرية.

١٥- أهم صور الخطأ العقدي في المرحلة السابقة علي التعاقد ، هي رفض الدخول في التفاوض المتفق عليه ، قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع ، استفزاز المتفاوض الآخر و دفعه إلي ترك المفاوضات ، الإخلال بالتزام بالإعلام الذي يؤدي إلي فشل التفاوض ، وإفشاء الأسرار أو استغلالها بدون ترخيص.

١٦- التنفيذ العيني الجبري مستبعد تماماً من مجال التفاوض . فلا يجوز إجبار المتفاوض المدين علي تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذاً عينياً ، حتي و لو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلاً و لا مرهقاً ، نظراً لما في ذلك من المساس بحريته الشخصية، ولعدم جدوى التفاوض حينئذ ، وإنما تقتصر مسؤولية المتفاوض علي تعويض المتفاوض المضرور تعويضاً نقدياً.

١٧- الأضرار التي يمكن أن يعرض عنها في مرحلة السابقة علي التعاقد هي : نفقات التفاوض، ضياع الوقت ، و المساس بالسمعة التجارية ، و تفويت الفرصة ، وعدم تنفيذ بنود العقد التي أبرمت مع الغير إستناداً إلي مشروع العقد المتفاوض عليه.

١٨- ان المسؤولية التقصيرية يمكن أن تنشأ في المرحلة السابقة علي التعاقد . وذلك إذا ما كان إخلال المتفاوض بالتزامه يشكل خطأ تقصيرياً ، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية ، ومن أهم صور الخطأ التقصيري هي : الدخول في التفاوض لمجرد التجسس علي الطرف الآخر ، أو لمجرد إعاقة المفاوضات ، ورشوة المتفاوض الآخر و إفساده ، والتفاوض علي ملك الغير ، و السكوت عمداً عن واقعة مؤثرة في التعاقد ، و التشهير بالمتفاوض و إساءة سمعته.

٢٠- يجب علي الطرفين المتفاوضين أن يقوموا أثناء التفاوض ، بصياغة النقاط التي توصلنا إلي اتفاق بشأنها ، في اتفاق مرحلي قبل أن يواصل التفاوض علي باقي النقاط ، فذلك يساعد كثيراً علي تنظيم المفاوضات و دفعها للأمام . إذ يعني هذا الاتفاق أن التفاوض قد انتهى بالنسبة للنقاط المفرغة فيه ، وهو ما يحول دون معاودة التفاوض بشأنها مرة أخرى ، ويلزم الطرفين بالاستمرار في التفاوض حول باقي النقاط.

٢١- إذا توصل الطرفان أثناء التفاوض إلي الاتفاق علي جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، وبقيت بعض المسائل التفصيلية دون اتفاق ،وجب عليهما أن يحددا في اتفاق مدي سلطة القاضي أو المحكم في تكميل العقد ، وذلك حتي لا يفاجئا بانعقاد العقد قبل أن يرضيا به. فإذا رغب في عدم انعقاد العقد إلا بعد الاتفاق علي باقي المسائل ، تعين عليهما أن يضمنا هذا الاتفاق قبل التعاقد علي بند يقضي صراحة بتعليق تمام العقد علي التوصل إلي اتفاق بشأن باقي المسائل .

٢٢- إذا توصل الطرفان إلي إبرام العقد النهائي بالفعل ، وجب عليهما أن يضمنا هذا العقد بنداً يحدد القيمة القانونية للاتفاقات و المحررات التي تم تبادلها فيما بينهما قبل التعاقد . كأن يقضي باستبعاد كل قيمة قانونية

المصادر والمراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

- (١) أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني ، مصادر الالتزام ط ٢ ، مطبعة مصر ، ١٩٩٩ .
- (٢) أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون المدني ، دار النهضة ، ٢٠٠٣ .
- (٣) بيار كتال، المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتزامات في القانون الفرنسي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان ٢٠١٨ .
- (٤) توفيق حسن فرج : مصادر الالتزام ، نظرية العقد ، المكتب الفني الحديث ، القاهرة ، ١٩٦٩ . الجزائري والقانون المقارن، مكتبة عين الجامعة، ٢٠١٠ .
- (٥) جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠ .
- (٦) حسام الدين الهاواني : النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول ، مصادر الالتزام، ط ٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ .
- (٧) حسن علي الذنون - النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني - دراسة مقارنة رسالة ماجستير - جامعة فؤاد الأول - مطبعة نهضة مصر - ١٩٦٦ .
- (٨) حمدي عبد الرحمن : الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، المصادر الإرادية للالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٦ .
- (٩) ربيع سميحة، التزام البائع بالتسليم في القانون المدني الجزائري، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج بالبويرة كلية الحقوق والعلوم السياسي، ٢٠١٥/٢٠١٦ .

(١٠) سليمان مرقس : الوافي في شرح لقانون المدني " في العقود المسماة " ،
المجلد الأول ، عقد البيع ، ط ١ ، مطبعة السلام ، ١٩٩٩ .

(١١) عبد الرزاق السنهوري:

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية
الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، العقد ، و المجلد الثاني ، العمل
الضار و الإثراء بلا سبب والقانون ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، دار النهضة ، ١٩٨١ .

٢ - المراجع المتخصصة :

(١) أبو العلا علي النمر : مفاوضات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة للطباعة و
النشر ، ط ٢ ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

(٢) أحمد السعيد الزقرد : نحو نظرية عامة لصياغة العقود، نحو نظرية عامة لصياغة
العقود ، دراسة في مدى القوى الملزمة لمستندات التعاقد ، المكتبة العصرية ،
٢٠١٠ .

(٣) أحمد شرف الدين: أصول الصياغة القانونية للعقود تصميم العقد، ط ٢، دار النهضة
العربية، القاهرة، ١٩٩٣ .

(٤) أحمد عبد التواب محمد بهجت : الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد ، دراسة
قضائية فقهية مقارنة بين القانون الفرنسي و البلجيكي و المصري ، الطبعة الأولى
، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

(٥) أحمد عبد الحميد عشعوش: قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، الطبعة
الأولى، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٩ .

(٦) جمال عبد الرحمن محمد علي: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية، ط ١، دار
النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ .

٧) **حسام كامل الياهواني**: الأضرار الناتجة عن الحوادث التي تصيب جسم الإنسان ، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والانكليزي والمصري ، الجزء الثاني ، باريس ، ١٩٩٩ .

٨) **حمدي أحمد سعد** : الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشئ المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و الفرنسي و الفقه الإسلامي ، المكتب الفني للإصدارات ، ١٩٩٧ .

٩) **حمدي عبد الرحمن** : المعصومية والتعويض عن فوات الفرصة " معصومية الجسد "، دار الفكر العربية ، ١٩٧٨ .

ثانيا:- المراجع باللغة الفرنسية:

1. Agathe Mouillac–Delage, Avocat, Obligations quant au contenu du contrat libéral, –lundi 10 avril 2017.
2. Alexis Posez, La Réforme du droit des obligations; une revolution en tapinois Janvier 2014.
3. Aurélien Bamdé La réforme de la liste des conditions de validité du contrat, 1 février 2017.
4. Aurélien Bamdé, La détermination de la prestation ou l'objet de l'obligation, 13 mars2017.
5. Aurélien Bamdé, La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public, 28 février 2017.

6. Aurélien Bamdé, La notion de cause (cause objective / cause subjective – cause de l'obligation/cause du contrat) 6 mai 2017.
7. Charlotte Deslauriers–Goulet, L'obligation essentielle dans le contrat Faculté de droit de l'Université Laval Les Cahiers de droit, 55(4) 2014.
8. Clément François la réforme du droit des contrats, Ater à l'université Paris 1 Panthéon–Sorbonne IEJ Jean Domat 2 juillet 2016 <https://iej.univ-paris1.fr>.
9. Code civil des Français _ Code Napoléon 1804.
10. Étienne Montero, et Marie Demoulin, La formation du contrat depuis le code civil de 1804 ; un régime en mouvement sous une lettre figée, Facultés Universitaires Notre–Dame de la Paix à Namur.
11. Frédéric Rouvière, Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexécution, Thèse de doctorat en Droit, Sous la direction de Christian Atias, Soutenue en 2004, à Aix–Marseille 3.
12. Ghislaine Rafia, le juge et le contenu du contrat, Projet de thèse en Droit – Cergy, Sous la direction de Caroline Pelletier. Thèses en préparation à Cergy–Pontoise, 2012.
13. Honoris Causa, Réforme du droit des contrats, du régime générale, Faculté de droit et science politique – Toulouse, 26 juillet 2016.

14. Jean-Baptiste Seube Les conditions de validité du contrat; le contenu et la forme du contrat, – Université Numérique Juridique Francophone <http://www.unjf.fr>.