مضمون العقد
دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016

حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي[1]
جامعة بغداد

الملخص:

تعتبر فكرة مضمون العقد واحدة من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم 131-2016، حيث أنّ هذا الأمر قد جاء بأفكار و مبادئ جديدة في نطاق القانون المدني، فضلا عن إلغائه بعض الأفكار و المفاهيم الراسخة مثل فكرتي المحل و السبب في العقد اللتين كانتا عاملان مهمان لضبط فكرة المشروعية في العقد. إذ نظم المشرع الفرنسي أحكام فكرة مضمون العقد في المواد 1162- 1171 من التعديل التشريعي رقم 131 الصادر في 10 شباط 2016.

حيث أنّ فكرة مضمون العقد هي ليست من بنات أفكار المشرع الفرنسي، حيث سبقته العديد من النظم القانونية لا سيما النظام القانوني الانكليزي، إذ تعتبر هذه الفكرة من صنع القضاء الأنكليزي. عليه وجدنا من الضروري البحث بهذه الفكرة المستحدثة في القانون المدني الفرنسي مع مقارنتها بالنظام القانوني الانكليزي.

الكلمات المفتاحية:

العقد، مضمون العقد، القانون الإنكليزي، القانون المجني الفرنسي.

تاريخ إرسال المقال: 2017/04/26، **تاريخ قبول المقال:** 2018/02/28، **تاريخ نشر المقال:**2018/07/31

لتهميش المقال: حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، " مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد01، 2018، ص ص. 666-702.

المقال متوفر على الروابط التالية:
https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72
http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

[1] أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق
- المؤلف المراسل: saddam_kokez@yahoo.com

The content of contract
Legal Study between the English Legal system & Legislative Decree of French Civil Code, No. 131 Issued on 10 February 2016.

Summary:

The idea of the content of contract is one of the newest ideas in the French Civil Code, which was amended by Legislative Decree No. 131-2016. This legislative decree came with new ideas and principles within the scope of the Civil Code, as well as the abolition of certain established ideas and concepts such as subject matter and cause which were important factors for controlling the idea of legality in a contract.

The French legislator regulated the content of contract in articles 1162-1171, and the third sub-section of the second part (validity of contract) of chapter II related to the formation of the contract from the first subsection (contract) of Part Three (Sources of Obligations) Legislative Decree No. 131 issued on 10 February 2016, and most of the provisions governing the idea of the content of the contract seeks to control the idea of contractual justice.

So the idea of the content of contract is not one of the ideas of the French legislator, it is preceded by many legal systems, especially the English legal system.

We found it necessary to examine this newest idea in the French Civil Code and compare it with the English legal system.

Keywords:

Content of contract, contract legality, cause of contract, contract subject.

Contenu du contrat
Etude comparative entre droit anglais et code civil français modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016

Résumé :

L'idée du contenu du contrat est l'une des idées les plus récentes du code civil français, qui a été modifié par l'ordonnance n ° 131-2016. Cette ordonnance est venue avec de nouvelles idées et principes dans le champ d'application du code civil, ainsi que l'abolition de certaines idées et concepts établis tels que l'objet et la cause qui étaient des facteurs importants pour contrôler l'idée de légalité dans un contrat.

Le législateur français a réglementé le contenu du contrat aux les articles 1162-1171 de cette ordonnance et la plupart des dispositions régissant le contenu du contrat visent à contrôler l'idée de l'équilibre contractuel. Ainsi, l'idée du contenu du contrat n'est pas une des idées du législateur français, c'est une pale copie du système juridique anglais.

Mots clé :

Contrat, contenu, droit anglais, code civil français.

مقدمة

يعتبر التعديل التشريعي الفرنسي رقم 131- 2016 الصادر في 10 شباط 2016 و النافذ في 2016/10/1 الخاص بتعديل القانون المدني و تحديدا فيما يتعلق بمصادر الالتزامات واحدة من الخطوات الجريئة التي أقدم عليها المشرع الفرنسي، لا سيما أنّه بهذا التعديل التشريعي قد أورد كثيرا من التعديلات و تغيير العديد من المفاهيم القانونية التي ألفها و درج على استخدامها الفقه القانوني ليس في فرنسا حسب، و إنّما في كثير من الدول التي تسير على نهج و تنسج على منوال القانون المدني الفرنسي.

و تعتبر فكرة مضمون العقد Le contenu du contrat واحدة من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي، حيث لم يألف التشريع و الفقه المدني الفرنسي هذه الفكرة سابقا، و إن كانت هذه الفكرة مألوفة في قوانيين أخرى سواء في الاتحاد الأوربي أو غيرها من الدول، لا سيما الدول التي تتبع منهج النظام الأنكلوسكسوني وإذا كان المشرع الفرنسي بهذا التعديل التشريعي قد طرح فكرة مضمون العقد، فإنّه بالمقابل قد تخلى عن فكرتي المحل و السبب في العقد اللتين مضى أكثر من قرنيين من الزمان على استخدامهما و التعمق في بحثهما من قبل الفقه القانوني .

و هذا بدوره قد ولّد الحيرة و الإرباك ليس لدى الفقه الفرنسي فحسب، إنّما في دول أخرى خارج المنظومة التشريعية الفرنسية لاسيما أنّ قوانينها تأثرت تأثرا كبيرا في التشريع و الفقه الفرنسيين، و اذا كانت فكرة مضمون العقد هي ليست من بنات أفكار التشريع المدني الفرنسي، حيث سبقته أنظمة قانونية عديدة في بحثها و استخدامها باعتبارها أحد العناصر المكونة للعقد و منها النظام القانوني الانكليزي، فإنّه ينبغي للبحث بهذه الفكرة المستحدثة الرجوع للقوانين الأخرى التي سبقت المشرع الفرنسي للتعرف على محتواها لكي تكون معينا لنا في هذا الموضوع.

المبحث الأول: مفهوم البنود التعاقدية

إذا كان مضمون العقد يتحدد من خلال البنود التعاقدية التي يتفق عليها طرفا العقد، فإنّه ينبغي أن نتعرف على ماهية البند التعاقدي، فضلا عن ضرورة معرفة ما هي أنواع البنود التعاقدية، وعلية سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف البند التعاقدي والمطلب الثاني نتناول فيه أنواع البنود التعاقدية .

المطلب الأول: تعريف البند التعاقدي

إذا كانت القاعدة الأساسية في النظام القانوني الأنكليزي أنّ تحديد مضمون العقد يكون من قبل أطراف هذا العقد، لأنّ القاضي الأنكليزي لايستطيع أن يضع شرطا أو يضيف بندا في العقد[1]، وذلك لأنّ مضمون العقد يتحدد من قبل طرفيه ويجب أن يتم هذا التحديد منذ البداية خلال مرحلة المفاوضات العقدية .

عليه ينبغي لنا لكي نفهم مضمون العقد أن نفهم مالمقصود بالبند التعاقدي، و موقف النظم و التشريعات القانونية منه، عليه سوف نتناول تعريف البند التعاقدي في النظام القانوني الانكليزي أولا، ثم بعد ذلك نتناول الموقف في التعديل التشريعي للقانون المدني الفرنسي رقم 2016-131 الصادر 10 شباط لسنة 2016 .

اولا:- التعريف في النظام القانوني الانكليزي.

يعرف البعض[2] البند التعاقدي بأنّه بيان أو تصريح (statement) صادر من أحد الطرفين المتعاقدين يلقى قبولا من الطرف الآخر ويصبح جزء من العقد .

بينما يذهب البعض الآخر[3] إلى تعريف البند التعاقدي بأنّه (العبارات words التي يستخدمها أطراف العقد للوصول إلى اتفاقهم)، ومهما يكن من أمر فإنّه سواء كان هذا البند يمثّل بيان أو تصريح أو عبارات اتفق عليها أطراف العقد فإنّ هذه العبارات أصبحت جزء لا يتجزأ من العقد، وبدون هذه البنود التعاقدية لا يمكن معرفه على ماذا اتفق المتعاقدان، ومن ثم يصبح العقد غير قابل للتنفيذ .

يمكن تعريف البند التعاقدي بأنّه اتفاق على المسائل الجوهرية كافة والثانوية في العقد ,وصياغتها بعبارات يفهمها الطرفان ويقبلان بها، وتصبح دستورا لهذا العقد يلتزم بها أطرافه في هذا العقد أو العقود المستقبلية[4] التي تنشأ عن هذا العقد.

---

[1] K.c. sethia 1994 ltd.V.portabmull ramesh war 1950All E.R.51-59.
مشار الى هذه القضية في د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، في القانون المصري و الانكليزي المقارن، مطبعة كرموز الاسكندرية ،1978،ص279.

[2] "Representation are statement of fact which induce the represented to under into a contract".
See .Geoff Monahan , essential contract law ,second edition ,Cavendish publishing ,2001, Australia , p.41.

[3] the words used by the parties in reaching or recording their agreement". "
Treitel ,an outline of the law of contact second edition ,londen,1979,p,66

[4] كما في عقد الاطار الذي اعتبر من العقود المسماة في القانون المدني الفرنسي . بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016 المعدل القانون المدني . انظر المادة 1164 من التعديل المذكور .
« Art. 1164.-Dans **les contrats cadre**, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

ولكن في النظام القانوني الانكليزي يتم التمييز بين البيانات السابقة على التعاقد مثل المبالغة بمدح البضائع puffs وبين البيانات التعاقدية representation التي تصبح لاحقا بنودا للعقد .

حيث أنّ هذه البيانات هي وقائع تدفع الشخص المتعاقد، ومن ثم يجب أن تكون مضمونه أنّ الشخص الذي أصدرها .

وبهذا الصدد يطرح البعض[1] ثمة معايير للتمييز بين البيانات السابقة للتعاقد، و بين البيانات التعاقدية التي تمثل جوهر البنود التعاقدية و تقسم هذه المعايير على النحو الآتي:-

1- إذا كانت البيانات تمثّل مجرد مدح وإطراء للبضاعة فإنّه ليس لها أثر قانوني في العقد .

2- إذا كانت هذه البيانات تتضمن تعهدات أو معالجات لاختلال التوازن العقدي، فإنّها تعتبر من البنود التعاقدية.

3- يعتبر البيان بندا تعاقديا إذا كان يمثل شرطا في العقد condition أو ضمانا في العقد warranty أو شرطا لحل النزاع intermediate terms أو شرط تحديد أو إعفاء من المسؤولية exclusion clauses .

ويتم التمييز في النظام القانوني الأنكليزي بين التأكيد الذي يدفع إلى إبرام العقد (representation) وبين بنود العقد (terms) التي تعتبر جزء من العقد نفسه وتمثل مضمونه، و لذلك فإنّ دور المدعي ينحصر في إقناع المحكمة بأنّ الذي صدر من المدعى عليه ليس مجرد تأكيد دافع للتعاقد، ولكن بند من بنود العقد أخلّ المدعى عليه به يوجب الحكم بالتعويض[2] .

لذلك فإنّ البيانات أو العبارات التي تذكر خلال فترة المفاوضات العقدية من المحتمل أن ترقى إلى مستوى بند تعاقدي terms أو تأكيد دافع لإبرام العقد representation ، لذا من المهم معرفة طبيعة العبارات التي ذكرت خلال مرحلة المفاوضات، حيث أنّها ستحدد فيما إذا كانت بندا في العقد و من ثم تصبح جزء من مضمون العقد، أو تكون دافعا لإبرام العقد إذ أنّ ذلك سيحدد سبب الدعوى ونوع التعويض.

فإذا كانت العبارة بندا تعاقديا ولم يتم الالتزام والإيفاء به، فللطرف حسن النية مقاضاة الطرف الآخر و مطالبته بالتنفيذ أو التعويض لإخلاله بتنفيذ مضمون العقد.

أما إذا كانت العبارت مجرد دافع للتعاقد ثم بعد العقد اتضح أنّها غير حقيقية، فللطرف حسن النية رفع دعوى بناء على استغلال عدم معرفته أو خبرته وجهلة، ويحدد القضاء ما إذا كانت العبارة شرطا أو دافعا للتعاقد مع الأخذ بنظر الاعتبار نية الطرفين و الخبرة في التعاقد و أهمية العبارات و الوقت.

[1] Geoff Monahon,op.cit , p,42.

[2] انظ، د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 283 الهامش 2 .

و يطرح الفقهاء الإنكليز معايير[1] عدة للتمييز بين التأكيد الدافع لإبرام العقد (representation) وبين بنود العقد terms :-

1- إذا وصل البيان أو التصريح إلى درجة وعد أو تعهد من أحد الأطراف، فإنّ عدم التزامه به سيجعله مسؤولا عن عدم تنفيذ هذا التعهد.

2- لا يمكن اعتبار البيان أو التصريح بنداً ما لم يتضمن وعداً أو تعهداً من الطرف الآخر.

3- عند حصول نزاع قضائي بين طرفي العقد حول مدى اعتبار بيان أو تصريح سابق على التعاقد، جزءاً من العقد أو لا فإنّ اعتباره بنداً تعاقدياً من عدمه يترك لتقدير المحكمة.

يتعين على المحكمة، عند اتخاذ القرار فيما يتعلق باعتبار هذه البيانات و التصريحات السابقة على العقد خلال فترة المفاوضات العقدية جزء من العقد أم لا، أن تأخذ بنظر الاعتبار بعض الحالات أدناه[2]:-

1- أهمية القضية المعروضة.

2- إذا كان العقد مكتوبا.

3- الخبرة و المهارات التعاقدية التي يمتلكها طرفا العقد.

4- مضي المدة بين البيان أو التصريح و العقد.

ثانيا:- التعريف في القانون المدني الفرنسي

لدى الرجوع إلى المرسوم التشريعي الفرنسي رقم 2016-131 الخاص بتعديل القانون المدني، نجد أنّ المشرع الفرنسي لم يعرف مضمون العقد (le contenu du contrat) بالرغم من أنّ هذه الفكرة تكاد تكون مستحدثة في القانون المدني الفرنسي، حيث لم يألف التشريع المدني الفرنسي ولا القضاء والفقه الفرنسي هذه الفكرة، إذ أنّ المشرع لم يقم بوضع تعريف لهذه الفكرة، وإنّما اكتفى بالإشارة في المادة (1162)بأنّ العقد يجب أن لا يخالف النظام العام من خلال بنوده أو غرضه سواء كان ذلك معلوما أو غير معلوم من قبل أطرافه[3] .

يبدو لنا من خلال التأمل في النص أعلاه، أنّ المشرع الفرنسي قد ركّز على فكرة مشروعية البنود العقدية، فضلا عن أنّ الغرض أو الهدف من العقد أن يكون مشروعا، وهو اهتمام من المشرع الفرنسي بمشروعية البنود

[1] Richard Stone ,The modern law of contract, tenth edition , Routlede ,London and Newyork, 2013,p.189.
[2] I bid,p.224.
[3] « Art. 1162.-Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

التعاقدية التي ركز اهتمامه عليها، بعد ما استغنى عن فكرة السبب[1] والمحل، ومن ثم حذفها من القانون المدني حيث لم يشير التعديل الجديد إلى فكرتي المحل و السبب.

بينما نجد أنّ هناك من يرى خلاف ذلك، حيث يستشف من خلال النص المذكور أعلاه أنّ المشرع الفرنسي قد حافظ ضمنياً على مفهوم السبب وضرورته بقيام العقد، بالرغم من الإلغاء الصريح له[2].

و يؤكد البعض الآخر[3] هذا الرأي، حيث يشير إلى أنّ المرسوم التشريعي الفرنسي الخاص بتعديل القانون المدني، وإن كان قد ألغى الإشارة إلى ركن السبب في العقد فقد احتفظ بكل خصائصه التي أسندها إليه القضاء.

في الواقع لا نتفق مع الاتجاه المذكور أعلاه، الذي يرى بأنّ فكرة السبب لا تزال ضمنا موجودة بالقانون المدني الفرنسي، و ذلك لأنّ المشرع الفرنسي يتكلم عن مشروعية البند التعاقدي والهدف من العقد وليس الكلام في معرض السبب الدافع إلى التعاقد، والذي هو مسألة ذاتية شخصية تكمن في نية الشخص وإرادته الباطنة، بينما المشروعية التي تحدث عنها المشرع الفرنسي، هي تلك التي تتعلق بالبنود التعاقدية التي يتفق عليها الطرفان وهي التي تكون من خلال مشروعية البند التعاقدي والغرض من العقد، إذ هي مسألة موضوعية تتعلق بالأثر الذي ينتج عن العقد، وليس مسألة ذاتية شخصية تتعلق بالدافع إلى إبرام العقد.

ولكن يبقى السؤال الأهم ماهو مضمون العقد في النظام القانوني المدني الفرنسي أو بعبارة أخرى، هل مضمون العقد في النظام القانوني المدني الفرنسي (le contenu du contrat) هو ذاته مضمون العقد في النظام القانوني الانكليزي (contain of contract) ؟

يبدو لنا من خلال التأمل بنص المادة (1162) سالفة الذكر أنّ المشرع الفرنسي قد حدد المضمون العقدي بالبنود (stipulations)[4]، والهدف أو الغرض (but)[5] من العقد الذي اشترط المشرع الفرنسي في هذه المادة أن لايكون مخالفا للنظام العام .

---

[1] يرى البعض أنّ الخلاف حول نظرية السبب عاد الى الساحة الفقهية من جديد مع المشاريع التي طرحت لتعديل القانون المدني الفرنسي، فمشروع كاتلا أكّد على بقاء المفهوم التقليدي للسبب، أما مشروع وزارة العدل الفرنسية في صيغة عام 2008 فكان مع الاستعاضة عن فكرة السبب بفكرة أخرى هي فكرة الفائدة (المصلحة) من العقد (l'interet au contrat) وقد حسم المشرع الفرنسي بموجب المرسوم التشريعي2016 n° 2016-131 du 10 février هذا الجدل بتخليه عن فكرة السبب.
راجع بصدد ذلك د.محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات ،المصادر، العقد، المجلد الاول، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 2017، ص 320.

[2] رجواني كمال ,مستجدات القانون المدني الفرنسي ,قراءة في مرسوم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والاثبات ,مقال منشور على الانترنيت في الموقع، http://www.alkanounia.com

[3] د.محمدحسن قاسم، المرجع السابق، ص346.

[4] استيعاد، شرط، اشتراط، مشارطة . انظر المعجم العملي للمصطلحات القانونية و التجارية و المالية، تاليف يوسف شلالة، منشاة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع،ص 1214.

[5] هدف، غرض، قصد، المرجع السابق، ص 139.

يرى البعض[1] أنّ مضمون العقد في النظام القانوني الفرنسي يتحدد بالالتزامات الملزمة للطرفين، والتي هي نتيجة مترتبة على الحرية التعاقدية للطرفين، حيث أنّ الاطراف أحرار في تحديد مضمون العقد في نطاق هذه الحريه التعاقدية .

بينما نجد أنّ البعض الاخر[2] يحاول أن يعطي مضمون العقد بعدا أخلاقياً، من خلال إظهار القيم الأخلاقية التعاقدية بين الأفراد و تاثير القاعدة الأخلاقية على القاعدة القانونية و تصور هذه العلاقة و انعكاسها على مضمون العقد.

و لا نتفق مع هذا الرأي، حيث أنّ المضمون يمثّل مصالح كلا الطرفين التي اتفقا على صياغتها بشكل بنود عقدية تمثل مضمون عقدهما، و إن كانت المذكرة الايضاحية للتعديل التشريعي الفرنسي بصدد تعليقها على المادة (1162) تؤكد على ضرورة عدم مخالفة بنود العقد للنظام العام، من حيث مشروعية هدفه و موضوعه، و العقد لا يكون باطلا ما دام مشروعا، و يكون العقد باطلا إذا كان هدفه غير مشروع حتى لو كان الطرف الآخر يعلم بعدم هذه المشروعية[3]، لأنّه باعتقادنا أنّ فكرة المشروعية التي يتم تحديدها من خلال فكرة النظام العام، لا تعتبر فكرة أخلاقية إنّما هي فكرة قانونية بحتة، حيث أنّها من الأفكار القانونية التي يتم الوصول إليها بواسطة عوامل عدة، أما اعتبار مضمون العقد يمثل بعدا أخلاقيا فهذا أمر قد يجانب الصواب، و من ثم ربط فكرة مشروعية العقد بالأخلاق، و من ثم سوف نخرج من دائرة القانون و ندخل في نطاق الأخلاق، و لقد سبق و منذ زمن طويل بوضع حد فاصل ما بين القانون و الأخلاق.

فضلا عن أنّ مضمون العقد يتحدد بما اتفق العاقدان على تلك البنود، نتيجة نقاش و مفاوضات إذا كانا غير مخالفين النصوص الآمرة أو اعتبارات النظام العام[4].

ويبدو أنّ المشرع الفرنسي في التعديل الأخير للقانون المدني قد تأثّر في فكرة مضمون العقد في النظام القانون الانكليزي تأثّراً كبيراً[5].

---

[1] Clément François ATER à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IEJ Jean Domat, *PRÉSENTATION DES ARTICLES 1162 À 1171 DE LA NOUVELLE SOUS-SECTION 3 « LE CONTENU DU CONTRAT»*, https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect3-contenu-contrat/

[2] انظر محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد 22، العدد4، لسنة2014، ص 776.

[3] Reforme du droit des obligastion ,un supplement au code civil,2016,a jour de l'ordonnance n.2016-131 du 10 fevrier 2016,Dalloz,2016,p.13.

[4] انظر د.محمود جمال الدين زكي، عقد العمل، مطابع الهيئة المصرية العامة، للكتاب، 1982، الطبعة الثانية ،ص 694، فقرة 185.

[5] هذا فضلا عن أنّ مبادئ القانون الأوربي للعقود و قانون أكاديمية أخصائيي القانون الخاص الأوربيين لم تتصدى إلا لمضمون العقد و هجرت فكرتي المحل و السبب. انظر بصدد ذلك جيروم هوية، ريمي كابرياك، تعليق على صحة العقد– محل الالتزام

ويبدو ذلك بوضوح من خلال تأكيد المشرع الفرنسي على أنّ مشروعية العقد تكون من خلال بنوده وغرضه، وليس من خلال المحل أو السبب كما كان الأمر قبل تعديل القانون المدني الفرنسي، بعد أن تخلى المشرع الفرنسي بصورة واضحة عن فكرتي المحل والسبب تخليا واضحا من خلال إلغاء النصوص الخاصة بهما .

حيث اعتبر المشرع الفرنسي بموجب المادة 1128 المضمون المشروع licite و المؤكد certain شرط أساسي لصحة العقد[1].

فقد تناول المشرع الفرنسي هذه الفكرة الجديدة (مضمون العقد) و خصص لها عشر مواد من قانونه المدني من المادة 1162 الى المادة 1171، وقد خصص المبحث الفرعي الثالث من المبحث الثاني (الخاص بصحة العقد) من الفصل الثاني المتعلق بتكوين العقد من الباب الفرعي الاول (العقد)من الباب الثالث (مصادر الالتزامات)لتناول هذه الفكرة البديلة .

و يستنتج البعض[2] من خلال التقرير المتعلق بمرسوم تعديل القانون المدني، و الذي يعتبره بمثابة المذكرة الإيضاحية لتعديل القانون المدني الفرنسي، بشان إلغاء فكرة السبب على وجه التحديد، و كذلك فكرة المحل وذلك نتيجة لصعوبة وضع تعريف محدد لمفهوم السبب يتضمن أبعاده المختلفة، و مواجهة الانتقادات التي طرحها جانب من الفقه فضلا عن الصعوبات التي تواجهها فكرة السبب من الناحية العملية، و التي رأت في هذه الفكرة عاملا من عوامل عدم استقرار المعاملات، لذلك فقد تم الانحياز للرأي الذي ينادي بإلغاء فكرة السبب و الاستعاضة عنها بأحكام أكثر تحديدا، تتيح للقاضي الوصول إلى ذات الأهداف التي أمكن التوصل إليها من خلال مفهوم السبب، مع تفادي المنازعات الكثيرة و الخلافات التي أدت إليها فكرة السبب.

و إذا كان المشرع الفرنسي قد تخلى عن مفهوم السبب لغموض فكرته، إذ أنّها مسألة نفسية ذاتية يصعب تحديدها، فإنّه باستعاضته بفكرة مضمون العقد و التي هي مسألة موضوعية مادية بحتة، يتم تحديدها بالرجوع إلى مضمون البنود التي اتفق عليها طرفا العقد.

منشور في بيار كاتلا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات و التقادم في القانون الفرنسي،الطبعة الأولى ،المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت ،2009، ص 53. و كذلك لم يأخذ القانون المدني الألماني بفكرة السبب حيث جاء في المادة 138الفقرة 1 (يكون باطلا كل تصرف قانوني يخل بالاداب) راجع في تفصيل ذلك د.محمد يحيى عبدالرحمن المحاسنة، مفهوم المحل و السبب في العقد،دار النهضة العربية، القاهرة 1986،ص 73.

[1] « Art. 1128.-Sont nécessaires à la validité d'un contrat : « 1° Le consentement des parties ; « 2° Leur capacité de contracter ; « 3° Un contenu **licite et certain**.

[2] د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 346.

و لهذا يرى البعض[1] أنّه مادامت الإرادة هي التي تحدد مضمون العنصر النفسي في العقد، فإنّه يجب أن يتساوى السبب و المحل و يعاملان معاملة واحدة، و على ذلك فإنّه يجب إفناء هذين العنصرين في مضمون الإرادة، فلا يوجد في العقد سوى العناصر الإرادية أي تلك العناصر التي تحددها الإرادة ذاتها، و أنّ الإرادة هي التي تحدد في هذا المضمون غرضها و عندئذ يجب احترام ما وضعته[2].

عليه نجد أنّ المشرع الفرنسي قد سار على المنهج نفسه الذي سار عليه القضاء الانكليزي، حيث تجنب الخوض بتعريف فكرة المضمون و اهتم بدلا من التعريف بمحتوى هذا المضمون، حيث ركز القضاء الانكليزي اهتمامه على تحديد عناصر مضمون العقد، و التي هي فيما بعد تكون هذا المضمون، و حسناً فعل المشرع الفرنسي باقتفاء أثر القضاء الانكليزي بعدم الخوض بالتعريف، و ترك ذلك للفقه و الاهتمام بإيجاد الحلول للمسائل العملية.

المطلب الثاني: أنواع البنود التعاقدية Classification of terms

إنّ البنود التعاقدية إذا كانت تمثل مضمون العقد، وتعتبر جزء لايتجزأ من هذا العقد، لذلك يكون من الضروري تنفيذ هذا العقد وفق البنود الواردة فيه، وحسم النزاعات والمشاكل التي قد تحدث مستقبلا وفقا للغرض و البنود التي اتفق عليها طرفا هذا العقد، وعليه تقسم هذه البنود التعاقدية إلى أصناف أربعة هي: الشروط condition و الضمانات warranty و اتفاقات الإعفاء وتحديد المسئولية exclusion clauses وبنود تسوية المنازعات intermediate terms ، وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الشروط والضمانات والفرع الثاني سوف نتناول فيه اتفاقات المسؤولية وبنود تسوية المنازعات.

الفرع الأول: الشروط والضمانات

يفرق النظام القانون الانكليزي بين ما يطلق عليه الشرط condition وبين ما يطلق عليه الضمان warranty، وعليه سوف نتناول أولا الشروط ثم بعد ذلك نتناول الضمانات في ثانيا، و ثالثا نتناول مشكلة التمييز بين الشرط و الضمان.

[1] د.جليل حسن الساعدي، العنصر النفسي في العقد – دراسة في القانونيين العراقي و الانكليزي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، بغداد، المجلد 27،العدد2،سنة 2012، ص 71.

[2] المرجع السابق، الصفحة نفسها.

أولا : الشروط Condition

يعرف البعض الشرط بأنّه بند أساسي في العقد[1]، بينما نجد البعض الآخر[2] يتوسع في تعريف هذا البند، حيث يعتبر أنّ الشرط هو بند عقدي (شفهي او تحريري) يتعلق مباشرة بأصل العقد أو أنّه مايكون جوهريا بالنسبة لطبيعته، إذ يمنح الإخلال به للطرف حسن النية حق نقض العقد، ولايكون ملزما بالقيام بأي شئ بموجب ذلك العقد.

بهذا الصدد في إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الانكليزي[3] Bettini V. Gye (1876) QB. التي تتلخص وقائعها بأنّ المدعي دخل في عقد خدمة مع المدعى عليه للغناء في مدينة لندن بتاريخ محدد, المدعى عليه لاحقا نقض العقد لأنّ المدعي قد أصابه المرض وقد وصل متأخرا بأربعة أيام عن البروفة التمهيدية للحفل. قررت المحكمة بأن تأخر وصول المدعي لايشكّل إخلالا بالشروط التعاقدية، لأنّه كان لا يزال هناك وقت طويل في العقد لتنفيذ الالتزامات ولايحتاج إلى بروفة تمهيدية .

وبهذا الصدد يعرف القاضي بلاك بورن black burn [4] الشرط بأنّه جذر المسألة root matter التي يتوقف عليها العجز عن تنفيذ الالتزام، وأنّه سوف يمنح ضمان أفضل لتنفيذ العقد بصورة صحيحة .

بعبارة أخرى إنّ الشرط مسألة مهمة، وذلك لأنّه يتوقف عليه تحديد ما للطرف المتعاقد من حقوق وما عليه من واجبات، و في حال عدم تنفيذ هذا الشرط من الطرف الذي وضعه سوف نكون أمام مشكلة تتمثل باختلال التوازن العقدي، و لا يعرف أي من الطرفين ما هو الالتزام الذي يقع على عاتقه .

وفي قضية أخرى عرضت على القضاء الانكليزي[5] Poussard v. Spiers and pond 1876 QB. والتي تتلخص وقائعها بأنّ زوجة المدعي كانت قد تعاقدت مع المدعى عليه Spiers and pond للغناء في حفلة أوبرا بتاريخ محدد، وقد مرض المدعى عليه قبل ليلة الافتتاح وأنّها يجب أن تمضي أسبوعا في الفراش حتى تستطيع الغناء بعد ذلك .

قاضت زوجة المدعي المدعى عليه، والمحكمة قرّرت بأنّ المرض كان ذو طبيعة غير مؤكدة، وأنّ الخيارات كانت متاحة للمدعى عليه، حيث يمكن أن يؤجل حفلة الأوبرا ولكن سوف يصاب بخسارة مالية، أو يمكن أن يسند الدور إلى مغني أوبرا آخر، وهذا الأخير هو الذي حدث، حيث تم إسناد المهمة إلى مغني آخر وعليه لايعتبر المدعي مخلا بالتزامه.

---

[1] Geoff Monahan, op.cit , p. 51

[2] انظر استاذنا د. مجيد حميد العنبكي , مبادىء العقد في القانون الانكليزي بغداد , 2001 ,ص 115 .

[3] مشار إليها في Geoff Monahan ,op,cit , p. 51

[4] مشار اليه في I bid ,the same page

[5] مشار اليها في I bid ,p. 51

أما بالنسبة للموقف في القانون المدني الفرنسي، فنجد أنّ المادة (1163)[1] قد اعتبرت الالتزام بأنهّ الأداء prestation الذي يجب أن يكون موجودا، أو يمكن أن يوجد في المستقبل فضلا عن الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر، تؤكد على أنّ الأداء يجب أن يكون محددا أو قابلا للتحديد إذا أمكن استنتاج ذلك من العقد، أو من خلال العودة إلى العادات و المعاملات السابقة بين طرفي العقد، دون حاجة إلى اتفاق جديد.

و يمكن القول بصدد ذلك أنّ هذه الالتزامات أو الأداءات العقدية ما هي إلا شروط العقد التي يتفق عليها الطرفان.

كما أنّ المادة (1163) أخذت على عاتقها مشكلة تحديد الثمن، و قد أجازت المادة 1164 الخاصة بعقد الإطار إمكانية تحديد الثمن بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بشرط تبريره للقيمة المقدمة من قبله في حال الاختلاف في ذلك[2].

و يرى البعض[3] إذا كان الأصل أنّ شروط العقد يتم تحديدها باتفاق الطرفين، فإنّ النص المذكور أعلاه في القانون المدني الفرنسي يتضمن استثناء من ذلك، و يجيز تحديد الثمن بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، و ذلك في عقود التطبيق أو عقود التنفيذ التي تلي عقد الإطار مقابل التزام المتعاقد واضع الثمن بتقديم تبرير لذلك الثمن في حال حصول نزاع في ذلك.

و يمكننا بهذا الصدد تعريف الشروط بأنّها (أحد البنود العقدية التي تحدد مضمون العقد و التي تمثل الأداء الرئيسي فيه، و التي تعتبر الالتزام الجوهري الذي يلتزم به أطراف العقد في الحاضر أو المستقبل).

ثانيا : الضمانات warranties

يعرّف البعض[4] الضمانات بأنّها بنود غير أساسية في العقد، و يعرّفها البعض الآخر[5] بأنّها بند قانوني في العقد بالنسبة للغرض الأساسي فيه، لذلك فإنّه لا يكون له أثر على انقضاء العقد ,حيث أنّ الاخلال به لا يخول الطرف حسن النية لاعتبار العقد منقضيا، وإنمّا يخوله فقط حق إقامة دعوى التعويض[6] .

---

[1] « Art. 1163.-L'obligation a pour objet une **prestation** présente ou future.
« Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.
« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

[2] « Art. 1164.-Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.
« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

[3] د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 348.

[4] Geoff Monahan,op.cit, p.52

[5] انظر استاذنا د. مجيد حميد العنبكي ،المرجع السابق , ص115 .

[6] Sir Jack Beatson , Andrew Burrows, John Cartwright, Anson's law of contract ,29th Edition, Oxford, 2010,p.143.

عليه فإنّ أثر هذا البند العقدي في حال الإخلال به أقل أهمية، فهو يمنح فقط المقرر لمصلحته طلب التعويض عن الأضرار دون حق طلب فسخ العقد، وأنّ مسألة تحديد أهمية هذا البند تعتبر مسألة ذات طبيعة ذاتية، وتعتمد أيضا على اللغه المستخدمة بواسطة الطرفين في العقد، ففي إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الأنكليزي في قضية[1] .Associated newspapers ltd. v .bancks,1951,HC

والتي تتلخص وقائعها بأنّ المدعى عليه Bancks، والذي يعمل مصمم رسوم كارتونية قد دخل في علاقة تعاقدية لرسم اعلان مع المدعي Associated newspapers، وأنّ العقد كان يتضمن تعهد المدعي بنشر إعلان في الصفحة الأولى من جريدة السن دي Sunday لثلاث أعداد متعاقبة، فنشر الإعلان في الأعداد الثلاثة المتعاقبة، ولكن في الصفحة الثانية من الجريدة، وتم إقامة الدعوى لأنّ الإعلان لم ينشر في الصفحة الأولى من الجريدة، وأنّ جوهر الموضوع في هذه القضية هو تحديد فيما إذا كان هذا البند شرطا أو ضمانا، وقد قررت المحكمة بصدد تحديد طبيعة هذا البند العقدي بأنّه كان شرطا أكثر مما هو ضمان، لأنّه كان أساسيا في العقد وأنّ الطرف الآخر ما كان ليدخل العلاقة التعاقدية بدونه .

بينما نجد أنّ الموقف مختلف في القانون الفرنسي، حيث أنّ المشرع قد تدخل لمعالجة حالة عدم الاتفاق على تحديد جودة الأداء التي يلتزم بها المتعاقد الآخر، حيث نصت المادة 1166 و التي تمثل حكما جديدا في القانون الفرنسي في حال أغفل المتعاقدان درجة جودة الأداء la qualité de la prestation و عدم وجود مؤشرات تحدد درجة الجودة المطلوبة، حيث يجب على المدين استنادا للنص المذكور أعلاه أن يكون أداؤه منسجما مع توقعات الدائن المشروعة أو النتيجة التي يتوقعها من العقد مع مراعاة طبيعة الالتزام و الأعراف المتبعة و الالتزام المقابل[2].

قدم المشرع الفرنسي بهذا النص ضمانا للمتعاقدين في حال عدم تحديد الجودة في الأداء المطلوب من الطرف الآخر، أن يتم تحديد هذا الأداء بالرجوع إلى العقد و البحث عن مؤشر فيه يحدد الدرجة المطلوبة، و إن لم يوجد فإنّه يتم التحديد وفق مؤشرات حددتها المادة سالفة الذكر، عليه جعل المشرع الفرنسي من درجة الجودة في العقد بندا ثانويا حيث لم يجعل الأثر المترتب على عدم تحديد هذه الجودة بطلان العقد.

[1] ,p.53 Geoff Monahan,op.cit,

[2] « Art. 1166.-Lorsque **la qualité de la prestation** n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie.

ثالثا : مشكلة التمييز بين الشرط والضمان

إذا كان الشرط بندا أساسيا في العقد والضمان بند ثانوي فيه، فضلا عن الأثر المختلف على كل منها، حيث أنّ الأول هو فسخ العقد والأثر الثاني ينشئ الحق بطلب التعويض .

فإنّ هناك صعوبة شديدة تواجه المحاكم عند تقريرها لما يعتبر شرطا أو ضمانا من بنود العقد.

أقرّ السير انسن[1] Anson معايير عدة للتمييز بين ما هو شرط وما هو ضمان من بنود العقد ونتناولها على النحو الآتي :

1- يجب أن تأخذ المحكمة بعين الاعتبار الوقت الذي ينقضي بين اقتراح البند وبين إعلان الاتفاق النهائي .

2- يجب أن تأخذ المحكمة بنظر الاعتبار أهمية البند في نظر طرفي العقد.

3- إذا لم يذكر البند في العقد المكتوب فقد يعتبر على أنّه ضمان.

4- ملاحظة هل أنّ الطرفان المتعاقدان على مستوى واحد من الخبرة والدراية ذاتها في البنود المتفق عليها.

بالرغم من قيام السير(انسن)[2] بوضع المعايير أعلاه، إلا أنّه يضيف قائلا أنّ تلك المعايير هي عوامل مساعدة للوصول إلى المعيار الأساسي، وهي النية الحقيقية للطرفين، ويمكن الوصول أيضا إلى هذه النية، من خلال ظروف التعاقد وطبيعه العقد في تقرير ما يعتبر شرطا أو ضمانا من بنود العقد .

الفرع الثاني: اتفاقات المسؤولية وتسوية المنازعات

إنّ المبدأ الأساس الذي يحكم العلاقات التعاقدية هو العقد شريعة المتعاقدين، أو أنّ الأطراف أحرار في وضع بنود عقدهما شفاهة أو كتابة وفق طبيعة العقد و ظروفه وحريتهم في التفاوض حول تلك البنود.

وقد فرضت ظروف تطور العلاقات التعاقدية وجود بنود تعفي الطرف الآخر أو تحدد من مسؤوليته فضلا عن اتفاق الأطراف التعاقدية على طرق تسوية المنازعات العقدية التي قد تنشأ.

عليه سوف نتناول بهذا الفرع أولا الإعفاء أو تحديد المسؤولية، ونتناول ثانيا وسائل تسوية المنازعات العقدية.

---

[1] Anson , law of contract ,24ed ,A .G .Guest ,London ,p.126-125
مشار اليه في استاذنا د.مجيد حميد العنبكي، المرجع السابق، ص 115.

[2] Anson, op.cit.
مشار اليه في، المرجع السابق , ص116 .

أولاً :الإعفاء أو تحديد المسؤولية Exclusion clauses

بند الإعفاء أو تحديد المسؤولية هو عبارة عن شرط يستثني أو يقيد من مسؤولية الطرف التعاقدي المخطئ، وأنّ هذا البند مقرر لمصلحة أحد الأطراف دون الطرف الآخر[1].

ويرى البعض[2] أنّ ضرورات الحياة العملية قد أدت إلى ظهور نوع من العقود في النظام القانوني الانكليزي، يطلق عليه عقود الأشكال النمطية standard form contract أو عقود الإذعان contract of adhesion كما تسمى في النظام القانوني الفرنسي.

حيث أنّ تلك العقود تكون على شكل مطبوع، وبالرغم من استعمالها يكون من قبل عدد كبير من الناس ولفترات زمنية طويلة، كما هو الحال في تجهيز الغاز والكهرباء والماء أو في تذاكر السفر بالقطار أو وثائق التأمين، إلا أنّها تتضمن فقرات تعفي مصدرها من مسؤوليته عن الإخلال بالعقد أو من مسؤوليته عن الخطأ خلال مرحلة تنفيذ العقد[3].

يكون للطرف المستفيد من تلك الخدمات ولو بصورة نظرية الحق في الدخول في مفاوضات عقدية مع الطرف المجهز لتلك الخدمات، إلا أنّ الواقع العملي يثبت بأنّ الطرف المستفيد لا يدخل في مثل هذه المفاوضات، وإنّما يكون دوره القبول فقط بالبنود التي يضعها المجهز، أي ينظم إليها دون مناقشة ويذعن لها، لذلك يذهب البعض إلى وصف هذه العلاقة على أنّها علاقة قانونية وليست عقدية[4].

و بصفة عامة في النظام القانوني الانكليزي هناك أنواع ثلاثة من بنود الإعفاء و تحديد المسؤولية[5]:-

أ- الاعفاء التام من المسؤولية . و يتحقق ذلك عندما يوجد بند فيه مصلحة مقررة لطرف دون الطرف الاخر، و يعفيه تماما من المسؤولية.

ب- تقييد المسؤولية عن مبلغ نقدي محدد.

ت- تقييد ممارسة الحقوق التعاقدية خلال فترة زمنية محددة، و بخلافه يسقط هذا الحق.

ومع ذلك يرى البعض[6] أنّ المحاكم الانكليزية مجبرة على تطبيق المبادئ العامة للعقد على تلك الحالات، والتي بدورها لا تحقق العدالة بسبب غياب الحرية التعاقدية من جانب المستفيد وقدرة المجهز على إعفاء نفسه من بعض المسؤوليات المقررة عليه، ومن ثم تجريد المستفيد من حقه في التعويض.

---

[1] Geoff Monahon , op.cit., p54.

[2] انظر استاذنا د.مجيد حميد العنبكي، المرجع السابق، ص123 .

[3] المرجع السابق, ص 123.

[4] ANSON ,op.cit ,P.151

مشار اليه في المرجع السابق , الصفحة نفسها.

[5] Geoff Monahon ,op.,cit,p.54.

[6] المرجع السابق، ص 124.

لذلك قامت المحاكم الأنكليزية بالتخفيف من آثار فقرات الإعفاء من المسؤولية على الطرف الضعيف من خلال صياغة بعض القواعد لحمايته، والتي بحسب رأي البعض يمكن التحايل عليها من قبل المتعاقدين ذوي الخبرة[1].

وتقسم تلك القواعد على النحو الآتي :

1- يجب على الموجب أن يقوم بكل ما هو ضروري وكافي بصورة معقولة لجلب انتباه الموجب إليه وإشعاره بوجود فقرة الإعفاء من المسؤولية .

تقوم المحكمة بالتحقق من اتخاذ الطرف الآخر الوسائل الضرورية و هي مسألة وقائع، وبهذا الصدد في إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الأنكليزي : PARKER V. SOUTH EASTERN RAILWAY CO. [2]1877/2C.P.D.416.

والتي تتلخص وقائعها وضع المدعي PARKER حقيبة في خزانة محطة سكة حديد المدعى عليه واستلم تذكرة كتب على وجهها عبارة (انظر في الخلف)، وكان في خلف التذكرة عبارة عن شروط من بينها فقرة تحديد مسؤولية سكة الحديد بعشرة باوند عن أي طرد يوضع في الخزانة، وبسبب فقدان الحقيبة أقام المدعي على سكة الحديد الدعوى مطالبا بأربع وعشرين باوند قيمة الحقيبة، و قررت المحكمة على الرغم من أنّ المدعي لم يقرأ التذكرة إلا أنّه ملزم بها، لأنّ المدعى عليه كان قد قام بما هو ضروري و كافي بصورة معقولة لجلب انتباه المدعي وإشعاره بوجود تلك الفقرة.

و يذهب البعض[3] إلى أنّ الاشعار بوجود فقرة الإعفاء من المسؤولية يتحقق بحالتين هما:-

أ- **الإشعار الفعلي** actual notice : يحدث عندما يكون الطرف غير المستفيد يدرك وجود كل مضمون بند الإشعار.

ب- **الإشعار الاستنتاجي (الاستدلالي)** constructive notice : يتحقق عندما يقوم الطرف المستفيد بكل ما هو ضروري بشكل معقول لجلب انتباه الطرف الآخر بغض النظر عما إذا كان الإشعار الفعلي قد وقع أم لا.

2- يجب على الموجب أن يقوم بجلب انتباه الموجب إليه وإشعاره بفقرة الإعفاء من المسؤولية أما قبل أو خلال انعقاد العقد.

و قد جاء في إحدى القضايا التي عرضت على المحاكم الانكليزية

OLLEY V. MARLBOROUGH COURT LTD,1949,1K.B.532.[4]

---

[1] المرجع السابق، الصفحة نفسها.

[2] مشار اليها في المرجع السابق، الصفحة نفسها.

[3] Geoff Monahon , op.cit,p.55.

[4] مشار اليها في المرجع السابق ,ص125.

والتي تتلخص وقائعها بذهاب المدعية وزوجها إلى إحدى الفنادق للإقامة لمدة أسبوع، ودفعا قيمة المأكل والمسكن مقدما، وعند صعودهما إلى غرفتهما لاحظا لافتة معلقة على إحدى جدران الغرفة تقول (أنّ أصحاب الفندق لا يعدون أنفسهم مسؤولين عن الأشياء التي تفقد أو تسرق إلا إذا كانت قد سلمت إلى المديرين لإيداعها في مكان أمين) وبسبب إهمال موظفي الفندق تسلل لص إلى غرفة المدعية وزوجها أثناء غيابهما وسرق قسما من ممتلكاتهما (فرو الزوجة) وعليه قررت محكمة الاستئناف بأنّ اللافتة المعلقة بالغرفة لا تعد جزءا من العقد لأنّ العقد قد تم قبل أن يصعد الزوجان إلى غرفتهما عليه يكون المدعى عليه مسؤولا عن الفقدان .

3- فقرة الإعفاء من المسؤولية المطبوعة على وصل بعد انعقاد العقد لا تعتبر صحيحة لأنّها لا تمثل وسيلة تعاقدية.

وفي إحدى القضايا التي عرضت على المحاكم الانكليزية CHAPELTON V. BARRY U.DC,1940,ALLE.R.356 [1] والتي تتلخص وقائعها بأنّ المدعي رغب في أن يستأجر مقعدا طويلا للاستجمام على الشاطئ التابع لمجلس البلدية ودفع أجرة الكرسي للحارس (2بنس لكل ثلاث ساعات)، وحصل على تذكرة واحتفظ بها دون أن يقرأها ولما جلس المدعي على الكرسي انكسر وأصيب بأذى أقام المدعي دعوى على مجلس البلدية الذي احتج بعدم المسؤولية بسبب الفقرة المطبوعة في التذكرة، والتي تعفي المجلس من المسؤولية عن أي حادثة أو ضرر ناشئ عن استعمال الكرسي، وحكم في محكمة الاستئناف بمسؤولية المدعى عليه لأنّ التذكرة لا تعدّ من وثائق العقد، حيث أنّ الرجل العادي يعتبرها مجرد إيصال باستلام مبلغ من المال ,لأنّ الإعلان الموجود على الشاطئ والذي قبله المدعي لم يتضمن أي فقرة تعفي المجلس من المسؤولية .

4- لا يمكن التمسك بفقرة إعفاء غير محددة النطاق.

و في قضية أخرى عرضت على المحاكم الانكليزية[2]

CURTIS V.CHEMICAL CLEANING AND DYEING CO ,1951.K.B.805. والتي تتلخص وقائعها أنّ المدعية أخذت ثوب زفافها إلى المدعى عليه لتنظيفه، وطلب موظف المدعى عليه من المدعية أن توقع على وصل يتضمن فقرة إعفاء المدعى عليه من كل مسؤولية عن الضرر الذي يصيب الملابس، ولما سألت المدعية موظف المدعى عليه بسبب توقيعها على وصل، أجابها بأنّ المدعى عليه لا يقبل المسؤولية عن بعض الأضرار المحددة من ضمنها الضرر الذي يصيب الخرز والقطع المعدنية المنشورة على البدلة، وعند استلام المدعية لبدلتها بعد تنظيفها وجدتها ملوثة بالبقع، عليه قررت محكمة الاستئناف بأنّ المدعية قد اقتيدت للاعتقاد بأنّ فقرة الإعفاء تتعلق بالخرز والقطع المعدنية، لذلك لا يمكن للمدعى عليه اعتماد فقرة الإعفاء فيما يتعلق بالأضرار الراجعة إلى تلوث البدلة بالبقع .

[1] مشار اليها في المرجع السابق ,الصفحة نفسها .

[2] مشار اليها في المرجع السابق ,ص126

5- عندما يتم التوقيع على البنود فإنّها تكون ملزمة للطرفين كقاعدة عامة.

القاعدة العامة في النظام القانوني الانكليزي بأنّه بعد انتهاء فترة المفاوضات العقدية ينشأ اتفاق ملزم لطرفي العقد، و يجب تنفيذه[1]، و قد عرضت على المحاكم الانكليزية قضية[2] ESTRONG V.F.GRAUCOB,LTD 1934 ,2K.B.394. التي تتلخص وقائعها بأنّ المدعية وهي مالكة مقهى كانت قد اشترت ماكنة أوتوماتيكية لبيع السكائر من المدعى عليه، وكان الاتفاق يقضي بأن يتم دفع الثمن بالتقسيط إضافة الى تضمنه فقرة تعفي المدعى عليه البائع من المسؤولية عن الإخلال بأي شرط، قضت المحكمة بأنّ العقد قد تم وأنّ فقرة الإعفاء من المسؤولية قد استثنت البائع من المسؤولية بصورة مطلقة.

6- فقرات الإعفاء أو الحدّ من المسؤولية الواردة في التشريع :

لا يمكن التمسك بفقرات الإعفاء أو تحديد المسؤولية من قبل البائع إذا كانت مخالفة للنصوص التشريعية، و يسوق البعض مثالا لذلك في النظام القانوني الانكليزي المواد 12-15 من تشريع بيع البضائع sale of goods act لسنة 1979، حيث يرى بأنّه وجود فقرة تعفي البائع من المسؤولية عن العيوب الخفية، فإنّ ذلك لايشمل شرط صلاحية المبيع للغرض الذي أعدّ من أجله، فضلا عن أنّ الشرط الصريح يسود على فقرة الإعفاء من الضمان أو شرط ضمني إضافة إلى أنّ الإعفاء من الإخلال بالضمان لايعني الإعفاء من الإخلال بالشرط[3].

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فقد ابتعد عن إيراد أمثلة او تطبيقات و جاء بنظرية عامة تتعلق بالتوازن العقدي حيث اعتبر في المادة (1168) من المرسوم التشريعي رقم 2016-131 أنّ عدم التوازن في الأداءات le défaut d'équivalence des prestations في العقود الملزمة للجانبين لا يؤدي إلى بطلان العقد، ما عدا الحالات التي يقرر القانون بها بطلان العقد[4].

و بالرغم من وجود هذا النص، فإنّ البعض[5] يرى أنّ النصوص اللاحقة التي تلت المادة المذكورة هي كفيلة بتحقيق العدالة التعاقدية باعتبارها هدفا من أهداف تعديل قانون العقود.

و يضرب لذلك مثلا المادة (1169)[6] الخاصة بعقود المعاوضة التي تسمح بإبطال العقد إذا كان أحد المتعاقدين قد التزم دون مقابل، أو كان المقابل تافها إلى حد اعتباره غير موجود[7].

---

[1] Sir Jack Beatson , Andrew Burrows, John Cartwright,op.cit ,p.133.

[2] مشار اليها في المرجع السابق , ص 127

[3] Sir Jack Beatson , Andrew Burrows, John Cartwright,Ibid,p.159-164.

[4] « Art. 1168.-Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.

[5] انظر د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 349.

[6] « Art. 1169.-Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.

[7] المرجع السابق، الصفحة نفسها.

و نعتقد أنّ هذا الموقف من المشرع الفرنسي تكريس لفكرة مقابل العقد[1] في النظام القانوني الانكليزي consideration، التي تعتبر العقد باطلا إذا كان المقابل تافها أو كان وهميا وهذا يشير إلى مدى تأثر المشرع الفرنسي بالنظام القانوني الانكليزي.

كما أنّ المشرع الفرنسي في المادة (1170) جعل أي بند في العقد يعيق تنفيذ الالتزام الجوهري منه و يفرغه من محتواه يعتبر كأن لم يكن (غير مكتوب) réputée non écrite باعتبار أنّ المدين قد تخلى بهذا الشرط عن التزامه الأساسي[2].

و يرى البعض[3] بصدد تعليقه على نص هذه المادة(1170) سالفة الذكر، أنّها جاءت تكريسا لحكم محكمة النقض الفرنسية المعروف بحكم Chronopost[4]، إذ تعتبر القضية المذكورة من القضايا المشهورة التي تتعلق باعتبار بند يحدّ من المسؤولية مدرج في عقد نموذجي للنقل السريع، حيث تم اعتباره غير مكتوب، لأنّه يتناقض مع التزام الناقل بمهلة التسليم المحددة في العقد، و التي تعتبر الالتزام الرئيسي الذي تعهّد به الناقل.

و يؤكّد المشرع الفرنسي المبدأ السابق في المادة (1171)الخاصة في عقود الإذعان، حيث اعتبر كل شرط يولد عدم التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد كأنّه غير موجود في العقد[5]، و هذا النص و إن كان يحمل المعنى نفسه الوارد في المادة (1169) إلا أنّ المشرع الفرنسي أكّد على خصوصية هذا الموقف، حيث

---

[1] انظر د.عبدالمجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلوأمريكي، الطبعة الأولى، بغداد ،1991، ص 163و ما بعدها. يطلق البعض الآخر على فكرة مقابل العقد في النظام القانوني الانكليزي تسمية (العوض المتقوم) راجع بصدد ذلك، د.محمد يحيى عبدالرحمن المحاسنة، المرجع السابق، ص 76- 77.

[2] « Art. 1170.-Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite

[3] انظر د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص350.

[4] تتلخص وقائع هذه القضية (إحدى الشركات Bancherau الراغبة في الاشتراك بإحدى المزايدات أرسلت بريدها بواسطة شركة النقل السريع Chronopost لكن هذا البريد لم يصل في الوقت المحدد، مما أضاع على الشركة الأولى فرصة المشاركة في المزايدة، أقامت هذه الشركة دعوى على شركة النقل السريع للمطالبة بالتعويض). رفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب مستندة إلى أنّ شركة Chronopost لم ترتكب أي خطأ، إضافة إلى أنّ العقد يتضمن شرطا متعلقا بتحديد مسؤولية شركة النقل و ينص على التزام الشركة ببذل الجهود الكافية لتوصيل بريد المتعاملين معها في الوقت المحدد، وأنه في حال حصول ضرر لاحد عملائها نتيجة عدم احترام المدة المحددة فان مسؤولية الشركة تقتصر على إعادة مقابل النقل .إلا أنّ محكمة النقض اعتبرت أنّ تخلف الشركة عن تنفيذ التزامها الأساسي، أي السرعة في توصيل البريد، يقتضي اعتبار شرط تحديد المسؤولية كان لم يكن.
Cass.com.22/10/1996,D. 1997 som.P.175 obs.Ph.DELEBECQUE,RTD.Civ.1997.p.148 obs.J.MESTRE.

مشار إلى هذه القضية في المرجع السابق، ص 327.

[5] « Art. 1171.-Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est **réputée non écrite**.

خصص لعدم التوازن العقدي في عقود الإذعان حكما خاصا و حسناً فعل لحماية الطرف الضعيف في هذا العقد.

و لكن يمكن القول بصفة عامة، أنّ المشرع الفرنسي قد جاء بأفكار جديدة بهذه النصوص فيما يتعلق بالتوازن العقدي، حيث جعل من التوازن العقدي لا يعتبر أساسا في العقد و لا يؤدي إلى بطلانه، و أنّه يبدو أنّ مفهوم العدالة التعاقدية بنظر المشرع الفرنسي لا تنحصر على توازن الأداءات التي يلتزم بها طرفا العقد، إنّما جعل من تخلي المتعاقد عن تنفيذ التزاماته الرئيسية في العقد، هي الأساس الذي يعوّل عليه في مراقبة التوازن العقدي، و من ثم تحقيق مفهوم العدالة التعاقدية، و لذلك إذا كان الأصل العام في التشريع الفرنسي بأنّ عدم التوازن في الأداءات لا يخل بمفهوم العدالة التعاقدية، فإنّه قد أورد استثناءات على ذلك تجعل من المتعاقد الذي يعفي نفسه من بعض الالتزامات التعاقدية، قد أخل بهذا المفهوم و في أدناه ندرج هذه الاستثناءات و على النحو الآتي:

أ- التزام أحد المتعاقدين في عقود المعاوضة بدون مقابل، أو إذا كان المقابل تافهاً.

ب- وجود بند يعيق تنفيذ الالتزام الجوهري في العقد، أو يفرغه من محتواه.

ت- وجود شرط في عقد الإذعان يولد عدم التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد.

ثانيا: وسائل تسوية المنازعات العقدية

يتضمن العقد بالإضافة إلى الشروط والضمانات وفقرات الإعفاء أو تحديد المسؤولية، كذلك وسائل معينة يتفق عليها المتعاقدان لحل المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ العقد، وتعتبر هذه الوسائل من ضمن بنود العقد .

و يرى البعض[1] بأنّ هذا الوسائل تعتبر من البنود المعقدة في العقد COMPLEX TERMS، لأنّها لا تندرج تحت مفهوم الشروط أو الضمانات، و أنّها أحيانا تتشابه كثيرا مع الشروط والضمانات، وأنّ تمييزها عنها يعتمد على إثرها في معالجة اختلال توازن العقد .

و يعتبرها البعض الآخر من البنود غير المسماة في مضمون العقد in nominate terms، حيث أنّ المحاكم هي التي تقرر تحديد فيما إذا كان ذلك البند من الوسائل المستخدمة في تسوية المنازعات[2].

و عليه فإنّ المبدأ المقرر في النظام القانوني الأنكليزي، سواء كان في قواعد (الكومن لو) common law أو قواعد العدالة equity، أنّ الحق في إنهاء العقد سوف يعتمد على مضمون هذا البند ومن له الحق بإنهاء الرابطة العقدية، فإذا كان اختلال التوازن العقدي جوهريا فإنّه يكون للطرف الضعيف حق إنهاء العقد [3]، أما إذا

[1] Geoff Monahon , op.cit, p53
[2] Richard Stone,op.cit ,p.208
[3] Geoff Monahon,op.cit, the same page.

كان اختلال التوازن في العقد يرجع إلى نقص الأهلية[1] مثلا، فإنّ ذلك يعتمد على الطرف حسن النية الذي سيكون له حق المطالبة بالتعويض.

كما يرى البعض[2] بأنّ هناك ثلاث صور من الدعاوى التي يمكن إقامتها بهذا الصدد لمعالجة اختلال التوازن العقدي و على النحو الآتي:

1- دعوى التدليس The action of misrepresentation

2- دعوى الإخلال في العقود الجماعية The action for breach of a collateral contract

3- دعوى قائمة على الخطأ بسبب الإهمال لعدم التبصير The action for the tort of negligent misstatement

أما بالنسبة للموقف في التعديل التشريعي للقانون المدني الفرنسي، فإنّه من حيث المبدأ العام يستطيع طرفا العقد الاتفاق على وضع بنود في العقد، تعتبر وسيلة من الوسائل التي يتوقع بها طرفا العقد لمعالجة المشاكل التي يمكن أن تحصل في المستقبل أثناء تنفيذ العقد.

و هذه الوسائل التي تعالج اختلال التوازن العقدي المتوقع في المستقبل من قبل طرفيه، تعتبر تكريسا لمبدأ الحرية التعاقدية الذي تبناه المشرع الفرنسي، و لكنه لم يطلق العنان لطرفي العقد في وضع ما يشاءون من هذه الوسائل، حيث أنّه قيد طرفي العقد في تحديد مفهوم الاختلال العقدي الموجب للتدخل لغرض إعادة هذا التوازن العقدي، حيث وضع المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة1171 [3] معياريين لتقدير اختلال التوازن العقدي و على النحو الآتي:-

أ- أن يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير الاختلال الهدف الرئيسي من العقد l'objet principle du contrat.

ب- ملاءمة السعر مع الأداء المطلوب تنفيذه من الطرف الآخر l'adéquation du prix à la prestation.

---

[1] بعض العقود التي يبرمها القاصر أو الصغير تعتبر صحيحة و نافذة في النظام القانوني الانكليزي إذا كانت تتعلق بالضروريات، لمصلحة القاصر، العقود التي تعود عليه بالنفع، العقود المتعلقة بالشراء لأجل الزواج. راجع بصدد ذلك علي يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنكلوأمريكي – دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، العدد 1-2، المجلد الثالث،2010، ص 353.

[2] Richard Stone,op.cit ,p.198.

[3] « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur **l'objet principal du contrat** ni sur **l'adéquation du prix à la prestation**.

المبحث الثاني: تحقق وجود البند التعاقدي IDENTIFACTION OF TERM

إنّ وجود البنود التعاقدية بأصنافها السابقة التي تحدثنا عنها في المبحث الأول، و التي هي عبارة عن شروط وضمانات وفقرات إعفاء وتحديد المسؤولية ووسائل تسوية المنازعات العقدية، قد تكون مذكورة في العقد بشكل صريح، ولكن ذكرها في العقد لا يعني أنّها قد تكون واضحة بالنسبة للأطراف المتعاقدين أو المحكمة التي تنظر النزاع، مما يقتضي التوضيح، فضلا عن أنّ صعوبة إثبات وجود هذه البنود إذا كان العقد شفويا .

ومن جانب آخر إنّ البنود العقدية قد تكون ضمنية يمكن التوصل إليها من خلال الظروف المحيطة بالعقد .

ذعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول البنود الصريحة، والمطلب الثاني سوف نتناول فيه البنود الضمنية.

المطلب الأول: البنود الصريحة EXPREES TERMS

إذا كانت البنود التعاقدية مكتوبة في العقد فإنّ ذلك لا يثير مشكلة فيما يتعلق بوجود البند، ولكن يمكن أن تثار المشكلة إذا كان البند المكتوب غامضا، وتكون المشكلة أكثر تعقيدا في العقود الرضائية التي لا تكون بنودها مكتوبة، فيصعب إثبات وجود هذا البند التعاقدي، عليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول قواعد الإثبات الفوري في النظام القانوني الانكليزي، و نتناول في الثاني موقف المشرع الفرنسي من تحقق وجود البند التعاقدي.

الفرع الأول: قواعد الإثبات الفوري في النظام القانوني الانكليزي

يرى البعض[1] أنّ العقد إذا كان غير مكتوب (شفويا)، فإنّ إثبات مضمونه يعتبر مسألة وقائع تستنتجها المحكمة من الأدلة المقدمة من أطرافه، أما إذا كان العقد مكتوبا فتكون بنوده في الغالب واضحة ولا يحتاج مضمونه أي إثبات، ولكن في بعض الأحيان تثار مشكلة مدى تحقق وجود البند التعاقدي، إذا كان هناك ثمة غموض في مضمون العقد .

و قد يثار تساؤل آخر هو كيف للمحكمة أن تفسر إرادة المتقاعدين ؟ للإجابة على هذا السؤال يرى البعض[2] أنّ المبدأ العام في النظام القانوني الانكليزي، أنّ العقد إذا تمت كتابته واتفق عليه الطرفان، فيمتنع عليهما بعد ذلك إثارة أي دليل يغير أو يناقض بنود العقد، حيث أنّ الدليل الشفهي لا يمكن قبوله لإثبات بعض البنود الأخرى، حتى لو يتم الاتفاق عليها شفهيا والتي لم تكتب بالعقد.

---

[1] فتحي عبد الرحيم عبدالله .المرجع السابق ,ص280.

[2] استاذنا د.مجيد حميد العنبكي ,المرجع السابق ,ص116.

و لكن إذا كان العقد المكتوب لا يمثل المضمون الواقعي الحقيقي للعقد، مثل كتابة العقد دون أن يذكر موعد للتنفيذ، فيمكن قبول الدليل الشفهي من قبل المحكمة لإثبات المضمون الحقيقي للعقد[1]، حيث يمكن للمحكمة أن تعالج هذا النقص بالرجوع إلى قصد المتعاقدين أو سلوكهما أو طبيعة المعاملات المالية السابقة بينهما[2] .

عليه إذا كان مضمون العقد مكتوبا، فالقاعدة العامة أنّ المحكمة ترفض إثباته بالدليل الشفوي، إذا كان ذلك من شأنه إضافة تعديل أو مناقضة الاتفاق المكتوب[3] .

ولكن القاعدة المذكورة أعلاه ترد عليها استثناءات عدة تتمثل بالآتي :

1- إنّ الشهادة يمكن أن تقبل لإثبات عرف أو عادة، ويكون إثبات ذلك من شأنه إضافة شرط أو شروط للاتفاق في فقرة سكت عنها الأطراف، ولذلك فإنّ الشهادة تكون للإضافة وليس لمخالفة اتفاق مكتوب[4].

2- يمكن أن تقبل الشهادة لإثبات أنّ العقد غير نافذ بعد[5]، أو أنّه توقف عن النفاذ[6]، ويعتقد البعض أنّ هذا الحالة لا تعد استثناءا حقيقيا ما دام مضمون العقد لم يتغير بالتعديل أو الاضافة[7].

3- يمكن أن تقبل الشهادة كذلك لإثبات ذاتية محل العقد، ففي إحدى القضايا التي عرضت على المحاكم الانكليزية[8] MACDONALD V. LONGBOTTOM 1859,1E./E.977.

والتي تتلخص وقائعها بأنّه في عقد ذكر المدعى عليه بأنّه سوف يشتري (الصوف التابع لك) YOUR WOOLمن المدعي وقد قبلت الشهادة واثبات أنّ عبارة YOUR WOOL تعني بالإضافة إلى الصوف المنتج من قبل المدعي، ولكن أيضا الصوف المنتج في المزارع المجاورة .

4- يمكن للمحكمة أن تقبل الإثبات بالشهادة، إذا رأت أنّ الوثيقة المكتوبة لا تتضمن سوى جزء من الاتفاق[9]، يعتقد البعض أنّ العقد عندما يكون مكتوبا، فإنّ ذلك يعتبر قرينة على أنّ الكتابة يقصد بها أن تتضمن كل

---

[1] المرجع السابق الصفحة نفسها .

[2] د. فتحي عبد الرحيم عبد الله ,المرجع السابق، ص 280 .

[3] JACOBS V. BATAVIA AND GONERAL PLANTATIONS , TRUST. LTD. 1924
مشار إليها في المرجع السابق الصفحة نفسها .

[4] HUMTREY V.DALE 1857 ,7E.B.266,AFFIRMED/1858,E.B.E.1004
مشار إليها في المرجع السابق ص 281.

[5] قضية PYM V. GAMPBELL 1858,6E,B.370.
مشار إليها في المرجع السابق الصفحة نفسها.

[6] قضية MORRIS V. BARON- CO. 1918 , A.C.I
مشار اليها في المرجع السابق الصفحة نفسها .

[7] مشار اليها في المرجع السابق، الصفحة نفسها .

[8] مشار إليها في المرجع السابق الصفحة 282.

[9] QUICKMAID RENTAL SERVICE LTD .V.REECE1970,THE TIMES 21ST.APRAL 1970

شروط العقد، و لكن هذه القرينة قابلة للنقض بالدليل العكسي، فإذا لم يقصد بالعقد المكتوب أن يتضمن كل الشروط المتفق عليها بين الأطراف، فإنّ الشهادة تقبل في إثبات مضمون العقد [1].

ويؤكد أصحاب الرأي أعلاه بأنّ هذا الحل تستعمله المحاكم الانكليزية بشكل شائع[2]، و يمثل استثناء حقيقياً على القاعدة التي تقضي بعدم جواز إثبات مضمون العقد بالشهادة، إذا كان من شأنها إضافة أو تعديل أو مناقضة الاتفاق المكتوب[3].

الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي من تحقق وجود البند التعاقدي

الموقف بالنسبة للقانون الفرنسي و النظام اللاتيني بصورة عامة، أنّ مضمون العقد يتحدد من خلال الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد متى كانت هذه العبارات واضحة، إلا أنّ هذه العبارات قد لا تكون واضحة، و بحسب رأي البعض فإذا اختلفت الأهداف و النوايا عما تضمنه التعبير من معنى، فيثار النزاع بصدد تحديد المقصود منه، فيتساءل هؤلاء حول المعول بحسم هذا النزاع، هل يؤخذ بمضمون العبارات العقدية على أساس استقرار المعاملات و صعوبة الاثبات، أم يؤخذ بقصد المتعاقدين و إن كان مغايرا لما تضمنه التعبير من معنى ظاهر[4] ؟، بعبارة أخرى هل نأخذ بالعبارات الواردة في بنود العقد، أم نأخذ بالنية الحقيقية للطرفين المتعاقدين؟

يطرح البعض[5]معياريين لتحديد مضمون العقد في حال تناقض العبارات الواردة في العقد مع النية الحقيقية للمتعاقدين، و هما المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي و سنتناول هذين المعيارين على النحو الآتي:

المعيار الشخصي:- يرى البعض[6] أنّ نظرية الإرادة التي سادت الفقه اللاتيني بوجه عام و في الفقه الفرنسي بوجه خاص، تعتبر أنّ الإرادة الباطنة المشتركة للمتعاقدين هي قوام تحديد مضمون العقد و يتم تغليبها على التعبير المادي .

مشار إليها في المرجع السابق، ص 282.

[1] المرجع السابق الصفحة نفسها .

[2] ALLEN V.PINK 18384 M.W.140,HUTTON V.WATING 1948,CH398

مشار إليها في المرجع السابق ص 283.

[3] المرجع السابق الصفحة نفسها

[4] د.ايمان طارق، د.منصور حاتم، معيار الغموض في تحديد مضمون العقد – دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية – بابل ن العدد الأول – المجلد الأول، العلوم الانسانية ،2009،ص81.

[5] المرجع السابق، ص 81-82.

[6] المرجع السابق، الصفحات نفسها.

على أنّ الإرادة الفردية إذا كانت وفقا للمبادئ العامة طليقة في تحديد مضمون العقد، فإنّ هذه الحرية تكون مقيدة إلى حد كبير في تحديد مضمون العقد بمجموعة من القواعد الآمرة[1].

لذلك وفقا لهذا الرأي[2]، فإنّه في حالة عدم التوافق بين الألفاظ و بين الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فإنّ المعول عليه في هذه الحالة هو الإرادة.

حيث أنّ الإرادة الظاهرة لا يؤخذ بها إلا على افتراض مطابقتها للنية الحقيقية الداخلية، و إذا لم يحصل هذا التطابق على القاضي أن يستخرج النية الحقيقية للطرفين المتعاقدين، و أن يتقيد بها عند التنفيذ و تحديد الالتزامات الناشئة عنها[3].

و لكن لكي يتم اللجوء إلى الارادة الباطنة للمتعاقدين، بالرغم من وجود البنود التعاقدية الصريحة فإنّه ينبغي للعقد أن يكون غامضا من حيث المضمون، و يطرح البعض[4] عددا من الحالات التي يمكن من خلالها اعتبار العقد غامضا، ومن ثم يمكن اللجوء للنية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين للوصول إلى المضمون الحقيقي و هذه الحالات هي:-

1- غموض عبارات العقد ذاتها.

2- تنافر المعنى الحرفي للعبارات مع الارادة المشتركة للمتعاقدين .

3- التعارض بين عبارات العقد و شروطه.

المعيار الموضوعي:- لقد طرح الفقه الجرماني نظرية التعبير عن الإرادة، و أساس هذه النظرية هو التعبير عن الإرادة في ذاتها و ليس الإرادة في نفسها، وذلك لأنّ الإرادة تعتبر عنصرا نفسيا صعب الوصول إليه، ولكن يستدل عليها من خلال العبارات التي تشير إليها باعتبارها عنصرا ماديا محسوسا يمكن التعامل معه[5].

و على هذا الأساس و بحسب رأي البعض، فإنّ دور القاضي لا يتمثل بالكشف عن إرادة المتعاقدين الباطنة وقت العقد، بل يتمثل بصياغة الإرادة عن طريق تفسير التعبير وفق ما تقتضيه المعايير الموضوعية وقت التفسير من ثقة متبادلة بين المتعاقدين و حسن النية و العرف[6].

---

[1] د.محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص613، فقرة 183.

[2] د.ايمان طارق، د.منصور حاتم ،المرجع السابق، الصفحات نفسها.

[3] محمد عدنان باقر، المرجع السابق، ص 878.

[4] د.ايمان طارق، د.منصور حاتم ،المرجع السابق ،82-83.

[5] المرجع السابق،ص84.

[6] المرجع السابق، ص 85.

تحليل و استنتاج

اذا كان موقف المشرع الفرنسي قبل تعديل القانون المدني يميل الى الاخذ بالمعيار الشخصي و كان ذلك واضحا من خلال نص المادة (1156) مدني فرنسي قبل التعديل و التي نصت على انه (يجب البحث في الاتفاقات عن النية المشتركة للاطراف المتعاقدين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات) و هذا باعتقادنا اشارة جلية من المشرع الفرنسي باعتداده بالارادة الباطنة للطرفين و هي المعول عليها في حالة الاختلاف مع المضمون المكتوب للعقد.

و لكن يبدو لنا أنّ هناك ثمة تحول في موقف المشرع الفرنسي بعد التعديل التشريعي رقم 131-2016 للقانون المدني، و هو ما يؤشر لنا تحوله عن الموقف السابق و اتجاهه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد، في حال التعارض بين المضمون الباطن للعقد و المضمون الظاهر في العقد.

حيث يبدو لأول وهلة من خلال مراجعة الفقرة الأولى من المادة(1188)[1] من التعديل التشريعي، أنّ المشرع الفرنسي لازال يتبنى المعيار الشخصي، حيث أنّ عبارات الفقرة المذكورة تشير إلى أنّ النية المشتركة لطرفي العقد هي المعول عليها في حال تعارضها مع بنود العقد، و لكن لدى إمعان النظر في الفقرة الثانية من المادة 1188[2] المذكورة آنفا، نجد أنّ المشرع الفرنسي قد قيد سلطة القاضي في البحث عن الإرادة الباطنة أو النية الحقيقية للطرفين في حال عدم التعرف عليها، بأن يتم التفسير وفقا لما يتوقعه الشخص المعتاد في الظروف نفسها[3] .

و نعتقد بأنّ الفقرة المذكورة آنفا في المادة (1188) تمثل إحدى الحالات التي تأثر بها المشرع الفرنسي في النظام القانوني الانكليزي، حيث أنّ مدار النزاع في النظام القانوني الانكليزي يؤكد على أنّه لا يتعلق بالإرادة أو النية المنفردة individual intention لأي من الطرفين، بل بالإرادة المشتركة أو النية المشتركة common

---

[1] تنص الفقرة الاولى من المادة 1188 على أنهّ (يفسر العقد من خلال النية المشتركة للطرفين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي لبنوده) « Art. 1188.-Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.

[2] تنص الفقرة الثانية من المادة 1188 على أنّه (عندما لا يمكن التعرف على هذه النية، يتم تفسير العقد وفقا للمعنى الذي يتوقعه الشخص المعتاد في الظروف نفسها) « Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.

[3] يرى البعض أنّ (فكرة التوقعات المعقولة) و الثقة المشروعة للدائن تنشئ توليف للعناصر العقدية لمفهوم القوة الملزمة للعقد مستمده من ثقة الدائن المشروعة و توقعاته المعقولة في الالتزام، و يرى هؤلاء أنّ هذه الفكرة تعود جذورها الى القانون السويسري فهو لايأخذ في ابرام العقد بالإرادة الظاهرة و لا بالارادة الباطنة و إنّما يأخذ بثقة الدائن المخاطب بالتعبير و ما يفهمه بحسن نية من هذا التعبير، و على هذا الأساس يقوم الالتزام العقدي على أساس الثقة المشروعة المتولدة لدى الدائن من التعبير المخاطب به. انظر د.علاء حسين علي، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى لبنان، 2011، ص35.

intention، فإذا استطاع المدعى عليه أن يقنع المحكمة بأنّه فهم الاتفاق على نحو ما دون تماما في الورقة المكتوبة، فإنّ ما مكتوب هو الذي يعول عليه في الحكم[1].

و لم يكتف المشرع الفرنسي بما ورد أعلاه لكن قد أكد هذا النهج في الفقرة الثالثة من المادة (1163)[2] المتعلقة بقابلية تحديد الأداء المطلوب في العقد، حيث أكدت على أنّ الأداء المطلوب يتم تحديده من خلال بنود العقد، و إذا لم يتيسر ذلك فإنّه يتم الرجوع إلى العادات أو العلاقات السابقة بين الطرفين على تحديد الأداء المطلوب.

و باعتقادنا أنّ المادة المذكورة آنفا تشكل انعطافة في موقف المشرع الفرنسي بعد التعديل الأخير للقانون المدني للتوجه نحو المعيار الموضوعي في تفسير بنود العقد، إذ أنّه و إن جعل الأصل في العقد هو الإرادة الباطنة إلا أنّه قيد من هذه الإرادة و لم يطلق لها العنان و جعل معايير أخرى تساعد القاضي للوصول إلى هذه الإرادة، و يمكن تحديد هذه المعايير على النحو الآتي:-

1- ما يتوقعه الشخص المعتاد من العقد في الظروف نفسها.

2- الرجوع للعادات أو العلاقات السابقة بين الطرفين.

3- الرجوع إلى مضمون العقد نفسه و إيجاد بند يوضح البند الغامض.

4- لا حاجة إلى إبرام اتفاق جديد لتحديد تفسير للعقد.

المطلب الثاني: البنود الضمنيةIMPLED TERMS

إذا كانت القاعدة العامة أنّ أطراف العقد هم الذين يحددون مضمون عقدهم، وأنّ القاضي لايستطيع أن ينشئ مضمونا جديدا للعقد، إلا أنّه أحيانا من الناحية العملية تحصل مشكلة ناشئة عن عدم تحديد الأطراف بدقة لمضمون العقد من خلال بنود صريحة .

لذلك يتم اللجوء إلى تحديد مضمون العقد من خلال استنباط النية الحقيقية للطرفين المتعاقدين بواسطة ما يسمى الشروط الضمنية، وهذه الشروط الضمنية يمكن استنتاجها بواسطة العرف، التشريع، فضلا عن أنّ القاضي يمكن أن يستنتج ذلك والوصول إلى الهدف الذي يرمي الأطراف إلى تحقيقه.

---

[1] شيشر، فيفوت، فيرمستون، احكام الغلط و نسبية العقد في القانون الانكليزي، ترجمة هنري رياض، دار الجليل – بيروت، مكتبة خليفة عطية – الخرطوم، 1981، ص45.

[2] حيث تنص على أنّه (الأداء يكون قابلا للتحديد عندما يكون من الممكن استخلاصه من العقد أو بالرجوع الى العادات أو العلاقات السابقة للأطراف دون الضرورة إلى اتفاق جديد بين الطرفين)

« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

عليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة نتناول في الفرع الأول البنود الضمنية العرفية، و في الفرع الثاني البنود الضمنية التشريعية، وفي الفرع الثالث نتناول البنود الضمنية القضائية.

الفرع الأول: البنود الضمنية العرفية CUSTOMORY IMPLIED TERMS

يرى البعض أنّ العقد يمكن أن يتضمن بعض البنود العرفية وإن كانت لم تذكر بشكل صريح في مضمون العقد من قبل الأطراف، إلا أنّ هذه البنود العرفية لا يعمل بها ضمن العقد إذا تبيّن أنّها تخالف البنود الصريحة، على أساس أنّ العرف يفترض به أن يمثل إرادة الأطراف، فإذا كانت هذه الإرادة معبر عنها صراحة فلا يعمل بالعرف المخالف لها[1] .

و يرى البعض الآخر [2] أنّه بالامكان استنتاج البند الضمني من العرف المحلي أو الخاص أو حتى من العرف العام، بشرط أن يكون ذلك العرف معينا ومعقولا وشائعا ولا يعارض أي نص تشريعي أو بند صريح في العقد.

ففي إحدى القضايا المعروضة على المحاكم الانكليزية[3]

HARLEY AND CO.V.NAGATA/1917,23.COM,CAS,121

قررت المحكمة بأنّ العرف يقضي بدفع عمولة الوسيط في حالة استئجار سفينة بموجب مشارطة زمنية عند حصول مالكي السفينة على بدل ايجار للسفينة و ليس عن توقيع المشارطة.

بينما نجد في قضية أخرى[4]

LES AFFRETEURS REUNIS SOCIETE ANONYME V.LEOPOLD WALFORD LONDON ,LTD 1919,A.C.801.

قررت المحكمة بأنّ الوسيط يستحق العمولة عند توقيع العقد، في حالة استئجار سفينة بموجب مشارطة زمنية وذلك بسبب وجود بند صريح في العقد يقضي بذلك مخالفة للعرف، وبصدد هذه القضية علق اللورد (بيركنهد) Birken head (أنّ رجال الأعمال يكونو بالفعل على علم تام بالعرف الذي رأوا أنّه من الصواب الاتفاق على خلافه، ولما كان يراد من العرف أن يكون مكملا للعقد بوصفه قانون للطرفيين وليس القضاء عليه، لذلك يجب أن لايكون العرف مخالفا للبنود الصريحة في العقد، بل يجب أن يكون أداة خادمة لها أكثر من أن يكون عاملا من عوامل تحريفها وأن يساعد على تحقيق الغرض من بنود العقد وفعاليتها)

أما الموقف في التشريع الفرنسي، فنجد أنّ الأساس ذاته المعمول به في النظام القانوني الانكليزي قد اتبعه المشرع الفرنسي، حيث استخدم العرف كوسيلة في حال غموض مضمون العقد أو غياب الإرادة الصريحة في

---

[1] انظر د.فتحي عبد الرحيم عبد الله, المرجع السابق, ص 286-287 .

[2] انظر استاذنا د. مجيد حميد العنبكي .المرجع السابق, ص 121

[3] مشار اليها في Sir Jack Beatson , Andrew Burrows, John Cartwright, op.cit,p.157.

[4] مشار اليها في استاذنا د. مجيد حميد العنبكي، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

تحديد هذا المضمون و نشير بهذا الصدد إلى المادة (1166) من التعديل التشريعي الفرنسي[1]، حيث أشارت بوجوب الرجوع إلى العادات المتبعة (des usages) في تحديد جودة الأداء الذي يلتزم به الطرف الآخر في العقد، و هذه إشارة صريحة من المشرع الفرنسي على اعتبار العرف و العادات من البنود الضمنية المكملة للعقد في حال غموض مضمونه.

و يعتبر البعض[2] بصدد تعليقه على هذه المادة الواردة في التعديل التشريعي الفرنسي، بأنّها أدخلت حكما جديدا في القانون الفرنسي من خلال تحديد جودة الأداء المطلوبة في العقد.

و أكثر من ذلك نجد أنّ الفقرة الثالثة من المادة (1163)من التشريع الفرنسي قد أكّدت على هذا، الحكم حيث اعتبرت أنّ العادات أو التعاملات السابقة بين الأطراف هي المعول عليها، لتحديد الأداء المطلوب في العقد في حال أغفل الأطراف تحديد هذا في عقدهما أو لم يمكن استخلاصه من العقد ذاته، و أكدت أيضا بأنّه لا حاجة إلى أي اتفاق جديد بين الطرفين على تحديده.

حيث نصت الفقرة المذكورة أعلاه على أنّه (أنّ الأداء يكون قابلا للتحديد عندما يكون من الممكن استخلاصه من العقد أو بالرجوع إلى العادات أو المعاملات السابقة بين الطرفين، دون الحاجة إلى ضرورة اتفاق جديد بين الأطراف)[3].

الفرع الثاني: البنود الضمنية التشريعية STATUTORY IMPLED TERMS

تقرر بعض التشريعات في النظام القانوني الانكليزي بنود ضمنية في حال لم يتفق المتعاقدان صراحة على مخالفاتها، ويلاحظ ذلك من خلال تشريع بيع البضائع SALE OF GOODS ACT 1979 حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 12 بأنّه على البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري خاليا من كل قيد أو عائق غير معلوم للمشتري وقت إبرام العقد.[4]

---

[1] حيث نصت المادة المذكورة (عندما لا يتم تحديد نوعية الأداء أو كان غير قابل للتحديد من خلال العقد فإنّ المدين يجب أن يقدم أداء أو عمل بنوعية او جودة، تتوافق مع توقعات المدين المشروعة مع الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة الأداء و العادات و قيمة المقابل)

« Art. 1166.-Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, **des usages et du montant de la contrepartie**.

[2] د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق،ص 349.

[3] « La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

[4] 12-(2) In a contract of sale, other than one to which subsection (3) below applies, there is also an implied warranty that:
(a) the goods are free, and will remain free until the time when the property is to pass, from any charge or encumbrance not disclosed or known to the buyer before the contract is made.

و كذلك ما نصت عليه المادة 13 المتعلقة بالبيع على أساس الوصف، حيث نصت على أن يكون المبيع مطابقا للوصف [1]، و كذلك أيضا نصت المادة 14 المتعلقة بالبيع على أساس العينة حيث أوجبت أن يكون المبيع مطابقا للعينة[2].

و كذلك ثمة نصوص تشريعية أخرى واردة في القانون المذكور أعلاه، تعتبر من البنود الضمنية ما لم يتبين من بنود العقد الصريحة أن الأطراف اتفقوا صراحة على مخالفتها[3].

أما المشرع الفرنسي فقد وضع مبدأ عاما في التعديل الجديد للقانون المدني حيث لم يتطرق إلى التفصيلات الجزئية و لم يعالج الحالات الانفرادية، و قد وضع مبدأ تشريعيا عاما يمكن من خلاله التوصل إلى مضمون العقد بالرجوع إلى العناصر الأخرى في العقد، باعتبار أنّ بنود العقد يكمل بعضها البعض الآخر، في حال وجود نقص بأحد هذه البنود فيمكن الاستعانة بالبنود الأخرى للوصول إلى البند الغامض أو غير واضح المعالم، و هذا يشكل خطوة جريئة من المشرع الفرنسي في هذا الاتجاه حيث نص في المادة (1167) (إذا كان السعر أو أي عنصر آخر في العقد واجب التحديد فيتم تحديده من خلال الرجوع إلى مؤشر موجود في العقد، و إذا كان هذا المؤشر غير موجود أو لم يمكن التوصل إليه فإنّ هذا المؤشر يتم استبداله بمؤشر آخر في العقد يكون هو الأقرب بالنسبة للتحديد)[4].

الفرع الثالث: البنود الضمنية القضائية JUDICIAL IMPLIED TERMS

إذا كانت بنود العقد الصريحة غامضة وغير واضحة المعنى، فيمكن للمحكمة أن تضمن العقد شرطا ضمنيا عندما ترى من الضروري وجود هذا البند، و ذلك بهدف إنتاج الآثار التي يرغب المتعاقدان الوصول إليها من خلال الشروط الصريحة .

---

[1] 13.-(1) Where there is a contract for the sale of goods by sate by description, there is an implied condition that the goods will description.correspond with the description.
(2) If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient that the bulk of the goods corresponds with the sample if the goods do not also correspond with the description.
(3) A sale of goods is not prevented from being a sale by description by reason only that, being exposed for sale or hire,they are selected by the buyer.
(4) Paragraph 4 of Schedule 1 below applies in relation to a contract made before 18 May 1973.

[2] 14.-(1) Except as provided by this section and section 15 Implied below and subject to any other enactment, there is no implied terms about condition or warranty about the quality or fitness for any fitness or particular purpose of goods supplied under a contract of sale.

[3] راجع تشريع بيع البضائع الانكليزي لسنة 1979 الجزء الثاني الخاص بتكوين العقد. Sale of Goods Act 1979- PART II - FORMATION OF THE CONTRACT- Contract of sale

[4] « Art. 1167.-Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus.

و تتباين المواقف بين النظام القانوني الانكليزي و النظام القانوني الفرنسي بشأن سلطة تحديد البنود الضمنية في العقد، و عليه سوف نتناول أولا سلطة المحاكم الانكليزية في تحديد البنود الضمنية، و ثانيا نتناول سلطة القاضي التقديرية في النظام القانوني الفرنسي.

أولا: سلطة المحاكم الأنكليزية في تحديد البنود الضمنية

قد يثار التساؤل هل للمحكمة الصلاحيات المطلقة في إضافة ما تشاء من البنود العقدية لاسيما الضمنية منها ؟ يمكن الاجابة بسهولة على هذا التساؤل، حيث أنّ القاعدة العامة في النظام القانوني الأنكليزي أنّ القاضي لا يستطيع أن يتدخل ويبتدع للأطراف عقدا جديدا، وإنّما تدخله هذا في حالة البنود الضمنية أن لا يضع بندا يخالف أو لا يتوافق مع الشروط الصريحة في العقد.

و لكن يبقى السؤال الأهم، هو كيف للمحكمة أن تتدخل في عقد و تضع بندا ضمنيا فيه لم يكن موجودا أو مكتوبا في العقد ومن ثم تلزم الأطراف به ؟ وبعبارة أخرى ما هي الوسائل التي تستطيع المحكمة الاستعانة بها لاستنتاج هذا البند الضمني؟

إنّ المحكمة ليس لها مطلق الحرية بوضع ما تراه من البنود، وإنّما هي بالضرورة مقيدة بظروف محددة أثناء استنتاجها للبنود الضمنية في العقد، حيث يجب أن تراعي فيها نية وظروف الطرفين وتعاملاتهم السابقة، أو الغرض أو الهدف من إبرام العقد أو إعطاء العقد أثرا فعالا، وعليه سوف نتناول الحالات التي تستطيع المحاكم الانكليزية من خلالها استنتاج البند الضمني وعلى النحو الآتي :

1- نية الطرفين أو سلوكهما أو طبيعة التعامل بينهما

إذا اتفق الطرفان على أن يبيع أحدهما إلى الآخر شيئا معينا واتفقا على الثمن وعلى أن لا يدفع حالا ولم يحدد موعدا لذلك، فيمكن للمحكمة أن تستنتج بندا ضمنيا يقضي بدفع الثمن في موعد معقول حسب طبيعة الظروف، وإذا كان هناك تعامل سابق بين الطرفين فإنّ هذا التعامل هو الذي سيحدد موعد دفع الثمن، بشرط أن لا يتضمن العقد بندا صريحا يحدد ذلك الموعد[1].

[1] HILLAS AND .COV.ACROS LTD, 1932.ALL E.R.RE, p.494.
مشار إليها في أستاذنا د.مجيد حميد العنبكي .ص119.

2- الغرض الذي أبرم العقد من أجله

يجب أن يكون البند الضمني ينسجم مع هدف و غرض العقد، فمن يستأجر سيارة أو منزلا للسكن يفترض أن تكون صالحة للقيادة أو ملائما للسكن، وبهذا الصدد قضت إحدى المحاكم الانكليزية في قضية[1] Samuels V.davis,1943,2all e.r.3.

والتي تتلخص وقائعها بأنّه اتفق المدعي (طبيب أسنان)على قيامه بصنع طقم أسنان لزوجة المدعى عليه، وبعد الانتهاء من ذلك اتضح أنّ طقم الأسنان غير ملائم إلى الحد الذي لم تستطع زوجة المدعى عليه استعماله مما جعل المدعى عليه يمتنع عن دفع الثمن، قررت محكمة الاستئناف أنّ السؤال هنا لا يتعلق فيما إذا كان هنالك عقد بيع بضائع أو عقد عمل ومواد، إنّما المهم في كلا الحالتين أن يكون طقم الأسنان صالحا للغرض منه .

3- إعطاء العقد أثرا فعالا: BUSINESS EFFICACY

يمكن أن تتحقق الآثار التي يفترض أنّ الأطراف قصدوا تحقيقها بواسطة البنود الصريحة، فالقاضي يعتبر نفسه أنّه يقوم بمجرد ما كان الأطراف يفعلونه بأنفسهم لمواجهة الموقف ذاته، و يعبر عن ذلك بأنّها تعطي الفعالية العملية للعقد[2] BUSINESS EFFICACY .

إنّ العملية القانونية أعلاه المتعلقة بالآثار الفعالة للعقد يمكن إيضاحها من خلال قضية[3] THE MOORCOCK 1889 ,14P.D.64

والتي تتلخص وقائعها بأنّ المستأنف اتفق مع المستأنف عليه باستعمال حاجز ورصيف المستأنف لتحميل وخزن بضاعة من السفينة MOORCOK، وكانت منطقة النهر مملوكة من قبل طرف ثالث وخارج سيطرة المستأنف، والذي لم يقم باتخاذ أي خطوة للتأكد من أنّ تلك المنطقة صالحة للسفينة لأن ترسو، و نتيجة لذلك اصطدمت السفينة بقاع النهر بسبب المد والجزر مما أدى إلى تضرر السفينة، حكمت المحكمة بأنّ المستأنف مسؤول من حيث أنّ السفينة لايمكن استعمالها مع هذا الحاجز والرصيف في مثل هذه الظروف، لأنّ المستأنف كان ضمنا يمثل قدرته في اتخاذ العناية المعقولة للتأكد بأنّ وضع النهر كان بصورة لاتتضرر معها السفينة، وما كان القانون ليرغب في هذا التضمين إلا لإعطاء هذه الصفقة أثرا فعالا كما يرغب به رجال الأعمال .

و قد علق اللورد القاضي (بوين) BOWEN [4] بصدد هذه القضية المذكورة آنفا (أنّ القاضي يفترض نية المتعاقدين ويعطي العقد أثرا فعالا على أساس أنّ نيتهم اتجهت إلى ذلك) .

---

[1] مشار إليها في المرجع السابق .الفقرة 120.

[2] انظر د. فتحي عبد الرحيم عبد الله ,المرجع السابق ,288.

[3] مشار إليه في أستاذنا د.مجيد حميد العنبكي , ص120 – 121.

[4] مشار إليه د. فتحي عبد الرحيم .,المرجع السابق ص 290. وفي أدناه تعليق اللورد القاضي بوين على القضية المذكورة.

وهذه القاعدة رغم تطبيقها في عدد كبير من الحالات ورغم فائدتها، فقد تعرضت للنقد أيضا من قبل اللورد (ماكينون) MACKINNON [1]، حيث أشار إلى أنّه (مع إقراره بحكم القاضي (بوين) إلا أنّه ينتقد تعميم المحاكم للقاعدة الواردة به، واستنادا إلى عبارات وملاحظات هذا القاضي، يقول أنّه إذا كان من حق أو واجب المحكمة أن تبحث عن وجود بند ضمني في العقد المكتوب فإنّه عليها أن تمارس ذلك بحرص، وأنّه لايمكن التمسك بالقاعدة المذكورة في قضية THE MOORCOCK إلا إذا كان الالتزام قد قصد بوضوح باعتباره كذلك وأنّه سوف لايرتب الأثر المقصود إلا إذا ضمنت المحكمة الشروط التي يعبر عنها لأنها مفترضة).

و يرى البعض[2]، بالرغم من الانتقادات التي وجهت للقاعدة السابقة إلا أنّها لا تزال تطبق مع ذلك في كثير من الاحوال خاصة التي يكون فيها العقد معرضا للزوال الكامل الا اذا ضمن الشرط او عندما يكون في الحقيقة قد توفرت فيه العناصر الاساسية.

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في التشريع المدني الفرنسي

أما بالنسبة للموقف التشريعي الفرنسي، فقد منح القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمون العقد في حالة وجود نزاع بين الطرفين حول تحديد هذا المضمون، أو تعسف الطرف الآخر في تحديد هذا المضمون إذا أنيطت به سلطة تحديده، و أكثر من ذلك فقد منح المشرع الفرنسي القاضي سلطة إنهاء العقد و الحكم بالتعويض للطرف الذي وقع ضحية لهذا التعسف، و بهذا الصدد نشير إلى الفقرة الثانية من المادة (1164) الخاصة بتحديد الثمن في عقد الإطار عند الاتفاق على قيام أحد الطرفين بتحديد الثمن لاحقا، حيث نصت المادة المذكورة على أنّه (في حالة التعسف بتحديد الثمن فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض أو الفائدة و في حالة الضرورة يستطيع إنهاء العقد)[3].

Bowen LJ explained this reasoning as follows:
Both parties knew that the jetty was let for the purpose of profit, and knew that it could only be used by the ship taking the ground and lying on the ground. They must have known, both of them, that unless the ground was safe the ship would be simply buying an opportunity of anger and buying no convenience at all, and that all consideration would fail unless the ground was safe. In fact, the business of the jetty could not be carried on unless, I do not say the ground was safe, it was supposed to be safe.
Refer to in: Richard Stone, THE MODERN LAW OF CONTRACT, Fifth edition, ,2002 Great Britain, Cavendish Publishing Limited, p.208

[1]SHIRLAW .SOUTHERN FOUNDRIES 1926LTD.1939.2K.P,206,ATP,227 .1939 .2ALLE.R.113.ATP.124

مشار إليه في المرجع السابق، الصفحة نفسها .

[2] Sir Jack Beatson , Andrew Burrows, John Cartwright, op.cit, p.152-157.

[3] « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

كما أنّ المشرع الفرنسي قد منح القاضي سلطات واسعة لامثيل لها سابقا في التشريع الفرنسي، وذلك في العقود المستمرة التنفيذ حيث يمكن للقاضي في حال استجدت ظرف قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين، أن يفتح باب المفاوضات العقدية من جديد بين الطرفين لإعادة التوازن العقدي، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (1195) على أنّه[1] (إذا كان هناك تغيير في ظروف غير متوقعة عند إبرام العقد مما يجعل تنفيذ (العقد) مرهقا بشكل مفرط للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، يجوز له أن يطلب إعادة التفاوض بشأن العقد مع الطرف المتعاقد الآخر معه على أن يبقى تنفيذ التزاماته خلال مدة التفاوض)

و إذا لم يتفق الطرفان على مضمون جديد للعقد خلال فترة زمنية معقولة، فقد أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل بناء على طلب أحد الطرفين في العقد و يعدّل مضمونه أو فسخ العقد، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 1195 على أنّه[2] (في حالة رفض أو فشل التفاوض، يجوز للأطراف أن يتفقا على إنهاء العقد، في الوقت والظروف التي يحددوها، أو يطلب كلاهما من القاضي القيام بتكييفه و في حالة عدم الاتفاق في غضون فترة زمنية معقولة، يجوز للقاضي، بناء على طلب أحد الطرفين، إعادة النظر في العقد أو فسخه بالتاريخ والشروط التي يحددها).

خاتمة

ندرج في أدناه أهم النتائج التي تم التوصل إليها بعد الانتهاء من البحث:

1- يمكن تعريف البند التعاقدي بأنّه اتفاق على المسائل الجوهرية كافة والثانوية في العقد ,وصياغتها بعبارات يفهمها الطرفان ويقبلان بها، وتصبح دستورا لهذا العقد يلتزم بها أطرافه، في هذا العقد أو العقود المستقبلية التي تنشأ عن هذا العقد.

2- يتم التمييز في النظام القانوني الانكليزي بين التأكيد الذي يدفع إلى إبرام العقد (representation) وبين بنود العقد (terms) التي تعتبر جزء من العقد نفسه وتمثل مضمونه، و لذلك فإنّ دور المدعي ينحصر في إقناع المحكمة بأنّ الذي صدر من المدعى عليه ليس مجرد تأكيد دافع للتعاقد، ولكن بند من بنود العقد أخل المدعى عليه به يوجب الحكم بالتعويض .

[1] « Art. 1195.-Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

[2] « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

3- إذا كانت العبارة بندا تعاقديا ولم يتم الالتزام والإيفاء به، فللطرف حسن النية مقاضاة الطرف الآخر و مطالبته بالتنفيذ أو التعويض لإخلاله بتنفيذ مضمون العقد.

4- إذا كانت العبارت مجرد دافع للتعاقد ثم تحولت لتكون غير حقيقة، فللطرف حسن النية رفع دعوى بناء على استغلال عدم معرفته أو خبرته وجهله ويحدد القضاء ما إذا كانت العبارة شرطا أو دافعا للتعاقد، مع الأخذ بنظر الاعتبار نية الطرفين و الخبرة في التعاقد و أهمية العبارات و الوقت.

5- لا نتفق مع الاتجاه الذي يرى بأنّ فكرة السبب لا تزال ضمنا موجودة بالقانون المدني الفرنسي، وذلك لأنّ المشرع الفرنسي يتكلم عن مشروعية البند التعاقدي والهدف من العقد، وليس الكلام في معرض السبب الدافع إلى التعاقد والذي هو مسالة ذاتية شخصية تكمن في نية الشخص وإرادته الباطنة، بينما المشروعية التي تحدث عنها المشرع الفرنسي هي تلك التي تتعلق بالبنود التعاقدية التي يتفق عليها الطرفان، وهي التي تكون من خلال مشروعية البند التعاقدي والغرض من العقد هي مسألة موضوعية تتعلق بالأثر الذي ينتج عن العقد، وليس مسألة ذاتية شخصية تتعلق بالدافع الى ابرام العقد.

6- إنّ المضمون يمثل مصالح كلا الطرفين التي اتفقا على صياغتها بشكل بنود عقدية تمثل مضمون عقدهما، ما دام لم تخالف بنود العقد النظام العام، من حيث مشروعية هدفه وشروطه، و العقد لا يكون باطلا ما دام مشروعا، و يكون العقد باطلا إذا كان هدفه غير مشروع حتى لو كان الطرف الآخر يعلم بعد هذه المشروعية.

7- إنّ، فكرة المشروعية التي يتم تحديدها من خلال فكرة النظام العام لا تعتبر فكرة أخلاقية إنّما هي فكرة قانونية بحتة، حيث أنّها من الأفكار القانونية التي يتم الوصول إليها بواسطة عوامل عدة، أما اعتبار مضمون العقد يمثل بعدا أخلاقيا، فهذا أمر قد يجانب الصواب و من ثم ربط فكرة مشروعية العقد بالأخلاق، و من ثم سوف نخرج من دائرة القانون و ندخل في نطاق الأخلاق، و لقد سبق و منذ زمن طويل بوضع حد فاصل ما بين القانون و الأخلاق.

8- إنّ المشرع الفرنسي قد تخلى عن مفهوم السبب لغموض فكرته و كونها مسألة نفسية ذاتية يصعب تحديدها، فإنّه استعاض بفكرة مضمون العقد، و التي هي مسألة موضوعية مادية بحتة يتم تحديدها بالرجوع إلى مضمون البنود التي اتفق عليها طرفا العقد.

9- يمكن تعريف الشروط بأنّها احد البنود العقدية التي تحدد مضمون العقد، و التي تمثل الأداء الرئيسي فيه، و التي تعتبر الالتزام الجوهري الذي يلتزم به أطراف العقد في الحاضر أو المستقبل.

10- إنّ المشرع الفرنسي قدم ضمان للمتعاقدين في حال عدم تحديد الجودة في الأداء المطلوب من الطرف الآخر، أن يتم تحديد هذا الأداء بالرجوع إلى العقد و البحث عن مؤشر فيه يحدد الدرجة المطلوبة، و إن لم يوجد فانه يتم التحديد وفق مؤشرات أخرى، عليه جعل المشرع الفرنسي من درجة الجودة في العقد بندا ثانويا، حيث لم يجعل الأثر المترتب على عدم تحديد هذه الجودة بطلان العقد.

11- عقود المعاوضة تسمح بإبطال العقد إذا كان أحد المتعاقدين قد التزم دون مقابل، أو كان المقابل تافها إلى حد اعتباره غير موجود، و أنّ هذا الموقف من المشرع الفرنسي نعتقد بأنّه تكريس لفكرة مقابل العقد في النظام القانوني الانكليزي consideration، التي تعتبر العقد باطلا إذا كان المقابل تافها أو كان وهميا، وهذا يشير إلى مدى تأثر المشرع الفرنسي بالنظام القانوني الانكليزي.

12- الأصل العام في التشريع الفرنسي بأنّ عدم التوازن في الأداءات لا يخل بمفهوم العدالة التعاقدية، لكنّه أورد استثناءات على ذلك تجعل من المتعاقد الذي يعفي نفسه من بعض الالتزامات التعاقدية قد أخل بهذا المفهوم، و في أدناه ندرج هذه الاستثناءات و على النحو الآتي:

أ- التزام أحد المتعاقدين في عقود المعاوضة بدون مقابل، أو كان المقابل تافها.

ب-وجود بند يعيق تنفيذ الالتزام الجوهري في العقد، أو يفرغه من محتواه.

ج- وجود شرط في عقد الإذعان يولد عدم التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد.

13- الوسائل التي تعالج اختلال التوازن العقدي المتوقع في المستقبل من قبل طرفيه تعتبر تكريسا لمبدأ الحرية التعاقدية الذي تبناه المشرع الفرنسي، و لكنه لم يطلق العنان لطرفي العقد في وضع ما يشاؤون من هذه الوسائل، حيث أنّه قيد طرفي العقد في تحديد مفهوم الاختلال العقدي الموجب للتدخل، لغرض إعادة هذا التوازن العقدي حيث وضع المشرع الفرنسي معياريين لتقدير اختلال التوازن العقدي و على النحو الآتي:-

أ- أن يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير الاختلال الهدف الرئيسي من العقد .

ب-ملاْءمة السعر مع الأداء المطلوب تنفيذه من الطرف الآخر .

14- أنّ هناك في موقف المشرع الفرنسي بعد التعديل التشريعي رقم 131-2016 للقانون المدني، و هو ما يؤشر لنا تحوله عن الموقف السابق و اتجاهه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد في حال التعارض بين المضمون الباطن للعقد و المضمون الظاهر في العقد، وأنّ هذا التحول يشكل انعطافة في موقف المشرع الفرنسي للتوجه نحو المعيار الموضوعي في تفسير بنود العقد، حيث و إن جعل الأصل في العقد هي الارادة الباطنة، إلا أنّه قيد من هذه الإرادة و لم يطلق لها العنان و جعل معايير أخرى تساعد القاضي للوصول إلى هذه الارادة، و يمكن تحديد هذه المعايير على النحو الآتي:-

- الرجوع للعادات أو العلاقات السابق بين الطرفين.
- ما يتوقعه الشخص المعتاد من العقد في الظروف نفسها.
- الرجوع إلى مضمون العقد نفسه و إيجاد بند يوضح البند الغامض.
- لا حاجة إلى إبرام اتفاق جديد لتحديد تفسير للعقد.

15- المشرع الفرنسي وضع مبدأ عاما في التعديل الجديد للقانون المدني، حيث لم يتطرق إلى التفصيلات الجزئية و لم يعالج الحالات الانفرادية، و قد وضع مبدأ تشريعيا عاما يمكن من خلاله التوصل إلى مضمون العقد بالرجوع إلى العناصر الأخرى في العقد، باعتبار أنّ بنود العقد بعضها يكمل البعض الآخر، في حال

وجود نقص بأحد هذه البنود فيمكن الاستعانة بالبنود الأخرى للوصول إلى البند الغامض أو غير واضح المعالم، و هذا يشكل خطوة جريئة من المشرع الفرنسي في هذا الاتجاه.

16- إنّ المشرع الفرنسي قد منح القاضي سلطات واسعة لامثيل لها سابقا في التشريع الفرنسي، وذلك في العقود المستمرة التنفيذ حيث يمكن للقاضي في حال استجدت ظرف قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين، أن يفتح باب المفاوضات العقدية من جديد بين الطرفين لإعادة التوازن العقدي.