

الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية دراسة فقهية قضائية مقارنة(*)

الدكتور/ إسماعيل محمد المحاقري
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

ملخص:

إن عديمي الخبرة - بسبب جهلهم بدروب التعاقد وشيوع استخدام العقود النماذج والشروط العامة للتعاقد من قبل المهنيين - أصبحوا ضحية لاستغلال الأقوياء لهم من خلال التعسف في فرض الشروط، وقد تناولنا في الفصل الأول التعريف بـ عديم الخبرة، في حين تناولنا في الفصل الثاني - بالدراسة والتحليل - دور القواعد العامة في توفير الحماية لـ عديم الخبرة؛ حيث لوحظ أن تلك القواعد أصبحت - بفضل التطور القضائي - قادرة على حماية رضا عديم الخبرة من عيوب الغلط والتدليس والاستغلال، وأصبحت هذه العيوب متسعة عند تعلق الأمر بشروط مجحفة وحصل توسع مماثل في قواعد التفسير وأحكامه وعقود الإذعان لمصلحة عديم الخبرة. وفي الفصل الثالث تناولنا دراسة نصوص قوانين الاستهلاك وأحكام القضاء التي استهدفت حماية عديم الخبرة من الشروط التعسفية بطريقة مباشرة وغير مباشرة، وتضمن الفصل الختامي تحليلاً وتأصيلاً للتوجهات العامة للقواعد التقليدية ومقارنتها بالتوجهات الجديدة لأحكام القضاء ونصوص القوانين الخاصة، وقد اشتملت الدراسة على مقارنة بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي والوضع في القانون اليمني.

(*) أجزى البحث بتاريخ ٩/١١/٢٠٠٥م.

مبحث تمهيدي مشكلة البحث

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه، وبعد:

في النصف الثاني من القرن العشرين برزت مشكلة في المجال التعاقدي تتمثل في غلو المتعاقدين المحترفين، وبسبب تفوقهم الاقتصادي في الحرية العقدية واشترط ما يشاؤون من الشروط راحوا يكثرون من استخدام الشروط الصحيحة منها والباطلة^(١) وخصوصاً في العقود التي يبرمونها مع المستهلك؛ حيث أصبح عديمو الخبرة - بسبب جهلهم بدروب التعاقد وفن المفاوضة وأسرار التصنيع، وبسبب ما هم عليه من الدونية والضعف - ضحية استغلال الأقوياء من خلال التعسف في استخدام الشروط "حيث يدخلون شروطاً تخفف من التزاماتهم الخاصة وتزيد بدون مقابل من التزامات المتعاقدين معهم"^(٢).

وقد ساعد على تفاقم تلك المشكلة عدة عوامل، أهمها:

١ - شيوع استخدام العقود النموذجية وانفراد المنتج بتحريرها، مثل العقود المبرمة على أساس مستندات عقدية موحدة النمط أو الاشتراطات العقدية الأخرى التي لم يكن فيها للمستهلك سوى إمكانية ضعيفة - إن كانت له هذه الإمكانية - للتفاوض حول شروط العقد أو التأثير في مضمونه"^(٣).

فالواقع يثبت أن استخدام العقود النماذج وغياب المفاوضة بشأنها يرجع إلى العلاقات العقدية الكثيفة وعدد العقود وتكرارها والسرعة الضرورية لإبرامها

(١) جاك جستار، المطول في القانون المدني الفرنسي، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط ١، ٢٠٠٠، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص ٦٥.

(٢) جاك جستار، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٣) د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ١٩٩٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٠٧.

بالإضافة إلى أن من يتولون إبرام كثير من العقود هم الوكلاء والوسطاء التجاريون وهم، في الغالب، لا يملكون سلطة للتفاوض حول مضمون العقود، كل ذلك حال دون أي مفاوضة يمكن أن تعدل النماذج التي تحررها مسبقاً المؤسسات القانونية المتخصصة^(٤).

ومما زاد في المشكلة أن انفراد المنتج في تحرير تلك العقود وتنظيمها كان مصدر إساءات ضد عديم الخبرة في استعمال الشروط وتضمنين العقود شروطاً مغايرة للقانون، وقد ذكر تقرير غرفة التجارة والصناعة في باريس بعض الشروط الأكثر شيوعاً^(٥)؛ حيث لاحظ بعض الكتاب أن شروط تسديد الدفعات على الحساب ولعبة الشروط الجزائية وشروط الإعفاء والحد من المسؤولية حافظت على محرري العقود في وضع متميز^(٦).

٢ - ظهور ما يسمى بالشروط العامة للعقود من قبل المنتجين وبصورة منفردة؛ فمن المتواتر اليوم أن يحدد مهني سلفاً عدداً من الاشتراطات تطبق عموماً على جميع العقود الخاصة التي يعقدها لاحقاً إما مع زبائنه أو مع مورديه، وهذا ما يسمى بالشروط العامة للعقود، وهي شائعة بصورة أكثر في البيع والنقل والمقاولات^(٧).

(٤) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق ص ٩٧.

(٥) تقرير غرفة التجارة الفرنسية، ص ٣، المقدم باسم لجنة التجارة الداخلية من قبل U CARBONN, FLEXIBLEEDRIAT، الطبعة الثالثة، ١٩٧٦م، ص ٢٢١، الذي أخذت بصلاحياته غرفة الصناعة في باريس في جلستها العامة بتاريخ ٨ نيسان ١٩٧٦م.

(٦) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٨٤، ٨٦.

(٧) J, SCHMIDT، م إ، العقود والتوزيع، الكراسية ٦٠، الشروط العامة للعقود والعقود النموذجية، ١٩٩٠م، ولا سيما رقم ٧٦ وما يليه، وانظر جيروم هوبيه، المطول في القانون الفرنسي، العقود الرئيسية، المجلد الثاني، ترجمة منصور القاضي، ط ٢٠٠١م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٢٣.

ومثل تلك الشروط العامة أيضاً ما يسمى بالعقد الإطار؛ حيث ينفرد المفاوض مثلاً بتحرير عقد إطار "يهدف إلى تحرير القواعد الرئيسية التي ستخضع لها العقود التي ستبرم بسرعة في المستقبل: عقود تطبيق أو تنفيذ".

وتتمثل خطورة هذه الشروط العامة و "العقد الإطار" في أنه أصبح ينظر إليها كقانون عاقيديها، فتتغلب على القواعد التكميلية في القانون المدني كون القضاء يفترض أنها تعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين بشكل أفضل من القواعد التكميلية في القانون فتكمل إرادة المتعاقدين فيما لم يرد ذكره في العقد، مع أن المتعاقدين لا يحددان، في أغلب الأحيان، سوى عنصرين جوهريين أو ثلاثة، وعلى الأكثر يثقان بالقواعد التكميلية في القانون المدني أو التجاري^(٨).

وقد ذكر تقرير الغرفة التجارية والصناعية الفرنسية أيضاً: "أن إساءة استعمال الشروط العامة للتعاقد تبدو أكثر خطورة عندما يكون الرضا بها من قبل عديم الخبرة المنضم إلى التعاقد وهمياً أو ظاهرياً، فهو في الغالب لا يكون على علم حقيقي أو على الأقل معرفة بها، بل يظل القبول بها وهمياً أو مفترضاً حتى مع الإشارة أو الإحالة إليها في العقد الذي يبرمه عديم الخبرة مع المنتج؛ لأنه في الغالب لا يتم الإشارة إليها إلا في شكل إشعارات أو على ظهر طلبات أو في بطاقات وفواتير أو عند التسليم، ولا يكون في وسع عديم الخبرة عملياً أخذ العلم بها، وفي كل الأحوال لا يستطيع أن يدرسها قبل الالتزام^(٩)".

لذلك سنقوم أولاً بتحديد الشروط التي كثر استخدامها من قبل المحترفين، ثم نحدد المشكلة المترتبة على استخدام تلك الشروط:

- أولاً: درج المهنيون على تضمين العقد شروطاً تؤدي إلى التجهيل بالمبيع والتمن كالشروط التي تسمح بتعديل أوصاف المبيع عند التسليم،

(٨) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٩٠، ٩٣، جيروم، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٣٠٧.

(٩) تقرير غرفة التجارة، مرجع سابق، ص ٩٩.

والشروط التي تجعل تحديد الثمن معلقاً على محض إرادة البائع وجعل الثمن قابلاً للتعديل وفقاً لمتغيرات السوق والمؤشرات الرسمية^(١٠).

- **ثانياً:** تضمين العقد شرطاً يعفي المهنيين من الالتزام بالتسليم أو اشتراطهم آجالاً غير محددة أو طويلة للتسليم فور العقد؛ مما يؤدي إلى استبعاد مسؤوليتهم عن التأخير^(١١).

- **ثالثاً:** تضمين عقودهم شروطاً تخولهم سلطة واسعة في فسخ العقد بإرادة منفردة دون أي مبرر وشروطاً تقلص في الوقت ذاته من سلطات المتعاقد الآخر الأقل كفاءة وخبرة في استخدام هذا الحق^(١٢).

- **رابعاً:** تضمين عقودهم شروطاً تعفيهم من الالتزامات المترتبة على العقد، التي تعتبر من مقتضياته، كشرط الإعفاء من المسؤولية عن التأخير في تسليم المبيع، والإعفاء من المسؤولية عن الهلاك قبل التسليم، وكشرط الإعفاء من ضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية^(١٣).

- **خامساً:** تضمين العقد شروطاً متعلقة بإجراءات الفصل في النزاع المفترض أن يثور بينهما بخصوص بنود العقد وطرق حله كالإزام عديم الخبرة بالتنازل عن حقه في الرجوع إلى القضاء العادي والمختص، والتزامه حل النزاع ودياً أو عن طريق نظم ومراكز التحكيم يستقل المحترف بتعيينها^(١٤).

(١٠) جبروم، المطول في القانون المدني الفرنسي، العقود الرئيسية، المجلد الأول، مرجع سابق، ص ١٢١، جاك جستنان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٩٨، د. أسامة ابو الحسن مجاهد، مشكلة عدم تحديد الثمن في بعض العقود طويلة المدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٤٢ وما يليها.

(١١) د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ص ١٦٣.

(١٢) جبروم، مرجع سابق، ص ١٢٣، جاك جستنان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٢٩٧، ف ٢٩٥.

(١٣) جبروم، المرجع السابق، ص ٣٥٤، ص ٢٦١.

(١٤) جاك جستنان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٤٣٦، ف ٤٢٧.

ويلاحظ من خلال استعراضنا لتلك الشروط التي اعتاد المحترفون على إدراجها في عقودهم أن بعضاً منها صحيحة وفقاً للنظرية العامة للالتزامات، وبعضها باطلة؛ أي تتعلق بالنظام العام، فما المشكلة في الحالتين؟

الحالة الأولى:

تتمثل المشكلة بالنسبة إلى الشروط الصحيحة في أن المحترفين درجوا على الإكثار والمغالاة في استخدام تلك الشروط في العقود التي ينفردون في إعدادها مستخدمين صوراً عدة من الغش والخداع والتضليل بالمتعاقد عديم الخبرة لدفعه على قبولها، بل إن جهله قد يكون في ذاته محلاً للاستغلال في فرضها، ويظهر ذلك من النواحي الآتية:

إن العقود التي تبرم بين المهني وعديم الخبرة عادة ما تكون عقوداً نموذجية ينفرد المحترف في إعدادها وبصورة مسبقة سواء كان الإيجاب فيها موجهاً للكافة أو للمتعاقد الآخر، وينفرد أيضاً بكتابتها وكتابة الشروط بطريقة معقدة وذكية مستعيناً في إعدادها بخبراء ومؤسسات قانونية متخصصة ومتمرسه، ولها خبرة بالسوابق القضائية.

يقابله جهل وعدم خبرة من المتعاقد الآخر بالألفاظ والمصطلحات القانونية الدقيقة وما ترتبه من آثار قانونية تخل بالتوازن العقدي الذي يبني عليه توقعاته.

وغالباً ما يلجأ المهني إلى الغش والتضليل للحصول على قبول المتعاقد الآخر؛ حيث يتم كتابة الشروط بخط ضعيف وفي مكان من صفحات العقد الكثيرة لا ينتبه لها عديم الخبرة، أو يحيل إلى شروط عامة تخص المحترف ووضعتها بنفسه، ولا يعلم بها الطرف الآخر عادة.

ويقول الفقه أيضاً إن طول النص وتقديمه المقروء بصعوبة وصياغته المبهمة، في الغالب، بالنسبة إلى غير المطلعين تزيد من الطابع الوهمي للرضا^(١٥).

كما أنه غالباً ما يتم كتابة الشروط بألفاظ غريبة وغير معهودة وبمصطلحات قانونية معقدة وبصورة مختلفة عن المعتاد لا توحى في ظاهرها بما تؤدي إليه من خلل في الالتزامات التعاقدية، حيث يرى الفقه "أن طول النص وتقديمه المقروء بصعوبة وصياغته المبهمة في الغالب بالنسبة لعديمي الخبرة تزيد من الطابع الوهمي للرضى^(١٦)، كأن يعفي نفسه من المسؤولية أو من الضمان بطريقة غير مباشرة، مثل البيع تحت مسؤولية المشتري، وكتحديد مدة الضمان، وكالبيع بالحالة التي يوجد عليها المبيع وقت العقد، وكتحفيف العناية التي يجب أن يبذلها في تنفيذ العقد.

الحالة الثانية:

إن إدراج الشروط الباطلة في العقد، وإن كانت محلاً للبطلان، فإن عديم الخبرة الذي يقبل التعاقد بها جهلاً منه بحكمها القانوني سيواجه مشكلة إثبات أسباب البطلان، ويضطر إلى اللجوء إلى القضاء وتحمل نفقاته الباهظة ومشكلاته المعقدة، وفي الغالب يكون البائع قد حصل على كامل الثمن قبل تسليم المبيع، وقد يخشى المستهلك مواجهة الحرفي أمام القضاء، لما يتمتع به من مركز اقتصادي قوي يمكنه من السير في الدعوى، ومن جانب آخر قد لا تحرك النيابة العامة الدعوى الجنائية لاعتقادها أن المسائل لا تبدو خطيرة، مما قد يفضل معها المتعاقد الضعيف قبول تنفيذ العقد الباطل.

وبعد هذا العرض للمشكلة، أعتقد أنه أصبح من الضرورة توفير حماية كافية للمتعاقد عديم الخبرة، ولذلك يجب أن نحدد المقصود بعديم الخبرة،

(١٥) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٩٧.

(١٦) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٩٧.

والشروط التعسفية، ثم نعرف الدور الذي اضطلع به القانون والقضاء التقليديان في توفير تلك الحماية، ثم نفتش عن الدور الذي قام به القانون والقضاء الحاليان في توفير تلك الحماية بعد أن تفاقمت المشكلة، لذلك ستكون دراستنا لهذا الموضوع على النحو الآتي:

- مبحث تمهيدي: مشكلة البحث.
- الفصل الأول: تعريف عديم الخبرة والشروط التعسفية في الفقهين القانوني والإسلامي.
- الفصل الثاني: دور القواعد العامة في توفير الحماية القانونية لعديم الخبرة.
- الفصل الثالث: الحماية القانونية الاستثنائية لعديم الخبرة.
- الفصل الختامي: تحليل وتأصيل ومقارنة لموقف القوانين والقضاء والفقه الإسلامي من عديم الخبرة وتطوراتها.

الفصل الأول

تعريف عديم الخبرة والشروط التعسفية في الفقهاء القانوني والإسلامي

خص الفقه الإسلامي عدداً من المتعاقدين بأحكام خاصة كالمستترسل، والمستأمن ومن لا يحسن النظر لنفسه، أو كما يقول البعض عديم المعرفة والبصر، ووفر له حماية خاصة لعلها مشتركة هي ضعفه وعدم خبرته في التعاقد، بل إن القرطبي في أحكام القرآن عدَّ عدم الخبرة صورة من صور الضعف (السفه) التي تحتاج إلى حماية.

لهذا سنتكلم عن صور من حالات التعاقد مع عديم الخبرة في الفقه الإسلامي، ثم نجري مقارنة بعديم الخبرة في الفقه القانوني الذي يطلق عليه في الغالب المستهلك أو غير المهني.

أولاً - المستترسل:

يقول ابن قدامة في الشرح الكبير على متن المقنع: إن المستترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة، وقال أحمد: المستترسل الذي لا يحسن أن يماكس، وفي لفظ الذي لا يماكس فكأنه استترسل إلى البائع ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغيره^(١٧).

وهناك أقوال أخرى تعرف المستترسل بالمستنصح أو المستأمن، أو الجاهل أو الغبي^(١٨)، وكلها تفيد معنى واحداً هو عدم خبرة المتعاقد بطرق التعاقد وبالأثمان وبأسرار المعقود عليه.

(١٧) الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين بن قدامة، مطبوع مع المغني لموفق الدين بن قدامة، طبعة دار الكتب العلمية، ١٩٨٢م، ج ٤، ص ٧٩.

(١٨) مواهب الجليل، شرح مختصر خليل لأبي عبدالله بن عبدالرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، القاهرة، ج ٤، ص ٤٧، الشرح الكبير على مختصر خليل لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه، مكتبة الزهراء، القاهرة، ج ٣، ص ١٤١.

ثانياً - المستأمن في بيوع الأمانات (هو في الغالب مسترسل):

بيوع الأمانات في الفقه الإسلامي هي (المراوحة، والمخاسرة، والتولية) وهي التي يحتكم فيها المشتري إلى ضمير البائع، ويطمئن إلى أمانته؛ لأن بيع المراوحة أمانة ينفي عنه كل تهمة وخيانة، ويتحرز من كل كذب، ويستوجب البيان^(١٩)؛ لذلك فهم يصفون المشتري في هذه البيوع بالمسترسل، والمستأمن^(٢٠)، وكلها معانٍ تفيد معنى الجهل وعدم الخبرة.

ثالثاً - الجاهل بأسعار البلد:

تلقى الركبان: وهو أن يتلقى الشخص الركبان أو الجلب أو السلع إلى الطريق قبل دخولها السوق ومعرفتها بأسعار البلد فيشتري منها ويغنيها، كذلك البيع من الواصلين قبل أن يدخلوا السوق لحديث "لا يبيع حاضر لباد" إذا كانوا يجهلون الأسعار فيثبت الخيار للبائع والمشتري في حالة الغبن بسبب الجهل وعدم الخبرة بأسعار البلد، وهذا عند الحنابلة^(٢١) والمالكية^(٢٢) والزيديّة^(٢٣).

(١٩) المبسوط لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن سهيل السرخسي، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٤هـ، ج ٣، ص ٧٨.

(٢٠) الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين بن قدامة، ج ٤، ص ٨١، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الطبعة الثانية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٧م، ج ٥، ص ٢٢٣، المبسوط، ج ١٣، ص ٧٨.

(٢١) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد الخطيب الشربيني، طبعة دار الفكر، ج ٢، ص ٣٦ طرح التشريب في شرح التغريب، للحافظ زين الدين أبي الفضل عبدالرحيم بن الحسين العراقي المتوفى سنة ٨٠٦هـ، ج ٦، ص ٦٤.

(٢٢) طرح التشريب للعراقي، ج ٦، ص ٧٨، وانظر د. عبدالحليم عبداللطيف القوتي حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ٢٠٠٤، دار المطبوعات مصر، الإسكندرية، ص ٥٧٥.

(٢٣) التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار للقاضي العنيسي اليماني الصنعاني طبعة مكتبة اليمن الكبرى، ج ٢، ص ٣٨٥.

رابعاً - قليل البصر والمعرفة أو من لا يحسن النظر لنفسه في التعاقد أو من يغبن كثيراً في البيوع:

يقول بعض الفقهاء: يثبت الخيار للمشتري "إذا كان قليل البصر والمعرفة" لحديث حبان بن منقذ^(٢٤)، ويفسرون ذلك بأنه قليل (العلم والمعرفة) وفي الحديث العلم بلا بصر كالرمي بلا وتر^(٢٥).

وذهب القرطبي في أحكام القرآن إلى اعتبار عدم الخبرة صورة من الضعف والسفه إلى جانب ضعف العقل عند تفسيره لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾، حيث قال (اختلف العلماء فيمن يخدع في البيوع لقلّة خبرته وضعف عقله) وعدوا الضعيف هو الكبير مدخول العقل، وعدوا عدم الخبرة صورة من السفه، حيث قال في تعريف السفه: (المهلل الرأي في المال الذي لا يحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء منها.....)، وهو الجاهل بالأحكام، ثم يقول: "السفه له أحوال منها..... وأما الكبير فلأنه لا يحسن النظر لنفسه".

ومن ذلك قولهم: البكر في الخدر محجور عليها لأنها لا تحسن النظر لنفسها حتى إذا تزوجت ودخل إليها الناس وبرز وجهها عرفت الضر من النافع^(٢٦)، وأما الجاهل بالأحكام وإن كان غير محجور عليه لتنمية ماله وعدم تدبيره فلا يدفع إليه المال لجهله بفساد البياعات وصحتها وما يحل وما يحرم منها^(٢٧).

(٢٤) ضوء النهار، المشرق على صفحات الأزهار للعلامة الحسن بن أحمد الجلال، طبعة مجلس القضاء الأعلى، اليمن، صنعاء ١٩٨٥م، ج ٣، ص ١٢٦٢.

(٢٥) المنتزع المختار من الغيث المدرار المسمى شرح الأزهار، لأبي الحسن عبدالله بن مفتاح، مكتبة غمضان الكبرى، اليمن، صنعاء، ج ٣، ص ٩٠، هامش (٥).

(٢٦) تفسير القرطبي المسمى الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله الأنصاري القرطبي، الطبعة الثانية، ج ٥، ص ٢٩.

(٢٧) المرجع نفسه.

وأساس ذلك هو حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - الذي رواه الدارقطني قال: (كان حبان بن منقذ رجلاً ضعيفاً ضريراً البصر، وكان قد سفع في رأسه مأمومة فجعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - له الخيار فيما يشتري ثلاثة أيام، وكان قد ثقل لسانه، فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (بع وقل لا حلاية) (*).

فذهب بعضهم إلى أن حبان كان يبتاع وفي عقله ضعف وأن الرسول لم يحجر عليه وأباح له البيع وجعله خاصاً^(٢٨)، وبعضهم ذهب إلى أن هذا من خيار الشرط بشرط أن يقول هذه المقالة^(٢٩).

ولكن بعضهم الآخر رأى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عندما لم يحجر على حبان إنما لاعتبار أن مشكلته لا تتعلق بضعف في العقل وإنما نتيجة كثرة الغبن من قلة الخبرة، ولهذا اكتفى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بأن جعل له الخيار ثلاثة أيام بدلاً من الحجر عليه^(٣٠)، ولهذا يقولون (إن من يغلب في البيوع فله الخيار ثلاثة أيام في كل سلعة يشتريها سواء شرط ذلك أو لم يشترط)^(٣١).

وفي القانون استعمل القانونيون عدم الخبرة صورة من الصور التي تكون محلاً للاستغلال يجوز معها الإبطال أو رفع الغبن لعلّة عيب الاستغلال.

والمقصود بعدم الخبرة: عدم توافر المعلومات اللازمة بالنسبة إلى العقد الذي تم إبرامه^(٣٢).

(*) رواه الإمام أحمد في المسند، الطبعة الأولى ١٣٣١هـ، ج ٢، ص ٢٩٢.

(٢٨) حاشية ابن الأمير، مطبوع على هامش ضوء النهار، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٢٧٣، تفسير القرطبي، ج ٣، ص ٣٨٧.

(٢٩) مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٧٣، المنتزع المختار، ج ٣، ص ٩٨، حاشية ابن الأمير على ضوء النهار، ج ٣، ص ١٢٧٣.

(٣٠) إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، ط ١٩٩٨، شركة الأرقم، ج ٤، ص ٣١٣.

(٣١) انظر إعلام الموقعين، ج ٤، ص ٣١٣، المنتزع المختار، ج ٣، ص ٩٠، ضوء النهار، ج ٣، ص ٢٢٩٢.

(٣٢) د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٩٣.

وتطبيقاً لذلك قضي بإبطال البيع بسبب الاستغلال لعدم خبرة البائع الذي أصبح طاعناً في السن وانقطع عن البلاد مدة طويلة، فغابت عنه أسعار أملاكه^(٣٣).

كما قضت محكمة التمييز اللبنانية أيضاً بأن كبر السن وتصلب الأنسجة الدماغية يجعل (البائع) ضعيف الشخصية والإرادة، فإذا ما اقترن تغييره عن بلده مدة طويلة، بعدم اطلاعه مباشرة على حالة عقاراته وتقدير أوضاعه... كان دليلاً على عدم خبرته بالنسبة إلى العقد الذي أقدم على توقيعه^(٣٤).

كما قضى القضاء اللبناني بأن وجود البائع في المهجر يشكل قرينة على عدم معرفته قيمة العقارات وعدم خبرته بأثمان الأرض^(٣٥).

من جملة ذلك يمكن تحديد عديم الخبرة الذي يحظى بالحماية، بأنه الجاهل الذي يفترض أنه غير مطلع على أسرار التصنيع ولا على مهارة التجهيز في البيع والتقديم، ويفترض افتقاره إلى المهارة في المماكسة (المفاوضة) وإبرام العقود، ولا يعرف الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد، ومن السهل أن يكون ضحية المتعاقد سيئ النية.

وهذا ما افترضت القوانين الحديثة والفقه والقضاء توافرها اليوم في المستهلك أو غير المهني في مواجهة المنتج أو التاجر المحترف، ولقد جرى خلاف فقهي حول المقصود بالمستهلك تمثل في رأيين:

(٣٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، الاستغلال كسبب لإبطال العقد، جامعة بيروت العربية ١٩٧٤م ص ٢٤، وحكم محكمة التمييز اللبنانية في ١٤/١/١٩٥٧م، منشور بمجلة المحامي اللبناني، س ١٩٥٧م، ص ٣٤٠.

(٣٤) محكمة لبنان الشمالي في شباط ١٩٥٧م، مشار إليه في د. عبد المنعم فرج الصدة، الاستغلال، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣٥) محكمة استئناف البقاع المدنية في أيلول ١٩٥٩م مشار إليه في د. عبد المنعم فرج الصدة، الاستغلال، مرجع سابق، ص ٢٤، هامش (٣).

الرأي الموسع: يعرف المستهلك بأنه كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك؛ أي بمعنى استعمال أو استخدام مال أو خدمة^(٣٦)، أو أنه "من يشتري مالا سواء أكان لحاجته الخاصة أو لحاجات نشاطه المهني في مجال لا يعود إلى اختصاصه^(٣٧)".

الرأي المضيق: يعرف المستهلك بأنه كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجته الشخصية غير المهنية سواء في عقود توريد مال أو خدمة، فيخرج من ذلك من يتعاقد لأغراض مهنته ومشروعه^(٣٨).

ويوضح جستان ذلك بقوله: (هو الذي يتموضع في الواقع في طرف سلسلة التوزيع التجاري أنه كمستعمل أساسي مجرد جاهل، ويفترض أنه غير مطلع على سر التصنيع ولا على مهارة التجهيز في البيع والتقديم)^(٣٩).

وقد تم نعت المستهلك أو مساواته في الحكم بالجاهل^(٤٠) أو قليل المعرفة^(٤١)، أو عديم الخبرة^(٤٢) في كثير من الأحكام وفي كتابات الفقهاء.

وهذا المفهوم الضيق هو ما ذهبت إليه معظم النصوص التشريعية في فرنسا التي اهتمت بحماية المستهلك، كما أن الأحكام القضائية الفرنسية عند تطبيقها للنصوص القانونية تذهب إلى المفهوم الضيق للمستهلك فضلاً عن معظم الفقه الفرنسي^(٤٣).

(٣٦) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٧٣، د. السيد محمد السيد عمران - حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف الإسكندرية، ص ٨.

(٣٧) جروم، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(٣٨) د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ٨، جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٧٣.

(٣٩) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، تكوين العقد، ص ٧٣.

(٤٠) جيروم، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

(٤١) جيروم، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

(٤٢) انظر الأحكام المشار إليها لاحقاً - وهي كثيرة - التي تعلق قيام واجب الإعلام والنصيحة وقيام الغبن، أو التدليس الكتماني بسبب عدم الخبرة.

(٤٣) انظر د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ٨.

ومن جانبنا نرى أن هذا المفهوم الضيق يتفق مع الصورة الفقهية التي سبق الإشارة إليها، حيث يظهر أنها تعنى بالمفهوم الضيق للمستهلك (عديم الخبرة)، وهو الذي يفترض كثرة وقوعه في الغبن دون أن ينسب إليه تقصير في تجنب ذلك.

ويلاحظ أن الفقه والقضاء الفرنسيين يذهبان إلى أن المستهلك مرادف في المعنى لغير المهني الذي ورد في المادة (٦٥) من قانون الاستهلاك الفرنسي ١٠ يناير ١٩٧٨م التي نصت على أن هذه النصوص (أي نصوص القانون المذكور المتعلقة بالشروط التعسفية) لا تطبق إلا في العلاقة المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين فقط.

لذلك نرى أن لفظ المستهلك أو غير المهني، أو عديم الخبرة هو لفظ يشير إلى الدونية التي تتوافر في أحد المتعاقدين بالنسبة للآخر، وتكون سبباً في كثرة وقوعه في الغبن، إما بسبب عدم التعادل بين التقديمات أو لسبب اختلال التوازن العقدي بسبب المغالاة في فرض الشروط.

وبعد تحديد عديم الخبرة الطرف محل الحماية يجب أن نحدد المقصود بالشروط التعسفية بوصف أن دراستنا ستتناول حماية عديم الخبرة من الشروط التعسفية فقط.

- أولاً: يحظى عديم الخبرة بحماية من جميع الشروط التعسفية سواء تعلقت بالثمن وشروط التقسيط، أم على نظام التنفيذ للالتزامات التعاقدية أو كيفية الفسخ للعقد أو تجديده، كما يمكن أن يرد على نظام تسليم الشيء محل العقد وغير ذلك.

- ثانياً: لا بد أن تكون تلك الشروط تعسفية، وهي تكون كذلك عندما تفرض على عديم الخبرة بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الواقعي والاقتصادي والتقني والفني، فلا نرى قصرها في حدود عقود الإذعان بالمفهوم المعروف في القانون المصري، التي تتطلب شروطاً خاصة لتوافر وصف الإذعان في العقد، ونعتقد - كما يرى الفقه - بأنه بالمشاهدة

والاستقراء غالباً ما تكون القوة قوة السيطرة الفنية والتقنية أكثر من أن تكون القوة الاقتصادية، وهذا التفوق هو الذي يمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية؛ فالمحترف - وقد تعود على إبرام العقود - يعرف الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد، وهو يعرف أيضاً ما يجري عليه العمل في خدمته، وهو يمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع فرضها على من يتعاقدون معه^(٤٤).

يقول ابن القيم: "وإنما يبسط في هذا لأن باب الشروط يدفع حيل أكثر المتحايلين، ويجعل لها مخرجاً بما يخاف منه وما يضيق عليه"^(٤٥).

بل إن مفهوم الإذعان - كما سنرى في القانون الفرنسي - هو مفهوم واسع يشمل جميع العقود التي يكون أحد طرفيها محترفاً في مواجهة عديم الخبرة (غير المهني)، حيث يطلق الفقه والقضاء الفرنسيان على العقود النموذجية (المطبوعة سلفاً) مصطلح (عقود الإذعان) بالمعنى الفني الواسع لا بالمعنى الذي يعرفه القضاء المصري^(٤٦).

وحتى في مصر نجد من ينكر على عقود الإذعان تطلب تلك الشروط التي أهمها التفوق الاقتصادي واقتصارها على السلع الضرورية، ويقول: إن ذلك من صنع القضاء فقط أما النصوص فلم تشر إلى ذلك^(٤٧).

أما القانون اليمني، فقد صرح بأن عقود الإذعان تشمل كل العقود التي يفرض شروطها القوي على الضعيف، دون أن يتطلب شروطاً أخرى، فترك للقضاء سلطة تحديد عقود الإذعان؛ حيث تنص المادة (١٣) على أنه "إذا

(٤٤) د. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك - دراسة في القانون المدني المقارن، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م، ص ١٤١.

(٤٥) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٨٥.

(٤٦) د. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، مرجع سابق، ص ١٤٢.

(٤٧) حول هذا انظر لاحقاً ص ٦٠ من هذا البحث.

حصل شك في عبارات العقد فإن الشك يفسر في مصلحة المدين لأنه الطرف الملتزم إلا في عقود الإذعان وهي التي وضع شروطها القوي على الضعيف فلا يجوز أن يكون التفسير فيها ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (الضعيف) .

ولا يمكن القول إن المقصود بالضعيف هو المكره طبقاً لشروط الإكراه المعروفة؛ لأن الإكراه سبق للقانون أن عالجه في موضعه. ولا يمكن القول أيضاً إن المقصود به المضطر بشروطه المعرفة في القضاء المصري فقط (فهو إحدى صور الضعف)، فالثابت في الفقه الإسلامي، أو في الأقل عند المالكية والحنابلة والزيدية اعتبار قلة البصر والمعرفة والجهل بالأسعار من صور الضعف التي تستوجب الحماية، والمرجع في تفسير القانون اليمني وتطبيقه هو الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين (م١٨).

وبذلك يكون الباب أمام القاضي مفتوحاً في توسيع معنى عقود الإذعان بما يتفق والتعريف القانوني المعطى له وبما يتفق مع ظروف الزمان.

الفصل الثاني

دور القواعد العامة في توفير الحماية

القانونية لعديم الخبرة

المبحث الأول

قواعد الأهلية ودورها في توفير

الحماية لعديم الخبرة

راعى القانون المصري وغيره من قوانين الدول العربية عديم الخبرة، عندما حرصت القوانين على رفع سن الرشد إلى ٢١ سنة، وقد روعي في تحديد السن خبرة المتعاقد؛ حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري قوله: ومن التعديلات المهمة التي ادخلها المشرع رفع السن التي تنتهي فيها الولاية والوصاية من ثماني عشرة سنة إلى إحدى وعشرين سنة، وهذا التعديل دفعت إليه التجربة، فإن الاختيار دل على أن سن الثماني عشرة المحددة الآن لبلوغ الرشد أو انتهاء الوصاية غير كافية بالنظر إلى الأحوال الاجتماعية الحاضرة؛ إذ إن أغلب الشبان يكونون في دور التعليم حين بلوغهم هذه السن، ولذلك يكونون بطبيعة الحال قليلي الخبرة بالحياة العملية^(٤٨).

كما ذهب القانون المصري إلى اعتبار تصرفات ذي الغفلة قابلة للبطلان لمصلحته (م ١/١١٥).

وقد عرف القانونيون والشرعيون الغفلة بأنها "عدم الاهتمام إلى التصرفات الراجعة بسبب البساطة وسلامة القلب"^(٤٩).

(٤٨) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية المصري.

(٤٩) د. جميل الشرقاوي، أصول القانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٤م، والطبعة الثالثة ١٩٨٨م، ص ٣٣٧. د. عبد الودود يحيى، مبادئ القانون، ١٩٧٦م، دار النهضة العربية، ص ٢٧٦.

وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص: "على أنه من المتفق عليه أنها من العوارض التي تعتري الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية، وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى، أخصها الإرادة وحسن التقدير، وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدي إلى الرابح فيها، أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة وبأيسر وسائل الانخداع" (٥٠).

كما ذهب بعض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى اعتبار عدم الخبرة صورة من السفه، حيث عد القرطبي عدم الخبرة من عوارض الأهلية، وأراد بها صورة من السفه والضعف التي وردت في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾.

ويقول: إن السفه هو المهلhel الرأي في المال الذي لا يحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء منها مشبهه بالثوب السفهيه، وهو الخفيف النسج، والبذيه اللسان يسمى سفهياً؛ لأنه لا تكاد تتفق البذاءة إلا في جهال الناس... والعرب تطلق السفه على ضعف العقل تارة وعلى ضعف البدن أخرى" (٥١).

ثم يقول: "اختلف العلماء فيمن يخدع في البيوع لقلة خبرته وضعف عقله فهل يحجر عليه أو لا" (٥٢) ثم عد البكر في خدرها والجاهل بالأحكام من صور السفه. (٥٣)

ويلاحظ من كل ذلك أن عدم الخبرة الطبيعية في جميع المعاملات هو صورة من السفه أو الضعف الذي ذهب بعض فقهاء الشريعة إلى عد تصرفاته موقوفة على إجازة الولي أو الوصي وأجازوا الحجر عليه.

(٥٠) نقض مدني مصري، ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤، مجموعة أحكام النقض، ٦ رقم ٤٩، ص ٣٨٦.

(٥١) تفسير القرطبي، ط ٢، ج ٣، ص ٣٥٨ - ٣٨٦.

(٥٢) تفسير القرطبي، ج ٣، ص ٣٨٧.

(٥٣) تفسير القرطبي، ج ٥، ص ٢٩.

المبحث الثاني

نظرية الغلط ودورها في حماية عديم الخبرة

أولاً - الغلط في الواقع:

يعرف الغلط بأنه "وهم يقوم في ذهن المتعاقد يصور له أمراً على خلاف حقيقته فيدفعه إلى إنشاء التصرف القانوني"^(٥٤).

والغلط لكي يكون منتجاً لأثره القانوني يجب أن يستوفي شرطين:

- الأول: أن يكون الغلط جسيماً لا يمكن التسامح بشأنه ولا يقع فيه الشخص المعتاد.
- الثاني: أن يقع الغلط على صفة جوهرية في التعاقد.

ووفقاً للنظرية الحديثة، أصبح اليوم يعتد بالغلط الجوهرى أيّاً كان الموضوع الذي يرد عليه الغلط، سواء وقع في محل العقد أم التصرف أم في الشخص المتعاقد الآخر، أم في قيمة محل التصرف أم في الباعث عليه^(٥٥). المهم أن يكون هو الدافع الرئيس للتعاقد، أي يجب ألا يكون المتعاقد قد أقدم على التعاقد دون هذا الغلط.

ويعد هذا المعيار معياراً شخصياً ذاتياً ينظر فيه إلى ما كان جوهرياً بالنسبة إليه، وإذا ما كان محدداً لإرادته. المهم أنه يرتبط الأمر المرغوب فيه بالشيء محل التعاقد، أو بشخص المتعاقد الآخر، أو بالقيمة، بل يكفي أن يرتبط بمجرد دوافع غريبة وأجنبية عن العقد^(٥٦).

(٥٤) د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، مذكرات لطلبة الدراسات العليا، جامعة عين شمس، ١٩٩١ - ١٩٩٢م، ص ٨٣.

(٥٥) السنهوري، الوسيط، تنقيح الفقهي، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ج ١، ص ١٩٣، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤ ص ١٨٨، د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٧م، ص ١٤٥.

(٥٦) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٣٩٠، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٠٤. جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق ص ٥٢١، وانظر: نقض مدني، ١١ تشرين الأول ١٩٨٩م، النشرة المدنية، رقم ٢١٥، ص ٢٠٨.

ولكن هل يعتد بالغلط؟ وهل بالإمكان أن يكون جوهرياً إذا انصب على شرط من شروط العقد، كأن يقع المتعاقد في فهم خاطيء لهذه الشروط أو لما تحققه من مزايا؟.

بالنسبة للنظرية القديمة في الغلط التي كانت ترى أن الغلط لا يرد إلا على الشيء محل التعاقد، فإن معنى ذلك أن نظرية الغلط غير ذات جدوى في مقاومة الشروط التعسفية^(٥٧)، ولكن من الممكن أن يكون للغلط أهمية عندما يرد الغلط في فهم شرط من شروط التعاقد قد يؤدي في حد ذاته إلى الغلط في وصف جوهري من أوصاف الشيء محل العقد، ويحدث هذا عادة بالنسبة للشروط التي تحدد أوصاف المبيع^(٥٨)، والشروط المتعلقة بثمن المبيع^(٥٩)، والغالب أن الشروط الأكثر إضراراً بالمدين هي الشروط التي تؤدي إلى التجهيل بالمعقود عليه أو الثمن.

ولكن وفقاً للنظرية الحديثة فإن الجاري اليوم في الفقه والقضاء الفرنسيين الاعتبار بالغلط ولو تعلق بشرط من شروط التعاقد حيث ورد: "أن القانون أجاز البطلان على أساس الغلط المباشر للموضوع وغير المباشر، فيكتفي القاضي بالتثبت من عدم وجود هذه الصفة أو تلك، أنه يتبين إذا ما كان الموضوع صالحاً لتحقيق الغاية التي يتوخاها ضحية الغلط أم لا"، فتكفي الصفة بأنها جوهريّة يتحدد اليوم على أساس من تأثير هذه الصفة على رضا المتعاقد^(٦٠).

(٥٧) السنهوري، الوسيط، ج ١، ف ١٦٧ - ١٧٠، ص ٣١٨ وما بعدها، د. محمد جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، ط ٣، ١٩٧٨، مطبعة جامعة القاهرة، ص ١٢٨، ف ٧. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري، النظرية العامة للالتزامات، المطبعة الجديدة، دمشق ١٩٨٦ ص ٩٠، ٩٦.

(٥٨) د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٥٩) نقض تجاري فرنسي، ١٤ يناير ١٩٦٩، مجموعة الأحكام، ٤ ص ١٣.

(٦٠) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٥٢٥.

ولكن ما الميزة الاستثنائية التي توفرها فكرة الغلط في حماية عديم الخبرة؟

باعتبار أن من شروط الغلط في أغلب القوانين أن يكون الواقع في الغلط معذوراً في الوقوع فيه؛ أي يجب أن يقع في غلط يمكن أن يقع فيه الشخص المعتاد، فقد جرى القضاء الفرنسي بالنسبة لعديم الخبرة التساهل في قبول الغلط بالنسبة له^(٦١)، والعكس بالنسبة للمحترف فيظهر تشدد القضاء في تقدير الغلط، على أساس أن هذه الصفة تفترض بذاتها وجوب توفر قدر من الحرص لدى المحترف يدفعه إلى الحصول على المعلومات الضرورية التي تجنبه الوقوع في الغلط^(٦٢)، والمعيار المعتمد في تحديد التقصير في الغلط هو معيار شخصي، فالغلط الخاطيء لا يتم استنتاجه من الاعتبارات الفرضية الصرف، بل يراعي القضاء الفرنسي الاعتبارات الشخصية لمدعي الغلط، فيأخذ في الحسبان سن هذا المدعي ومهنته وخبرته، وذلك لتقدير طابع التقصير في الغلط^(٦٣).

كما أن مبدأ حسن النية في التعامل يتدخل في تقدير الغلط، حيث يذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار الواقع في الغلط معذوراً عندما ينشأ عن تحريض أو يكون الطرف الآخر سيئ النية، فالقاضي - باعتبار أن إثبات الغلط هو مسألة واقعية متروكة لقناعته الداخلية - يقتنع بسهولة بالغلط الجوهري إذا ظهر أن الشخص الآخر سيئ النية، بالإضافة إلى أن البرهنة على أعمال معدة للخداع تجعل الغلط معقولاً والبيئة على الخداع تكون أسهل من إثبات الغلط^(٦٤)، وفي

(٦١) نقض مدني فرنسي، ٢٨ أكتوبر ١٩٦٤، النشرة المدنية، ج، ص ٣٦٩، رقم ٤٧٧.

(٦٢) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية ٢ مارس ١٩٦٤ وانظر د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٦٥. وانظر السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٣٩٣، ف ١٦٨.

(٦٣) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٥٤٦، ف ٥٢٣، ص ٧٠٨.

(٦٤) محكمة النقض الفرنسية ٤ مايو ١٩٥٦، النشرة المدنية IV ص ٣٠٥، رقم ٤١١، نقض مدني فرنسي ٢٣ تشرين الثاني ١٩٣١، ١٩٣٢، ١٢٩، ١ - ٢٧ إبريل ١٩٥٣، ١٩٥٣، D، ٤٤٠، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية ١٥ كانون الأول ١٩٨١، النشرة المدنية، I، رقم ٣٧٧ حيث نقض حكم رفض إبطال بيع لوحة بدون الأخذ في الاعتبار سوء نية البائع.

هذا حماية لعديم الخبرة؛ لأن الغالب أن يمارس الحرفي في مواجهته وسائل غير نزيهة.

ويلاحظ أن قواعد الغلط في القوانين العربية - ومنها القانون اليمني - توفر حماية جيدة لعديم الخبرة، كونها لم تشترط لإبطال العقد للغلط خطأ الواقع فيه كما هو الجاري في القضاء الفرنسي الذي لم يقبل بقيام الغلط إلا عندما يكون الواقع فيه معذوراً، أي غير مقصر في الوقوع في الغلط، لذلك فالجاري في بعض قوانين الدولة العربية - على الأقل التي تأخذ بخيار الرؤية - القبول بالغلط التلقائي على الرغم من عدم تحوط الغالط وتبصره^(٦٥).

وإلى أبعد من ذلك ذهب القانون المدني اليمني الذي خلا من اشتراط الاشتراك في الغلط بين الغالط والمتعاقد الآخر، أو اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر الذي لم يقع في الغلط عالماً بالغلط أو من السهل عليه أن يتبينه. وبذلك ليس بالضرورة أن يكون الغلط داخلياً في دائرة التعاقد، ما دام بإمكان الغالط أن يقيم الدليل على وجوده^(٦٦)، وبهذا أخذ القانون الكويتي في حالة الغلط بالتبرع (م ١/١٤٧).

كما أخذ القانون اليمني وبعض قوانين الدول العربية بخيار الرؤية سواء جاء المبيع على الوصف أو خالفه، وهذا الخيار يقوم أساساً على فكرة الغلط الباطني (م ٢٣٨).

(٦٥) د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٦٦) د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون اليمني، دار الفكر المعاصر، بيروت ١٩٩٢م، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٨٥، وانظر د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام في القانون اليمني، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ١٤٦، ف ٣٠.

وبهذا التوجه يكون أمام عديم الخبرة باباً للمطالبة بإبطال العقد للغلط الفردي إذا ما ساعدته الظروف على إثباته ولو من خارج نطاق العقد. وقد لا يحتاج إلى إثباته عند من يقر خيار الرؤية وفقاً لتعريف القانون اليمني للعيب الذي يوجب الخيار، حيث تنص المادة (٢٤٢) على أن "خيار العيب هو ما وجب لظهور شيء في المعقود عليه ينقص القيمة أو يفوت غرض العاقد" فيلتقي الغلط ويختلط بخيار العيب ما دام تحديد العيب قد يقوم على أساس شخصي.

ومن المفيد أن ننوه بأن القضاء الفرنسي - على الرغم من اشتراطه الغلط المشترك لصحة التمسك بإبطاله؛ أي اشتراطه أن يكون الطرف الآخر قد وقع أيضاً في الغلط أو أنه كان يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم بوقوع الطرف الآخر بالغلط - قد أتاح للقاضي سلطة تقديرية من خلال قواعد التفسير في البحث عن نية المتعاقدين المشتركة لتجنب ثغرات العقد، بتبني معيار موضوعي للصفات الجوهرية^(٦٧) التي قد تكون محلاً للغلط.

وهو يتعرف الآن الصفة محل الغلط وإذا ما كانت داخلة في اعتبار المتعاقدين من الظروف المصاحبة لتكوين العقد ولو لم تمثل شرطاً صريحاً أو ضمناً^(٦٨)، بل إن القضاء الفرنسي أبطل العقد للغلط في صفة جوهرية ولو تضمن شرطاً بعدم ضمان تلك الصفة عندما يدخله البائع بسوء نية لأنه كان يعلم أن الصفة الجوهرية لم تكن موجودة^(٦٩).

(٦٧) نقض مدني فرنسي، ٣ حزيران ١٨٨٥، ١٧٨٨٦، D، ١، ٢٥، وتنص مدني فرنسي ١٤ تشرين الأول ١٩٨١، مجلة قصر العدل، ١٣ آذار ١٩٨٢، بانوراما.

(٦٨) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٥٦٠، وانظر مجموعة Doual ١٩٨٣، ٢٤٠.

(٦٩) نقض مدني فرنسي بتاريخ ٥ تشرين الثاني ١٩٩٠، ١٩٠١، D، ١، ٧١.

نقض مدني فرنسي، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٨٠، ص ٥١١، ملاحظة

J.Hemard

وفضلاً عما سبق فقد أصبح البطلان للغلط اليوم واسعاً لمصلحة عديم الخبرة؛ لأن القوانين الحديثة - وكذلك القضاء الفرنسي - أصبحت تقرر وجود التزام على عاتق المحترف، بإعلام وتبصير عديم الخبرة^(٧٠). وإلزام المتعاقد المهني بإعلام المتعاقد غير المحترف بشروط التعاقد ومداها، له أهمية خاصة فيما يتعلق بالشروط التعسفية لما يؤدي إليه من الحد منها أو على الأقل تقليل آثارها الضارة باستبعاد احتمال وقوع غير المحترف في غلط بشأنها^(٧١).

فالفقه يرى "أن شدة تعقيد شروط التعاقد أو غموضها بما قد يدفع المتعاقد عديم الخبرة إلى الغلط بشأنها هي التي دفعت القضاء إلى تقرير بوجود التزام على عاتق المحترف بإعلام من يتعاقد معه من غير المحترفين بحقيقة المقصود بهذه الشروط ومداها" ^(٧٢).

وبناءً على ذلك أصبح القضاء الفرنسي - عندما يقوم بالبحث عن النية المشتركة أثناء تفسيره للعقد لتحديد العلم بالغلط وتحديد إذا ما كان ذلك الغلط دافعاً للتعاقد أم لا - يفسر ذلك لمصلحة الواقع في الغلط في كل مرة يكون هناك التزام بالإعلام على عاتق البائع^(٧٣). والالتزام بالإعلام قد أصبح اليوم موجوداً دائماً في العلاقة بين المهني وعديم الخبرة أو في عقود الإذعان^(٧٤).

(٧٠) حول مبدأ الالتزام بالإعلام، انظر لاحقاً ص ٨١-٨٢ من هذا البحث، انظر د. حمدي عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإردية للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، ص ٣٨ وما بعدها.

(٧١) د. نزيه صادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالأداء بالبيانات المتعلقة بالفقه وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م، ص ٧٦ وانظر د. حسن عبدالباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٧٢) د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٧٣) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٩٢.

(٧٤) حول هذه النقطة، انظر لاحقاً ص ٦١ من هذا البحث.

بل إنه بخصوص الشروط التعسفية ذاتها^(٧٥) يفترض القضاء الفرنسي أيضاً وقوع عديم الخبرة في الغلط فرضاً عندما يكون هناك التزام بالإعلام على عاتق المهني الطرف الثاني في العقد؛ حيث يفترض أنه بسبب عدم الإعلام قد وقع عديم الخبرة في غلط دفعه إلى التعاقد أو دفعه لقبوله بشروط أبهض. وهذه القاعدة متماثلة مع القاعدة المعمول بها في مجال العيوب الخفية، وقد عمل بها القضاء الفرنسي في الكتمان التدليسي^(٧٦).

كما أن المادة السابعة من التشريع الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢م الصادر في فرنسا، التي تعاقب من يستغل الضعف أو جهل شخص عن طريق زيارته لمنزله حيث أخذت في اعتبارها بالغلط اليسير، ففكرة الغلط التي جاءت بها المادة السابعة من القانون المذكور أوسع من فكرة الغلط في القانون المدني^(٧٧).

وفي الفقه الإسلامي يقول السنهاوري: إن الغلط هو أشد عيوب الإرادة الذاتية في الفقه الإسلامي، وقد انتشرت نظرية الغلط في جوانب متفرقة؛ فهناك خيار الوصف، وخيار العيب، وعلى رأس ذلك خيار الرؤية الذي يقوم في أساسه على فكرة الغلط، وهو يثبت للمشتري دون البائع؛ لأن غلط المشتري مغتفر، ويعتد بالغلط ولو لم يكشف العاقد عن إرادته فيكتفي بالغلط الفردي، ويشتمل الغلط في الفقه الإسلامي على الغلط في الشيء أو في الوصف أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث^(٧٨). بل إن الفقه الإسلامي اهتم كثيراً بالغلط في التعبير. ومن جملة ذلك يظهر أن فكرة الغلط في الفقه الإسلامي قادرة على توفير قدر كبير من الحماية لعديم الخبرة.

(٧٥) جاك جستين - تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٨٤.

(٧٦) جاك جستين - تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٩٢.

(٧٧) د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك عند تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٧٨) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري، ط ٢ الجديدة، منشورات الحلبي، بيروت - لبنان ١٩٩٨م، ج ٢، ص ١٠٤-١٢٣.

ثانياً - الغلط في القانون:

كثيراً ما يحصل الغلط في فهم شروط التعاقد من ناحية آثارها القانونية، وهذا النوع من الغلط يعرف بالغلط في القانون، وهو كالغلط في الواقع، يعيب الإرادة شريطة أن يكون له من حيث المبدأ نتائج الغلط الواقعي^(٧٩)؛ أي من المهم أن يتناول الغلط في القانون صفة جوهرية في محل العقد، أو في الشخص المتعاقد معه، أو في القيمة، أو في القانون، أو في الباعث^(٨٠).

ويرى القضاء المصري أن القاعدة القانونية التي يجيز الغلط فيها طلب الإبطال، هي تلك التي ليست محل خلاف^(٨١)، وبهذا أكدت محكمة النقض الفرنسية أن "الغلط الناجم عن تنوع الاجتهاد والجدل القائم لا يمكن أن يكون سبباً لإبطال العقد"^(٨٢).

ولكن هناك توجهاً بقبول الإبطال بالغلط القانوني بصورة عامة، حيث يقولون إن مهمة محكمة النقض هي توحيد تفسير القانون وبيان المعنى الذي كان للقانون في الأصل، ومن أعطاه تفسيراً آخر ارتكب غلطاً قانونياً^(٨٣). وذهب القضاء الفرنسي إلى أن الغلط القانوني في الطبيعة القانونية للعقد يجر إلى بطلان العملية^(٨٤)، فقد قبلت المحاكم الفرنسية بطلان العقد للغلط القانوني؛

(٧٩) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٤٠٣، ف ١٧٤، وانظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري، ج ٢، ص ١٤٢، أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠١م، ص ٣٤٧، وانظر جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٥٢٧، ٥٠٥.

(٨٠) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٩٦.

(٨١) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٥٧، وانظر نقض مدني مصري، ٢ يونيو ١٩٣٨ - مجموعة القواعد القانونية المصرية، ج ٢، ص ٣٩٤، رقم ١٢٨٠.

(٨٢) الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية، ٢٤ تشرين الأول ١٩٤٦م، ١٩٤٧ دالوز، ص ٧٢.

(٨٣) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٥١٩.

(٨٤) الغرفة المدنية في محكمة النقض الفرنسية، ١٨ آذار ١٩٨٠، النشرة المدنية، III، رقم ٦٥، ص ٤٦.

حيث كان أحد المتعاقدين مصمماً على شمول تسوية تحكيم بموجب شرط باطل كان يظنه صحيحاً^(٨٥).

أما القول المأثور: "لا يفترض في أحد الجهل بالقانون" فإنه يقتصر على منع التخلص من تطبيق قاعدة قانونية بالتذرع بجهلها^(٨٦)، لذلك يجوز إبطال العقد الذي لم يوافق عليه إلا بسبب جهل قاعدة قانونية^(٨٧).

ويرى آخرون أن مجال تطبيق هذه القاعدة إنما يكون في الأحكام القانونية التي تعد من النظام العام، "فالجهل بالأحكام القانونية وفي تفسيرها الخاطئ قد يقود المدعي إلى أن يغلط في تقديمه الخاص وفي موضوع التقديم المقابل معاً"^(٨٨).

وفي القانون اليمني - وإن لم ينص القانون صراحة على الغلط في القانون فإننا ندرك جواز ذلك من خلال تعريفه للغلط بأنه "إذا وقع المتعاقدان أو أحدهما في مخالفة جوهرية تفوت الغرض جاز من وقع في الغلط أن يفسخ العقد" (م ١٧٣٢)، وتنص المادة (١٧٤) على أنه "يكون الغلط جوهرياً إذا فوت الغرض من التعاقد على الأخص فيما يأتي..." حيث وردت صور الغلط على سبيل المثال لا الحصر.

ومن خلال ما ورد من صور تجيز الغلط في القانون نص عليها القانون اليمني في أماكن مختلفة، مثل اعتباره الجهل بسبب البطلان مانعاً من سقوط الحق في طلب بطلان العقد (م ٢٠٠)، وكذلك جهل المتقاسم بنصيبه الشرعي

(٨٥) انظر الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض الفرنسية، ١٠ تشرين الأول ١٩٧٨، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٨٠، II، ١٩٣٩٠، ملاحظة S. Galle.

(٨٦) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٥٢٧، ف ٥٠٥، د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٩٥، ١٩٦.

(٨٧) المرجع السابق، الموضوع نفسه.

(٨٨) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٥٣٩، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٤٣.

وجهل الشفيع بالآثار المترتبة على مخالفة إجراءات الأخذ بالشفعة، كما أنه - وفي غياب النص - فالقاعدة في القانون اليمني (م ١٨ مدني) أن يرجع القاضي في تفسير القانون إلى الفقه الإسلامي، وهذا الأخير يجيز الغلط في القانون من حيث المبدأ.

ففي الفقه الإسلامي يقر الفقه في مجموعه أن الجهل بالقانون يصلح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير، حيث يقول السيوطي: "ويلاحظ أن الجهل يصح أن يكون عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير"^(٨٩)، وقبلوا على ذلك الأساس دعوى الجهل في ثبوت خيار الشرط ونفي الولد وفي الرد بالعيب والأخذ بالشفعة لأن ذلك مما يخفى أمره، ويصح دعوى الجهل بالقانون لمن هو قريب عهد بالإسلام أو نشأ ببادية بعيدة عن العلماء ويخفى فيها مثل ذلك^(٩٠).

المبحث الثالث

نظرية التدليس ودورها في حماية عديم الخبرة

المطلب الأول

التدليس في القانون

شروط التدليس الذي يعيب الإرادة في القواعد العامة هي: أن يصدر من أحد المتعاقدين صور احتيالية بركنيها المادي والمعنوي وأن يكون التدليس دافعاً إلى التعاقد، أي يؤدي إلى إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، وقد

(٨٩) الأشباه والنظائر للسيوطي، الإمام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، طبعة دار الفكر، ص١٣٢، الأشباه والنظائر لزين الدين ابن نجيم الحنفي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٣م، ص١٦٧، وانظر السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٢، ص١٤٣ وما بعدها، د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص١٨٢.

(٩٠) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٣٢، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري، مرجع سابق، ج٢، ص١٤٣.

تكون هذه الطرق الاحتيالية وسائل مادية، وقد يكفي الكذب أو الكتمان أن يكون حيلة إذا جاء على صفة جوهرية^(٩١).

وبذلك نجد أن التدليس لا يضيف جديداً إلى فكرة الغلط إلا من النواحي الآتية:

١ - إن استخدام المتعاقد الآخر وسائل احتيالية تجعل للمتعاقد المدلس عليه الحصول على إبطال العقد أياً كان الغلط، حتى عندما يكون الغلط قد تناول القيمة أو مجرد دوافع غريبة عن موضوع العقد منذ اللحظة التي جعل فيها الرضا حاسماً، فيكفي أن يكون الخداع قد ولد تصوراً غير صحيح للحقيقة في نقطة جوهرية، وأن يكون علاوة على ذلك قد لعب دوراً حاسماً في خلق هذا التصور^(٩٢).

فالقضاء والفقهاء الفرنسيان أصبحا اليوم يقران التدليس ولو لم يكن دافعاً للتعاقد؛ أي كونه لا يتناول إلا الشروط التابعة أو التي دفعت الضحية إلى التعاقد بشروط أكثر إجحافاً وحسب^(٩٣)، وهذا إلى جانب حقه في رفع دعوى المسؤولية عن الخطأ للحصول على التعويض^(٩٤)، وإلى ذلك ذهب أيضاً بعض الفقهاء المصريين^(٩٥).

(٩١) انظر أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٥١. وانظر أحكام النقض المصرية التي أوردها.

(٩٢) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٥٨٩، ف ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦.

(٩٣) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق ص ٦٠٦ وانظر السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٤٣٣، ف ١٨٢، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٠٢ ف ١٦٩.

(٩٤) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٢٢، وانظر نقض مدني فرنسي ٢٨ تشرين الأول ١٩٨٠، مجلة قصر العدل، ٢ أيار ١٩٨١، بانوراما مصنف الاجتهاد الدوري، ١٩٨١، IV، ص ٢٦. د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٩٥) د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٧٦.

ويسوغون ذلك بقولهم: "إرادة المتعاقد ليست إرادة مجردة تتجه إلى إبرام عقد أياً كان وإنما هي إرادة عقد معين بشروط معينة"^(٩٦)، أو كما يقول السنهوري: "ذلك أن التدليس الذي يغري على التعاقد بشروط أبهض هو تدليس دافع إلى التعاقد بهذه الشروط ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها"^(٩٧).

لذلك ذهب القضاء الفرنسي إلى أن من يقوم بتضليل عديم الخبرة من خلال دس شروط تعسفية في ثانيا العقد الذي يستقل بكتابته أو يتلاعب في طريقته ومكان كتابته أو في الألفاظ المستخدمة يقوم بوسائل غير مشروعة تجيز لمن وقع في غلط بسببها طلب بطلان العقد^(٩٨).

٢ - كما أن التدليس يضيف شيئاً مهماً لفكرة الغلط في بعض القوانين، وهو اعتبار الغلط الناشئ من التدليس دائماً غلطاً معذوراً، وبهذا أخذ القانون الفرنسي ومختلف قوانين السوق المشتركة^(٩٩)، وهو السائد في القوانين العربية، بل إن بعض الفقه لم يعد يشترط وقوع المدلس عليه في الغلط للقول بالبطلان بل يفترض الغلط فرضاً^(١٠٠) لمجرد اقترانه بوسائل احتيالية.

وبهذا يسهل على عديم الخبرة التمسك بالبطلان للتدليس، فيكفي فقط أن يتم إثبات أن التدليس كان من الجسامة بحيث دفعه إلى التعاقد..

(٩٦) د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ص ٢١٥، السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٤٣٣، ف ١٨٢.

(٩٧) السنهوري الوسيط، ج ١، ص ٤٣٣، ف ١٨٢.

(٩٨) الغرفة المدنية في محكمة النقض الفرنسية، ١٦ أكتوبر ١٩٨٤، النشرة المدنية، I، رقم ٢٦٦، ص ٢٢٥. بالإضافة إلى الأحكام المشار إليها لاحقاً، ص ٦٥-٦٦ من هذا البحث.

(٩٩) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٠٢، ف ٥٦٤.

(١٠٠) د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٠٣، د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٧٨.

ومن ناحية أخرى يذهب الفقه والقضاء الفرنسيان والمصريان إلى أن معيار التدليس وأثره في المدلس عليه هو معيار ذاتي^(١٠١)؛ وذلك لأن التدليس - وهو عمل غير مشروع - غالباً ما يوجه ضد أشخاص يسهل التغيرير بهم أو التأثير فيهم، فيكون هؤلاء في ميسيس الحاجة إلى حمايتهم من الغش والخداع والتضليل^(١٠٢).

فيجب طبقاً لهذا المعيار الاعتداد بالحالة الذهنية والنفسية للمتعاقد المدلس عليه مع الأخذ في الاعتبار بجميع ظروف هذا المتعاقد الخاصة مثل سنه وجنسه ونكائه ودرجة ثقافته وخبرته^(١٠٣).

والقضاء الفرنسي أصبح يميل إلى أن يقبل إلى حد كبير وجود تدليس على وجه الخصوص عندما يجد أحد المتعاقدين نفسه في وضع دوني كما في العقود المبرمة بين المضرور وشركة التأمين أو بسبب وضعه الصحي وسنه أو عدم خبرته^(١٠٤).

(١٠١) انظر محكمة باريس، ٢٢ يناير ١٩٥٣، ١، ١٣٧ التي أصرت على عدم خبرة الشاري لتسويق البطالان، محكمة باريس، ١٣ نوفمبر ١٩٦٢، مجلة قصر العدل ١٩٦٣، ٢٤٧، ١، وانظر عكس ذلك المحكمة الابتدائية في Avesnes ٥ فبراير ١٩٦٤، مجلة قصر العدل ١٩٦٤، ٤٢١، ١، ١٩٦٤ حيث تتشدد المحكمة مع المهني، وانظر في القضاء المصري د. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإدارية، دار النهضة العربية ٩١-٩٢، ص ١١٩، وانظر د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٢١.

(١٠٢) د. حسام الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١١٩. د. عبد الكريم القاضي، نظرية التدليس، في القانون المدني المصري واليمني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس ١٩٩٩م، ص ١٦٣.

(١٠٣) يميل القضاء إلى حد كبير إلى قبول وجود التدليس عندما يكون المدلس عليه عديم الخبرة. انظر، جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ٥٦٩؛ حيث أورد عدداً من أحكام النقض الفرنسية، وانظر د. حسام الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١١٩، د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ج ١، ص ٢١٤.

(١٠٤) محكمة باريس، ٢٢ كانون الثاني ١٩٥٣، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٥٣، II، ٧٤٣٥ ملاحظة J. M. ١٩٥٣، D، ص ١٣٦، مجلة قصر العدل ١٩٥٣، I، ١٣٧.

ومن تلك الأحكام قبول التدليس على زوجة مدير شركة محدودة بخصوص ضمان مستقبل لم يتم التثبت منه وليس لها أي خبرة في الأعمال^(١٠٥).

وكذلك حكم نص على "أن عجلة المؤمن غير المعتادة يمكن أن تشكل تدليساً"^(١٠٦).

وكذلك حكم بإبطال وعد بالبيع بسبب مناورات البائع البارعة والمتكررة تجاه امرأة في الثمانين مشلولة جزئياً^(١٠٧).

٣ - ودور التدليس باعتباره عملاً يصدر بسوء نية لا يقتصر على تسهيل إثبات الغلط بل ينتج أيضاً في الوقت عينه إثبات الأهمية الأساسية لهذا الغلط في إبرام العقد، ويسهم سوء النية إذن في إظهار التأثير الدافع للغلط^(١٠٨).

ويلقى عديم الخبرة حماية خاصة في القضاء الفرنسي؛ حيث يعامل المهني عندما يرتكب خطأ جسيماً معاملة المتعمد^(١٠٩) سيئ النية، فيسهل ذلك من إثبات سوء النية.

(١٠٥) حكم فرنسي في ١٩٩١، مصنف الاجتهاد الدوري، ١٩٩١، الطبعة E، II، رقم ١١٩ ص ٤٦، ملاحظة T. Hassler.

(١٠٦) نقض مدني فرنسي بتاريخ ١٢ كانون الثاني ١٩٧٠، النشرة المدنية، I، ص ١٠، رقم ١٣، وانظر نقض مدني فرنسي ١٣ كانون الثاني ١٩٦٩، النشرة المدنية، I، ص ١٥، رقم ٢١ حيث اعتبر من باب التدليس عندما انتهز غياب محامي الضحية وأقام علاقة مباشرة مع هذه الضحية، واستغل حالتها الجسدية الضعيفة للحصول على عقد بغبن فاحش.

(١٠٧) نقض مدني فرنسي، ٢٠ نيسان ١٩٦٦، النشرة المدنية، I، ص ١٧٤، رقم ٢٢٤.
(١٠٨) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٣٠ف ٥٧٨، د. عبد الكريم القاضي، نظرية التدليس، مرجع سابق، ص ١٤٩.

(١٠٩) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض الفرنسية، ٣ فبراير ١٩٨١، ١٩٨٤ D ٤٥٧ ملاحظة J. GHESTIN، لم يكن يبدو في الحكم أن العنصر المتعمد الذي يميز الخداع كان مفروضاً لتمييز خداع بائع مهني يتعاطى بيع أقسام قطع أرض، وكان عليه الاستعلام لإعلام الشاري الجاهل في هذا الحقل.

قبول التدليس بالكذب:

كان معظم الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر يرى أن مجرد الكذب وحده لا يكفي لتكوين التدليس ما لم يصاحبه ظروف ووسائل مادية تدعمه وتقويه^(١١٠)، ويرى أن الكذب المجرد من المظاهر الخارجية وإن لم يكون التدليس فإنه قد يعيب الإرادة ويقع بسببه المتعاقد الآخر في غلط مما يسمح له بطلب بطلان العقد للغلط لا للتدليس^(١١١).

ثم ظهر تطور ملحوظ بخصوص عديم الخبرة، حيث بدأ القضاء الفرنسي يقبل التدليس بالكذب المجرد عن المظاهر الخارجية^(١١٢)، عندما يكون المدلس عليه في وضع دوني، لعله عدم خبرته أو طيشه وسذاجته^(١١٣)، والأمر كذلك في عقود الإنعاز^(١١٤).

بل إن التطور ملحوظ بشكل أكبر في القوانين الأوروبية والقضاء الأوروبي الذي تميز بحماية المستهلك بتنظيم الدعاية الكاذبة وقمعها^(١١٥)، والقوة الإلزامية

(١١٠) محكمة المنيا الجزائية من ٣/١٠/١٩٢٢، المحاماة، السنة ٥، ص ٢٣٧.

وانظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، فقرة ١٨١، الأستاذ إبراهيم أحمد، مقالة في

نظرية التدليس في التشريع المصري، المحاماة س ٥، ٩٤، ص ٢٣.

(١١١) د. محمود عبدالرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،

دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠، ص ٢٥١.

(١١٢) نقض مدني فرنسي ٢٠ تموز ١٩٨١، مجلة قصر العدل، ٦، آذار ١٩٨٢، بانوراما،

٣٠ أيار ١٩٨٥، مصنف الاجتهاد الدوري، ١٩٨٥، IV ص ٢٨٠.

(١١٣) انظر محكمة باريس ٢٢ كانون الثاني ١٨٥٣م، مجلة قصر العدل ١٠، ١٣٧ التي لاحظت أنه

يمكن أن تفرض على تاجر مؤهل كخبير وحكم لدى محكمة التجارة نزاهة شديدة تمنعه من

ارتكاب أي غش تجاه الشاري غير اليقظ الذي وضع فيه نظراً إلى ثقة خاصة.

(١١٤) انظر محمود عبدالرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

(١١٥) تشريع ٢ يوليو ١٩٦٣، الصادر في فرنسا، المعدل قانون ٢٧ كانون الأول ١٩٧٣م، الذي نص

على تحريم الدعاية التي تحتوي زعماً كاذباً أو إغواء للوقوع في الغلط، ثم إن المادة (٤٤) من

التشريع الصادر ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ في فرنسا، حيث عاقب المشرع على الدعاية الكاذبة دون

اشتراط سوء النية، كما عاقب تشريع ٧ ديسمبر ١٩٧٣ الدعاية التي تخدع المستهلك بواسطة

شكل البضاعة، انظر السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ٨٣.

للمستندات الدعائية، وكذلك نمو الالتزام بإعلام المتعاقد ذاته وتبصيره للمستهلك بالمعقود عليه وبطريقة التعاقد.

وأصبحت القوانين الحديثة وكذلك القضاء الفرنسي تتطلب التزام مبدأ حسن النية عند تكوين العقد وتنفيذه، كل ذلك قلص من الكذب، حيث أصبح الكذب المتسامح فيه اليوم ليس سوى الكذب غير الكافي لكي يشكل خطأ. بل إن البعض يرى أنه لم يترك التطور سوى مكان واحد ومقلص جداً للكذب المتسامح فيه^(١١٦)، ففرضت قوانين كثيرة التزام الإعلام على عاتق المهني في جميع العقود التي يكون الطرف الثاني فيها يتعامل مع جهة (عديمي الخبرة)^(١١٧).

والقضاء الفرنسي أصبح اليوم - حتى في غياب نص خاص - يفرض على المهني وخصوصاً البائع موجب الإعلام في كل حالة يكون الطرف الآخر عديم خبرة^(١١٨)، أولاً يستطيع الاستعلام بنفسه^(١١٩)، فالالتزام بالإعلام - كما يرى الفقه والقضاء - (لا يثار بشكل مفيد إلا عند ما يكون بإمكان الدائن التذرع بمعرفة المدين وبجبهة هو)^(١٢٠).

وفي القوانين العربية أصبح البعض يرى أن التدليس يمكن أن يتكون من الكذب وحده مجرداً عن المظاهر المادية عندما يتبين بوضوح أن المتعاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بنفسه، وأن هذا الكذب هو الذي

(١١٦) جاك جستنان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٠٢.

(١١٧) حول هذا انظر لاحقاً، ص ٧٧ من هذا البحث وما بعدها.

(١١٨) PHLE TOURNAU، ١٩٨٧م، D، ص ١٠١ وانظر جاك جستنان، تكوين العقد،

مرجع سابق، ص ٦٩٤، وانظر السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك، ص ٨٢.

(١١٩) نقض مدني فرنسي ٢ آذار ١٩٦٤، النشرة المدنية، I، رقم ١٢٢، ص ١٩١، ونقض

مدني فرنسي ٢٤ تشرين الأول ١٩٧٢، النشرة المدنية، III، رقم ٥٤٣، ص ٣٩٦ حيث

رد دعوى بطلان لعدة الكتمان التدليسي لملاحظة " وجود كل إمكانية للقيام

بالاستعلام».

(١٢٠) جاك جستنان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٩٤.

دفعه إلى التعاقد، والعبرة في تقدير ذلك بالظروف الخارجية التي أحاطت بالكذب وبحالة المدلس عليه وخبرته، ويقول السنهوري: إنه معيار ذاتي^(١٢١). وإلى هذا ذهب عدة قوانين مثل القانون المصري (م ١٢٥)، والسوري (م ١٢٦)، والكويتي (م ١٥١)، والسوداني (م ٢٨)، والمغربي (م ٥٢، ٥٣).

قبول التدليس بالكتمان:

كان السائد في القضاء الفرنسي قبل عام ١٩٨٥م عدم اعتبار الكتمان في ذاته لتكوين التدليس ما لم تقترن به ظروف خارجية سببته، أو على الأقل أسهمت في خلق الغلط في جوهر الشيء المعقود عليه، وتطبق عليه عندئذ أحكام الغلط^(١٢٢).

وكذلك كان الوضع في ظل القانون المدني المصري القديم^(١٢٣).

وبعد ذلك تطور القضاء الفرنسي وقبل الكتمان التدليسي عندما يكون هناك التزام قانوني أو اتفاق بالإعلام^(١٢٤)، وقبلت المحاكم أيضاً الكتمان

(١٢١) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٤٢٦، محكمة أسبوط الابتدائية الأهلية، ص ٢٩، مارس ١٩٢٨م، المحاماة، س ٩، ص ٥٥٥، رقم ٣٣٧، د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٥٨، د. عدنان السرحان بالاشتراك مع حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات" ٢٠٠٣م، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص ١٤٩، د. يعقوب يوسف صرخوه، التأمين الزائد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت ١٩٩٢م، العدد الثالث والرابع، ص ٨٤.

(١٢٢) انظر نقض مدني فرنسي في ٢٤ كانون الثاني ١٩٦٢، النشرة المدنية، ١ ص ٥١، وانظر د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٦، ونقض مدني ٩ شباط ١٩٨٢، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٨١، IV، ص ١٥٤.

(١٢٣) مع غياب النص كان الفقه متردداً بشأن اعتبار الكتمان تدليساً، انظر د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

(١٢٤) نقض مدني فرنسي، ١٣ نيسان ١٩٨٣، مجلة قصر العدل، ١٩٨٤، I، الملخص، ٦، وانظر دوريات القانون المدني، ٥، فقرة ٢٥ وانظر د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٥٩، جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦١٥، ص ٦٥٩.

التدليسي بعد ذلك عندما تقتضي طبيعة العلاقة ثقة خاصة وإن كان في حدود ضيقة^(١٢٥).

ولكن يلاحظ أن ذلك الهامش المحدود لقبول الكتمان التدليسي كان المعني به في الأساس عديم الخبرة، وتوسع مجال حماية عديم الخبرة من خلال التوسع الكبير والهائل في النصوص القانونية وبخاصة القوانين الحديثة التي تتطلب موجب الإعلام بل الاستعلام أيضاً من أجل إعلام المستهلك وعديم الخبرة^(١٢٦)، وأحياناً موجب التبصير والتحذير (أحياناً) لعديم الخبرة^(١٢٧).

وبذلك اعترفت محكمة النقض الفرنسية بمبدأ عام في الكتمان التدليسي عندما نصت على ما يأتي: "يمكن أن يتكوّن التدليس من صمت أحد المتعاقدين الذي يخفي عن شريكه في التعاقد واقعة لو كان على علم بها فستمنعه من التعاقد"^(١٢٨)، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٥ / ٢) من القانون المصري.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أبعد من ذلك ولم تشترط أن يكون الكتمان عمدياً لكي يشكل التدليس، حيث افترضت علم المهني بجميع الوقائع التي يهم عديم الخبرة معرفتها؛ فمجرد عدم الإفشاء لعديم الخبرة يشكل في

(١٢٥) كان الالتزام القانوني بالإعلام مقصوراً على عدد قليل من العقود مثل عقد التأمين وفي مجال العيوب الخفية.

(١٢٦) حول هذا انظر لاحقاً ص ٨١ من هذا البحث، والأحكام المشار إليها في هامش ٢٧٧ و ٢٨١ من هذا البحث.

(١٢٧) وانظر، السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك عند تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٨٢، بل إن القضاء الفرنسي ذهب في حالات كثيرة إلى قيام واجب التبصير والنصيحة بظروف التعاقد وغيره من المسائل التي تهمه، انظر د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص ٨١، وانظر لاحقاً ص ٤٥.

(١٢٨) نقض مدني فرنسي ٢٥ شباط ١٩٨٧، النشرة المدنية، I I I، رقم ٣٦ ص ٢١، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٨٧، IV، ص ١٤٥، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٨٨، ص ٣٣٦ ملاحظة J، Mestre، " يمكن أن ينجم التدليس عن مجرد صمت البائع إذا كان من شأنه أن يخدع مكتسب الملكية في صدد " مدى الحقوق المتقولة إليه "، وانظر د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٨٠.

ذاته الكتمان التدليسي^(١٢٩) تماماً كما فعل القضاء عندما افترض علم المهني بالعيوب الخفية^(١٣٠).

ولم يشترط أيضاً - كما هو الأمر في الحيل المادية والكذب - أن يتناول الكتمان واقعة أساسية في إبرام العقد، فيكفي أن يتناول القيمة أو الشروط أو مجرد دوافع خارجية عن العقد^(١٣١)، فيتكون التدليس بالكتمان في كل مرة يكون عدم الإعلام قد دفعه إلى التعاقد أو جعله يبرمه بشروط لا تناسبه^(١٣٢).

وقد أصبحت تلك المبادئ تطبق أولاً في شأن المهنيين إما في علاقتهم مع عديمي الخبرة (الجهلة)^(١٣٣) أو في عقود الإذعان كونها تحوي شروطاً جائرة^(١٣٤)، أو تتضمن إنقاصاً لحقوق عديم الخبرة من خلال شرط مخفي في عقد كبير الحجم^(١٣٥)، أو في عقود المصارف^(١٣٦).

(١٢٩) انظر د. محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية السابقة للتعاقد، المؤسسة الفنية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٨٢. وانظر جاك جستنان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦١٨، ٦٩٦.

(١٣٠) نقض تجاري فرنسي، ٢٧ تشرين الثاني ١٩٧٢، النشرة المدنية، IV، رقم ٢٨٢، ص ٢٦٦ و ٢١ تشرين الثاني ١٩٧٢م، النشرة المدنية، I، ص ٢٢٤، رقم ٢٥٧.

(١٣١) نقض مدني فرنسي، ٢ تشرين الأول ١٨٧٤م، النشرة المدنية، III، رقم ٣٣٠ ص ٢٥١، ١٩٧٤، D، ص ٢٥٢، وانظر جستنان تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦١٠.

(١٣٢) جاك جستنان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٩٢، وانظر نقض تجاري فرنسي، ١٤ مارس ١٩٧٢، D، ١٩٧٢، ٦٥٣ ملاحظة جستنان. وانظر حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٧٦.

(١٣٣) نقض مدني فرنسي، ١٩ آذار ١٩٨٥، مصنف الاجتهاد الدوري، ١٩٨٦، I، ٤٢٦٥، رقم ١٢٩.

(١٣٤) نقض مدني فرنسي، ٥ حزيران ١٩٧١، النشرة المدنية، I، رقم ١٨٢، ص ١٥٢.

(١٣٥) نقض مدني فرنسي، ١٩ شباط ١٩٧٤، النشرة المدنية، III، رقم ٧٩، ص ٦٠.

(١٣٦) نقض مدني فرنسي، ١٩ كانون الثاني ١٩٧٧، النشرة المدنية، I، رقم: ٤٠، انظر نقض تجاري فرنسي، ٢١ آذار ١٩٧٧، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٧٧، IV، ١٣٥.

ويعتبر اعتراف القضاء الفرنسي بإمكان وقوع التدليس بالكتمان أمراً شديداً الأهمية بالنسبة للحماية من الشروط التعسفية^(١٣٧).

وأهم تلك الأحكام في هذا الشأن:

- حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣ شباط ١٩٨١^(١٣٨). حيث لم تفرق بين الحيل المادية والكتمان التدليسي عندما ردت طعناً يأخذ على الحكم المطعون فيه عدم التثبت من الطابع العمدي للكتمان بملاحظة أن هذا الحكم " قرر بصواب أن الشركة المدعى عليها ومديرها كمهنيين في المصالحات العقارية كان عليهما تجاه مكتسبي الملكية الذين تنقصهم الخبرة في شأن مخططات الإسكان واجب التحقق من وضع قطعة الأرض المباعة لناعية الطرقات والشبكات، وقد أغفلا إهمال إيضاح هذه النقطة ".

- وقضت محكمة النقض الفرنسية في حكم قدر أنه ليس على المصرفي أن يكشف للكفيل صعوبات زبائنه مما يستبعد أي إبطال لعة التدليس ما عدا الحالة التي يكون فيها الكفيل قليل التيقظ أو عديم الخبرة^(١٣٩).

- وقضت محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢١ تشرين الثاني ١٩٧٥^(١٤٠) بأنها لاحظت بالنسبة إلى متعهد أن حسن النية العقدية - علاوة على الأحكام القانونية المتعلقة بالعقد التمهيدي للحجر - يضيف واجب نزاهة مبدئية لإعلام المستهلك بالشروط التي يمكن أن تهمه، دون أن تترك له عناية اكتشافها أو إمكانية اكتشافها في المائة والأربعين صفحة في نظام الملكية المشتركة الذي تبعته تعديلات غير مبلغة أو

(١٣٧) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات في القانوني المصري، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص ١٣٥، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ١٤٣، د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص ٨٠٢.

(١٣٨) ١٩٨٤، ٥، ص ٤٥٧ ملاحظة J. GHESTIN.

(١٣٩) نقض مدني فرنسي ١٩ آذار ١٩٨٥م مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٨٦، I، ٣٢٦٥ رقم ١٢٩.
(١٤٠) D، ١٩٧٦، ص ٥٠ من الموجز، وانظر جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٧٢٤، وانظر د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٨٢.

في النصوص المتطورة لعقد البيع، ويتطلب معرفة، معينة ويترك للحاجزين أن يكتشفوا في خفايا إحدى الصفحات أن هذه المعرفة "تقلصت إلى النصف".

- كما قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٤ حزيران ١٩٧١ بمسؤولية المتعهد الذي كان عليه واجب إعلام مكتسبي الملكية في المستقبل بشكل صحيح بدلاً من تسليمهم وعداً محرراً بتعبيرات ملتبسة. حيث كان العقد يتضمن شروطاً تخول البائع إعادة النظر في الثمن، وكذلك استبدال مكتسبي الملكية، فكان المتعهد يجعل الشرط الأقل نفعاً الذي يربط المتعهد بالمقاول مطبقاً^(١٤٦).

- وقضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٦ تشرين الأول ١٩٨٤م "بأن شركة Scpi على طريق تحرير ملتبس إرادياً لاتفاقية أول شباط ١٩٦٧ وأثر الشروط الملحقة بها، وعن طريق صياغة خادعة ومتناقضة لنظام الملكية المشتركة، وعن طريق إغفال اطلاع مكتسبي الملكية على المستندات المتعلقة بالاتفاقية المذكورة أخفت عمداً عن مكتسبي الملكية أن تجهيزات التدفئة وتوزيع المياه لم تترك جزءاً من مجموع العقار وأن هذه المناورات تشكل خداعاً^(١٤٧).

- وقد أصبح الفقه الحديث صريحاً في اعتبار الكتمان تدليساً حينما يرد هذا الكتمان على واقعة جوهريّة أو ملابسة مهمة كان على المتعاقد أن يفضي بها وفقاً لنص من القانون أو بند في العقد أو لفكرة الأمانة التي يجب أن تسود في المعاملات^(١٤٨).

(١٤١) النشرة المدنية، III، رقم ٤٠٦ ص ٢٨٨، D، ١٩٧١، ص ٦٧١.

(١٤٢) النشرة المدنية، III، رقم ٢٦٦، ص ٢٢٥، ١٩٨٦، I، R، D، ص ٤١، وانظر د. حسن

عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٨٢.

(١٤٣) د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام في القانون المدني المصري، ١٩٩١م، مرجع

سابق، ف ٣٣، ص ١٣٥، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة

للاتزامات، مرجع سابق، ص ١٤٣، د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في

القانون المدني المصري، ١٩٤٥م، ص ١٣٢، د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية

الالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٦٢، د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة

للاتزام، مصادر الالتزام، طبعة ١٩٨١م، ص ١٤٤، د. عبدالودود يحيى، مصادر

الالتزام في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، ١٩٧٩م، ص ٨٥.

إلا أنه طبقاً لنص المادة (١/١٢٥) مصري ما زال يشترط للعمل بالكتمان التدليسي أن يتعلق الكتمان بأمر مهم يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ويدرك أحد المتعاقدين خطره، ويعلم أن التعاقد الآخر يجهله ولا يستطيع العلم به عن طريق آخر، ومع ذلك يعتمد في كتمه عنه فيحمله ذلك على التعاقد^(١٤٤)، وإلى هذا ذهب أغلب قوانين الدول العربية (م ١/١٢٥ مصري)، (م ١٤٤ أردني)، (م ٦٧ سوداني)، (م ١٥٢ كويتي)، و(١٢٥ سوري).

المطلب الثاني

التدليس في الفقه الإسلامي والقانون اليمني

أولاً - التدليس الفعلي:

الظاهر من أقوال بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أن التغيرير ليس له أثر في صحة العقد ولزومه إلا إذا كان فعلاً يستر عيباً، فيكون للمغرور الخيار للعيب، أو إذا اقترن بالتغيرير غبن فاحش، فيكون له الخيار للغبن، والعلة في ذلك كما يقولون، أن المغرور هو المسؤول عن الغلط الناشئ عن التغيرير لأنه لا يكون إلا نتيجة عدم احتياطه^(١٤٥)، وهذا عند الحنفية والشافعية.

ولكن الإمام أحمد والإمام مالكاً يريان أنه ليس للتغيرير أثر إلا في كتمان العيب أو لفعل شيء يزيد في قيمة المعيب عند البيع فيكون للمغرور الخيار للفسخ للغرور وليس له خيار الفسخ في غير ذلك^(١٤٦).

(١٤٤) د. محمود عبدالرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٦٦، د. عدنان إبراهيم السرحان بالاشتراك مع نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني (الالتزامات)، مرجع سابق، ص ١٥٠، د. يعقوب يوسف صرخوه، التأمين الزائد في القانون الكويتي، مرجع سابق، ص ٨٤.

(١٤٥) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط ٢، دار الفكر العربي، ص ٣٥٧.

(١٤٦) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٥٧، هامش (٢).

والتدليس عند الحنابلة كل تدليس يختلف الثمن لأجله^(١٤٧)، أما المالكية فالتدليس عندهم أوسع، فهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كما لا فلا يوجد^(١٤٨)، والغالب أن الفقهاء يشترطون في التدليس أن يقع على محل العقد، ويقدر تقديراً موضوعياً.

وبناءً على ذلك يرى الحنفية عدم العمل بحديث المصرة لمخالفته للقياس وتبعاً لنظرتهم في التغيرير^(١٤٩)، والزيدية يثبتون الخيار في بيع المصرة للضرر وليس لعة التدليس، فيستطيع المشتري الرد للتصيرية تعمد البائع التصيرية أو تصرّت بنفسها، علم المشتري بالتصيرية أم جهل^(١٥٠).

أما المالكية والحنابلة والشافعية فيوجبون الرد للتدليس؛ إذ لا بد من تعمد البائع للتصيرية وجهل المشتري بها أما إذا كان عالماً لم يثبت له خيار^(١٥١).

ثانياً - التدليس القولي والتدليس بالكتمان:

والقاعدة في التغيرير القولي والكتمان أن ليس له أثر في صحة العقد ولزومه إلا في حدود حماية المستأمن والجاهل بالأسعار والعيوب الخفية عند من يرى ذلك.

والعلة كما يرى الفقهاء "أن انقياد المغرور لمن غره وخدعه لم يكن إلا بعد نظر منه فيما أتخذ معه من وسائل الخداع والتدليس ووزن لنتائجها أعقبها

(١٤٧) الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٤، ص ٨٠-٨١.

(١٤٨) مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٣٧ - ص ٤٣٨.

(١٤٩) رد المحتار، لابن عابدين، طبعة دار إحياء التراث العربي، ١٩٨٧م، ج ٤، ص ٢٤٩.

(١٥٠) الوجيز للإمام أبي حامد الغزالي، طبعة دار الفكر ١٩٩٤، ص ١١٧، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، للعلامة شيخ الإسلام تقي الدين أبي الفتح الشهير بابن دقيق العيد، المتوفى سنة ٧٠٢، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٣، ص ١١٦، التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٩٢.

(١٥١) الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٤، ص ٨٠-٨١، مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٣٧،

الوجيز للغزالي، ص ١٨٧.

الرضا والاختيار والاطمئنان، وهذا غاية ما يعطى للعقد من حرية وإرادة. فإذا أخطأ فتلك طبيعة الإنسان، وليس من أغراض التشريع أن تحول بين كل مخطئ وبين خطئه. إذن يجب أن يسلم تصرفه إقراراً للمعاملات واحتراماً للتعاقد واعتداداً بالرأي وإن ظهر أنه خطأ، وهذه التفرقة قد تكون واضحة، إذا كان وسائل التضليل ليس لها أثر مادي في محل العقد، أما إذا كان لها أثر مادي في محل العقد - كما في تحسين وجه الصبرة من الطعام عند بيعها تصرية الشاة ودهن الأثاث المصنوع من الخشب بدهان يزيد في بهائه ورونقه - فقد يدق في مثل هذا الحال الفرق وبخاصة على عديم الخبرة بهذه الوسائل إلا أن هذا ليس له كبير أهمية في العمل والتطبيق لأنه إذا ترتب على ذلك غبن أو ستر عيب كان للمغرور حينئذ خيار الفسخ بالغبن أو العيب...^(١٥٢).

والأخذ بالتدليس القولي أو الكتمان مشروط عند الجمهور باقتران التدليس بالغبن الفاحش أو أن يستتر التدليس عيباً في المعقود عليه، ومجاله في غير العيوب بيوع الأمانات عند الجميع، والنجش عند الجمهور وتلقي الركبان عند الحنابلة والمالكية والزيدية وبيوع الاسترسال عند المالكية والحنابلة فهذه هي مواضع التدليس في زمانهم، ويقاس عليها ما استجد وتمائل معها في زماننا وصور ذلك هي:

أولاً - النجش (التغير القولي الصادر من الغير):

فالنجش هو أن يتواطأ البائع مع الناجش بنجش السلعة فيغلي ثمنها ويبلغه إلى أكثر من ثمنها، فهذا تدليس يوجب الخيار عند المالكية والحنابلة والزيدية^(١٥٣).

(١٥٢) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات، ص ٣٥٧، هامش (١).

(١٥٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، الطبعة العاشرة، ١٩٨٨م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج ٢، ص ١٣٦، الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٤، ص ٢٤٦، التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٨٧، ولا يشترط الزيدية الغبن للخيار، التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٩٧.

وشروطه هي أن يدفع المشتري إلى شراء السلعة بأكثر من ثمنها وأن يكون التدليس بتواطؤ بين البائع والناجش، وهذا عند المالكية والزيدية وقول الحنابلة، أما القول الآخر فلا يشترطون التواطؤ، ويكتفي البعض بافتراض التواطؤ إذا كان المدلس الدلال أو قريب البائع^(١٥٤).

وإذا اتفق المشتري مع منافسيه ممن يرغبون في المزايدة على أن يكفوا، فيتمكن من شراء السلعة بثمن بخس فهذا أيضاً تدليس يوجب للبائع عند مالك الخيار^(١٥٥)، ولا يشترط الحنابلة التواطؤ^(١٥٦)، ويفترض التواطؤ إذا كان التدليس صادراً من الدلال^(١٥٧).

ثانياً - كتمان العيب:

وهذا عند الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية والزيدية لحديث الرسول - صلى الله عليه وسلم -: (المسلم أخو المسلم فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً إلا بينه له) رواه ابن ماجه.

فالمالكية والحنابلة يعدونه تدليساً يوجب الخيار للتدليس إلى جانب الخيار للعيب^(١٥٨)، والشافعية والزيدية يعدونه تدليساً قياساً على التصرية^(١٥٩).

ويشترطون الوضوح والتفصيل في بيان العيوب كقولهم: وعليه تفصيله؛ (أي العيب) أو إراءته؛ (أي للمشتري) إن كان يرى كالعور والكي ولا يجمله؛ أي لا يجوز له إجمال العيب أي يجمل في الجنس الصادق على إقراره ولم يعين

(١٥٤) شرح الخرشي على مختصر خليل، أبي عبدالله محمد الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، ١٣١٧هـ، ج ٥، ص ٨٧٣، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنةوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧٣.

(١٥٥) الشرح الصغير للدردير، هامش الصاوي، طبعة دار أحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي وشركاه، القاهرة، ج ١، ص ٥٤، ٥٣ والشرح الكبير على متن المقنع ج ٤، ص ٨٤-٨٥.

(١٥٦) الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٤، ص ٧٩.

(١٥٧) الشرح الصغير للدردير هامش الصاوي، ج ٢، ص ٥٣ - ص ٥٤.

(١٥٨) الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٤، ص ٧٩.

(١٥٩) الدر المختار على تنوير الأبصار، للحصكفي، طبعة دار إحياء التراث العربي، ج ٤ ص ٢٤٦.

الضرر به... ومن الإجمال أن يذكر الذي هو به وغيره مما ليس فيه... لأن المشتري ربما علم سلامته مما ليس فيه فيظن سلامته من الآخر وإلا فإن أجمل فمدلس ويرد المبيع بما وجده فيه^(١٦٠).

ثالثاً - بيع الأمانات:

وهي المراجعة والوضعية والتولية عند الجمهور، وبيع المسترسل وتلقي الركبان عند المالكية والحنابلة والزيدية، ففي هذه البيوع يحتكم المشتري إلى ضمير البائع، ويطمئن إلى أمانته، ولا بد أن يفضي البائع بكل ما تقتضيه الأمانة ونزاهة التعامل من بيان وتفصيل، فالمشتري قد ائتمن البائع ووثق في صدقه، لذلك فعدم البيان والكذب يعد تدليساً، ولا يكتفى من البائع ببيان مجمل الثمن بل يجب أن يبين ما أحاط الثمن من ملابسات وما اقترن به من أوصاف، فيبين إن كان مؤجلاً أو معجلاً أو مقسطاً، وهل دفع نقداً من يدين له على بائه، وهل دفعه عن طريق المماكسة أو المساومة أو على سبيل الصلح، ويبين كل الأوصاف والملابسات التي تؤثر في رضا المشتري بالصفة. والكتمان أو الكذب في هذه البيوع تعد تدليساً توجب الخيار للخيانة^(١٦١)، ومن هذا القبيل بيع المسترسل.

وهو الذي يكشف فيه العاقد عن خبيثة نفسه، ويبين للبائع جهله وعدم خبرته فيما يريد من التعامل، ويستأن المتعامل معه ويستنصحه ويسترسل إلى نصحه^(١٦٢)، ويكفي عند البعض أن يقول لا خلافة أي لا خديعة^(١٦٣).

(١٦٠) الشرح الصغير للدردير، هامش الصاوي، ج ٢، ص ٥٣ - ص ٥٤.

(١٦١) البدائع، ج ٥، ص ٢٢٣، المذهب، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، ج ١، ص ٢٨٨ - ٢٩٠، الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٤، ص ١٠٠ - ١٣٠، التاج المذهب، ج ٢، ص ٤٧١.

(١٦٢) مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٧٠، الشرح الكبير للدردير، ج ٣، ص ١٤١٤ - ١٤٢، الشرح الصغير للدردير، ج ٢، ص ٦٣.

(١٦٣) مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٧٣. المنتزع المختار، ج ٣، ص ٩٨ الهامش.

ولكن البعض يفترض عدم خبرة المتعاقد في جميع العقود التي قد لا تقوم على مماكسة (مفاوضة) أو جهله للعجلة، بل يفترض الجهل ما لم يبين المتعاقد الآخر أنه غال وأنه مغبون^(١٦٤).

ويقول السنهوري في مصادر الحق في الفقه الإسلامي عن أهمية ذلك لعديم الخبرة: "حدد الفقه الإسلامي منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة في التعامل إلى أبعد مدى، ولا يسمح فيها بأي غش، حتى يجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتديساً، وهذه هي ما تسمى ببياعات الأمانة، فيفسح فيها الفقه الإسلامي السبيل لمن قلت خبرته في التعامل أو في ضرب يقدم عليه من ضروبه أن يتوقى الناس غشه، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغيريراً"^(١٦٥).

وكذلك الأمر بالنسبة لتلقي السلع أو الجلب أو الركبان، وهو أن يتلقى الشخص أصحاب السلع قبل أن يهبطوا الأسواق ليشترى منهم قبل أن يعرفوا أسعار السلعة في البلد، أو يبيع منهم فيغبنهم، فالعلة هي حماية الجاهل بأسعار السلع، ولهذا يعد البعض تدليساً إذا كان المتعاقد الآخر يجهل أسعار البلد وغبن في البيع^(١٦٦)، ويذهب آخرون إلى أبعد من ذلك ويعدون مثل هذه البيوع استغلالاً وغرراً^(١٦٧)، فلا يشترطون الجهل بالأسعار ولا يشترطون التغيرير بل إن بعضهم لا يشترطون للرد حصول الغبن^(١٦٨).

وأخيراً تلك هي مواضع التدليس التي روعي فيها عديم الخبرة وأصبح للتدليس القولي أو الكتمان فيها أثر، خلافاً للقاعدة (حتى عند الحنفية - بالنسبة

(١٦٤) الفروع، ج ٢، ص ٥٠٩، والشرح الكبير على متن المقنع، ج ٤، ص ٧٩.

(١٦٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٤.

(١٦٦) الروض النظيف شرح مجموع الفقه الكبير، لشرف الدين الحسين بن أحمد السياغي اليماني الصنعاني، طبعة دار الجيل، ج ٣، ص ٣٠٤، ويشترط الشافعية أن يخبره كاذباً

بالسعر، انظر إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٠٩، الوجيز، ص ١١٥.

(١٦٧) أحكام الأحكام، ج ٣، ص ١١٢، التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٨٥، ٣٩٧.

(١٦٨) أحكام الأحكام، ج ٣، ص ١١٢، التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٨٥.

لبيع الأمانات - الذين لا يقبلون للتدليس بأي أثر على لزوم العقد حتى التدليس الفعلي) بل إن تلك المواضع تظهر أيضاً استثناءً آخر، وهو اعتبار التدليس حتى وإن لم يتعلق بالمحل المعقود عليه، فالغلط في الثمن كاف للقول بخيار الفسخ للتدليس.

وإذا كان ذلك التطور الملحوظ في التوسع في عيب التدليس لحماية عديم الخبرة قد اقتصر على التدليس الواقع على المعقود عليه والثمن فقط، فذلك يعود إلى أن تلك الصور هي التي كانت محلاً للغلط في العادة، ولا أرى مانعاً من امتداد التدليس المؤثر إذا تعلق باستخدام الشروط وطرق التعاقد، هذا إلى جانب أن الغلط في الشروط دائماً يؤدي إلى الغلط في الثمن أو المعقود عليه.

بل إن المتأخرين من الحنابلة - كما رأينا - يعتدون بالتدليس كقاعدة أياً كانت صورته فعلياً أو قولياً أو كتماناً حتى وإن تعلق بالبائع أو مثلاً لبساً في التعاقد أو في شروطه وألفاظه وخصوصاً أن القائلين بهذا يعتدون بالقصد والنية في التعاقد، فالقصد عندهم هو روح العقد ومصحه - كما سبق أن رأينا - ونذكر هنا أمثلة لذلك التطور في قواعد التدليس:

١ - إقرار التدليس الفعلي والقولي كقاعدة عامة سواء وقع على المعقود عليه أو الثمن:

يقول ابن القيم: بل إن أصول الشريعة توجب الرد بغير ما ذكرتم وهو الرد بالتدليس والغش فإنه هو والخلف في الصفة من باب واحد بل الرد بالتدليس أولى من الرد بالعيب فإن البائع يظهر صفة المبيع تارة بقوله وتارة بفعله فإذا ظهر للمشتري أنه على صفة فبان بخلافها فقد غشه ودلس عليه، فكان له الخيار بين الإمساك أو الفسخ، ولو لم تأت الشريعة بذلك لكان هو محض القياس وموجب العدل، فإن المشتري إنما بذل ماله في المبيع بناءً على الصفة التي أظهرها له البائع ولو علم أنه على خلافها لم يبذل فيها ما بذل، فالإزامه للمبيع مع التدليس والغش من أعظم الظلم الذي تنزه الشريعة عنه وقد أثبت النبي " الخيار للركبان إذا تلقوا واشترى منهم قبل أن يهبطوا السوق ويعلموا

السعر وليس هاهنا عيب ولا خلف في صفة ولكن فيه نوع تدليس وغش" (١٦٩).

٢ - شمول العمل بالتدليس حتى وإن تعلق بطرق التعاقد واعتبار مجرد سوء النية تدليساً:

يقول ابن القيم: ومن نوى المكر والخداع كان مكرراً مخادعاً ويكفي هذا الحديث وحده في إبطال الحيل... فقد قال النبي "البيعان بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل أن يفارقه خشية أن يستقيله"، فاستدل الإمام أحمد، وقال فيه إبطال الحيل، وقد أشكل هذا على كثير من الفقهاء بفعل ابن عمر فإنه كان إذا أراد أن يلزم المبيع مشى خطوات، ولا إشكال بحمد الله في الحديث وهو من أظهر الأدلة على بطلان الحيل لإسقاط حق من له حق، فإن الشارع - صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله - أثبت خيار المجلس في البيع حكمة ومصلحة للمتعاقدين ويحصل تمام الرضا الذي شرطه تعالى فيه، فإن العقد قد يقع بغتة من غير ترو ولا نظر في القيمة، فاقتضت محاسن هذه الشريعة الكاملة أن يجعل للعقد حريماً يتروى فيه المتبايعان ويعيدان النظر ويستدرك كل واحد منهما عيباً كان خفياً فلا أحسن من هذا الحكم ولا أرفق لمصلحة الخلق، فلو مكن أحد المتعاقدين الغابن للآخر من النهوض في الحال والمبادرة إلى التفرق لفاتت مصلحة الآخر ومقصود الخيار بالنسبة إليه، وهب أنك أنت أخذت إمضاء البيع فصاحبك لم يتسع له وقت ينظر فيه ويتروى فنهوضك حيلة على إسقاط حقه من الخيار فلا يجوز حتى يخبره (١٧٠).

وبناءً على ذلك اشترط بعض الفقهاء وجوب إعلام أحد المتعاقدين الآخر والطلب منه في أن يختار في إمضاء العقد أو فسخه، ودون ذلك لا يمكن القول بسقوط خيار المجلس.

(١٦٩) إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٠٩.

(١٧٠) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٢٩.

٣ - التدليس بتجهيل المتعاقد أو التضليل عليه بشروط العقد وخصوصاً عديم الخبرة:

يقول ابن القيم: ومن سلم لكم أن المعاريض إذا تضمنت استباحة الحرام وإسقاط الواجبات وإبطال الحقوق كانت جائزة بل هي من الحيل القولية... والمعاريض هي أن يتكلم الرجل بكلام جائز يقصد به معنى صحيحاً، ويوهم المتعاقد معه أنه يقصد به معنى آخر... ويكون ذلك اللفظ سبباً للتوهم كون المخاطب إنما يفهم من اللفظ غير حقيقته لعرف خاص به أو غفلة أو جهل أو غير ذلك من الأسباب... فلو تضمن كتمان ما يجب إظهاره من شهادة أو إقرار أو علم أو نصيحة مسلم أو التعريف بصفة معقود عليه في بيع أو نكاح أو إجارة فإنه غش محرم بالنص... لأن غاية هذا القسم تجهيل السامع بأن يوقعه المتكلم في اعتقاد ما لم يرده بكلامه... قال مثنى الأنباري: قلت لأحمد بن حنبل كيف الحديث الذي جاء في المعاريض، فقال المعاريض: لا تكون في الشراء والبيع، تكون في الرجل يصلح بين الناس ونحو ذلك....

والضابط أن كل ما وجب بيانه فالتعريض فيه حرام؛ لأنه كتمان وتدليس ويدخل في هذا الإقرار بالحق والتعريض في الحلف عليه والشهادة على العقود ووصف المعقود عليه^(١٧١).

الوضع في القانون اليمني:

وكذلك الأمر في القانون اليمني الذي نظم بيوع الأمانات (المرايحة، التولية، المخاسرة) المأخوذة من الفقه الإسلامي، وهي توجب مع غيرها من العقود المشابهة التي لا تقوم على المماكسة، كعقود الاسترسال وتلقي الركبان، مبدأ حسن النية الذي يوجب إفصاح المتعاقد الآخر عن كل أمر يهم المتعاقد عديم

(١٧١) إعلام الموقعين، ج٣، ص ١٧٩ وما بعدها.

الخبرة معرفته^(١٧٢)، وتستوجب قول الصدق في التعامل. وقد أخذ بأحكام هذه العقود القانون الأردني (م ٤٨٠/٣)، والقانون العراقي (٢/١٢١) حيث أوضحت هذه المادة الأخيرة بقولها "ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة..."

ومن هذا النوع من العقود التي توجب مبدأً حسن النية سواء في الفقه الإسلامي أو في الفقه القانوني، عقود الأمانات كعقد العمل وعقد التأمين والشركة، وعقد المضاربة وعقد الكفالة وعقد القسمة، وعقود الحرفيين والمهنيين والفنيين^(١٧٣).

كما أن القانون اليمني - كما هو في الفقه الإسلامي - يعد كتمان العيوب في المبيع تدليساً ولو خارج نطاق ببوع الأمانات، حيث تنص المادة (٢٤٥/٢) "... أن يكون العيب خافياً بأن يكون العاقد قد كتمه عن المتعاقد معه، وكذلك

(١٧٢) أخذ بحكم عقدي الاسترسال وتلقي الركبان، المالكية والحنابلة والزيدية - بالنسبة لتلقي الركبان - ويقصد بها البيع الذي يكشف العاقد فيه عن خبيثة نفسه ويبين في بداية التعامل أنه لا دراية له بهذا التعامل، أي أنه يستأمن المتعامل معه ويطلب منه النصيحة. انظر عبد الحليم عبداللطيف القوتي، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٦٩ وانظر، الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين بن قدامة، ج ٤، ص ٧٩ حيث جاء فيه ما نصه: "والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة" قال أحمد: المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس، وفي لفظ: الذي لا يماكس فكأنه استرسل إلى البائع ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغيره. وجاء في الشرح الكبير للدردير، ج ٣، ص ١٤١، "إلا أن يستسلم المغبون ويخبر صاحبه بجهله" وبخصوص تلقي الركبان انظر المذهب، ج ١، ص ٢٩٢، حيث يقول فيه: "ويحرم تلقي الركبان لأن الرسول نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل"، وانظر السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، ص ١٦٨، حيث يقول: إنه تغرير قولي واستغلال لجهله بأسعار البلد.

(١٧٣) د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة (بدون تاريخ)، ص ١٢٧، د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مرجع سابق، ص ٢٣٢، ومصادر الالتزام، ١٩٩٧م، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ص ٣٠٠ وما بعدها.

المادة (٥٤٦) التي عدت الكتمان العمدي للغيب غشاً، كما اعتبر القانون اليمني جميع صور التدليس المادية والكذب والسكوت تدليساً عندما نص على أنه "وتعتبر كل حيلة يلجأ إليها أحد المتعاقدين تغيريراً" (م١٧٩).

ولأن القانون اليمني جعل الفقه الإسلامي هو مصدر تفسير نصوص القانون دون الاعتماد على مذهب معين (م ١٨)، فقد جاءت العبارة عامة حتى تشمل كل مذاهب الفقه الإسلامي وآرائه ليتسع أمام القاضي معين الحكم، فيتيسر له أن يختار ما هو أكثر موافقة للنصوص التشريعية وما هو أكثر موافقة لأحكام هذا الزمان، فيمكنه أن يعتمد التفسير الموسع للحيل وفقاً لرأي الحابلة و المالكية فيشمل الحيل المادية والقولية والكتمان فيما يجب بيانه بحسب متطلبات التعاقد، ويوسع من عقود الأمانات بمقتضى القياس على ما ورد فيه نص عندما يشتركان في العلة، وهو ما يتفق مع الراجح في الفقه الإسلامي، كما أن القانون المدني اليمني أورد صوراً للتدليس الكتماني في نصوص خاصة مثل المادة (١/١٠٧٣) في عقد التأمين والمادة (٧٤١) في عقد الإيجار.

المبحث الرابع

نظرية الاستغلال ودورها في حماية عديم الخبرة

المطلب الأول

الاستغلال في القانون

الاستغلال أمر نفسي يعد الغبن مظهراً مادياً له، ويعرف الاستغلال باعتباره استفادة أحد المتعاقدين من حالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا دون أن يقابلها منافع لهذا الأخير أو تتجاوز بدرجة كبيرة ما يعود عليه من منفعة^(١٧٤) أي عدم تعادل الالتزامات المتقابلة.

(١٧٤) د. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، ١٩٥٧، ص ٩، ف ٢.

والمقصود بعدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة في العقد أنها تتسع لكل فروض الاستغلال ولو تعلق الأمر بشروط مجحفة يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر^(١٧٥) لأن هذه الشروط تؤثر في التوازن المالي للعقد ولو بطريقة غير مباشرة^(١٧٦).

والجديد في فكرة الاستغلال إلى جانب الغلط والتدليس أن نية الاستغلال أي نية الاستفادة من ضعف المتعاقد الآخر تكفي ولو لم تكن نية الإضرار به متوافرة^(١٧٧).

كما أن بعض القوانين العربية التي نظمت نظرية الاستغلال جعلت عدم الخبرة إحدى الصور المطلوبة لإبطال العقد للاستغلال^(١٧٨) مثل القانون المدني العراقي (م١٢٥)، والقانون المدني السوداني (م١١٥)، والقانون المدني اللبناني (م٢١).

أما القانون المدني المصري (م١/١٢٩)، والليبي (م١٢٩)، والسوري (م١٣٠)، فقد اكتفت بجعل عنصري الاستغلال هما الطيش البين والهوى الجامح (م١/١٢٩)، واكتفى القانون المدني الأردني (م٥٧٤) والإماراتي (م٥٣٨) بجعل عنصر الاستغلال هو الحاجة بخصوص عقد السلم فقط.

وفي هذا حماية لعديم الخبرة الذي يغبن بسبب استغلال المتعاقد الآخر لضعفه بإملاء شروط مجحفة تزيد من التزاماته أو تنقص من التزامات المتعاقد

(١٧٥) د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم تكافؤ المتعاقدين، مرجع سابق، ص٥٨، د. محسن البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول، السكوت والإذعان، دار النهضة العربية، ١٩٨٥م، ص٢٠٢.

(١٧٦) السنهوري، الوسيط، ج١، ص٤٣٢، ٤٣٣، ف ١٨٢، حيث يقول: "ذلك أن التدليس الذي يغري على التعاقد بشروط أبهض هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط، ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها".

(١٧٧) د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص٣١٣.

(١٧٨) د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٣١٣، جاك جستار، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٨٩٥ - ٨٩٦.

الآخر^(١٧٩)، حيث يستطيع المطالبة بفسخ العقد أو رفع الغبن دون حاجة إلى أن يثبت سوء نية الطرف الآخر أو عدم تقصيره في الوقوع في الغلط.

وكذلك فعلت القوانين الأوروبية الحديثة^(١٨٠) التي هدفت في الأساس إلى إقرار هذا النوع من عيوب الإرادة حماية للمستهلك عديم الخبرة من الشروط التعسفية^(١٨١).

بل إن بعض القوانين المدنية لدول أوروبا، كالقانون المدني في كيبك (م٣٧) اعتبرت أن الإخلال أو التفاوت بين الأدعاءات يفترض معه الاستغلال، كقاعدة، وقد كان الدافع لإقرار هذا المفهوم الذاتي الواسع للغبن هو حماية عديم الخبرة من الشروط التعسفية بسبب إساءات الاستعمال المتكررة ولاسيما العقود المحررة سلفاً بواسطة المهني في عقود الإذعان^(١٨٢).

وقد أخذت بهذا المبدأ بعض القوانين قاعدة عامة وفرضه بعضها الآخر في بعض العقود فقط^(١٨٣).

أما القانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة (١١١٨) على أن الغبن لا يعيب الإرادة، ما لم يرد نص خاص، ولكن القضاء الفرنسي حتى مع عدم وجود قاعدة عامة للغبن سعى إلى حماية بعض الأشخاص في بعض العقود التي

(١٧٩) د. محسن البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول والسكوت والإذعان، مرجع سابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

(١٨٠) أخذ بهذا القانون الألماني (م١٣٨)، والقانون السويسري (م٢١)، والقانون البلجيكي (م١٩٠٧ بشأن عقد القرض)

(١٨١) د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣١٣، جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٨٩٧ - ٨٩٨.

(١٨٢) د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعدها.

(١٨٣) القانون المدني في كيبك (م ٣٧)، وقانون حماية المستهلك الكندي الصادر في ١٤ يوليو ١٩٧١ المادة (١٨)، والمادة (١٩٠٧) من القانون البلجيكي بشأن القرض.

يكون أحد طرفيها عديم خبرة أو في مركز دوني مثل تخفيض مكافآت الوكلاء والمهن الحرة المماثلة وعقود النشر وعقود المزارعين.

وقد كان الاعتبار من التدخل القضائي في هذه العقود هو جهل أحد أطراف العلاقة، ففيما يتعلق بالمزارعين خشي المشرع أن يستغل المورد جهلهم، وفيما يختص بعقود النشر خشي أن يستغل الناشر وضع المؤلفين الشباب الذين غالباً ما يكونون عديمي خبرة، وكذلك يأخذ القضاء عندما يجيز تخفيض أتعاب الوكلاء والوسطاء وبعض المهن الحرة في الحسبان أيضاً جهل الزبون تجاه المهني؛ إذ ليس بإمكانه قبل التنفيذ تقدير التقديرات الفعلية^(١٨٤).

أما محكمة النقض الفرنسية فقد أقرت المبدأ بطريقة أخرى، وفي خصوص الشروط التعسفية بالذات عندما اعتبرت أن مجرد فرض شروط مفرطة على غير المهني تجاه إساءة استعمال القوة الاقتصادية يعتبر استغلالاً يعيب الإرادة، حيث اعتبرت الحاجة أو الضرورة كافية لتكوين الإكراه الذي يعيب الإرادة^(١٨٥).

وهذا ما أخذ به قانون دولة الإمارات العربية (م٥٧٤)، والقانون الأردني (م٥٣٨) بالنسبة لعقد السلم حيث نصت على أنه " إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو بشروط مجحفة كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف ".

(١٨٤) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٨٩٦.

(١٨٥) انظر المحكمة الابتدائية في بروج ١١ نيسان ١٩٨٩م، مجلة قصر العدل ١٩٩٠، الأسبوع الأول، ص ٣١، التي أبطلت عقداً لعلّة الإكراه بعد أن أوردت أن مماثلة حالة الضرورة بالإكراه تتطلب أن يكون المتعاقد قد استفاد من الظروف لإملاء شروط كانت لصالحه بصورة مفرطة.

المطلب الثاني

الاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون اليمني

يرى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أنه لا أثر للغبن في العقود مطلقاً سواء نشأ عن تغرير أم لا، إلا بالنسبة للصغير المميز المأذون له والمتصرف عن الغير كالوكيل والشريك والفضولي أو ورود الغبن على مال وقف أو بيت المال أو مسجد فللمغبون في هذه الصور خيار الغبن ولو لم يقترن بالغبن تغرير^(١٨٦).

أما المتصرف عن نفسه وهو رشيد فلا خيار له للغبن، وإن كان ليس من أهل البصر والمعرفة^(١٨٧) لأنه إذا أقدم وهو يعلم الغبن فلا حق له في الاعتراض لتحقيق رضاه على وجه الكمال، وإذا كان جاهلاً بالغبن فذلك ناشئ عن عدم تأنيه وبحثه وسؤاله أهل الخبرة، وذلك تقصير منه لا تقع تبعته إلا عليه وحده^(١٨٨) وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية وقول للزيدية^(١٨٩).

ويرى آخرون أن للمغبون خيار الغبن إن كان نتيجة تغرير وقع على أحد المتعاقدين من الآخر أو ممن يعمل لديه كالدلال^(١٩٠) وإلى هذا ذهب الجمهور.

أما الرأي الثالث فيرى أن للمغبون خيار الفسخ للغبن إذا ما تعاقد جاهلاً أنه مغبون إما لقلة خبرة وإما للثقة التي يوليها المتعاقد الآخر كما في بيوع المسترسل وبيوع الأمانات وإما لجهل عارض كتلقي الركبان، وبيع حاضر لباد أو كان الجهل نتيجة عجلة (كما يرى البعض).

(١٨٦) التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٩٥.

(١٨٧) التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٩٦، الوجيز للغزالي، ص ١١٧ - ١١٨.

(١٨٨) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات، ص ٣٥٨.

(١٨٩) الوجيز للغزالي، ص ١١٧ - ١١٨، التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٩٦، الشيخ علي الخفيف،

أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٥٨.

(١٩٠) الوجيز للغزالي، ص ١١٧ - ١١٨، الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية،

ص ٣٥٨.

وقليلون يذهبون إلى افتراض الجهل في المتعاقد ما لم يتم له البيان والنصيحة من الطرف الآخر، فهم يرون أن الغبن مثل التغيرير يؤثر في رضا التعاقد، فالمغبون يظن خطأ أنه قد اشترى الشيء بقيمته لجهله بالقيمة^(١٩١) وبهذا أفتى بعض المالكية وبعض الحنابلة وبعض الزيدية مع تفاوت بينهم، ومن أمثلة ذلك الآتي:

١ - اتفق الجميع على وجوب الخيار للخيانة في بیوعات الأمانة كالمرابحة والتولية^(١٩٢) حيث يجب فيها على البائع أن يبين للمشتري جميع الأمور اللازمة لتنويره وإزالة الجهل بالمبيع والتمن الأصلي ومتعلقاتهما.

٢ - تلقى الجلب أو السلع أو الركبان و الشراء منهم أو البيع من الواصلين قبل أن يقدموا إلى الأسواق، فيرى المالكية والحنابلة والزيدية أن الغبن فيها يوجب الخيار إذا كان المغبون جاهلاً بأسعار البلد سواء تعمد المتلقي أم لا.. أخبرهم كاذباً بالسعر أم لا.. فلهم الخيار للجهل بالأسعار ولو لم يصحب الجهل تغيرير^(١٩٣).

٣ - بيع حاضر لباقٍ لقول الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - : " لا يبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض " (أخرجه مسلم والترمذي والإمام أحمد)، يفسره بعض الفقهاء عندما يكون للرجل طعام لا يبيعه لأهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمن غال وهم يجهلون الأسعار^(١٩٤)، وإلى هذا ذهب الحنفية وابن الأمير من الزيدية وهو قول لأهل الظاهر.

(١٩١) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٥٨.

(١٩٢) التاج المذهب، ج ٢، ص ٤٧١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٠٣-١٠٤، البدائع، ج ٥، ص ٢٢٠-٢٢٨، الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٤، ص ١٠٠-١٠٣، القوانين الفقهية لابن جزي، طبعة دار الكتب العلمية، ص ٢٦٣ - ٢٦٤.

(١٩٣) أحكام الأحكام، ج ٢، ص ١٩٢، التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٨٥.

(١٩٤) هامش فتح القدير، لابن الهمام، الطبعة الأولى ١٩٧٠م، مصطفى البابي الحلبي، ج ٥، ص ٢٤٠، حاشية الأمير على ضوء النهار، هامش ضوء النهار، ج ٣، ص ١٢٤٦، القوانين الفقهية، لابن جزي، ص ٢٥٩.

والتفسير الآخر لهذه البيوع - وهو السائد عند الجمهور - هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع، ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع بنفسه لرخص للناس^(١٩٥)، فيرى البعض أن العلة في التحريم أن تدخل السمسار يخل بمبدأ العرض والطلب الذي يقوم على أساسه تحديد الثمن، وذلك ضرب من الاحتكار ولا يخلو من التصنع والتهييؤ لاستغلال حاجة الضعيف^(١٩٦).

ونحن نرى أيضاً أنه ضرب من استغلال حاجة عديم الخبرة للتفاوت الحاصل في المعرفة والخبرة بالأسعار؛ لأن التعاقد يتم بين السمسار بوصفه محترفاً والعملاء بوصفهم مستهلكين جهلة.

٤ - بيع المسترسل لحديث الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم -: "غبن المسترسل ظلم"، والمسترسل هو المستأمن الذي يكشف للبائع عن جهله وعدم خبرته ويستأمنه^(١٩٧)، ومن هذا القبيل عديم الخبرة الذي يتعاقد، ويقول (لا خلافة) حيث يعده البعض نوعاً من الاسترسال^(١٩٨).

وعند بعضهم الآخر المسترسل هو الجاهل بقيمة السلع ولا يحسن المبايعة أو الذي لا يماكس، ولو لم يخبر البائع بجهله، فعند المالكية والحنابلة يكون للمسترسل خيار الغبن للجهل وعدم الخبرة، بل إن البعض يوجبون الخيار للجهل ولو كان الجهل نتيجة عجلة^(١٩٩) أو أنه لم يعلمه أنه غال وأنه مغبون فيه^(٢٠٠).

٥ - ويرى بعض الفقهاء أن عديم الخبرة (عديم البصر والمعرفة) له الخيار للغبن مطلقاً؛ أي ولو لم يستأمن البائع أو يشترط الخيار بل حتى ولو لم يتلفظ بلفظ (ولا خلافة) عند التعاقد لحديث حبان ابن المنقذ، وإلى هذا ذهب مالك والمنصور والناصر من

(١٩٥) إحكام الأحكام، ج ٣، ص ١١٤.

(١٩٦) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٧.

(١٩٧) مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٧٠، الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٤، ص ٧٩.

(١٩٨) مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٧٣.

(١٩٩) الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٤، ص ٧٩.

(٢٠٠) الفروع، ج ٢، ص ٧٠٩، شرح الخرشي، ج ٥، ص ١٥٢، مواهب الجليل، ج ٤، ص ٤٧١ - ٤٧٢.

الزيدية وقول للحنابلة^(٢٠١)، ومن هذا قولهم: "له الخيار للغبن إن لم يكن من أهل البصر والمعرفة لحديث حبان بن منقذ"^(٢٠٢).

ومن نافلة القول أن الغبن الناشئ من اختلال التوازن العقدي بسبب فرض الشروط باستغلال جهل عديم الخبرة بالتعاقد يتساوى في الحكم بالغبن الناشئ في التقديمات؛ فكلاهما يؤدي إلى غبن في الثمن الحقيقي للصفقة المبرمة بل إن الغبن الناشئ بسبب الشروط قد يكون أكثر ظلماً وإخلالاً بمبدأ العدالة التبادلية، وخصوصاً في واقعنا الحالي.

وبذلك يؤكد السنهاوري بوجود نظرية الاستغلال في الفقه الإسلامي كما هي في الفقه القانوني حيث يقول في مصادر الحق في الفقه الإسلامي بعد أن استعرض نصوص الفقهاء من كتب الفقه الإسلامي المختلفة: "فتكتمل بذلك صور الاستغلال المعروفة في الفقه الغربي، استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته أو في حاجته أو في طيشه ورعونته، وبهذا يقترب الفقه الإسلامي بكثير من الفقه الغربي في أحدث صورة له وفي آخر مرحلة من مراحل تطوره"^(٢٠٣).

الوضع في القانون اليمني:

في القانون اليمني يلاحظ أنه أخذ بخيار الغبن المادي المجرد من التغيرير أو الاستغلال بالنسبة للصغير ومن في حكمه والوكيل والفضولي ومال الوقف والقسمة فيكون لهؤلاء خيار الغبن ولو لم يصحب الغبن تغيرير^(٢٠٤)، أما غير هؤلاء فاشتراط القانون العنصر النفسي للغبن وهو (الغرر)^(٢٠٥).

(٢٠١) ضوء النهار، ج٣، ص١٢٤٦، إعلام الموقعين، ج٤، ص٣١٣.

(٢٠٢) ضوء النهار، ج٣، ص١٢٤٦، إعلام الموقعين، ج٤، ص١٢٤٦.

(٢٠٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري، ج٢، ص١٤٢.

(٢٠٤) (م ١٨١) من القانون المدني اليمني، التي نصت على أنه "ولا تأثير للغبن على صحة العقد للبالغ العاقل إلا إذا كان فاحشاً وفيه غرر... ويتأثر العقد بالغبن دائماً إذا وقع على مال وقف أو صغير أو من في حكمه أو على المتصرف بالوكالة أو الفضالة.

(٢٠٥) المادة (١٨١)، مدني يمني.

والمقصود بالغرر هنا ليس التدليس بشروطه المعروفة وإنما نية الاستغلال وإلا لاستعمل المشرع كلمة تغرير كما فعل في مواضع أخرى، فكلمة الغرر ليس المقصود بها هنا أن تكون مرادفة للتغرير فقط، والدليل على ذلك أن الأصل الذي استقى منه القانون أحكام الغبن يعني بالغرر معنى الجهالة والخطر والاستغلال والتدليس الفعلي والقولي.

جاء في التاج المذهب قوله: "يثبت الخيار للغرر في شيئين؛ الأول قوله كالمصرأة فإن من صر شاة أو تصرت بنفسها حتى اجتمع اللبن فيها ثم اشتراها مشتر فنقص لبنها عن أول حلبة... فإنه يثبت للمشتري الخيار لأجل الغرر ولو علم بالتصرية لأن الغرر حاصل لاختلاف التصرية، وسواء قال إنها ليست مصرأة أم سكت... والثاني يثبت الغرر في بيع صبرة بيعت جزافاً علم قدرها البائع فقط وجهل المشتري قدرها وجهل علم البائع بقدرها" (٢٠٦).

وكذلك قولهم: "إن المتلقي يخدع الجالبين، ولهذا لو وقع البيع ثبت للواصل خيار الغرر ولو لم يحصل من المتلقي تغرير، وكذلك الحكم عند البيع من الواصلين" (٢٠٧).

وفي موضع آخر ورد معنى الغرر بمعنى واسع يشمل معنى التدليس الفعلي والقولي والسكوت التدليسي ويشمل معنى الجهالة ونية الاستغلال حيث يقول: أما إذا باع مالم يره صح أيضاً ولا خيار للبائع للرؤية عندنا وله الخيار للغرر، وذلك في ثلاث صور:

— الأولى: أن يقع من المشتري أو من غيره بعنايته تدليس بأن المبيع دون ما هو عليه من النفاسة في العدد أو في القيمة أو أنه غير مرغوب إليه في الشراء أو غير مرغوب فيه بالانتفاع.

— والصورة الثانية: حيث تلقى الركبان واشترى منهم، فمن غبن منهم كان له الخيار.

(٢٠٦) التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٩٢.

(٢٠٧) التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٨٥.

- والصورة الثالثة: في صبرة من الثمن علم قدرها المشتري فقط، وهذه الصور الثلاث راجعة إلى الغرر إذ الغلبة فيها له^(٢٠٨).
وبهذا المعنى ذهب شراح القانون المدني اليمني^(٢٠٩).

المبحث الخامس

عقود الإذعان ودورها في حماية عديم الخبرة

تعرف المادة (٢١٣) من القانون اليمني عقود الإذعان بأنها "التي وضع شروطها القوي على الضعيف"، وقد خلت المذكرة الإيضاحية للقانون السابق من أية إشارة لوجوب تعلق عقود الإذعان بسلع أو مرافق ضرورية واحتكار هذه السلع احتكاراً قانونياً أو فعلياً كما اشترط ذلك الفقه والقضاء المصريان على الرغم من حداثة القانون اليمني الصادر عام ٢٠٠٢.

فيظهر أن القانون اليمني عندما عرّف عقد الإذعان بهذا المعنى الواسع قد سائر التعريف السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين حيث لم يعد عقد الإذعان في القضاء الفرنسي يعني فقط اللامساواة في القوة الاقتصادية^(٢١٠) حيث: "يستدعي التعريف المقترح لا مساواة واقعية بين الطرفين غير أن هذه اللامساواة ليست بالضرورة نتيجة احتكار حتى نتيجة قوة اقتصادية ضخمة، فكل مهني هو عموماً في وضع يمكنه من فرض شروطه على زبائنه ولو لم يكن ذلك إلا لأنها مماثلة بشكل محسوس لشروط منافسيه"^(٢١١).

لذلك فهم يعرفون عقد الإذعان بأنه "انضمام لعقد نموذج يحرره أحد المتعاقدين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه المتعاقد الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"^(٢١٢).

(٢٠٨) التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٩٢ وما بعدها.

(٢٠٩) د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٢١٠) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٩٧.

(٢١١) المرجع السابق، الموضوع نفسه.

(٢١٢) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٩٦، وانظر المادة ٢٨ من المشروع التمهيدي لقانون حماية المستهلكين وإعلامهم، المسمى مشروع scrivener.

ويرجع السبب في ذلك إلى التوسع الكبير في العلاقات العقدية الكثيفة وعدد العقود وتكرارها والسرعة الضرورية لإبرامها، وتدخل الوسطاء في إبرامها دون أن يكون لهم سلطة في القرار، كل ذلك ساعد على استخدام العقود النماذج النمطية وغياب المفاوضة وانفراد المنتج في تحرير تلك العقود دون أن يكون هناك إمكانية للطرف الآخر في مناقشتها والتفاوض بشأنها^(٢١٣).

ولذلك توسعت عقود الإذعان، وغدت شائعة، وتمثل أهمية بالنسبة للأفراد، فهي الطريقة العادية لإبرام كثير من العقود التي تعتبر مهمة للأفراد ولا غنى عنها مثل عقود التأمين، والنقل بكل أنواعه، والعمليات البنكية، والبيع، وبخاصة البيع بالائتمان والبيع الحصري بالامتياز، وعقود الخدمات التي يبرمها أصحاب المرائب والغسالون والكواؤون والصباغون، ووكالات السفر و الفنادق والتعاقد بواسطة وسائل الاتصالات الحديثة، هي بصورة عامة من عقود الإذعان^(٢١٤).

بل إن عقود المهارة وعقود الامتياز الحصري، والتعاقد المنزلي وغيرها أصبحت عقود إذعان^(٢١٥).

ومن ذلك يظهر أن الفقه والقضاء الفرنسيين يعتبران العقود المبرمة بين محترف مهني وغير محترف عديم الخبرة هي دائماً من عقود الإذعان^(٢١٦)، وهذا ما أكدته المادة (٥) من توجيه المجموعة الاقتصادية الأوروبية C. E. E. رقم ٩٣-١٣ لمجلس المجموعات الأوروبية بتاريخ ٥ نيسان ١٩٩٣ التي تنص على أنه "في حالة الشك في معنى شرط ما يفسر الشك لمصلحة المستهلك".

(٢١٣) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٩٧ - ٩٨.

(٢١٤) انظر جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٩٥.

(٢١٥) انظر د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مشكلة عديم تحديد الثمن في بعض العقود طويلة الأمد، مرجع سابق، ص ١٩، على الأقل القوانين الحديثة والقضاء الفرنسي تشترط فيها موجب الاعلام.

(٢١٦) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٤٥٣، ف ٤٤٣، المادة (٥) من توجيه المجموعات الاقتصادية الأوروبية C. E. E. رقم ٩٣ - ١٣.

ويذهب بعض الفقه المصري إلى الأخذ بهذا التعريف حيث يرى أنه يكفي بمجرد غياب قدرة المتعاقد على مناقشة بنود العقد للقول بوجود عقد إذعان؛ أي أنه ليس بشرط توافر الاحتكار للسلعة أو الخدمة من جانب أحد المتعاقدين^(٢١٧)، ويرى أن هذا الرأي يتفق مع نصوص القانون التي لا تستلزم وجود احتكار للقول بتوافر صفة الإذعان، وإنما الواقع العملي هو الذي أفرز عقود الإذعان^(٢١٨).

ويقولون: إن هذا الرأي أكثر قبولاً لما يحققه من حماية للطرف الضعيف في العقد في كل الأحوال^(٢١٩) التي تنعدم فيها القدرة على التفاوض سواء نتيجة الاحتكار أو بسبب انحسار الفرص للتعاقد، وسواء كان الأمر متعلقاً بسلع وخدمات ضرورية أم بسلع وخدمات ملحة وسواء كان الضعف متمثلاً في الحاجة أم الطيش والرعونة أم عدم الخبرة، ولهذا يصدق قول بعض الفقه بأن صفة الإذعان ليس لها مفهوم محدد معين وإنما هي مجرد رمز "symbole" يشير إلى وجود أحد المتعاقدين في مركز أقل من الآخر^(٢٢٠).

ومجال الحماية لعدام الخبرة في هذه العقود هو ما نص عليه القانون المدني اليمني في المادة (٢١٣) التي أوجبت على القاضي أن يفسر الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن (الضعيف) سواء كان مديناً أم دائناً والمادة (٢١٤) التي تجيز للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو أن يعفي المذعن منها، واعتبرت كل شرط يخالف ذلك باطلاً.

(٢١٧) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص ٥٢، وانظر في المعنى نفسه، توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، المدخل للعلوم القانونية والنظرية العامة للالتزامات، بيروت، لبنان، ١٩٧٢/١٩٧٣، ص ٤٤٢ د. حسن عبدالباسط جميعي، أثر عدم تكافؤ المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص ١٤٠.

(٢١٨) المراجع السابقة.

(٢١٩) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٢٢٠) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص ٥٢.

المبحث السادس

قواعد التفسير ودورها في حماية عديم الخبرة

الفرع الأول

قواعد التفسير في القانون الوضعي

تنص المادة (٢١٣) من القانون المدني اليمني على أنه "إذا حصل شك في عبارات العقد يفسر الشك في مصلحة المدين لأنه الطرف الملزم إلا في عقود الإذعان، وهي التي وضع شروطها القوي على الضعيف فلا يجوز أن يكون التفسير فيها ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (الضعيف)".

وتنص المادة (٥) من توجيه المجموعات الاقتصادية الأوروبية C. E. E. رقم ٩٣ - ١٣ لمجلس المجموعات الأوروبية بتاريخ ٥ نيسان ١٩٩٣^(٢٢١) على أنه في حالة الشك في معنى شرط ما يفسر الشك لمصلحة المستهلك.

فيلاحظ أولاً: أنه إذا كانت عبارات العقد غامضة تحتمل الشك فيفسر الشك لمصلحة المدين، فإذا فرض المهني شروطاً على عديم الخبرة وكانت غير واضحة يفسر الشك لمصلحته؛ لأنه يفترض أنه لم يرض بها وذلك لأنه الملزم بهذه الشروط.

وكذلك يفسر الشك لمصلحة عديم الخبرة في عقود الإذعان سواء كان مديناً أم دائناً، وأساس هذا الاستثناء من قواعد التفسير أن الطرف المذعن لم يشترك في صياغة عبارات العقد فلا يسأل عن غموضها، ومن شأن ذلك حمل الطرف القوي على مراعاة الدقة والوضوح في صياغة عبارات عقود^(٢٢٢).

(٢٢١) دالوز ١٩٩٣، ص ٣٦٠.

(٢٢٢) السنهوري، الوسيط، ج٧، ص١٥٢٧، ف٥٩٢، د. محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٤٧، ف١٩٩.

وإذا ما علمنا أن مفهوم عقود الإذعان في القانون اليمني واسع؛ فهي تشمل كل عقد يفرض شروطه القوي على الضعيف، كذلك الحال في الفقه والقضاء الفرنسيين، فكل عقد طرفاه مهني ومستهلك هو من عقود الإذعان كما أن التوسع في معنى الإذعان قد شمل القانون المصري^(٢٢٣)، وبذلك يكون مجال حماية عديم الخبرة من خلال قواعد التفسير قد أصبح واسعاً.

وخارج نطاق عقود الإذعان تفرض المادة ١٦٠٢ في القانون الفرنسي، المتعلقة بالبيع على البائع شرح ما يلتزمه بوضوح وإن كل عقد غامض أو ملتبس يفسر ضده.

كما أن القضاء الفرنسي ومعه بعض الفقه المصري يذهبان إلى أن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین في حالة غموض عبارات العقد يجب أن تتم من خلال تصور أن الإيجاب موجه من الموجب إلى الطرف الآخر، ولا يمكن القول بقبول هذا الأخير له إلا إذا فهمه أو كان باستطاعته أن يفهمه^(٢٢٤)، حيث يقولون: من الأفضل في عقود الإذعان أن ينظر إلى واضع العقد بدلاً من فاعل الإيجاب وليس المنظم الذي من المناسب حمايته هو دائماً ممن يكون قبوله العقد في ظل الحماية القانونية بعد تفكير ومع إمكانية الاختيار^(٢٢٥).

مما يعني أن يؤخذ بعدم وضوح العبارة من خلال الرجوع إلى قدرة القابل (عديم الخبرة) على فهم معنى الإيجاب وفقاً لمعيار الرجل العادي، وقد سلم السنهاوري بهذا الرأي في العقود التي يكون فيها الإيجاب قد تم بتعبيرات يتلقاه من وجه له هذا الإيجاب^(٢٢٦)، كما يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب

(٢٢٣) حول هذا انظر سابقاً ص ٦٢ من هذا البحث، وانظر المادة ٢٨٥ من مشروع Scrivener، والمادة ٣٥٥ من قانون ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨م الفرنسي، التي تسمح للقاضي بإبطال أي شرط في عقود الإذعان يؤدي إلى الإضرار بمصلحة المستهلك أو عديم الخبرة؛ أي يؤدي إلى الإخلال الجلي في التوازن في حقوق المتعاقدين والتزاماتهم.

(٢٢٤) د. أحمد زكي الشيتي، رسالته مشار إليها في السنهاوري، الوسيط، ج ١، ص ٨٢١، وانظر جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

(٢٢٥) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٢٠٠، ٢٠٢.

(٢٢٦) السنهاوري، الوسيط، ج ٧، ص ١٥٢٧، ف ٥٩٢.

الذي يجب أن يصدر بالشكل والشروط التي تتطلبها قوانين الاستهلاك، وهذا ما يتحقق في عقود الإذعان.

ومن خلال قواعد التفسير تلك أصبح القضاء يراقب رضا المتعاقد عديم الخبرة بالشروط التي يفرضها عليه المهني وخصوصاً القضاء الفرنسي، وتتم المراقبة من خلال ثلاثة معايير هي:

أولاً - يجب أن يكون الشرط واضحاً وفي مكان يسمح بالاطلاع عليه بسهولة:

يشترط لنفاذ الشرط أن يكون مقروءاً، أي مكتوباً «بأبناط» كبيرة يسهل قراءتها.

أي أن القضاء أصبح يراقب علم المتعاقد عديم الخبرة بالشروط الواردة في وثيقة العقد الموقعة منه بهدف توفير الحماية له.

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٧ آذار ١٩٨٧ بإبطال العقد بسبب الغلط ببيانها أنه يتناول منتجين، أحدهما وهو مصفي للمياه يتمتع بضمان لعشر سنوات مذكورة بأحرف كبيرة حمراء في حين أن الآخر وهو مكافح إلكتروني للقشرة الكلسية لم يكن مضموناً إلا لسنتين بموجب بند مذكور بأحرف صغيرة، وقد قبلت أن انتباه الشاري كان منصباً بوضوح على الضمان الجلي مما يسوغ غلظه حول الضمان المتعلق بالمنتج الثاني^(٢٢٧)، كما جرى في عقود الإذعان وفي العقود التي يكون أحد طرفيها عديم خبرة رفض شروط

(٢٢٧) انظر، المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي ١٩٨٧، ص ٥٦٦، وانظر الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية ٥ مارس ١٩٧٤، النشرة المدنية IV رقم ٧٨، ص ٦٣، التي رفضت إدخال بند جزائي في وسط نص مطبوع بأحرف صغيرة بالمانورات الخداعية، وانظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٥ فبراير ١٩٨٦، النشرة المدنية II، رقم ٨، ص ٥، التي رفضت التذرع بعدم وضوح الشرط بالنسبة للمهني الذي له اطلاع على قواعد التجارة البحرية حيث كان يتيح بسهولة تحديد القضاء الإنكليزي صالحاً إقليمياً.

شاذة مدرجة في مستند معقد جرى وضعها بعناية لكي تكون غير واضحة وغير مقروءة بحيث تمر غير ملحوظة في سرعة المصالحات^(٢٢٨).

ومن تلك الأحكام قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٦ تشرين الأول ١٩٨٩م بأن عمل شركة SCPI عن طريق تحرير ملتبس إرادياً لاتفاقية أول شباط ١٩٦٧م ودفتر الشروط الملحقة بها، وعن طريق صياغة خادعة ومتناقضة يعتبر تدليساً^(٢٢٩).

كذلك يذهب الفقه والقضاء المصريان بالنسبة لعقد التأمين، فإذا قام تعارض بين شرط عام مطبوع وشرط خاص مكتوب بالآلة الكاتبة أو باليد اعتد بالشرط الخاص، واعتبر ناسخاً للشرط العام؛ لأن الشرط الخاص هو الذي ناقشه الطرفان وقبله بعد أن تم تحرير الجزء المطبوع من الوثيقة^(٢٣٠).

وكذلك إذا قام تعارض بين نسخ وثيقة التأمين وتناقضت مع الشروط المدونة فيها، فالنسخة التي يعتد بها هي النسخة التي بيد المؤمن له؛ لأن المؤمن هو الذي قام بتحرير هذه النسخ، فهو المسؤول عن التعارض الذي يقوم بينهما^(٢٣١).

(٢٢٨) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٤١١، ف ٤٠٨، وانظر حول هذا د. محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص ١١، د. حسن عبد الباسط جمعي، مرجع سابق، ص ١٢٣ د. عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، مرجع سابق، ص ٢٣، حيث أورد عدداً من أحكام محكمة النقض الفرنسية.

(٢٢٩) النشرة المدنية، III، رقم ٢٦٦، ص ٢٢٥، ١٩٨٦م، D، R، I ص ٤١، وانظر أيضاً ١٩٧٦ D ص ٥٠. وانظر نقض مدني 28 نيسان ١٩٧١م، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٧٢، II، ١٧٢٨ ملاحظة RABUT, BOITARD بالنسبة إلى شرط مجدد مهلة ضمان العيوب الخفية، مدخل في الفاتورة المسلمة عند إبرام العقد.

(٢٣٠) السنهوري، الوسيط، ج ٧، ص ١٥٣١، ف ٥٩٢.

(٢٣١) السنهوري، الوسيط، ج ٧، ص ١٥٣١، ف ٥٩٢. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ج ٢، ص ١١٠، ف ٥١.

وهناك عدة أحكام في القضاء الفرنسي اتخذت من موضع الشرط التعسفي وحده سنداً لعدم رضا عديم الخبرة^(٢٣٢)، كأن يكون الشرط مدسوساً في صفحة من صفحات عقد كبير الحجم^(٢٣٣)، أو في غير المحل الذي يجب أن يذكر فيه، كأن يرد تالياً لتوقيعات الطرفين^(٢٣٤)، أو أن يكون غير موجود في وثيقة العقد كأن يوجد في الشروط العامة التي تم الإحالة إليها في وثيقة العقد^(٢٣٥)، أو أن يكون في وثيقة أو مستند لا يتم التوقيع عليه، فلا يتم العمل بالشروط الواردة في تذاكر السفر التي يصدرها الناقلون وخصوصاً الشروط التي تهدف إلى تحديد تبعة الناقل أو تحديد القضاء المختص^(٢٣٦)، ولا يمكن أن تكون للمستندات المرفقة قوة عقدية إلا بشرط أن يعرف الطرف الآخر بها، وأن تشكل جزءاً من العقد وأن يتمكن من العلم بها^(٢٣٧).

وإن كان المستند الملحق لوحة مكتوبة أو إعلاناً ملصقاً في مكان إبرام العقد وتنفيذه فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى عدم إعطائها أي فاعلية^(٢٣٨).

-
- (٢٣٢) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية، ٣ مايو ١٩٧٩، ١٩٨٠، I.R.D، ص ٢٦٢ ملاحظة، J. CHESTIN، النشرة المدنية، I، رقم ١٢٨، ص ١٠٢ فيما يتعلق ببند يشترط أن تشحن السلع على مسؤولية المرسل إليه وهو مدون في ظهر قيمة الطلبية وفي وسط بنود عديدة أخرى، وانظر جاك جستين، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٤٥٣، ف ٤٤٢.
- (٢٣٣) نقض مدني فرنسي، ١٩ شباط ١٩٧٤، النشرة المدنية III، رقم ٧٩، ص ٦٠.
- (٢٣٤) نقض مدني فرنسي، ٢٨ نيسان ١٩٧١، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٧٢، II، ١٧٢٨٠، ملاحظة RABUT، BOITARD.
- (٢٣٥) نقض مدني فرنسي، ٩ مارس ١٩٤٢، مجلة قصر العدل ١٩٤٢، ٢٦٤، D، C ١٩٤٢، وانظر نقض مدني فرنسي، ٨ مايو ١٩٠٧، ١٩٠٩، S، ٤٨٦١.
- (٢٣٦) الأحكام نفسها في المراجع السابقة.
- (٢٣٧) انظر محكمة الهند الصينية من فرنسا ١٨ مايو ١٩٠٥ مجلة قصر العدل ١٩٠٦، ١، ٢٦١، النشرة المدنية ١٧، رقم ٢٥٦، ص ١٧٩، المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي ١٩٩٢، ص ٢٣٩ ملاحظة MESTRE.
- (٢٣٨) وضع القضاء الفرنسي على عاتق من ينتفع بإثبات أن الطرف الآخر هو على علم بالشرط وأنه قبله عند تكوين العقد، انظر، جاك جستين، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٤١٩، وانظر أيضاً في شأن الإيداع الفندقي بالنسبة إلى لصق الشروط التي بموجبها يستبعد الفندق مسؤوليته، محكمة باريس ١٦ أكتوبر ١٩٨٢، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٨٣، فهذا الحكم لم يعط لهذه الشروط أية فاعلية.

كما جرى اجتهاد قضائي بخصوص افتراض القبول بالشروط التي يضمنها المهني رسائله إلى العميل، ويبين فيها الشروط الشكلية والمهل التي يجب أن يتم خلالها الرفض بحيث يفترض عدم الرد خلال المهلة أو بدون الشكل المطلوب قبولاً لهذه الشروط حيث لم يعد القضاء الفرنسي يقر هذه القاعدة بافتراض القبول من السكوت قاعدة في العقود التي يكون أحد طرفيها عديم خبرة^(٢٣٩).

ولكنه استبقاها في الشأن التجاري باعتبار أن العادة تعطي السكوت دلالة على القبول كالكلام^(٢٤٠) شريطة أن يكون المرسل إليه قد أخذ علماً بالعادة^(٢٤١).

ولكن بالنسبة للمستهلك يفترض شرعاً جهله بعادات مهنة شريكه في التعاقد، فلم تعط لهذه الرسائل أي حجية^(٢٤٢).

وكذلك فعل القضاء الفرنسي بالنسبة للشروط التي ترد في الفواتير ولو تم تسلمها بدون تحفظ ولا سيما بعد الدفع^(٢٤٣)، فمن يتذرع بالشرط الوارد فيها عليه أن يثبت أن من أرسلت إليه الفاتورة قد أخذ العلم بها وقبلها^(٢٤٤).

(٢٣٩) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٤٣٢.
(٢٤٠) نقض مدني فرنسي، ٢١ تشرين الأول ١٩٥٨م، النشرة المدنية، III، ص ٢٩٨.
ونقض مدني فرنسي، ٦ تموز ١٩٦٦، من النشرة المدنية II، رقم ٧٣٧.
(٢٤١) المحكمة التجارية في نائت ١٩ أيار ١٩٠٦ - ٣١٣ - ٢ - ١٩٠٨، D, P. وراجع
عريضة في ١٥ آذار ١٩٤٤، Sirey (S) ٤٠، ١ و ١٩٤٥.
(٢٤٢) نقض تجاري فرنسي، ١٨ كانون الثاني ١٩٧٢، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٧٢، II،
١٧٠٧٢ محكمة باريس، ٣٠ حزيران ١٩٦٤، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٦٥، II،
١٤٠٥٨.

(٢٤٣) نقض مدني فرنسي، ٩ آذار ١٩٨٨، النشرة المدنية، III، رقم ٥٣ ص ٣٠.
الغرفة الفرنسية التجارية، ٢٤ آذار، ١٩٦٨، النشرة المدنية، III، ص ٣٠٠ رقم ٣٥٠.
(٢٤٤) نقض مدني فرنسي، ٢٤ تشرين الثاني ١٩٥٤، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٥٥، II،
٨٥٦٥.

ويظهر ذلك على الخصوص بالنسبة لشروط الإعفاء وتحديد المسؤولية وشروط التحكيم وتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع المحتمل.

كما ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المستندات الدعائية (الكتلوجات) عندما تكون محددة بدقة ومفصلة بما فيه الكفاية تربط من حققها أو استعملها، وتلزمه بالشروط الواردة فيها حتى ولو نصت على أنه لا قيمة عقدية لها^(٢٤٥).

وفي مجال التجارة الدولية سعت الاتفاقيات الدولية إلى إصدار سلسلة من القواعد الدولية لتفسير التعابير التجارية الأكثر استعمالاً في التجارة الخارجية، وجرى بذلك تجنب الغموض والشك في معنى العبارات الناتج عن التفسيرات المختلفة لهذه العبارات من بلد إلى آخر أو على الأقل أصبح الغموض أو الشك هذا مقلصاً إلى حد كبير.

كما نصت المادة (٩) من اتفاقية فيينا على أنه عند تفسير إرادة المتعاقدين يجب تطبيق عادات التجارة، وكل ذلك يصب في خدمة عديم الخبرة.

ثانياً - عدم معقولية الشرط:

أصبح القضاء الفرنسي يحكم رقابته على الرضاء بالنسبة إلى مضمون الشروط بهدف التحقق من قبول الطرف الأقل خبرة لها^(٢٤٦).

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة السين التجارية بأنه "لا يمكن للمحكمة أن تتصور الأسباب أو المبررات التي من أجلها يلتزم (س)... بالعقد الذي انضم إليه مذعناً لمدة خمسة عشر عاماً"^(٢٤٧).

(٢٤٥) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والقضاء الانجلوأمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت، مجلة الحقوق، الكويت ص ٣٠٦.

(٢٤٦) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مرجع سابق، ص ٣٠٦ وما بعدها.

(٢٤٧) مشار إليه في د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ١٦٤.

كما قضت محكمة بوج بأنه "لا يمكن للمحكمة أن تفهم المبررات والأسباب التي تؤدي بـ(ص)... لقبول اختصاص محاكم بوج" (٢٤٨)، كما نصت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٤ أيار ١٩٨٩م (٢٤٩) حيث افترضت حالة الضرورة من خلال فرض شروط مفرطة بصورة غير طبيعية.

كما أن المادة (٣٥) من قانون الاستهلاك الفرنسي ١٩٧٨م تفرض منع الشروط الواردة في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين والمستهلكين أو تحديدها أو تنظيمها بمراسيم تتخذ في مجلس الدولة عندما تبدو أنها مفروضة على عديمي الخبرة أو المستهلك بإساءة استعمال قوة المتعاقد الآخر الاقتصادية، وتطغى على هذه القوة فائدة مفرطة.

ويرى الفقه أن هذا النص خلق عالماً جديداً لحماية الرضا (٢٥٠).

المطلب الثاني

قواعد التفسير في الفقه الإسلامي

من المعلوم أن العقود التي كثر الغبن بسببها نتيجة تضمينها شروطاً تعسفية هي التعاقد بالكتابة، التي يجيزها بدلاً عن اللفظ للقادر على اللفظ وسيلة للتعبير عن الإرادة في التعاقد بين حاضرين المالكية والحنبالية (٢٥١).

والأصل في صحة التعبير بالكتابة قوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ

(٢٤٨) مشار إليه في المرجع السابق في الموضع نفسه.
(٢٤٩) النشرة المدنية، I، رقم ٢١٢ ص ١٤٢، وانظر أيضاً المحكمة الابتدائية في بوج نيسان ١٩٨٩م، مجلة قصر العدل ١٩٩٠، الأسبوع الأول، ص ٣١.
(٢٥٠) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٣٧.
(٢٥١) انظر د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة الثقافة، عمان ١٩٩٨ ص ٢٠٨.

بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ
الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ﴿٢٥٢﴾.

يقول المفسرون: إن المقصود بالدين، الدين الواقع بسبب المعاملة قرضاً
كان أم ثمن مبيع أم نحو ذلك، بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً
حَاضِرَةً﴾^(٢٥٢)، ويجمعون على أن من يتولى كتابة الدين هو المدين الذي من
الواجب أن يقر بلسانه ليعلم ما عليه^(٢٥٣)، وذلك مصداقاً لقوله تعالى:
﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾.

"كما أوضحوا أن من الواجب أن من يقوم بكتابة العقد هو الملتزم
(المدين) بالدين عند تفسيرهم لقوله تعالى ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾؛ إذ إن
الضمير عائد على الذي عليه الحق. يقول القرطبي: "ذهب الطبري أن (وليه)
عائد على الحق وأُسند في ذلك عن الربيع وابن عباس، وقيل هو عائد على الذي
عليه الحق، وهو الصحيح، وما روي عن ابن عباس لا يصح، وكيف تشهد البينة
على شيء وتدخل مالا في ذمة السفیه بإملاء الذي له الدين، هذا شيء ليس في
الشرعية" ^(٢٥٤)

وبذلك يظهر أن انفراد من له الحق بكتابة الدين (الالتزام) غير جائز في
الشرعية الإسلامية، وإذا كان من عليه الحق ضعيفاً أو سفيفاً أو لا يستطيع أن
يملل فيتولى كتابة العقد عدل مأمون يكتب بالسوية والاحتياط، وأن يكون الكاتب

(٢٥٢) شافي العليل في شرح الخمسمائة آية من التنزيل، تأليف عبد الله بن محمد النجري
اليمني، تحقيق وتعليق أحمد علي الشامي، مكتبة الجيل الجديد، ١٩٨٦، ص ٣٥٧،
وانظر تفسير القرطبي، ج ٣، ص ٢٨٢.

(٢٥٣) شافي العليل، ص ٣٦٠، الهامش، تفسير القرطبي، ج ٣، ص ٣٨٥.
(٢٥٤) تفسير القرطبي، ج ٣، ص ٣٨٨، ويقولون أيضاً: إن كان المدين لا يستطيع أن يمل
لمرض أو كبر سن لثقل لسانه عن الإملاء أو الخرس ولم يكن له ولي فإذا كان كذلك
فليملل صاحب الحق بالعدل ويسمع الذي يعجز، فإذا أكمل الإملاء أقر به، وهذا معنى
لما تعن الآية إليه، ولا يصح هذا إلا فيمن لا يستطيع أن يمل.

فقيهاً عالمًا بالشروط حتى يجيء مكتوبه موافقاً للشرع^(٢٥٥)، وأن عليه اختيار الألفاظ الواضحة وتجنب الألفاظ المشتركة حتى يحصل للمتدائنين المقصود من الكتابة^(٢٥٦).

وهذا يتنافى مع ما هو قائم؛ حيث ينفرد المهني بكتابة التزاماته والتزامات الطرف الآخر، فهذا أمر غير وارد في الشريعة الإسلامية.

وإذا رجعنا إلى القواعد العامة لصحة التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي لوجدنا الفقهاء يشترطون أن يتم التعبير عن الإرادة بلفظ واضح ومنضبط^(٢٥٧)، ويشترطون السماع والفهم؛ أي أن تصل العبارة إلى سماع المتعاقد الآخر بحيث يسمعها من في جواره عادة^(٢٥٨).

والوضوح في الكتابة أولى؛ حيث يفترض أن تكون الكتابة مقروءة مفهومة؛ فأهمية الوضوح في الكتابة أكثر من اللفظ، حيث يقولون: "إن الكتابة أحرف مادية عقيمة ميتة ترسم منفصلة عن شخصية صاحبها فلا تستطيع أن تتبين من الكتابة مدى الإرادة من الجزم وهو مظهر مادي، ولا الرضا وهو مظهر عاطفي، فلا يستبين منها سوى مظهر واحد هو الإخبار وهو مظهر عقلي فقط^(٢٥٩)، وبهذا يذهب بعض فقهاء الشريعة إلى اعتبار التعاقد بالكتابة من الكنايات التي تفنقر إلى النية.

(٢٥٥) تفسير الزمخشري، ج ١، ص ٤٠٢.

(٢٥٦) شافي العليل، ص ٣٦٠، الهامش.

(٢٥٧) انظر محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٢٥٨) البحر الرائق، شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين بن نجيم، طبعة در الكتب العلمية، مصر، ١٣٣٤هـ، ج ٥، ص ٢٦٦، حيث جاء فيه قوله: "وشرط في الحاوي القدسي السماع والفهم"، وانظر د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص ١٠٢، ١١٧، حيث يرى أن وقت تمام التعبير في الفقه الإسلامي ليس هو وقت وصوله إلى المخاطب ولا وقت سماعه بل هو وقت فهمه وإدراكه".

(٢٥٩) د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية مجمعون على أن يهدر اللفظ الذي يندر استعماله في المعنى الذي قصد إليه صاحبه^(٢٦٠)، وأن اللفظ الذي يحتمل فيه استعمال اللفظ للتعبير عن معان متعددة وكذلك التعبير بالمضارع والأمر يعد من الكنايات التي تخضع للتفسير والبحث عن النية^(٢٦١).

كما يرون أن اللفظ الصريح الذي يدل بذاته على النية هو غلبة الاستعمال له للتعبير عن معنى وحيد منحصراً، حيث يقول في فتح القدير من آخر الإيلاء: "والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة" كما يقول الكاساني في تعريف اللفظ الصريح بأنه: "اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع" ويقول أبو سنة: "الصريح ما تبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال"^(٢٦٢).

ويعني ذلك أن يتبع في تحديد الألفاظ الصريحة وتمييزها عن الكنايات هو فهم السامع، فهو الذي يبين صلوح اللفظ وفاعليته لإرادة الفاعل، ولهذا أهميته في مراقبة قبول عديم الخبرة بالشروط التي يضمنها المهني العقد، حيث يظهر أن فقهاء الشريعة يضيّقون من الألفاظ الصريحة التي لا تخضع للتفسير ويتوسعون في المقابل بالكنايات التي يخضعونها للتفسير عن إرادة الموجب أو القابل.

بل إن الحنابلة والمالكية يذهبون إلى أبعد من ذلك، حيث يرون وجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة في كل حالة نتيقن فيها من وجود هذه الإرادة حتى مع صراحة النص، يقول صاحب إعلام الموقعين: "إن الله تعالى إنما رتب الأحكام على الألفاظ لدلالاتها على قصد المتكلم بها وإرادته، فإذا تيقن أنه قصد كلامها ولم يقصد معناها ولم يقصد مخالفة ما التزمه ولا الحث فإن الشارع لا يلزمه

(٢٦٠) المرجع السابق نفسه.

(٢٦١) د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٢٦٢) انظر حول ذلك د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

بما لم يقصده^(٢٦٣)، ويقولون أيضاً: "إن القصود في العقد معتبرة وإنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته^(٢٦٤)."

وقوله: ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً... والغلط والنسيان والسهو وسبق اللسان بما لا يريده العبد بل يريد خلافه والتكلم به كرهاً وغير عارف لمقتضاه من لوازم البشرية لا يكاد ينفك الإنسان من شيء منه، فلو رتب عليه الحكم لحرقت الأمة وأصابها غاية التعب والمشقة... حتى الخطأ في اللفظ والغضب والسكر^(٢٦٥).

وقد جعل الفقهاء الضابط في ذلك اعتبار العوائد والظروف المصاحبة؛ حيث يقولون: "وعلى هذه القاعدة "اعتبار العوائد" تخرج أيمان الطلاق والعقاق وصيغ الصرائح والكنيات، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية وقد يصير الكناية صريحاً تستغني عن النية^(٢٦٦)"، "فكون اللفظ صريحاً أو كناية أمر يختلف باختلاف عرف المتكلم والمخاطب والزمان والمكان، فكم من لفظ صريح عند قوم وليس بصريح عند آخرين وفي مكان دون مكان وزمان دون زمان، فلا يلزم من كونه صريحاً في خطاب الشارع أن يكون صريحاً عند كل متكلم، وهذا ظاهر"^(٢٦٧).

كما أنهم يشترطون الوضوح في التعاقد، ويعتبرون الكذب في وصف العقود وعيوب المبيع أو كتمانها تدليلاً من الحيل المحرمة، فقد تكلموا عن حكم "المعارض في الكلام"، وقالوا عنها:

(٢٦٣) إعلام الموقعين، لابن القيم، ج٤، ص ٨٠، ٩٧.

(٢٦٤) المرجع السابق نفسه، ص ٩٠.

(٢٦٥) المرجع السابق نفسه، ج٣، ص ٧٨-٨٨.

(٢٦٦) المرجع السابق نفسه، ص ٦٧.

(٢٦٧) إعلام الموقعين، ج٢، ص ٢٩٩.

"هي من الحيل القولية إذا تضمنت إسقاط الحقوق في البيوع حيث يقولون، والذي قيست عليه الحيل الربوية وليست مثله نوعان؛ أحدهما المعارض وهي: أن يتكلم الرجل بكلام جائز يقصد به معنى صحيحاً ويوهم غيره أنه يقصد به معنى آخر فيكون سبب ذلك الوهم لكون اللفظ مشتركاً بين حقيقتين لغويتين أو عرفيتين أو شرعيتين أو لغوية مع إحداها أو عرفية مع إحداها أو شرعية مع إحداها فيعني أحد معنياه ويوهم السامع له أنه إنما عنى الآخر إما لكونه لم يعرف إلى ذلك، وإما لكون دلالة الحال تقتضيه، وإما لقريته حالية أو فعالية يضمها إلى اللفظ أو يكون سبب التوهم كون اللفظ ظاهراً في معنى فيعني به معنى يحتمله باطناً بأن ينوي مجاز اللفظ دون حقيقته أو ينوي بالعام الخاص، أو بالمطلق المقيد، أو يكون سبب التوهم كون المخاطب إنما يفهم من اللفظ غير حقيقته بعرف خاص به أو غفلة منه أو جهل أو غير ذلك من الأسباب... فلو تضمن كتمان ما يجب إظهاره من شهادة أو إقرار أو علم أو نصيحة مسلم أو التعريف بصفة معقود عليه في بيع أو نكاح أو إجارة فإنه غش محرم بالنص... والضابط أن كل ما يجب بيانه فالتعريض فيه حرام لأنه كتمان وتدليس... وثانيهما..." (٢٦٨).

وقولهم: "ولا يجمله؛ أي لا يجوز له إجمال العيب... وإلا بأن أجمل فمدلس ويرد المبيع بما وجده" (٢٦٩).

(٢٦٨) إعلام الموقعين، ج ٢، ص ١٧٨.

(٢٦٩) الشرح الصغير للدردير، هامش الصاوي، ج ٢، ص ٥٣-٥٤.

الفصل الثالث

الحماية القانونية الاستثنائية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية

نظراً للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية والقانونية وما صاحبها من غياب الأشكال التقليدية التي يتم بها التعاقد وظهور أشكال جديدة للتعاقد، حيث بدا تفوق غير عادي للمحترفين في تلك الأعمال، وأصبحت الخبرة في التعاقد مسألة ذات أهمية في تحقيق التوازن العقدي، فالمتعاقد عديم الخبرة الذي يجهل دروب التعاقد المعقدة التي تصاحب تكنولوجيا الإنتاج الكبير والتوسع الواسع النطاق، وزاد من المشكلة أن المحترف ينفرد بكتابة العقد، ويستعين في إعدادهِ بخبرات قانونية عالية الكفاءة، لها معرفة كاملة بالسوابق القضائية، ويعمدون إلى فرض شروط تعسفية، إما أن تزيد من التزامات المتعاقد الآخر أو تقلص من التزامات المحترف التي كان من الواجب أن يلتزمها.

هذا مادعا دول السوق المشتركة أن تتدخل بصورة مباشرة عن طريق وضع تشريعات خاصة بهدف حماية عديم الخبرة الذي يطلقون عليه بالمستهلك في مواجهة المحترف (المهني) من الشروط التعسفية التي يضعها، وقبل هذا وضعت تلك التشريعات الخاصة شكلية في التعاقد بهدف توفير حماية غير مباشرة لعديم الخبرة ومنحته مهلاً وإعلانات تمكنه من التعبير بإرادة حرة مستنيرة ومتبصرة.

وسنتكلم أولاً عن الحماية غير المباشرة، ثم نتلو ذلك بالتكلم عن الحماية القانونية المباشرة:

المبحث الأول

الحماية القانونية غير المباشرة لعدم الخبرة من الشروط التعسفية

تدخلت التشريعات الحديثة بالتزامن مع القضاء حيث أوجبت التزاماً عاماً على عاتق المهني بإعلام عديم الخبرة وتبصيره، وتطلبت شكلية معينة في التعاقد بهدف حماية عديم الخبرة بجعل رضاه أكثر تنوراً وتبصراً وأعمق تفكيراً.

المطلب الأول

إقرار مبدأ الالتزام بالإعلام والتبصير قبل التعاقد وأثره في توفير الحماية لعدم الخبرة

لاحظ المشرع والقضاء في فرنسا ودول أوربا "أن المهني اليقظ أصبح يستفيد بصورة غالبية من جهل عديم الخبرة^(٢٧٠)، سواء من حيث جهله بالتقديمات - محل العقد والثن - أو بالوضع القانوني، وبطرق التعاقد المعقدة، وبالأحكام القانونية الموضوعية بهدف حمايته، فبدأت عدة تشريعات خاصة وضعت بهدف حمايته وبالذات في العقود المبرمة بين مهنيين وجهلة، وفي عقود الإذعان كونها تحوي شروطاً جائرة، وفي العقود التي تقضي طبيعتها ثقة خاصة، وبوجه عام جميع العقود التي يكون أحد طرفيها في وضع دوني^(٢٧١).

وقد تطلبت تلك التشريعات قيام التزام بالإعلام على المهني يقتضي تنوير عديم الخبرة بكل شيء يقتضي الأمر إعلامه به وأحياناً تشترط تلك القوانين

(٢٧٠) د. محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية السابقة للتعاقد، مرجع سابق، ص ٧٠
جستان - تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٠٢.
(٢٧١) د. محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية السابقة للتعاقد، مرجع سابق، ص ٧٠.
وانظر القوانين المتعلقة بتلك العقود.

واجب الاستعلام من أجل إعلام الشاري عديم الخبرة^(٢٧٢). وبعض القوانين تستلزم واجب التبصير والتحذير^(٢٧٣).

وتتمثل موضوعات الإعلام في الغالب في الإعلام بشروط التعاقد، وبالوضع القانوني للمتعاقد وبالأحكام القانونية الموضوعية لحمايته، وبالمضمون الصحيح للالتزامات المتبادلة، وأحياناً الالتزامات القانونية التي يولدها العقد، هذا إلى جانب واجب الإعلام المتوفر عادة في بعض القوانين التقليدية، كالإعلام بالعيوب الخفية، وفي بيوع الأمانات وفي عقود معينة^(٢٧٤).

ومن أهم تلك القوانين الصادرة في فرنسا:

١ - مرسوم ٢٤ تموز ١٩٨٤م (م/٧) المتخذ تطبيقاً للقانون المصرفي بتاريخ ٢٤ كانون الأول ١٩٨٤م، الذي ألقى على عاتق المصارف بوضوح التزاماً بإعلام زبائنهم في حالة فتح الحساب بثمن مختلف الخدمات والتعهدات المتبادلة. كما حدد مرسوم ١٤ أيلول ١٩٨٦م المتخذ تطبيقاً لقانون ٢٨

(٢٧٢) جاك جستان - تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٧٠٥.

(٢٧٣) د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٨٢. د. محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص ٧١.

(٢٧٤) فرضت القوانين المدنية في عقود مختلفة على المدين موجب الرد وكشف كل ما يمكن بأي صفة كانت إعاقه الممارسة الحرة للحقوق التي اكتسبها المضمون" إذ عليه إعطاء المتعاقد الآخر المعلومات عن الوضع القانوني كالمواد (١٦٠٢، ١٦٢٦، ١٦٣٨) فرنسي في شأن البيع والمادة (١٧٠٧) فرنسي في شأن المقايضة، والمادة ٣/١٧١٩ فيما يتعلق بالإيجار، والمادة (٣-١٨٤٣) فرنسي بالنسبة إلى مقدمة عين الشركة، وصفات الشيء المادية المادة (١٦٤١) فرنسي وما يليها في البيع، والمادة (١٧٢١) فرنسي في إيجار الشيء، والمادة (١٧٩٢) فرنسي من إيجار المباني، والمادة (١٩١٨) فرنسي بالنسبة إلى عارية الاستعمال، والمادة (١٨٩٨) فرنسي فيما يختص بقرض الاستهلاك، وفي القانون اليمني المادة (٢/٢٤٥) في شأن العيوب الخفية، والمادة (٥٧٠) بشأن بيوع الأمانات، والمادة (٥١٩) بشأن الإعلام بحقيقة المبيع، والمادة (٧٤١) بشأن الإعلام بمدة الإيجار، والمادة (٣٩٥) بشأن الحوالة.

كانون الأول ١٩٦٦م نمط حساب المعدل الفعلي الإجمالي ولاسيما بالنسبة للحسابات المكشوفة، وهذان النصان قادا القضاء إلى تعديل الاجتهاد في الحساب الجاري، حيث قضت " بأن معدل الفائدة الاتفاقي ينبغي أن يحدد خطياً، وأن هذه القاعدة المفروضة بالنسبة لصحة اشتراط الفائدة ذاتها ذات تطبيق عام^(٢٧٥).

٢ - ينص قانون ١٨ كانون الثاني ١٩٩٢م الذي يعزز حماية المستهلك في مادته ٣-١، الفقرة الأولى التي أصبحت المادة ١١٤-١، ١ من مدونة قانون الاستهلاك بتاريخ ٢٦ تموز ١٩٩٣ على أن المهني "مجبّر في أي عقد موضوعه بيع مال منقول أو توفير تقديم خدمات إلى المستهلك عندما يكون تسليم المال أو توفير الخدمة فورياً، وإذا كان الثمن المتفق عليه يتجاوز العتبات المحددة بمرسوم على بيان التاريخ الأقصى الذي التزم فيه بتسليم المال أو تنفيذ الخدمة، ويهدف هذا النص إلى وضع نهاية للممارسة العقدية المفرطة للأجل (الدالة فقط) التي تسمح للمهني أن يتجنب أية مسؤولية في حالة التأخير في تنفيذ تعهداته، ويتعلق هذا بالتزام عام بالإعلام ذي مدى عام.

٣ - فرض قانون ٢٤ آذار ١٩٥٢م المعدل بقانون أول تموز ١٩٧١م المتعلق بالائتمان "أن تذكر في العقد القواعد التي تحدد مبلغ القرض وتاريخ تحقيقه وكيفيات التسديدات المتوجبة على المكتب قبل تخصيص القرض وبعده وكلفة العملية".

٤ - يفرض قانون ٢٨ كانون الثاني ١٩٧٢م المتعلق بالسعي المصفاقي المالي بفرض مذكرة إعلام مختصرة، وبالنسبة لبرامج الادخار الخطيرة نظراً إلى التعهدات الطويلة تفرض تسليم بيان يحوي إعلانات مختلفة (م ١٦/٢) كما

(٢٧٥) نقض مدني فرنسي، ٩ شباط ١٩٨٨، مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٨٨م، II، ٢١٠٢٥٦.

يفرض في شأن الشركات التجارية والمدنية التي تدعو الجمهور للدخار إعلانات في شكل مذكرات وإذاعات وتعاميم.

٥ - فرض قانون ٢٢ كانون الأول ١٩٧٢م حول البيع والسعي إلى التعاقد في المنزل المكمل بالمرسوم رقم ٧٣ - ٧٨٤ بتاريخ ٩ آب ١٩٧٣م. محدداً في العقد طبيعة الحاجات أو الخدمات المقترحة وخصائصها (م/٢ - ٣) من مدونة قانون الاستهلاك، وفرض قانون ٣١ كانون الأول ١٩٦٦م المكمل لمرسوم ٣١ كانون الأول ١٩٦٦م أن تذكر في بطاقات الرحلات سلسلة من الإيضاحات الدقيقة تحدد شروط السفر والخدمات التابعة، كما أن قانون أول تموز ١٩٧١م في شأن عقد التعليم الخاص المسافي فرض تحديداً لخدمة الإشراف التربوي وتوصيات العمل والأعمال المعدة للتنفيذ وكذلك تصحيحها. كما صدرت عدة قوانين في فرنسا توجب على المهني الإعلام بالأحكام والنصوص القانونية: من ذلك:

٦ - فرضت المادة ٤ من مرسوم ٢٤ آذار ١٩٧٨م المتخذ تطبيقاً للمادة ٣٥ من قانون (serivener) الفرنسي حول الشروط المفترضة أن يتم التذكير (في شروط ضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية وضمن الخدمة بعد البيع) (بوضوح) أن الضمان القانوني مستمر في أي فرضية كانت، والمادة ٩ من قانون ١٢ تموز ١٩٧١م الفرنسي المتعلق بشروط فسخ عقود التعليم الخاص المسافي.

كما أن قرار ٢٠ تشرين الثاني ١٩٨٧م الفرنسي الصادر تطبيقاً للمادة ١١ من مرسوم ٦ كانون الثاني ١٩٨٥م حيث فرضت أن يرد في الموجز الذي يجب أن يسلمه المؤمن للضحية في وقت تسليمها عرضه في شأن التعويضات "البيانات الإلزامية الواردة في العقد النموذجي الملحق" مع التحديد أن هذا العرض "ينبغي أن يقوم في شكل واضح ومقروء" وأن يكون "مكتوباً بأحرف لا يقل ارتفاعها عن ارتفاع معين" وينص العقد النموذجي في مستهلة على أن "الإعلامات التالية هدفها أن تشرح لكم ما يجب عليكم القيام به وكيف سيتم صرف التعويض".

والقضاء الفرنسي بدوره ذهب إلى أبعد مدى عندما تطلب واجب الإعلام على عاتق المهني في علاقته بعميم الخبرة^(٢٧٦) وفي عقود الإذعان^(٢٧٧). وبوجه عام كان القضاء أكثر تأييداً للشاري جاهل المهنة^(٢٧٨) فهو اليوم أصبح يأخذ ويراعي إلا مساواة بين المهني والجاهل، فهو يرى " أن على المهني تزويد المتعاقد الآخر بالمعلومات كما يضع الطابع التقني للعقد أو موضوعه هذا المتعاقد الآخر في حالة دونية مفرطة^(٢٧٩).

ونذكر هنا بالمبدأ الذي أقره القضاء الفرنسي بخصوص الأخذ بالكتمان التدليسي عن كل واقعة لو كان على علم بها ستمنعه من التعاقد^(٢٨٠) حيث وضع بصورة غير مباشرة التزاماً عاماً بالإعلام.

وإلى جانب ذلك ذهب القضاء الفرنسي إلى قيام التزام على المهني بالاستعلام لإعلام المتعاقد معه ممن لا يستطيع الاستعلام، وكذا الالتزام بتبصيره ونصحه عن النتائج المحتملة للتعاقد^(٢٨١).

(٢٧٦) نقض مدني فرنسي ٢٤ حزيران ١٩٧١، النشرة المدنية، III، رقم ٤٠٦، ص ٢٨٨. وانظر نقض مدني فرنسي ٦ آذار ١٩٦٩، النشرة المدنية، III، رقم ٢٠٧، ص ١٥٨. نقض مدني فرنسي ٤ تشرين الأول ١٩٧٧، النشرة المدنية، I، رقم ٣٥١، ص ٢٧٩، وانظر السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ٨١.

(٢٧٧) نقض تجاري فرنسي ١٩ تموز ١٩٦٦، النشرة المدنية رقم ٣٦٩، ص ٣٢٤ حيث اشترطت الاستعلام من أجل الإعلام، وانظر نقض مدني فرنسي ١٩ آذار ١٩٨٥، النشرة المدنية، III، رقم ٥٩، ص ٤٤.

(٢٧٨) جاك جستار - تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٧٠٩. وانظر الأحكام المشار إليها سابقاً، في هامش ٢٧٦، وانظر د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، مرجع سابق، ص ٨١.

(٢٧٩) جاك جستار - تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٩١ ص ٦٩٣. د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية السابقة للتعاقد، مرجع سابق، ص ٧٠-٧١.

(٢٨٠) انظر الحكم المشار إليه سابقاً هامش ١٣٠.

(٢٨١) الأحكام المشار إليها آنفاً، هامش (٢٧٦)، وانظر نقض مدني فرنسي ٤ تشرين الأول ١٩٧٧، النشرة المدنية، I، رقم ٣٥١، ص ٢٧٩، مجلة قصر العدل ١١ آب ١٩٧٨، ملاحظة Aplan a ueel الذي يستلزم واجب النصيحة أو التحذير بدلاً من مجرد توفير المعلومات فيما يتعلق بعدم ملاءمة العقد من المطلوب للمنطقة المعنية، ولا يتيح معرفة المسؤولية عقدية أو تقصيرية سابقة للتعاقد.

وفي الفقه العربي نلاحظ أن الفقه المصري كان صريحاً في الاعتراف بوجود الالتزام بالإفشاء بمعلومات معينة إلى المتعاقد قبل العقد، ويرى أن هذا الالتزام هو أساس اعتبار الكتمان تدليساً^(٢٨٢).

ويرى آخرون أن أساس هذا الالتزام أن يصدره العرف المألوف في التعامل أو طبيعة العقد ذاتها التي تفترض قدراً كبيراً من الثقة والأمانة بين المتعاقدين ليس فقط عند تنفيذ العقد بل عند إبرامه أيضاً كما هو الحال في عقود الوكالة وعقود الشركات^(٢٨٣)، وعقود الأسرة^(٢٨٤)، أما السنهوري باشا فقد وضع معياراً عاماً في مصدر هذا الالتزام يتمثل في القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الغش^(٢٨٥).

ولكن هذا الالتزام بالإفشاء ما زال حبيس الشروط المتشددة لقيام التدليس بالكتمان وفي حدود العقود التي تقوم على الثقة والأمانة، وهي بدورها مختزلة في عقد التأمين والوكالة والشركات، أو ينص عليها القانون وهو أمر نادر بالنسبة لمدونات القانون المدني.

ونوجز هنا أهمية قيام الالتزام بالإعلام بالنسبة لعديم الخبرة:

بصفة عامة الالتزام بالإعلام يستهدف جعل إرادة عديم الخبرة أكثر تنوراً وتبصراً وأعمق تفكيراً^(٢٨٦)، ويمثل علاجاً وقائياً من عيوب الإرادة، كما أنه

(٢٨٢) د. جميل الشرقاوي، في مصادر الالتزام في القانون المصري، مرجع سابق، فقرة ٣٣، ص ١٣٥.

(٢٨٣) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ١٦٢، د. توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٤٤، د. عبدالودود يحيى، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٢٨٤) توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٢٨٥) السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٤٢٧.

(٢٨٦) جاك جستان، تكوين العقد، ص ٤٩٨ د. محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص ٧٦.

يتطلب نوعية خاصة في الرضا، ويؤدي من ثم إلى توسيع عيوب الإرادة التقليدية^(٢٨٧)، ويتضمن أيضاً تقييداً ضمنياً لمبدأ سلطان الإرادة^(٢٨٨).

ويظهر ذلك بصفة خاصة من النواحي الآتية:

١ - وسع من البطلان لعلّة الغلط، وعلى وجه الخصوص في الحالة التي لا يتناول فيها هذا الغلط إلا الثمن أو الشروط أو مجرد دوافع غريبة عن العقد^(٢٨٩)، كما يجعل الغلط دائماً معذوراً^(٢٩٠)، ويفترض علم البائع دائماً بغلط الطرف الآخر^(٢٩١)، ويفترض علم البائع بالأهمية الجوهرية للصفة الغائبة التي يعول عليها المشتري^(٢٩٢).

٢ - كما وسع من البطلان لعلّة الكتمان التدليسي، ويفترض معه تأثير السكوت على قبول المتعاقد الآخر للعقد أو قبوله له بشروط أبهض^(٢٩٣).

٣ - ووسع من قواعد التفسير لمصلحة عديم الخبرة؛ فهو يساعد على البحث عن أي المتعاقدين هو المسؤول عن الغموض واللبس في شروط العقد، فيكون تفسير العقد لمصلحة المتعاقد الآخر^(٢٩٤)، وقبل بإمكانية الغلط القانوني حتى في عقود الصلح مع أنها مستثناة طبقاً للقواعد العامة^(٢٩٥)، وبسببه

(٢٨٧) جاك جستّان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٦١.

(٢٨٨) جاك جستّان، تكوين العقد، مرجع السابق، ص ٣٨٤.

(٢٨٩) حول هذه النقطة انظر سابقاً ص ٣٠ من هذا البحث وما بعدها.

(٢٩٠) حول هذه النقطة انظر سابقاً ص ٢٢ من هذا البحث.

(٢٩١) حول هذه النقطة انظر سابقاً ص ٢٢ من هذا البحث.

(٢٩٢) حول هذه النقطة انظر سابقاً ص ٣٠ من هذا البحث، وانظر د. محمد عبدالظاهر

حسين، الجوانب القانونية السابقة للتعاقد، مرجع سابق، ص ٨١.

(٢٩٣) انظر سابقاً ص ٢٨ من هذا البحث، وانظر السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك

عند تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٢٩٤) جاك جستّان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٩٢.

(٢٩٥) جاك جستّان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦١١.

افترض القانون علم المهني بالعيوب الخفية^(٢٩٦) مما ساعد على منع الإعفاء من ضمان العيوب الخفية^(٢٩٧).

٤ - كما أنه وسع من تطبيق المسؤولية على الأخطاء السابقة على التعاقد، وشكل غياب الإعلام مقياس الضرر الذي سببه خطأ المدين بموجب الإعلام^(٢٩٨).

٥ - وبسببه يعود الفضل إلى الأخذ في الحسبان اللا مساواة بين المتعاقدين في العلاقات العقدية وعلى الخصوص بين المهنيين والجهلة^(٢٩٩)، وبذلك أخذت القوانين والقضاء بنظرية الاستغلال لمعالجة الغبن والاختلالات العقدية^(٣٠٠).

المطلب الثاني

تزايد تطلب القوانين والقضاء للشكلية عند التعاقد وأثره في توفير الحماية لديم الخبرة

أولاً - عديم الخبرة والمستهلك دائماً قابل للعقد:

تعتبر بعض القوانين عديم الخبرة دائماً قابلاً لا يتحقق قبوله إلا إذا فهم الإيجاب أو كان عليه أن يفهمه، فالقوانين الحديثة التي تهدف إلى حماية المستهلك تأخذ في الاعتبار من اتخذ المبادرة الأخيرة ومن حرر المشروع، فنرى أن المهني يقدم إيجاباً نموذجاً لا يمكن أن يقبله المستهلك دون مناقشة مسبقة، وإنما تحت الحماية القانونية التي تنظم محتوى الإيجاب وشروط

(٢٩٦) انظر أحكام النقض المشار إليها في د. عامر القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٢٩٧) المرجع السابق، الموضع نفسه.

(٢٩٨) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٩٣، د. محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٢٩٩) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٩١.

(٣٠٠) حول هذه النقطة انظر سابقاً، ص ٢٩ من هذا البحث وما بعدها.

القبول^(٣٠١). ففي عقود الإذعان من الأفضل ان ينظر إلى واضع العقد بدلاً ممن صدر عنه الإيجاب، فهذا الأخير في الأساس منضم من الواجب حمايته^(٣٠٢).

فالقوانين الحديثة في فرنسا تفرض على المهنيين القيام بالإيجاب النموذجي، ولا تترك للمستهلك سوى إمكانية الأخذ به أو رفضه كما هو دون مناقشة مسبقة، ولكن في ظل الحماية القانونية التي توفرها له القوانين الخاصة مثل مهلة التفكير^(٣٠٣) وإمكانية الاختيار^(٣٠٤).

كما أن قوانين أخرى تتطلب الوضوح في الشروط؛ فالمادة (٤) من مرسوم ٢٤ آذار ١٩٧٨ الفرنسي المتخذة تطبيقاً للمادة ٣٥ من قانون الاستهلاك الفرنسي حول الشروط المفرطة - أن يتم التنكير بشروط الضمان "بوضوح" وأن الضمان القانوني مستمر في أي فرضية كانت، كما فرض القانون ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ الصادر من فرنسا^(٣٠٥) أنه لا بد أن يحرر الإيجاب المسبق المكون لعقد المقترض وفقاً لعقد نموذجي معد سلفاً من قبل

(٣٠١) كقانون ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ الفرنسي حول الائتمان للاستهلاك المادة (٧-١) من مرسوم ٢٤ مارس ١٩٧٨، وقانون ١٩٧٩ الفرنسي حول الائتمان العقاري بالمادة (٧)، الفقرات ٩، ٨، ٢ فجميعها لا تعتبر القبول صحيحاً إلا إذا بني على الفهم، وكان الإيجاب واضحاً.

(٣٠٢) جاك جستنان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

(٣٠٣) مثل نص المادة (٧٥) من قانون الاستهلاك ١٩٧٨م الفرنسي بشأن عمليات الائتمان التي تنص على "تسليم الإيجاب يلزم المقرض بالحفاظ على الشروط التي بينها خلال مهلة ٢٤ يوماً حداً أدنى من تاريخ إصداره. والمادة (٧١) من قانون ١٣ تموز ١٩٧٩ الفرنسي حول القرض العقاري التي تنص "تسليم الإيجاب يلزم المقترض بالحفاظ على الشروط التي بينها خلال مهلة ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه من قبل المقترض". وكذلك فعل القانون رقم ٨٥ - ٩٨ بتاريخ ٢٥ كانون الثاني ١٩٨٥م الفرنسي المادة (٢) بالنسبة للمقاولات.

(٣٠٤) جاك جستنان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٣٠٥) الذي استعيد في المادة ٣١١-١، من مدونة قانون الاستهلاك الفرنسي بتاريخ ٢٦ تموز ١٩٩٣ ومرسوم ٢٤ آذار ١٩٧٨، وانظر كذلك في القانون البلجيكي بتاريخ ٩ تموز ١٩٥٧ المكمل بقانون ٨ تموز ١٩٧٠.

الإدارة لحماية عديم الخبرة الذي يفرض بصورة خاصة تقديماً مفصلاً لمجموع كلفة الائتمان وعناصر حسابها.

ثانياً - اشتراط الوضوح في التعاقد:

أصبحت بعض القوانين الفرنسية تشترط أن تحرر بعض الشروط بأحرف بارزة وواضحة؛ فالشروط الخطرة على وجه الخصوص والمتعلقة بالبطلان أو الاستحقاق أو مدة العقد أو التعويض بسبب فسخ العقد، يجب في هذه الصور أن تحرر الشروط بأحرف ظاهرة تماماً^(٣٠٦).

وتتطلب القوانين الحديثة طباعة العقد بأحرف ظاهرة تماماً تستجيب للمتطلبات التي تعين على الحد من الشروط التعسفية^(٣٠٧).

وتفرض قوانين أخرى كتابة بعض العقود وتحريرها بخط يد مكتسب الملكية وذلك بهدف لفت انتباه المحرر، وتتطلب بيانات إعلامية أن يديها المهني ومن ذلك المادة (٢) من قانون ٢٢ كانون الأول ١٩٧٢ المتعلق بالبيع أو السعي إلى العميل إلى المنزل، وكذلك المادة ٣٥ من قانون ٢٤ آذار ١٩٧٨م حول القرض للاستهلاك^(٣٠٨).

كذلك تزايدت اليوم العقود التي تشترط القوانين الصادرة من فرنسا لنشوئها وصحتها أن تكون رسمية، أي تحرر عن طريق محرر مختص، وهذا النوع من الشكلية أصبح واسعاً في كثير من العقود في القانون الفرنسي، كالبيع التأجيري^(٣٠٩)، بيع العقارات للبناء^(٣١٠)، والهبة والوكالة^(٣١١)، والتأمين

(٣٠٦) انظر قانون ١٣ يوليو ١٩٣٠ الفرنسي وقرار ٢٠ تشرين الثاني ١٩٨٧م الفرنسي الصادر تطبيقاً للمادة ١١٥ من مرسوم ٦ كانون الثاني ١٩٨٦م الفرنسي.

(٣٠٧) جاك جستار، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٤٥٧، وكذلك قرار ٢٠ تشرين الثاني ١٩٨٧م الصادر تطبيقاً للمادة ١١٥ من مرسوم ٦ كانون الثاني ١٩٨٦م الفرنسي.

(٣٠٨) انظر جاك جستار، تكوين العقد، ص ٤٥٨.

(٣٠٩) المادة (٤) من قانون ١٢ تموز ١٩٨٤ الفرنسي.

(٣١٠) المادة ٦، ٧ من قانون ٣ كانون الثاني ١٩٦٧ الفرنسي.

(٣١١) (م ١٢٥٠ - ٢) من القانون المدني الفرنسي.

العقاري وغير ذلك وفي القانون اليمني عقد بيع المتجر ورهنه (م٤٤، ٤٦)، وبيع المباني السكنية والتجارية (م١٠٧).

فاشترط الرسمية في بعض العقود يعود إلى أهميتها وخطورتها وتعود بالأهمية لقديم الخبرة لأن تحرير العقود أمام الموثق يجعله يلفت انتباه المتعاقدين ويلزمهما بالتفكير، ويتيح لهما - على الخصوص - الإفادة من نصائح الموثق وتنبيهه^(٣١٢)، فهو مسؤول عن مراجعة العقد والتحقق من توافر الشروط القانونية فيه^(٣١٣)، وهو مسؤول عن الأغلاط القانونية التي يمكن أن يرتكبها؛ فالقضاء الفرنسي أصبح يرى فيه مستشار المتعاقدين^(٣١٤)، وعليه حتى توضيح عنصر الشك الذي يتبين له، وطرح الأسئلة على الطرفين وطلب استبعاد الشروط المخالفة للقانون.

كما تشترط بعض القوانين الفرنسية لصحة الشروط أن يتضمنها العقد الذي يتم التوقيع عليه، فلا يجوز الإحالة بشأنها إلى الشروط العامة للتعاقد أو إلى عقود نموذجية أخرى.

وقد كانت المادة (١) من قانون ٢٤ آذار ١٩٧٨ لاتجيز هذا النوع من العقود ولكن ألغي حكم هذه المادة من قبل مجلس الدولة بتاريخ ٣ كانون الثاني ١٩٩٨. وتشترط بعض القوانين الفرنسية أن تكون بعض العقود - كعقود الائتمان للاستهلاك - محررة وفقاً لنموذج معد مسبقاً من السلطة التشريعية التي يتوافق كل منها مع عملية محددة كالقرض الشخصي أو المكشوف على الحساب والبيع في صور إيجار^(٣١٥).

(٣١٢) نقض مدني فرنسي، ٤ كانون الثاني ١٩٦٦، D ١٩٦٦، ص ٢٢٧، ملاحظة Mazeaud.
مصنف الاجتهاد الدوري ١٩٦٦، II، ١٤٥٩.

(٣١٣) نقض مدني فرنسي، ٦ أيار ١٩٨٠، النشرة المدنية، I، رقم ١١٢.

(٣١٤) الحكم السابق، وانظر نقض مدني فرنسي، أول تشرين الأول ١٩٨٦، النشرة المدنية، I، رقم ٢٢٩، ص ٢١٩.

(٣١٥) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ١٤٣، ف ١٤٢، وقد تم تقرير مثل هذه العقود النموذجية التي يلتزمها المتعاقدان علاجاً لإساءات الاستعمال التي يتيحها التحرير الأحادي الجانب للعقود.

الوضع في القانون المدني اليمني وقوانين الدول العربية والفقه الإسلامي:

والقانون المدني اليمني يتطلب الوضوح في عقد التأمين؛ حيث تنص المادة (١٠٩٦) على أنه "يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية: ... ٣- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر إذا كان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له..." (٣١٦).

وكذلك اشترط القانون التجاري اليمني لصحة شروط تحديد مسؤولية الناقل الوضوح وإعلام المتعاقد الآخر به، فمثلاً المادة (١٩٣) في عقد النقل تنص على أنه "ويجب أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها مكتوباً، وأن يكون الناقل قد أعلم المرسل".

والقانون السوداني أحاط شروط الإعفاء من المسؤولية بكثير من الشروط التي تستلزم الوضوح والتبصير بوجود الشرط والعلم به من المتعاقد الآخر (م١٢٠)، (م١١٩)، بل أعطى للقاضي الحق في أن يرفض تطبيق أي شرط إعفاء أو حد من المسؤولية يرى فيه مجافاة صريحة لروح العقد أو إجحافاً بيناً بالطرف الآخر أو إهداراً لحقوقه التي تعاقده للتمتع بها، أو مخالفة لأحكام القانون أو النظام العام.

وقد نص القانون الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ المعدل بالتشريع رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦م على أنه "إذا اتفق المتعاقدان على أن تسري في شأنها أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية سرت هذه الأحكام مالم يثبت أي منهما أنه عند حصول الاتفاق بينهما لم يكن يعلم بهذه الأحكام، ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها" ومعنى ذلك أن افتراض العلم بعد التوقيع على العقد يعد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من جانب من له مصلحة في ذلك، والعلم المقصود

(٣١٦) وكذلك (م٩٢٤ أردني)، و(م١٠٢ إماراتي)، و(٤٨ سوداني)، و(٧٨٢ كويتي)، و(م٧١٩ سوري)، و(م٢٥٣ مصري)

هنا ليس مجرد الاطلاع على العقد أو اللائحة وإنما يلزم فهم ما ورد بها، وكذلك الأمر بالنسبة للشروط التي ترد في رسائل التأكيد والفواتير^{(٣١٧)(٣١٨)}.

ومن المفيد أن نذكر أن الفقه الإسلامي تطلب الوضوح في التعاقد والبيان في كل أمر يجب بيانه كما هو الأمر في بيوع الأمانات والاسترسال وتلقي الركبان وفي بيان عيوب المبيع الخفية وغيرها^(٣١٩).

كما أبطل العبارات الغامضة أو التي تخلق اللبس عند المتعاقد سواء نتيجة جهل أو غفلة أو عرف، وذلك ما يطلق عليه المعارض حيث يقولون: "أو يكون سبب التوهم كون المخاطب إنما يفهم من اللفظ غير حقيقته لعرف خاص به أو غفلة منه أو جهل أو غير ذلك من الأسباب" ولهذا قالوا: "المعارض لا تكون في الشراء أو البيع... والضابط أن كل ما وجب بيانه فالتعريض فيه حرام لأنه كتمان وتدليس"^(٣٢٠).

ثالثاً - إعطاء عديم الخبرة خيار الندم وخيار التروي والتفكير:

تعطي بعض القوانين الفرنسية الحديثة لعديم الخبرة مهلة للرجوع عن العقد تسمى هذه المهلة مهلة الرجوع أو الندم، وقد أجازتها بعض القوانين بالنسبة لبعض العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً مراعاة لعدم خبرته كالبيع المنزلي^(٣٢١)، أو البيع الهاتفي^(٣٢٢)، وبيع منقول بالائتمان^(٣٢٣)، والمبيعات المسافية^(٣٢٤)؛ أي البيوع التي يتم إبرامها عبر وسائل الاتصال الحديثة.

(٣١٧) حول هذا انظر سابقاً ص ٦٧، ٦٨ من هذا البحث وما بعدهما.

(٣١٨) د. محمد عبد الظاهر حسن، الجوانب القانونية السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص ١٣ - ١٤.

(٣١٩) حول هذا انظر سابقاً ص ٤٣ من هذا البحث وما بعدها.

(٣٢٠) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٧٨.

(٣٢١) المادة (١٢١ - ٢١ L) من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨م، حيث أعطت للمشتري مهلة سبعة أيام.

(٣٢٢) المادة (١٢١ - ٢٧ L) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

(٣٢٣) المادة (٣١١ - ١ L) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

(٣٢٤) المادة (١٢١ - ١٦ L) من قانون الاستهلاك، وانظر في بيع الندم، جيروم، مرجع سابق، ص ١٢٤، ف ١١١٦٤ - ١.

كما تعطي القوانين الفرنسية في بعض العقود أيضاً للطرف الضعيف مهلة للتفكير في بنود العقد؛ حيث يلزم المشرع الطرف القوي البقاء على إيجابه المتمثل في الشروط الواردة بالعقد التمهيدي لمدة محددة يترك للمستهلك وعديم الخبرة مهلة كافية لقراءة هذه الشروط ومحاولة فهمها ودراسة ما ترتبه من آثار على حقوقه والتزاماته والاستجابة بعد ذلك في ضوء علمه الكافي بها، ومن تلك القوانين القانون الفرنسي رقم (١٢/٢٨) الصادر في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨م بشأن عقود الإقراض، وقانون ٢٢ تموز ١٩٧١م الفرنسي المتعلق بالتعليم بالمراسلة، وكذلك القانون الفرنسي الصادر ١٣ تموز ١٩٧٩م حول الائتمان العقاري، والقانون الفرنسي الصادر ٢٢ كانون الثاني الأول ١٩٧٢م المتعلق بالبيع أو السعي إلى العميل في المنزل.

الوضع في القانون اليمني والفقه الإسلامي:

الخيارات السابقة الذكر لها نظائر في القانون اليمني والفقه الإسلامي؛ فهناك أنواع كثيرة من الخيارات تؤدي الوظيفة نفسها التي يقوم بها ذلك الخيار، منها خيار الرؤية وهو عام لكل متعاقد لم يسبق له رؤية المبيع، رؤية مميزة فله أن يفسخ العقد بعد الرؤية حتى ولو جاء المحل مطابقاً للمواصفات^(٣٢٥) فيتحقق له من حيث الواقع مهلة للرجوع عن العقد.

وكذلك خيار المجلس الذي أخذ به القانون اليمني في المادة (٢٢٨م) أخذاً برأي الشافعية والحنابلة. يقول ابن القيم في الحكمة من إقرار خيار المجلس "فإن الشارع أثبت خيار المجلس في البيع حكمة ومصلحة للمتعاقدين، ويحصل تمام الرضا الذي شرطه تعالى فيه، فإن العقد قد يقع بغتة من غير ترو ولا نظر في القيمة، فاقترضت محاسن هذه الشريعة الكاملة أن يجعل للعقد حريماً يتروى فيه المتبايعان ويعيدان النظر، ويستدرك كل واحد منهما عيباً كان خفياً فلا

(٣٢٥) المادة (٢٣٨) من القانون المدني اليمني، وانظر التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٩٧، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٢٠).

أحسن من هذا الحكم ولا أرفق لمصلحة الخلق" (٣٢٦) ويقول ابن دقيق العيد "وذلك لأن البيع يقع بغتة من غير ترو وقد يحصل الندم بعد الشروع فيه فناسب إثبات الخيار لكل واحد من المتعاقدين دفعا لضرر الندم..." (٣٢٧).

والخيار للخيانة في بيوع الأمانات وعقود الاسترسال وتلقي الركبان؛ أي عندما يركن المشتري إلى أمانة البائع في عقود الأمانات أو يظهر جهله وعدم خبرته للبائع فله فسخ العقد بالخيار للخيانة (٣٢٨).

كما أن خيار التروي إذا اشترطه عديم الخبرة يجوز له فسخ العقد خلال المهلة المحددة (٣٢٩)، بل ولو لم يشترطه إذا كان في وضع دوني (٣٣٠)، وهو في الأصل لم يشرع إلا حماية للمتعاقد الضعيف (٣٣١).

وفي الأخير نشير في خاتمة هذا المبحث إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية المقررة جميع القوانين وسيلة غير مباشرة لحماية عديم الخبرة الذي لا يتمكن من توقع الظروف الاستثنائية العامة التي ستجعل من الوفاء بالشروط التي التزمها مرهقة تهدده بخسارة فادحة، عندئذ يجيز القانون للقاضي إعادة التوازن المالي بين الالتزامات إلى الحد المعقول (٣٣٢) (م ٢١١) مدني يماني.

(٣٢٦) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٢٩.

(٣٢٧) أحكام الأحكام لابن دقيق العيد، ج ٣، ص ١٠٥.

(٣٢٨) انظر مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٠٨، إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٠٩.

(٣٢٩) انظر المادة (٢٣١) من القانون المدني يماني، وانظر مغني المحتاج، ج ٢، ص ٦٤.

(٣٣٠) إعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٢٩.

(٣٣١) انظر أصل تشريع خيار الشرط، تفسير القرطبي، ج ٣، ص ٣٨٦ وما بعدها، وانظر سابقاً ص ١٢ من هذا البحث وما بعدها؛ حيث إنه شرع لمصلحة المتعاقد الضعيف

ولو لم يرد في العقد بوصفه شرطاً، انظر إعلام الموقعين، ج ٤، ص ٣١٣. المنتزع

المختار، ج ٣، ص ٩٠ حيث جاء فيه "له الخيار إذا لم يكن من أهل البصر والمعرفة".

(٣٣٢) انظر المادة (٢١١) من القانون المدني اليمني مطابق (م ٢٠٥ أردني)، (م ٥٦١/٢

جزائري)، و(م ١٩٨ كويتي).

وبالمثل ما أعطاه القانون اليمني في المادة (٣٥٤) من سلطة للقاضي للحد من الشرط الجزائي أو تعطيل مفعوله إذا لم يلحق المشتراط من التأخير ضرر^(٣٣٣).

وكذلك ما أعطاه القانون اليمني من سلطة للقاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو إلغائها حماية منه للمتعاقد المذعن، التي سبق تناولها.

كما أن الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية - ومنها القانون اليمني - تحارب الغرر وتنفر منه، وترتب البطلان على العقد أو الشرط الذي يتضمن معنى الغرر، كالقانون اليمني (م١٨٩)، والإماراتي (م٢٠٢)، والعراقي (١/١٢٩)، والأردني (م١/١٦٠).

وتعد جميع الشروط التي تؤدي إلى الربا باطلة، وكل ذلك يساعد على بطلان كثير من الشروط التعسفية، بواسطة القاضي، التي تتضمن غرراً أو ربا. يقول ابن رشد: "وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفى الفساد الذي يخل بالصحة في البيوع وهما الربا والغرر"^(٣٣٤).

المبحث الثاني

الحماية القانونية المباشرة لعديم الخبرة

من الشروط التعسفية

صدرت في دول أوروبا عدة قوانين تهدف إلى توفير حماية مباشرة لعديم الخبرة والمستهلك بصفة عامة من الشروط التعسفية بسبب عدم خبرته وتفق المهني عليه، نذكر بعضاً من تلك القوانين:

(٣٣٣) انظر المادة (٣٥٤) من القانون المدني اليمني التي تنص على أنه "يجوز للقاضي أن يخفف التعويض المتفق عليه، إذا ثبت أن التقدير مبالغ فيه أو أن الحق قد نفذ في جزء ولا يحكم بتعويض إذا لم يصب صاحب الحق ضرر، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف الحكمين المنصوص عليهما فيما تقدم.

(٣٣٤) بداية المجتهد، ج٢، ص١٣٣، إعلام الموقعين، ج٢، ص٣٠١، البدائع، ج٥، ص١٦٨.

المطلب الأول

الحماية القانونية المباشرة لقديم الخبرة من الشروط التعسفية في بعض قوانين الاستهلاك الأوروبية

١ - قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في كانون الثاني ١٩٧٨ م:

صدر هذا القانون في فرنسا في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨، وهو يستهدف إعلام المستهلكين وحمايتهم للسلع والخدمات، ويتضمن الفصل الرابع منه حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

ويعد هذا القانون خطوة جريئة بحق في مجال مقاومة الشروط التعسفية حيث خصصت المادة (٣٥) منه لبيان أن خطر الشروط التعسفية لا يتعلق بعقد معين، وإنما يغطي جميع العقود التي يتم إبرامها بين محترف ومستهلك، ويوضح النص ذاته أن القانون يهدف إلى مقاومة إدراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، كما يصرح هذا القانون للسلطة التنفيذية بأن تصدر ما تشاء من اللوائح عن طريق مجلس الدولة بما يسمح بمنع أو تنفيذ أو تنظيم الشروط المتعلقة بدفع الثمن أو بتحمل تبعة الهلاك والمخاطر أو بمدى المسؤولية ونطاقها ثم بكل الشروط المتعلقة بالضمانات وشروط فسخ العقد وإنهائه أو تجديده مادام ثبت أن هذه الشروط تعسفية.^(٣٣٥)

وتقوم لجنة الشروط التعسفية ذات الرأي الاستشاري بمراجعة العقود النموذجية المطروحة في الأسواق على غير المحترفين، كما تضطلع بكل ما يهدف إلى بيان الشروط التي يجب تعديلها أو حظرها بوصفها تعسفية، ويقوم الوزير المنوط به مهمة حماية المستهلك بنشر هذا التقرير.^(٣٣٦)

وبعد ذلك وتنفيذاً للقانون المشار إليه صدرت اللائحة الأولى بعد وقت قصير جداً من إصدار هذا القانون، وقد نصت اللائحة على بطلان العديد من الشروط بوصفها تعسفية، ومن ذلك الشروط التي تسمح للبائع بتعديل الثمن

(٣٣٥) المادة (٣٥) من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ م.
(٣٣٦) المادة (٣٦ - ٣٨) من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في ١٠ كانون الثاني ١٩٧٨ م.

الذي يتم الاتفاق عليه في العقد، والشروط التي تسمح بالتعديل في الشيء المتفق عليه، وكذلك الشروط المعفاة والمعدلة للضمان، وقد كان الجزاء المترتب على إيراد مثل هذه الشروط في العقود المبرمة بين المحترف وغير المحترف مدنياً وجنائياً البطلان بالنسبة لتلك الشروط مع الغرامة التي لا تقل عن ١٠٠٠ فرنك.

٢ - مشروع قانون الاستهلاك الفرنسي:

أعدت لجنة مراجعة قانون الاستهلاك التي صدر قرار إنشائها عام ١٩٨١م مشروعاً لقانون المستهلك عام ١٩٨٥م، وأعيدت مراجعته وتنقيحه عام ١٩٩٠م، وقد تضمن المشروع قائمة سوداء من ثمانية عشر شرطاً تعد تعسفية بطبيعتها (م ١٠٥ من المشروع)، وقائمة رمادية من ستة عشر شرطاً، فيها وصف التعسف (م ١٠٧ من المشروع)، إلى جانب هذه القوائم وضع المشرع نصاً عاماً يقضي بالسماح للقاضي بتقدير إذا ما كان الشرط تعسفياً على الرغم من عدم وروده على أي من القائمتين (م ١٠٨ من المشروع)؛ فالمادة ٢٦٦ من المشروع تسمح للقاضي بإبطال أي شرط من عقود الإذعان "يؤدي إلى الإضرار بالمستهلك بأن يؤدي إلى لا توازن جلي في حقوق الطرفين وواجباتهما".

٣ - القانون الألماني رقم ٦ ديسمبر ١٩٧٦م:

وهو الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن، وكان هذا القانون يهدف - على وجه الخصوص - إلى مواجهة عدم التوازن الناتج من العقود المكتوبة مسبقاً بإرادة أحد المتعاقدين، ولمواجهة ما يؤدي إليه سوء استخدام الشروط العامة في العقود من تحايل على مبدأ حرية التعاقد.

٤ - القانون البريطاني الصادر عام ١٩٧٧م باسم قانون "الشروط التعاقدية غير العادلة":

صدرت في بريطانيا عدة تشريعات لحماية المستهلك، كان أهمها القانون الصادر عام ١٩٧٧م باسم (قانون الشروط التعاقدية غير العادية)، ويهتم هذا القانون بتحديد المدى والحدود التي يستطيع فيها المتعاقد المحترف اشتراط تقييد المسؤولية الناجمة عن الإهمال أو الإعفاء منه، كما يهتم بتحديد مدى

وجود شرط الإعفاء أو التقييد من المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن السلع والخدمات محل عقود الاستهلاك، كما يضع هذا القانون مبدأً عاماً لمواجهة الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية حيث تشترط المادة (٢) من هذا القانون أن تكون الشروط الواردة في هاتين المجموعتين من العقود شروطاً معقولة.

وقد ورد في نص المادة (١١) قائمة من الشروط المحظورة، تحتوي على ستة عشر شرطاً تخضع للبطلان المطلق، أما المادة (١٠) فقد منحت القضاء سلطة تقديرية في رقابة الشروط التعسفية الأخرى وأثرها على التوازن العقدي ليعمل على إعادته.

وبناء عليه، فإن أبرز الشروط التعسفية محل الحظر في اللائحة وفي القوانين الأخرى هي:

- ١ - شروط الإعفاء أو التحديد من المسؤولية عن الضمانات المتولدة عن العقد كضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية (م ٤ من اللائحة).
- ٢ - الشروط التي تسمح للمحترف بإرادته المنفردة بتغيير المواصفات المتعلقة بالشيء محل التعاقد (م ٣ من اللائحة).
- ٣ - الشروط التي تهدف إلى تعديل حق المستهلك أو غير المحترف أو إنقاصه في التعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء تقصير المحترف في القيام بأي التزام من التزاماته (م ٢ من اللائحة).
- ٤ - الشروط غير المألوفة المتعلقة بمدة التنفيذ كاشتراط أجل غير محدد لتاريخ التسليم؛ فقد أوصت لجنة الشروط غير المألوفة الفرنسية في توصيتها بتاريخ ١٨ آب ١٩٨٠ بأن يستبعد في العقود الجارية بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين أي شرط موضوعه أو مفعوله أن يضع عند التوقيع على العقد تعهداً فورياً ونهائياً لغير المهني أو للمستهلك وتعهداً احتمالياً للمستهلك.

وبينت في توصيتها بتاريخ ٤ أيلول ١٩٨٥م وجوب استبعاد الشروط التي يكون موضوعها أو مفعولها تأخير إبرام العقد حتى توقيع مدير المؤسسة مع اشتراط الدفع الفوري لمبلغ على الحساب أو توقيع الشاري بدون لفت انتباهه إلى الواقع أن هذا التوقيع وهذه الدفعة لا يكفيان لإلزامه وإلى أن بإمكانه وضع عقبه أمام الإبرام النهائي للعقد بإبلاغ عدم موافقته شرط الإقدام على ذلك قبل تلقي العقد الموقع من البائع.

٥ - تتيح المادة ٣٥ من قانون الاستهلاك الفرنسي ١٩٧٨م منع الشروط الواردة في العقود المبرمة بين مهني وعديم خبرة أو مستهلك أو تحديدها أو تنظيمها بمراسيم تتخذ في مجلس الدولة عندما تبدو أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بإساءة استعمال القوة الاقتصادية للطرف الآخر وتطغى على هذه القوة فائدة مفرطة^(٣٣٧).

المطلب الثاني

الحماية القانونية المباشرة لعديم الخبرة من الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني

بصفة عامة إذا كان القانون الفرنسي أطلق الحرية الكاملة للأفراد في تضمين عقودهم الشروط التي يرون أنها محققة لمصالحهم وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، ولهذا كانت نتائج هذه الحرية المطلقة ظهور اختلالات كبيرة في التوازن العقدي وزيادة استغلال الأقوياء لحاجة الضعفاء، كل ذلك تم تحت ستار الحرية التعاقدية، ولم تتنبه الدولة إلى المشكلة إلا في نهاية القرن العشرين، أما في الفقه الإسلامي فالأمر يختلف سواء من حيث مبدأ حرية الشروط أو من حيث مدى النظام العام الذي يمثل الإطار لهذه الحرية، فلهذا أثره في توفير حماية

(٣٣٧) وانظر كذلك المادة (٧) من المشروع قبل اعتماد القانون، وانظر أحكام النقص الفرنسية في هذا الشأن المشار إليها سابقاً ص ٦٩، ٧٠ من هذا البحث.

كافية لعديمي الخبرة أو غيرهم، فمن حيث مبدأ حرية الشروط نجد اتجاهين في
الفقه الإسلامي:

الاتجاه الأول:

ويمثله الجمهور، حيث يذهبون إلى القول: إن الإرادة تنشئ العقد فقط
ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع وليس العاقد، ولهذا يقول الفقهاء:
إن العقود أسباب جعلية وليست بأسباب طبيعية؛ لذلك فالشارع جعل لكل عقد
من العقود الشرعية أثراً له يثبت إذا توافرت أركانه سواء أَرَادَهُ العاقد أم لم
يرده، وليس للعاقد أن يتخلص من ذلك المقتضى بشرط يشترطه قبل العقد أو
في أثناءه ما لم يرد إذن من الشارع بذلك وإقرار منه له، وكذلك ليس له أن يزيد
على المقتضى إلا بإذن من الشارع^(٣٣٨).

وبهذا صرحت كتب الفقه، فبينتها كتب الأصول، وذكرتها كتب الفروع^(٣٣٩)
ويفسر الشيخ أبو زهرة ذلك بقوله: "أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظاً
للعدل بين الخلق وصوناً للمعاملات عن دواعي الفساد ومنعاً للغرر في
الصفقات، وحسماً لمادة الخلاف بين الناس"^(٣٤٠)، ويقول الشيخ علي الخفيف
في هذا المعنى أيضاً: "وقد حدد الشارع للعقود حدوداً... حتى لا تؤدي بهم إلى
نزاع، ولا ينالهم منها غبن، ولا يلحقهم بسببها غرر، ولا يلزموا بها على غير
رضا منهم واختيار، وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقة إلى اقتراف ما نهى الله
عنه"^(٣٤١).

(٣٣٨) الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي ص ٢٥٢، الأشباه والنظائر
للسيوطي، ص ٢٤٢ د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه
الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٧٧ وما بعدها.

(٣٣٩) الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٣٤٠) الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٢٥١، وانظر د. محمد وحيد بن سوار، التعبير عن
الإرادة، مرجع سابق، ص ٥٨٢.

(٣٤١) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

وفي هذا المعنى أيضاً يقول د. محمد وحيد الدين سوار: "إن هيمنة الشارع في الفقه الإسلامي على آثار العقد ترجع في الواقع إلى حرصه على الإشراف المباشر على إقامة التوازن بين حقوق العاقدین الناشئة بالعقد" (٣٤٢).

وقد اختلف بعد ذلك في تعداد الشروط التي أجازها الشارع؛ فهي ضيقة عند الظاهرية إلى حد بعيد (٣٤٣)، ولكنها أقل ضيقاً عند الحنفية، ثم الشافعية، وبدأ يظهر التوسع عند المالكية والحنابلة (٣٤٤).

ويعود السبب في كثرة الشروط الباطلة عند هؤلاء إلى ورود نهى خاص أو لما يترتب عليها من ربا وغرر يفضي إلى التنازع (٣٤٥).

الاتجاه الثاني:

ويمثله الحنابلة والمالكية؛ فالأصل عندهم حرية الشروط ما لم يرد نهى من الشارع، ونجد أنهم أكثر توسعاً في صحة الشروط (٣٤٦)، فالشروط الباطلة عندهم هي فقط الشرط المنافي لمقتضى العقد، والشرط الذي يؤدي إلى الإخلال بالثمن والشرط المحرم شرعاً (٣٤٧).

-
- (٣٤٢) د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص ٥٨٢.
- (٣٤٣) لم يصحح الظاهرية من الشروط إلا سبعة شروط، وهي ما ورد نص أو إجماع بصحته باسمه، انظر الأحكام في أصول الأحكام للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، مطبعة السعادة، مصر، ط ١، سنة ١٣٤٥هـ، ج ٢، ص ١٢، ٤٤.
- (٣٤٤) الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص ٢٧٣، وما بعدها، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٠٦، وما بعدها.
- (٣٤٥) انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٣٤ بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٦٨، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٦٠.
- (٣٤٦) فتاوى ابن تيمية، طبعة دار المنار ١٩٨٨م، ج ٣، ص ٣٢٦ - ٣٢٩.
- (٣٤٧) انظر إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٨٥، وانظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٣ وما بعدها.

وفي كل الأحوال يلاحظ أن جميع الشروط التي كانت تبدو تعسفية وتخل بالتوازن العقدي هي عند الجميع باطلة، إما لأنها تفوت المقصود من العقد، أو تجر نفعاً مفرطاً لأحد المتعاقدين، أو تجهل بالمعقود عليه أو الثمن فضلاً عن الشروط المتضمنة غرراً ورباً، وسنذكر هنا أهم تلك الشروط التي اعتبرت باطلة حتى عند الموسعين من صحة الشروط :

أولاً - الشروط المخالفة لموجب العقد كونها تفوت المقصود من العقد، وتخل بالتوازن العقدي:

كأن يشترط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف، وأن يصدق في دعوى التلف وما أشبه ذلك^(٣٤٨). أو أن يشترط البائع أن لا حق للمشتري في حط جزء من الثمن إذا أصاب الثمر آفة^(٣٤٩). أو أن يشترط رب الوديعة على حافظها أن يضمن هلاكها^(٣٥٠) أو أن يشترط المشتري إن غصبه غاصب أن يرجع على البائع بالثمن^(٣٥١).

فهذه الشروط هي ما تعرف بشروط الإغفاء من تحمل تبعة الهلاك. أو أن يشترط البائع عدم ضمان الاستحقاق^(٣٥٢) أو يشترط المشتري أن يفسخ العقد إن شفع في المبيع^(٣٥٣) أو أن يشترط الراهن أن يستبقي الرهن تحت يده، أو أنه يخرج من الرهن بعد مدة معلومة، أو أن الرهن لا يباع عند حلول أجل الدين مع عدم الوفاء بالدين، أو أن يكون المرتهن أسوة بالגרماء^(٣٥٤).

-
- (٣٤٨) الموافقات للشاطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ١، ص ٢١١.
- (٣٤٩) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٥٨.
- (٣٥٠) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٥٨، التاج المذهب، ج ٣، ص ١٣٣، وما بعدها.
- (٣٥١) المغني لابن قدامة، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي والدكتور عبدالفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م، ج ٤، ص ٢٨٦.
- (٣٥٢) التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٦٩.
- (٣٥٣) التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٧١.
- (٣٥٤) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري، مرجع سابق، ص ٣، ص ١٥٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧٠ وما بعدها، التاج المذهب، ج ٣، ص ٢٢٧.

أو اشترط رب المال في عقد المضاربة أن يستبقي المال تحت يده أو أن يضمنه المضارب، أو أن يجعل مع العامل أميناً^(٣٥٥)، أو أن يشترط أحد الشركاء أن يكون له نصيب في الربح دون الخسارة، أو أن يكون له مبلغ معين من الربح^(٣٥٦).

ثانياً - شروط مخالفة لموجب العقد لأن فيها منفعة مفرطة لأحد المتعاقدين أو لأنها تبدو تعسفية تؤدي إلى تقييد حرية المتصرف إليه:

كأن يشترط في البيع ألا ينتفع بالمبيع، أو أن ينتفع على بعض الوجوه دون بعض^(٣٥٧)، أو يشترط البائع أنه أحق بالمبيع إذا باعه المشتري^(٣٥٨) أو اشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه^(٣٥٩) أو أن يبيع، ويستثنى الانتفاع بالمبيع لمدة غير معلومة^(٣٦٠) أو لمدة كبيرة^(٣٦١) أو يشترط ويشترط على البائع حمل ماله مؤنة إلى منزل المشتري مع أن المبيع في غير موطن المشتري^(٣٦٢)، أو أن يشترط المشتري على البائع ألا خسارة عليه^(٣٦٣).

-
- (٣٥٥) المغني، ج٧، ص١٧٦، التاج المذهب، ج٣، ص١٣٤، ص١٥٣.
- (٣٥٦) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري، مرجع سابق، ج٣، ص١٥٧، المغني، ج٧، ص١٤٥-١٤٦، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٩٢.
- (٣٥٧) الموافقات للشاطبي، ج١، ص٢١١.
- (٣٥٨) شرح الخرشي، ج٥، ص٨٠-٨١.
- (٣٥٩) المغني، ج٤، ص٢٨٦، مواهب الجليل، ج٤، ص٢٧٣-٢٧٥، التاج المذهب، ج٢، ص٣٧٠.
- (٣٦٠) التاج المذهب، ص٢، ص٣٧٠، بداية المجتهد، ج٢، ص١٥٩ - ١٦٣.
- (٣٦١) بداية المجتهد، ج٢، ص١٦١، التاج المذهب، ج٣، ص١٥٨.
- (٣٦٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٣، ص١٥٨، مواهب الجليل، ج٤، ص٣٧٣، ص٣٧٥.
- (٣٦٣) كشف القناع على متن الإقناع، للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، طبعة دار الفكر ١٩٨٢م، ص١٩٣.

فتلك الشروط باطلة عند الجميع؛ لأن فيها منفعة مفرطة لأحد المتعاقدين، فتخالف موجب العقد، ولهذا تسامح البعض إذا كانت المنفعة المستثناة في العقد معقولة مثل أن يشترط حمل المبيع إلى منزل المشتري، وكان المبيع في موطن المشتري^(٣٦٤)، ويصح شرط منع التصرف إذا خصص ناساً قليلاً^(٣٦٥) أو اشترط لنفسه منفعة يسيرة قليل سنة وقيل شهر^(٣٦٦)، أو يبيع ويشترط ألا يبيعه حتى ينتصف في الثمن^(٣٦٧)، أو يستثنى المنفعة لمدة معلومة كما يرى البعض^(٣٦٨).

ثالثاً - الشروط التي تخل بالثمن أو المعقود عليه:

يقول الخرشي: أو يخل بالثمن كبيع وسلف، ومعنى إخلاله بالثمن أن يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري، أو نقص إذا كان من البائع كبيع وسلف من أحدهما؛ لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثل، وهو مجهول^(٣٦٩)، ومن أمثلة ذلك عندهم بيع الثنيا المعروف ببيع الوفاء أن تباع السلعة، ويشترط على أن البائع متى ما رد له الثمن فالسلعة له^(٣٧٠)، أو شرط البائع على المشتري أن يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشتري^(٣٧١). وتسمى مثل هذه الشروط عند الحنابلة بيعاً وسلفاً أو شرطاً يتضمن شرطين^(٣٧٢).

(٣٦٤) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٥٨.

(٣٦٥) بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٥٩ - ١٦٣.

(٣٦٦) بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٥٩ - ١٦٣.

(٣٦٧) بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٥٩ - ١٦٣، المغني، ج ٤، ص ١٦٧.

(٣٦٨) التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٧٠، المغني، ج ٤، ص ١٦٥.

(٣٦٩) شرح الخرشي، ج ٥، ص ٨٠-٨١.

(٣٧٠) بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٥٩ - ١٦٣ مواهب الجليل، ج ٤، ص ٣٧٣-٣٧٥.

(٣٧١) المغني، ج ٦، ص ١٧١.

(٣٧٢) المغني، ج ٦، ص ٣٣٤.

والزيدية كذلك يقولون ببطلان كل شرط اقتضى جهالة في المبيع أو في الثمن، كأن يبيع أرضاً، ويشترط على نفسه للمشتري أن تكون غلة الأرض كذا درهماً وأتى به شرطاً لا صفة، أو شرط البائع على المشتري الإنفاق من الغلة^(٣٧٣).

ويلاحظ أخيراً أنه بالنسبة للشافعية والحنفية والظاهرية فمثل هذه الشروط هي باطلة عندهم؛ لأنها مما لا يقتضيها العقد أو لا تلائمه ولا جرى العرف بها.

الوضع في القانون اليمني

تنص المادة (٢٦٤) على أنه "يبطل الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف، وكذا الشرط الذي لا نفع فيه لأحد العاقلين أو لغيرهما والعقد المقرون به صحيح".

ومن ذلك نجد أن القانون اليمني وسع من الشروط الباطلة متفقاً في ذلك مع فقهاء الشافعية والحنفية والزيدية لذلك فالشروط الباطلة تشمل كل شرط ينافي مقتضيات العقد، ولا يلائمه ويخالف موجبه سواء كانت لمصلحة المتعاقدين أم لا، إلا أن الشرط الذي لا يكون فيه نفع لأحد المتعاقدين أو لغيرهما فيقتصر البطلان على الشرط دون العقد.

ويستثنى من ذلك الشروط التي جرى العرف على العمل بها، أو نص القانون على صحتها.

وبناءً على ذلك فأبرز الشروط الباطلة في القانون اليمني طبقاً للقاعدة العامة وطبقاً لما ورد في القانون من نصوص خاصة تشمل الآتي:

١ - الشروط المنافية لموجب العقد:

أ - الشروط المنافية لموجب عقد المضاربة (م ٨٤٦).

(٣٧٣) التاج المذهب، ج ٢، ص ٦٥، ٦٧، ٦٨.

ب - الشروط المنافية لموجب عقد الرهن مثل بطلان شرط انتفاع المرتهن بالشيء المرهون (م ١٠٠٤)، وشرط تملك المرهون لغلة الشيء المرهون (م ١٠٠٨).

ج - الشروط المتضمنة منع المالك (المشتري) من التصرف في ملكه (م ١١٧٩).

د - شرط تعليق عقود البيع (المعاوضات المالية) على شرط واقف أو فاسخ أو إضافتها إلى أجل واقف أو فاسخ (م ٤٦١).

هـ - شرط الإعفاء من ضمان الاستحقاق (م ٥٤٤) وشرط الإعفاء من خيار الرؤية (قبل الرؤية) (م ٢٣٩) وبطلان شرط الخيار في عقدي السلم والصرف (م ٢٣١).

٢ - الشروط المتضمنة للربا سواء تم ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة (م ٦١٠ / ٥، ٦١٤).

٣ - شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية (م ٣٥٠) والإعفاء من المسؤولية العقدية عن الغش والخطأ الجسيم (م ٣٤٩)، وشرط الإعفاء من ضمان السلامة.

٤ - بطلان كل شرط تعسفي يرد في وثيقة التأمين (م ١٠٦٩ / ٥) وبطلان الشرط بعدم المنافسة في عقد العمل إذا كان تعسفياً (م ٧٩٢).

٥ - بطلان شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين (م ١٠٦٩ / ٤).

٦ - وطبقاً للقاعدة العامة تخضع بقية الشروط لتقدير القاضي إذا ما كان تعسفياً ليس من لوازم العقد أو ينافي مقتضياته أو لا يلائمه ولا جرى به العرف بقدر ما يتضمنه من غرر أو ربا أو يؤدي إلى التجهيل بالمبيع أو الثمن أو ينافي مقصود العقد، فإن ظهر فيها التعسف حكم القاضي ببطلانها.

المطلب الثالث

موقف الفقه الإسلامي والقانون اليمني من أهم الشروط التي اعتبرتها قوانين الاستهلاك تعسفية

سنحدد في هذا المبحث موقف الفقه الإسلامي والقانون اليمني من أهم الشروط التي كانت محلاً لاستغلال عديم الخبرة من قبل المنتجين والمحترفين، التي أبطلتها أو حدت منها أغلب قوانين الاستهلاك والقضاء الفرنسي في العقود التي يكون أحد طرفيها عديم الخبرة أو مستهلكاً كما أن التعرض لها له أهميته كونها من الشروط الشائعة حتى في واقع الدول العربية، وهذه الشروط هي:

أولاً - شروط الإغفاء أو التخفيف من المسؤولية:

الوضع في الشريعة الإسلامية:

ذهب الجمهور من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن شروط الإغفاء من الضمان، أي نفي المسؤولية يعتبر لغواً لا اعتبار به، حيث يقول الحنابلة وهم أكثر المذاهب مجيزين للشروط "إن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط" (٣٧٤) وقولهم "وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه" (٣٧٥).

ويقول الشافعية: "إن ما لا يجب ضمانه لا يصير مضموناً بالشرط وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه" (٣٧٦) ويقول المالكية: "إن الشرط باطل... عندما يكون غير ملائم لمقصود الشروط ولا مكمل لحكمته... كأن يشترط الصانع على المستصنع ألا يضمن المستأجر عليه إن تلف، وأن يصدق في دعوى التلف" (٣٧٧)، ويقول الزيدية: "لا المتعاطي ولا البائع قبل التسليم

(٣٧٤) المغني لابن قدامة، طبعة هجر، ج ٧، ص ٣٤٢.

(٣٧٥) المغني، لابن قدامة، طبعة هجر، ج ٨، ص ١١٥.

(٣٧٦) الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي، طبعة دار الكتب العلمية، ج ٣، ص ٣٤٠.

(٣٧٧) الموافقات للشاطبي، ج ١، ص ٢١١.

والمتبريء من العيوب جملة والمرتهن صحيحاً، فهو لاء لا يبرؤون وإن أبرئوا" (٣٧٨)، وإذا وجد من يرى صحة شرط الإعفاء من الضمان كاستثناء في بعض العقود فإن المقصود بالإعفاء من تحمل تبعة الهلاك بقوة قاهرة، أما شرط الإعفاء من الضمان الناشئ بالتعدي والتقصير فغير جائز عند الجميع وفي كل العقود ولهذا يقولون: "إن الإبراء من ضمان العين يصيرها أمانة لا غير" أي أن أثر الإعفاء هو نقل عبء الإثبات بحسب تعبير القانونيين.

ومن ذلك نلاحظ أن شروط الإعفاء أو الحد من المسؤولية التي اعتبره قانون ١٩٧٨ الفرنسي في المادتين (٢، ٤) من الشروط التعسفية هي كذلك في الفقه الإسلامي وبصورة مطلقة.

وبعض القوانين العربية لا تقر شروط الإعفاء من المسؤولية ولو عن الخطأ اليسير كالقانون الأردني والبعض منها كالقانون السوداني (م/ ١٢٠) ومشروع القانون الموحد (م/ ٣١٠) أحاطت شروط الإعفاء بكثير من القيود وتدخل المشرع العربي في إبطال مثل هذه الشروط في حالات وعقود خاصة.

والقضاء المصري سعى كذلك للحد من آثار هذه الشروط مثل بطلان هذه الشروط في حالة الضرر الجسماني (٣٧٩)

كما أن القضاء المصري - وبهدف الحد من خطورة صحة شروط الإعفاء من المسؤولية - أخذ بمبدأ التفسير الضيق لشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ومن ذلك ما قرره القضاء المصري أيضاً من أن شرط الإعفاء من المسؤولية لا يجوز استنتاجه من شرط آخر (٣٨٠)، ويجب أن يكون صريحاً

(٣٧٨) المنتزع المختار، لابن مفتاح، ج ٣، ص ٣١١.

(٣٧٩) انظر د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٨، ف ١٠٣.

(٣٨٠) د. إسماعيل محمد المحاقري، الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون اليمني والفقه الإسلامي، سعد سمك للطباعة والنشر القاهرة ١٩٩٦م، استئناف مختلط ٢ / ٢ / ١٩٢٧ مجلة التشريع والقضاء المختلطة، س ٣٩، ص ٢٠٩.

ومكتوباً بألفاظ محددة^(٣٨١)، ومن حق المحكمة أن تفسر مضمونه تفسيراً ضيقاً؛ ذلك أن هذه الشروط تعد استثناءً من المبادئ العامة في المسؤولية العقدية والاستثناء كما هو معلوم لا يجوز التوسع في تفسيره^(٣٨٢)، كما أن المحاكم تتوسع في الاعتراف بالخطأ الجسيم الذي يعوق أعمال بند الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية كمظهر آخر لكراهة هذه الشروط^(٣٨٣).

والأهم من كل ذلك فالقضاء المصري يذهب إلى أن أثر شروط الإعفاء من المسؤولية هو فقط قلب عبء الإثبات فقط^(٣٨٤).

الوضع في القانون اليمني:

نصت المادة (٣٤٩) على أنه "يجوز الاتفاق على أن يتحمل الملتزم تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة كما يجوز الاتفاق على أن يعفى من عليه الحق من أية مسؤولية، فلا يكون مسؤولاً إلا عما يحدث منه من غش أو خطأ جسيم، ومع ذلك يجوز لمن عليه الحق أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يحدث من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

ومن ذلك النص نلاحظ أن القانون المدني أبطل شرط الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم والغش ولكنه أجاز شرط الإعفاء من المسؤولية الناشئ عن الخطأ اليسير مما يظهر مخالفته للإجماع في الفقه الإسلامي وسائر السائد في القوانين العربية.

(٣٨١) نقض مدني مصري في ٢٢ / ٥ / ١٩٦٩م، مشار إليه في رسالتنا الإعفاء من المسؤولية، ص ٤٨٢.

(٣٨٢) محكمة القاهرة الابتدائية ٢٨ / ١٠ / ١٩٠٧م، المجموعة الرسمية، س ٩، رقم ١٧.

(٣٨٣) دكتور جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ج ٢، ص ١١٧، ف ١٢٧.

(٣٨٤) استئناف مختلط في ٢٤ / ٣ / ١٩١٥ مشار إليه في رسالتنا الإعفاء من المسؤولية، مرجع سابق، ص ٤٤٠.

وبالرجوع إلى المذكرة التفسيرية للقانون يتضح أن واضعي النص قد وقعوا في خلط بين الخطأ الذي يقع بالمباشرة دون تعد، فهو مضمون عند فقهاء الشريعة عملاً بالقاعدة المعروفة المتمثلة في أن المباشر ضامن ولو لم يتعد وبين الخطأ الجرمي الواقع بالمباشرة أو التسبب مع التعدي؛ أي الخطأ بالمفهوم الثانوي فيقصدون أن الأول يجوز الإعفاء منه أما الثاني فلا يجوز الإعفاء منه، ويظهر ذلك من قول المذكرة الإيضاحية في تفسيرها للمادة (٣٤٧) "ويجوز أن يتفق المتعاقدان أو ينص القانون على غير ذلك كتشديد المسؤولية إلى لزوم بذل عناية الرجل الحريص مثلاً على أنه في جميع الأحوال يسأل الملتزم عن غشه وتقصيره والغش هو ما يقع من فعل غير مشروع عن عمد والتقصير هو ما يقع من فعل غير مشروع بإهمال أو خطأ" (٣٨٥).

وبخصوص تفسيرها للمادة (٣٤٩) يظهر أيضاً ما يؤيد ذلك، ويدل على أن المقصود من النص هو جواز الإعفاء من الضمان الناشئ عن الهلاك بسبب أجنبي فقط، حيث تقول: " تجيز (أي المادة) الاتفاق على زيادة الضمان أو إنقاصه ولو كان ذلك بالاتفاق على أن يتحمل الملتزم تبعة الحادث المفاجئ والأمر الغالب... أو بالاتفاق على إعفاء من عليه من أية مسؤولية كأن يعير شخصاً لآخر ويعفيه من الضمان كله، ولكن المادة تتحفظ من الغش... والخطأ الجسيم الناشئ عن عدم المبالاة التي تترتب من العمد فإن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية لا يشملها لأن كلاً منهما فعل غير مشروع في مقام الجريمة "

فيلاحظ كيف أن النص يعرّف الخطأ الجسيم بأنه الفعل الناشئ عن عدم المبالاة، ويسوغ عدم جواز الإعفاء منه لأنه فعل غير مشروع، الأمر الذي يظهر أن كل فعل غير مشروع لا يجوز الإعفاء منه.

والخطأ مرادف للتقصير والإهمال وعدم التحرز، مما يعني أن الفعل الذي يجوز الإعفاء منه هو الفعل المجرد من اللوم والمؤاخذه، أي الفعل الخالي من

(٣٨٥) المذكرة الإيضاحية للقانون السابق، المادة (٣٣٧) (المقابلة للمادة (٣٤٣) من القانون الحالي.

التعدي الذي قد يسأل عنه الشخص في أحوال المباشرة. والدليل على ذلك أن المذكرة الإيضاحية في تفسيرها للمادة (٣٤٩) اعتبرت الخطأ الجسيم مرادفاً للتقصير، وعرفت التقصير بأنه ما يقع من فعل غير مشروع بإهمال أو خطأ.

كما أن القانون المدني اليمني في أغلب العقود المسماة وفي القانون التجاري أبطلت شروط الإعفاء من المسؤولية، من ذلك:

بطلان شروط إعفاء الناقل من المسؤولية عن الضرر الذي يصيب الراكب (م ١٥٣) وعن هلاك البضاعة (م ١٨٣) وكذلك الوكيل بالعمولة في النقل (م ١٨٣)، وسواء ما يتعلق بخطئه أو بخطأ تابعيه وسواء كان الإعفاء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ولا يجوز الإعفاء من مسؤولية الناقل الجوي أو تحديده بأقل من الحدود المنصوص عليها، (م ١٩٣) مدني.

وكذلك تنص المادة (٧٢٩) (مدني) على بطلان شرط إعفاء المؤجر عن الأعمال التي تصدر منه أو من تابعيه، وكذلك بطلان الشرط الجزائي التعسفي لرب العمل (م ٧٩٢) وكذلك بطلان شرط الإعفاء أو الإنقاص من الضمان العشري للمقاول والمهندس (م ٨٨١)، نظراً لعدم خبرة رب العمل، وبطلان الإعفاء من المسؤولية عن العمل غير المشروع كقاعدة عامة (م ٣٥٠).

ثانياً - شروط الإعفاء من ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية:

- بالنسبة لشروط الإعفاء من ضمان الاستحقاق: فالفقه الإسلامي يذهب إلى بطلانه لمنافاته لمقتضى العقد ولما فيه من الغرر^(٣٨٦) وكذلك فعل القانون المدني اليمني؛ حيث نصت المادة (٥٤٤) على أنه "لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق الغير له، ويكون البيع غير صحيح، ولو كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق".

(٣٨٦) إعلام الموقعين، ج ١، ص ٣٥٧-٣٦١. التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٦٩، وكذلك فعلت جميع القوانين التي استمدت أحكامها من الفقه الإسلامي (م ٥٠٦ أردني)، و (م ٥٣٧ إماراتي) و (١٩٩ سوداني)، و (م ٤٦٨ / مشروع موحد).

- وبالنسبة لشرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية:
اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول جواز الإبراء من ضمان العيوب الخفية إلى ثلاثة مذاهب:

١ - منع اشتراط البراءة من العيوب مطلقاً:

وأصحاب هذا الرأي الحنبلة في المشهور عندهم^(٣٨٧)، وقول للشافعية^(٣٨٨)، والظاهرية^(٣٨٩)، وقول للإمام مالك^(٣٩٠)، وحجتهم في رفض اشتراط البراءة من العيوب كونها تؤدي إلى الغرر الظاهر، لأن المشتري لا يعلم مقدار النقصان الذي سوف يحدث في القيمة بسبب العيب، أو كما يقول صاحب بداية المجتهد، إن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما يعلمه^(٣٩١)، كما أن موجب المعوضة هو استحقاق صفة السلامة، وشرط البراءة من العيوب يمنع هذا؛ حيث يجعل المبيع في حكم المجهول والالتزام بتسليم المجهول لا يصح^(٣٩٢).

٢ - صحة اشتراط البراءة من العيوب مطلقاً:

ذهب إليه الإمام أبو حنيفة، فعنده يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أم لم يعلمه، سماه أم لم يسمه، وحجته أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري، فإذا أسقطناه سقط أصله كسائر الحقوق الواجبة^(٣٩٣).

(٣٨٧) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي، مطبعة دار الجيل، بيروت، لبنان، ق ١٠٤، ص ٢٥٠.

(٣٨٨) الوجيز، للغزالي، ص ١١٨، وفي قول ثان يصح العقد ويلغى الشرط، وفي قول ثالث يصح في الحيوان ويفسد في غيره.

(٣٨٩) المحلى، لابن حزم الظاهري، طبعة دار التراث، ج ٥، رقم ١٥٥٦.

(٣٩٠) بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٨٥.

(٣٩١) بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٨٤.

(٣٩٢) مغني المحتاج، ج ٢، ص ٧٣.

(٣٩٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، لداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج ٢، ص ٥٢.

٣ - صحة الإبراء من العيوب في حدود ما يعلم البائع منها:

وهذا الرأي قول للإمام مالك والزيدية؛ حيث يرى الإمام مالك أن البراءة من العيوب لا تجوز إلا فيما يعلم البائع من العيوب^(٣٩٤)؛ أي لا يبرأ البائع من العيوب بالبراءة إلا من عيب يريه المشتري^(٣٩٥)، ويجيز الزيدية البراءة من العيوب المعلوم منها والخفي بشرط تحديد العيب وذكره عند البراءة، أما البراءة من العيوب جملة فيصح العقد ويلغى الشرط ويثبت للمشتري خيار رد العيب^(٣٩٦).

موقف القانون اليمني من شرط البراءة من العيوب:

تنص المادة (٢٤٣) من القانون المدني على أنه " ... ويسقط إذا تعاقدنا على الإبراء من جميع العيوب ظاهرها وباطنها".

وتقول المذكرة الإيضاحية في تفسير تلك المادة: " كما تبين أن الخيار يسقط إذا تعاقد على الإبراء من جميع العيوب ظاهرها وباطنها؛ لأنه يكون قد ذكر العيوب بوصفها وقبل المبيع على هذا الأساس فيسقط خياره، وهو ما اختارته اللجنة، أما إذا تعاقد على الإبراء من العيوب جملة دون ذكر لها فلا يسقط خياره لما في الإبراء من جهالة"^(٣٩٧).

كما تنص المادة (٥٤٩) على أنه "يجوز للمتعاقدین الاتفاق على إسقاط ضمان فوات الوصف وضمن العيب أو إنقاصه ويلغى شرط إسقاط الضمان أو إنقاصه إذا كان البائع قد ارتكب غشاً طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (٥٤٦) من هذا القانون"

(٣٩٤) بداية المجتهد، ج٢، ص١٨٤.

(٣٩٥) مغني المحتاج، ج٢، ص٧٤.

(٣٩٦) التاج المذهب، ج٢، ص٤١٧ - ٤١٨.

(٣٩٧) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السابق، المادة (٢٣٩) المطابقة للمادة (٢٤٣) من القانون النافذ.

ويفهم من هذا النص صحة الإبراء من العيوب المذكورة والمحددة سلفاً ظاهرة كانت أم خفية ما لم يرتكب البائع غشاً، وذكرت المادة صورتين للغش هما تعمد إخفاء العيب أو تأكيد البائع خلو المبيع من العيب مما يعني أن الغش قد يتمثل في كتمان العيب الذي يكون على علم به، ويؤكد ذلك ما جاء في القواعد العامة في ضمان العيوب الخفية حيث تنص المادة (٢٤٥/١) يشترط في العيب المسوغ للرد ما يأتي " ... أن يكون العيب خفياً بأن يكون العاقد قد كتمه عن المتعاقد معه".

ثالثاً - بالنسبة لشروط تغيير أوصاف المبيع أو تحديد الثمن بإرادة المدين المنفردة:

هذا النوع من الشروط هو من الشروط الباطلة في الفقه الإسلامي؛ لأنه يؤدي إلى الجهالة والغرر أي يؤدي إلى التجهيل بالمبيع أو الثمن الذي من شروطه أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة، وفي هذا يقولون: إن من الشروط الباطلة أن يشترط شرطاً اقتضى جهالة في المبيع كعلي إرجاحه في الوزن ولا يذكر قدراً معلوماً ولا جرى عرف بالقدر المعلوم^(٣٩٨) ويقولون أيضاً: "ومما يقتضي جهالة في المبيع أن يبيع ثياباً ويستثنى واحداً لا بعينه فيفسد العقد"^(٣٩٩).

ويقول المالكية: "ومعنى إخلاله بالثمن أن يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري أو نقص إن كان من البائع كبيع وسلف من أحدهما؛ لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثلن وهو مجهول"^(٤٠٠).

"كما أن ذلك الشرط من الشروط التي تتوقف على إرادة أحد المتعاقدين المحضة، وهو باطل في كثير من القوانين (م ٢٦٢ من القانون المدني اليمني) لذلك فمثل هذا الشرط يجعل تعيين محل الالتزام متوقفاً على محض إرادة المدين.

(٣٩٨) التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٦٦.

(٣٩٩) التاج المذهب، ج ٢، ص ٣٦٧.

(٤٠٠) شرح الخرشي، ج ٥، ص ٨٠ - ٨١.

وتقدير، متى يكون الشرط خاضعاً لمحض إرادة المدين يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ويقتصر الفرق في أن القضاء الفرنسي والقوانين الخاصة بجيزان إبطال الشرط مع بقاء العقد^(٤٠٦)، أما الوضع طبقاً للقانون المدني فأثر وجود مثل هذا الشرط في العقود يؤدي إلى كل من إبطال العقد والشرط معاً.

رابعاً - وبخصوص مشكلة ظهور الشروط التعسفية في عمليات القروض التي تعد من أهم موضوعات الشروط التعسفية في القانون الفرنسي التي استدعت التدخل التشريعي للحد منها لمصلحة المستهلك^(٤٠٢)، فهذه لا تمثل مشكلة في الفقه الإسلامي والقانون اليمني اللذين نصا على بطلان مثل تلك الشروط في أي صورة وعلى أي شكل ظهرت^(٤٠٣).

خامساً - كذلك تعتبر مشكلة ظهور الشروط التعسفية في مسألة تحديد موعد انعقاد العقد^(٤٠٤) هي أيضاً محسومة في الفقه الإسلامي والقانون اليمني

(٤٠١) انظر د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مشكلة عدم تحديد الثمن، مرجع سابق، ص ٧١ وما بعدها.

(٤٠٢) المادة (٤) من القانون رقم (٦٦-١٠) الصادر في فرنسا بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٦ والمتعلق بالربا وقروض العملة وبعض عمليات السعي إلى الصفقة والإعلام الذي تتطلب مستنداً خطياً في مادة قرض العملة، يشير إلى معدل الفائدة الاتفاقية، وهو شرط لصحة اشتراط الفائدة".

(٤٠٣) نصت المادة (٥/٦١٠) من القانون المدني اليمني على أنه "إذا اقترن القرض بشرط ربوي يلغى الشرط ويصح القرض ويلزم المستقرض رد مثل ما قبضه، والقاعدة في الفقه الإسلامي بطلان جميع الشروط التي تؤدي إلى الربا".

(٤٠٤) أوصت لجنة الشروط التعسفية في فرنسا في توصيتها بتاريخ ٨ أغسطس ١٩٨٠ "بأن يستبعد في العقود الجارية بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين أي شرط موضوعه أو أثره أن يضع عند توقيع العقد تعهداً فورياً ونهائياً لغير المهني أو للمستهلك وتعهداً احتمالياً بالنسبة للمهني" وأكدت في توصية لها بتاريخ ٤ سبتمبر ١٩٨٥ بوجوب استبعاد الشروط التي يكون موضوعها أو آثارها " تأخير إبرام العقد حتى توقيع مدير المؤسسة " مع اشتراط الدفع الفوري لمبلغ على الحساب أو توقيع الشاري بدون لفت انتباهه إلى الواقع في أن هذه الدفعة وهذا التوقيع لا يفيان لالتزامه..." وانظر حول ذلك جيروم، مرجع سابق، ج ١، ص ١٢١ وما بعدها.

لأن القاعدة عندهما عدم جواز تعليق العقد على شرط أو إضافته إلى أجل في عقود المعاوضات المالية لما فيه من الغرر الذي يؤدي إلى المنازعة^(٤٠٥).

سادساً - كما أن مشكلة التعسف في شرط التأخير عن تسليم المعقود عليه لمدة طويلة للتهرب من المسؤولية عن التأخير في تسليم المبيع التي اعتاد المهنيون والمنتجون على تضمينها عقودهم^(٤٠٦) فالأمر في الفقه الإسلامي محسوم، فالقاعدة عندهم "أن موجب العقد التسليم في الحال"^(٤٠٧) أي عدم جواز اشتراط الأجل في تسليم الأعيان المباعة حيث يقولون إن الفقهاء قد أجمعوا على عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل لما يتعلق به من غرر^(٤٠٨).

والقانون اليمني لم يرد فيه ما يفيد صحة مثل هذا الشرط، ولكنه يعد من الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولكن يصح مثل هذا الشرط إذا جرى به العرف طبقاً لنص المادة (٢٦٣) من القانون المدني، ولا نتصور أن العرف قد يجيز مثل هذا الشرط إلا بقدر ما تقتضيه الحاجة^(٤٠٩)؛ ففقهاء الشريعة اتفقوا على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه كما إذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام، فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله في ساعة واحدة^(٤١٠).

(٤٠٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٦٧، والمادة (٤٦١) من القانون المدني اليمني.

(٤٠٦) المادة ٣ من القانون رقم ٩٢ - ٦ بتاريخ ١٨ كانون الثاني ١٩٩٢ الفرنسي.

(٤٠٧) إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٠٢، الفروق للقرافي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحن الصنهاجي المشهور بالقرافي، عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ طبع، ج ٣، ف ١٩٣، ص ٢٧٣.

(٤٠٨) الفروق للقرافي، ج ٣، ف ١٩٣، ص ٢٧٣، إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٠٣، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٥٦. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٠.

(٤٠٩) إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٠٣.

(٤١٠) إعلام الموقعين، ج ٢، ص ٣٠٣ - ٣٠٤.

الفصل الختامي

تحليل وتأسيس ومقارنة لموقف القوانين والقضاء والفقه الإسلامي من عديم الخبرة وتطوراتها

أولاً - مبادئ القوانين المدنية وقواعدها تكفل الحماية لعديم الخبرة
من حيث المبدأ:

إن مبدأ الرضائية يعني أن للإرادة سلطاناً؛ فهي التي تصنع قانونها، وتحدد حقوقها والتزاماتها، فالعادل هو ما ارتضته الإرادة كما يقولون، حيث ترك لها القانون المجال أن تسوس مصالحها دون تدخل من أحد، وتعني أيضاً أن العبرة بالرضا على أي صورة كانت فلا يتطلب القانون أي شكلية للتعبير عن الإرادة.

ويقتصر دور القانون على ضمان المتعاقدين وحمايتهما، حيث يكفل القانون سلامة الإرادة من أي عيب قد يشوبها، فالقواعد الخاصة بعيوب الإرادة تتطلب في الإرادة أن تكون حرة مستنيرة متبصرة وخالية من عيب الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال.

والفقه الإسلامي يعتمد أيضاً في تحقيق العدالة التعاقدية على مبدأ التراضي استناداً إلى قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونُ بِحَرَءَ عَنْ تَرَضٍ﴾ وكفلت أيضاً سلامة تلك الإرادة من أي عيب قد يشوبها.

يقول ابن تيمية في هذا الخصوص: "إن الأصل في المعاملات المتعلقة بالعقود والقبوض من المبيعات والوكالات والإجازات والمشاركات ونحو ذلك العدل، فإن العدل هو قوام العالمين ولا تصلح الدنيا والآخرة إلا به، ومن العدل التعادل بين ما يأخذه كل طرف وما يعطيه، والتوازن بين الالتزامات والحقوق المترتبة لكل طرف وعليه، ومما يؤيد هذا أن الشريعة الإسلامية حرمت الغبن الفاحش والغش والغرر في المعاملات؛ لأنها كلها تؤدي إلى عدم التعادل بين ما بذل كل طرف من المتعاقدين، ومن ثم إلى أخذ ماله دون رضاه وطيب نفسه،

فإن عامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل والنهي عن الظلم قليله وكثيره" (٤١١).

وبناءً على ذلك فمبدأ التراضي وقواعد عيوب الإرادة وأحكامها تكفل الحماية لعديم الخبرة لأنها تتطلب لصحة شروط العقد علم المتعاقد ورضاه بها، وأن يكون رضاه دالاً دلالة واضحة على قبول تلك الشروط والتزامها، وأن يكون الرضا قد قام على إرادة خالية من عيوب الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. فماذا، إذن، يريد عديم الخبرة أكثر من ذلك، هل يجب أن يتدخل القانون لتقدير مصالحه ووزنها بدلاً عنه؟

الحقيقة أن المشكلة كان سببها انحرافاً في تطبيق تلك المبادئ والقواعد الموضوعية لحماية إما عند وضع التشريع أو عند التطبيق القضائي لها.

ولهذا سنعيد هنا التذكير بإشكالية التطبيق لمظاهر التصلب فيها ثم نتكلم عن التطور التشريعي والقضائي ومظاهره المنفرجة لصالح عديم الخبرة مع المقارنة بينهما، ونختم أخيراً بتأصيل ذلك التطور في ظل المبادئ والقواعد الأساسية للقوانين المدنية.

المبحث الأول

الصلابة في القواعد القانونية والفقهية

(إشكالية التطبيق)

جرى الكلام على أن مبدأ الرضائية وقواعد حماية الإرادة من العيوب، قد أظهر الواقع أن القائمين على تطبيقهما انحرفوا في تحديد مفهومهما ونطاق تطبيقهما. يقول جستان في هذا الشأن: ولكن هذه المبادئ التي كانت جديدة في حينها اصطدمت في الواقع بمقاومة قوية من الممارسين في المجال التشريعي والقضائي، الذين كانوا مهووسين بصلابة العقود وقوتها الملزمة، أن خوفهم في تحقيق

(٤١١) مجموعة الفتاوى لابن تيمية، ج ٢٨، ص ٣٥٤.

الاستقرار للمعاملات وتجنب النزاعات جعلهم يحدون وبشكل واضح عن الاستفادة من مبدأ الرضائية، بل قاموا بتعطيل تلك المبادئ بصورة فاحشة واستداروا نحو حلول القانون الروماني الأكثر تقييداً لمبدأ الرضائية والمتسم بالشككية مما قاد إلى تناقض داخلي لا نزاع فيه مادامت هذه الحلول ولدت في نظام شكلي" (٤١٢).

وبالمعنى نفسه ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية القديم منهم والحديث؛ يقول الدكتور محمد وحيد الدين سوار. "على أن ثمة سبباً خاصاً قد دعا الفقهاء [أي فقهاء الشريعة الإسلامية] إلى التعويل على الإرادة الظاهرة.... (إنه التباين الواضح بين الدعوة الرضائية التقدمية التي أرسى القرآن الكريم قاعدتها الذهبية في الآية الكريمة: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونُ بِحُكْمٍ يُحْكُمُ بِهِ الرُّسُلُ الْأَعْظَمُ فِي قَوْلِهِ: "لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مِثْلُ مَالِ بَطِيٍّ نَفْسٍ مِنْهُ" وبين ما تواضع القوم عليه آنذاك من ركون إلى الملموس والظاهر... ولئن كانت الطفرة في حياة الشعوب عسيرة الوقوع وكانت الشعوب الأخرى في ذلك العصر ترسف في قيود الشككية، فقد كان لا معد لهذه الدعوة القرآنية الجديدة من أن تتأقلم بالبيئة التي عاشت فيها وأن تتلون بالعقلية التي تلقنتها وتمثلتها، ولقد كان من ثمرات هذا المنطق، وذلك التأقلم أن أحاط الفقهاء مبدأ الرضائية الذي يبشر به الدين الجديد بقيود تظهر في صورة إثارة اللفظ حيناً وفي صورة الاعتداد بالإرادة الظاهرة حيناً آخر" (٤١٣).

ويقول الشيخ الشلبي "إن هذه النزعة هي وليدة صناعة فقهية دخيلة على الفقه أوجدها أصحاب التخرج ليضبطوا بها الفروع المنثورة بأقيسة عامة، وإن إغراق هؤلاء في هذه الموضوعية هو الذي انتهى إلى تجاهل نزعة الفقه الإسلامي الأصلية التي نجدها في القرآن والسنة وأقوال الصحابة، الذين كانوا يفسحون مجالاً للنزعة الذاتية عن طريق تعليلهم بالمصالح" (٤١٤).

(٤١٢) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٥٠٤ - ٥٠٥.

(٤١٣) د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٤١٤) تعليل الأحكام، ص ١٣٠ - ١٣٥، مشار إليه في د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

وابن القيم عكس رفضه لتلك الصلابة والجمود في القواعد الفقهية التي اتسمت بها كتب الفقه الإسلامي بدعوته الأخذ في الاعتبار القصد والنية في العقد، فيقول: "القصد روح العقود مصححة ومبطلّة"، ودعا إلى مراعاة مقاصد الشرع وأعراف الناس وعوائدهم وقرائن أحوالهم بقوله:

"فمهما تجدد في العرف فاعتبره ومهما سقط فالغ، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك... فالجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين... ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طيب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم بل هذا الطبيب جاهل وهذا المفتي أضّر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان" (٤١٥).

وبعد ذلك التوضيح يجدر بنا أن نذكر هنا بمظاهر التصلب الجاري في مبدأ الرضائية وخصوصاً في مجال القواعد القانونية التي تنظم شروط التعبير عن الإرادة وعيوبها، وأثر ذلك على حماية عديم الخبرة وخصوصاً من الشروط التعسفية:

١ - الاعتماد على الإرادة الظاهرة في تفسير العقود؛ فالأصل الذي ذهب إليه الغالبية هو الاعتماد على المعنى الظاهر دون الالتفات إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فالإرادة الباطنة كما يقولون لا شأن للقانون بها، إذ هي ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع الذي تعنيه هي الإرادة الظاهرة التي يتكون منها العقد (٤١٦).

(٤١٥) إعلام الموقعين، ج٣، ص٦٧.

(٤١٦) د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعده، ونظرية التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص ٥٥٥.

ويقولون: التفسير الموضوعي للعقد أن القوة الملزمة للعقد تكون معه محسوسة، ويجب عدم البحث عن إرادات المتعاقدين وإنما التساؤل عما هو أكثر فائدة اجتماعياً^(٤١٧).

وحتى مع اعتماد بعض القوانين على الإرادة الباطنة عند البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالنسبة للعبارات الغامضة، نلاحظ أنهم يشترطون الاعتماد على معايير موضوعية عند البحث عن الإرادة المشتركة، وتراقب المحكمة العليا قواعد التفسير بدعوى المحافظة على عدم مسخ العقد أو تشويبه حتى أصبحت طريقة التفسير الذاتي نفسها تنزع إلى الحفاظ على قوة العقد الملزمة واحترام قرار القاضي وكذلك المحافظة على السلم الاجتماعي.

وجرى الكلام على أن البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هو البحث عن إرادة وهمية، ولهذا أصبحوا يقولون: "لم تعد إرادة المتعاقدين هي التي تحدد حقوقهم وموجباتهم وإنما المعيار الموضوعي" والذي يراجع أحكام النقض يجد أن هذه المقولة الآتية صحيحة (إن القضاة يضيفون ولكنهم لا يعتقدون أن لهم الحق بحذف شيء من اشتراطات المتعاقدين)^(٤١٨).

٢ - إن بعض القوانين والسائد في القضاء تفترض في المتعاقد الخبرة والقدرة والعلم والمساواة مع المتعاقد الآخر - حتى وإن كان هذا الأخير مهنيًا - وهي تكفي لتحول دون وقوعه في الغبن، فالفرض عند تحقق الغبن رضا المتعاقدين به، وإلا فهو نتيجة تقصير وعدم تحوط.

ولهذا يقولون: (من قال عقد قال حرية ومساواة) ويقولون (يجب لأول وهلة أن الفقه المصري يكاد يعتنق أفكار الفقه الغربي ذلك أن منطقة المعاملات في الفقه المصري منطقة حرة يدخل في حدودها كل من له خبرة ومهارة بشؤون الحياة داخل المجتمع الذي يعيش فيه، ومن ثم فإن المتعاقد في حد ذاته يكون حراً، فإذا دخل طرفان في عقد ما، كان ما يفوز به أحد الطرفين في

(٤١٧) جاك جستان، مفاعيل العقد، مرجع سابق، ص ٢٢ وما بعدها.

(٤١٨) جاك جستان، مفاعيل العقد، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

معترك الحياة من مزايا الأخذ والرد، والتزام بالمناكب والتصادم أمر طبيعي لا يخرج عن حدود التعامل الطبيعي، لأنه مما لا شك فيه أن لكل من المتعاقدين أن يتسلح في وجه الآخر بما شاءت له قدرته وآتت به قدرته في التفكير والوزن والتقدير....^(٤١٩).

ويقولون: "يجب الافتراض أن العقد الذي يبرمه الأفراد الأحرار والمسؤولون بذلك مطابق للعدالة"^(٤٢٠). ويقولون: "الفرض أن منطقة المعاملات منطقة تعتمد على المهارة والخبرة من نويه وأن على كل متعاقد أن يتحرى الدقة بنفسه وإلا فلا يلومن إلا نفسه إن هو قصر لعدم معرفته أو قلة خبرته"^(٤٢١).

وفي الفقه الإسلامي يقول الشيخ علي الخفيف: الأصل "ألا أثر لهذا الغبن مطلقاً في العقود سواء نشأ عن غرر أم لا، وهذا ما جاء في ظاهر الرواية وبه أفتى كثير من العلماء ووجهه أن عقود المعاوضات يجب أن تصان ما أمكن من الفسخ وخاصة إذا ما كان لسبب يرجع إلى تقصير التعاقد كما هنا، فإن التعاقد إذا أقدم وهو يعلم الغبن فلا حق له في الاعتراض لتحقيق رضاه على وجه الكمال، وإذا كان جاهلاً بالغبن فذلك ناتج عن عدم تأنيه وبحته وسؤاله أهل الذكر وذلك تقصير لا تقع تبعته إلا عليه وحده والعقد ليس له وحده"^(٤٢٢).

٣ - إن السائد لمدة طويلة في أغلب القوانين وعند القضاء افتراض خبرة التعاقد كامل الأهلية وقدرته وتساويه مع المهني في عدم التأثر بالكذب للوقوع في الغلط وعدم حاجته للإعلام والبيان والتبصير من التعاقد الآخر بل يفترض أنه قادر على التحري والتروي بنفسه واستعلام أهل الخبرة، فالكتمان يفترض عدم تكوينه للتدليس.

(٤١٩) د. عبدالناصر العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية، والتشريعات العربية، الكتاب الأول، ١٩٧٥، مطبعة السعادة، ص ١٦٣.

(٤٢٠) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٤٢١) د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

(٤٢٢) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٥٨.

ولهذا كانت محكمة النقض الفرنسية في بداية هذا القرن قد أكدت "أن المتعاقد الذي يغلط لأنه كان سريع التصديق أكثر من اللازم أو مهملاً من تحقيقاته يجب أن لا يؤخذ إلا نفسه والشاري الحي الضمير يعلم أن عليه أن يكون حذراً" (٤٢٣).

كما كانت القاعدة العامة أنه ليس هناك أحد ملزم بإعطاء شريكه في التعاقد المعلومات إلا أن يكون هناك التزام بهذا قد فرضه القانون أو الاتفاقية، فلقد كان الالتزام بإعطاء المعلومات العقدية مقصوراً لمدة طويلة على مجرد بيان ضمان العيوب الخفية، أو بيان مخاطر الشيء المبيع (٤٢٤).

وفي الفقه الإسلامي يوضح الشيخ علي الخفيف الطابع السائد لأثر التدليس على إرادة المتعاقد حيث يقول:

"إن انقياد المغرور لمن غره وخدعه لم يكن إلا بعد نظر منه فيما اتخذ معه من وسائل الخداع والتدليس ووزن لنتائجها أعقبها الرضا والاختيار والاطمئنان، وهذا غاية ما يعطى للعقد من حرية وإرادة، فإذا أخطأ فتلك طبيعة الإنسان، وأي إنسان لا يخطئ؟ وليس من أغراض التشريع أن تحول بين كل مخطئ وبين خطئه، ويجب أن يسلم تصرفه إقراراً للمعاملات واحتراماً للتعاقد واعتدالاً بالرأي وإن ظهر أنه خطأ، وهذه التفرقة قد تكون واضحة إذا كانت وسائل التضليل ليس لها أثر مادي في محل العقد، أما إذا كان لها أثر مادي في محل العقد، كما في تحسين وجه الصبرة من الطعام عند بيعها وتصيرية الشاة ودهن الأثاث المصنوع من الخشب بدهان ليزيد في بهائه ورونقه، فقد يدق في مثل هذه الحال الفرق وخاصة على من ليست له دراية بمثل هذه الوسائل إلا أن هذا ليس له كبير أهمية في العمل والتطبيق لأنه إذا ترتب على ذلك غبن أو ستر عيب كان للمغرور بذلك خيار الفسخ بالغبن أو بالعيب" (٤٢٥).

(٤٢٣) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٧٠٣.

(٤٢٤) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٥٩.

(٤٢٥) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٥٧، هامش (١).

٤ - وافترضوا خبرة المتعاقد وعلمه وقدرته على التفاوض والعلم بأحكام الشروط وآثارها القانونية وكذلك العلم والخبرة بعبادات التجار وأعرافهم والرأي العام وكذلك العلم بالشروط العامة للتعاقد الخاصة بالبائع - لأنها هي المرجع في تفسير إرادته وفي تكميلها - لأنه يفترض دائماً أنه رضي بها قواعد تكميلية بديلة عن القواعد التكميلية في القانون المدني في كل أمر يسكت عن بيانه. ولهذا يقولون: "لم تعد إرادة المتعاقدين هي التي تحدد حقوقهم وموجباتهم وإنما المعيار الموضوعي" (٤٢٦).

٥ - ومن زاوية أخرى تفترض القوانين عادة وكذلك القضاء - بسبب ما تعتمده من معايير موضوعية وتبالغ في تقديره عند تحديد الغبن الناشئ نتيجة عيب في الإرادة أو نتيجة الرضا به - أن يبلغ الجميع في خبرتهم وقدراتهم ومعارفهم درجة عالية من الحيطة والحذر، وأن يبذلوا درجة عالية من العناية لا تقل دائماً عن عناية الرجل المعتاد المجرد وحيطة من جميع الظروف الشخصية، لأن أثر التدليس والغلط على إرادتهم سيقاس على هذا الأساس ولأن تحديد رضاهم أو علمهم (كالعلم والرضا بالعيب مثلاً) في كثير من الحالات سيخضع لهذا المعيار، فإذا قلّت عنايتهم وخبرتهم ومعارفهم عن هذا المستوى فلا يلومون إلا أنفسهم لأنه لا يكون إلا عن تقصير فيتحمل نتائج المتعاقد وحده.

٦ - ولا بد من أن يبلغ الغاية من الحرص والحيطة والمعرفة عند التعاقد، لأن مجرد التوقيع على العقد سيفترض معه علمه ورضاه بكل ما ورد فيه، وكذلك بالنسبة للعقود التي ليس من المطلوب أن يوقع عليها والسندات والفواتير ورسائل التأكيد التي أصبح من السائد التعاقد على أساسها، إن مجرد استلامها من البائع يفترض معه اطلاعه عليها وإحاطته علماً بكل ما ورد فيها من شروط، ورضاه بها، إذا لم يعترض بشكل معين وفي الوقت الذي يريده البائع، فإن قصر فلا يلومون إلا نفسه، وعليه أن يتحرى جيداً محتوى أي

(٤٢٦) جاك جستمان، مفاعيل العقد، مرجع سابق، ص ٢٧.

ملصق موجود في باب متجر أو فندق لأنه قد يتم افتراض علمه ورضاه بما ورد فيه من شروط^(٤٢٧).

٧ - فضلاً عن ذلك نلاحظ الصلابة في الشروط الواجب توافرها للتمسك يعيب الغلط والتدليس؛ فهي تزيد من الأمر سوءاً وخصوصاً على عديم الخبرة، والمظهر الواضح لتلك الصلابة الاعتماد على الإرادة الظاهرة في تحديد الغلط أو التدليس^(٤٢٨).

٨ - السائد في مدونات القانون المدني هو تقليص دائرة النظام العام للحماية وخصوصاً في مجال الشروط (فالعادلة التعاقدية كما كانوا يرونها هي واقع طبيعي تحددها لعبة المنافسة الحرة وليس التطلب المثالي الذي يقتضي أن تخضع له الوقائع).

فكان مجال النصوص الآمرة والمتعلقة بالنظام العام محصوراً في مجال المحافظة على النظام العام للمجتمع، أما مجال النصوص المتعلقة بالنظام العام للحماية فغائبة وإن وجدت ففي أضيق نطاق.

ومع ذلك نرى أنه من غير الإنصاف أن نصور جميع مدونات القانون المدني بذلك الوصف من التصلب، وخصوصاً بعض مدونات الدول العربية الحديثة، فالحقيقة أن بعضاً من تلك القوانين اتسمت ببعض من المرونة تجاه حماية المتعاقد الضعيف، حيث ظهرت أكثر ليناً من سابقتها.

وقد تضمنت عدة نصوص آمرة وأخرى مرنة بهدف حماية المتعاقد الضعيف، مثل إعطاء القاضي سلطة تقديرية في رفع الغبن عن المتعاقد الضعيف كما في عقود الإذعان، ونظرية الاستغلال التي أخذت بها عدة قوانين، ونظرية الظروف الطارئة، والأخذ بالإرادة الباطنة في تفسير عبارات العقد غير الواضحة، وتفسير الشك فيها لمصلحة المذعن، ووجدت نصوص آمرة لمنع أو

(٤٢٧) د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ١٠٩، ص ١٥٧، ص ١٦٠ وما بعدها.

(٤٢٨) جاك جستمان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٥٠٤ - ٥٠٥.

تحديد بعض الشروط الجائرة كشروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن الغش والخطأ الجسيم.

إلا أن القضاء تدخل غالباً لتقليص دور تلك القواعد كما فعل بالنسبة لعقود الإذعان التي أحاطها بشروط حدت من نطاق تطبيقها إلى حد بعيد، وكما فعل في الاعتماد على المعايير المادية عند البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

والفقه الإسلامي وإن كان السائد فيه هو الموضوعية فإن جانباً من فقهاء سبقوا التطورات القانونية والقضائية الحديثة في تحقيق العدالة التعاقدية وحماية عديمي الخبرة من صور التدليس والغلط والاستغلال.

بل إن السائد حتى عند الموضوعيين في الفقه الإسلامي أنهم عالجوا إشكالية العدالة التعاقدية من خلال فكرة خيار المجلس، وخيار الرؤية، واللفظية، ووحدة العقد، يقول السنهوري في هذا الخصوص:

"لعل الفقه الإسلامي استغنى بهذه الفكرة (وحدة العقد) وأمثالها كفكرة اللفظية وفكرة مجلس العقد عن الشكلية في العقود" (٤٢٩) وقوله: "يضاف إلى فكرة الغرر فكرتان أخريان وسعتا كثيراً في الفقه الإسلامي من دائرة النظام العام أو الآداب عما هي عليه في الفقه الغربي - فكرة الشروط الفاسدة - وفكرة الربا" (٤٣٠).

العوامل والمسوغات لصلابة القواعد:

إن المشرع لمدونة القانون المدني، أخذ في الاعتبار العلاقات التعاقدية التي كانت موجودة في زمانه حيث كانت الصناعة والتجارة في ذلك الحين ممارسات على شكل حرفي أو عائلي بصورة رئيسية، وكانت العلاقات بين المستخدمين والأجراء وبين المنتجين والمستهلكين ذات طابع شخصي، وكان التعامل بسيطاً وواضحاً سواء ما يتعلق بمعرفة المبيع ووظائفه وعيوبه.

(٤٢٩) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري، مرجع سابق، ج ٤، ص ٦٧.

(٤٣٠) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٠٠.

وكان السائد شراء جواد أو عقار أو طعام أو ملابس معروفة لدى غالب الناس وغالباً ما يتم الشراء عند أمين أو موثوق خاص، وتتم مناقشة تتناول العناصر الجوهرية كافة. وبالنسبة إلى ما بقي كان يرجع إلى العادات والنصوص التكميلية للقانون المدني^(٤٣١) وهي غالباً ما كانت شائعة ومعروفة، وبذلك كان المتعاقدان في وضع متقارب من حيث الخبرة والمعرفة والقوة الاقتصادية والقانونية، وإذا كان ثمة تفاوت في المساواة فهي لا مساواة طبيعية إلى حد ما لا تستدعي التفريط بالقوة الملزمة للعقد وحاجة المجتمع للاستقرار لأجلها.

وفي الفقه الإسلامي يوضح السنهوري المسوغات التي دعت فقهاء الشريعة إلى ذلك التوجه؛ حيث يقول:

"ثم لعل من ينكر خيار المجلس من الفقهاء معارضين ذلك ظاهر الحديث، يبين في وضوح أن الفقه الإسلامي، ككل نظام قانوني، كان يسير في طريقه، صناعة فقهية مستقلة، ترعى المصلحة، وتسائر حضارة الزمن، لا يعوقها في ذلك ظاهر الحديث، بل نقول حتى ظاهر الكتاب، فقد وردت آية المداينة في كتاب الله الكريم، وهي تكاد تكون صريحة في جعل الكتابة لازمة في الديون الآجلة، ومع ذلك خضع الفقه الإسلامي لحضارة زمن فائتر الشهادة على الكتابة،... فهو في الحالتين إنما يسائر روح عصره، ويجاري حضارة زمنه، وهو في الحالتين فقه يسير على هدى من أمره، وفقاً لقواعد مقررة ومقتضيات من الحضارة محتومة"^(٤٣٢).

(٤٣١) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٦٣-٦٥. د. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ٩٨. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ٣، وما بعدها، أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ط ١٩٤٥، ص ٤٦.
(٤٣٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٠، الهامش.

المبحث الثاني

مظاهر التطور القانوني والفقهى لحماية عديم الخبرة

لم تعد الفوارق بين المتعاقدين فوارق طبيعية، فقد أصبح من غير الممكن افتراض المساواة في المعرفة والخبرة بين المتعاقدين، ففي ظل التطور العلمي والتكنولوجي وتنوع السلع والخدمات وانتشارها، أصبح الفارق شاسعاً بين طرفي التعاقد من حيث القدرة والخبرة والمعرفة، في مجالات التعاقد وبالنسبة للمكونات الفنية لمحل العقد^(٤٣٣).

فالمتعاقّد غير المهني حينما يقدم على التعاقد بشأن سلعة أو خدمة فهو غالباً ما يجهل كل شيء في تركيبها ولا يكاد يعرف إمكانياتها، بالإضافة إلى أنه يجهل دروب التعاقد المعقدة التي تصاحب تكنولوجيا الإنتاج الكبير والتوزيع الواسع النطاق^(٤٣٤).

فقد ظهرت أنواع جديدة من التعاقد كاستخدام العقود النماذج والتحرير الأحادي الجانب للعقد، وغياب المفاوضة أدى إلى اختلال مبدأ المساواة بين المتعاقدين حتى قيل: "إن اللامساواة المفرطة تجعل حقيقة الرضا بالعقد وهمية".

كل ذلك أدى إلى ما رأيناه من تطور سريع وهائل في مجال حماية المتعاقدين عديمي الخبرة والمستهلكين، فصدرت عدة قوانين وواكبها القضاء في خلق مساواة أفضل بين المتعاقدين في المعرفة في سبيل أن يكون رضا المتعاقّد الأضعف والأقل خبرة أكثر حرية وأكثر وعياً وأعمق تفكيراً، وقد ظهرت تلك المعالجات من نواح عدة أهمها:

١ - قيام التزام عام على عاتق المهني بالإعلام وكذلك واجب الاستعلام من أجل

(٤٣٣) د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٩٩، السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ٢، وما بعدها.

(٤٣٤) د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٩٩، وما بعدها.

إعلام عديم الخبرة وتبصيره، فاليوم أصبح يؤخذ بسبب اللا مساواة في المعرفة بين المهني والجاهل بصورة أساسية وبشكل واسع أكثر فأكثر بثقة هذا الجاهل المشروعة وبموجب الإعلام المهني المتلازم مع الاستعلام، "فعلى هذا المهني تزويد المتعاقد الآخر بالمعلومات كما يضع الطابع التقني للعقد أو وموضوعه هذا المتعاقد الآخر في حالة دونية مفرطة " وقد استهدف هذا الالتزام جعل إرادة الجاهل أكثر تنوراً، فوسع في عيوب الإرادة التقليدية، وهو يفترض أيضاً تقيدات ضمنية لمبدأ الرضائية^(٤٣٥).

٢ - التوسع في تطلب الشكلية في العقود وبنصوص أمره وفرض مهل وخيارات لديم الخبرة في عدد من العقود، مما ساعد على حماية الرضا من العيوب وجعل الإرادة أكثر وعياً وتنوراً وأكثر تفكيراً^(٤٣٦).

٣ - التوسع في قواعد تفسير النصوص والعقود بالاعتماد على الإرادة الباطنة بشكل أفضل ومراعاة النوايا والمقاصد في العقود، أو الاعتماد على ضوابط موضوعية أكثر ليناً وأقرب إلى تحقيق العدالة التعاقدية، وتلبيح المعايير المادية واستبدالها في حالات كثيرة بالمعايير الشخصية، وإقرار مبدأ الكتمان التدليسي والقبول بالكذب مجرداً عن أي مظهر خارجي لتكوين التدليس وصدور عدة قوانين لقمع الغش والدعاية المضللة حتى قيل: لم يعد هناك مكان للكذب في مجال المعاملات سوى مكان واحد ومقلص جداً^(٤٣٧).

٤ - قيام نظرية عامة وشخصية للاستغلال، أهم صورها حماية عديم الخبرة كقولهم: "إن من يعلم بغلط المتعاقد الآخر أو جهله وعدم خبرته دون أن يزيل الضلال يكون قد ارتكب خداعاً بحصر المعنى لأنه بالتأكيد سيئ النية، بيد أنه لم يسبب الغلط بل اكتفى باستغلاله".

(٤٣٥) راجع سابقاً المبحث الخاص بمبدأ الالتزام بالإعلام، ص ٧٧ وما بعدها من هذا البحث.

(٤٣٦) راجع سابقاً المبحث الخاص بالشكلية، ص ٨٤ وما بعدها من هذا البحث.

(٤٣٧) راجع، سابقاً المبحث الخاص بالتدليس، ص ٢٩ وما بعدها من هذا البحث.

وأبعد من ذلك ذهب بعضهم إلى القول: "إن العقد الذي يبرمه الأفراد الأحرار والمسؤولون هو بذلك مطابق للعدالة غير أن الأمر لا يتعلق إلا بمجرد قرينة، إن التحقق من اللاتوازن المفرط بين التقديرات يفترض عيباً في الرضا أو البينة على أن أحد المتعاقدين لم يكن في وضع يتيح له أن يقدر أو أن يدافع سويّاً عن مصالحه ويسوغ تدخل القاضي" (٤٣٨).

٥ - التوسع في عقود الإذعان إلى درجة اعتبار كل جاهل أو مستهلك مذنباً بل إن البعض أصبح يرى "أن صفة الإذعان ليس لها مفهوم محدد ومعين وإنما هي مجرد رمز يشير إلى وجود أحد المتعاقدين في مركز أقل من الآخر" (٤٣٩).

٦ - التخلي عن كثير من الافتراضات عند التحقق من الرضا بالشروط وتطلب العلم الحقيقي والكافي بالشروط والرضا به، وكذلك بالنسبة للعادات والعرف التجاري. بل على العكس هو الذي تم تبنيه، حيث أصبح يفترض علم المهني بالعيوب الخفية مثلاً، ويفترض سوء نيته في كثير من الحالات، ويفترض عيباً في إرادة المتعاقد عديم الخبرة بمجرد ظهور الغبن، وافتراض مساواة الخطأ الجسيم بالخطأ العمدي والغش بالنسبة للمهني (٤٤٠).

٧ - وأخيراً وسعت القوانين الحديثة في مجال حماية المستهلكين والجهلة من دائرة الشروط الباطلة والمتعلقة بالنظام العام للحماية، بل إن كثيراً من القوانين التي منحت القاضي سلطة واسعة في إلغاء كل شرط أو تعديله يبدو تعسفياً ومفروضاً على المستهلك والجهلة باستغلال القوة الاقتصادية أو يتضمن منفعة مفرطة (٤٤١).

(٤٣٨) راجع سابقاً المبحث الخاص بالاستغلال، ص ٥١ وما بعدها من هذا البحث.

(٤٣٩) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص ٥٢-٥٣، راجع سابقاً مبحث عقود الإذعان. ص ٦٠ من هذا البحث وما بعدها.

(٤٤٠) راجع سابقاً نظرية الاستغلال وقواعد التفسير، ص ٥١ من هذا البحث وما بعدها. ص ٦٥ وما بعدها.

(٤٤١) راجع سابقاً الحماية المباشرة لعديم الخبرة، ص ٤٣ من هذا البحث وما بعدها.

وفي الفقه الإسلامي على الرغم من أن قواعده في مجملها أكثر موضوعية وصلابة في حماية استقرار المعاملات والقوة الملزمة للعقد، فإن جانباً لا بأس به من فقهاء عكسوا اهتماماً واضحاً باللامساواة في المعرفة والخبرة بهدف تحقيق العدالة التعاقدية، وذلك إلى جانب القواعد السابقة الإشارة إليها التي وجدت حتى عند الموضوعيين، واستهدفت تحقيق العدالة التعاقدية.

وأهم تلك المعالجات التي ظهرت سلفاً قبل قرن ونيف في قواعد الفقه الإسلامي هي:

١ - قيام واجب الالتزام بإعلام عديم الخبرة وتبصيره، وأظهر صورة له هو في مجال عيوب المبيع، - كما رأينا - وخارج مجال العيوب إعلام عديم الخبرة (المسترسل) حيث يقولون: "له الفسخ ما لم يعلمه أنه غال وأنه مغبون فيه" ويقولون: "لا يجوز الغش في المراجعة ولا غيرها ومنه أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهه المشتري أو يقلل رغبته فيه".

وإقرارهم لخيار الفسخ عند تلقي الركبان وبيع حاضر لباد وبيع المستأمن والمسترسل المستنصح والجاهل بصفة عامة حتى إن بعضهم ذهب إلى القول صراحة: "وله الخيار للغبن إذا لم يكن من أهل البصر والمعرفة".

ومن الصور المثلى في مجال حماية عديم الخبرة اعتبارهم الإجمال في بيان العيب تدليساً والمباغته في استخدام الحق لإسقاط خيار المجلس تدليساً "واعتبارهم التعريض والتلبيس في البيع والشراء تدليساً وكذلك غياب المفاوضة والتلبيس في الكلام تدليس يوجب الخيار".

وإلى جانب ذلك يعتبر خيار المجلس واللفظية ووحدة العقد وفكرة الشروط الفاسدة والغرر والربا وسائل مثلى لتحقيق العدالة التعاقدية ومحاربة الاستغلال وحماية الإرادة من أي غلط أو جهل أو تدليس.

وفي القانون اليمني، وإن كانت المادة (١٤) قد جعلت الأصل في الشروط الصحة فإن المادة (٢٦٣) قيدت من صحة الشروط، ولم تجز من الشروط

سوى الشروط التي يقتضيها العقد أو تلائمه أو جرى بها العرف، أخذاً برأي الشافعية والحنفية.

كما أن القانون اليمني راعى القصد والنية في العقود أخذاً بالإرادة الباطنة، وذلك ما ظهر في عيوب الإرادة ومبدأ الرضائية، وأبطال تصرفات الهازل وما في حكمه والبطالان للباعث غير المشروع.

كما أن القانون اليمني نص كقاعدة (م١٣) على أن الغش يبطل العقود (م١٣) وتطلب حسن النية عند تكوين العقد وتنفيذه (م٢١٢). بل إن القاعدة (م١٣) أن الضرر الذي يمكن التحرز منه عادة يكون مانعاً من صحة العقد.

وبذلك ظهر أن القانون اليمني قد سائر فقهاء المالكية والحنابلة والزيدية في تعويله على الإرادة الباطنة.

ويجب ملاحظة أن القانون اليمني قد تضمن قواعد غاية في الأهمية والجدة تصلح أساساً للقضاء تسمح له بتوفير قدر كافٍ من الحماية لعديم الخبرة، وهي:

١ - انفراده بتعريف عقود الإذعان وإعطائها مفهوماً واسعاً يشمل كل متعاقد، يوجد في وضع دوني حيث تقول المادة (٢١٣): "هي التي وضع شروطها القوي على الضعيف".

٢ - انفراده بتحديد العيوب التي توجب الرد للعيب بمفهوم شخصي. حيث تنص المادة (٢٤٢) على أنه "خيار العيب هو ما وجب لظهور شيء في المعقود عليه ينقص القيمة أو يفوت غرض التعاقد".

المبحث الثالث

تأصيل التطور في حماية عديم الخبرة

من المناسب هنا بعد سرد ذلك التطور في تليين القواعد القانونية لمدونات القانون المدني لصالح المتعاقد الضعيف وخصوصاً في مجال الحماية من الشروط التعسفية التي أدى فرضها في الغالب إلى اختلال التوازن العقدي، أن

نتساءل عن المدخل والأساس لذلك التطور وما كان أثره في مبدأ سلطان الإرادة؟

رأى بعضهم أن ذلك التطور الكبير في مجال حماية عديم الخبرة ومراعاة اللامساواة المفرطة بين المتعاقدين، اقتضى التضحية بمبدأ سلطان الإرادة الذي تقوم عليه قواعد القانون المدني بل وجد من يطالب بإجراء تعديل جوهري في قواعد القانون المدني، أو على الأقل - كما يرى بعضهم - ضرورة صدور قوانين خاصة لحماية المستهلكين على غرار قوانين العمل، ولذلك يقولون: "إن من الواجب اليوم التخلي عن تطبيق المبدأ الأساسي لسلطان الإرادة، فهو لا يسمح على الإطلاق اليوم بتحليل قواعد القانون المدني، ويجب استبداله بمفهوم آخر هو مبدأ عدالة العقد ونفعه، فالعقد ليس له القوة الملزمة ما لم يكن عادلاً ونافعا" (٤٤٢).

ولهذا يرى جستان: "إن مبدأ سلطان الإرادة قد عود الأذهان على أن ترى في كمال الرضى غاية في ذاته، فمثلاً: لماذا نفترض أن الغبن يفترض معه عيباً في الإرادة، يجب أن نفهم الأمر بالعكس من ذلك هو الافتراض أن اتفاق الإرادتين قد أتاح إرضاء حاجات المتعاقدين وفقاً للعدالة التبادلية، ولكن ليس ذلك الافتراض إلا قرينة بسيطة يجب استبعادها في كل مرة لا تضطلع الإرادة بوظيفتها في حالات اللامساواة المفرطة والمشوهة في حالة عدم توازن جلي في حقوق المتعاقدين والتزاماتهم، فحماية الرضا ليست إذاً سوى وسيلة للعمل على احترام العدالة العقدية" (٤٤٣).

ونجد ما يشابه ذلك التصور عند أصحاب الظاهر من فقهاء الشريعة الإسلامية حيث يقولون: (المالك منهي عن إضاعة ماله لحديث أنه نهى عن قيل

(٤٤٢) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ١٤١- ٢٢٨ وما بعدها، د. حسن

عبدالباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٩٦- ٩٧،

د.السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ٣ وما بعدها.

(٤٤٣) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٢٥٨- ٢٥٩.

وقال وعن إضاعة المال، ويبقى النظر هل غبنه من بيعه وشرائه من الإضاعة، فإن كان منهما كان آثماً ولا دليل على عدم صحة عقده أو على أن له الخيار، ثم رأيت بعد أعوام أن الظاهرية قالوا نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن إضاعة المال، قالوا والمشتري للشيء بأكثر من قيمته والبائع له بأقل من قيمته مضيع لماله. وفصل ابن حزم، فقال: هذا إذا لم يعلم قدر الغبن، وأما إذا علم قدر الغبن، وطابت به نفسه فهو مأجور إذا أحسن إلى إنسان... وقرر أنه إذا لم يعلم الغبن فهو بيع باطل^(٤٤٤).

ولكن الرأي الآخر والمقبول عندي على الأقل في إطار واقع المجتمع العربي، أن ذلك التطور في حماية عديمي الخبرة والجهلة ليس فيه ما يمس مبدأ سلطان الإرادة إلى حد التخلي عنه، فيجب بقاؤه قاعدة لتفسير قوة العقد الملزمة، إنما يجب اقترانه بمبدأ حسن النية وهو ما سوغ الفقه والقضاء به ذلك التطور حتى إن جستان نفسه يسند الفضل في ذلك التطور لاقتران الإرادة بحسن النية الذي يتطلب الاستقامة عند تكوين العقد وعند تنفيذه، وهذا ما تُعزز الأخذ به القوانين المدنية التقليدية نفسها التي تسمح بذلك التطور في حدود مجال أعمال حسن النية^(٤٤٥). حيث ذهب جوجلار إلى القول: "إنه يمكن الوصول إلى تقرير المسؤولية عن طريق النظر بعين الاعتبار ليس إلى المتعاقد ذي الإرادة المعيبة فحسب بل إلى سلوك المتعاقد الآخر، ومدى مساهمته في تعييب هذه الإرادة عن طريق إخلاله بتنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه بالإدلاء بالبيانات عند إبرام العقد"^(٤٤٦).

(٤٤٤) حاشية ابن الأمير، هامش ضوء النهار، ج٣، ص١٢٦٣.

(٤٤٥) عبد الحليم عبد اللطيف القوتي، حسن النية وأثره في التصرفات، مرجع سابق، ص٢٤، ص٣٧٨ وما بعدها.

(٤٤٦) دي جوجلار، الالتزام بالإدلاء بالبيانات في العقود، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٤٥م، ص٢، أشار إليه د. نزيه صادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد، مرجع سابق، ص٥٩.

وجستان نفسه يقول: "هناك قاعدة في قوانيننا نقاط موازية لقاعدة مضمرة هو مبدأ حسن النية، ويعود - من ثم - للمفسر أن يستخرج وللقضاء أن يجتهد ويكرس كعنصر من القانون الوضعي، هذا المبدأ العام الذي يصلح بهذه الصفة كتوجيه للتفسير ولا سيما تجاه القوانين الجديدة" (٤٤٧).

فحسن النية - كما يرون - هو الوسيلة التي يستخدمها المشرع والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، فلا يجب أن تبقى على صعيد الضمير وحسب، فهو يقود إلى الصدق والثقة والأمانة والتسامح، ويقود أيضاً إلى الاعتماد على العادات الحسنة والشريفة للتجارة، إنه قادر على أن يخلق قاعدة للسلوك تتفق وبديهية الحس السليم (٤٤٨). ولا يعتبر مبدأ سلطان الإرادة متعارضاً مع تقرير مبدأ حسن النية بل على العكس من ذلك فهو يتيح بذاته تقييد كل من إرادتي المتعاقدين، وإلزام كل منهما بوجوب اتباع مبدأ حسن النية وعدم الإخلال بالثقة عند إبرام العقد حتى ينظر الأمر نفسه من المتعاقد الآخر (٤٤٩).

وهذا هو التفسير المقبول في الفقه الإسلامي الذي على أساسه جاءت تلك الآراء المستنيرة لكثير من الفقهاء لمفهوم مبدأ التراضي، فلن يختلف معي أحد لو قلت إن مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها الواضحة والمتواترة على إيرادها وتأكيد النصوص القرآنية والأحاديث النبوية، تؤكد أن أهم ركائز العقد هو التراضي مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

(٤٤٧) جاك جستان، تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٢٦٩ وما بعدها.

(٤٤٨) انظر د. عبد الحليم القوتي، حسن النية وأثره في التصرفات، مرجع سابق، ص ٣٠٥، ص ٣٧٨.

(٤٤٩) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوتي، حسن النية وأثره في التصرفات، مرجع سابق، ص ٣٧٨.

وإن متطلبات الرضا هو حسن النية في التعامل، فالآيات والأحاديث التي تتطلب بناء التعاقد على الصدق والثقة والأمانة والسماحة والتناصح والبعد عن الغش والاستغلال بكل صوره وأشكاله كثيرة وغزيرة، كقوله - صلى الله عليه وسلم -: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (أخرجه البيهقي) وقوله - صلى الله عليه وسلم - لمن كان يغش في البيوع: " من غشنا ليس منا " (أخرجه مسلم) وقوله - صلى الله عليه وسلم -: " المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه " (رواه أحمد عن وائلة) وقوله - صلى الله عليه وسلم -: " لا تلقوا الركبان ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر و في لفظ وهو بالخيار ثلاثاً " (رواه مسلم).

وغير ذلك كثير، وحديث حبان ابن المنقذ أكبر شاهد على رعاية الشارع لعديم الخبرة ومراعاته للا مساواة المفرطة في التعاقد.

وحديث المصرة والنجش وتلقي الركبان وبيع حاضر لباد أصدق دليل على اهتمام الشارع وتحريمه لجميع صور الغش والتدليس مهما بدت غير مؤثرة.

بل إن الفقهاء أنفسهم أجمعوا دون استثناء على تحريم ذلك إلا أن البعض حرصاً منهم على مراعاة ظروفهم وزمانهم أبقوا التحريم في مجال الأخلاق والدين اعتماداً منهم على الوازع الديني آنذاك.

أما اليوم وبسبب توسع النشاط التجاري والصناعي فقد اختلف الأمر حيث يقول ابن خلدون: "إنها - أي التجارة - تستدعي المكايسة والخلابة والمماحكة، والغش، وتعاهد الأيمان الكاذبة على الأثمان رداً وقبولاً".

أما بعض الفقهاء والمصنفين والمجتهدين فقد أحسنوا أعمال تلك النصوص والقواعد، وعكسوا أثرها في آرائهم وقواعدهم الموسعة، كمرعاة المقاصد في إبطال الحيل في العقود، والتوسع في حماية الإرادة من كل وسائل التضليل والمكر والخداع والجهل والغلط الطارئ من العجلة وانعدام المفاوضة والاستئمان والثقة المتبادلة أو الغلط الناشئ أيضاً من قلة المعرفة ونقص البصيرة في التعاقد.

ولهذا يقول الشاطبي في الموافقات: "والسبب في هذا الاختلاف - الاختلاف بين أحكام العبادات والمعاملات - يرجع إلى ارتباط أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي بالمصالح والمفاسد الدنيوية، وإن هذه المصالح وتلك المفاسد غالباً ما تعرف بالفعل، وتحصل بالتجارب والاستنتاج، لهذا فإنها عرضة للتغير والتبديل، لهذا فإن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون النص لأن الشارع توسع في بيان العلة والأسباب في تشريع باب العادات، فيفهم من هذا أن الشارع قصد اتباع المعاني لا الوقوف على النصوص بخلاف العبادات فإن المعلوم فيها خلاف ذلك" (٤٥٠).

وبناء عليه، فإن مبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها من المبادئ التي تؤدي إلى تحقيق العدالة التعاقدية، فالعدل هو الميزان، وهو استواء السريرة والعلانية من كل عامل لله عملاً (٤٥١)، فعندما يستوي السر بالعلن والظاهر مع الباطن عن قصد البر يتحقق العدل والتوازن المطلوب في العلاقات العقدية (٤٥٢).

بخلاف الحال لو ساءت النية ودخل كل واحد في العقد بنية التدليس والغش فإن ذلك - لا ريب - يؤدي إلى إحداث خلل واضطراب في العلاقات التعاقدية (٤٥٣) "فللعدل في مجال الأخلاق نطاق واسع، فهو بمعناه العام يشمل النزاهة في جميع الأقوال والأعمال وما يتفرع عن ذلك من فضائل أخلاقية مقرونة بالناحية الدينية، وهي التي تدخل في مضمون العمل الصالح، كذلك تستعمل كلمة العدل صفة، وتكون بمعنى المستقيم العادل النزيه (٤٥٤).

(٤٥٠) الموافقات للشاطبي، ج ٣، ص ٢٥٦، ص ٣٠٦.

(٤٥١) تفسير ابن كثير، ج ٢، ص ٦.

(٤٥٢) د. عبد الحليم القوتي، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٤٥٣) د. عبد الحليم القوتي، مبدأ حسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣١٦.

(٤٥٤) صبحي المحمصاني، في الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ص ١٨٥ - ٢٧٢ وما بعدها، مشار إليه في د. عبدالوهاب علي بن سعد الرومي، أساس انفساخ العقد، =

وأخيراً نختم بقول الدكتور عبدالناصر العطار "..... ولا شك أن التعاقد في مجال المهارة المشروعة يخرج سليماً له أثر قانوني، أما إذا حدث التعاقد في جو التبس فيه الحق بالباطل وسادته عوامل الخدعة، وعصفت به عواصف الغش وطغى عليه طغيان التلفيق والتلبيس بما جعل العاقد الآخر قد ابتعد كثيراً عن المنطقة السليمة للتعاقد الصحيح، فالتعاقد خارج عن النطاق المشروع" (٤٥٥).

= دراسة منهجية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، جامعة الكويت، ص ٥٧.
(٤٥٥) د. عبدالناصر العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات والعربية، مرجع سابق، ص ١٦٣.

المراجع

أولاً - مراجع الفقه الإسلامي:

الفقه الحنفي:

- ١ - الأشباه والنظائر، لزين الدين بن نجيم الحنفي، طبعة دار الكتب العملية ١٩٩٣م.
- ٢ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للعلامة زين الدين بن نجيم، مطبعة دار الكتب العلمية بمصر ١٣٣٤هـ.
- ٣ - الدر المختار على تنوير الأبصار، لمحمد بن علي بن محمد الحصري الحصكفي المتوفى ١٠٨٨، مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين المسماة برد المحتار على الدر المختار (طبعة دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م).
- ٤ - المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المتوفى سنة ٤٨٣هـ، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر ١٣٢٤هـ.
- ٥ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- ٦ - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ، التراث العربي، ١٤٠٧/١٩٨٧م.
- ٧ - شرح الهداية، (فتح القدير)، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ، الطبعة الأولى ١٩٧٠م، مصطفى البابي الحلبي، مصر.
- ٨ - مجمع الأنهر (شرح ملتقى الأبحر) للقاضي عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن

سليمان المعروف بداماد أفندي المتوفى سنة ١٠٧٨هـ، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

الفقه المالكي:

- ١ - الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، لأحمد بن أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١، مطبوع بهامش حاشية الصاوي، طبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- ٢ - الشرح الكبير على مختصر خليل، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١، ومطبوع بهامش حاشية الدسوقي، مكتبة زهران، القاهرة.
- ٣ - الفروق، للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي، طبعة عالم الكتب.
- ٤ - القوانين الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المتوفى ٧٤١هـ، طبعة دار الكتب العلمية.
- ٥ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى ٥٢٠، الطبعة العاشرة ١٩٨٨م دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٦ - شرح الخرشي (فتح الجليل شرح مختصر خليل)، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المتوفى سنة ١١٠١هـ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر ١٣١٧هـ.
- ٧ - مواهب الجليل (شرح مختصر خليل)، لأبي عبد الله بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٩هـ.

الفقه الحنبلي:

- ١ - إعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي

بكر المعروف بابن القيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ، طبعة دار الأرقم ١٩٩٧م.

٢ - الشرح الكبير على متن المقنع، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٩٨٢هـ مطبوع مع المغني لموفق الدين بن قدامة (طبعة دار الكتب العلمية) ١٤٠٣هـ ١٩٨٢م.

٣ - القواعد في الفقه الإسلامي، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ (طبعة دار الجيل، بيروت، لبنان).

٤ - المغني، لموفق الدين ابن قدامة المقدسي (طبعة دار الكتب العلمية ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م وطبعة هجر، للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ/١٩٩٠م وتمت الإشارة إليها في موضعها).

٥ - كشف القناع على متن الإقناع، للشيخ منصور بن إدريس بن صلاح الدين البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ، طبعة دار الفكر ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٦ - كتاب الفروع، للإمام شمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة ٧٦٣هـ، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، ١٤١٥هـ/١٩٨٥م.

٧ - فتاوى ابن تيمية، طبعة دار المنار، ١٩٨٨م.

المذهب الشافعي:

١ - الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ (طبعة دار الفكر). د - ت.

٢ - الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ (طبعة دار الكتب العلمية).

٣ - المذهب، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٩هـ، طبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه. د - ت.

٤ - الوجيز، للإمام أبي حامد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ (طبعة دار الفكر، لبنان ١٩٩٤).

- ٥ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الخطيب الشربيني على فعل منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بن شرف النووي (طبعة دار الفكر)، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

الفقه الزيدي:

- ١ - التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، للقاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني (طبعة مكتبة اليمن الكبرى)، د - ت.
- ٢ - الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، لشرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي اليماني الصنعاني المتوفى سنة ٨٧٧هـ (طبعة دار الجبل)، بيروت، لبنان.
- ٣ - المنتزع المختار من الغيث المدرار المسمى بشرح الأزهار، لأبي الحسين عبد الله بن مفتاح المتوفى سنة ٨٧٧هـ (طبعة غمضان) سنة ١٤٠١هـ.
- ٤ - ضوء النهار المشرق على صفحات الأزهار، للحسن بن أحمد الجلال (طبعة مجلس القضاء الأعلى اليمني ١٩٨٥م).
- ٥ - منحة الغفار على ضوء النهار، للإمام محمد بن إسماعيل الأمير بهامش ضوء النهار السابق.

المذهب الظاهري:

- ١ - المحلى، لأبي محمد بن علي بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ (طبعة دار التراث).

ثانياً - مراجع في الحديث والأصول والتفسير:

- ١ - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام للعلامة شيخ الإسلام تقي الدين أبي الفتح الشهير بابن دقيق العيد المتوفى ٧٠٢هـ (طبعة دار الكتب العلمية).
- ٢ - الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الأندلسي، القاهرة، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٤٥هـ.

٣ - الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخبي الغرناطي المالكي، المتوفى ٧٩٠ (طبعة دار الكتب العلمية، بيروت).

٤ - (تفسير القرطبي) الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبدالله الأنصاري القرطبي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ ومكان نشر.

٥ - شافي العليل في شرح الخمسمائة آية من التنزيل، تأليف عبد الله بن محمد النجري اليماني، تحقيق وتعليق أحمد علي الشامي، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، اليمن ١٩٨٦م.

ثالثاً - المراجع الحديثة في الفقه الإسلامي:

- ١ - الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي ١٩٧٧م.
- ٢ - الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات، ط ١، دار الفكر العربي.
- ٣ - عبد الحكيم عبد اللطيف القوتي، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١م.
- ٤ - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة الثقافة، عمان ١٩٩٨م.
- ٥ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، الجديدة، منشورات الحلبي بيروت، لبنان ١٩٩٨م.

ثانياً - المراجع القانونية:

مؤلفات عامة:

- ١ - د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ١٩٤٥م.
- ٢ - د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة.

- ٣ - د. أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، المكتبة الجامعية الحديثة، ٢٠٠١م.
- ٤ - د. توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، المدخل للعلوم القانونية والنظرية العامة للالتزامات، بيروت ١٩٧٢م.
- ٥ - د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون اليمني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٨٦م.
- ٦ - د. جميل الشرقاوي، أصول القانون، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
- ٧ - د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المصري، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٨١، ١٩٩١م.
- ٨ - د. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية - الطبعة الثانية، ١٩٩١ - ١٩٩٢م.
- ٩ - د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٩م، ومصادر الالتزام، ١٩٩٧م.
- ١٠ - د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤م.
- ١١ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح الفقهي، ج٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.
- ١٢ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح الفقهي، ج٧، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.
- ١٣ - د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٩٤م.
- ١٤ - د. عبد الودود يحيى، درس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٦.
- ١٥ - د. عبد الودود يحيى، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٩م.
- ١٦ - د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، الدار العلمية، عمان.

- ١٧- د. محمد جمال الدين زكي، الوجيز في الالتزامات، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، ط٣، ١٩٨٧م.
- ١٨- د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، مصادر الالتزام، دار الفكر المعاصر، بيروت ١٩٩٢.
- ١٩- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري، النظرية العامة للالتزامات، المطبعة الجديدة، دمشق ١٩٨٦م.
- ٢٠- د. مصطفى جمال التأمين الخاص وفقاً لأحكام القانون المصري، الطبعة الأولى ٢٠٠١م.
- ٢١- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٧م.

المؤلفات المتخصصة (أبحاث ومقالات):

- ١ - د. إبراهيم أحمد إبراهيم، نظرية التدليس في التشريع المصري، المحاماة، السنة الخامسة، ٩٤م.
- ٢ - د. أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والقضاء الأنجلوأمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت.
- ٣ - د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف الإسكندرية.
- ٤ - د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مشكلة عدم تحديد الثمن في بعض العقود طويلة الأمد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- ٥ - د. إسماعيل محمد المحاقري، الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون اليمني والفقه الإسلامي، سعد سمك، القاهرة ١٩٩٦م.
- ٦ - د. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، ١٩٧٥م.

- ٧ - د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ١٩٩٦م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٨ - د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية بدون تاريخ نشر.
- ٩ - د. عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني المقارن، الدار العلمية ودار الثقافة، عمان، الأردن ٢٠٠٢م.
- ١٠ - د. عبد الكريم القاضي، نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليمني، مقارناً بالفقه الإسلامي، رسالة مقدمة إلى جامعة عين شمس ١٩٩٩م.
- ١١ - د. عبد المنعم فرج الصدة، الاستغلال كسبب لإبطال العقد، جامعة بيروت، ١٩٧٤م.
- ١٢ - د. محسن عبد الحميد البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول، السكوت والإذعان، دار النهضة العربية.
- ١٣ - د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية، القاهرة، ٢٠٠١م.
- ١٤ - د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، عمان - الأردن.
- ١٥ - د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٦ - د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- ١٧ - د. منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، مذكرات لطلبة الدراسات العليا، ١٩٩١ / ١٩٩٢م.
- ١٨ - د. نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية وقضائية مقارنه، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م.

مراجع في القانون الفرنسي:

- ١ - جاك جستان، المطول في القانون الفرنسي، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط ٢٠٠١م. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- ٢ - جاك جستان، المطول في القانون الفرنسي، مفاعيل العقد، ترجمة منصور القاضي، ط ٢٠٠١م. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- ٣ - جيروم هوييه، المطول في القانون الفرنسي، العقود الرئيسة، المجلدان الأول والثاني، ترجمة منصور القاضي، ط ٢٠٠١م، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر، بيروت، لبنان.