

الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد

الدكتور محمد عبدالظاهر حسين
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

يقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام...﴾ (سورة المائدة الآية الأولى)
«العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين أما إذا اختلفت قوة كل منهما في
العقد فمن الظلم القول بأنه شريعتهم...»

مقدمة:

تعتبر المرحلة السابقة على إبرام العقد من أهم مراحل وأخطرها بما تحتويه من تحديد لأهم
ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة سواء منها ما يتعلق
بالمخالفات اللاحقة للالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع
المسؤولية التي تنشأ على عاتق الطرف الذي بسببه لم ينعقد العقد وتوقفت العلاقات بين الأطراف
على هذه المرحلة السابقة على التعاقد. وعادة ما تستغرق هذه المرحلة وقتاً طويلاً أكثر من الوقت
اللازم لإبرام العقد وخاصة في العقود غير التقليدية التي لا تلائمها القواعد التقليدية للإيجاب
والقبول. فهذه القواعد أصبحت غير قادرة على الاستجابة لضرورات وسائل الإنتاج الصناعي وطرق
التسويق الحديثة وتعجز عن مجابهة المخاطر التي تنطوي عليها عادة العقود غير التقليدية.

وتأتي أهمية دراسة المرحلة السابقة على التعاقد من ناحية عدم اهتمام المشرع بها في كثير من
الدول مثل اهتمامه بالمراحل التالية على إبرام العقد إذ إن الحديث في معظم نصوص التقنين المدني ينصب
على تنفيذ كل طرف في العقد لالتزاماته، وكذا، المسؤولية المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات أو بعضها
من خلال التوسع في الكلام عن المسؤولية العقدية بعناصرها الخطأ والضرر وعلاقة السببية^(١).

(١) إذ على الرغم من الدور الذي تلعبه المفاوضات في فروع القانون المختلفة وسواء أكانت على المستوى الداخلي أم على
المستوى الدولي والمكانة التي احتلتها على صعيد التجارة الدولية حيث تحكمها مجموعة قواعد نشأت من خلال
التطبيق بين التجار، والزموا أنفسهم بها وتسمى Lex mercatoria وتقوم على تبين كامل لفكرة الحرية التعاقدية
وما تتطلبه من أن كل أمر قابل للتفاوض، فعلى الرغم من هذا الدور وتلك المكانة فإننا نادراً ما نجد تشريعات
أفردت تنظيمها خاصاً لهذه المرحلة السابقة على التعاقد، ومن هذه التشريعات النادرة تشريعات إيطاليا واليونان.

وهذا الاتجاه من جانب المشرع أثر بلا شك في اتجاه الفقه الذي ركز بدوره على مراحل تنفيذ العقد وإنهائه أكثر من تركيزه على المرحلة السابقة على إبرامه، ويتضح ذلك من خلال الاطلاع على العديد من الدراسات القانونية المتعلقة بنظرية العقد، إذ نجد معظمها يهتم بدراسة الجوانب والآثار القانونية التي تنبثق عنها المراحل التالية على إبرام العقد.

وأهم جانب من الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد يكمن - من وجهة نظري - في كيفية حماية أطراف العقد المزمع إبرامه في هذه المرحلة. أي حمايتهم في مرحلة التفاوض للتمهيد لإبرام العقد. إذ إن هذه المرحلة تتطلب التدقيق في مسائل مختلفة بشأن العقد مثل مواعيد التوريد والتنفيذ والأسعار وشروط مراجعة العقد وضممان حسن التنفيذ. ويتم خلال هذه المرحلة عدد هائل من العمليات، مثل القيام بأعمال تحضيرية وفحوص فنية ودراسات اقتصادية وإعداد خطط المشروع محل العقد وتوفير وسائل التمويل والتأمين^(١).

ثم يأتي الجانب الثاني لهذه المرحلة ويتعلق بالحالة التي تفشل فيها المفاوضات على التعاقد ويكون سبب الفشل راجعا إلى أحد الطرفين فهنا تثار - بلا شك - مسألة نوع ونطاق المسؤولية التي تنشأ على عاتق هذا الطرف، وكذلك مدى حق الطرف الآخر في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد تصيبه من جراء عدم إبرام العقد، فما أحكام دعوى التعويض التي يملك رفعها في هذه الحالة؟.

(١) وعادة ما يسفر عن العمليات التي تتم في هذه المرحلة العديد من الاتفاقات التي تأخذ مسميات مختلفة وتصب في قوالب متعددة من المستندات يتبادلها الأطراف ويسجل فيها ما توصلوا إليه من اتفاق حول أمور أو مفاهيم تخص هذه المرحلة. وقد يدل كل مستند من هذه المستندات على اجتياز مرحلة معينة من المفاوضات، ومن هذه المسميات نجد البروتوكول، مذكرة أو خطاب التفاهم أو خطاب النوايا. والمصطلح الأخير هو الأكثر استعمالا ويقوم بتحريره عادة أشخاص ليس لهم دراية قانونية كالمهندسين أو المديرين، ولذلك تأتي صيغته عامة ينقصها الوضوح والدقة مما يصعب من مهمة التكييف والتأكد مما اتجهت إليه نية الأطراف. ويلاحظ أن مصطلح «خطاب النوايا» من المصطلحات المأخوذة عن الفقه الأنجلو أمريكي حيث ابتدعه هناك الأوساط التجارية والاقتصادية، ولذلك فقد كان من الصعب - في بداية الأمر - تقبله واستيعابه في ظل النصوص القانونية في التقنينات اللاتينية. إلا أنه سرعان ما استقر في عرف هذه التقنينات ما جرى عليه العمل في مجتمعاتها. مما يلاحظ أيضا أن المستندات الناتجة عن المرحلة السابقة على التعاقد لا تتمتع جميعا بقوة قانونية وإنما لا تثبت هذه القوة إلا لتلك المستندات التي تحمل اتفاقا معينا ومحددا بين الأطراف واتجاه نيتهم إلى الالتزام بما ورد بها. أما إذا جاء مضمون هذه المستندات في شكل إجابة عن استفسارات موجهة من طرف إلى آخر أو في شكل معلومات متبادلة بينهما فلا يصير لهذه المستندات قوة قانونية.

الفصل الأول

الجانب الأول

حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد

المتعاقدون ليسوا سواء في جميع العقود وإنما يختلفون فيما بينهم من حيث قوتهم في التعاقد وقدرتهم على التفاوض ومقدار الحرية التي يتمتعون بها أثناء التفاوض.

ولذلك، يمكننا تقسيم المتعاقدين إلى فئات ثلاث: الفئة الأولى: المتعاقد العادي، ويندرج تحت هذه الفئة الغالبية من المتعاقدين الذين يبرمون عقودهم في ظروف عادية، وغالباً ما يكون أطراف العقد متساوين في كل شيء ويتمتعون بذات القدر من حرية التعاقد وسلطان الإرادة سواء عند الإقدام على التعاقد أو عند تحديد بنود العقد وشروطه.

الفئة الثانية: وتخص المتعاقدين في ظروف غير عادية، والذي يجعل التعاقد غير عادي هي الظروف التي تحيط بالتعاقد عامة وبأحد المتعاقدين على وجه الخصوص.

الفئة الثالثة: وتشمل جميع المتعاقدين مع أرباب المهن الحرة نظراً لما تحتوي عليه العلاقة هنا من تباين واضح واختلاف كبير بين طرفيها.

المبحث الأول

الفئة الأولى

المتعاقد العادي

ويقصد به ذلك الشخص الذي خاطبته معظم نصوص التقنين المدني بفرض أن الظروف التي أحاطت به في التعاقد ظروف عادية وأن من يتعاقد معه على قدم المساواة به في كل ما يخص العقد سواء من حيث أهلية كل منهما للتعاقد وخلو إرادتهما من أي عيب أو نقص وكذلك قدرتهما المادية أو الاقتصادية بشكل عام على التعاقد.

والمتعاقد بهذا الشكل هو المشتري والبائع، هو المستأجر والمؤجر، هو الوكيل والموكل، هو العامل ورب العمل، هو المقاول وصاحب العمل، هو كل طرف في أي عقد من العقود التي أشار إليها التقنين المدني تحت ما يسمى بطائفة العقود المسماة ولكن - كما سبقت الإشارة - تناول المشرع المدني حماية المتعاقد العادي في المراحل التالية على إبرام العقد أكثر من تناوله في المرحلة السابقة على ذلك والخاصة بالتفاوض على التعاقد وعلى بنوده وشروطه.

ولذلك، فنحن هنا نشير - إلى بعض النصوص الواردة في التقنين المدني والتي نراها متعلقة بحماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد حتى ولو بشكل غير مباشر. مع ملاحظة أن هذه الإشارة تقتصر على نصوص التقنين المدني دون غيرها من النصوص التي قد توجد في تشريعات أخرى متفرقة لم يتسع المجال أو المقام لذكرها والبحث عن حماية المتعاقدين فيها.

المطلب الأول

النص الأول:

١ - ولعل النص الأول المتعلق بهذه المرحلة هو نص المادة ٥١ من التقنين المدني الكويتي الصادر بالمرسوم بتشريع رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ والذي لا يوجد مثيل له في التشريع المصري^(١). إذ يقول «إذا اتفق المتعاقدان على أن تسري في شئونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية، سرت هذه الأحكام، ما لم يثبت أي منهما أنه، عند حصول الاتفاق بينهما، لم يكن يعلم بهذه الأحكام، ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها.

٢ - وإذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسية، بطل العقد، فإن كانت ثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها، وفقاً لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة:

العقد النموذجي أو اللائحة النموذجية هي صيغ مكتوبة تحتوي على القواعد والشروط العامة التي تحدد آثار التعامل وأحكامه بشكل عام، أي تبين ما يترتب عليه من حقوق والتزامات لأطرافه^(٢). ويسمى لذلك بإعلان مبادئ أو إطار عام للتعامل، وقد لجأت التجمعات التجارية بالذات إلى وضع هذه الصيغ لتسهيل تجارة سلعة معينة أو مجموعة من السلع.

والنظر بدقة في العقد النموذجي يبين عدم احتوائه على تبادل إرادات بين طرفيه بما يعنيه من إيجاب وقبول طبقاً للقواعد العامة في العقود. فالعقد النموذجي هو مجرد صيغة بسيطة توضع لكي تكون نموذجاً لعقود تبرم في المستقبل، مما يوحي بالشك في وضعها بأنها عقد، ومن هنا، اتجه رأي إلى تسميتها بالصيغة النموذجية للعقد وليس بالعقد النموذجي^(٣). كما أن في تسمية المشرع الكويتي لها باللائحة النموذجية بعض الدقة.

(١) وقد كانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تنص على أنه: إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى، نموذجاً لأحد العقود، فإن من يبرم هذا العقد. ويحيل إلى النموذج، يتقيد بالشروط الواردة فيه.

(٢) «إذا كانت القواعد والأحكام التي تنظم تعاقدنا معنا قد وضعت من قبل الدولة أو إحدى هيئاتها، وبصفة عامة أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، أطلق عليها نموذج لائحة، طالما كان القصد منها تيسير تعاقد الأفراد معها بشأن نشاط معين.

دإبراهيم الدسوقي أبو الليل - العقد والإرادة المنفردة - مؤسسة دار الكتب - ١٩٩٧ ص ١٢٠.

(٣) CSHMIDT (J) le prix du Contrat de Fourniture, D; 1985 chro, p.176.

وقد عرفه بأنه «العقد الذي يتضمن القواعد والأحكام الأساسية التي تخضع لها مستقبلاً العقود المنفذة أو العقود التي تبرم تطبيقاً لهذه الأحكام...» وإن كان البعض من الفقه قد ذهب إلى القول بتوافر أركان العقد وخاصة تبادل رضاه الأطراف - في هذه الصيغ النموذجية إذ الإصل أن أحكام أي عقد نموذجي لا تسري إلا باتفاق الأطراف وبراءتهم، بل إن هناك من العقود النموذجية ما تتطلب لتطبيقها أن تكون إحالة الأطراف عليها صراحة وكتابة.

د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع - دار النهضة العربية ١٩٨٨ ص ٥٨.

وهذه الصيغة أو اللائحة النموذجية لا تخلو من فائدة، حيث إنها تتضمن نموذجاً لتنظيم تفصيلي، ودقيق لبعض العقود التي يبرمها الأفراد. وهذا التنظيم كثيراً ما تغفل عنه النصوص القانونية. ويلجأ إليه الأفراد عند رغبتهم في التعاقد على مسائل فنية أو قانونية يجهلون تفصيلاتها. إلا أن هذه النماذج لا تخلو أيضاً من خطورة وخاصة على المتعاقد الجاهل. فبالإضافة إلى أن في هذه النماذج تقييدا لحرية الأفراد وسلطان إرادتهم، فقد أصبحت اليوم تتخذ كوسيلة فعالة لإعمال فكرة العقد الموجه - Contrat Dirigé.

أضف إلى ذلك، أن هذه النماذج أو الصيغ للعقود تقوم بوضعها عادة منظمات جماعية خاصة قوية من الناحية الاقتصادية. فإذا ما رغب شخص استعمالها فإنه يحيل إلى أحكامها حتى دون علمه بمضمونها أو اطلاعه عليه وخاصة بالنسبة للنماذج التي تسمح لأطراف التعامل باستخدامها دون الحاجة إلى إفراغ اتفاقهم في شكل كتابي آخر، فيصبح النموذج هو العقد بين الطرفين وما عليهم إلا ملء الفراغات التي تهدف إلى معرفة بيانات المتعاقدين الخاصة من اسم ومحل إقامة. وكذلك البيانات المتعلقة بالشئ محل العقد المزمع إبرامه. ويمكن أن نجد مثالا لذلك، بما يسمى بعقود الإيجار المطبوعة التي يتداولها الناس في حياتهم اليومية. كما يعد من هذا القبيل ما يسمى «بالكتالوج» أو كراسة المواصفات والشروط التي يشير عادة المتعاقدون إلى أنها جزء من العقد بعد إبرامه، وتحتوي على بيانات فنية دقيقة يصعب على غير المتخصص في مجال هذه البيانات فهمها أو معرفة المقصود منها.

وقد تنبه المشرع الكويتي إلى فرض عدم اطلاع المتعاقد على العقد النموذجي أو اللائحة. وقرر أنه إذا كانت أحكام العقد النموذجي تسري عند الاتفاق على الإحالة إليها على ما يبرم من عقود ويفترض بذلك علم كل من المتعاقدين عندئذ بهذه الأحكام، إلا أنه يجوز لكل منهما أن يثبت عدم علمه بها كلية أو ببعضها، فإن استطاع إقامة الدليل على ذلك، فلا يسري عليه ما لم يعلم به من أحكام العقد النموذجي. ومعنى ذلك، أن افتراض العلم هنا يعد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من جانب من له مصلحة في ذلك. والعلم المقصود هنا ليس مجرد الاطلاع على العقد أو اللائحة وإنما يلزم فهم ما ورد بهما، فإذا كانت هناك بعض البنود التي لم يستطع فهمها من جانب المتعاقد أو اعتقد في أنه فهمها ثم ثار شك حولها فيما بعد فإنه يفسر لمصلحته. وقد تكون النتيجة الوحيدة لهذا التفسير هي بطلان العقد، إلا أن المشرع لم يقرر بطلان العقد إلا إذا كانت الأحكام التي لم يعلم بها أساسية أو جوهرية كالشئ محل البيع مثلا. أما إذا كانت هذه الأحكام ثانوية فلا يبطل العقد وإنما يتولى القاضي حسم الخلاف في شأنها مهتديا في ذلك بطبيعة المعاملة محل العقد وبالعرف الجاري ومقتضيات العدالة. ولا يخفى ما في ذلك من تجاوز لسلطة القاضي، إذ يحل بذلك محل المتعاقدين

في تحديد بنود العقد حتى لو كانت ثانوية. ولا يقبل هذا الدور من جانب القاضي إلا إذا نظرنا إليه على أنه محكم. وقد يكون من الأفضل اللجوء إلى القواعد المكتملة الواردة في التقنين المدني والتي وضعها المشرع لسد أي عجز أو تكلمة أي نقص في اتفاق الأطراف. بحيث إذا غفلوا عن تنظيم أي مسألة من المسائل الثانوية أو جهلوا فإن القاضي يلجأ إلى القواعد المكتملة لتكملة اتفاقهم^(١).

ويلاحظ أنه لا يجوز للقاضي أن يتصدى من تلقاء نفسه للبحث في علم المتعاقد أو عدم علمه بأحكام العقد النموذجي، كما أنه ليس من سلطته إبعاد أحكام هذا العقد النموذجي إلا إذا تمسك بذلك المتعاقد الذي لم يعلم به.

كما يراعى أيضا أن تقدير ما يعد من المسائل الأساسية والتي يتقرر بغيابها بطلان العقد وما يعد من المسائل الثانوية التي يتولى القاضي حسمها مهتديا في ذلك بطبيعة المعاملة وبالعرف الجاري ومقتضيات العدالة هي مسألة واقع تخضع لسلطان قاضي الموضوع، والأصل أنه لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض إلا أن القضاء وخاصة الفرنسي يخضع تفسير أحكام العقد النموذجي وبنوده لرقابة محكمة النقض استشعارا منه بأهمية هذه الأحكام وخطورتها، وبالتالي ما يرد عليها من تفسير وما يترتب على ذلك من تحديد لالتزامات أطراف العقد الذي يعد العقد النموذجي جزءا منه^(٢).

أما معرفة مقدار العناية التي بذلها المتعاقد وما قام به من مجهود لمعرفة بنود العقد النموذجي وأحكامه، فذلك منوط بقاضي الموضوع، إذ عليه تقدير مسك المتعاقد وقياسه بالتطبيق لمعيار الرجل المعتاد بالنسبة للقدرة على الاطلاع وأيضا فيما يتعلق بالقدرة على الفهم والمعرفة لما ورد بالعقد النموذجي. والقاضي في هذه الخطوة الأخيرة سيضع في اعتباره الظروف المحيطة بالمتعاقد وأيضا مدى معرفته وثقافته وقدرته على الفهم وخاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية أو أمور تكنولوجية معقدة. ليس من اليسير على أي متعاقد فهمها. أي أن القاضي هنا يطبق معيار الرجل المعتاد إذا وضع في نفس ظروف المتعاقد. وقد يصل به الأمر في بعض الحالات إلى تطبيق معيار «الرجل المهني المعتاد».

وقد ثار التساؤل في الفقه حول مدى اعتبار الكتيبات والنشرات التي تصدر عن الشركات والمحلات الكبيرة، وما يسمى «بالكتيبات الدعائية» جزءا من العقد المحتمل إبرامه. إذا أحال إليها الطرفان أو أشارا إليها في اتفاقهما.

(١) فالقواعد المكتملة هي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الخروج عليها بالاتفاق على ما يخالفها، ويكون اتفاقهم صحيحا فإذا سكتوا فإنها تسري عليهم وواجب احترامها، وتوجد هذه القواعد غالبا في القانون الخاص وبالأخص في المجالات التي لا تمس المصالح الأساسية للمجتمع.

STARCK: Droit civil, introduction, 1970, p.23.

(٢) د. عبدالفتاح عبدالباقي - مصادر الالتزام في القانون الكويتي سنة ١٩٨٨ ص ٢٢٥.

حيث ذهب اتجاه في الفقه إلى أن النشرات الدعائية التي تصدر عن أحد المتعاقدين تتضمن بياناً ووصفاً ومدحاً للبضاعة التي يقوم ببيعها، ويعتبر من قبيل المبالغة أو المدح المشروع الذي يجري عليه العمل ولا تعتبر هذه الكتيبات جزءاً من العقد حتى ولو أشار إليها الأطراف أو اعتمد عليها أحدهما في تحديد بنود العقد وشروطه.

بينما يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلى أن مثل هذه النشرات الدعائية تعد من المستندات المكونة للعقد وهي جزء منه شريطة أن تكون مفصلة وواضحة لا لبس فيها. ومن ثم، فإن ما جاء بها من التزامات أو تعهدات يعتبر جزءاً من التزامات العقد ذاته. يلتزم بها من صدرت عنه. فمواصفات البناء تحت التشييد التي يعدها المقاول أو المستثمر في مجال العقارات ويقوم بطرحها على راغبي حجز الشقق، تلزم البائع في عقد بيع إحدى هذه الشقق^(١).

وقيل تبريراً لهذا الاتجاه أن هذه النشرات أو الكتيبات غالباً ما تصدر عن أحد الأطراف بقصد إقناع الطرف الآخر وحثه على التعاقد، ومن ثم، فهي من الأمور التي أخذت في الاعتبار عند صدور الرضاء بالتعاقد، والقول بغير ذلك يؤدي إلى السماح بالدعاية المغرضة الخادعة للجمهور، فدور الإعلام يجب أن يكون تقديم المعلومات السليمة التي يعتمد عليها في اتخاذ القرار بإبرام العقد.

ونتيجة لهذا الاتجاه تعتبر تلك الكتيبات جزءاً لا يتجزأ من العقد حتى ولو نص فيها على أنها قد صدرت على سبيل الدعاية ودون أن تكون ملزمة أو على أنها لا تعتبر جزءاً من العقد، فمثل هذا التحفظ يكون باطلاً، متى كانت المعلومات واضحة ومفصلة لأنه يتعارض مع مضمون الكتيب. إذ يبطل التحفظ متى كان من شأنه أن يجعل من المستند الذي ورد فيه لغواً ويتعارض بالتالي مع مبدأ التناسق الذي من مقتضاه أنه إذا اختار الشخص مسلماً معيناً فلا محل لوضع تحفظ يغير ويلغي هذا المسلك^(٢).

ونرى أن القاعدة العامة في مثل هذه النشرات أو الكتيبات الدعائية هي عدم اعتبارها جزءاً من

(١) انظر في ذلك بشكل عام د. محمد المرسي زهرة: بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، الطبعة الأولى ١٩٨٧.

(٢) Cass civ - 2 - 4 - 1977, Gaz - pal - 1980. et note. et 23-1- 1979, D, 1980, et note p. 421. 13-1-1982. J.C.p. 1983. 2, 20026.

"En sa qualité de professionnel, le promoteur et Vendeur, malgré le constitution d'une société civil immobilière qui n'est qu'un instrument juridique, est tenu de prendre l'initiative de renseigner exactement son cocontractant, IL engage sa responsabilité En ne réalise pas les promesses publicitaires par rapport auxquelles la situation Commerciale des locaux vendus était très différente".

V. note STEMMER (B). sous Cass-civ, 13-7-1982, J.C.P, 1983, 2,20026.

حيث قال «إن على الواعد أن يخبر المشتري لحظة البيع عن تلك الشروط والمواصفات غير الموجودة والتي تم الإعلان عنها. ويؤكد له أن هذا الإعلان لم يكن الهدف منه سوى جذب المشتري إلى التعاقد ولكن ما ورد بها ليس نهائياً وإذا لم يفعل ذلك قامت مسؤوليته عما ورد بهذه المستندات الدعائية والتي تعد مصدر الالتزام بما ورد بها من بيانات ومواصفات.

العقد المزمع إبرامه وذلك لاحتوائها على مجرد مدح للبضاعة محل العقد أو وصف لها. إلا أنه قد توجد حالات نستنتج منها أن مثل هذه النشرات قد أثرت بشكل مباشر أو غير مباشر على إرادة أحد المتعاقدين ودفعته إلى إبرام العقد. وفي هذه الحالات لا مناص من النظر إلى هذه النشرات الدعائية على أنها جزء من العقد وملزمة للطرفين بشرط توافر الأمور الآتية.

أولاً: أن تتضمن هذه النشرات بنوداً محددة واضحة عن الشيء المراد التعاقد عليه بما يوحي بأنها تشكل مجموعة من الالتزامات أو التعهدات تلقى على عاتق من صدرت عنه. أما إذا وردت في شكل عبارات إنشائية وكلمات مدح والفاظ تشويق أو إثارة أو ترغيب في التعاقد فإن اعتبارها جزءاً من العقد يصعب قبوله أو الدفاع عنه^(١).

ثانياً: أن يثبت بشكل أو بآخر تأثر الطرف الآخر بهذه النشرات أو الكتيبات عند إبرام العقد، بمعنى أن يكون ما ورد بها من بنود أو مواصفات محل اعتبار عنده وكانت تحت نظره عند تحديد بنود وشروط العقد المراد إبرامه. بحيث يمكن القول بأنها كانت الدافع أو الباعث على التعاقد. فمن أبرم عقداً لشراء وحدة سكنية تحت التشطيط معتمداً في ذلك على ما عرضه عليه مالك هذه الوحدات السكنية من أن «تشطيطها» «لو كس» وأن هناك حديقة خاصة بالعمارة أو أن سوقاً تجارياً سوف يقام في المنطقة التي يقع فيها العقار وإلى غير ذلك من الإغراءات البعيدة عن أركان وشروط عقد البيع ذاته. مما لا شك فيه أن مثل هذه تثير رغبة الطرف الآخر في إبرام العقد^(٢).

ثالثاً: كما يتعين أن يشير الطرفان صراحة أو ضمناً إلى ما يثبت اطلاعهما على هذه الكتيبات الدعائية وأنها كانت محل اعتبار عند إبرام العقد. ولا شك في أن عبء إثبات هذا الاطلاع وتلك الإشارة يقع على عاتق من له المصلحة وهو صاحب هذه النشرات من خلال التدليل على اطلاع المتعاقد على الكتيب المتعلق بالشيء محل العقد وارتضائه بما ورد به من بنود ومواصفات.

كما قد يكون للمتعاقد الآخر مصلحة في إثبات وجود هذه الكتيبات وأنها كانت موضع اعتبار

(١) وقضت في ذلك محكمة النقض الفرنسية بأن «إذا أعلنت إدارة إحدى القرى السياحية في الصحف بصورة محددة وتفصيلية عن أن المبالغ التي تقتضيها تكون للقيام بأعمال محددة فإنها تلزم عقدياً بالقيام بتلك الأعمال وأي إخلال بذلك يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية لهذه الإدارة. كما تنعقد مسؤولية بائع الشاليهات الذي أوضح في الأوراق الدعائية أن إقامة فندق بالمركز التجاري لن يخل بخصوصية مشتري الشاليهات وذلك إذا أقام فندقاً مرتفعاً يخل بالخصوصية. فالالتزام العقدي بالحفاظ على الخصوصية وجد في الأوراق الدعائية التي تعتبر جزءاً من العقد.

Cass-civ, 23-1-1979, D, 1980, P 412.

(٢) وقضت في ذلك محكمة النقض الفرنسية بأن «إذا جاء في كتيب أو كتالوج تصدره شركة للمقاولات أو الترويج العقاري مواصفات معينة وللتشطيط، فإن تلك المواصفات تكون ملزمة للشركة المتعاقدة ولا يصح أن تتحلل من ذلك بحجة أنها قد وردت في إعلان دعائي.

Cass-Civ. 13-1-1982, precite.

بالنسبة له عند إبرام العقد وذلك في الحالات التي يكتشف فيها أن هناك اختلافات بين محل العقد «الوحدة السكنية مثلاً» عند التسليم وبين ما ورد بهذه الكتيبات من مواصفات وبنود. وإذا ثار خلاف حول اطلاع المتعاقد أو عدم اطلاعه على هذه الكتيبات أو حول مدى أخذه لها في اعتباره عند التعاقد، فإن قاضي الموضوع يتولى حسم هذا الخلاف طبقاً للظروف المحيطة بالتعامل ولما قد يكون جرى عليه العرف. وإن كان ينبغي هنا على القاضي أن يفسر أي شك قد يظهر لصالح المتعاقد (المشتري) وضد من صدرت عنه. بمعنى أنه يمكن للقاضي استنتاج أثر هذه الكتيبات في رضائه وأنه أخذها في اعتباره عند إبرام العقد من مجرد التأكد من وجودها عند التفاوض بشأن إبرام العقد واطلاعه عليها ومن ثم يعتبرها جزءاً من العقد.

وإن كان ذلك لا يحول دون إثبات العكس ممن صدرت عنه هذه الكتيبات والتدليل على عدم تأثر المتعاقد بهذه الكتيبات وأنه لم يضعها في الاعتبار عند التعاقد وأن نيته اتجهت إلى عدم اعتبارها جزءاً من العقد.

وقد سوى المشرع الكويتي بين الحالة التي يعلم فيها المتعاقد بأحكام العقد النموذجي والحالة التي يكون في مقدوره العلم بها إلا أنه لم يبذل لذلك مجهود أو عناية الرجل المعتاد، على الرغم من أن الفرصة كانت متاحة أمامه للوقوف على هذه الأحكام. فقرر المشرع عندئذ صحة العقد مع اعتبارها جزءاً منه وليس للمتعاقد هنا أن يلوم إلا نفسه. والذي يلزم بإثبات أن المتعاقد كان في مقدوره العلم بما ورد بالعقد النموذجي أو اللائحة هو المتعاقد الآخر الذي له مصلحة في الإبقاء على صحة العقد وليس للقاضي أن يتصدى لذلك من تلقاء نفسه. ونرى أن المتعاقد الآخر ليس ملزماً فقط بإثبات القدرة على الاطلاع على العقد النموذجي بل يلزم أيضاً بإقامة الدليل على إمام المتعاقد بما ورد فيه وفهمه لبنوده ومعرفة ما ينتج عنه من حقوق والتزامات.

ولعل المشرع الكويتي وهو يتصدى لبيان مسألة الإحالة إلى العقد النموذجي أو اللائحة النموذجية إنما يتضمن تجديداً تشريعياً لا تخفى فائدته، سيما وقد شاع هذا النظام. وانتشر في كثير من المعاملات المالية مدنية كانت أم تجارية داخلية كانت أم خارجية^(١).

المطلب الثاني

النص الثاني:

النص الثاني المتعلق بحماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد هو نص المادة ٥٢ من التقنين المدني الكويتي وينص على أن:

(١) وقد استوحى المشرع الكويتي الفقرة من المادة ٥١ من نص المادة ٩ من المشروع المقدم من الأستاذ MAZEAUD للجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي مع تعديل في الصياغة، ولم يشأ أن يقف عند نص المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، الذي جاء يطلق أثر الاتفاق على الإحالة إلى العقد النموذجي. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي المجلد الثاني - ص ٢٧٩.

١ - إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا أمورا ثانوية، على أمل اتفاقهما عليها مستقبلا، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد، ما لم يظهر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت إلى غير ذلك.

٢ - وإذا لم يصل المتعاقدان إلى الاتفاق في شأن ما علقاه من الأمور الثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة».

ويشير التقنين المدني المصري إلى نفس الحكم في المادة ٩٥ منه^(١) وكذلك المواد ٩٦ سوري، ٨٦ عراقي، ٩٥ ليبي، ٧٩ سوداني، ٢/١٠٠ أردني.

وقد كان المشرع أمام هذا النص بين خيارين في حالة اتفاق المتعاقدين على تأجيل الاتفاق على بعض المسائل المتعلقة بالعقد، على أمل منهما أن يصلا إلى اتفاق بشأنها مستقبلا. فيما أن يتقرر أن العقد لا يصير منعقدا إلا من اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على هذه المسائل مستقبلا باعتبار أنها مكملة له ولتجنب احتمال الإضرار بأحد المتعاقدين أو التأثير في إرادته عند مناقشة هذه المسائل. وإما أن يعتبر العقد منعقدا ويقوم القاضي بالفصل في الخلاف على المسائل الثانوية.

وبالرأي الأول، يأخذ القانون الألماني الذي يقرر أن الاتفاق على بعض الشروط لا يكفي لانعقاد العقد ما دامت هناك شروط أخرى ما زالت محل نقاش ولم يصل الطرفان بشأنها إلى اتفاق. ولا يؤثر في ذلك كون الشروط المتفق عليها هي الشروط الرئيسية والأخرى هي الثانوية، وتبعاً لذلك تظل مرحلة التفاوض السابقة على التعاقد قائمة حتى تمام الاتفاق على جميع المسائل التي تدخل في مضمون العقد^(٢). فالوصول إلى اتفاق بشأن بعض مسائل العقد لا يعني انعقاد هذا الأخير وإنما كل ما يعنيه قطع مرحلة من مراحل التفاوض يعقبها أخرى حتى يتم التوصل إلى تفاهم بين الطرفين حول جميع مسائل العقد جوهرها وثانويها.

والرأي الثاني، يقرر انعقاد العقد فورا، شريطة أن يكون الاتفاق قد ورد على كل المسائل الجوهرية فيه ولم يتبق سوى المسائل الثانوية.

وقد تبني المشرع الكويتي الخيار الثاني متبعا في ذلك معظم التشريعات العربية وجاء تبنيه لذلك أخذاً بالوضع الظاهر للأمور والسير الطبيعي لها، ألا وهو تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين على أنها اتجهت إلى الارتضاء بانعقاد العقد فور الاتفاق على المسائل الجوهرية حتى ولو ظلت بعض المسائل الثانوية معلقة. إلا أن هذا التفسير لا يعمل به مجردا وإنما يتعين إلا يستبين من شروط العقد

(١) وتنص على أن «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها وفقا لطبيعة المعاملة وطبقا لأحكام القانون والعرف والعدالة.

(٢) د. حسام الدين الأهراني: النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٥، ص ١٠٧.

أو من الظروف التي أحاطت به أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى غير ذلك، أي اتجهت إلى تاجيل انعقاد العقد إلى حين الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية منها أو الثانوية، فإذا انضح ذلك وجب احترام هذه النية والقول بعدم انعقاد العقد إلا منذ لحظة الاتفاق على جميع مسائل العقد^(١).

ويلاحظ أن التفرقة بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية يجب أن تتم - أساسا - بمعيار شخصي، ويقصد بالأخير، الإرادة المشتركة للمتعاقدين المحتملين، فلا يصح الارتكان إلى إرادة أحدهما لتحديد ما يعد من المسائل الجوهرية وما يعد من المسائل الثانوية ويتم الكشف عن هذه النية المشتركة بجميع الطرق ومن بينها المسلك السابق لهما في معاملات سابقة وكذلك الظروف التي اكتنفت إبرام العقد. كما يمكن الاستعانة بمعايير أخرى وأهمها البحث عما إذا كانت المسألة محل النقاش لم يكن ليبرم العقد لو لم يتم الاتفاق بشأنها فتعتبر بذلك من المسائل الجوهرية وإن كان العكس عدت مسألة ثانوية. بجانب ذلك، هناك العديد من المسائل في العقد وما لا يثير شك في اعتبارها من المسائل الجوهرية طبقا للمعيار الموضوعي، ومنها الأركان العامة للعقد من تراض ومحل وسبب، وكذا الأركان الخاصة بكل عقد على حدة. كما أن هناك أموراً أخرى قد تعد مسائل جوهرية في معاملة ولا تعد كذلك في معاملة أخرى مثل طريقة وزمان ومكان الوفاء بالثمن وكذلك طريقة وزمان ومكان تسليم الشيء محل العقد^(٢).

وقد كان لزاما على المشرع الكويتي أن يواجه الحالة التي لا يصل فيها الطرفان إلى الاتفاق على

(١) وقضت في ذلك محكمة الاستئناف العليا الكويتية بأن «من المقرر أن سلطة محكمة الموضوع في تفسير المحررات مفيدة، لا تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عباراتها على ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وقصد المتعاقدين منها، دون التقييد بالفاظ بذاتها واضحة التنافر مع المعنى العام الذي يفيد المحرر حال خلوها مما يعين على حمل تلك الالفاظ على معناها الحرفي. ومن المقرر أيضا أنه لا قيام للعقد إلا بالتقاء طرفيه على كلمة سواء بينهما حول كافة المسائل الجوهرية اللازمة لتحقيق التطابق بين الإيجاب والقبول في شأنها، بما تتحد به المراكز القانونية لهما على أسس واضحة من الأمور الواقعية المستهدفة من التعاقد.»
محكمة الاستئناف العليا - دائرة التمييز التجاري في ١٩٨٩/٧/٣، منشور في مركز تصنيف الأحكام القضائية بكلية الحقوق - جامعة الكويت تحت رقم ٢٤ سنة ٨٩.

(٢) انظر تطبيقات قضائية لمحكمة النقض المصرية. ومنها أنها رفضت انعقاد العقد في حالة عدم الاتفاق على ركن من أركان البيع وقالت «إن الحكم إذا اكتفى بإثبات توافر الركنين الأولين وأغفل الركن الأخير (الثمن) بمقولة إن أمره خارج عن نطاق الدعوى كان قضاؤه مخالفا للقانون. نقض مدني في ١٩٤٩/٤/٩ طعن رقم ٢١ سنة ١٨٨٠ ق مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة من ١٩٢١ إلى ١٩٥٥ ج ١ ص ٣٤٤ رقم ١.

وقضت بأنه «متى كان الحكم قد حصل تحصيلاً سائفاً أن البيع محل الدعوى لم ينعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة وأن كل ما حصل إذن إن هو إلا مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم للطرفين، وبناء على ذلك رفض دعوى صحة التعاقد على هذا البيع، فلا يقبل النعي عليه أنه أخطأ في تطبيق القانون على واقعة الدعوى. نقض مدني. - نقض مدني في ١٩٥٠/١/١٩ طعن رقم ٨٨ لسنة ١٨٨٠ ق المجموعة السابقة ص ٣٤٥ رقم ٤ وقضت أيضا بأن «متى كان الإقرار المتنازع على تكييفه صريحا في الإفصاح عن قبول المقر البيع بالشروط التي ارتضاها وكان المتمسك بهذا الإقرار ينازع في انعقاد البيع على أساس هذه الشروط فلا يمكن مع هذا القول بتلاقي الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد البيع.

المسائل المؤجلة. وقد قرر المشرع - في هذا الصدد - في الفقرة الثانية من المادة ٥٢ السابق الإشارة إليها بقاء العقد، مع تحويل قاضي الموضوع سلطة حسم الخلاف بين الطرفين وفقا لطبيعة المعاملة التي هي محل العقد وكذلك وفقا للعرف الجاري وأيضا تبعا لما يراه محققا لمقتضيات العدالة. ولا شك في أن تقرير مثل هذا الحل فيه تجاوز لحدود سلطات القاضي المعتادة، إذ إنه يحل بذلك محل المتعاقدين في تكملة أمور متعلقة بعقدتهما. ويبرر مسلك المشرع في ذلك بأن العقد قد انعقد في البدء فلا مناص من استمرار بقاءه، وما دام المتعاقدان لم يصلا إلى الاتفاق على المسائل المرجاة فلا ضير من أن يتولى القاضي حسم الخلاف بشأنها ولا ضرر في ذلك، إذ الفرض أن الخلاف قد وقع فيما هو ثانوي من الأمور^(١)..

والواقع أن التسليم بهذا الحل التشريعي مشروط بضرورة النظر إلى دور القاضي في هذه الحالة على أنه طرف ثالث ارتضاه الطرفان صراحة باللجوء إليه لحسم النزاع بينهما حول هذه المسائل أو ضمنا بقبولهما تدخله دون اعتراض. ولعل نص المادة ٩٥ مدني مصري كان موقفا عندما أشار إلى «...ولم يشترط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها...» إذ أن انتفاء مثل هذا الشرط في العقد يعني بطريقة ضمنية اتجاه نية المتعاقدين إلى قبول تدخل القاضي لحسم الخلافات التي قد تنشأ بينهما مستقبلا حول هذه المسائل الثانوية من أجل تجنب عدم انعقاد العقد.

وفي الواقع، فإن القاضي لا يتدخل إلا بناء على طلب الطرفين أو أحدهما. ومما يكمل ذلك ضرورة الاعتراف للطرفين بإمكانية الاعتراض على ما توصل إليه القاضي من حل للنزاع بينهما. مما يترتب عليه عدم اعتبار العقد منعقدا منذ البداية. ويتعين على القاضي قبل الدخول في محاولة حسم الخلاف بين الطرفين البحث أولا في نوع المسائل المختلف حولها، أي تحديد ما إذا كانت هذه المسائل جوهرية، وهنا يمتنع عليه التدخل، إذ لا انعقاد للعقد، أما إذا كانت المسائل ثانوية تدخل لفض الاشتباك حولها بين الطرفين وفقا للمعايير المذكورة^(٢).

– نقض مدني ١٦/١/١٩٧٥ المجموعة السابقة ص ١٨٣ رقم ٤٣ وقضت أيضا بتمام انعقاد العقد مما ورد فيه من أن الطرفين قد اتفقا على أن يقوم الطرف الأول بتوزيع الأرقام موضوع العقد سينماتيا داخل وخارج مصر وتليفزيونيا خارجيا، ويتم ذلك بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها بين الطرفين. فقد دل ذلك على انعقاد العقد وتماهه فعلا بين الطرفين على إسناد عملية التوزيع للطاعن وذلك دون توقف على حصول اتفاق آخر بينهما بشأن الطريقة التي يتم بها التوزيع. إذ أن الأمر لا يعدو بالنظر لظروف التعاقد وملاساته أن يكون من قبيل المسائل التفصيلية التي تتصل بتنفيذ العقد والتي احتفظ الطرفان ببحثها في حينه حتى إذا ما اتفقا بشأنها جرى التنفيذ عليها وإلا رفعا ما اختلفا فيه إلى المحكمة المختصة.

– نقض مدني ٢٩/٣/١٩٨٣ المجموعة السابقة ص ٨٥١ رقم ١٧٥.

(١) انظر د.عبدالفتاح عبدالباقى - نظرية العقد والإرادة المنفردة - سنة ١٩٨٤ ص ١٦٤.

(٢) وقضت في ذلك محكمة النقض المصرية بقولها «بأن الحكم المطعون فيه، إذا اعتبر الاتفاق بين الطرفين على الأرض المبيعة والثمن، مع إرجاء تحرير عقد البيع النهائي إلى أن تقوم به الإدارة القانونية للجنة الإصلاح الزراعي بالشروط التي يراها فيه، أنه لا يعدو أن يكون مشروعا لعقد بيع، دون أن يبحث فيما إذا كانت الشروط المرجاة جوهرية أم ثانوية، فإنه يكون متسما بالقصور مما يتعين معه نقضه...»

نقض مدني ١٦/١/١٩٧٥، طعن رقم ٣٩/٢٥٢ ق مج أحكام النقض س ٢٦ ص ١٨٣ رقم ٤٣.

ويلاحظ أننا نفرق - في هذا الصدد - بين حالة دخول طرفي العقد في مفاوضات بشأن الوصول إلى حل للمسائل الثانوية واختلافهما وعجزهما عن الوصول إلى هذا الحل وبين حالة عدم دخول أي من الطرفين في تفاوض بشأن هذه المسائل. إذ يعد ذلك (أي عدم الدخول) في جانبيهما إخلالا بالتزام بتحقيق نتيجة مضمونة مناقشة المسائل المؤجلة. لأن طرف مدين بالتزام بنتيجة مضمونة الدخول في المفاوضات مع الطرف الآخر. وعليه يعد مخالفا بالتزامه هذا عندما يرفض ذلك أو يمتنع عنه ومن ثم يعد مخطئا، وليس يتمثل الخطأ في عدم التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل الثانوية، إذ إن عدم التوصل إلى هذا الاتفاق ليس خطأ في حد ذاته لأنه لا يوجد التزام بذلك - ولكن الخطأ يتمثل في عدم تنفيذ كل منهما للالتزام محدد وهو الدخول في المفاوضات، للوصول إلى حل للمسائل المؤجلة. وإذا كان كل طرف ملزماً بالتزام بتحقيق نتيجة وهو الدخول في المفاوضات فإن التزامه أثناء التفاوض يعد التزاما ببذل عناية. إذ يجب على كل طرف بذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات. فإذا سلك أي طرف مسلكا من شأنه أن يؤدي إلى إفشال المفاوضات أو عرقلتها يعد مخالفا للالتزام ببذل العناية الذي يفرض عليه أن يتبع المسلك المألوف الذي يتبعه الشخص المعتاد والذي يتفق مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات.

وثبت خطأ أي طرف يرتب للأخر الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء فشل المفاوضات كالنفقات التي تكبدها سعيا للتعاقد وكالوقت الذي خصصه لذلك. وإذا اعتبرنا أن العقد منعقد من لحظة الاتفاق على المسائل الجوهرية، فإن الدعوى التي يرفعها الطرف المتضرر هي دعوى عقدية ولذلك، يقتصر التعويض هنا على الأضرار المتوقعة فقط^(١). أما إذا اعتبرنا أن العقد لا ينعقد إلا منذ لحظة الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والثانوية، فإن نوع الدعوى يتم تحديده على ضوء التكييف الذي نتخذه للمسؤولية التي تقع على عاتق الطرفين في مرحلة التفاوض. وهذا ما سنوضحه فيما بعد.

المطلب الثالث

النموذج الثالث (عدة نصوص)

وتأتي النصوص الواردة في التقنين المدني والمتعلقة بالتدليس كعيب من عيوب الرضاء في العقود نموذجا ثالثا لحماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد. فالتدليس أو التغيرير - كما يطلق عليه في الفقه الإسلامي - هو الالتجاء إلى الحيلة أو الخداع بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد. فقوام التدليس الاحتيال والتمويه والخداع والتضليل ومن هنا كانت خطورته. وقد حددت محكمة النقض المصرية الشروط الواجب توافرها في التدليس بقولها «يشترط في الغش والتدليس على ما عرفته المادة ١٢٥ مدني أن يكون ما استعمل في خدع المتعاقد حيلة وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن التدليس قد توافر في جانب

(١) مع ملاحظة أن لاي من الطرفين أن يلجأ إلى القضاء للفصل في خلافهما على المسائل الثانوية.

الطاعنة - الشركة البائعة - لمجرد أنها أعلنت في الصحف أن الحصة المبيعة تغل ريعا قدره ٣١ جنيتها و٢٧٣ مليما وأن هذا التدليس وإن لم يدفع إلى التعاقد إلا أنه أغرى المطعون عليها وزوجها - المشتري - على قبول الارتفاع في الثمن عن طريق المزايدة، وإن كان هذا الإعلان وحده مع التسليم بأنه غير متفق مع الحقيقة لا يفيد بذاته توافر نية التضليل لدى الشركة وأنها تعمدت النشر عن بيانات غير صحيحة بشأن بيع العقار بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع وبالتالي فإنه لا يكفي لاعتباره حيلة في حكم المادة ١٢٥ مدني، ولما كانت الطاعنة وفوق ما تقدم قد تمسكت في مذكرتها المقدمة إلى محكمة الاستئناف بأن الإعلان عن البيع تم صحيحا لأن ريع الحصة المبيعة طبقا لمستنداتها يبلغ ٣١,٧٥٠ كما نشرت الصحف، غير أن الحكم التفتت عن هذا الدفاع ولم يعن بتمحيصه أو الرد عليه مع أنه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى^(١).

وقد اهتم الفقه الإسلامي بالتدليس كعيب من عيوب الرضا ويسميه التغيرير غالبا وأحيانا الخلابة وقد توسع فيه فلم يكتف بالتدليس القائم على الحيل الفعلية، وهو ما يسمى فيه بالتدليس أو التغيرير الفعلي وهو الأعمال التي يقوم بها أحد المتعاقدين بقصد تضليل العاقد الآخر وإيهامه وحمله على التعاقد، بل إنه اعتد في حالات كثيرة بمجرد الكذب وهو ما يسمى بالتغيرير القولي. كما هو الشأن في بيوع الأمانة (بيع المرابحة، الواضعة أو الوضعية، بيع التولية). وهي بيوع تقوم جميعاً على أساس الثمن الذي يدعى البائع أنه اشترى به المبيع الذي يريد أن يشتريه المشتري^(٢) ويمكن أن يعتبر النجش في الفقه الإسلامي صورة من صور التدليس وهو عبارة عن تدخل شخص من الغير في المفاوضات التي تتم بين شخصين يريد أحدهما بيع شيء إلى الآخر ويكون تدخل هذا الشخص ليس له هدف سوى: إما رفع ثمن الشيء المبيع لكي ينخدع المشتري هذا إذا كان تدخله من جانب البائع، وإما خفض الثمن لصالح المشتري وضد مصلحة البائع إذا كان تدخله من جانب الأول. وبهذا يتضح أن الناجش يتدخل في المفاوضات بهدف وحيد وهو خداع أحد المتعاقدين برفع الثمن أو خفضه بطريقة مصنعة. ومثل هذه الصورة (النجش) محرمة في الفقه الإسلامي طبقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا تحاسدوا ولا تباغضوا ولا تناجشوا ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»^(٣). بل يمكن اعتبار النجش صورة من صور التدليس في القانون

(١) نقض مصري - الدائرة المدنية - طعن رقم ٦٢٠ سنة ٤٢ق في ٢١/١٢/١٩٧٦ مج المکتب الفني س٧ص ١٧٩١.

(٢) فلا يذكر الثمن الحقيقي وأوصافه من تأجيل أو تعجيل أو تقسيط، فيكون كتمان هذه الأمور من البائع عن المشتري تغريرا منه بالمشتري وخيانة له وخداعا.

انظر: د.عبدالكریم زيدان - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - دار عمر بن الخطاب - الاسكندرية - الطبعة السادسة - ص٣٥٦.

(٣) ويعرف الفقهاء النجش بأن يعطى الشخص في السلعة أكثر من ثمنها وليس من نفسه اشتراء ليقنتدي به غيره وكثيرا ما يكون عن اتفاق لخداع الآخرين. د.يوسف القرضاوي. الحلال والحرام في الإسلام. دار المعرفة - الدار البيضاء ١٤٠٥ - ١٩٨٥ ص٢٥.

وخاصة طبقا للتقنين المدني المصري الذي نظر إلى السكوت المقترن بملاسات على أنه تدليس. إذا استطاع المخدوع إثبات أثر تدخل الناجش وتأثيره في إرادته ودفعه إلى التعاقد على نحو لم يكن ليقبله لولا هذا التدخل^(١).

أما عن موقف المشرع الكويتي من التدليس فتتص المادة ١٥١ مدني كويتي - تقابلها المادة ١٢٥ مدني مصري^(٢)، و١٢٧ سوري، و١٢٦ ليبي، و١١٢ سوداني، و٨٦ جزائري - على أنه يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغييره ودفعه بذلك إلى التعاقد، إذا أثبت أنه ما كان يرتضي العقد، على نحو ما ارتضاه عليه، لولا خديعته بتلك الحيل، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادتان ١٥٣، ١٥٤..

وتحدد المادة (١٥٣) الشخص الذي تصدر عنه الحيل فلم تقتصره على المتعاقد الآخر فقط بل توسعت في ذلك وأضافت إليه نائبه أو أحد أتباعه أو من وسطه في إبرام العقد أو من أبرم العقد لمصلحته^(٣).

بل إن المادة (١٥٤) تقرر قابلية عقد التبرع للإبطال نتيجة التدليس بصرف النظر عن صدرت الحيل منه حتى ولو كان من الغير.

(١) ويشير الفقه إلى النجش عادة عند الحديث عن التعاقد بالمزايدة فيقول السنهوري «ويحدث في «بيع من يزيد، أن يتواطأ صاحب السلعة مع مزايدي صوري يدفعه للمزايدة في السلعة حتى يعلي الثمن ولا يقصد المزايد الصوري شراء السلعة وإنما أراد رفع ثمنها خدمة لصاحبها، وهذا ما يسمى بالنجش. ويميز الفقه الإسلامي في النجش بين حالتين: (أ) - إذا كان الناجش إنما تواطأ مع صاحب السلعة لرفع ثمنها عن قيمتها تضليلا للمزايدين فهذا بيع مكروه حكمه حكم بيع المستام (ب) أما إذا كانت السلعة لم تصل في المزاد إلى مثل ثمنها فنجشها رجل حتى تبلغ ثمنها فهذا ليس بمكروه...»

وللنجش صورة عكسية وهي أن يتفق المشتري - لا البائع - مع من ينافس في شراء السلعة أن يكف عن منافسته، فلا يتقدم للمزايدة عليه وقد يكون ذلك في مقابل جعل يعطيه إياه. فإن كان المشتري قد اتفق مع جميع من ينافس أو أكثرهم حتى يكفوا عن منافسته، وحتى ينفرد بالتقدم لشراء السلعة فينزل من ثمنها ما يشاء، أو اتفق معهم على ألا يزيدوا على ثمن معين، كان للبائع الخيار في إمضاء الصفقة أو فسخها... وإن كان المشتري لم يتفق مع جميع المنافسين أو أكثرهم، بل اتفق مع واحد أو القليل منهم، كان البيع لازما ولم يكن للبائع الخيار. ثم إن المشتري إن كان قد جعل لمن سأل الكف عن المنافسة عوضا من غير السلعة المبيعة، لزم هذا العوض. أما لو كان الكف بعوض من السلعة المبيعة ذاتها، فإن كان ذلك على وجه الشركة بين المشتري ومن سئل الكف عن المنافسة جاز، وإن كان على وجه العطاء مجانا لم يجز...»

السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، بالفقه الغربي ج-١. دار النهضة العربية - ص ٧٥ وما بعدها.

(٢) وتنص على أن: ١ - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا عمدا إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس..
(٣) وفي ذلك تنص المادة ١٢٦ مدني مصري «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس».

ولا شك في أن حماية إرادة المتعاقدين ورضائهم من التدليس في المرحلة السابقة على التعاقد تزداد أهمية في هذه الأيام وخاصة مع اتساع وسائل الدعاية والإعلان وانتشار تأثيرها في الأفراد. إذ لا تخلو هذه الدعاية في كثير من الأحيان من مبالغة في وصف المعلن عنه وبيان محاسنه وأوصافه مما يدفع الأشخاص إلى الإقبال على الخدمات أو السلع المعلن عنها تحت تأثير هذه الدعاية ورغبة في تحصيل الفوائد والأوصاف التي تم الإعلان عنها ثم يتضح لهم بعد ذلك عدم التطابق التام بين السلعة أو الخدمة كما أعلن عنها وبين السلعة الموجودة فعلا وقاموا بشرائها. مما يمكن معه القول بتوافر شروط التدليس ويعطي لمن وقع فيه الحق في المطالبة بإبطال العقد إذا أثبت أن وسائل الدعاية والإعلان كانت هي الدافع وراء التعاقد ولولاها ما أقدم عليه^(١).

هل يعتبر السكوت تدليسا؟

نص المادة ١٢٥ مدني مصري يقرر مبدأ عاما على جميع العقود، مؤداه أن السكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة يعتبر تدليسا إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة وهذا المبدأ ينطبق على جميع العقود بخلاف القوانين الأخرى. بينما لم يشر التقنين المدني الكويتي إلى السكوت العمدي أو غير العمدي إنما اكتفى في الفقرة الأولى من المادة ١٥١ بوجود حيل أثرت على قرار الشخص ودفعته إلى التعاقد بحيث لولاها لما ارتضى العقد على نحو ما ارتضاه عليه^(٢).

(١) قارن د. عبد الفتاح عبد الباقي مصادر الالتزام في القانون الكويتي ١٩٨٨ - ص ٣٢٥.

(٢) تعد مسألة اعتبار السكوت تدليسا محل خلاف في الفقه الفرنسي حيث تشعب إلى ثلاثة اتجاهات.

فقد ذهب الأول إلى أن السكوت يعد تدليسا. لأن السكوت - كالتدليس - يمكن أن يصاحب بنية الإساءة أو الغش. ففي الوقت الذي نعترف فيه للقاضي بإمكانية البحث في ضمير الفرد من أجل معرفة درجة الخبث أو الإيذاء *Mechanceté* التي يخفيها بصدد تصرف معين، فلماذا لا نعترف بأن السكوت الذي يحاط بنية الإيذاء هو أيضا غش وتدليس ويجب أن يؤدي إلى مسؤولية فاعلة. ويقرر أنصار هذا الاتجاه أن السكوت أو الصمت، كالتصرف تماما - يمكن أن يعد تدليسا. ففي التدليس يعد العنصر المعنوي أهم من العنصر المادي (الفعل) فلماذا تعطى أهمية زائدة لهذا العنصر الأخير ولا نبحث في مدى توافر القصد الخاطيء أو النية السيئة لدى المتعاقد.

MARCO - R - COHIN, L'abstention Fautive, These. par 192.

على عكس الرأي السابق، يركز بعض الفقه على الفعل المادي في التدليس ولا يوجد التزام عام بعدم قول ما هو مخالف للحقيقة - فلا يوجد - بالواقع - واجب إيجابي بقول كل الحقيقة.

ويجب - طبقا لهذا الرأي - للقول بوجود تصرفات تأخذ معنى الغش أو التدليس أن نكون أمام تصرف محدد وإيجابي بالخداع والتضليل سواء تمثل هذا التصرف في أقوال أم في أفعال مادية والتي تختلف - بلا شك - عن السكوت -

GERARD Lyon - caen, De L'evolution de La notion de bonne foi, Rev Tr. Dr. civ - 1946, p81 No p 7.

الرأي الوسط: بطرح هذين الرأيين المتطرفين، فإن غالبية الفقه اتجهت نحو رأي وسط يبدو أنه الأكثر وضوحا =

إذا كان السكوت العمدي - طبقا للقانون المصري - يعد تدليسا فإن الكذب من باب أولى يجب اعتباره كذلك لأنه ينطوي على إخلال أشد بمبدأ الثقة. فالطبيب الذي يدفع المريض لإجراء عملية جراحية خطيرة موهماً إياه بأنها عملية بسيطة يرتكب تدليسا. والمقاول الذي يغري شخصا بشراء شقة في العمارة التي يتولى بناءها بزعم أن بها حجرة تطل على عدة منافذ ثم يتضح بعد ذلك أنها بعيدة عن هذه المنافذ أو أن بها منافذا واحدا يعد كاذبا ومرتكبا للتدليس طبقا للتقنين المدني المصري.

وقبولا في نظرهم.

وينطلق هذا الرأي من نقطة مؤكدة وهي حرص كل متعاقد على الدفاع عن مصالحه الخاصة، ولذلك فإن عليه التوصل إلى جميع المعلومات الضرورية التي تجعله على بيئية تامة من أمره عند إقدامه على التعاقد، وإذا كان العقد يفترض تعارضا بين المصالح، فإننا لا ننتظر قيام كل متعاقد بتزويد الآخر بجميع المعلومات وبيان أوجه ونقاط ضعفه. وبتعبير عام، أن ينفذ التزامه بالإخبار أو الإعلام بطريقة تلقائية ومن نفسه وبدون شعوره بوجود هذا الالتزام وحيث يعد سكوته تدليسا. ولكن الأمر يختلف ويعتبر السكوت تقصيرا إذا كان يقع على أحد الطرفين التزام - على الأقل - أخلاقي بالإفصاح أو البيان وإلا عد مستغلا لجهل الآخر، فعندما يفرض العقد ثقة متبادلة بين الطرفين، فإن الالتزام بالإخبار الصحيح تجاه المتعاقد الآخر يصير التزاما قانونيا ويصبح السكوت سببا لبطلان العقد.

RIPERT. (G) La regle morale dans les obligations civiles, 3 eme ed, No 48, P.P. 94 et 95.

وعلى ذلك فلا يعد السكوت تدليسا إلا إذا كان هناك واجب بالتحدث أو الإفصاح، فعندما يتمتع المتعاقد عن تحذير الآخر الذي له الحق في هذا التحذير لتجنب الوقوع في أي غلط، فهنا يمكن الكلام عن اعتبار السكوت تدليسا. وقد ينبع هذا الحق في التحذير من العلاقات السابقة بين المتعاقدين أو من طبيعة العقد ذاته أو من الظروف المحيطة بالتعاقد.

DEMOGUE, Traite des obligations, T, I P563.

وهكذا، فإن القضاء سيعلم بطلان الاتفاقات التي كان يجب أن تتم في جو من الثقة المتبادلة ولكنها تبرم بغير ذلك. وتبدو المسألة واضحة في عقد التأمين بسبب الظروف المحيطة بإبرام هذا العقد، إذ يلزم المؤمن له عمليا بتزويد المؤمن بجميع البيانات والمعلومات الخاصة بالخطر محل العقد وهو ما يسمى في الفقه بالإخبار التلقائي أو التطوعي Déclaration Spontanee.

ويتضح من هذا الرأي الوسط أن السكوت لا يعد تدليسا إلا إذا كان هناك واجب بالإفصاح أو الإعلان، وإذا انتفى وجود هذا الواجب فلا يصير السكوت تدليسا... ولكن تبقى المشكلة قائمة ألا وهي معرفة متى يوجد هذا الالتزام بالإفصاح؟؟؟

BOCCARA (B) Dol, Silence et reticence. Gaz-Pal, 1953, 1, Doct. 24.

MARTY (G) et RAYNAUD (P). Droit civil, les obligations. 2eme ed, Tome, I, 1988, P156.

وقد ذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن الكذب - المجرى عن المؤثرات الخارجية - يمكن أن يعد تدليسا. Cass - civ, 16-11-1970, J-C.P. 1971, 11, 16942.

ولكن يشترط أن يؤثر السكوت العمدي أو الكذب في إرادة المتعاقد ورضاه بإبرام العقد، أما إذا لم يكن لأيهما أي تأثير فلا يجوز للمتعاقد التمسك بهما، من هنا جاءت التفرقة بين الكذب أو السكوت العمدي وبين المبالغة أو ما يسمى بالكذب المفضوح (كالإعلان عن نسبة ضخمة في التخفيضات أو وجود فرصة لا تتكرر).

ويلاحظ أنه إذا كان الكذب في ذاته - مجردا عن أي اعتبار آخر - لا ينهض دعامة كافية للتدليس المبطل للعقد بصفة عامة - على الرغم من تفشيه اليوم وتعارضه مع قيمنا وعاداتنا وأخلاقيات ديننا - طبقا للتقنين المدني الكويتي، إلا أن هناك بعض العقود والمعاملات يتخذ فيها مبدأ حسن النية في التعامل أهمية خاصة ومعنى ضيقاً بحيث إن الكذب المجرد عن الملابسات قد يؤدي إلى مسؤولية الشخص. إذ في مثل هذه المعاملات يعتمد كل متعاقد عند إبرامها اعتمادا كلياً على المعلومات والبيانات التي يفرضي له بها المتعاقد الآخر. ولذلك يلزمه القانون عند الإدلاء بتلك البيانات - بمراعاة حسن النية الذي يتعلق هنا بإبرام العقد وليس بمجرد تنفيذه. كما هو الحال في بيع الإمانة. وكذلك عقد التأمين الذي يعتبر من عقود حسن النية بالمعنى الضيق حيث لا يلتزم المتعاقد فقط بالإبلاغ عن كل ما يعرفه من الظروف التي من المحتمل أن تؤدي إلى الخطر أو إلى زيادته بل إن الصمت المجرد من جانبه عن الإدلاء ببيانات متعلقة بالخطر عند إبرام العقد يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد. ولا يقتصر ذلك على المؤمن له بل إنه يلزم كلا من الطرفين بعدم إخفاء أي بيانات جوهرية على الآخر يكون من شأنها التعديل في التزامات العقد سواء بزيادتها أو إنقاصها. والأمر يتعلق بجميع البيانات سواء منها المتعلقة بموضوع الخطر والتي تسمى بالبيانات الموضوعية أم البيانات الشخصية المتعلقة بشخص المتعاقد والتي يتوقف على معرفتها إبرام عقد التأمين من عدمه^(١)، ويستوي في ذلك أن يصاحب أو لا يصاحب سوء النية الأطراف عند السكوت عن الإدلاء بالبيانات المتعلقة بعقد التأمين، وإن كان المشرع المصري قد عوّل على ذلك فيما يتعلق بالجزاء المترتب على وجود الكتمان - ففي الحالة التي يكون فيها المتعاقد حسن النية في السهو عن بيانات معينة إلى المتعاقد الآخر يتمثل الجزاء هنا في زيادة الأقساط أو إنقاصها تبعاً للبيانات التي ظهرت وما إذا كانت تؤدي إلى التشديد من الخطر واحتمال حدوثه أو التقليل من ذلك. أما إذا صاحب سوء النية المتعاقد عند كتمانه هذه البيانات أو كذبه فيها فإن الجزاء هنا هو بطلان العقد بشرط أن يثبت المتعاقد سوء نية المتعاقد الآخر في كتمانه للبيانات أو تعمد تقديمها كاذبة.. كما يتعين عليه أيضاً إثبات أثر تخلف هذه البيانات أو كذبها على إبرام عقد التأمين^(٢).

(١) دنزيه المهدي - عقد التأمين - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ ص ٢٥٤، د.محمد عبدالظاهر حسين - عقد

التأمين - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥ ص ٧٤.

(٢) انظر في ذلك المادة ٨/١١٣، ٩ من قانون التأمين الفرنسي:

Picard et Besson: traité general des assurances terrestres, paris, 1938, No. 89.

وإن كان المشرع الكويتي في التقنين المدني لم يفرق في الجزاء بين المؤمن له حسن النية والمؤمن له سيئ النية. إذ

وضعت المادة ٧٩١ مدني للثنتين حكماً واحداً يستوجب التفرقة بين ما إذا ما اكتشفت الحقيقة قبل وقوع الكارثة =

ويلاحظ - في النهاية - أنه إذا كان من شأن التدليس، عندما تتوافر شروط إعماله - أن ينهض سببا لإبطال العقد، فإن هذا الأثر يثبت له، إلى جانب ما قد يترتب عليه من مسؤولية المدلس، باعتبار أنه يشكل خطأ يوجب المسؤولية عن تعويض الضرر المترتب عنه. وبذلك يرى المدلس عليه نفسه وقد انفتح أمامه طريقان، وله أن يختار من بينهما ما يراه محققا لمصلحته، فإما أن يطلب إبطال العقد وإما أن يبقي عليه ويكتفي بدعوى المسؤولية وما ينتج عنها من تعويض للضرر^(١). ولكن يثار التساؤل هنا عن الأساس الذي تقوم عليه دعوى التعويض. فهل تؤسس على مخالفة التزام عقدي نتج عنه ضرر لحق بالمدلس عليه وخاصة أن المطالبة بالتعويض تعني بقاء العقد قائما وناظرا أم تؤسس على أساس الخطأ التقصيري المتمثل في الأعمال التدليسية التي قام بها المتعاقد انطلاقا من اقتران هذا الخطأ بالمرحلة السابقة على التعاقد وبالتالي - كقاعدة عامة - فإن المسؤولية التي تنشأ في هذه المرحلة هي مسؤولية تقصيرية. وهذا ما سوف نتعرض له في الفصل الثاني من البحث.

المبحث الثاني

الفئة الثانية:

حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد في الظروف غير العادية

إذا كانت حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة يظهران بشكل كبير في الصورة العادية للتعاقد السابق الإشارة إليها مما يوفر قدرا كبيرا من الحرية لأي متعاقد في التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه. فإن هذه الحرية تنقص بشكل كبير ويضيق مبدأ سلطان الإرادة بصورة واضحة في حالات خاصة للتعاقد مما يقلل من مقدار الحرية التي يتمتع بها المتعاقد عند التفاوض في مرحلة الإعداد للعقد.

ونعرض فيما يلي لنموذجين من هذه الحالات الخاصة.

أو بعد وقوعها. فقد نصت على أن:

«١» يكون عقد التامين قابلا للإبطال لمصلحة المؤمن، إذا سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بيانا غير صحيح، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن.

«٢» فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر، جاز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد بعد عشرة أيام من تاريخ إخطاره المؤمن له بكتاب موصى عليه، إلا إذا قبل هذا الأخير زيادة في القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر...

«٣» أما إذا ظهرت الحقيقة بعد تحقق الخطر، وجب خفض مبلغ التامين بنسبة معدل الأقساط التي أدت فعلا إلى معدل الأقساط التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح.

انظر في هذا بالتفصيل: دجلال محمد إبراهيم - التامين - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية ١٩٩٤ ص ٦٤٠. انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي - المجلد الثاني = ص ٥٠٦.

(١)

المطلب الأول

النموذج الأول: ويتعلق بالتعاقد عن طريق المزايدة أو المناقصة.

تنص المادة ٧٨ مدني كويتي - تقابلها المواد ٩٩ مدني مصري^(١)، ١٠٠ سوري، ٩٩ لبيي، و٦٩ جزائري - على أن: «١- في المزايدات، يبقى المتزايد ملتزما بعبائه إلى أن يتقدم متزايد آخر بعباء أفضل، أو إلى أن يقل المزداد دون أن يرسو على أحد إذا كان عطاؤه هو الأفضل.

٢ - ولا يمنع من سقوط العطاء بعباء أفضل، أن يقع الأخير باطلا أو أن يرفض.

٣ - ويتم العقد بإرساء المزداد، ومع ذلك، إذا كان من مقتضى شروط المزداد وجوب المصادقة على إرسائه، لزم إجراؤها لقيام العقد، ويعتبر العقد عندئذ منعقدا من تاريخ رسو المزداد.

٤ - وكل ما سبق، ما لم يتضح غيره من قصد المتعاقدين أو يقض القانون بخلافه».

يلاحظ على هذه المادة أن المشرع الكويتي قد تبنى الاتجاه الذي يرى أن العطاء الذي يتقدم به المتزايد هو الإيجاب تاركا بذلك الاتجاه الذي يرى الإيجاب في الإعداد للمزداد وفتحه، أي ما يمثل دعوة للتعاقد^(٢).

يلتزم المتزايد بعبائه إلى حين تقدم متزايد آخر بعباء أفضل، أو إلى أن يقل المزداد دون أن يرسو عليه، إذا كان عطاؤه هو الأفضل، ولا شك في أن هذا الحكم يتمشى في الغالب مع قصد المتعاقدين. إذ إن من يتقدم بعبائه دون تحفظ تتجه نيته إلى بقاء عطاءه قائما وملتزما به إلى أن يتقدم متزايد آخر بعباء يفوقه، فإذا تقدم متزايد آخر بعباء يزيد على عطاءه سقط العطاء السابق وظل العطاء الأخير قائما، ويرسو عليه المزداد إذا بقي وحده منتظرا قبول صاحب المزداد الذي يستفاد ضمنا من انتهاء الفترة التي حددها لقيام العطاء.

(١) وتنص على أن «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزداد ويسقط العطاء بعباء يزيد عليه ولو كان باطلا.

(٢) وهو اتجاه المشرع المصري نفسه، إذ جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني أن «افتتاح المزايدة على الثمن ليس في منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات والتقدم بالعطاء هو الإيجاب، أما القبول فلا يتم إلا برسو المزداد» المجموعة - الجزء الثاني - الالتزامات - ص ٦٥.

كما قضت محكمة الاستئناف العليا الكويتية - دائرة التمييز في ذات الاتجاه بأن «من المقرر عملا بحكم المادة ٧٨ من القانون المدني أن المتقدم بالعطاء سواء في المزايدات أو المناقصات - والتي تأخذ حكمها - ليس إلا إيجابا من صاحب العطاء فلا بد لانعقاد العقد أن يصادفه قبول بإرساء المزداد أو المناقصة عليه ممن يملكه، وتضيف المادة ٥٢ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة أن المناقص لا يعتبر متعاقدا إلا من تاريخ التوقيع على العقد طبقا لما تقضي به المادة ٥٣ التالية».

طعن بالتمييز رقم ٢٠٠ لسنة ٨٩ تجاري جلسة ١٩٩٠/١/٢٩ مجلة القضاء والقانون من ١/١/١٩٩٠ إلى ٣٠/٤/١٩٩٠. السنة الثامنة عشرة - مايو سنة ١٩٩٦، رقم ٢٥، ص ١٠١.

ولا يمنع سقوط العطاء بعبء أفضل منه كون هذا الأخير باطلا كما لو قدم من مجنون أو من شخص ممنوع من المزايدة كرجال القضاء والخبرة^(١).

ويلاحظ أن القبول يتم صراحة بإرساء المزايد ممن يتولاه. فلا ينعقد العقد لمجرد أن العطاء المقدم هو الأفضل، وإنما يلزم أن يلحقه قبول، إذ لا يوجد ما يمنع صاحب المزايد من عدم قبول عطاء المتزايد حتى ولو كان هو الأفضل. مع احتفاظ صاحب العطاء بحقه في المطالبة بالتعويض عما عسى أن يصيبه من أضرار، وذلك طبقاً للقواعد العامة، وخاصة إذا كان رفض رسو المزايد قد تم بدون ميرر أو شابه التعسف في استعمال الحق أو إذا فضل صاحب المزايد العطاء الثاني على الرغم من أنه ليس الأفضل شروطاً أو الأكثر سعراً وليست هناك تحفظات من جانب صاحب العطاء الأول^(٢).

وهذه الأحكام السابقة وغيرها التي لم نذكرها تفترض حرية كل متزايد في إعداد عطاءه وفي اختيار الوقت الذي يقدمه فيه، كما تفترض أيضاً عدم تدخل من يتولى المزايد في إجراءات المزايد وفي طريقة رسوه حتى لو كانت الدولة أو إحدى جهاتها العامة. ومما يقلل من هذه الحرية التي يجب أن يتمتع بها كل راغب في إبرام العقد المحتمل ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٧٨ مدني كويتي التي تقرر استثناء من الحكم الذي يقضي بتمام العقد برسو المزايد ومؤداه عدم قيام العقد في حالة وجوب المصادقة ممن يملكها. وإن كانت هذه الفقرة قد اعتبرت أن العقد منعقد من لحظة رسو المزايد لا من لحظة المصادقة إلا أن هذا لا ينفي التقليل من سلطان الإرادة للمتعاقد والاعتداء على القواعد العامة المتعلقة بتبادل الرضاء.

وقد يقال هنا إن الدولة أو إحدى جهاتها هي المتعاقد الفعلي، وبذلك فإن المصادقة منها على العقد تتم خارج إطار المزايدة ذاتها، وهي بمثابة إجراء ضروري لدخول العقد في حيز التنفيذ لا من لحظة المصادقة وإنما من لحظة رسو المزايد.

(١) وجاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري «في الموضوع السابق نفسه ما يلي «يراعى أن العطاء الذي تلحق به صفة القبول - وفقاً لحكم النص - يسقط بعبء يزيد عليه حتى ولو كان هذا العطاء باطلاً أو قابلاً للإبطال - بل ولو رفض بعد ذلك. ويسقط كذلك إذا قفل المزايد دون أن يرسو على أحد.

(٢) وفي هذا قررت لجنة الفتوى بمجلس الدولة المصري بجلسته ١٩٩١/٣/٢٥ (ملف فتوى الصحة رقم ٥/٢/١٩٧١) أنه يجب الترسية على العطاء الأقل سعراً (في مناقصة) إذ لم يترك المشرع أي تقدير للجنة البت في هذا الشأن وأنه لا اجتهاد مع صراحة النص على قبول العطاء المقدم عن توريدات من الإنتاج المحلي أو أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية حتى ولو كان أعلى في السعر من العطاء الأجنبي إذا لم تتجاوز الزيادة فيه ١٥٪ مما يعد تأييداً أو تأكيداً للالتزام دائماً بقاعدة الترسية على العطاء الأقل.

وقضت في ذلك المحكمة الإدارية العليا بوجوب التعاقد مع صاحب أقل عطاء وأن التعاقد مع غيره ولو كان من شركات القطاع العام مخالف للقانون، إذ أنه بحسب الأصل يتعين على لجنة البت إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل إذا لم يستبعد من المناقصة.

(طعن رقم ٥٥٢ لسنة ١٤٠٢/٢٧/١٩٧٣).

وقد تنبه المشرع إلى ضرورة احترام مبدأ سلطان الإرادة حتى في عقود المزايدة فنصت الفقرة الرابعة من المادة ذاتها على عدم سريان الأحكام السابقة - ومن بينها تعليق إبرام العقد على المصادقة - في الأحوال التي ينص القانون على خلافها أو يظهر أن قصد المتعاقدين قد اتجه إلى ما يغير هذه الأحكام، ولا شك في أن حرية التعاقد واحترام مبدأ سلطان الإرادة ينبغي توافرها أيا كان الشخص المتعاقد حتى ولو كانت الدولة أو أحد فروعها ما دامت تتعاقد ليس بوصفها صاحبة سلطة وسيادة وإنما هي تتصرف في أموالها الخاصة وتتعامل بالقواعد نفسها التي يتعامل بها الأفراد العاديون، فإن أي انتقاص لهذا المبدأ ينبغي النظر إليه بتحفظ شديد.

ومما هو جدير بالذكر، أن هناك نصوصاً وردت في التشريع الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة^(١) تحتوي على الانتقاص من حرية المناقص في التفاوض والمناقشة بشأن بنود المناقصة بل تعطي الحق للدولة ممثلة في مجلس الوزراء بالتدخل في تعديل بعض شروط المناقصة حتى بعد رسوها.

من ذلك مثلاً المواد الآتية:

المادة ٢٤: في فقرتها الثانية والمادة ٤٤ التي تقرر أن «إذا رأت لجنة المناقصات المركزية أن هناك مبرراً قوياً يدعو لتفضيل مناقص تقدم بسعر أكبر... رفعت الأمر إلى مجلس الوزراء ليصدر فيه قراره». ولا شك في أن تقدير وجود هذا المبرر القوي وأثره متروك للجنة المناقصات المركزية والتي يبدو أنها تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية مطلقة مما قد يكون له أثر سلبي في حرية التعاقد وقواعد وأحكام انعقاد العقد.

المادة ٤٦: وتنص على أن «إذا وجد عند التدقيق أن بعض الأسعار الفردية غير معقولة - قامت اللجنة - أو من تنتدبه من الفنيين - بتعديلها مع المناقص الفائز...».

المادة ٤٧: تنص على أن «لا يترتب على إرساء المناقصة وإبلاغ المناقص الفائز بها أي حق له قبل الدولة في حالة العدول عن الترسية بقرار من مجلس الوزراء... ولا يعتبر المناقص متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد المشار إليه في المادة التالية، وتتطلب الأخيرة ضرورة حضور المناقص

(١) يقابله القانون المصري رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات والصادر بإلغاء التشريع رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ والتشريعات المعدلة له. وقد نصت المادة ١٦ منه على أن «لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمي العطاءات في شأن تعديل عطائه. ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها لما يجعل عطائه متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الإمكان، كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسرعه إلى مستوى أسعار السوق.

أمام الجهة الحكومية صاحبة المشروع للتوقيع على العقد خلال المدة التي تحددها له، فإذا لم يتقدم في هذا الميعاد لتوقيع العقد، اعتبر منسحباً^(١).

ويلاحظ أن حرمان المناقص الفائز من أي حق قبل الدولة في حالة العدول عن الترسية بما في ذلك حقه في التعويض عما يكون قد لحقه من أضرار مادية وأدبية من جراء هذا العدول أمر فيه خروج على القواعد القانونية، إذ من المعلوم ثبوت حق الشخص في التعويض عن الأضرار حتى في الحالات التي ينتفي فيها الخطأ. فإذا فرض أن الدولة ممثلة في مجلس الوزراء قد عدلت عن الترسية تحقيقاً لمصلحة عامة، أي انتفى الخطأ من جانبها فإن هذا لا يؤثر في حق المناقص الفائز في التعويض تأسيساً على نظرية تحمل التبعة. أو طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية بشكل عام^(٢).

(١) وقالت في ذلك محكمة التمييز الكويتية إن «من المقرر أن العقد الإداري الذي يبرم بطريق المناقصة العامة لا ينقذ إلا بالتوقيع عليه من طرفيه، أما إخطار المناقص الفائز بقبول عطائه وبرسو المناقصة عليه فلا يعدو أن يكون من الإجراءات التمهيدية لإبرام ذلك العقد، ومن ثم، تتحدد حقوق المتعاقد والتزاماته مع جهة الإدارة طبقاً لنصوص العقد الذي يربطه بجهة الإدارة، ولا عبءة بالمباحثات والمفاوضات التي تدور خلال المرحلة التحضيرية التي تسبق إبرام العقد إذ أن هذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين لا يولد في حد ذاته رابطة عقدية كما أنه من المقرر أيضاً أن تنفيذ الالتزامات التعاقدية في عقود القانون الخاص لا يجري على نسق من القواعد التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية، ففي العقود الإدارية تستهدف الإدارة أساساً المصلحة العامة وتعمل على تغليبها على مصالح الأفراد الخاصة، وهي في سبيل تحقيق هذه الغاية تعتمد إلى تضمين عقودها جزاءات مالية تتلاءم مع طبيعة تلك العقود وإن كانت غير مالوفة في العقود الخاصة، وهي تبغي من تلك الشروط إن تحقق ضغطاً على المتعاقد معها ليبذل جهده في تنفيذ التزامه، يحدها في ذلك ما تسعى إليه من تحقيق احتياجات المرافق العامة وضمان حسن سيرها بانتظام واطراد...».

(٢) طعن بالتمييز رقم ٢٣٥ لسنة ٨٩ تجاري في ١/٢٨/١٩٩٠ ومجلة القضاء والقانون عن الفترة من ١/١/١٩٩٠ إلى ٣٠/٤/١٩٩٠ السنة الثامنة عشرة. ذو الحجة ١٤١٦هـ مايو سنة ١٩٩٦م. رقم ٢٢ ص ٨٨.

وقد قضت في ذلك محكمة التمييز الكويتية بأن «المشروع وإن خول لجنة العقود بالمؤسسة العامة للموائمة بمقتضى نص المادة ٧٣ من المرسوم الصادر في ٢٢/٩/١٩٨٠ باللائحة الداخلية لتلك المؤسسة الحق في إلغاء المناقصة مع توضيح ذلك في مذكرة داخلية وقضى في المادة ٧٨ من اللائحة بالآلية التي يترتب على قرار الترسية أي حق للمناقص الفائز قبل المؤسسة في حالة العدول عن الترسية إلا إذا لابس إجراءات الترسية والعدول عنها خطأ من جانب الجهة الإدارية رتب ضرراً بالمناقص. قامت مسؤوليتها التقصيرية طبقاً للأصل المقرر في المادة ٢٢٧ مدني، أما ما جاء بالمادة ٧٨ من عدم قيام حق للمناقص الفائز في حالة العدول عن الترسية فلا يعني حرمان المناقص من التعويض عند توافر الخطأ المشار إليه. والمقصود من النص هو عدم ترتيب أي حق تعاقدي للمناقص المذكور عند العدول عن الترسية أخذاً بالمبدأ المقرر من أن الرابطة العقدية بين المناقص وجهة الإدارة لا تقوم إلا بالتوقيع على العقد، ومن المقرر أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع بغير معقب مادام استخلاصها سائفاً ومستنداً إلى ما هو ثابت بالأوراق».

طعن بالتمييز رقم ٢٥٩ لسنة ٨٩ تجاري. مجلة القضاء والقانون عن الفترة من ١/١/١٩٩٠ إلى ٣٠/٤/١٩٩٠ السنة الثامنة عشرة. ذو الحجة ١٤١٦هـ مايو سنة ١٩٩٦م. رقم ٣٥ ص ١٣٢.

المطلب الثاني النموذج الثاني عقود الإذعان

إذا كنا قد ذكرنا أن النصوص التي أشرنا إليها والمتعلقة بالمزايدة والمناقصة قد تشكل اعتداء على قواعد القبول والإيجاب وتمثل انتقاصا من حرية التعاقد في التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه فإن الأمر يزداد شدة في عقود الإذعان إذ يبدو هذا الاعتداء وذلك الانتقاص بدرجة أكبر.

تتميز عقود الإذعان في مجملها بانعدام إرادة أحد طرفيها أو على الأقل بانحسار دورها في تحديد بنودها أو الالتزامات الناتجة عنها^(١). كما تتميز أيضا بانعدام التوازن الاقتصادي بين مركزي المتعاقدين. إذ إن سبب نشأتها يرجع إلى قيام قوى هائلة اقتصاديا باتت تتحكم في أرزاق الناس أو في ما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو خدمات لازمة، وقد توصلت إلى ذلك من خلال الاحتكار الذي يقضي على المنافسة. ومن هذه الخدمات تقديم الضروريات كالمياه والكهرباء والغاز والنقل والتأمين. والنتيجة التي ترتبت على هذا الاحتكار هي انفراد هذه القوى المحتكرة بوضع شروط التعاقد وبنوده، ولا تقبل من المتعاقدين معها مناقشة لهذه البنود أو الاعتراض عليها بحيث لا يكون أمامهم سوى قبول بنود العقد برمتها أو رفض التعاقد، وغالبا ما يسفر الأمر عن قبولهم لهذه الشروط دون مناقشة، إذ إن العقد يتعلق - كما قلنا - غالبا بسلعة أو خدمة ضرورية^(٢).

(١) وهذا ما يؤدي إلى التردد في وصفها بأنها عقد، ويمكن القول إنها في حقيقتها - مراكز قانونية مفروضة على طرفيها أو على أحدهما تحقيقا لمصلحة عامة، وقد تدخل في إطارها مصلحة الطرف المذعن، وقد ذهب إلى ذلك قلة من الفقهاء على أساس أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانونا يجب تفسيره كما يفسر القانون ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها. وإن كان معظم الفقه يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود. ويلاحظ من جانب آخر، أن الفقه الإسلامي لم يعرف هذه الفكرة وكيف ذلك وقد حارب كل المعلومات التي من شأنها استغلال أحد طرفيها للآخر. فقد حارب الاحتكار، فلا يجوز لتاجر أن يحتكر سلعة ضرورية فيعطي من سعرها ويبيعه للناس بالسعر الذي يفرضه، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»، ولم يقتصر الفقه الإسلامي على محاربة الاحتكار بشكل عام ولكنه حاربه في شتى صورته، ومنها النهي عن بيع متلقي السلع وصورته أن يسمع أحد خبر قدوم قافلة بسلع فيقابلهم عند مدخل المدينة وقيل وصولهم إلى السوق ويشترى جميع ما مع القافلة ثم يدخل بها السوق فيبيع على ما يشاء من الثمن، وهذا التصرف مكروه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تلتقوا السلع حتى تهبط الأسواق...».

ومن الصور المحرمة أيضا لما فيها من احتكار بيع الحاضر للبادي.

انظر في ذلك: السنهوري - مصادر الحق - المرجع السابق - ص ٨٥.

(٢) ويلاحظ أن الربط بين كون السلعة أو الخدمة من الضروريات الأساسية وبين توافر الاحتكار الذي يقوم به عقد الإذعان فكرة متأثرة بمفهوم الاحتكار في الفقه الإسلامي الذي يتطلب من أجل إضفاء صفة المحتكر استحواد =

وفي مثل هذه الحالة تنعدم إرادة المتعاقد في التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه ويقتصر مبدأ سلطان الإرادة على جانب واحد يتعلق بقبول التعاقد أو رفضه حتى إن هناك شكاً في مدى توافر هذا الجانب أيضاً. إذ أن الاحتياج إلى السلعة أو الخدمة محل العقد يدفعه إلى قبول بنود العقد كما وضعها الشخص المحتكر دون مناقشة.

وعلى ذلك، فإن لتحديد صفة الإذعان في العقود تطلب بعض الفقه ضرورة توافر شرطين للقول بوجود هذه الصفة أولهما، أن يكون إعداد العقد وتحضيره من جانب أحد المتعاقدين بشكل منفرد وسابق على أية مفاوضات خاصة بالعقد، وثانيهما، أن يتمتع المتعاقد الذي يصيغ العقد بسلطة فرضه على المتعاقد الآخر. ولن يتمتع هذا المتعاقد بذلك إلا إذا كان في وضع المحتكر للسلعة أو الخدمة محل العقد^(١).

ولكن البعض الآخر أقل من سابقه تشدداً، اكتفى بمجرد غياب قدرة المتعاقد على مناقشة بنود العقد للقول بوجود عقد الإذعان. أي أنه ليس بشرط توافر الاحتكار للسلعة أو الخدمة من جانب أحد المتعاقدين من أجل الاعتراف بكون الآخر في موضع الإذعان له وإنما يكفي أن ينفرد أحد الأطراف بوضع شروط التعاقد مسبقاً.

التاجر على سلعة من الضروريات الأساسية.

وقد قضت في ذلك محكمة الاستئناف العليا في الكويت - بعدم تكييف العقد بين شركة الهواتف المتنقلة وبين أحد المشتركين في خدمة الهاتف النقال بأنه من قبيل عقود الإذعان لأن الشركة لا تتمتع باحتكار بالاستناد إلى أن الخدمة ليست من الضروريات التي لا غنى للناس عنها. انظر في هذا الحكم والتعليق عليه - د. أحمد عبدالرحمن الملحم: الاحتكار والأفعال الاحتكارية - دراسة تحليلية. مطبوعات جامعة الكويت. ١٩٩٧ - ص ٩٣.

DE PAGE Traite élémentaire de droit civil belge 11, No 5590 et 551, 3 eme edition 1964.

(١)

كما ذهب محكمة التمييز الكويتية إلى أن «عقود الإذعان تتميز عن غيرها باجتماع سمات ثلاث، أولها، تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، وثانيها، احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها وثالثها صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، والقبول في هذه العقود ليس إلا إذعاناً لما يمليه الموجب، فالقابل ليس له إلا أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة للتعاقد، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، وهذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل نفسية...

طعن رقم ١٤٤ لسنة ٨٧ تجاري، في ١٩٨٨/١/٤، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة عشرة، العدد الأول شوال ١٤١٥هـ - مارس ١٩٩٥م رقم ٦ ص ٤٥.

ويلاحظ هنا أن الاحتكار ليس مقصوراً على السلع فقط وإنما يشمل الخدمات، فالمعيار هو مقدرة التعاقد على التحكم في تحديد الأسعار والشروط بالنسبة للسلع أو الخدمات.

ولعل هذا الرأي هو الأقرب للقبول لما يحققه من حماية للطرف الضعيف في العقد من خلال توسيعه لفكرة الإذعان. وأيضا لأن فكرة الاحتكار نفسها نسبية تختلف من شخص إلى آخر. إذ قد يكون احتياج أحد الأشخاص للسلعة أو الخدمة محل العقد أكثر من غيره وهذا ما يدفعه إلى قبول بنود العقد كما وضعها الشخص الذي يقدم هذه السلعة أو تلك الخدمة. فهنا يعد هذا العقد بالنسبة له عقد إذعان في حين أنه ربما لا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر ليس في ظروفه نفسها وليس مضطرا إلى السلعة محل العقد^(١). بل إن هذا الرأي يتفق مع نصوص القانون التي لم تستلزم وجود احتكار للقول بتوافر صفة الإذعان وإنما اكتفت بأن يرتضي أحد الأطراف ويسلم بمشروع العقد الذي وضعه الطرف الآخر مسبقا ويقبل شروطه ولم تشر لا من قريب ولا من بعيد إلى مسألة الاحتكار، ولعل الواقع العملي الذي أفرز عقود الإذعان هو الذي دفع بالقضاء إلى تطلب الاحتكار، نظرا لأن معظم هذه العقود كانت تتعلق بسلع أو خدمات احتكارية. هذا ما دفع بعض الفقه إلى القول بارتباط فكرة الإذعان بالظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تحيط بالتعاقد مما يجعلها فكرة فلسفية اجتماعية أكثر من كونها فكرة قانونية. ويضيف هذا البعض بأن صفة الإذعان ليس لها مفهوم محدد ومعين وإنما هي مجرد رمز "Symbole" يشير إلى وجود أحد المتعاقدين في مركز أقل من الآخر^(٢).

وهذا المركز يظهر عندما تكون شروط العقد موضوعة مسبقا من جانب أحد المتعاقدين ولا يملك الآخر مناقشتها أو على الأقل مناقشة البنود الرئيسية منها.

وقد حاول الفقه والقضاء التخفيف من قسوة عقد الإذعان. بل إن المشرع نفسه قد أورد العديد من القيود والأحكام التي تهدف في النهاية إلى حماية الطرف المدّعن، فتنص المادة ٨٠ مدني كويتي - تقابلها المادة ١٠٠ مدني مصري والمواد ١٠١ سوري، ١٠٠ ليبي، ١١٢ جزائري - على أن «لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعانا لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضى التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقا ولا يقبل مناقشة في شروطه».

وتنص المادة ٨١ على أن «إذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي - بناء على طلب الطرف المدّعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها وذلك كله وفقا لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

وتنص المادة ٨٢ على أن «في عقود الإذعان، يفسر الشك دائما في مصلحة الطرف المدّعن».

وعلى صعيد القضاء - نأخذ مثلا له من القضاء البلجيكي - فإن كثرة الاتفاقات التي تحتوي

(١) ويمكن أن تضرب مثلا لذلك بوجود شخص في منطقة نائية يحتاج إلى غذاء يقتات به بمواصفات معينة مما يضطره إلى قبول اشتراطات بائع هذا الغذاء على وجه لا يقبله شخص آخر ليس في نفس احتياجه.

(٢) PAUL - Henry DELVAUX: les contrats D'adhesion et les clauses abusives en droit BELGE. in le protection de la partie faible dans les rapports contractuels, ouvrage présenté par le centre de droit des obligations de l'université de paris I P74.

على بنود موضوعة سلفا من جانب أحد المتعاقدين دفعت بالقضاة إلى البحث عن الوسائل التي بها يوفقون بين أوضاع المتعاقدين، ولم تقف محكمة النقض البلجيكية إطلاقا أمام هذه الرغبة لدى القضاة بل طورتها في حدود اختصاصها. وهي اليوم الحارس اليقظ المراقب لمدى احترام القضاة لمبدأي سلطان الإرادة من ناحية والقوة الملزمة للاتفاقات المبرمة بحرية بين الأفراد من ناحية أخرى ورفضت من جانبها الأحكام التي أهملت احترام هذين المبدأين أو تلك التي شجعت عدم التعادل بين طرفي العقد^(١).

بل إن محكمة النقض البلجيكية قد فاقت مثيلتها الفرنسية بتدخلها في تفسير العقود النمطية ورفضت اعتبارها تصرفات شبه لائحية أي كان واضح هذه العقود^(٢). ولذلك، فإن المحكمة تتدخل بشكل غالب في تفسير العقود التي تبرمها الدولة مع الأفراد بهدف تقديم خدمة من خدماتها كالكهرباء أو التلفون أو المياه أو غيرها.

وقد حاول القضاء البلجيكي محاربة الشروط التعسفية التي تحتويها العقود المسماة «بعقود الإنعان» من خلال فحص وتحليل كيفية إبرام العقد وكذلك دراسة مضمونه وأيضا مراقبة طريقة تنفيذه.

من حيث الإبرام:

لقد كانت مسألة قبول الشروط الموضوعة سلفا من جانب أحد المتعاقدين هي الشغل الشاغل للقضاء البلجيكي حيث ذهب إلى أنه يشترط لاعتبار هذه الشروط جزءا مكملا للعقد أن يتمكن المتعاقد من معرفتها، وهذا يتطلب أن تكون موضوعة وموجودة لحظة إبرام العقد أو قبل هذه اللحظة. ولا يكتفي بمجرد وجودها بل يتعين أن تكون في مكان ظاهر يسهل الاطلاع عليه وبخط بارز يختلف عن الخط الذي صيغت به باقي الشروط.

وقد ماثل القضاء البلجيكي بين عدم ظهور هذه الشروط وبين صياغتها بلغة غير اللغة المستخدمة عادة في مكان إبرام العقد^(٣).

وهذا ما يؤكد على أنه ليس بكاف ظهور وبروز الشروط الموضوعة سلفا وإطلاع المتعاقد عليها وإنما لا بد من أن يفهم ما قرأه أو اطلع عليه، فإذا صعب عليه الفهم إما لصعوبة العبارات المستعملة أو لاختلاف لغتها عن لغته عد وكأنه لم يطلع عليها، كما يتعين أن يقبل المتعاقد هذه الشروط وعادة ما يستشف القضاء هذا القبول من مجرد عدم اعتراض المتعاقد عليها لحظة التوقيع

(١) Cass - Belg - 19-9-1983 pas. 1984, 1, 55, cass - 17-5-1990, Rec- Cr - jur - belge, 1990, P595.

(٢) PAUL - Henry - DELVAUX: Les contrats d'adhésion, Op - cit, P80.

(٣) Cass - BELGE. 9-2-1973, Rev Cri - juris - 1974 P187.

على العقد^(١). وإن كان يشترط هنا أن يكون هذا السكوت موصوفا (Circonstancié) وما يسمى بالسكوت الإيجابي الذي يدل - في حد ذاته - على قبول ما هو مدون^(٢) وبذلك يرفض القضاء البلجيكي مؤيدا من الفقه رقابة مدى قدرة المتعاقد على معرفة الشروط العقدية الموضوعية سلفا على أساس أن المتعاقد لا يلومن إلا نفسه إذا أهمل في معرفة ودراسة هذه الشروط التي سيخضع لها وبالتالي عدم اعتراضه عليها.

ولكن - من ناحية أخرى - فإن القضاء يتمتع بسلطة تقدير واسعة في دراسة معطيات الواقع في كل حالة على حدة. كما أن أوضاع المتعاقدين وما قد يتمتع به أحدهم من قوة في التعاقد تلعب دورا مؤثرا في أحكام المحاكم. ولكن هذه السلطة المقررة للمحاكم وبالتالي رقابتها للشروط الموضوعية سلفا تنعدم فائدتها في حالة غياب اعتراض المتعاقد عند الاطلاع عليها. إذ يفترض هنا - وإلى أن يثبت العكس - أن جميع بنود العقد - العامة والخاصة - كانت موضع قبول من جانب المتعاقد. أما في حالة اعتراضه فإن القضاء هنا يراقب عدم صحة القبول بالنسبة له من خلال رقابة عدم التعادل الواضح بين التزامات طرفي العقد والذي يجد مصدره في استغلال أحد المتعاقدين لضعف أو جهل أو حاجة المتعاقد الآخر^(٣) وهذا يعني أن مجرد اعتراض المتعاقد على شروط العقد ليس كافيا وحده للقول بعدم صحته بل إن دوره مقصور على إعطاء القضاء إشارة البدء في ممارسة سلطته التقديرية للبحث في مدى توافر الاستغلال من عدمه.

(١) وقد قررت ذلك محكمة النقض البلجيكية بقولها:

"Sauf disposition legale Contraire, Le consentement d'une partie peut s'exprimer non seulement de maniere expresse, mais aussi tacitement.

كما قضت محكمة التمييز الكويتية أيضا بأن «النص في الفقرة الأولى من المادة ٧٧٩ مدني على أن لا يكون طلب التأمين وحده ملزما للمؤمن ولا للمؤمن له، ولا يتم العقد إلا إذا وقع المؤمن على وثيقة التأمين وتم تسليم هذه الوثيقة إلى المؤمن له. وإذا تم العقد، اعتبر طلب التأمين وما جاء به من بيانات وإقرارات جزءا مكتملا للعقد، وفي المادة ٧٨٠ من القانون ذاته على أنه إذا لم تطابق الشروط المدونة بالوثيقة ما تم الاتفاق عليه، كان للمؤمن له أن يطلب تصحيح هذه الشروط في مدى ثلاثين يوما من وقت تسليم الوثيقة، فإن لم يفعل اعتبر ذلك قبولا للشروط المدونة بها، يدل على أن توقيع المؤمن له على عقد التأمين غير لازم لتمامه، لأن هذا العقد الرضائي يتم بتلاقي إرادتي طرفيه، بإيجاب من المؤمن له يفصح عنه بطلب التأمين، وقبول من المؤمن بإصداره وثيقة التأمين موقعا عليها منه، وبهذا التلاقي يلتزم الطرفان بشروط العقد وأحكامه، فإن وقع ولم تطابق الشروط المدونة بالوثيقة ما تم الاتفاق عليه، كان للمؤمن له طلب تصحيح هذه الشروط في ثلاثين يوما من تسلم الوثيقة، فإن لم يفعل - كما هو الحال في الدعوى - اعتبر سكوته قبولا لها بما حوته من شروط...»

طعن رقم ٨٥ لسنة ٨٨ تجاري في ١٩٨٨/٧/٣، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة عشرة، العدد الثاني، صفر ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م، رقم ٢٥ ص ١٠٢.

وفي المعنى ذاته: تمييز في طعن رقم ٣٤٢ لسنة ٨٧ تجاري في ١٩٨٨/٢/٢١، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، رقم ٢٩ ص ١٢٦.

Laul - Henry - DELVAUX, Les contrat d'adhesion, op. cit P82.

(٢)

Cass - BELG - 29-4-1993, J-T, 1994, P299.

(٣)

تفسير العقد:

نظر القضاء - وخاصة البلجيكي - إلى العقود النمطية بصفة عامة على أنها عقود تحتوي على بنود موضوعة سلفا من جانب أحد الطرفين، وقد أولاهما اهتماما خاصا. بدأ -أولا - في البحث المكثف والدقيق عن الإرادة الحقيقية للأطراف والتي تقف خلف إرادتهم المعلنة. وباسم الإرادة الحقيقية رجح القضاء الشروط الخاصة أو المضافة بمعرفة الطرفين على الشروط العامة الموضوعة سلفا من جانب أحدهما. وقد حل البحث عن الإرادة الحقيقية التناقض الذي قد يوجد بين الشروط العقدية الموضوعة مسبقا وخاصة عندما يحاول كل طرف فرض مفاهيمه الخاصة والتي لا تؤدي إليها بنود العقد نفسها. بل إن القضاء قد وصل إلى حد إبطال الشروط المتعارضة عندما يتضح أنها أو بعضها ليست محل اتفاق بين الطرفين.

وقد حكم عملية البحث عن الإرادة الحقيقية اتجاهاً مهمان في التفسير.

الأول: ويسمى بالتفسير المقيد وفيه يجتهد القاضي بتحديد مضمون البنود بشكل لا يؤدي إلى الخروج عن القواعد العامة كلما أمكنه ذلك. متقيداً بالبنود التي وردت بالعقد وبما يشير إليه مضمونها من خلال العبارات التي صيغت بها.

الثاني: وفيه يتوسع القاضي في عملية التفسير لدرجة أنه يقوم بتفسير الشروط الموضوعة سلفا ضد مصلحة المتعاقد الذي قام بوضعها ولصالح الطرف الآخر. وقد أيد الفقه هذا التوسع وخاصة في حالة ما إذا كانت الشروط المراد تفسيرها تولد التزاما على عاتق الطرف المفروضة عليه.

وقد ظهر هذا التفسير بشكل واضح في عقد التأمين حيث وقف القضاء عموماً أمام الشروط التي بمقتضاها يسقط حق المتعاقد في الحصول على مبلغ التأمين من الشركة موقف الشك والريبة عن طريق تفسيرها لصالح المتعاقد وضد الشركة. وقد تدعم هذا القضاء بالعديد من النصوص التشريعية المتعلقة بعقد التأمين والتي أبطلت الشروط الواردة بالوثيقة المتعارضة مع القانون أو اللوائح^(١) كما اشترطت أيضاً ضرورة صياغة الشروط العامة والخاصة بالفاظ واضحة ومحددة وألا تحتوي على شرط يهدد المساواة بين التزامات الأطراف.

(١) وقد أشارت إلى ذلك المادة ٧٥٠ مدني مصري بقولها «يقع باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

١ - الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جنحة أو جنحة عمدية.

٢ - الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

٣ - كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط. كما أشار إلى ذلك نص المادة ٧٨٢ مدني كويتي - كما قضت في الاتجاه ذاته محكمة التمييز الكويتية بقولها: لئن كان الأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية التي أنشأتها إرادتهما الحرة، وذلك في حدود القانون وقواعد النظام العام، وكانت المادة ٧٥ من قرار وزير الداخلية رقم ٨٦/٨١ وأخذاً بهذا الأصل، قد نصت =

تنفيذ العقد:

يحكم تنفيذ العقود بشكل عام واجبات رئيسية، منها الصدق والأمانة والاعتدال والتعاون بين الطرفين المتعاقدين. وقد اعترف القضاء بوجود التزامات مفروضة على المتعاقدين لا يشترط الإشارة إليها في العقد. وباسم هذه الواجبات الخلقية ألزم القضاة كل طرف في العقد بضرورة إخبار الآخر بجميع البيانات والمعلومات التي يتطلبها تنفيذ العقد والابتعاد عن كل ما من شأنه التشديد من أعباء المتعاقد الآخر أو التقليل من الفائدة المشروعة التي يأمل الحصول عليها من وراء العقد. كما يلتزم كل طرف بعدم إساءة استخدام حقوقه وبمساعدة الآخر على احترام تعهداته وتنفيذها^(١) وبعبارة عامة، يراعي كل طرف، مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقد وليس بشرط أن يتوافر لدى المتعاقد نية الإيذاء أو الغش أو احتكار مصلحة المتعاقد الآخر للقول بأنه سيئ النية بل إنه يكون كذلك إذا صدر عنه أي تصرف لا يصدر عن الشخص المعتاد الموضوع في ظروفه نفسها.

وقد اعتبرت محكمة النقض البلجيكية عدم إخبار المؤمن - باعتباره طرفاً في الدعوى الجنائية المرفوعة على المؤمن له - المؤمن له بعدم اتجاه نيته إلى استئناف الحكم الصادر في الدعوى مما وضع الأخير في استحالة بشأن اتخاذ قرار بالاستئناف من عدمه مخالفة منه لمقتضيات مبدأ حسن النية الذي يسود عقد التأمين ويتخذ فيه معنى خاصاً^(٢).

وبشكل عام، فإن مما يخفف من غلواء عقد الإذعان ويوفر حماية كبيرة للطرف الضعيف فيه أمور

أربعة:

على أن تتضمن الوثيقة قيوداً معقولة على المؤمن له بالنسبة لاستعمال المركبة وقيادتها بشرط ألا تتعارض مع نصوص قانون المرور وقراراته. فإذا أخل المؤمن له بتلك الواجبات أو القيود، كان للمؤمن الرجوع عليه لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض. وكان ما تضمنه البند ثانياً فقرة ٣ ومن الشروط العامة في وثيقة التأمين من نص على حق المؤمنة في الرجوع على المستامن بقيمة ما تكون أدته من تعويض وفقاً لأحكام المادة ٧٥ من قرار وزير الداخلية المشار إليه إذا لم يراع عدم قيادة السيارة بسرعة تتجاوز المعدل المنصوص عليه في قانون المرور وقراراته أو إذا ثبت عدم كفاءة أجهزة المركبة وقت وقوع الحادث يعتبر من القيود المقبولة التي نص القانون على وجوب الالتزام بها، وكانت نصوص قانون المرور وقراراته المنظمة لقواعد وأحكام التأمين الإلزامي على السيارات لم تشترط شكلاً معيناً لكتابة الشروط التي من شأنها سقوط حق المؤمن له في التأمين أو التي تبيح للمؤمن له الحق في الرجوع بما آداه من تعويض، فإن المادة ٧٨٢ مدني بنصها على أن «لا يجوز الاحتجاج على المؤمن له بالشروط المتعلقة بالبطان أو السقوط، إلا إذا أبرزت بطريقة - متميزة كان تكتب بحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً، تكون واجبة الأعمال بحكم المادة ٨٠٩ مدني، وخاصة أن حكمها لا يتعارض مع أحكام قانون المرور بل يعتبر مكملاً لها...»

طعن بالمميز رقم ٢٠٨ لسنة ٨٧ تجاري جلسة ١٩٨٨/٦/٦، مجلة القضاء والقانون عن الفترة من ١٩٨٨/٦/١ إلى ١٩٨٨/١٢/٣١، السنة السادسة عشرة، العدد الثاني صفر ١٤١٦، يونيو ١٩٩٥ - ص ٣٥ رقم ٥.

وفي المعنى نفسه: طعن رقم ١٤٧ لسنة ٨٨ تجاري في ١٩٨٨/١١/١٣ - المرجع السابق ذاته رقم ٤٥ ص ١٦٦.

(١) FAGNART, L'execution de bonne foi des conventions, un principe en expansion - Rev - crit - juris - Belge, 1986 P.P, 286, 316.

(٢) Cass - Belge - 22-6-1978, Rev - Crit - juris - belge 1980. P322 (2 arrêts).

١ - أن تتدخل الدولة باستمرار لفرض رقابتها على الشركات أو الأشخاص الذين تمنحهم احتكار مرفق عام. ويأتي تدخلها عادة لصالح المستهلكين، وذلك كشرط لإعطاء هذه الشركات امتياز استغلال المرفق العام.

٢ - تبطل المحاكم كل شرط مجحف بالطرف المذعن وهو يكون كذلك إذا جاء متجافيا مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة أو مع ما تستوجبه مقتضيات حسن النية، ويستوي أن يكون هذا الشرط موجودا في مكان ظاهر أو مستترا في العقد المطبوع. وقد رأينا المحاكم قد توسعت في مفهوم عقد الإذعان واعتبرت عدم التعادل بين طرفي العقد كافيا لتوافر هذا العقد وفي بعض الحالات توصلت إلى إبطال العقد إذا كان مخالفا للأداب عن طريق تطبيق الشروط الخاصة بالمحل أي يجب أن يكون ما اتفق عليه الطرفان مشروعاً واعتبر القضاء - وخاصة الألماني - أن عدم التعادل الموجود في العقد مخالف للأداب وبالتالي فإن المحل غير مشروع.

٣ - كما تبطل المحاكم كل شرط مجحف أو غير مجحف ما دام موجودا في مكان غير ظاهر في العقد بحيث لا يمكن الاطلاع عليه في يسر.

٤ - كما تفسر المحاكم الشك أو الغموض الذي يكتنف عبارات العقد دائما وفي كل الأحوال لمصلحة الطرف المذعن، وهذا مظهر آخر من مظاهر الحماية للجانب الضعيف في عقد الإذعان ويمثل خروجاً على القواعد العامة في التفسير، إذ القاعدة العامة أن الشك باستمرار يفسر لمصلحة المدين في حين أنه يفسر - في عقد الإذعان - لمصلحة الطرف المذعن حتى ولو كان دائما بصدد ما يراد تفسيره.

ويلاحظ أن محاولات المشرع والفقهاء والقضاء لحماية الطرف الضعيف لا تحدث الأثر والمفعول نفسها الذي تحدثه المنافسة الحرة في تقديم الخدمات أو السلع محل عقود الإذعان. فكلما قل الاحتكار وزادت المنافسة بين مقدمي السلع والخدمات. كانت هناك فرصة أكبر أمام المتعاقد للاختيار من بين هؤلاء ما يراه أقل حدة أو قسوة بشأن بنود العقد. وهذا ما يدفعهم إلى التخفيف من طابع الإذعان في العقود التي يطرحونها على الجمهور. والمثال على ذلك أن المتعاقد في عقد التأمين أصبح لديه حرية الاختيار بين نماذج ووثائق التأمين التي تطرحها الشركات على راغبي التأمين.

المبحث الثالث

الفئة الثالثة:

المتعاملون مع أرباب المهن الحرة

العلاقة بين أي مهني والمتعامل معه تتميز بطابع خاص يبرر انفرادها ببعض الأحكام كما يبرر التركيز على أهمية المرحلة السابقة على التعاقد في مثل هذه العلاقة.

وأول ما يميز هذه العلاقة غلبة الطابع الشخصي عليها، فالمتعاقد قد أدخل في اعتباره شخصية المهني عند قيام رغبته في التعاقد معه ووضع ثقته فيه. هذه الثقة التي تؤسس عليها العلاقة

المتبادلة بينهما. فإذا اختار شخص محاميا للدفاع عن مصالحه، وإذا اختار مريض طبيباً لعلاج، فلازم ذلك أن شخصية الأخير قد وقعت منه موقع الارتياح والقبول بما يترتب على ذلك من أن العميل يتعامل مع المهني ويخاطبه وكأنه يخاطب نفسه بل يسلم نفسه إليه ويبوح له بما لا يقدر على البوح به لغيره.

كذلك تتميز هذه العلاقة بأنها تقوم بين قوي وضعيف، بين عالم بأصول فنه متخصص فيه وبين جاهل به^(١).

كما تتصف هذه العلاقة أيضا باعتمادها على ضمير المهني، إذ أن هناك مجموعة من الواجبات تنشأ وتترعرع في أحضان المهنة ويجد الممارس لها نفسه ملزماً بها بوازع من ضميره وبياعث من خلقه دون النظر إلى اهتمام المشرع بها من عدمه ودون اشتراط إشارة العقد الرابط بين المهني وعميله إلى هذه الواجبات. ومهما حاول المشرع واجتهد في وضع جزاءات على المهني فلن يصل إلى رده ما لم يجد الأخير من نفسه رقيباً وقيماً من ضميره قانوناً داخلها يهديه إلى الرشيد ويبعده عن الزلل.

ومن جماع هذه الصفات للعلاقة بين المهني وعميله تتضح أهمية المرحلة السابقة على التعاقد بما تفرضه على المهني من التزام رئيسي، مضمونه قيامه بتبصير العميل وتنوير إرادته وإسداء المشورة إليه في الالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات قبل التعاقدية، التزام يقع على عاتق المهني

(١) وينظر الفقه باستمرار إلى العميل المتعامل مع أرباب المهن الحرة على أنه مستهلك، كما ينظر إلى المهني باستمرار على أنه المحترف، ويعرف المستهلك بشكل عام بأنه «كل شخص طبيعي أو معنوي يتلقى خدمة أو سلعة لتحقيق أغراض خاصة بعيداً عن أية أهداف أخرى، أي أنه يتلقى الخدمة أو السلعة بهدف استهلاكها أو الانتفاع بها، وبذلك يتضح أن هناك شرطين لتوافر صفة المستهلك.

١ - يجب وجود حاجة إلى المال أو الخدمة.

٢ - كما يجب أن يكون الاقتناء أو الاستخدام بهدف تحقيق أغراض خاصة Fins Privés وبذلك يمكن أن يكون كل من المهني أو التاجر مستهلكاً إذا امتلك أو استخدم مالا أو طلب خدمة بهدف الاستخدام الشخصي وليس بهدف إعادة التصرف فيه.

ونظراً لعدم التعادل الظاهر - غالباً - بين المستهلك والمنتج فقد سعى الفقه والقضاء ومن قبلهما المشرع إلى البحث عن وسائل لحماية المستهلك، ومنها إجبار المهني (المنتج بشكل عام) بضرورة إعلام المستهلك وإخباره بكل ما يتعلق بالسلعة أو الخدمة أو المهنة محل العقد، ويرتبط الالتزام بالإعلام بالمبدأ العام في إبرام العقود وتنفيذها ألا وهو حسن النية. والمعلومات التي يلزم المهني (المنتج) بتزويد المستهلك بها تتعلق أساساً بأوصاف السلعة أو الخدمة التي يقدمها، ويجب أن تكون صحيحة ومفيدة. فالالتزام بالإخبار سوف يفقد سببه إذا كانت المعلومات غير مفيدة بالنسبة للدائن بها. وبذلك يظهر هذا الالتزام في كل معلومة أو عنصر يكون من مصلحة المستهلك معرفته.

DOMONT - NAERT: Les relations entre Professionnels et consommateurs en droit BELGE, in "la protection de la partie faible dans les rapports contractuels P219, Ouvrage présenté par le centre de droit des obligations de l'université de Paris 1.

SINAY - CYTERMANIN: Les relations entre professionnels et consommateur en droit Français l'ouvrage précité, P.241.

بحكم علمه بما لا يستطيع العميل إدراكه، ومن واقع إلمامه بمعلومات فن تعجز قدرة المتعامل معه عن الوصول إلى بحوره. ولذلك، فالمهني ملزم بإرشاد عميله وإضاعة طريقة وتبصير إرادته قبل إبرام العقد بينهما حتى يأتي رضاه سليماً. وهذا النوع من الالتزام يختلف عن الالتزام بالمشورة باعتباره التزاماً عقدياً على المهني من حيث أسس كل منهما ووقت تنفيذهما. فالالتزام قبل التعاقد يجد أساسه في نظرية صحة الرضاء، أي أنه يتعلق بإبرام العقد، إذ يلزم وجود رضاء حر وواع مستنير لدى المتعاقد بحيث يكون على علم بحقيقة العقد الذي يبرمه وبياناته التفصيلية وبمدى ملاءمته لغرضه الرئيسي من التعاقد.

أما الالتزام بالمشورة، فأساسه يكمن في أنه التزام قائم على عائق المهني كباقي التزاماته في مواجهة العميل من واقع حسن النية في تنفيذ العقود^(١). أما من ناحية وقت التنفيذ فالالتزام قبل التعاقد - كما هو واضح - التزام سابق على التعاقد يجد مكانه في وقت المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد، أما الثاني فيجد مجاله أثناء تنفيذ العقد. أي أنه مرتبط بالالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد. فالمعيار المميز بين نوعي الالتزامات يكمن في لحظة تطلب أي منهما. فإذا كان الالتزام قائماً ومطلوباً قبل إبرام العقد فيعد التزاماً بالإدلاء بالبيانات في المرحلة السابقة على التعاقد. أما إذا كان تنفيذ الالتزام يرتبط بسائر الالتزامات التي تقع على عائق المتعاقد أثناء تنفيذ العقد فإنه يكون التزاماً تعاقدياً بالإخطار ببيانات معينة يختلف مضمونها تبعاً لطبيعة العقد^(٢) كما يختلف نوعاً الالتزامات بالنسبة لجزاء الإخلال بأحدهما. فجزاء الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات أثناء تنفيذ العقد تطبق عليه الأحكام العامة في المسؤولية المدنية ولا ينفرد الإخلال به بأحكام تختلف عن تلك المطبقة في

(١) ومن ذلك الورشة الذي قبل إصلاح سيارة العميل وكان يجب عليه نصح هذا الأخير بأن الإصلاحات التي سيجريها بالسيارة ستتكلف ما يجاوز قيمة هذه السيارة وأن من الأفضل له استبدالها بسيارة أخرى بنصف التكاليف. وبالتالي ألزمت المحكمة بتعويض العميل عن إخلاله بالتزامه وفقاً للعقد الإصلي بتقديم المشورة إلى العميل Rouen, 18-5-1973, j.-C.P.1974. 11. No 17867 et note Gross

وقد يتخذ الالتزام العقدي بالمشورة صورة التحذير من مخاطر معينة، وإذا لم يقم المتعاقد بذلك التحذير تقوم مسؤوليته العقدية تجاه الدائن بالالتزام، ومن أحكام القضاء الفرنسي، ما قضى به من مسؤولية المهندس الاستشاري العقدية عن عدم تحذير العميل من بعض المخاطر - رغم النص على ذلك في العقد - ما دام أن هذه المخاطر متصلة بموضوع العقد.

Cass - civ - 21-1-1971, J.C.P, 1971, 11, 16729.

ومسؤولية مصفف الشعر (الكوافير) - عن عدم تحذيره للسيدة التي تتعامل معه من بوادر مرض معين يمكن له معرفته بالملاحظة العادية.

Paris, 27-2-1965, Gaz - Pal, 1965, 1, 324.

ومسؤولية الوكيل العقاري عن عدم تنبيه العميل إلى إجراء رسمي عليه أن يتخذه خلال ميعاد معين.

Cass - Civ 3-10-1969, D, 1969, 685.

(٢) د. نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد. دار النهضة العربية سنة ١٩٨٢، ص ٣٨.

حالة عدم تنفيذ أي التزام عقدي وعلى ذلك يستطيع المتعاقد طلب التنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا كما أن له التمسك بعدم التنفيذ كما يمكنه طلب الفسخ.

أما عن جزاء الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات في مرحلة التفاوض لإبرام العقد فالأمر يختلف تبعا لتحديد طبيعة هذا الالتزام وطبيعة مسؤولية المتعاقد المحتمل في هذه المرحلة هل هي عقدية أم تقصيرية وهو ما سنشير فيما بعد^(١).

من جانب آخر: يختلف الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات عن التزام آخر مؤاده تقديم الاستشارة القانونية أو الفنية والذي يكون محله عقدا خاصا يبرم من شخص يحترف ذلك ويسمى عقد تقديم المشورة أو النصيحة Contrat de conseil professionnel فمن حيث الطبيعة فإن الالتزام بالنصيحة وإسداء المشورة في الفترة السابقة على التعاقد يتحدد محله في قيام المدين به بإخطار الطرف الآخر وإعلامه بجميع البيانات التي تساعد على تنوير إرادته وتبصره كما تمكنه من اتخاذ قرار بشأن إبرام العقد من عدمه وعلى أي نحو وبأي مضمون يتم التعاقد.

أما الالتزام بتقديم المشورة أو النصيحة الناشيء عن عقد المشورة فهو ليس التزاما سابقا على التعاقد بل هو تعهد يمثل التزاما عقديا أصليا إن لم يكن وحيدا يقع على عاتق الشخص الذي يحترف تقديم هذه المشورة^(٢)، أما من حيث وقت ومجال كل منهما فمختلف. فالالتزام بتقديم المشورة يجد مكانه في لحظة تنفيذ العقد بينما الالتزام قبل التعاقد فيجد مجاله لحظة إبرام العقد على ما يترتب على ذلك من أثر أو جزاء الإخلال بتنفيذ أي من الالتزامين^(٣) فالإخلال بالالتزام الأول يثير قواعد المسؤولية العقدية للمدين به أما جزاء الإخلال بالالتزام الثاني فيثير التساؤل حول إمكانية تطبيق عدة جزاءات على حسب تأثير تخلفه في رضاء المتعاقد الآخر ومدى إمكان طلب إبطال العقد وأساسه^(٤).

(١) Schmidt, la sanction de la Faute precontractuelle Rev - Trim - Dr - Civil, 1974, No. 48, p.72.
Boyer L'obligation de Renseignement dans la formation du contrat, the, Aix - Marseille 1977,.....
p. 230.

ويرى بعض الفقه أن الالتزام العقدي بالإدلاء بالبيانات ليس إلا امتدادا للالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بهذه البيانات وخاصة إذا وردا على ذات المحل ويدل هذا البعض على رأيه بالقول أن الجزاءات المترتبة على مخالفة الالتزامين واحدة، إذ أن البطلان مقرر لحالات الغش أو التدليس أو العيوب الخفية المتوافرة في كل من المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة تنفيذ العقد.

ويضيف هذا البعض أنه من الصعب التفرقة - من الناحية العملية - بين الالتزامات قبل التعاقدية والالتزامات العقدية على الرغم من اختلافهما من الناحية المنطقية فالانتقال من الالتزام بالإعلام أو الإخبار قبل التعاقد إلى الالتزام بالمشورة أو النصيحة أثناء التعاقد يتم بطريقة سرية وخفية.

Ph - le taurneau, De L'allegement de l'obligation de Renseignement ou conseil D, 1987, chro, p107.

Cornu, Rev- Tr.Dr- civ- 1972, p. 418 No. 5. (٢)

SAVATIER, Le contrat de conseil, D, 1972, p. 10 - No. 10. (٣)

د. نزيه المهدي - الالتزام قبل التعاقد - المرجع السابق - ص ١٦. (٤)

MIALON (Marie) Contribution à l'étude Juridique d'un Contrat de conseil, Rev- Tr. Dr. civ- 1973, p.5.

وتنفيذاً للالتزام بالتبصير في المرحلة السابقة على التعاقد، يجب على المهني نصح عميله وإرشاده إلى ما فيه نفعه وإبعاده عما فيه شره، فالمحامي ملزم بالتوضيح لمن جاءه طالباً مساعدته درجة احتمال نجاح دعواه أمام القضاء، كما يلفت نظره إلى الإجراءات التي يتعين اتباعها سواء لإيداع دعواه أمام المحكمة أو لحفظ حقه من السقوط وخاصة بالنسبة للمواعيد القانونية.

كذلك الطبيب ملزم بتنوير إرادة المريض حول نوع المرض وطبيعته، وكذلك بالنسبة لطريقة العلاج وما يتطلبه من نفقات وما قد يترتب عليه من آثار جانبية وإلى غير ذلك من الأمور الفنية التي يجهلها المريض.

أي أن الطبيب ملزم بتحديد العلاج المقترح ونوعيته بحيث يوضح للمريض - بشكل صريح ومفصل - نوع العمل الطبي المطلوب الذي يتفق مع حالته. وخاصة بالنسبة للحالات الحرجة كتلك التي تتطلب عمليات جراحية باستئصال جزء من الجسم كلياً أو جزئياً أو زرع عضو جديد في جسمه. ولا يكتفي من الطبيب مجرد إخبار المريض بنوع العلاج المقترح بل يتعين أن يحصل منه على رضائه بالقيام بهذا العلاج. وبطبيعة الحال لن يتمكن المريض من اتخاذ قراره. إلا إذا كان على بينة كاملة من حقيقة مرضه وما يحتاجه من علاج. ولا يجوز للطبيب التدخل بعمل علاجي (وخاصة الجراحي) إلا بعد الحصول على الرضا المسبق من المريض، اللهم إلا إذا كان في حالة استعجال والمريض في حالة لا تسمح له باتخاذ قرار^(١). ولا شك في أن تقدير توافر حالة الاستعجال من عدمها تخضع لسلطة الطبيب المعالج وإن كانت سلطته هذه تخضع لرقابة محكمة الموضوع^(٢).

بالإضافة إلى التزام الطبيب بتنوير إرادة المريض حول نوع العلاج المطلوب فإنه يلزم ببيان الآثار الجانبية التي قد تترتب بسبب العلاج. ويحتل هذا الالتزام مكانة مهمة في عمليات علاجية ظهرت حديثه نسبياً، وهي عمليات زرع الأعضاء ونقلها من إنسان إلى آخر يتوقف شفاؤه على هذا العضو. وأياً كان الرأي حول مشروعية هذه العمليات وقانونيتها، فإن الطبيب ملزم بالتوضيح

(١) فهنا يجوز له التدخل بالعلاج ما دام الهدف منه تحقيق مصلحة المريض، وإن كان يمكن القول هنا بضرورة حصول الطبيب على موافقة أقارب المريض قبل التدخل العلاجي إذا وجد أحدهم في الوقت والمكان المطلوب فيها التدخل بالعلاج، أما إذا تعذر ذلك فلا ضير عليه من التدخل بدون إذن المريض، فإذا فرض أن الأخير كان في حجرة العمليات لإجراء عملية الزائدة وبعد أن فتح الطبيب بطن مريضه وجد ورماً في أمعائه ففضل استئصاله في نفس الوقت الذي تستأصل فيه الزائدة فنرى أن الوقت والظروف المحيطة لا يسعغان الطبيب في أخذ رأي المريض بشأن استئصال هذا الورم الذي لم يكن موضع اتفاق بينهما.

Cass - civ - 27-10-1953, D, 1953. 659.

ويرى الفقه في هذا الصدد أيضاً بأن مسؤولية المستشفى لا تقوم في حالة عدم إخبارها المريض، وذلك إذا كانت حالته تستدعي التدخل العاجل.

Victor Haim, De l'information du Patient à l'indemnisation de la victime par ricochet, D, 1997, ch, P125.

للمريض جميع الآثار الجانبية التي تترتب من جراء زرع عضو غريب في جسمه، إذ من المعروف أن غالبية عمليات النقل تستلزم من المريض أن يصبح مجبراً بعد عملية الزرع على تناول أدوية تقلل المناعة الطبيعية (سيكلوسبورين والاسيوران، الكورتيزون) ولا يمكنه الاستغناء عنها طوال حياته لمقاومة طرد الجسم للعضو الغريب الذي تمت زراعته فيه. وتسبب هذه الأدوية مضاعفات خطيرة على جميع أجهزة الجسم^(١).

فالطبيب وهو بصدد إجراء عملية زرع عضو في جسم المريض ملزم ببيان جميع الآثار والمخاطر التي تنشأ عن هذه العملية لكي يتمكن المريض من اتخاذ قراره بالموافقة على إجراء العملية أم لا^(٢).

وقس على ذلك أي مهني آخر، فالمهندس المعماري ملزم بأن يوضح لصاحب العمل نوع العمل الفني المطلوب وكذلك بيان المخاطر والعيوب التي تحيق به - ويشكل الالتزام بالنصيحة والمشورة التزاماً رئيسياً يقع على عاتق المهندس حتى وإن لم يرد النص عليه في عقد المقابلة. إذ أن أساسه ينبع من أصول المهنة التي يمارسها ومن مقتضيات الثقة وحسن النية اللذين يحيطانه أثناء تنفيذ الالتزامات الأخرى الناشئة عن العقد، مثل تقديم الرسوم الهندسية والإشراف على التنفيذ^(٣).

(١) ذكر ذلك في مجلة منبر الإسلام السنة ٥١، العدد ١٨، ص ٨٥، شعبان ١٤١٣هـ، فبراير ١٩٩٣ تحت عنوان «تحذير شامل من عمليات نقل الأعضاء» للدكتور عبدالرحمن العدوي.

(٢) وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض على المستشفى بسبب عدم إخبارها الوالدين بأن الحمل غير طبيعي مما حملهما على الاعتقاد بأن الطفل لم يكن حاملاً لفيروس وأن الحمل كان يمكن أن يتم بشكل طبيعي. Cons- D'état, 14- 2- 1997, req. No. 133238, J.c.P, 1997, J, No 2'828.

وفي التعليق على هذا الحكم قيل بأن مسؤولية المستشفى هناك قامت على أساس الأخطاء المرتكبة من أجهزة التشخيص والأجنة وأيضاً على أساس تقصير المستشفى في التزامها بإخبار الوالدين وإعلامهما بحقيقة التشخيص. Jacques Moreau, note sous l'arrêt précité, P,194.

(٣) انظر عكس ذلك. د. سهير منتصر - الالتزام بالتبصير - دار النهضة العربية - بدون سنة طبع ص ١٨٠. حيث ترى «أن الالتزام بالتبصير بالنسبة للمهندس المعماري - التزام تبعي لا يدخل أصلاً ضمن التزامات عقد المهندس المعماري أو مقاول الانشاء، فالالتزامات التقليدية الناشئة عن هذه العقود هي تلك المعروفة تقليدياً والتي تدور حول تقديم الرسومات والإشراف على التنفيذ وتنفيذ البناء والحق في المقابل النقدي وليس من بينها الالتزام بالتبصير». وفي الحقيقة، أن النظر إلى الالتزام بالمشورة الملقى على عاتق المهني على أنه التزام تبعي أو ثانوي نظرة قديمة. التزامها القضاء فترة طويلة، حيث كان يرى أن هذا الالتزام ينتج بطريقة ضمنية عن الاتفاق بين المهني والعمل وكان مقصد القضاء من ذلك محاولة إرجاع هذا الاتفاق إلى رابطة من الروابط المعروفة في القانون الخاص وبتعبير آخر، محاولة إعطاء وصف للاتفاق ليصبح عقداً مسمى. ولكن هذه المحاولة من جانب القضاء فشلت مع مرور الزمن واستطاع الفقه أن يعلن عن وجود التزام حقيقي أصيل بالنصيحة وباعتباره التزاماً مهنيّاً لا يختلف في أهميته عن باقي الالتزامات الأخرى الملقاة على عاتق المهني سواء منها ما ورد النص عليه في العقد أو تلك التي لم يشر إليها.

بل إن الالتزام بالنصيحة بالنسبة للمهندس يتحول - في كثير من الحالات - إلى التزام بالتحذير أو لفت نظر رب العمل إلى النتائج الضارة التي ستترتب على القيام بعمل معين أو الامتناع عنه. وخاصة فيما يتعلق بالتخطيط المقترح للبناء وما هو مرسوم له من أساسات ومقدر له من حديد واسمنت وخلافه. فالمهندس الإنشائي. بما توافر لديه من خبرة فنية ومعلومات مهنية - ملزم باتخاذ موقف إيجابي في شأن تحذير رب العمل عن المخاطر التي تترتب على ضعف الأساسات أو قلة كمية الحديد أو عدم تناسب الأدوار المراد بناؤها مع الأساسات المرسومة. ولا يكفي منه باتخاذ موقف سلبي حيادي بالابتعاد عن تنفيذ المشروع بل إنه مطالب باتخاذ موقف إيجابي يتمثل في تقديم النصيحة والمشورة إلى رب العمل ومحاولة إثباته عن عمل معين وحثه على التعديل في تصميمات المبنى بشكل يؤدي إلى تجنب المخاطر، ويلاحظ أن الالتزام بالإعلام قد يقوم بين مهندسين يتوليان عملية واحدة أو بين مهندس استشاري ومقاول^(١).

وتختلف أهمية وخطورة الالتزام قبل التعاقد بتبصير العميل وتنوير إرادته بحسب شخصية هذا الأخير. فبعض العملاء بحاجة إلى النصح والإرشاد بقدر أكبر من الآخر. بحيث يمكن القول بأن ضعف العميل أو جهله يلزم المهني بالتوضيح له وتنويره بقدر أوسع عما لو كان العميل مثقفا ويتسع الفرق لو كانت ثقافته وتخصصه من ذات ثقافة وتخصص المهني. فنطاق الالتزام بالمشورة يتحدد طبقا لخبرة العميل أو عدم خبرته وعمره وجنسه ودرجته العلمية، فلا تتساوى أهمية التزام المهني بالنصح والتبصير في مواجهة شخص أمي لم يتلق نصيبا من التعليم بشكل عام أو من التعليم الفني بوجه خاص مع أهميته تجاه شخص توافر له حظ من هذا التعليم أو ذلك، فلا يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون بصدد نطاق هذا الالتزام، بل لا يتساوى الذين يعلمون فيما بينهم، فكل على حسب درجة علمه. ونرى أن العقد بين المهني والعميل من العقود الخاصة التي يتطلب تنفيذها مراعاة مبدأ حسن النية بالمعنى الضيق وخاصة من جانب المهني بحيث ينطبق هنا ما قلناه هناك من أن مجرد السكوت من جانبه عن إعلام العميل وإخباره بأية بيانات أو معلومات متعلقة بالعقد المراد إبرامه بينهما يعد تدليسا من المهني يعطي الحق بعد ذلك للعميل في المطالبة بما يراه محققاً المصلحة. وقد يتمثل ذلك في طلب إبطال العقد، فضلاً عن المطالبة بالفسخ بجانب التعويض عن جميع الأضرار التي أصابته. فمبدأ حسن النية هنا يفرض على المهني التزاماً إيجابياً بالصدق والأمانة مع عميله^(٢) كما يفرض عليه التعاون معه بإحاطته بجميع تفصيلات العقد المراد إبرامه، وبذلك يحل هذا الالتزام الإيجابي محل الموقف السلبي المتمثل في عدم الغش أو الخداع أو التضليل^(٣) ويرى الفقه أن التزام المهني قبل التعاقد بتنوير رضاء العميل وتبصير إرادته والذي

Philippe (REMY), obs - in. Rev - Tr - Dr - Civ 1984, P523, No 2.

(١)

Boyer, L'obligation, op. cit, p. 28, p. 15. RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles 1949, No. 40.

(٢)

BENABENT: la chance et le droit, Paris, 1973, L.G.D.J, No. 90.

(٣)

يستند إلى مبدأ حسن النية عند إبرام العقد من شأنه أن يوجد أساساً قانونياً للمسئولية التي تنشأ عن الإخلال بالواجبات الأخلاقية مثل الصدق والأمانة والإخلاص والثقة العقدية^(١).

ويلاحظ أن المهني في التزامه بالإدلاء بالبيانات قبل التعاقدية لتتوفر إرادة العميل ملزم بتحقيق نتيجة في تنفيذ هذا الالتزام بصرف النظر عن المسلك الذي سيسلكه العميل بعد ذلك، استمع إلى نصيحته واتباع مشورته أم لا، فيكفي أن يبذل نصيحته إلى العميل طبقاً لمعيار الشخص المعتاد في تنفيذ التزامه بالتبصير لينجو من أي لوم أو اتهام بالتقصير أو الإهمال.

وقد ذهب محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها إلى أن المهني - الطبيب - هو الملزم بإثبات أدائه للالتزام بالإدلاء بالبيانات إلى عميله من خلال إقامة الدليل على إخباره بجميع المعلومات والبيانات التي تساعد على اتخاذ قراره، وبعبارة أخرى، إن المهني ملزم بإثبات أدائه للالتزام بالنصيحة والإعلام^(٢) مما يؤكد على أن التزام المهني بالنصيحة أو المشورة لعميله هو التزام بتحقيق نتيجة وذلك بالنسبة للمرحلة الأولى، وهي مرحلة أداء النصيحة^(٣) إذ أننا أمام هذا الالتزام يمكن أن نفرق بين مرحلتين: الأولى: وتتعلق ببذل النصيحة وإعطائها للعميل، أي بالعمل المادي المتمثل في نصح المهني لعميله، فهنا يقع عليه التزام القيام بعمل محدد وهو النصح، أي يلزم بتحقيق نتيجة تتمثل في هذا الفعل المادي الصادر على شكل الاستشارة.

(١) MAGNIN : Reflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la Formation des actes Juridique, J.C.P., 1976, 1, 2780. No.41.

(٢) وكان موضوع الدعوى هو التزام الطبيب بإخبار مريضه أو إعلامه وفيه قالت المحكمة "Le medecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis - à - vis de son patient et il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation"

وجاء في التعليق على هذا الحكم أنه يمثل ارتداداً إلى قضاء قديم منذ أكثر من نصف قرن وغير معترف به من جانب محكمة النقض منذ سنة ١٩٥١ وإن هذا الرجوع إلى الوراثة قد يمثل تقدماً من الناحية القانونية. كما أنه يمثل تقوية لجانب المريض في مواجهة الطبيب وإن طلب عبء الإثبات وإلقاءه على عاتق الطبيب يتفق مع التطور الذي نلاحظه الآن لصالح الالتزام بالإخبار.

- Louis Dubois, Note sous cass- civ. 1^{ère} 25 - 2 - 1997. in Rev. Tr- Dr- San - Soci - 1997, P.P 288-292.

(٣) إذ من المعلوم أن العنصر المهم الذي يحكم تقسيم الالتزام إلى التزام بنتيجة وآخر بوسيلة هو عبء الإثبات، إذ عندما يتحدد مضمون التزام المدين بتحقيق نتيجة فهنا يكتفى من الدائن بالالتزام بإثبات واقعة محددة وهي عدم تحقق النتيجة المرجوة إما كلياً أو جزئياً، ثم يجئ دور المدين في إثبات تنفيذه للالتزام بالدليل على النتيجة التي حققها أو إثبات القوة القاهرة التي منعت من التنفيذ. وعلى العكس، عندما يتحدد التزام المدين بأنه بوسيلة. فيفترض أنه قد بذل كل ما في وسعه من العناية والحرص للحصول على النتيجة المنتظرة ويتحول الإثبات في هذه الحالة إلى الدائن الذي يشكو تقصير مدينه، إذ عليه أن يقيم الدليل على قصوره في هذه العناية أو سلوكه الخاطئ الذي كان وراء الضرر الذي لحقه.

Frossard, La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat, these, lyon, 1965, P10.

الثانية: المتعلقة بتنفيذ بالنصيحة أو المشورة من جانب العميل، فهنا لا يقع على المهني أي التزام. إذ أن العميل غير مجبر من الناحية النظرية على اتباع النصيحة وله إمكانية مخالفتها أو عدم العمل بها وليس للمهني أي علاقة أو سيطرة على سلوك العميل، وبذلك لا يوجد عليه هنا التزام بوسيلة ولا التزام بنتيجة.

ويلاحظ أن الحكم السابق إذا كان يتحدث عن التزام عقدي بالإخبار، فلا مانع من الاستشهاد به في مجال ذات الالتزام، ولكن في المرحلة السابقة على التعاقد حيث اختلاف الفقه حول طبيعة الالتزامات في هذه المرحلة وكذلك نوع المسؤولية التي تقع في حالة عدم أدائها، فسواء اعتبرنا الالتزامات في هذه المرحلة وبالتالي المسؤولية عقدية أم اعتبرناها تقصيرية، فإن تقسيم الالتزامات إلى التزام بنتيجة وآخر بوسيلة يوجد في النوعين من المسؤولية. ففكرة تقسيم الالتزامات من حيث مضمونها يمكن أن نجد لها تطبيقات على الأرض العقدية كما على الأرض التقصيرية. فكما أن أطراف العقد لهم الحرية في تحديد مضمون التزاماتهم وحقوقهم، فإن القانون كذلك يمكن أن يفرض التزامات بنتيجة وعلى أفراد معينين كما يمكنه فرض التزام على الكافة بمراعاة جانب الحيطة والحرص في تصرفاتهم^(١).

وقد عززت محكمة النقض الفرنسية من موقفها من هذا الحكم بحكم آخر صدر بشأن محام، طالبه عميله بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء عدم تنفيذه لالتزامه بالإخبار. وقد ألقت المحكمة على المحامي عبء إثبات أداء هذا الالتزام أو إقامة الدليل على الظروف التي منعت من ذلك^(٢).

وجاء في التعليق على هذا الحكم «إن المحامي ملزم بأداء مهمته التي كلف بها أو قبلها على نحو سليم وكامل وهو يسأل عن الخطأ أو القصور في تنفيذ هذه المهمة»^(٣).

THOMAS : La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat, Rev. Crit. (١)
1937, P 637.

Cass - civ - 29 avr - 1997, j.c.p, 1997, j, n° 22948, "l'avocat est tenu d'une obligation particulière d'information et de conseil envers son client. Em mettant à sa charge la preuve de l'exécution de cette obligation..." (٢)

MARTIN (R) note sous cass. civ. précité. (٣)

الفصل الثاني

المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد

يعتبر تقرير حق الدائن الذي أصابه ضرر نتيجة إخلال المدين بالتزاماته في المرحلة السابقة على التعاقد في التعويض من الجزاءات المهمة التي يجب تحديد قواعدها.

ولكن تقرير المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد يثير البحث في أمور مهمة أولها، في الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، وهل هي عقدية أم تقصيرية، ويخص ثانيها شروط قيامها وأخيرا دعوى التعويض التي يرفعها الدائن.

وعلى ذلك يتضمن هذا الفصل مبحثين

المبحث الأول: طبيعة المسؤولية وعناصرها.

المبحث الثاني: دعوى التعويض.

المبحث الأول

طبيعة المسؤولية وعناصرها

المطلب الأول

طبيعة المسؤولية

ثار خلاف كبير بين الفقه بمختلف مذاهبه ومشاربه حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي التزام في مرحلة التفاوض لإبرام العقد. ولقد حظيت هذه المسؤولية قبل التعاقدية باهتمام بالغ منذ السبعينات في فرنسا وبلجيكا وألمانيا وسويسرا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية ولم يفقد هذا الموضوع حيويته بعد، والدليل على ذلك أعمال الندوة التي نظمتها منذ فترة زمنية قصيرة غرفة التجارة الدولية حول موضوع إبرام العقد والمسؤولية قبل التعاقدية^(١).

حيث ذهب الرأي الأول إلى أنها مسؤولية عقدية، وقد كان أهرنج صاحب هذا الرأي بالتأسيس على نظرية «الخطأ عند تكوين العقد». ويرى أن الخطأ في مرحلة التفاوض هو خطأ عقدي يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية وقواعدها على مرتكبه سواء أترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلانه. ويرى أهرنج أن الخطأ العقدي على الرغم من بطلان العقد أو عدم انعقاده يرتب حقا في

(١) انظر في ذلك د. أمية حسن علوان في تقريره المقدم إلى مؤتمر معهد الأعمال الدولي بكلية حقوق القاهرة من ٢ - ٣ يناير ١٩٩٣ بعنوان «ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود التجارية الدولية».

المطالبة بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية. ويفترض أهرنج وجود عقد ضمان يقترن بكل محاولة لإبرام عقد بمقتضاه يتعهد كل طرف في هذه المحاولة بالأ ياتي من جانبه ما يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلان العقد. ويستند عقد الضمان هذا إلى رضا ضمني متبادل بين الطرفين المتقدمين على التعاقد^(١) وبذلك، فإن عدم إبرام العقد وبطلانه يعد إخلالا من جانب المتسبب في ذلك لهذا العقد الضمني بالضمان^(٢). وقد انتهى قضاء المحكمة العليا في ألمانيا إلى تأسيس المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد على علاقة قانونية أساسها الثقة والأمانة المتبادلة. وتنشأ هذه العلاقة بالدخول في المفاوضات قبل التعاقدية وتلزم أطرافها بمرعاة واجب العناية والحرص في سلوك كل منهما تجاه الآخر، ولقد فرض القضاء الألماني على الأطراف واجب التفاوض بحسن نية ومرعاة الدقة والإنصاف، ورتب مسؤولية الطرف الذي يقطع المفاوضات بدون سبب معقول. كما ألزمت المحاكم الطرف الذي تسبب عمدا أو بإهمال في إيهاام الطرف الآخر بأن العقد في سبيل إبرامه رغم أنه كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم استحالة هذا الإبرام، بالتعويض^(٣).

بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى أن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات قبل التعاقدية هي مسؤولية تقصيرية تقوم بحكم القانون وليس على أساس التصرف الباطل. بمعنى أن القانون يجعل المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض تقوم على تحمل التبعية أو بصفة عامة عن التقصير في تنفيذ الالتزام^(٤) هذه المسؤولية تستوجب التعويض كآثر ناتج عن العقد الباطل ولكن بوصفه واقعة مادية وليس باعتباره عقدا. ومن ثم، يجب إثبات جميع عناصر المسؤولية التقصيرية (دعوى التعويض). ويمكن القول بأن الرأي الغالب في الفقه والقضاء قد تشجع لهذا الاتجاه^(٥). ويؤكد

- (١) انظر في عرض هذا الرأي د. نزيه المهدي - الالتزام بالإدلاء بالبيانات قبل التعاقدية - المرجع السابق - ص ٣٠٢.
- د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية ١٩٧٨ ص ١١٨ رقم ٢٨.
- (٢) وقد وجهت إلى هذه النظرية انتقادات عدة، أهمها، أنها تجعل الالتزام بالتعويض محل تعهد ثانوي يقترن بالتصرف الباطل ويبقى رغم بطلانه وبذلك فهي تفترض وجود تعهد بالصحة في جميع العقود، وهذا مما يتعدى قبوله بدون دليل وحتى ولو سلمنا بوجود هذا التعهد فإن بطلان التصرف الأصلي سيؤدي - بلا شك - إلى بطلانه فيندعم بذلك أساس القول بأن المسؤولية هنا مسؤولية عقدية.
- (٣) د. أمية علوان في تقريره المقدم إلى مؤتمر معهد قانون الأعمال الدولي بكلية حقوق القاهرة المنعقد من ٢ - ٣ يناير ١٩٩٣ بعنوان «ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود التجارية الدولية».
- (٤) السنهوري - الوسيط ج ١ - ص ٦٧٨.
- (٥) جميل الشرقاوي - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥ - ص ٤٧٧ وما بعدها.
- د. عبدالودود يحيى - الموجز في النظرية العامة للالتزامات - القسم الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ - ص ٢٢٢.
- ومن أنصار المسؤولية التقصيرية د. عبدالفتاح عبدالباقي إذ يقول: وإذا استبعدنا أعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي تقوم على المسؤولية العقدية، فليس معنى ذلك أن المتعاقد، الذي يعزى إليه خطأ في وقوع البطلان، يكون دائماً بمنأى عن المسؤولية. فهذه المسؤولية قد تلحقه وفقاً للقواعد العامة، لا على أساس العقد، وإنما على أساس العمل غير المشروع الذي ارتكبه. مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي - الجزء الأول - نظرية العقد - ص ٢٨٧.

كل من الفقه والقضاء الفرنسي على أن المفاوضات لا تقيد حرية الأطراف حيث يظل كل منهما محتفظاً بحريته في التعاقد، أو عدم التعاقد وجمعان على أن المسؤولية التي تنشأ في مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ نتيجة الإخلال بواجب عام يفرض مراعاة حسن النية في المرحلة السابقة على إبرام العقد.

الرأي في المسؤولية:

إذا كان الأصل العام هو أن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية إلا أن هناك حالات استثنائية قد تكون فيها المسؤولية عقدية وهي تلك الحالات التي يقطع فيها الطرفان مراحل جادة في طريقهما إلى التعاقد بحيث يمكن اعتبار ما توصلوا إليه في هذه المراحل بمثابة اتفاقات تمهيدية أولية سابقة على إبرام العقد الأصلي، ولذلك فإن عدم تنفيذ أي التزام ورد في هذه الاتفاقات التمهيدية يرتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية التي تقوم بشأن عدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي. بحيث نكون أمام مرحلتين مختلفتين.

الأولى: وهي الشكوى من عدم تنفيذ الاتفاق المبدئي أو التمهيدي كما لو اتفق الطرفان على قيام أحدهما باختيار شخص ثالث لتحديد الثمن للشيء المبيع وعدم قيام ذلك الطرف بالاختيار قصداً منه إلى عدم إبرام العقد الأصلي فهنا المسؤولية عقدية ناتجة عن مخالفة اتفاق تمهيدي.

الثانية: وتتعلق بالشكوى من عدم إبرام العقد الأصلي أياً كان السبب في ذلك سواءً أكان يرجع إلى فشل المفاوضات التمهيدية الموصلة إلى إبرام العقد أم كان يرجع إلى عدم تنفيذ أحد الطرفين لبعض الالتزامات الناتجة عن أية مرحلة من مراحل التفاوض، فهنا المسؤولية تقصيرية.

وقد تتوقف شكوى أحد الأطراف على المرحلة الأولى بهدف الاستمرار في مراحل التفاوض حتى الوصول إلى إبرام العقد الأصلي.

المطلب الثاني عناصر المسؤولية

الذي يعنينا هنا أن نبين عناصر المسؤولية بشكل عام في مرحلة التفاوض من خطأ وضرر وعلاقة سببية.

أولاً: الخطأ: قد يتمثل الخطأ في جانب المتفاوض في عدم تنفيذه للالتزام على الوجه المعتاد المنتظر من الرجل العادي بأن ينحرف عن هذا المسلك بشكل يتعارض مع واجب حسن النية والثقة في التعامل الذي يمثل إطاراً عاماً لتنفيذ أي التزام، وهذا ما يسميه الفقه بالامتناع الخاطيء أو التقصيري^(١) ويعد الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات عند إبرام العقد نموذجاً واضحاً على هذا

L'abstention Fautive.

(١)

الامتناع، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك بقولها بأن «امتناع شخص عن الإدلاء بالبيانات التي تقع على عاتقه بمقتضى التزام - اتفاقي أو قانوني أو حتى مهني - يعتبر خطأ ويثير مسؤوليته التقصيرية طبقاً للمادتين ١٢٨٢، ١٢٨٣ مدني^(١)».

والأصل - في أحكام المسؤولية التقصيرية - يقضى بتكليف الدائن بالالتزام - طالب التعويض - بعبء إثبات تقصير المدين، أي بإقامة الدليل على أنه لم يبذل في تنفيذ التزامه عناية الرجل المعتاد الموضوع في نفس ظروفه، وهذا المعيار «الرجل المعتاد» يطبق إذا كان المدين شخصاً عادياً. أما إذا كان المدين شخصاً مهنياً أو حرفياً يتعاقد في مجال مهنته - كالمحامي أو الطبيب أو البائع المحترف (كبياع السيارات المستعملة) فإن المعيار يختلف ليصبح معيار الرجل المهني الموضوع في نفس ظروف المدين. بل إن الفقه قد ذهب إلى التخفيف من عبء الإثبات على الدائن بالالتزام عن طريق القول بوجود قرينة افتراض علم المهني أو المحترف بالبيانات المطلوبة ويأثر تخلفها على رضاه المتعاقد. وتؤدي هذه القرينة إلى اعتباره سيء النية. وبذلك قد يصل الأمر إلى إعفاء الدائن بالالتزام من عبء إثبات الخطأ التقصيري المتمثل في عدم إدلاء هذا المهني بالبيانات قبل التعاقدية^(٢).

وقد يظهر الانحراف عن المسلك المعتاد من المفاوضات بأن يقدم على التفاوض بشأن أي عقد وهو ليس لديه النية على إبرامه، بمعنى أنه لا يهدف إلى التعاقد بقدر ما يهدف إلى تحقيق أهداف أخرى قد يكون من بينها الوقوف على المعلومات ومعرفة بعض البيانات التي كان يحتاجها فقط^(٣).

(١) Attendu qu la Faute prévue par les articles 1389, 1383 peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif, que l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire - engage la responsabilité de son auteur... cass - civ. 27-2-1951, Gaz- pal, 51,1.230.

(٢) د. نزيه المهدي - الالتزام قبل التعاقد - المرجع السابق ص ٢١٨.

(٣) نقض مدني مصري في ١/٢٧/١٩٦٦. مع أحكام النقض س ١٧ ص ١٨٢ رقم ٢٤ قالت المحكمة «وحيث إن هذه المحكمة ترى التكييف الصحيح للوقائع حسبما سجلها الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه هو اعتبار ما تم بين الطرفين لم يجاوز مرحلة المفاوضات على تكوين شركة بينهما وإن الطاعن لم يكن جاداً في هذه المفاوضات ولم يكن أبداً يقصد أن تبلغ غايتها من عقد الشركة مع المطعون ضده بل إنه أوهم الأخير برغبته في تكوين هذه الشركة لمجرد الحصول منه على فكرة المشروع واستخدامه في اختيار الآلات اللازمة للمصنع لدرايته بذلك على أن تقوم بتنفيذ المشروع شركة يكونها الطاعن مع آخرين ممن يقبلون المساهمة معه في رأس مال الشركة بنصيب كبير وهو ما تم له فعلاً بتكوينه الشركة مع الأستاذ الذي ساهم بحق النصف في رأس المال وذلك بخلاف الطاعن الذي كان يريد أن يشترك بعمله فحسب، ومع ذلك يكون له الربع في كل أموال الشركة والربع كذلك في أرباحها - ولما كان مسلك الطاعن على النحو المتقدم تجاه المفاوضات التي أجراها مع المطعون ضده وعدم إخطاره الأخير بقطع المفاوضات في وقت مناسب يعتبر خطأ من الطاعن، وقد ترتب على هذا الخطأ ضرر للمطعون ضده، يتمثل فيما تكبده من خسارة بسبب اضطرابه لإهمال مباشرة محله التجاري في المدة التي قضاها في الخارج لاختيار الآلات اللازمة للمصنع اعتماداً على أن الطاعن جاد في أن تصل المفاوضات إلى غايتها وكذلك الخسارة التي لحقت بالمطعون ضده من جراء حصول الطاعن منه على فكرة المشروع والسبق في تنفيذه وهذا إلى جانب الضرر الأدبي الذي أصاب المطعون ضده من جراء إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به مما ينال من سمعته واعتباره في السوق التجاري، لما =

كما قد يتمثل خطؤه في دخوله المفاوضات بهدف إبرام العقد ثم يتبين له بعد ذلك وجود استحالة مادية أو قانونية تحول دون إبرام مثل هذا العقد ومع ذلك يستمر في التفاوض مع علمه بعدم قدرته على إبرام العقد. ويستوى في ذلك أن تتوافر لديه نية الإضرار بمن يتفاوض معه أو تنتفي عنده فليس يلزم لاعتباره مخطئاً توافر سوء النية لديه، بل إنه يعتبر كذلك حتى ولو كان حسن النية يرمي إلى تجميع معلومات أو بيانات بقدر أكبر، كما قد يتمثل الخطأ في قيام أحد الأطراف بقطع المفاوضات عندما يتبين له أن المشروع (محل التفاوض) يحتوي على مخاطر جسيمة أو أنه ليس من المتوقع أن يسفر عنه ربح ما أو قد تتولد عنه خسائر هائلة له. كما قد يقطعها أحد الأطراف عندما يتبين له أن محادثات أخرى كان يجريها منذ البداية مع شخص آخر أو شكت أن تنتهي بشروط أفضل له.

كما يلاحظ أن وقت قطع المفاوضات له أثره في مدى اعتبار الطرف الذي توقف عنها مخطئاً أم لا، فإذا كان الطرفان قد قطعا شروطاً طويلاً في المفاوضات ونشأ لدى كل منهما اعتقاد بقرب انتهائها والوصول إلى إبرام العقد. ثم فجأة توقف أحدهما وبدون سبب أو تصرف صادر عن الآخر يبرر هذا التوقف. فلا شك في أنه يعد هنا مخطئاً. وقد قضى في هذا الشأن بأن «إذا كان الأساس في المفاوضات السابقة على التعاقد هو حرية قطع هذه المفاوضات في أية لحظة فإن ذلك لا يكون مقبولاً إذا كانت الأعمال التحضيرية قد أخذت وقتاً طويلاً وأنها كانت شديدة بدرجة تبعث على الاعتقاد - بشكل قانوني - لدى كل طرف في المفاوضات بأن الآخر جاد في التعاقد، فإن قطع هذه المفاوضات بعد ذلك من جانب أحد الطرفين - وبسبب الخلاف حول بعض النفقات - يكون بلا شك خاطئاً ويسبب ضرراً ويعطي للطرف الآخر الحق في المطالبة بالتعويض»^(١).

كان ذلك، فإن الطاعن يلتزم بتعويض هذه الأضرار الناتجة عن خطئه وذلك عملاً بالمادة ١٦٢ من القانون المدني وتقدر المحكمة التعويض الجابر لجميع عناصر الضرر السالف بيانها بمبلغ إجمالي قدره ألفان من الجنيهات. وحيث إن استناد المطعون ضده في دعواه إلى الخطأ العقدي لا يعنى المحكمة الاستثنائية من أن تبني حكمها بالتعويض على خطأ تقصيري متى ثبت لها توفر هذا الخطأ، إذ أن استنادها إليه لا يعتبر منها تغييراً لسبب الدعوى مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها وإنما هو استناد إلى وسيلة دفاع جديدة على ما جرى به قضاء هذه المحكمة. (يراجع نقض ١٩٢٩/١/٥ في الطعن رقم ٥٧ سنة ٨ ق).

كما قضت محكمة النقض بأن «المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لاية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق به المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض وعبء إثبات ذلك الخطأ، وهذا الضرر يقع على عاتق ذاك الطرف، ومن ثم، لا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية.

نقض مدني في ١٩٦٧/٢/٩. مج أحكام النقض س١٨ ص ٣٣٤ رقم ٥٢.

(١) وقد جاء في التعليق على هذا الحكم أنه اعتمد على الوضع الظاهر وأسس عليه المسؤولية وأن هذا الحكم شديد الخطورة لأنه توصل إلى إلزام الطرفين بالتعاقد عندما تصل المفاوضات بينهما إلى مرحلة معينة وإلا قامت مسؤولية المتسبب في عدم التعاقد.

ولا يتطلب الخطأ لقيام المسؤولية في هذه المرحلة أية مواصفات خاصة تخرج عما هو عليه الحال في القواعد العامة للمسؤولية المدنية، فأي خطأ ولو كان يسيراً يعطى الحق للمضرور منه في المطالبة بالتعويض.

ثانياً: يظهر الضرر كعنصر للمسؤولية فيما قد يتكبد من نفقات انتقال أو إعداد للتفاوض من دراسات جدوى واستشارات قانونية وعمليات حسابية، وقد يدخل فيها ما يتكبد لإعداد مكان التفاوض كما قد يتمثل الضرر في مقابل الوقت الذي أضاعه في المفاوضات بدون جدوى، بل لا يقتصر الأمر على الضرر المادي وإنما يشمل الضرر المعنوي والمتمثل في التشهير به وإساءة سمعته^(١) ولا شك في أن عبء إثبات حجم الضرر ونطاقه يقع على عاتق الدائن بالالتزام. والضرر كما قد يكون إيجابياً يتمثل فيما سبق ذكره قد يكون سلبياً يتمثل فيما فات الدائن بالالتزام من كسب، وقد يظهر الضرر في أن المتعاقد كان سيتعاقد ولكن بشروط أكثر ملاءمة له كما قد يظهر في فقدان الدائن لبعض التأمينات العينية والشخصية المقررة لمصلحة الشيء محل العقد نتيجة لعدم إدلاء المدين له بها^(٢).

MESTRE (J) observation sous - Riom. 3 em 1 ch, 10 - 6 - 1992, Rev- Tr- Dr. civ- 1993, P343.

وإن كان يبدو أن محكمة الاستئناف الكويتية قد ذهبت إلى غير ذلك حيث قررت أنه «لا بد لتتمام العقد من صدور إيجاب من أي من المتعاقدين يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر ومن يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات. والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً. فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد ولا مسؤولية على من عدل، بل هو لا يكلف بإثبات أنه عدل لسبب جدي وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً. على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه ولكن المسؤولية ليست تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر من العدول.

إن التلكسات المتبادلة وإن أشارت إلى أسعار بعض المواد إلا أنها لم تتضمن باقي الشروط الجوهرية التي تكون محلاً للدراسة بين الطرفين قبل إبرام العقد، مثل مدة التنفيذ وضمانات كل من الطرفين وموافقة صاحب العمل على تنفيذ المستأنفة الأعمال، الأمر الذي يتأكد به أن ما دار بين الطرفين لم يخرج عن حيز المفاوضات.

محكمة الاستئناف العليا - الدائرة التجارية الأولى في ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٩ هـ الموافق ١٦/٣٠/١٩٨٩م (منشور في مركز تصنيف الأحكام القضائية - بكلية الحقوق تحت رقم ١٣٧٤).

وفي المعنى نفسه جاء حكم محكمة الاستئناف العليا - الدائرة التجارية الثانية في ١٧ ص وبالأخرة ١٤٠٩ هـ الموافق ١٦/٢٤/١٩٨٩م (منشور في ذات المركز تحت رقم ٥٢).

(١) وعلى حد تعبير محكمة النقض المصرية، يتمثل الضرر الأدبي «فيما أصاب المطعون ضده من جراء إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به مما ينال من سمعته واعتباره من السوق التجاري...» حكم مشار إليه من قبل.

(٢) انظر د. نزيه المهدي - المرجع السابق ص ٢٢٠ وقد أشار سيادته إلى حكم لمحكمة برست، مضمونه أن شخصاً أراد بناء منزل خاص به فأبرم عقد قرض مع مؤسسة ائتمان وإقراض، وتضمن هذا العقد شرطاً بانضمام المقترض لوثيقة تأمين ضد مخاطر الوفاة أو العجز تضمن لهذا المقترض سداد أقساط القرض في حالة وفاته أو عجزه، ولكن المؤمن يعد توقيع الكشف الطبي على المقترض، أبلغ المقرض برفضه ضمان هذه المخاطر، ومع ذلك فقد أخفى المقرض هذا الرفض عن المقترض وأبرم معه عقد القرض، وبعد مرور فترة من الزمن وعلى أثر عملية جراحية حدث عجز كامل للمقترض، ولما أراد الاستفادة من وثيقة التأمين في سداد الأقساط فوجئ بعدم وجود تأمين. فرفع دعوى تعويض على المقرض عن الأضرار التي أصابته نتيجة عدم إخباره برفض المؤمن للتأمين.

ولا تخرج أيضاً مواصفات الضرر هنا عن تلك الموجودة في القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وخاصة التقصيرية إذ لا يقتصر التعويض هنا عن الأضرار المباشرة والمتوقعة فقط بل يشمل كذلك الأضرار غير المتوقعة التي قد تصيب الدائن بالالتزام.

علاقة السببية:

قد يتبادر إلى الذهن أن رابطة السببية بين الخطأ المتمثل في عدم الإدلاء بالبيانات في المرحلة السابقة على التعاقد وبين ما أصاب الدائن من ضرر نتيجة لذلك ليست علاقة مباشرة لوجود عامل ثالث متمثل في الغلط الناتج عن هذا الإخلال، بمعنى أن عدم إبرام العقد أو بطلانه بعد الإبرام لا يرجع مباشرة إلى الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات وإنما يرجع إلى الإخلال الذي وقع فيه المتعاقد الآخر والذي دفعه إلى التعاقد على نحو لم يكن ليرضاه لو علم بالبيانات كاملة أو بحقيقتها^(١) ولكن الأمر في الحقيقة غير ذلك، لأن الغلط الناشئ عن عدم الإدلاء بالبيانات ليس إلا عاملاً نفسياً يكمن في أعماق الدائن بالالتزام لا يمنع من قيام علاقة السببية المباشرة بين خطأ المدين والضرر الذي لحق بالدائن.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه ليس من اللازم أن ينشأ عن الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات غلط جوهري دافع إلى التعاقد، بل إن عدم إقدام المتعاقد على التعاقد أو إقدامه على ذلك ولكن بشروط غير ملائمة كان سيتعاقد بشروط غيرها لو علم بالبيانات ليشكل ضرراً ناتجاً عن الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات.

هذا فيما يتعلق بالحالة التي يبرم فيها الشخص العقد ثم يتضح له بعد ذلك وجود بيانات ومعلومات كان يجهلها. أما في الحالات التي لا يصل فيها الطرفان إلى إبرام العقد وإنما تتوقف العلاقة بينهما عند مرحلة التفاوض بسبب يرجع إلى أحدهما فإن من اللازم توافر جميع عناصر دعوى التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية مباشرة، وهذا العنصر الأخير يعتبر متوافراً إذا ثبت أن الضرر الناتج يعد نتيجة ارتباط الفعل بالسبب، ولذلك فإن القول بتوافر وصف المباشر في الضرر يعني في الوقت ذاته قيام علاقة السببية^(٢).

فحكمت المحكمة بحقه في الحصول من المقرض على التعويض عن هذا الضرر المادي المحقق - المتمثل في عدم قدرته على سداد الأقساط - والذي ترتب عن خطأ المقرض في عدم الإفشاء له وقت إبرام العقد بعدم وجود وثيقة تأمين تغطي له المخاطر الناشئة عن الوفاة أو العجز.

BREST, 5 - 11 - 1979, d, 1975, j, 295.

Schmidt, obs - in Rev - tr - Dr. civ 1976, p. 547, No. 1.

(١) د. نزيه المهدي - المرجع السابق. ص ٣٢٠.

(٢) قريب من ذلك د. سعد واصف في قوله:

«إن الرأي عندنا أن اعتبار رابطة السببية ركناً من أركان المسؤولية هو نوع تحليل وتفصيل. وكان يمكن عدم اعتبارها ركناً مستقلاً باعتبار أن السببية وصف يلحق بالخطأ الموصوف بأنه المسبب للضرر...»
في التامين عن المسؤولية في عقد النقل - رسالة دكتوراة - القاهرة سنة ١٩٥٨ ص ٩٩.

المبحث الثاني دعوى التعويض

التعويض هو الأثر المترتب على قيام المسؤولية ويتمثل في جبر ما لحق المضرور من أضرار ويتم الحصول على التعويض في حالة قيام المسؤولية قبل التعاقدية من خلال دعوى عادية طرفاها المضرور والمتسبب في الضرر. ويلاحظ هنا أنه «إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية فعلي النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ - وهو يقتضي إعادة الحال إلى ما كانت عليه، كهدم حائط بني بغير حق - إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية. فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية. والأصل في التعويض أن يكون مبلغا من المال»^(١).

وعلى ذلك، فإن التعويض عن الأضرار الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد يكون - بحسب الأصل - ماليا، على أساس أن المسؤولية في هذه المرحلة هي - كقاعدة عامة - تقصيرية إلا في الحالات التي تكون فيها عقدية - كما أشرنا من قبل - فمن المتصور هنا أن يكون التعويض في صورة أخرى غير المال.

وقت تقدير التعويض

يختلف وقت قيام المسؤولية المدنية عن وقت تقدير التعويض عنها، ويتضح ذلك من تتبع مراحل هذه المسؤولية كما يلي:

المرحلة الأولى:

وتتعلق بوقوع الفعل الذي يمكن أن يؤدي إلى المسؤولية والتي تتحقق بثبوت علاقة السببية بين هذا الفعل والمتسبب فيه. ويشكل هذا الفعل عنصر الخطأ في المسؤولية الشخصية وعنصر العمل مصدر الإضرار في المسؤولية الموضوعية^(٢).

وتتحدد هذه المرحلة باللحظة التي يرتكب فيها الشخص فعله أو يأتي فيها نشاطه الذي قد يؤدي إلى الضرر. ولكن ربما لا يستتبع إتيان هذا الفعل أو ذاك النشاط ظهور ضرر، بل قد يظهر في مرحلة تالية على إتيان الفعل. وفي هذه الحالة يتراخى الوقت الذي تتولد فيه المسؤولية وتنشأ إلى حين ظهور الضرر. فالفعل وحدة - كقاعدة عامة - ليس منتجا للمسؤولية وإنما لا بد أن يحدث ضرراً ولذلك فإن زمان ارتكاب الفعل لا يحدد بذاته تاريخ ميلاد المسؤولية.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري ج ٣ ص ٣٩٦.

(٢) BIGOT. Responsabilite civile et assurance, 1991, No, 81.

المرحلة الثانية:

وتتعلق بالفعل الضار، أي الفعل الذي يؤدي إلى تحقق الضرر، ويحدث غالباً الامتزاج بين الفعل المرتكب - والذي يستتبعه وقوع ضرر - وبين مرحلة الفعل الضار أي الفعل الذي يؤدي بذاته إلى تحقق الضرر^(١).

ولمعرفة تاريخ وقوع الفعل الضار أهمية كبيرة في مجال المسؤولية، إذ هو الذي يؤدي إلى ميلاد حق المضرور في التعويض.

المرحلة الثالثة:

وتتعلق هذه المرحلة بتمام ظهور الضرر وبمطالبة المضرور بالتعويض. ومن الواضح أن مطالبة المضرور الودية أو القضائية بالتعويض وإن كانت ضرورية إلا أنها لا يمكن - بحال - أن تشكل عنصراً في تكوين وقت ميلاد المسؤولية وتاريخه. ولذلك، فهذه المرحلة لم يأخذها الفقه ولا القضاء كعيار لنشوء المسؤولية وإنما هي مرحلة كاشفة لوجود المسؤولية من قبل وليست مقررة لها. فحق المضرور في التعويض يثبت من اليوم الذي تنشأ فيه عناصر المسؤولية وتنتضح، وأهمها الفعل الضار والضرر^(٢) وإنما تبدو أهمية تاريخ المطالبة في معرفة مدى سقوط الحق في التعويض وقطع مدة التقادم السارية في مواجهة المضرور.

المرحلة الرابعة:

وتتعلق هذه المرحلة بتقدير التعويض، وهذا الأمر يعد نتيجة أو أثراً من آثار المسؤولية السابق ثبوتها. فأحكام المحاكم وقرارات الصلح المتعلقة بتقدير التعويض لا تقرر مسؤولية وإنما هي تكشف حقاً للمضرور في التعويض سبق ثبوته بوقوع الفعل الضار.

ومن هذا التحليل لمراحل المسؤولية يتضح أن الوقت المؤثر في قيام المسؤولية وثبوتها هو وقت ارتكاب الفعل وظهور الضرر وليس وقت إثبات النشاط أو المطالبة بالتعويض أو تقديره.

أما بالنسبة للتعويض فإن وقت تأكد حق المضرور فيه هي مرحلة المطالبة به إما ودياً أو

(١) وكمثال على الفعل الذي يستتبعه وقوع ضرر أن يصدم شخص بسيارته آخر، ففعل الاصطدام بذاته يشكل خطأ أي كانت درجته ولكن يتوقف اعتباره ضاراً أم لا على النتيجة التي تسفر عنها حالة الشخص من صدمه، فإذا كان في غيبوبة ثم فاق منها وجد نفسه سليماً معافى ولم يصبه ضرر كان معنى ذلك أن الفعل وقف عند مرحلته الأولى أما إذا نتج عن الاصطدام كسر أحد أعضاء هذا الشخص أو تخلفت عنده عاهة أو حدث له نزيف فهنا تتحقق المرحلتان معاً (مرحلة الفعل المرتكب، مرحلة الفعل الضار) وقد يحدث أن تتحقق المرحلتان في وقت واحد وقد يستغرق ذلك فترة زمنية تطول أو تقصر.

(٢) LAMBERT - FAIVRE: la durée de la garantie dans les assurances de responsabilité, D, 1991, Chro, 13.

قضائياً والتي تتزامن مع وقت حدوث الضرر غالباً، إذ بهذه المطالبة يدل المضرور على اتجاه نيته إلى الحصول على التعويض وينتفي معها أي احتمال لتنازله عنه. وعلى من له الحق في التعويض إثبات هذه المطالبة وخاصة الودية بجميع الطرق. ففي هذه المرحلة يتم تحديد من يستحق التعويض فعلى القاضي لتحديد من لهم الحق في التعويض الاعتماد أولاً بوقت حدوث الفعل الضار ثم بوقت المطالبة بالتعويض.

أما عن وقت تقدير التعويض المستحق للمضرور فإن القضاء - وخاصة محكمة النقض المصرية - قد استقر على أنه وقت الحكم بالتعويض وخاصة عندما يكون الضرر متغيراً يتعين على القاضي النظر إليه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم^(١).

فالعبارة بقيمة الضرر وقت الحكم وليست بقيمته وقت وقوعه. وبالتالي فإن مقدار التعويض الواجب يرتبط بحجم الضرر الناجم وحتى يأتي التعويض جابراً للضرر فلا بد أن ينظر إلى هذا الأخير وقت الحكم بالتعويض^(٢) ويقصد بالحكم هنا الحكم النهائي، فإذا صدر حكم في أول درجة فالقاضي يقدر التعويض على حسب حجم الضرر وقتئذ، فإذا طعن في الحكم بالاستئناف فإن التعويض يعاد تقديره وفقاً لحجم الضرر عند صدور حكم الاستئناف^(٣)، ويتوقف حجم التعويض على مقدار الضرر وقت الحكم في الاستئناف فإذا قل الضرر أو تقلص في قدره عما كان عليه عند صدور حكم أول درجة فإن القاضي يعتد بذلك القدر المتحقق عند الاستئناف أي كان سبب تقلص الضرر وانخفاضه، بمعنى حتى ولو كان ذلك يرجع إلى سبب خارجي، وفي المقابل، إذا زاد الضرر

(١) نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ الطعن ٥ ش ١٦ ق سعيد شعله ص ٨٥ رقم ١، ٢، ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ وقد جاء في هذا الحكم «جرى قضاء محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيراً تعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم». - مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٧٨٢ رقم ٨٦. وانظر أيضاً نقض مدني في ٣ يونيو ١٩٨٦ سعيد شعله ص ٨٥ رقم ٢.

(٢) نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨٦ الطعن رقم ٤٣٨ س ٥٦ في سعيد شعله ص ٨٦ رقم ٤.

(٣) د. حسام الأهواني - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٦٨٦.

فالدائن بالتعويض يمكنه المطالبة بزيادته في دعوى الاستئناف دون أن يعترض على ذلك بحظر التقدم بطلبات جديدة في الاستئناف لأن المدعي يطالب فقط بتعويض الضرر، وهو طلب مطابق للطلب المقدم لمحكمة أول درجة، فهو طلب واحد، ولذلك يمكن لمحكمة الاستئناف زيادة التعويض المحكوم به في أول درجة استناداً إلى التغيير اللاحق على الضرر...

د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية تاصيلية - ١٩٩٥م ص ١٩٣. كما قضت في ذلك أيضاً محكمة الاستئناف العليا في الكويت - دائرة التمييز بأن «محكمة الاستئناف بما لها من ولاية تامة في إعادة نظر الدعوى في حدود ما رفع عنه الاستئناف يكون قولها هو الفصل في تقدير التعويض، فلها أن تذهب في هذا الصدد مذهباً مخالفاً لتقدير محكمة أول درجة، ويكون في ذلك أن تكون وجهة نظرها هي سائغة واعتمدت في قضائها على أساس معقول.

طعن رقم ٥/١٩٨٦ عمالي جلسة ٤/٢١/١٩٨٦. مجموعة القواعد القانونية التي قررت محكمة التمييز - القسم الثاني - المجلد الثاني يونيه ١٩٩٦ ص ٢٥٣ رقم ١٦١.

وتفاهم عما كان عليه من قبل فإن القاضي في الاستثناء لا يعد بكل زيادة طرات على الضرر وإنما يعد فقط بتلك التي يسأل عنها المتسبب في الضرر أي الزيادة التي ترتبط بخطئه بعلاقة سببية مباشرة^(١).

عناصر تقدير التعويض

المبدأ العام الذي يحكم التعويض هو ضرورة تساويه مع الضرر الناجم، ويتمثل الأخير في الخسارة المحققة أو المكسب الضائع أو بعبارة أخرى ما فات المضرور من كسب وما لحقه من خسارة. فهل ينطبق هذا المبدأ في حالة المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد؟

بالنسبة للشق الأول من المبدأ وهو ما لحق المضرور من خسارة، فلا شك في أن المضرور في المرحلة السابقة على التعاقد من حقه أن يعرض عن جميع الخسائر التي لحقته إما بسبب عدم التعاقد أو بسبب التعاقد بشكل غير سليم، كما لو تم نتيجة تدليس أو غش. وهذه الخسارة تتمثل في الأضرار التي أصابته - كما سبق تحديدها - سواء أكانت مادية أم أدبية.

أما عن الشق الثاني، والمتمثل فيما فات المضرور من كسب فمن الصعب تقبله في كل حالات المسؤولية قبل التعاقدية إذ أن القول به يعني - في الوقت نفسه - أننا نرتب أثراً على عقد لم يبرم. إذ أن الكسب المراد تعويضه هو ما كان يأمل المضرور تحقيقه من وراء إبرام العقد، أما وأنه لا يوجد حديث عن عقد في المرحلة السابقة على التعاقد بل ينصب الكلام عن خطأ ترتب عليه قطع المفاوضات أو توقفها قبل أن تؤدي إلى إبرام عقد فإن من المقبول في مثل هذه الحالة هو تعويض المضرور من توقف المفاوضات أو فشلها عما لحقه من خسارة بسبب هذا الفشل أو ذلك التوقف أما عن النتائج أو المكاسب التي كان ينتظر تحقيقها بعد إبرام العقد فليس هناك مجال لتعويضها.

ولكن توجد حالات من المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد يعرض فيها المضرور عما فاتته من كسب بجانب ما لحقه من خسارة، ومنها الحالات التي تكون فيها المسؤولية عقدية مترتبة على مخالفة أو عدم تنفيذ اتفاقات تمهيدية سابقة على العقد. وكذلك الحالات التي يتم فيها إبرام العقد ثم يشكو أحد طرفيه خطأ الطرف الآخر أو تقصيره في مرحلة التمهيد لإبرام العقد كما لو اشتمكى من عدم قيامه بتزويده بالمعلومات والبيانات اللازمة لتنوير إرادته وتبصيره بشأن العقد المراد إبرامه وكذلك لو أن هناك تدليساً من جانب أحد الطرفين على الآخر. فلا شك في أن الحديث هنا يتعلق بعقد

(١) فإذا أصيب شخص في حادث ونتج عن الإصابة عجز قدر بنسبة ٤٠٪ ثم تعرض لحادث آخر بعد الحكم له بالتعويض في أول درجة من العجز - أودى بحياته فلا يجوز لقاضي الاستثناء عند نظر التعويض أن يدخل في اعتباره الوفاة. بها لأنها بعيدة الصلة عن الحادث الأول الذي صدر حكم أول درجة بالتعويض عنه وإنما يعد بهذه الوفاة القاضي الذي ترفع أمامه دعوى تعويض الأضرار المترتبة على الحادث الثاني.
د. إبراهيم أبو الليل - تعويض الضرر في المسؤولية المدنية - المرجع السابق - ص ٢١١.

مبرم يشكو أحد طرفيه من أخطاء ارتكبت قبل انعقاده ولا مانع هنا من تعويضه طبقاً للقاعدة العامة عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة.

ويلاحظ أن تقدير التعويض الجابر للضرر هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع مادام يعتمد في قضائه على أساس معقول.

وقضت في ذلك محكمة الاستئناف الكويتية - دائرة التمييز بأن «من المقرر أن استخلاص توافر الضرر الموجب للتعويض ومداه أو عدم توافره من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغاً ومردوداً إلى أصل ثابت بالأوراق ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، كما أن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص يلزم باتباع معايير أو طرق معينة في خصوصه هو من سلطة قاضي الموضوع بغير معقب عليه في ذلك متى كان قد بين عناصر الضرر ووجه أحقية طالب التعويض فيه واعتمد في تقديره على أساس معقول...^(١).

(١) دائرة التمييز - في ١٩٨٧/٧/٥ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - القسم الثاني - المجلد الثاني يونيه سنة ١٩٩٦ ص ٢٥٢ رقم ١٥٤.
وفي المعنى نفسه، محكمة الاستئناف - دائرة التمييز - طعن رقم ٨٥/١٥٩ تجاري جلسة ١٩٨٦/٣/٢٦ - ذات المرجع السابق - ص ٢٥١ رقم ١٥٠.

خاتمة

هدف هذا البحث إلى محاولة التعرف على الوسائل التي يمكن عن طريقها ومن خلالها حماية المتعاقدين (وخاصة الطرف الضعيف) في المرحلة السابقة على التعاقد، التي يمهّد فيها الطرفان لإبرام العقد. وتم ذلك من خلال البحث في نصوص التقنين المدني (وخاصة الكويتي) للوقوف على النصوص التي قد تمثل حماية للطرف الضعيف في العقد، ورأينا من خلال استعراضنا لها مقدار ما تحقّقه من هذه الحماية وكذلك ما قد تشكله من انتقاص لها عن طريق تضييقها من مبدأ سلطان الإرادة وتقييدها لحرية التعاقد. وقد خلصنا إلى عدة نتائج نجتزئ منها ما يلي:

أولاً: ركزت معظم نصوص التقنين المدني سواء في الكويت أو في مصر على الحديث عن مراحل العقد منذ لحظة إبرامه وحتى تنفيذه، وأهملت تلك المرحلة السابقة على هذه اللحظة وهذا هو شأن معظم التقنينات اللاتينية على وجه العموم والتشريعات العربية على وجه الخصوص. وجاء ذلك على الرغم من أهمية هذه المرحلة لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة.

ثانياً: رأينا من خلال البحث أن المتعاقدين ليسوا سواء في كل العقود بل تختلف أوضاعهم على حسب الظروف التي تحيطهم أثناء التعاقد. فهناك المتعاقد العادي الذي يبرم عقده في ظروف عادية لا غش فيها ولا إكراه ولا إجبار، ووجدنا أن المشرع قد ركز على مثل هذا المتعاقد في المراحل التالية على إبرام العقد دون أن يهتم كثيراً بالمرحلة السابقة على التعاقد. وهناك المتعاقد بالمزايدة أو بالإذعان.

ثالثاً: عرضنا لبعض النصوص التي قد تتعلق بالمرحلة السابقة على التعاقد وبحثنا فيها عن الحماية التي قد توفرها للمتعاقد في هذه المرحلة، ومنها النصوص المتعلقة بالإحالة إلى العقد النموذج أو اللائحة وكذلك تلك الخاصة بالاتفاق على المسائل الجوهرية وتأجيل الاتفاق على المسائل الثانوية. ووجدنا ما في هذه النصوص من حماية وكذلك ما يكون بها من الانتقاص من حرية التعاقد والذي يتمثل في قيام القاضي بحسم الخلاف الذي ينشأ بين المتعاقدين بالنسبة للأحكام التي لم يعلم بها المتعاقد من العقد النموذج أو اللائحة أو بالنسبة للمسائل الثانوية التي تم اتفاق الطرفين على تأجيلها. وقد رأينا أن إعطاء هذا الدور للقاضي فيه تجاوز بسلطته، إذ يحل بذلك محل المتعاقدين في تحديد بنود العقد، وذهبنا إلى أنه لا يقبل هذا الدور من جانب القاضي إلا إذا نظرنا إليه على أنه محكم، ورأينا أنه قد يكون من الأفضل اللجوء إلى القواعد المكملّة الواردة في التقنين المدني والتي وضعها المشرع لسد أي عجز أو تكلمة أي نقص في اتفاق الأطراف.

خامساً: واتجهنا عند الحديث عن التعاقد بالإذعان - إلى توسيع فكرة الإذعان بحيث تشمل كل حالات التعاقد التي ينفرد فيها أحد المتعاقدين بوضع بنود العقد وشروطه ثم يفرضها على الآخر

وليس بشرط أن يتمتع هنا بوضع احتكاري للسلعة أو الخدمة محل العقد. وإنما تنطبق أحكام الإذعان كلما كان هناك عقد مفروضة بنوده من متعاقد على آخر ولا يكون أمام الأخير سوى الموافقة أو الرفض دون أن تتوافر لديه القدرة على مناقشة شروط العقد أو على الأقل مناقشة بنوده الرئيسية.

سادساً: عرضنا كذلك للعلاقة بين أرباب المهن الحرة والمتعاملين معهم، ورأينا الالتزام الرئيسي الذي يقع على المهني في المرحلة السابقة على التعاقد وهو أن يقوم بالإدلاء بالبيانات وتزويد العميل بالمعلومات التي تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد أم لا. ورأينا أن الالتزام بتقديم النصيحة أو بالإعلام بشكل عام هو التزام بنتيجة، أي أن المهني ملزم ببذل النصيحة وتقديمها للعميل أي بالقيام بالعمل المادي المتمثل في تقديم المشورة أو الإعلام بالبيانات.

سابعاً: رأينا أيضاً أن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد هي كقاعدة عامة - مسؤولية تقصيرية تقوم بحكم القانون، بمعنى أن المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض تقوم على أساس الفعل الضار طبقاً للمادة ١٣٨٢ مدني فرنسي والمادة ١٦٣ مدني مصري والمادة ٢٢٧ مدني كويتي. إلا أن هناك حالات استثنائية قد تكون فيها المسؤولية عقدية وهي تلك الحالات التي يقطع فيها الطرفان مراحل جادة في طريقهما إلى التعاقد بحيث يمكن اعتبار ما توصلوا إليه في هذه المراحل بمثابة اتفاقات تمهيدية سابقة على إبرام العقد الأصلي، ولذلك، فإن عدم تنفيذ أي التزام ورد في هذه الاتفاقات يرتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية التي تقوم بشأن عدم إبرام العقد الأصلي.

ثامناً: عرضنا في النهاية لدعوى التعويض عن الأضرار الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد، ورأينا أن هذا التعويض يتم تقديره وقت صدور الحكم وليس وقت ثبوت الحق فيه، ويقصد بالحكم هنا الحكم النهائي، فإذا طعن في الحكم الابتدائي بالاستئناف فإن التعويض يعاد تقديره عند صدور حكم الاستئناف. واتجهنا إلى أن المضرور من الأخطاء المرتكبة في هذه المرحلة يتم تعويضه - كأصل عام - عما لحقه من خسارة كما يمكن تعويضه - في حالات استثنائية - عما فاتته من كسب.

قائمة المراجع

أولاً باللغة العربية:

- ١ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل - العقد والإرادة المنفردة - مؤسسة دار الكتب - ١٩٩٧.
- ابراهيم الدسوقي أبو الليل - تعويض الضرر في المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية تأصيلية سنة ١٩٩٥.
- ٢ - د. أحمد عبدالرحمن الملحم - الاحتكار والأفعال الاحتكارية - مطبوعات جامعة الكويت - سنة ١٩٩٧.
- ٣ - السنهوري: الوسيط - ج ١.
- السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي - ج ١ دار النهضة العربية - بدون سنة طبع.
- ٤ - د. أمية علوان: «ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود التجارية» تقرير مقدم إلى مؤتمر معهد قانون الأعمال الدولي بكلية حقوق القاهرة من ٢-٣ يناير سنة ١٩٩٣.
- ٥ - د. حسام الدين كامل الاهواني: النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية - سنة ١٩٩٥.
- ٦ - د. جلال محمد ابراهيم: التأمين دراسة مقارنة - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤.
- ٧ - د. جميل الشرقاوي: مصادر الالتزام - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥.
- ٨ - د. سعد واصف: التأمين من المسؤولية في عقد النقل - رسالة دكتوراة - القاهرة سنة ١٩٥٨.
- ٩ - د. سهير منتصر - الالتزام بالتبصير - دار النهضة العربية - بدون سنة طبع.
- ١٠ - د. عبدالكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - دار عمر بن الخطاب - الاسكندرية - الطبعة السادسة.
- ١١ - د. عبدالفتاح عبدالباقي: مصادر الالتزام في القانون الكويتي - سنة ١٩٨٨.
- ١٢ - د. عبدالفتاح عبدالباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة - سنة ١٩٨٤.
- ١٣ - د. عبدالودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات - المصادر - دار النهضة العربية - سنة ١٩٩٤.

- ١٤ - د. عبدالرحمن العدوي - تحذير شامل من عمليات نقل الأعضاء - مجلة منبر الإسلام - السنة ٥١ العدد ١٨ - ص ٨٥.
- ١٥ - د. محمد المرسي زهرة: بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويت - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٧.
- ١٦ - د. محسن شفيق: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع - دار النهضة العربية - سنة ١٩٨٨.
- ١٧ - د. محمد عبدالظاهر حسين: عقد التأمين - دار النهضة العربية - سنة ١٩٩٥.
- ١٨ - د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية - الجزء الأول - ص ١١٨.
- ١٩ - د. نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد - دار النهضة العربية - سنة ١٩٨٢.
- ٢٠ - د. نزيه محمد الصادق المهدي: عقد التأمين - دار النهضة العربية - سنة ١٩٩٤.
- ٢١ - د. يوسف القرضاوي - الحلال والحرام في الإسلام - دار المعرفة - الدار البيضاء - ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٥ م.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

- (1) BENBENT, la chance et le droit, Paris, L.G.D.J. 1973.
- (2) Bigot, Responsabilité civile et assurance, 1991 -
- (3) Boccara, (B) Dol- Silence et reticence, Gaz - Pal 1953, 1, Doct, P24.
- (4) BOYER, l'obligation de Renseignement dans la formation du contrat, thèse - Aix - Marseille, 1977.
- (5) CEDRAS (J) l'obligation de négociateur, Rev- Tr Dr- comm. et économique, 1985, p265.
- (6) CORNU, obs - in, Rev - Tr - Dr - civ, 1972, p.418.
- (7) DEMOGUE, Traite des obligations, T, I.
- (8) DEPAGE, Traite elementaire de droit civil Belge Tome 11.
- (9) DOMONT-NAERT, les relations entre professionnels et consommateurs en droit BELGE, "la protection de la partie faible dans les rapports contractuels Ouvrage présenté par le centre de droit des obligations de l'universite de Paris I, P219.
- (10) Frossard, la distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat, the, lyon, 1965.
- (11) FAGNART, l'exécution de bonne foi des conventions, un principe en expansion- Rev- Cret- Jur Belge, 1986, P.P, 286, 316.
- (12) GERAR D.lyon - Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi, Rev- Tr- Dr- Civ- , 1946, P81.

- (13) Louis Dubois, Note sous Cass- Civ. 1^{ère} 25-2-1997, in, Rev. Tr- Dr- San - Soc. 1997, P.P. 288. 292.
- (14) LAMBERT- FAIVRE, la durée de la garantie dans les assurance de responsabilité, D, 1991, chro, 3.
- (15) Jacques Moreau, note sous, cons- D'état, 14-2-1997, J.C.P, 1997, J, No. 22828.
- (16) MAILON (Marie) contibution à l'étude juridque d'un contrat de conseil, Rev- Tr - Dr- civ, 1993 p.5.
- (17) MAGNIN: Reflexions sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques, J.C.P. 1976, 1, 2780.
- (18) MARTY (G) et RANAUD (P), DROIT CIVIL, LES OBLIGATIONS, 2 EME ED, TOME, 1988.
- (19) Marco-cohin : l'abstention Fautive, these, Paris, 1929.
- (20) MESTRE, (J) observation sous Riom, 3^{ème} ch, 10-6 - 1992, Rev- Tr- Civ- 1993, p343.
- (21) PAUL- H- DELVAUX, les contrats D'adhésion et les clauses abusives en droit BELGE, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Ouvrage présente par le centre de doit des obligations de l'unversite de paris I.
- (22) PH- le tourneau, les professionnels - ont - ils cœur, D, 1990, Ch - P21.
- (23) PH - REMY, obs- in Rev- Tr - Dr- Civ. 1984, P 523, No.2.
- (24) RIPERT, (G), la règle morale dans les obligations civiles, 3^{ème} éd.
- (25) SAVATIER, le contrat de conseil, D, 1972, p. 10.
- (26) SCHMIDT, la sanction de la faute précontractuelle, Rev - Trem - Dr - civ, 1977, 72.
- (27) SCHMIDT, (J) le prix du contrat de Fourniture, D, 1985 chro, P. 176.
- (28) SCHMIDT, obs - in Rev - Tr - Dr - civ. 1976, p.547.
- (29) SINAY-CYTERMANIN, les ralations entre professionnels et consomoteure en droit Français, in ouvrage présenté par le centre de droit des obligations precite, P241.
- (30) STEMMER (B), note sous : cass - civ - 13-7- 1982, J.C.P, 1983, 2, 20026.
- (31) STARCK, Droit civil, introducton, 1970.
- (32) THOMAS, la distinction des obligations de Moyens et des obligations de resultat, Rev - Crit, 1937 P637.
- (33) VICTOR- HAIM, De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet, D, 1997, Chro, 125.