جامعة الشارقة
UNIVERSITY OF SHARJAH

مجلة جامعة الشارقة

مجلة علمية محكمة

للعلوم القانونية

المجلد 17، العدد 2
ربيع الثاني 1442 هـ / ديسمبر 2020م

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

مضمون العقد في ضوء التعديلات الحديثة للقانون المدني الفرنسي: دراسة مقارنة بالفقه المالكي

هوزان عبدالمحسن عبدالله

كلية القانون - جامعة صلاح الدين

أربيل - العراق

تاريخ الاستلام: 23-04-2019 **تاريخ القبول: 19-09-2019**

ملخص البحث:

تضمن مرسوم قانون رقم (2016 - 131) الصادر في 10 شباط عام 2016 تعديلا لشروط نفاذ العقد في القانون المدني الفرنسي النافذ، وذلك طبقا للمادة (1128) من القانون المدني، والتي نصت على ثلاثة شروط لنافذ العقد، وهي (الأهلية والتراضي وأخيرًا مضمون العقد المشروع والمؤكد Un contenu licite et certain.). ويعتبر مضمون العقد المشروع والمؤكد من أبرز المستجدات في التعديل الجديد، حيث حذف المشرع الفرنسي ركني (المحل والسبب) في العقد وأحل محلهما هذا الشرط الجديد لنفاذ العقد. وقد نظم المشرع الفرنسي أحكام مضمون العقد في المواد (1162 - 1171) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

وقد تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي، وبدا ذلك واضحا من خلال البحث في شروط العقد، ولكن المشرع الفرنسي خالف الفقه المالكي في بعض بنود المادة (1162) من القانون المدني الفرنسي النافذ، وكذلك خالفة في مسالة عقود الإذعان؛ لأنها فكرة حديثة فرضتها التطورات والحاجات العملية الاقتصادية في هذا المجال.

الكلمات الدالة: مضمون العقد، النظام العام، الغبن، عقود الاذعان، عقد تقديم الخدمات، القانون المدني الفرنسي، الفقه المالكي.

المقدمة:

اولا. مدخل تعريفي : تضمن مرسوم قانون رقم (131-2016) الصادر في 10 شباط عام 2016 تعديلا لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والاثبات. ودخل هذا المرسوم حيز التنفيذ في 1 تشرين الاول عام 2016 . فالهدف الذي سعى الى تحقيقه المشرع الفرنسي, هو محاولة منافسة التشريعات المتقدمة في المجال المدني والأعمال ,كالتشريع الألماني والإنجليزي والقانون الأمريكي . ومن أبرز التعديلات في القانون المدني الفرنسي النافذ, هو حذفه لركني (المحل والسبب) في العقد وأحل محلهما ركن جديد اطلق عليه «مضمون العقد «(Le Contenu de contrat).وقد نشأ الفقه الفرنسي بعد الفقه المالكي بعقود من الزمن , حيث كانت الفتوحات الاسلامية وخاصة في الاندلس, ومن ثم تأثير الحضارة الاسلامية على أوروبا ومنها فرنسا لمدة اكثر من 800 عام, ومن خلال هذا الطريق انتشر الفقه الاسلامي وبالذات الفقه المالكي في فرنسا .

ثانيا. اهمية البحث: تكمن اهمية البحث في دراسة «مضمون العقد», من خلال دراسة مدى تأثير هذا المفهوم الجديد على حالة التوازن في العقد وخاصة في قانون حماية المستهلك وعقود الاذعان , ودراسة مدى تأثر الفقه الفرنسي بالفقه المالكي.

ثالثا. مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث بالإجابة على التساؤلات الاتية: ماهية مضمون العقد ولماذا قام المشرع الفرنسي بحذف ركني المحل والسبب في العقد ؟ ما هو مدى تأثير مضمون العقد في حالة التوزان العقدي, خاصة في عقود الاذعان وقانون حماية المستهلك النافذ لعام 2016؟ وهل تأثره القانون المدني الفرنسي فعلا بالفقه المالكي؟

رابعا. منهجية البحث: نعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية للمواد(1162 الى1171) المتعلقة بمضمون العقد في القانون المدني الفرنسي النافذ لعام 2016 , ومقارنتها قدر الامكان بالفقه الاسلامي (الفقه المالكي تحديدا).

خامسا. هيكلية البحث: في ضوء ما تقدم ,سوف نقسم هذه الدراسة الى مبحثين رئيسيين:

المبحث الاول : ماهية مضمون العقد.

المبحث الثاني : مضمون العقد وحالة التوازن العقدي

المبحث الأول: ماهية مضمون العقد

طبقا للفقرة الثالثة من المادة (1128) من القانون المدني الفرنسي النافذ لعام 2016 «من أجل أن يكون العقد نافذا يجب أن تتوفر فيه شروط ، منها: «مضمون العقد المشروع والمؤكد»، وقد أشارت هذه المادة إلى شرط جديد في القانون المدني النافذ، سنحاول في هذا المبحث إلى التعريف بهذا الشرط (بمضمون العقد) (المطلب الأول). ثم التطرق إلى كيفية تحديد مضمون العقد وذلك من خلال دراسة المواد (1163 - 1166) من القانون المدني (المطلب الثاني) مع مقارنته بموقف الفقه المالكي قدر الإمكان، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول :التعريف بمضمون العقد المشروع والمؤكد

(Un contenu licite et certain)[1]

لم يعرف المشرع الفرنسي هذا المفهوم الجديد على الرغم من أنه أشار إليه في المادة (1162) من القانون المدني النافذ[2] والتي تنص على أن «العقد يجب ألا يكون مخالفا للنظام العام لا من خلال شروطه ولا من خلال هدفه، سواء أكان الأطراف يعلمون به أم لا». وحسنا فعل المشرع الفرنسي بعدم تعريفه حيث ترك هذا الأمر إلى الفقه والقضاء. ومن خلال قراءة هذه المادة نرى أن المحل لم يعد شرطا من شروط العقد، ولم يعد مفهوم النظام العام يشمله نتيجة إلغائه من أركان العقد وإحلال مضمون العقد مكانه. ولا تنص كذلك المادة الجديدة، على الآداب العامة بعكس المادة(6) من القانون المدني الفرنسي التي أثارت المفهومين معا[3]. ومن أجل التعريف بمضمون العقد، يتطلب علينا دراسة مشروعية شروط العقد[4] (الفرع الأول) والبحث في موقف الفقه المالكي من نظرية السبب (الفرع الثاني) كالآتي:

---

(1) Article 1128 de Code civil François ,dispose que . Sont nécessaires à la validité d'un contrat…3. Un contenu licite et certain.

(2) Article 1162 du Code civil François **dispose que "**Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

(3) المادة (6) من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه «لا يمكن بموجب اتفاقيات خاصة، مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة».

(4) Stephanie Porchy-Simon, Droit civil 2e annee ,les obligtions , Dalloz 10 edition 2018, p.115 et s. Pellet, " Le 'contenu licite et certain du contrat' ", *Dr. et patr.* n° 258, mai 2016, p. 61. Alain Benabent, droit civil, droit des obligations, 17ed precis domat 2018,P.135 et s. Ph. Malaurie,.L.Aynes.Ph.Stoffel –Munck, droit des obligations ,10 ed, LGDJ 2018, P.241 et s.

الفرع الأول: مشروعية شروط العقد

أولا: مطابقة مضمون العقد للنظام العام، يعرف النظام العام، بأنه «القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد»[1]. وقد تم الاتفاق منذ القدم على أن للقاضي الحرية أو الحق في وضع تعريف للنظام العام؛ لأنه مصطلح غير ثابت وهو شديد الحركة والتغير، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في مجتمع معين وزمن محدد «مصلحة عامة» ولا توجد قاعد ثابتة تحدد هذه الفكرة تحديدا مطلقا فهي تتماشى مع كل زمان ومكان لأنها شيء نسبي ومرتبط بالحياة الاجتماعية للمجتمع[2] .وقد اعتمد المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني لعام 2016، على السوابق القضائية ومفهوم السبب الذاتي أو غير الموضوعي وخاصة عندما وضع المادة (1162) من القانون المدني النافذ، وهذا المفهوم يتعلق (بسبب العقد أو هدفه المحدد)، والذي يعرف بأنه «الهدف المحدد الذي يدفع المدين أن يلتزم (الباعث الدافع للتعاقد)، فالغاية الأساسية من تحديد هدف العقد، هي السيطرة على الغرض الذي دفع الطرفين لإبرام العقد من خلال فرضيات عدة قد لا تحدث بسبب الاستعانة بمحل لا يسمح بذلك. وهذه الحالة التي يكون فيها العقد غير مشروع، ليس بسبب مضمون التزاماتهم وإنما بسبب هدفهم في العقد، كما في حالة تأجير مبنى لتاجر مخدرات فمحل العقد مشروع وغير مخالف للنظام العام، لأن عقد الإيجار يتعلق بتسليم العقار للمستأجر، ولكن الهدف الذي يبتغيه المستأجر هو غير مشروع حيث يبطل العقد في هذه الحالة، فالسبب غير الموضوعي، هو أداة فعالة من أجل إعلان مشروعية العقد[3]. وعلى الرغم من ذلك فإن ركن السبب قد تم إلغاؤه في التعديل الجديد لعام 2016 ولكن المشرع الفرنسي حافظ عليه بشكل ضمني تحت اسم جديد يطلق عليه هدف العقد (Le but de contrat) والقواعد التي تم إلغاؤها من قبل المشرع الفرنسي تم الأخذ بها من جانب آخر من خلال المادة (1162) من القانون المدني النافذ التي اشترطت ضرورة أن يكون هدف العقد مطابقا مع قواعد النظام العام؛ أي: مشروعا، وهذا ما كان ينص عليه ركن السبب سابقا.

ثانيا: مطابقة هدف العقد لقواعد النظام العام: كانت المحاكم الفرنسية تعتبر أن سبب العقد يجب أن لا يكون مخالفا للنظام العام، وذلك طبقا لنظرية السبب غير الموضوعي،

(1) Polin (R.), L'Ordre public : actes du colloque, Paris 22 et 23 mars 1995, PUF, 1996.

(2) Civ.4 dec,1929.GAJC. Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, th., 1953, p. 69, n°99.

(3) وهذا ما كانت المادة (1133) من القانون المدني الملغى تنص عليه «يكون السبب غير مشروع عندما يحظره القانون أو عندما يخالف النظام العام أو الآداب العامة».

كالبطلان في عقد السمسرة على الزواج؛ لأن عقد الزواج الأول مازال قائما[1] , وأحد أهم التطبيقات العملية في فرنسا هي «الحياة المشتركة للعشيقين»[2]، فعند ظهور نزاع بين العشيقين في ما يتعلق بالهبة بين الطرفين، يطلب القضاء أن تكون هذه العلاقة غير مخالفة للآداب العامة وذلك بالنظر إلى السبب الموضوعي لإعطاء الهبة، فإذا كان هدف الهبة هو استمرار العلاقة بين العشيقين فسبب الهبة غير أخلاقي؛ لأنه مخالف للآداب العامة؛ لأن علاقة من أجل مكافأة وإرضاء شخص لغرض إقامة علاقة جنسية، وبالمقابل إذا كان هدف الهبة من أجل ضمان تأمين مستقبل (العلاقة بين العشيقين) فإن هدف الهبة لا يكون مخالفا للآداب العامة. فهذه القضايا رغم قدسيتها، قد عفى عنها الزمان، حيث تغيرت القيم الأخلاقية والعادات بمرور الزمان فأصبح المجتمع أكثر انفتاحا على أوضاع جديدة كانت غير مقبولة سابقا، وكانت النتيجة ظهور نظام جديد في فرنسا يعرف بنظام (PACS)[3]، فالهبة المقدمة من أحد الشخصين للآخر بوصفها عقدا، كانت دائما محل نظر، ولم تكن دائما غير أخلاقية، فتحديد هدف الهبة في هذه الحالة هو اعتباطي أو قابل للتكييف. فمحكمة النقض الفرنسية حكمت في قضية تعد سابقة في مجال القضاء بتاريخ 3 / 1 / 1999 أنه «لا تعتبر العلاقة الجنسية مخالفة للآداب العامة إذا قام أحد الطرفين (المستفيد) بالاستفادة من سخاء الطرف الآخر من أجل استمرار هذه العلاقة»[4].

ثالثا: تحديد هدف العقد: انطلاقا من أن هدف العقد يجب ألا يكون مخالفا للنظام العام، فقد أقر المشرع الفرنسي في المادة (1162) من القانون المدني النافذ، بندا جديدا يبطل العقد اذا كان هدف العقد غير مشروع، سواء أكان أطراف العقد يعلمون به أم لا. فسابقا

(1) RTD civ. 1997 .115 obs. J.Mestre. M. Alby, J. Bouffard et S. Chaudouet, " Le déséquilibre significatif, entre antinomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun ", *La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier*, Université de Montpellier, 2015, p. 255.

(2) Civ.1er , 29 oct.2004 n. 13-19,729,D.2015.242.

(3) نظام التضامن المدني (Le Pacte Civil de Solidarité) فطبقا للمادة(151 - 1)من القانون المدني الملغي, العهد المدني للتضامن هو عقد مبرم بين شخصين طبيعيين راشدين يتم أمام قلم المحكمة، ومن ثم يستفيدان من كلّ المزايا الممنوحة للزّوجيْن التقليديّيْن. وهذان الشخصان قد يكونان من جنس مختلف أو من الجنس ذاته. والمادة (62) الجديدة من القانون المدني الفرنسي لعام 2016 , «تفترض في حالة قيام عقد تضمان مدني بين شخصين إذا كان أحد الطرفين قاصرا أو تحت الولاية، فيجب موافقة المحكمة لقيام عقد التضامن أو موافقة الأهل..).

Aynès (L.), Famille et patrimoine, Donations, incapables, séparations, PACS, Lamy - Axe Droit, 2010. Aoun (A.), Le PACS (Pacte civil de solidarité), Paris, éd. Delmas express, 2000.

(4) Civ. 1er 3 ferv.1999 ,D.1999. 276. Rapp. X. Savatier , note J.P. Langlade- OSughure; Ass.plen. 29 oct 2004, D.2004.3175.

كان العقد لا يتم إبطاله لهذا السبب، وخاصة إذا كان أحد أطراف العقد يجهل الباعث غير المشروع للطرف الآخر في العلاقة العقدية، أو كان من السهل عليه معرفته. وقد جاء قرار محكمة النقض الفرنسية كسابقة قضائية في هذا المجال في 7 / 10 / 1998 والذي أكد على «أن العقد يمكن إبطاله لسبب غير مشروع أو غير أخلاقي حتى لو كان أحد أطرافه لا يعلم بعدم مشروعية طابعه غير الأخلاقي المقصود في العقد»[1]. وهذا القرار تم الاستناد إليه من قبل المشرع الفرنسي عندما وضع المادة الجديدة (1162) من القانون المدني؛ إذ قام المشرع بإبطال العقد بسبب هدفه غير المشروع سواء علم به الطرف حسن النية أم لا. ويعتبر ذلك من المستجدات في القانون المدني الفرنسي. وفي ضوء ما تقدم عرف البعض[2] مضمون العقد «بأنه أتفاق على المسائل الجوهرية كافة والثانوية في هذا العقد، صياغتها بعبارات يفهمها الطرفان ويقبلان بها، وتصبح دستورا لهذا العقد يلتزم بها أطرافه في هذا العقد أو العقود المستقبلية التي تنشأ عن هذا العقد». ونتفق مع رأي هذا الباحث فيما ذهب إليه؛ لذلك يمكننا تعريف مضمون العقد، بأنه «مجموعة من الاتفاقات أو الشروط التي يدرجها أطرافه في العقد والتي يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام، من حيث الهدف أو الخدمة في العقد». نستنتج مما سبق، أنه طبقا للمادة (1162) من القانون المدني، يعتبر العقد صحيحا إذا كان مضمونه غير مخالف للنظام العام من حيث شروطه أو من حيث هدفه، سواء أكان أحد الأطراف حسن النية، أي لا يعلم بالباعث غير المشروع أو كان من السهل عليه العلم بهذا الباعث وبخلاف ذلك يعتبر العقد باطلا. ونرى كذلك، أن المشرع الفرنسي لم يتطرق لمفهوم الآداب العامة، وهذا يعني أنه جزَّأ العلاقات التعاقدية على أساس قانوني، وأخرى على اساس أخلاقي، فأخذ في المادة السالفة الذكر بالطابع القانوني فقط، في حين أبقى على المفهومين معا في المادة(6) من القانون المدني؛ أي بالطابعين الأخلاقي والقانوني؛ لأن هذا النص يشمل العقود والأفعال أو التصرفات المتعلقة بالعلاقات الجنسية، والآداب العامة تتعلق بجزء محدود من العقود الممنوعة، مثال ذلك العقود التي تضر بالمصلحة العامة، وهذه المصطلحات منصوص عليها في مفهوم النظام العام[3].ونرى أيضا أن المشرع الفرنسي أخذ بشكل ضمني بالنظرية الحديثة للسبب والتي تعتبر السبب هو الغرض غير المباشر أو الباعث الدافع للتعاقد، وهو ما جعلها تذهب أبعد

(1) Civ. 1er.7 oct. 1998 , D. 1998.563, concl.J. Saint-Rose, GAJC, vol.2 n. 158.

(2) د. حسين عبدالله الكلابي، مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 / 2 / 2018، بحث منشور في مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، المجلد 17، العدد:01، لعام 2018، ص666 - 702.

(3) F. Ost et M. Van de Kerchove, *" mœurs (bonnes)" Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ et Story-Scientia, 1988, p. 251.

من الأولى حينما أخذت بالبواعث وجعلت من مخالفتها للنظام العام والآداب العامة سببا لبطلان العقد. مع الإشارة في هذا المجال للدور البارز للفقيه كابيتان؛ إذ إنه في الوقت الذي دافع فيه عن نظرية السبب عدلها بما أسس للسبب نظرية حديثة[1].

الفرع الثاني: موقف الفقه المالكي من نظرية السبب

يعتبر موقف الفقه المالكي من نظرية السبب كأحد شروط العقد، أقرب إلى النظرية الحديثة؛ إذ يلاحظ من خلال دراسة الفقه الإسلامي الحديث الذي اعتنى بنظرية السبب مقارنة بما كان عليه حالها في الفقه الإسلامي[2]، فالمذهب المالكي والحنبلي ينظرون إلى القصد والنية أو الباعث، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث، كإهداء العدو هدية لقائد الجيش، والإهداء للقضاة والموظفين، فذلك مقصود به الرشوة. وهبة المرأة مهرها لزوجها، يقصد بها استدامة الزواج، فإن طلقها بعدئذ كان لها حق الرجوع فيما وهبت[3]. ويخالف القانون الفرنسي في المادة (1162) من القانون المدني النافذ هذا الرأي. أما بالنسبة لمشروعية السبب (هدف العقد في القانون الفرنسي النافذ) فهو يعني في الفقه المالكي البحث عن النية المشروعة الباعث على التعاقد ليكون العقد صحيحا، فلا يجيز الفقه المالكي بيع أرض بقصد بناء كنيسة أو بيع خشب بقصد بناء صليب أو صنم أو بيع العنب لمن يعصره خمرا أو السلاح لمن يقتل به المسلمين[4]. وفي هذا السياق يقصد المذهب المالكي بالسبب حتى ولو لم يذكر في العقد، أما موضوعه فهو اعتبار المقاصد من العقود وتأثير المقصد غير المشروع على صحتها، وذلك لأن المذهب المذكور يقسم العقود في هذا المجال إلى عقود لا تصح لعدم وجود المنفعة فيها، وآخر يليها منفعة تصنف هذه الأخيرة إلى ثلاثة أصناف يعود في أحداها إلى المقصد(القصد) الباعث من العقد. فيتضح مما سبق أن النظرية الحديثة للسبب في القانون الفرنسي تتفق مع الفقه المالكي؛ إذ في العلاقات العقدية يجب فقد الاستناد إلى هدف الطرفين في العلاقة العقدية أو الباعث الدافع للتعاقد، فيتوجب على القاضي العثور على هذا الهدف عندما يعرض عليه النزاع للاستناد عليه في حكمة. ويتفق الفقه الفرنسي

(1) Capitant Henri,de la cause des obligations, 3edition,Dalloz,,Paris 1927.p.80.

(2) عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 4، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص51 - 79.

(3) بن خده حمزة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي-العقد نموذجا، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة أبي بكر بلقايد-تلسمان، كلية القانون والعلوم السياسية –الجزائر 2016 / 2017، ص127 وما بعدها.

(4) ابو الوليد محمد ابن احمد بن رشد القطربي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1988، ص 613.

أيضا مع الفقه الملكي بشأن ضرورة وجود هدف مشروع في العقد (سبب العقد سابقا). ولكنه يختلف عن القانون الفرنسي؛ لأنه يبطل التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث، في حين أن القانون الفرنسي يبطل التصرف حتى إذا كان أحد أطراف العلاقة العقدية حسن النية.

المطلب الثاني: تحديد مضمون العقد

ينص القانون المدني النافذ في المواد (1163 - 1167) على ضرورة أن يكون مضمون العقد مؤكدا ومشروعا. وفي ضوء ذلك، سنحاول في هذا المطلب دراسة مضمون العقد من حيث كونه موجودا وممكن الوجود وقابل للتعامل به، ثم تحديد مضمون العقد (الخدمات العقدية)، ثم بيان موقف الفقه المالكي منها، وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: وجود مضمون العقد أو قابليته للوجود

طبقا للمادة (1163) من القانون المدني النافذ «الالتزام يجب أن يكون له محل وهي خدمة موجودة وممكنة في الحاضر والمستقبل». فوجود مضمون العقد شرط لنفاذ العقد. فيجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الوجود في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر، كبيع منزل قبل أن يبدأ بناؤه على أن تنتقل ملكيته للمشتري بعد اكتماله أو شراء محصول لازال مزروعا ينتظر الحصاد وهكذا. ولكن المشكلة تظهر عندما يكون الشيء محل الخدمة غير موجود يوم تنفيذ العقد، فيجب في هذه الحالة التفريق بين ما اتفق عليه الطرفان المتعاقدان أو ما هي نيتهما في هذا العقد، فإذا اتفق الطرفان على أن يكون الشيء ممكن الوجود في المستقبل ففي هذه الحالة لا مجال لإبطال العقد. ولكن اذا اتفق شخص مع صياد السمك على أن يشتري منه ما قد يصيده في شبكته، فيعتبر هذا العقد من العقود الاحتمالية التي تعتمد الحظ والأمل، لذلك يعتبر عقدا باطلا[1]. وكذلك الحال بالنسبة للتعامل بالتركة المستقبلية حيث يعتبر العقد باطلا؛ لأنه هدف العلاقة العقدية المقصود هو تمني الموت للغير[2]. أما من ناحية وجود الخدمة (Prestation) أو إمكانيه وجوده، فالقانون ينص على أنه «لا التزام بمستحيل» فالعقد لا يعتبر صحيحا ونافذا إذا كان

(1) Stephanie Porchy-Simon, opt.cit.p.120 et s. Alain Benabent, droit civil, droit des obligations,opt.cit.p.136 .Ph. Malaurie,.L.Aynes.Ph.Stoffel –Munck, droit des obligations,opt,cit,p.343 .

(2) المادة (1130) من القانون المدني الملغي تنص على أنه «يمكن أن تكون الاشياء المستقبلية موضوع التزام، ومع ذلك لا يمكن التخلي عن تركة غير مفتتحة، ولا المشارطة على مثل هذه التركة، ولو رضي الشخص الذي تتعلق التركة به إلا وفق الشروط المنصوص عليها في القانون».

الشيء غير ممكن الوجود، وهذه الإمكانية عن وجود الخدمة (المحل) عبر عنه المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة الجديدة (1163) من القانوني المدني الفرنسي«(Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable) فالخدمة يجب أن تكون ممكنة ومحددة أو قابلة للتحديد». ولكل مثل هذه الالتزام نادر في الحياة العملية، وخاصة عندما تكون هناك أنشطة محل نظر، كما في حالة إعلان مكاتب السياحة والسفر الذي يعطي وعدا للمسافرين «بالسفر إلى المريخ» كشعار لهذا المكتب، فعمليا يستحيل تنفيذ هذا الإعلان أو ترتيب السفر إلى المريخ. أو يتعهد شخص بأن يعبر المحيط سباحة، وهذه هي الاستحالة المطلقة، أما الاستحالة النسبية، عندما لا يكون في استطاعة المدين القيام بما تعهد به، كما لو تم الاتفاق على نقل بضاعة ممنوعة للتصدير أو تملك بعض الأسهم التي تكون متاحة للبيع فقط لبعض المشترين الذين يمكن البيع لهم أو يسمح البيع لهم، فبطلان العقد لا يمكن الحكم به إلا إذا كانت الاستحالة مطلقة. وهذا البطلان يتعلق بتصرف المدين الذي وعد بشيء مستحيل تنفيذه، في حين يمكن تنفيذ هذا الشيء من قبل مدين آخر، ففي هذه الحالة تثار فقط مسؤولية الطرف الذي لم ينفذ التزاماته[1]. ونرى أن المشرع الفرنسي ربط فكرة وجود الخدمة وإمكانيته للوجود بالمادة (1128)[2] ، فقد كانت المحاكم الفرنسية تستند إلى هذه المادة لإبطال العقود التي تتعلق بالتجارة بجسم الإنسان كالعقود المتعلقة بتأجير الرحم أو الام البديلة، لأن هذه العقود مخالفة للنظام العام والآداب العامة ولا تصلح لأن تكون محلا للتعامل التجاري[3]. فالطابع غير التجاري لجسم الإنسان لا يصلح لأن يكون محلا للتعامل التجاري، وهذا ما ذهبت إليه الفقرة (3) من المادة (16 - 1) من القانون المدني بأنه «لا يمكن أن يكون الجسم البشري أو أعضائه محلا لحق مالي». يتضح مما سبق، أن المشرع الفرنسي ومن خلال الاستناد إلى الفقرة الأولى من المادة (1163) من القانون المدني النافذ، أصر من أجل نفاذ العقد على أن تكون الخدمة موجود أو قابلة للوجود، وعلى أن تكون ممكنة في الحاضر أو في المستقبل.

(1) Stephanie Porchy-Simon, opt.cit.p.121. Alain Benabent, droit civil, droit des obligations,opt.cit.p.137.Ph. Malaurie,.L.Aynes.Ph.Stoffel –Munck, droit des obligations,opt,cit,p.344.

(2) ملاحظة حول هذه المادة، الغى المشرع الفرنسي في تعديل 10 /2 / 2016 نص هذه المادة، ووضع نصا جديدا محل النص السابق والذي يحدد حاليا شروط العقد الجديدة ومن ضمنها مضمون العقد المشروع والمؤكد.

(3) Ass.plen. 1er .31 mai 1991,D.1991.417, rapp. Y.Chartier, note D.Thouvenin; V.egal. .Civ.1er .6 avr 2011.D.2011.1064.

الفرع الثاني: تحديد الخدمات في مضمون العقد

تنص الفقرة (3) من المادة (1163) القانون المدني النافذ على أنه «تكون الخدمة محددة، إذا كانت منبثقة عن العقد أو بالرجوع إلى ممارسات أو علاقات قائمة ما بين طرفي العقد دون الحاجة إلى إبرام اتفاق جديد بين أطرافه». فهذه الفقرة أخذت على عاتقها تحديد الخدمات في العقد وهي شروط يستوجب على أطراف العقد الاتفاق عليها[1]. أما بالنسبة لنوعية الخدمات(Prestation)، فالمادة (1166) من القانون المدني الجديد، أدخلت قاعدة جديدة بالنسبة لنوعية الخدمة المطلوبة في العقد، وخاصة عندما لا تكون محددة أو قابلة للتحديد حسب نوعية العقد، فالخدمة المقدمة يجب أن تكون «أن تكون مشروعة طبقا لما اتفق عليه الطرفان في العقد من حيث الطبيعة والاستعمال أو الثمن المقدم بمقابل الخدمة». والنص السالف الذكر يمكن تطبيقه على جميع الالتزامات أيا كان نوعها ولكن توجد هناك بعض التفاصيل يجب مراعاتها عند تطبيقها على الالتزامات التعاقدية، وهذا ما سنبحثه في الفرضيات الآتية:

1. **عقد تقديم الخدمات(Prestation de service) :** طبقا للمادة (1710) من القانون المدني الفرنسي، عقد تقديم الخدمات «هي توفير قدرة فنية أو فكرية أو عمل مفيد بشكل مباشر للمستخدم ، من دون تحويل أو تحوير للمواد ويستعمل هذا العقد في العديد من المجلات كالبناء او تقديم خدمات في مجال الحاسبات آو اعادة هيكلية شركة). هذا النوع من الخدمات متعلق بالعقود التي يتطلب فيها مجهود بشري، فقرارات المحاكم استطاعت أيضا أن تحدد أو تبين أن الالتزامات من أجل القيام بجهد أو بعمل لصالح المدين تعتبر باطلة نتيجة عدم تحديد محلها[2].

2. **الأشياء القيمية (Corps certain):** فالشرط الوحيد والمطلوب في هذه الحالة هو تمييز الشيء عن غيره، كالسيارة مثلا فيجب تمييزها من حيث لونها وسنة صنعها ولكن هذه الفرضية لا تشكل صعوبة كبيرة.

3. **الاشياء المثلية(Chose de genre)** تحديد نوعية الشيء يجب أن يكون في الأساس محددا من حيث نوعه وكميته، فعند بيع مشروب النبيذ الفرنسي يجب

(1) L'alinéa 3 de l'article 1163 prévoit que la prestation ne pourra jamais être réputée déterminable, lorsqu'un nouvel accord des parties est nécessaire quant à fixer le contenu de la prestation.

يستعمل القانون المدني مصطلح **الخدمة**(Prestation) مكان المصطلح القديم المحل (Objet)كركن في العقد.

(2) Com.28 fevr.1983,Bull.civIV,n 86;RTD civ.1983.746,obs.F.Chabas;rapp.Civ.1er, 18 oct.1994, Defrenois 1995,art.735,obs.Ph.Delebecque.

ذكـر محـل العقـد، وهـو (النبيـذ) ثـم ذكـر كميتـه ومـن النوعيـة الفلانيـة أيضـا. امـا بالنسـبة لتحديـد للكميـة والجـودة، يعتمـد ذلـك علـى إرادة أطـراف العقـد أو طبيعـة الاسـتعمال لـه. ولكـن يجـب أن يكـون محـل العقـد محـددا تحديـدا كافيـا ودقيقـا بشـكل لا يحتـاج إلـى إعـادة تحديـده مـره أخـرى لحظـة تنفيـذ العقـد حتـى لا يـؤدي إلـى إعـادة الاتفـاق عليـه مـرة ثانيـة، او لا يجـوز تـرك التعـرف علـى نوعيـة وجـودة الشـيء حسـب حكـم أحـد الأطـراف[1] وهـذا مـا ذهبـت إليـه الفقـرة (3) مـن المـادة (1163) مـن القانـون المدنـي الجديـد. أمـا بالنسـبة لنوعيـة الشـيء، فالحلـول لهـذه المسـالة تطـورت خاصـة بعـد تعديـل القانـون المدنـي فـي عـام 2016، وهـي ضـرورة تحديـد نوعيـة الخدمـة المقدمـة إذا لـم يتفـق أطـراف العقـد أو أغفـلا الإشـارة إليهـا[2].

ثانيـا- حـالات خاصـة للثمـن فـي العقـد: بالنسـبة لتحديـد الثمـن عنـد إبـرام العقـد فقـد نصـت المـادة (1165) مـن القانـون المدنـي النافـذ علـى أنـه «فـي عقـود تقديـم الخدمـات، إذا كان هنـاك اتفـاق مسـبق بيـن الطرفيـن، ولـم يشـرع فـي تنفيـذه، يمكـن أن يحـدد الثمـن مـن قبـل الدائـن، باعتبـاره الملـزم بتقديـم المبـرر فـي حالـة الاعتـراض، وفـي حالـة التعسـف فـي تحديـد الثمـن، يمكـن اللجـوء للقاضـي للمطالبـة بالتعويـض عـن الأضـرار». فهـذا النـص يركـز علـى حالـة واحـدة وهـي تحديـد الثمـن لحظـة إبـرام العقـد. ويكـون للدائـن فـي النـص السـالف الذكـر دور فـي تقديـر الثمـن فـي حالـة عـدم الاتفـاق عليـه لحظـة إبـرام العقـد، ولكـن عنـد تعسـف الدائـن فـي تحديـد الثمـن، يكـون للقاضـي الحـق فـي التدخـل ويطلـب مـن الدائـن تعويـض المديـن عـن الخسـارة والأضـرار نتيجـة التعسـف فـي تقديـر الثمـن.[3]. أمـا بالنسـبة لتحديـد الثمـن فـي عقـود الإطـار(Contrat cadre)[4] فتبـرم عقـود الإطـار[5] بيـن التجـار والمنتجيـن، فالتاجـر يقـوم بالحصـول علـى البضائـع مـن قبـل المنتـج أو الشـركة المنتجـة خـلال فتـرة معينـة ومحـددة بمقابـل نقـدي تحـدده الشـركة المنتجـة، وبالمقابـل يضمـن المنتـج لـه التزامـات متعـددة مـن خـلال هـذه العلاقـة العقديـة، كالمسـاعدة علـى الحصـول علـى القـروض والتأمينـات مـن البنـك. وهـذه العلاقـة

(1) Civ.1er, 23 mai 995.D. 1996.Somm.113; 19 nov.1996,D.1997.609, note A. Zelcevic-Dhamel.

(2) Stephanie Porchy-Simon, opt.cit.p.123-124 . Alain Benabent, droit civil, droit des obligations,opt.cit.p.141 et s.Ph. Malaurie,.L.Aynes.Ph.Stoffel –Munck, droit des obligations,opt,cit,p.349 et s.

(3) Stephanie Porchy-Simon, opt.cit.p.124.

(4) عقود الإطار، طبقا للمادة (1111) من القانون المدني الفرنسي النافذ هي «اتفاق بين أطراف العقد على تحديد المميزات والخصائص العامة لعلاقاتهم العقدية المستقبلية». المادة (1164) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

(5) Pollaud-Dulian et Ronzano, le contrat –Cadre par de la les pardaoxes. RTD. C.1996.p.179.

العقدية، يتم إبرامها من خلال تعاملات يجريها التجار والمنتجون للحصول على البضائع وبالمقابل يحصل المنتج على الثمن الذي حدده لمنتوجه المباع[1] .ومن أجل إبطال هذا التحديد للثمن من قبل الدائن، استطاعت محكمة النقض في سابقة قضائية بتاريخ 1 / 12 / 1995 أن تصدر حكما يذهب إلى «أن المادة (1129) لا تسري بشأن تعيين الثمن عندما يقضي الاتفاق بإبرام عقود لاحقة ولا يؤثر في صحة هذا العقد وان التعسف في تحديد الثمن يمكن أن يكون جزاؤه الإلغاء أو التعويض» وهكذا فقد أجازت المحكمة أن ينفرد أحد الطرفين بتعيين الثمن ولكن بشرط أن لا يكون متعسفا، حيث يكون الجزاء عندئذ هو الفسخ أو التعويض. وعليه لا يلزم أن تتضمن عقود الإطار تحديدا للثمن؛ إذ يمكن أن يتم تعيين الثمن في وقت لاحق في العقود التطبيقية[2]. أما بالنسبة للعقود المبرمة من 1 / 10 / 2016، فتحديد ثمن الخدمات المستقبلية يتم من قبل أحد أطراف العقد في عقود الإطار ولكن بشرط موافقة أطراف العقد مقدما على هذا التحديد. والطرف الذي له الحق في تحديد الثمن يجب عليه في حالة وجود معارضة أو اعتراض من قبل الطرف الآخر أن يعطيه تبريرات عملية لهذا الثمن المحدد، وهذا الشرط أو الالتزام بشيء جديد في القانون الفرنسي لم يوجد في القانون المدني الملغي. وفي حالة عدم التوافق على الثمن المحدد. هنا يأتي دور القاضي؛ إذ يحكم: إما بإلغاء العقد، أو يطالب من الطرف المتعسف في تحديد الثمن تعويض الطرف المتضرر[3].

الفرع الثالث: موقف الفقه المالكي من ركن المحل

يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية على ركن المحل المعقود عليه (الثمن أو المثمن) في العقد[4] وأن هذا الركن قد يكون ذاتيا أو منفعة أو تبرعا أو فعلا كما في شركة العمل، وهو نفس المعنى الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة (1126) الملغية من القانون المدني. ففي الفقه المالكي، يقود الحديث عن وجود المحل أو قابليته للوجود لشرط القدرة على تسليم المعقود عليه في الفقه المالكي[5] فلا يجوز بيع طائر في الهواء ولا حيوان في الفلاة ولا السمك في الماء، وهو ما يقابل الاستحالة المطلقة عند شراح القانون المدني

(1) Gre.F. La détermination du prix dans les contrat dite marches Bier.Gaz.pal.1979.p.84.

(2) Ass,plen.1er. dec. 1995,D.1996.13, note L.Aynes.

(3) F. Labarthe, "La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service – Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil", *JCP G* 2016, 642.

(4) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، طبعة 2004، ج3، ص189.

(5) محمد بن يوسف بن أبي قاسم العبدري الغرناطي، أبو عبدالله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1994، ص71.

الفرنسي[1] مع استثناء ما كان مقدورا على تسليمة بمشقة فلا مانع من بيعه كبيع المغصوب المقدور على تسليمه للمشتري، كما لو عزم الغاصب على رد المغصوب إلى صاحبه أو كان الغاصب مقرا بالغصب ويقدر على انتزاعه بالقضاء[2]، وهو ما يمكن أن يقابل الاستحالة النسبية عند شراح القانون المدني الفرنسي، وإضافة إلى ما سبق، نجد فقهاء المالكية يجبرون بيع الشيء الموجود في أصله وقت التعاقد ثم يتكامل في وجوده بعده. وهو ما يعرف ببيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح وفقا لشروط أقرها فقهاء المذهب[3]. أما المعقود عليه الممكن الوجود فقال به فقهاء المالكية استثناء من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم، وهو ما يشابه بيع غير موجود وقت التعاقد ولكنه مخفف في المستقبل وذلك من خلال استثنائيين، هما: بيع السلم، وبيع الاستصناع. ومن حيث مشروعية المحل للتعامل به أو قابلية التعامل به في المعاملات التجارية في القانون المدني الفرنسي، ففي الفقه المالكي تقابل هذه الفكرة، هي ضرورة صلاحية المعقود عليه للتعامل فيه، ولا يكون كذلك إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له. ذلك لأن البيع لا ينعقد في المذهب المالكي إلا إذا كان المبيع طاهرا، منتفعا به، مما يجوز تملكه[4]. حيث يكون طاهرا حينما لا يتعلق ببيع نجس كالميته أو الخمر أو الخنزير، او متجنسا كالزيت المختلط بنجاسة، ولو أجبر لأهل الذمة بيع بعضها مثلما هو الحال في بيعهم للخمر والخنزير[5]. ثم يكون منتفعا حينما يكون الانتفاع به انتفاعا شرعيا كالانتفاع بالطعام، فلا يجوز بيع ما لا ينتفع به كبيع حيوان مريض مشرف على الهلاك، ولا طعام فاسد، ولا كتب سحر أو شعوذة أو الحاد[6]. ويكون أخيرا مما يجوز تملكه فلا يجوز بيع الشيء المملوك للغير أو ما فيه خصومه[7]. ومثال ما تقدم ذكره من الفقه المالكي في غير المقدور على تسليمه حيث التعرض لوجود المحل، وقابليته للوجود أعلاه. هذا بالإضافة إلى ما سبق، يشترط الفقه الإسلامي عامة، ومنه الفقه المالكي احترام ما يعرف بحق الله أو حق الشرع في العقود وغيرها، وهو ما يقابل فكرة النظام العام في الفقه الفرنسي والغربي عامة. ويعرف في عموم الفقه الإسلامي

(1) جاك غستان المرجع السابق، المطلول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2008، ص747.

(2) الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونه الفقه المالكي وأدلته، مصدر سابق، ج3، ص239 وما يليها.

(3) ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1، مصدر سابق، ص:173، وفي تفاصيل ذلك ارجع إلى، بن عاصم القرطبي، الكافي في فقه اخل المدينة.ج2، ص683، ابن رشد القرطبي، مصدر سابق، ج3، ص168 - 169.

(4) الحطاب المالكي، مصدر سابق، ج4، ص263.

(5) الصادق عبدالرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وادلته، مصدر سابق. ج3، ص227.

(6) الصادق عبدالرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وادلته، مصدر سابق، ج3، ص213 - 230. الحطاب المالكي,مصدر سابق، ج4، ص264 - 265

(7) الحطاب المالكي، مصدر سابق، ج4، ص265.

بما لا يجوز العفو فيه أو الإبراء أو الصلح أو الاتفاق على مخالفته[1]، وأبرز أمثلته فكرة تحريم المعاملات الربوية[2] التي تندرج في موضوع عدم صلاحية المعقود عليه للتعامل فيها لمخالفته لحق الله، وهو أبرز مثال لفكرة النظام العام في الفقه الفرنسي أعلاه. وبناء عليه يتضح موافقة وتأثر القانون المدني الفرنسي للفقه الملكي في تنظيم ركن المعقود عليه، وتحقق هذا التماثل في الشروط المعتبرة تحت هذا الركن في بداية وجوده أو قابليته للوجود مرورا بتعيينه أو قابليته للتعيين وصولا إلى صلاحيته للتعامل فيه.

المبحث الثاني: مضمون العقد وحالة التوزان العقدي

بعد إصدار مرسوم تعديل القانون المدني في عام 2016، نظم المشرع الفرنسي حالة التوازن العقدي، فعدم التوزان بين أطراف العقد يعتبر تعديا على حرية التعاقد ومصدرا لعدم الأمان في المجال القانوني. ولكن هذه الحلول عرفت بعض الاستثناءات في القانون المدني الفرنسي. وللتعرف عليها، وإدراك هذا الفراغ القانوني قام المشرع الفرنسي بفرض الجزاء في حالات عدم وجود التوازن العقدي (المطلب الأول) ومحاولة بيان موقف الفقه المالكي من حالة التوازن في العقد (المطلب الثاني)، وكالاتي:

المطلب الأول: الجزاء في حالة عدم وجود التوزان العقدي

في العقود المبرمة بين الطرفين المتعاقدين حتى ولو كان العقد صحيحا لا يشوبه أي عيب في مجال تقديم الخدمة والثمن، فالقانون المدني يفرض جزاء على العقد الذي يشوبه عنصر عدم التوازن العقدي، وقد أتى القانون المدني الفرنسي النافذ بأكثر من مبدأ في هذا الخصوص، فالأول يتعلق بالغبن والثاني متعلق بالشروط التعسفية، والثالث بالجزء لعدم وجود مقابل مالي، وسنبحث ذلك تباعا كالآتي:

الفرع الآول: الجزاء في حالة وجود الغبن في العقد

فالغبن عبارة عن عدم التعادل بين العوضين أو هو عبارة عن عدم التعادل في الخدمات العقدية المقدمة والثمن في لحظة تكوين العقد؛ فهو مصدر لعدم التعادل بين الخدمة والالتزامات المتقابلة ويسبب ضررا ماديا للمتعاقد المغبون، فالقانون المدني الفرنسي لا يفرض الثمن العادل بشكل مباشر، فالغبن ليس بجزاء إلا بصورة استثنائية[3].

(1) عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ج3,ص100,99.

(2) راجع المعاملات الربوية، محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص54 - 94.

(3) Flour JAQUES,AUBERT Jean Luc, Les obligations - Tome 1, L'acte juridique, 8 edtionn,1999.p.168.

فطبقا للمادة (1168) من القانون المدني الجديد «في العقود الملزمة لجانبين عدم التعادل بين الخدمة والثمن ليس سبب لإبطال العقد إلا إذا فرض القانون ذلك». وبذلك نرى أن الغبن طبقا لهذه المادة لا يبطل العقد إلا إذا كان بصورة استثنائية يفرضه القانون. ومن خلال التمعن بتعريف الغبن، نرى أنه لا يكون سوى في عقود المعاوضات التبادلية. وهذا يعني أن الغبن مستثناة من العقود الاحتمالية. فطبقا للمادة (1118) من القانون المدني الملغي «لا يعيب الغبن الاتفاقيات إلا في بعض العقود أو تجاه بعض الأشخاص». وقد حلت المادة (1168) الجديدة من القانون المدني المعدل محل المادة الملغية، والتي تشير إلى ضرورة الرجوع في هذه المسالة الى الفرضيات المقررة من قبل القانون. «فبالنسبة لبعض العقود في القانون المدني يؤخذ الغبن في الحسبان في حالتين أو فرضيتين، أولاهما في عقد بيع العقار، فالمادة (1674) من القانون المدني والتي تنص على «إذا حصل البائع بنسبة غبن تفوق سبعة من اثني عشر من ثمار العقار (7 / 12)، يحق له طلب فسخ عقد البيع ولو كان قد تنازل صراحة في العقد عن حق المطالبة بهذا الفسخ وصرح بإعطاء القيمة الزائدة». حيث أجازت هذه المادة إبطال عقد بيع العقار، بسبب الغبن إذا تجاوزت نسبته (7 / 12) من قيمته الحقيقية على أن يكون المغبون هو البائع وليس المشتري، فالغبن يعتبر عندئذ عيبا في العقد وليس من عيوب الرضا، وهذا هو الاتجاه المادي في الغبن، إذ لو كان عيباً في الرضا لكان بإمكان المشتري أن يطلب إبطال العقد أسوة بالبائع إذا تحقق الغبن في جانبه بأن أشترى العقار بأكثر من قيمته الحقيقية وقت العقد. اما بالنسبة لبعض الأشخاص، يكون الغبن لمصلحتهم، كما في حالة القاصر عديم الأهلية، فالمادة (1149) من القانون المدني تنص على أنه «يمكن إبطال التصرفات القانونية للقصر بسبب الغبن. ومع ذلك، لا يتم فرض البطلان عندما يكون الغبن نتيجة حادث غير ممكن توقعه. ولا يحول مجرد إعلان القاصر بلوغ سن الرشد لإبطال تصرفاته القانونية، ولا يجوز للقاصر أن يتخلص من هذه الالتزامات التي يتعهد بها أثناء أدائه لمهنته». وهكذا فإن الغبن لا يعتد به إلا في عقود معينة ولأشخاص معينين، وهذا هو الاتجاه المادي بعينه، ويمثِّله القانون المدني الفرنسي، إلى القيمة المادية لما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، فإن وجد اختلالاً في التعادل بين البدلَيْنِ، يقدَّر بنسبة محددة، فالغَبْن يؤثِّر على العقد، وهذا الاتجاه لا يعتد بالغَبْن إلا على سبيل الاستثناء[1]. فجزاء العقود التي يشوبها الغبن، هو الإلغاء أو البطلان، أما عبء الإثبات فالمادة (1168) من القانون المدني تذهب إلى القول أن عبء إثبات عدم وجود التوازن العقدي يقع على عاتق المدعى أي المتضرر من الغبن (المغبون). وهو عادة حر بنقل عبء الإثبات، ولكن في عقد البيع، تؤكد المادة (1678) من القانون المدني على ضرورة، تقديم عبء الإثبات من قبل ثلاثة خبراء. فالقاضي يأخذ بالغبن في حالة تكوين العقد. أما الحكم بإبطال العقد، فيمكن أن يتجنبه الطرف الذي قام بالغبن إذا وافق على إعادة

(1) http://www.alukah.net/sharia/0/108542/#ixzz5MfwxPVnb.

التوزان إلى العلاقة العقدية عن طريق دفع المبلغ الذي اخذه زيادة من الطرف المتضرر (وهذا ما يسمى بالثمن العادل). أما في عقد البيع فهذه الإمكانية متوقعة في المادة (1681) من القانون المدني والتي تنص على أنه «للمشتري إمكانية التخلص من خطر البطلان، والإبقاء على العقد، في حالة إكماله الثمن العادل شرط إسقاط عشر الثمن الإجمالي[1].

الفرع الثاني: الجزاء في حالة الشروط التعسفية

سنحاول في هذا الفرع دراسة حالة فرض الجزاء على الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك النافذ لعام 2016 (أولا). وسنبحث كذلك حالة فرض الجزاء على الشروط التعسفية في القانون المدني (ثانيا) وكالآتي:

أولا- جزاء الشروط التعسفية حسب قانون حماية المستهلك: نصت المادة (L212 - 1) من قانون حماية المستهلك النافذ لعام 2016 , الشروط التعسفية بأنها «، لتلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف هذا الأخير في استعماله لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة». كما نصت الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر «إن الشروط تعتبر تعسفية أيضا في حالة العقود المبرمة بين المهنيين أو بين غير المهنيين[2]. أما بالنسبة للأشخاص الذين تشملهم الحماية القانونية حسب قانون حماية المستهلك الجديد، فهم المستهلكون والاشخاص غير المهنيين الذي يتعاقدون مع المهني وكذلك المهنيين عندما يبرمون عقود مع بعضهم، وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر. اما بالنسبة لتعريف الشرط التعسفي، فمن الصعب وضع تعريف دقيق له، لأن هذا المفهوم متغير ومتطور ويرتبط بالعديد من المؤشرات والمؤثرات، وعلى العموم يشترط في الشرط المدرج في العقد والذي يمكن اعتباره شرطا تعسفيا، أن يكون مدرجا في العقد، وأن يؤدي إلى الاختلال بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وأن يكون مبنيا على ما يحققه الطرف القوي من ربح على حساب المستهلك أو

(1) L artice 1681 du code civil dispose que “Dans le cas où l’action en rescision est admise, l’acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu’il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total”.

(2) Article L.212-1 du code de consummation “ Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Article L212-2 ,Les dispositions de l’article L. 212-1 sont également applicables aux contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels.

غير المهني[1]. وتفرض المادة (1 - L.212) من قانون حماية المستهلك النافذ، جزاء على الشروط التعسفية المدرجة في العقد وتعتبرها كأنها غير مكتوبة، أي باطلة بدون أن يشوب العقد أي خلل في مجال نفاده، فالشرط يعتبر باطلا والعقد يعتبر صحيحا. وهناك نوعان من الشروط التعسفية يعتد بهما القاضي عند اصدار حكمه, وهما الشروط التعسفية المعروفة بالقائمة السوداء (List Noir) والأخرى تسمى بالقائمة الرمادية (List gris)[2].

ثانيا- الجزاء المفروض على الشروط التعسفية من قبل القانون المدني: طبقا للمادة (1171) من القانون المدني « في عقود الإذعان، أي شرط ينشئ عدم توازن بين الحقوق والالتزامات أطراف العقد تعتبر كأنها ليست مكتوبة». ويعتبر هذا النص مكملا للنص الوارد في قانون حماية المستهلك، والذي يكون مجال تطبيقه محددا بين المستهلك والمهني[3]. ونرى ان المادة (1171) من القانون المدني استخدمت مصطلح «الأطراف في العقد». مما يدل على أن هذه المادة الجديدة قد وسعت مجال الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية في العقد وتجعل الاشخاص الذين يطلق عليهم بالمهني خاضعا لمجال الحماية القانونية أيضا، خاصة إذا كان هناك عقد مبرم بين مهنيين أو بين المهني والمستهلك، أما بالنسبة للحماية القانونية للعقود، فالمادة (1171) من القانون المدني، تحدد فقط عقد الإذعان، وفرض هذه أيضا جزاء على الشروط التعسفية وهي «الإلغاء المباشر من قبل القاضي واعتبارها كأنها غير مكتوبة في العقد»، وهذا ما ذهب إليه أيضا قانون حماية المستهلك النافذ. وبذلك أقر المشرع الفرنسي مبدأ جديد، وهو، «إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان».

الفرع الثالث: الجزاء لعدم وجود مقابل مالي (الثمن)

طبقا للمادة (1169) من القانون المدني الفرنسي «يعتبر عقد المعاوضة باطلا إذا وضع المقابل لمصلحة الطرف الذي يلتزم بشكل وهمي أو بثمن تافه». فاستنادا لهذه المادة، يعتبر العقد باطلا إذا كان التزام أحد الأطراف بدون مقابل. فغياب المقابل يجب أن يكون بشكل كامل. وتحدد المادة السالفة الذكر كذلك، إنه في الأساس«في حالة عدم وجود تعادل أو تكافؤ في الخدمات لا يعتبر ذلك سببا لأبطال العقد»، ولم يجعل المشرع الفرنسي المادة

(1) Jeron JULIEN, Droit de la consummation et sur endettement, montchrestien, lex-tenso, Edtion 2009,p. 189-190.

(2) Stephanie Porchy-Simon, opt.cit.p.129. Alain Benabent, droit civil, droit des obligations,opt.cit.p.142 et s.Ph. Malaurie,.L.Aynes.Ph.Stoffel –Munck, droit des obligations,opt,cit,p.354 et s.

(3) ويضاف إليها أيضا المادة (6 - L.442) من القانون التجاري الفرنسي، الذي يعطي الحق لأحد أطراف العقد والذي تضرر من الشروط التعسفية ومن عدم التوزان في الحقوق والالتزامات بإثارة مسؤولية الطرف المتعسف في هذه العلاقة القانونية.

(1169) من القانون المدني أداة للتحكم في حالة التوازن العقدي ولكنه جعلها أداة لفرض الجزاء لعدم وجود مقابل. فالنص الجديد يبدو ذو طبيعة مزدوجة وله فكريتن[1]. وبخلاف الفكرة السابقة التي كانت تعتمد على ركن السبب في العقود الملزمة للجانبين والتبادلية، فالمادة (1169) من القانون المدني الجديد يمكن تطبيقها على جميع عقود المعاوضة وكذلك العقود الملزمة لجانب واحد والاحتمالية أيضا. وبالإضافة إلى ذلك، فتحديد الجزاء يتم فقط على الفرضيات المتعلقة بالمقابل الوهمي أو الثمن غير الجدي، فالمادة (1169) من القانون المدني تبدو ذات طبيعة قابلة للتوسع إلى جميع القرارات القضائية. ويخلو النص السالف الذكر من كل إشارة مفهوم السبب. وأخيرا تنص المادة (1170) من القانون المدني، على أن «كل شرط ينص في محتواه أو مضمونه على الحد من الالتزام الرئيس للمدين يعتبر كأنه غير مكتوب» فهذا النص يشكل من الآن وصاعدا أداة لإلغاء أي شرط يتعدى أو يحد من الالتزام الرئيس للعقد، والذي كان سابقا أي قبل مرسوم تعديل القانون المدني لعام 2016 مبنيا على أساس مفهوم السبب. فشروط تطبيق هذا النص صارمة فالشرط يجب أن لا يتعلق فقط بالالتزام الرئيس للعقد، ولكن أيضا بـ«مضمونه»[2].

المطلب الثاني: حالة التوازن العقدي في الفقه المالكي

سنبحث في هذا المطلب دراسة موقف الفقه المالكي من فكرة الغبن في العقد وعقود الإذعان لإعادة التوازن في العلاقات التعاقدية وذلك في الفرعيين الآتيين:

الفرع الاول: موقف الفقه المالكي من الغبن في العقد

الأصل في الشريعة الاسلامية هو عدم إعطاء الغبن مساحة كبيرة في التأثير على صحة العقود، وهذا ملائم لروح التجارة التي يجب ان تكون مبنية على حرية التعاقد، وانطلاقا من هذه الفكرة نجد ان الشريعة الإسلامية تحارب الغبن بكل شدة في أحد مظاهره الأكثر شيوعا وهو الربا. فتحرم العقود الربوية في أي شكل من اشكالها المختلفة[3]، أما غير ذلك فلا يحرم الغبن الا اذا كان نتيجة للتغرير[4]. واعتبرت الشريعة الإسلامية الربا

(1) Stephanie Porchy-Simon, opt.cit.p135-136 .. Alain Benabent, droit civil, droit des obligations,opt.cit.p.145 et s.Ph. Malaurie,.L.Aynes.Ph.Stoffel –Munck, droit des obligations,opt,cit,p.356 et s.

(2) Stephanie Porchy-Simon, opt.cit.p136..

(3) محمد سعيد رمضان، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر المعاصر، بيروت لينان، الطبعة الثانية، 1981، ص 40 - 67، بن عباس الحكمي، البيوع المنهي عنها في الشريعة الاسلامية وأثر النهي فيها من حيث الحرمة والبطلان، ط 1994، ص54 - 94.

(4) عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، طبعة 2001.

الفاحش سببا من أسباب فسخ العقود بخيار الغبن حينما فرق الفقهاء فيما بين الغبن الفاحش والغبن اليسير. فلو اشترى شخص شيئا بألف دينار وعرضه على أهل الخبرة فقومة بعضهم بتسعمائة وخمسين وقدره البعض الآخر بألف دينار كان الغبن يسيرا لدخوله تحت تقويم المتقومين. أما الغبن الفاحش، فهو ما لا يدخل تحت تقويم المتقومين، كمن يشتري شيئا بألف دينار فيقدره أهل الخبرة بتسعمائة ويقدره آخرون بسبعمائة فإن هذا يعد غبنا فاحشا لأن الألف دينار لم تدخل تحت تقويم أحد[1]. وتأسيسا على ذلك، يبنى المذهب المالكي موقفه منه بالانطلاق من عدم الاعتداد به الا في ظروف ضيقة كما ذهب اليه القانون المدني الفرنسي النافذ لعام 2016. ويتحقق الغبن الفاحش في الفقه المالكي في صور يتمثل أهمها في حالتين اتفق فقهاء المذهب عليهما تتمثلان في الغبن الفاحش الذي يلحق بيع المسترسل وبيع القاصر (مما يقربهما من الاستثناء الذي نصت عليه المادة (1118) من القانون المدني الفرنسي الملغي تحت عنوان (حماية الاشخاص من الغبن) أما بقية الصور فتتعلق بعقود اكثر من تعلقها بحماية اشخاص (وهو ما يقرب تصنيفها من الاستثناء الذي علقته المادة (1118) من القانون المدني الفرنسي الملغي لحماية بعض العقود من الغبن). ومن هذه الأخيرة الغبن في كل من بيع تلقي الركبان[2], وبيع النجش[3]. فبخصوص بيع المسترسل وهو أشهر ميدان العقود التي يقول فيها المذهب المالكي بالغبن. ويعرف فقهاء المذهب الملكي بيع المسترسل باعتباره المستلم لبائعه والمطمئن إليه نتيجة جهله بقيمة المبيع، وقيام الغبن في هذا النوع من البيوع يستوجب قيام خيار الرد[4]. أما خيار الغبن للقاصر، فأثبته المالكية حماية لهذا الأخير خوفا مما قد يلحقه من ضرر جراء بيع الوصي أموال القاصر بغبن فاحش على غير المعتاد المقوم بين الناس. ويلحق المالكية ثبوت هذا الخيار للموكل في عقود التوكيل إذا باع الوكيل بغبن فاحش يخالف المعتاد. يتضح مما سبق أن القانون المدني الفرنسي يتفق مع الفقه المالكي في التضييق من الغبن بغية عدم التأثير على الحرية التعاقدية الملائمة لروح التصرفات القانونية، أما الاستثناء فيكون في الأخذ بمبدأ الغبن في حالات تعود عندها إما لحماية بعض العقود أو لحماية بعض الأشخاص.

ص359.

(1) عبدالودود السريتي، المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الاسلامي، دار المطبوعات الجامعية, الإسكندرية، 1997، ص 208 - 209.عبدالكريم زيان، مصدر سابق، ص، 355.

(2) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث القاهرة ، 2004، ص183 - 184.

(3) بيع النجش وهو ان يزيد احد في السلعة، وليس لديه نيه في شرائها يريد بذلك ان ينتفع البائع ويضر المشتري.. ، ابن رشد القرطبي، مصدر سابق، ص 185.

(4) . الحطاب المالكي، ج4، مصدر سابق، ص470.

الفرع الثاني موقف الفقه المالكي من عقود الإذعان

يجب التنويه بداية على أن الشريعة الاسلامية لم تعالج عقود الإذعان؛ لأنها لم تعرف هذا النوع من العقود وفق شاكلتها الحالية، بسبب حداثتها وتعلقها بسلع وخدمات تطورت تطور النظم الاقتصادية المعاصرة واحتكار الشركات والمرافق العامة للسلع الضرورية[1]. والفقه الإسلامي عامة[2] ومنه الفقه المالكي يكره الاحتكار بوجه عام إلا ما كان منه جائزا، ويعرف الاحتكار في المذهب المالكي بأنه الادخار للمبيع وطلب الربح بتقلب الاسواق[3] وهو في الشريعة الإسلامية نوعان جائز ومحظور، فأما الجائز فهو إمساك الشخص الطبيعي أو الحكمي لبعض السلع أو المنافع والاستبداد بها لبيعها طالبا الربح العادل، نتيجة تقلب الأسواق من غير إضرار بالناس وأما المحظور فهو حبس ما يحتاج إليه الناس من السلع أو المنافع أو المرافق أو استئثاره واستبداده به بحيث لا ينافسه فيها غيره والامتناع عن بيعها بغير الثمن الجائز الذي يفرضه وإنما كان محظورا لما فيه من ظلم الناس والإضرار بهم[4]. وأما الثاني فمثل ان يمتنع ارباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا بإلزامهم بقيمة المثل فيجب أن يلتزموا بما ألزمهم الله به. هذا ورغم اتفاق الفقه الإسلامي على كراهة الاحتكار بكل صوره وضرورة تدخل ولي الأمر (الدولة) لتسعير سقفه على المحتكر احتكارا محظورا يحدد له أسعار الحاجيات التي سيبيعها، عينا كانت أو منفعة، بإلزام أصحابها ببيعها بالسعر الذي يحدده ذلك لأن التسعير ظلم محرم أو عدل واجب. وعلى الرغم من ذلك يعتبر بيع المضطر من الحالات التي تتحقق فيها خصائص عقد الإذعان المعروف في القانون الفرنسي، وهو من اضطر إلى بيع شيء من ماله، ولم يجد من يشتريه منه إلا بأقل من ثمن المثل بغبن فاحش. فالبيع صحيح؛ لأنه تصرَّفَ في ملكه برضاه، ولم يجبره أحد على البيع، لكن يكره للمشتري شراؤه على هذا الوجه بالغبن الفاحش, ومجرد الإضرار ليس من اسباب فساد العقود وبطلانها أو عدم لزومها كون المضطر مختارًا راضيًا بما أقدم عليه، وإن كان رضاؤه ليس كرضاء الشخص غير المضطر «[5]. يتضح مما سبق أن الفقه المالكي لا يوافق القانون المدني الفرنسي في مسالة عقود الإذعان، خاصة أنها فكرة حديثة فرضتها التطورات والحاجات العملية الاقتصادية

(1) القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، الجزء الخامس مطبعة السعادة، مصر، 1332، ص15.

(2) نزيه كمال حماده، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، ع 24، شوال، 1452، ص 51 - 78.

(3) قحطان عبد الرحمن الدوري، الاحتكار وأثاره في الفقه الإسلامي، كتاب ناشرون، الطبعة الرابعة، بيروت لبنان، 2011، ص583 وما يلها.

(4) نزيه كمال حماده، مصدر سابق، ص 66.

(5) نزيه كمال حماده، مصدر سابق، ص63 - 65.

فـي هـذا المجـال. فضـلا عـن كـون الفقـه الإسـلامي عامـة يحـارب فكـرة الاحتـكار المحظـور، وفيـه يقـوم ولـي الأمـر بتسـعير سـقف سـعر الحاجيـات بحيـث لا يسـتطيع محتكرهـا بيعهـا بأكثـر مـن ذلـك السـقف. وبالإمـكان أن نقـول بيـع المضطـر، يعتبـر اسـتثناء فـي الفقـه الإسـلامي.

الخاتمـة والاسـتنتاجات: مـن خـلال دراسـتنا لمضمـون العقـد، توصلنـا إلـى النتائـج الآتية:

أولا- ألغـى المشـرع الفرنسـي ركنـي المحـل والسـبب فـي العقـد وقـام بالاسـتعاضة عنهمـا بمفهـوم جديـد يدعـى (مضمـون العقـد المشـروع والمؤكـد) وذلـك طبقـا للفقـرة الثالثـة مـن المـادة (1128) مـن القانـون المدنـي الفرنسـي النافـذ. واسـتحدث المشـرع الفرنسـي مصطلحـا آخـر لركـن المحـل، وأطلـق عليـه «بالخدمـة» (Prestation)، طبقـا للمـادة (1163) مـن القانـون المدنـي، حيـث مـن أجـل نفـاذ العقـد «يجـب أن تكـون الخدمـة موجـود أو قابلـة للوجـود وعلـى أن تكـون ممكنـة فـي الحاضـر أو فـي المسـتقبل، وضـرورة تحديـد الخدامـات فـي العقـد، وهـي شـروط يسـتوجب علـى أطـراف العقـد الاتفـاق عليهـا. وهـذا مـا كان ينـص عليـه سـابقا ركـن المحـل ممـا يعنـي أنـه المشـرع الفرنسـي علـى الرغـم مـن إلغائـه لهـذا الركـن إلا أنـه حافـظ عليـه بشـكل ضمنـي. ولـم يتـم الاسـتناد إلـى مفهـوم السـبب فـي مرسـوم تعديـل القانـون المدنـي لعـام 2016, واسـتحدث المشـرع الفرنسـي محلـه مصطلحًـا جديـدًا أطلـق عليـه هـدف العقـد (Le but de contract) للتعبيـر عـن السـبب. ولـم يتطـرق المشـرع الفرنسـي كذلـك لمفهـوم الآداب العامـة، وهـذا يعنـي أنـه جـزأ العلاقـات التعاقديـة علـى أسـاس قانونـي وأخـرى علـى أسـاس أخلاقـي فأخـذ فـي المـادة السـالفة الذكـر بالطابـع القانونـي فقـط، فـي حيـن أبقـى علـى المفهوميـن معـا فـي المـادة (6) مـن القانـون المدنـي أي بالطابعيـن الأخلاقـي والقانونـي.

ثانيـا- لـم يعـرف المشـرع الفرنسـي مضمـون العقـد، رغـم الإشـارة إليـه فـي المـادة (1162) مـن القانـون المدنـي، لذلـك يمكننـا أن نعرفـه، بأنـه «مجموعـة مـن الاتفاقـات أو الشـروط التـي يدرجهـا اطرافـه فـي العقـد والتـي يجـب ان تكـون غيـر مخالفـة للنظـام العـام، مـن حيـث الهـدف أو الخدمـة فـي العقـد». وأقـر المشـرع الفرنسـي -فـي المـادة السـالفة الذكـر- بنـدا جديـدا يبطـل العقـد، إذا كان هـدف العقـد غيـر مشـروع سـواء أكان أطـراف العقـد يعلمـون بـه أم لا. وخالـف المشـرع الفرنسـي بهـذه الفكـرة الجديـدة الفقـه المالكـي.

ثالثـا- اسـتحدثت المـادة (1164) مـن القانـون المدنـي قاعـدة جديـدة تطبـق علـى جميـع الالتزامـات فـي العقـد «فالخدمـة المقدمـة يجـب أن تكـون مشـروعة طبقـا لمـا اتفـق عليـه الطرفـان فـي العقـد مـن حيـث الطبيعـة والاسـتعمال أو الثمـن المقـدم بمقابـل الخدمـة».

رابعا- من أبرز المستجدات في القانون المدني الفرنسي النافذ لعام 2016 هي مسالة معالجة تحديد الثمن في عقود الإطار وذلك في المادة (1165) من القانون المدني، فتحديد ثمن الخدمات المستقبلية يتم من قبل أحد أطراف العقد في عقود الإطار ولكن بشرط موافقة أطراف العقد مقدما على هذا التحديد، وفي حالة وجود معارضة أو اعتراض من قبل الطرف الآخر، يجب على الطرف الذي حدد الثمن أن يعطي تبريرات عملية لهذا الثمن المحدد للطرف المعترض. وفي حالة عدم التوافق على الثمن المحدد هنا يأتي دور القاضي حيث يحكم إما بإلغاء العقد أو يطالب من الطرف المتعسف في تحديد الثمن تعويض الطرف المتضرر. وكذلك عالج المشرع الفرنسي في المادة (1168) من القانون المدني مسألة الغبن في العقد كذلك، فاعتبره عيبًا موضوعيًّا في العقد، ويؤخذ بشكل استثنائي، حيث يؤدي إلى إبطال العقد. ويتفق بذلك القانون الفرنسي مع الفقه المالكي في التضييق من الغبن بغية عدم التأثير على الحرية التعاقدية الملائمة لروح التصرفات القانونية.

خامسا- اعتبر المشرع الفرنسي في المادة (1169) من القانون المدني عقود المعاوضة باطلة إذا وضع المقابل لمصلحة الطرف الذي يلتزم بشكل وهمي أو بثمن تافه، وفرض جزاء البطلان للشروط التي تخالف الالتزام الرئيس في العقد وذلك طبقا للمادة (1170) من القانون المدني. وألغى المشرع الفرنسي الشروط التعسفية واعتبرها كأنها غير مكتوبة في العقد، وخاصة عندما تكون مدرجة في عقد بين المستهلك والمهني أو بين المهنيين، وتسبب عدم توازن بين الالتزامات والحقوق، وذلك بالاستناد الى المادة (1 - L212) من قانون حماية المستهلك لعام 2016. وأقره مبدأ جديدا، وهو «إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان»طبقا للمادة (1171) من القانون المدني النافذ.

سادسا- تأثره القانون الفرنسي بالفقه المالكي، ويبدو ذلك واضحا من خلال شروط العقد في القانون المدني الفرنسي ومسألة التوازن في العقد، لكن المشرع الفرنسي خالف الفقه المالكي في بعض بنود المادة (1162) من القانون المدني وكذلك في مسألة معالجة عقود الإذعان.

التوصيات:

نناشد المشرع العراقي وقوانين الدول العربية ذات النزعة اللاتينية بالاستفادة من التجربة الفرنسية في تعديل أركان العقد وذلك عن طريق الاخذ بالحلول الجديدة التي استند عليها المشرع الفرنسي في الغاء ركني المحل والسبب، ووضع مفهوم جديد محلهما وهو مضمون العقد، لمعالجة حالة التوزان في العقد سواء أكان عدم التوزان في العقود المبرمة بين المهني والمستهلك أو بين المهنيين، وابطال الشروط التعسفية التي يفرض فيها أحد أطراف العقد أو تحد من الالتزام الرئيس في العقد.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- قائمة المصادر باللغة العربية:

1. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1988.
2. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث القاهرة ، 2004.
3. الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونه الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطبع والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.
4. أبو عباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير الصاوي المالكي، بلغة السلك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ج3، دار المعارف، بدون سنة نشر.
5. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2008.
6. ابن عباس الحكمي، البيوع المنهي عنها في الشريعة الإسلامية وأثر النهي فيها من حيث الحرمة والبطلان، ط 1994.
7. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، طبعة 2001.
8. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، المجلد الأول، والمجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
9. ----------، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج4، ط. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
10. عبد الودود السريتي، المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
11. محمد بن يوسف بن ابي قاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبدالله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط.1، 1994.
12. الحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط. 3، دار الفكر، 1992.
13. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، أحمد الدردير على مختصر الخليل، دار الفكر، د. ن.
14. محمد سعيد رمضان، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1981
15. القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، 1332
16. نزيه كمال حماده، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، ع24، شوال1452.
17. قحطان عبد الرحمن الدوري، الاحتكار وأثاره في الفقه الإسلامي، كتاب ناشرون، ط. 4، بيروت لبنان، 2011.

ثانيا- البحوث:

18. د. حسين عبدالله الكلابي، مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 / 2 / 2018، بحث منشور في مجلة الأكاديمية

للبحث القانوني، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، المجلد 17، العدد01، لعام 2018، ص666 - 702.

ثالثا- الرسائل الجامعية:

19. بن خده حمزة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي-العقد نموذجا، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية القانون والعلوم السياسية –الجزائر 2016 / 2017.

References Arabic Transliteration: الترجمة الحرفية لمصادر ومراجع اللغة العربية:

Awwlan: Qa'imat Almasadir bi Allughati Al'arabiah:

1. Abu Alwaled Muhammad bin Ahmad bin Rushd Alqurtuby, Albayan wa Altahseel wa Alsharh wa Altawjeeh, dar algharb al'islamy, Bairout, Lubnan, t. 2, 1988.
2. Ibn Rushd Alqurtuby, bidayat almujtahid wa nihayat almuqtasid, dar alhadeeth, Alqahirah, 2004.
3. Alsadiq Abdulrahman Alghuryany, mudawanat alfiqh almaliky wa adillatuh, mu'assasat alrayyan liltab'a walnashr waltawz'e, Lubnan, t. 1, 2002.
4. Abu Abbas Ahmad bin Muhammad Alkhalwaty alshahir bi Alsawy Almaliky, bulghat alsalik li'aqrab almaslik, alm'arouf bi hashiat Alsawy 'alaa alsharh alsagheer j. 3, dar alma'arif, biduon sanat nashr.
5. Jak Ghustan, almutawwwal fi alqanoun almadany, takween al'aqd, tarjamat Mansour Alqady, muraja'at Faisal Kulthoum, almu'assasah aljami'iah lildirasat walnashr waltawz'e, t. 2 , 2008.
6. Ibn Abbas Alhakmy, albuyu'e almanhiy 'anha fi alshre'ah al'islamiah wa'athar alnahy feeha min hayth alhurmah walbutlaan, tab'at 1994.
7. Abdulkarim Ziedan, Almadkhal li dirasat alshre'ah al'islamiah, dar Omar bin Alkhattab, Al'iskandariah, tab'at 2001.
8. Abdulrazzaq Alsanhoury, Alwaseet fi sharh alqanoun almadany aljadeed, nathariat alailtizam biwajhin 'amn, masadir aliltizam, aljuz' al'awwal, almujallad al'awal, wa almujallad althany, t. 3 aljadeedah, manshurat Alhalaby alhuqouqiah, Bairout, 1998.
9. ---------- masadir alhaqq fi alfiqh al'islamy, dirasah muqaranah bi alfiqh algharby, aljuz' 4, t. 2, manshurat Alhalaby alhuqouqiah, Bairout, Lubnan, 1998.
10. Abdulwadoud Alsirety, Almadkhal li dirasat b'ad alnathariat fi alfiqh al'islamy, dar almatbu'at aljami'yah, Al'iskandariah, 1997.
11. Muhammad bin Yuosif bin Abi Qasim bin Yuosif Alabdary Alghurnaty, Abu Abd Allah Almawak Almaliky, Alttaj wa Al'ikleel limukhtasar Khalil, dar alkutub al'ilmiah, t. 1, 1994.
12. Alhattab Alra'eny Almaliky, mawahib aljaleel fi sharh mukhtasar khaleel. T.3 dar alfikr ,1992.

13. Muhammad bin Ahmad bin Arafah Aldusuqy, hashiat aldsouqy ‘alaa alsharh Alkabir, Ahmad Aldardeer ‘ala mukhtasar Ahalil, dar alfikr, d. n.
14. Muhammad Saed Ramadan, muhadarat fi alfiqh almuqaran, dar alfikr almu’asir, Bairout, lubnan, t.2, 1981.
15. Alqurtuby Albajy Al’andalusy, almuntaqa sharh almuwtt’a, matba’at alsa’adah, Misr, 1332
16. Nazih Kamal Hamadah, ‘uqoud al’idh’aan fi alfiqh al’islamy, majallat al’adl, al’adad. 24 Shawwal 1452.
17. Qahtan Abdulrahman Alduory, alihtikar wa atharuh fi alfiqh al’islamy, kuttab nashiroun, t. 4, Bairout, Lubnan, 2011.

Thanian. Abuhouth.

18. Dr. Hussain Abd Allah Alkilaby, madmoun al’aqd, dirasah muqaranah bayna alnitham alqanouny al’ingleezy wa alqanoun almadany alfaransy, almu’addal bimujab almarsoum altashre’y alssadir fi 10/2/2018, bahath manshur fi almajallat al’akadimiah lilbahth alqanuony, kulliyat alqanoun wal’uloum alsiyassiah, jami’at Bijayah, Aljaza’ir, almujallad 17, al’adad 1, li’aam 2018, s 666-702.

Thaalithan. Alrasa’il Aljami’yah.

19. Bin Khidah Hamzah, Athar alfiqh almaliky fi alqaonun almadany Alfaransy- Al’aqd namoudhajan, risalat dukturah, jami’at Abu Bakr Bilaqayid, Tilmisan, kulliyat alqanoun wal’uloum alsiyasiah- Aljaza’ir 2016/2017.

رابعا- قائمة المصادر بالفرنسية:

I.Les livres de droit

Alain Benabent, droit civil, droit des obligations, 17ed precis domat 2018.

Aynès (L.), Famille et patrimoine, Donations, incapables, séparations, PACS, Lamy - Axe Droit, 2010. Aoun (A.), Le PACS (Pacte civil de solidarité), Paris, éd. Delmas express, 2000.

Capitant Henri,de la cause des obligations, 3edition,Dalloz,,Paris 1927.p.80.

Capitant . Henri .Le Vocabulaire juridique, 11ème édition PUF , 2016.

D. Fenouillet, “ Le juge et les clauses abusives “, RDC 2016/2, p. 358.

F. Ost et M. Van de Kerchove, “ mœurs (bonnes) “ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ et Story-Scientia, 1988, p. 251.

Flour JAQUES,AUBERT Jean Luc, Les obligations - Tome 1, L’acte juridique, 8 edtionn,1999.

F.Labarthe, “ La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service – Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil “, JCP G 2016, 642.

F. Ost et M. Van de Kerchove, " mœurs (bonnes) " Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ et Story-Scientia, 1988, p. 251.

Gre.F. La détermination du prix dans les contrat dite marches Bier.Gaz.pal.1979.p.84.

G. Chantepie, " Obligations essentielles et clauses abusives ", Blog Réforme du droit des obligations, dir. G. Chantepie et M. Latina, billet du 13 mars 2015,

Jeron JULIEN, Droit de la consummation et sur endettement, montchrestien, lextenso, Edtion 2009,p. 189-190.

Mestre. M. Alby, J. Bouffard et S. Chaudouet, " Le déséquilibre significatif, entre antinomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun ", La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 255.

Polin (R.), L'Ordre public : actes du colloque, Paris 22 et 23 mars 1995, PUF, 1996.

Ph. Malaurie,.L.Aynes.Ph.Stoffel –Munck, droit des obligations ,10 ed, LGDJ ,2018.

M. Alby, J. Bouffard et S. Chaudouet, " Le déséquilibre significatif, entre antinomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun ", La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 255.

M. Behar-Touchais, " Le déséquilibre significatif dans le Code civil ", JCP G 2016, 391.

M. Chagny, " La généralisation des clauses abusives ", Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, dir. Ph. Stoffel-Munck, Dalloz, 2015, p. 47.

N. Ferrier, " La détermination par le juge du contenu du contrat ", La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 109.

Pollaud-Dulian et Ronzano, le contrat –Cadre par de la les pardaoxes. RTD. C.1996.p.179.

Stephanie Porchy-Simon, Droit civil 2e annee ,les obligtions , Dalloz 10 edition 2018, p1115 et s.

Ph. Malaurie, L'ordre public et le contrat, th., 1953, p. 69, n°99.

S. Pellet, " Le 'contenu licite et certain du contrat' ", Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 61.

II. (Les Lois)

Code civil français.dalloz 117e edition. 2018.

Code de la consommation Version consolidée au 19 juillet 2019.

III. les Réseaux d'internet(Informatiques)

https://www.legifrance.gouv.fr/.

http://www.alukah.net/sharia/0/108542/#ixzz5MfwxPVnb.

https://aurelienbamde.com/category/contenu-du-contrat/.

The Content of the Contract in Light of Recent Amendments to the French Civil Law: a Comparative Study with Maliki Jurisprudence

Hozan Abdulmohsin Abdullah

College of Law - Salahalddin University

Erbil -Iraq

Abstract:

The decree law no.131 of 2016 issued on 10 February 2016 has come up with a new amendment to the conditions of Contract Law in accordance with article 1128 of the civil code. The following conditions are necessary for the validity of a contract: (1) the consent of the contracting parties; (2) the capacity to contract; and (3) the legality and certainty of the contract content. One of the most significant amendments made to the French Civil Code was the removal of the terms object and cause and their replacement by the new Contract Content term. The French legislator regulated the content of the contract in article (1161-1171) of the French civil code. The French law was influenced by Maliki jurisprudence, and this seemed clear through examination of the terms of the contract. The French legislator, however, disagreed with Maliki jurisprudence in article (1162) of its Civil Code. He also disagreed with the adhesion of contracts, because it is a modern idea that was imposed by the developments and practical economic needs in this field.

Keywords: The content of the contract, public order, Laesio enormis, adhesion contracts, Service provision contract, French Civil Law, Al-Maliki jurisprudence.