Techniques for Safe Drafting of Modern Contracts in Light of Islamic Jurisprudence Rules

Mahmoud ISMAIL

Applied Sciences Private University, Amman, Jordan

m_turabi@asu.edu.jo

Abstract

This research aims to identify the techniques of safe drafting of contemporary contracts in the light of the Islamic jurisprudential rules that were mentioned in the Journal of Judicial Judgments, in order to achieve two goals: the first is to prove the sufficiency of the techniques for which a model has been designed, that can be relied upon when examining the integrity of the drafting; and the second is to refer to the importance and effectiveness of jurisprudence rules as a reference for contract drafting techniques. By secure expression, we mean the construction of contract terms in a way that allows the intent of the contracting parties to be invoked during implementation and in the event of a dispute.

Keywords: Contract Drafting, Jurisprudence, Islamic jurisprudential rules.

تقنيات الصياغة الآمنة للعقود المعاصرة على ضوء قواعد الفقه الإسلامي

د.محمود إسماعيل

Applied Sciences Private University, Amman, Jordan

m_turabi@asu.edu.jo

ملخص الدراسة

يعمل هذا البحث على تحديد تقنيات الصياغة الآمنة للعقود المعاصرة على ضوء القواعد الفقهية التي وردت في مجلة الأحكام العدلية، لتحقيق هدفين: الأول هو إثبات كفاية التقنيات التي تم تصميم نموذج لها يمكن الارتكان إليه عند التحقق من سلامة الصياغة، والثاني هو الإشارة إلى أهمية وفاعلية القواعد الفقهية كمرجعية لتقنيات الصياغة العقدية. نقصد بالصياغة الآمنة بناء عبارات العقد بالشكل الذي يسمح باستظهار نية المتعاقدين عند التنفيذ وفي حال النزاع.

الكلمات الدالة: صياغة العقود، القواعد الفقهية، مجلة الأحكام العدلية.

مقدمة:

تمددت العقود المعاصرة في فروعها من حيث محلها ونطاقها وتفاصيلها، وبقيت أصيلة لاعتباراتها الإنسانية البسيطة في قواعد إنشائها واتزانها بما يقيم الحقوق والواجبات الناشئة عنها على كفي ميزان. ولما كان سلطان الإرادة الفردية مصدر إنشاء العقود فقد ارتبط تنظيم الأخيرة ببيان حقيقة إرادة المتعاقدين وما اتجهت إليه من أثر (عسالي، ٢٠١٥)، ولما كانت العقود تعاملات، فقد شملتها القواعد الفقهية التي أخرجها علماء الفقه الإسلامي بعد تطور التنظيم القانوني في الدولة الإسلامية القديمة بدءا من القرن الهجري الثاني وصولا إلى مجلة الأحكام العدلية التي صدرت في عهد الدولة العثمانية في القرن الهجري الثالث عشر، والتي لا تزال مظلة توجيهية عامة للقانون المدني في الدول الإسلامية (أوهاب، ٢٠١٣) .

يعمل هذا البحث على تحديد تقنيات الصياغة الآمنة للعقود المعاصرة على ضوء القواعد الفقهية التي وردت في مجلة الأحكام العدلية بهدف إثبات صلابة التقنيات التي تم تصميم نموذج يساعد على تدقيق سلامة الصياغة العقدية، كما يهدف البحث إلى تبيان استمرار أهمية وفاعلية القواعد الفقهية كمرجعية لتقنيات صياغة العقود. نقصد بالصياغة الآمنة بناء عبارات العقد بالشكل الذي يسمح باستظهار نية المتعاقدين عند التنفيذ وفي حال النزاع.

ستكون منهجية هذا البحث قائمة على اختيار بعض القواعد الفقهية ذات العلاقة، وعرضها على تقنيات الصياغة التي تم تصميمها خصيصا لهذا الغرض، لنتتبع تطبيق هذه القواعد على التقنيات المرعية لصياغة آمنة للعقود المعاصرة.

المبحث التمهيدي: موجهات عامة لتقنيات صياغة العقود

تقوم صياغة العقد الآمنة على استجلاء المقتضى من عباراته وتبيان مقصد المتعاقدين، وقد شرحت مجلة الأحكام العدلية هذا المعنى بأن "الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر، فالأمور بمقاصدها أي الشؤون مرتبطة بنيّاتها، وإن الحكم الذي يترتب على فعل المكلف ينظر فيه إلى مقصده، فعلى حسبه يترتب الحكم..."(الزحيلي، ٢٠٠٩).

توضح الكاتبة عرعارة أن "العقد تطابق إردتين وليس تطابق أداءين، فالحماية تنصب على إرادة المتعاقدين(Llewellyn, 2016)"، هذا هو منطلق بحثنا، فمقاصد المتعاقدين من العقد هي الموجه الحقيقي لصياغة العقد، وهي لب ركن التراضي فيه، ومن هنا تأتي قيمة موضوع البحث، فتقنيات الصياغة هي أدواتنا لمواءمة بنود العقد ونصوصه مع مقاصد المتعاقدين.

تنقسم صياغة العقود إلى قسمين، الأول يخص الموضوع والثاني يخص الشكل، هناك تقنيات للصياغة تؤثر في إنشاء العقد وأخرى تؤثر في تنفيذ العقد، تقنيات الإنشاء يظهر أثرها بمجرد إبرام العقد، وتقنيات التنفيذ يظهر أثرها عند اختلال تنفيذ العقد. تستوجب الصياغة الآمنة للعقد قراءة القانون الذي سينشأ العقد في

ظله، والتحدث إلى طرفي العقد لتبين تفاصيل الاتفاق الذي يقصدونه لتحديد العملية القانونية التي يراد الوصول إليها، لاستدعاء القواعد القانونية الحاكمة للعقد.

ينقسم العقد بدوره إلى قسمين رئيسيين: البداية وتحوي مسمى العقد وديباجته وحيثياته وتعريف مصطلحاته؛ والبنود وتحوي التزامات الأطراف ومسؤوليتهم وطرق فض النزاع بينهم وإنهاء وانتهاء العقد والشروط الخاصة مثل الشرط الجزائي والقانون المطبق والمحكمة المختصة وشرط التحكيم، ويتمدد العقد تحت هذه البنود في أقسام أدق وأكثر تفصيلا.

بهذا المعنى فإن تقسيم العقد هو عملية تجميع للبنود ذات السياق المتصل في مجموعات منفصلة عن بعضها، فمثلا: التعهدات والسياسات والالتزامات الواردة في العقد، تمثل مجموعات تنفصل عن بعضها ليمثل كل منها جزءا خاصا بذاته، وتنتقل الصياغة في المجموعة الواحدة من المجرد أو العام إلى الدقيق أو الخاص، أو العكس، ولكن دون الخلط في الترتيب، وللتأكد من أن التقسيم سليم من الناحية الفنية، يجدر تفحص المعايير التالية: أن يكون كل قسم من أقسام العقد قاصرا علي نفسه ولا يتداخل مع قسم آخر؛ وأن تكون الأقسام إذا ما تم جمعها معا تساوي كُلًّا منسجما؛ وأن تشترك كل الأقسام في خدمة كلية العقد ولا تخرج عن موضوعه ومعناه، التناقض غير مقبول، "فلا حجة مع التناقض" (القاعدة رقم (٨٠) من مجلة الأحكام العدلية).

في العرض الشكلي، نتبع آليتين بسيطتين، هما التصنيف والتسلسل، التصنيف في العقد هو عملية تحديد المواد التي تدخل تحت عنوان معين، ووضعها متصلة مع بعضها البعض، مثلا: علينا أن نضع الاستثناءات التي تقيد قاعدة عامة معينة بحيث تأتي مباشرة بعد القاعدة التي تقيدها، بدلا من تجميع كل الاستثناءات بعد كل القواعد العامة؛ والتسلسل تتابع في تنظيم الأحكام بحيث يكون من السهل العثور عليها، ترتب فيه الأحداث حسب الترتيب الزمني المتوقع لحدوثها، فمثلا: لا توضع أحكام فسخ العقد في أول العقد.

التقنيات التي نؤسس عليها قواعد صياغة العقود عشرة، تظهر في الجدول التالي الذي يحوي جميع المصطلحات العاملة في ضبط صياغة العقود:

النطاق	معامل الربط	تقنيات الصياغة
التأسيس القانوني للعقد	ضبط العلاقة بين القانون والعقد	التكييف القانوني
		تحديد نطاق الإرادة القانونية
	وزن العقد	ضبط الصلاحية القانونية
		تقوية الحجية القانونية للعقد
		تحقيق التوازن في العقد
التأمين القانوني للعقد	تأمين العقد	تحديد نطاق التغطية القانونية للعقد
		حساب المؤثرات الخارجية

	تأمين المتعاقدين	حساب التفسيرات
		حساب الثغرات القانونية
		تحديد نطاق المسؤولية

نلاحظ بحسب الجدول أعلاه، أن استراتيجيات صياغة العقود تنقسم إلى قسمين يرافقين مرحلتين من مراحل وجود العقد: مرحلة الإنشاء ومرحلة الآثار.

المبحث الأول: التأسيس القانوني للعقد

مرحلة التأسيس القانوني للعقد هي عملية التكوين الأولى للعقد بحساب الأرضية القانونية المتاحة، وهي توجه معاملَيّ ربط: معامل الربط الأول هو ضبط العلاقة بين القانون والعقد، ويعمل على تكييف العقد وتحديد نطاق إرادة أطرافه؛ معامل الربط الثاني هو وزن العقد، ويعمل على ضبط الصلاحية القانونية للعقد وتقوية حجته القانونية وتحقيق التوازن فيه.

١. التكييف القانوني

التكييف هو الإجراء الأولي الذي يقوم به القاضي لتحديد الوصف القانوني للعقد بمناسبة نزاع لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه، بالرغم من أن التكييف عمل قانوني محض من اختصاص القاضي إلا أنه يخضع لرقابة لمحكمة الدرجة الأعلى، ولا سلطة حقيقية لإرادة العاقدين في تكييف العقد أثناء نظر النزاع، إلا أن التكييف الذي سيقرره القاضي سينبني بشكل أساسي على ما كتبه الأطراف في العقد، على أمل أن يوافق المكتوب نية المتعاقدين (السيوطي، ١٩٨٣)، وهنا يأتي دور الصياغة التي تدور بين قطبي قاعدتين فقهيتين: القاعدة الأولى "لا اجتهاد في مورد النص" (القاعدة الفقهية رقم (١٤) من مجلة الأحكام العدلية)، إذ يتم التكييف في ضوء عبارات العقد التي سيَعُدُّها القاضي الواقعَ الأهم في استخلاص نية الأطراف، والقاعدة الثانية هي "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" (القاعدة الفقهية رقم (٠٢) من مجلة الأحكام العدلية)، فواحدة من القاعدتين تدعم كلمة العقد والأخرى تدعم المعنى المقصود من الكلمة، ولا تناقض بين القاعدتين في العقد، إذ الأولى تخدم الثانية، فالكلمة خادمة المعنى، وهنا تكمن أهمية الصياغة العقدية، في التوفيق بين القاعدتين، لتؤدي كل قاعدة وظيفتها، فيتوجب أن تنجح الصياغة في جعل الكلمة في خدمة المعنى لا في تعطيله.

تكييف العقد ليس غاية موضوعية تنحصر في تحديد الالتزامات، بل هو يعطي العقد ذاتية ظاهرة، تعكس إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، بهذا المعنى فإن التكييف بالإضافة إلى كونه إسقاطا للنصوص الحاكمة على العلاقة التعاقدية، فإنه يعتبر وسيلة لتحديد مضمون العقد وطبيعة آثاره انطلاقا من محتوى بنوده (Dworkin, 1981).

بناء على ما سبق فإن عناصر التكييف التي نراها تنقسم إلى عناصر مضافة إلى العقد نستقيها من صفة المتعاقدين كأن يكون أحدهما تاجرا فيكيّف العقد بالنسبة له تجاريا؛ وعناصر موضوعية تستخلص من بنود الالتزام في العقد ومن المقدمة ومن مسمى العقد، وبجمع العناصر مع بعضها البعض تتضح طبيعة العقد وأوصافه الكاملة وتتحدد القواعد القانونية الحاكمة له (السنهوري، ٢٠١١).

في العناصر المضافة إلى العقد، نجد لصفة المتعاقد تأثيرا غير مباشر في تكييف العقد، فقد يتعذر فهم بعض العقود إلا بالاستناد إلى صفة المتعاقدين، كما في عقد المقاولة أو عقود العمليات البنكية، فعقود البنوك مثلا تجارية بطبيعتها لأن من يمارسها هو البنك، وعقد القرض الذي يبرمه البنك قرض تجاري دائما بغض النظر عن صفة المقترض .

في العناصر الذاتية للعقد، نجد أن التزامات العقد التي تدخل في حساب تكييفه تكون أصلية وتبعية، الالتزامات الأصلية يجب أن تكون محددة في العقد بدقة لينجح تكييف العقد على أساسها، علما بأن القانون يحدد في كثير من الحالات الالتزامات الجوهرية لعقد ما، مثال: لعقد البيع التزامان أصليان، التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن، "فالمبيع ما يباع وهو العين التي تتعين في البيع وهو المقصود الأصلي من البيع" (القاعدة (١٥١)، مجلة الأحكام العدلية)، أما الاتفاق على تقييد تصرفات المشتري بالمبيع على خلاف الأصل في أثر نقل الملكية، الذي ينقل الحق في التصرف على إطلاقه لصالح المشتري، فهو التزام تابع سيؤدي الإخلال به إلى التعويض لا إلى فسخ البيع لأنه التزام تابع و"التابع فهو تابع"(القاعدة (٤٧)، مجلة الأحكام العدلية).

بجمع العناصر المضافة مع العناصر الذاتية في المثال التالي، يتبين كيف تكتمل عملية التكييف، فمثلا: وصف العقد بعقد قرض يتوقف على وجود بنود القرض (عناصر ذاتية)، أما تكييفه كعقد تجاري فجاء من صفة المتعاقد –البنك– (عناصر مضافة).

وبملاحظة القاعدتين الفقهيتين السابقتين (القاعدة (١٥١) والقاعدة (٤٧)، مجلة الأحكام العدلية)، نجد أن العناصر الذاتية في تكييف العقود تقوم على الالتزامات الأصلية في عقد ما، ولا تتأثر بالالتزامات الطارئة أو التابعة، التي يتفق عليها الأطراف في العقد، لأنها لا ترتبط بالعقد ابتداء ولكن يمكن أن تضاف إليه. الالتزام التابع طبيعيا كان أم طارئا لا يشكل عنصرا من العناصر المكونة للفئة القانونية التي تنتمي إليها الالتزامات الأصلية، لأن طبيعته التبعية تفترض عدم النظر إليه استقلالا عن الالتزام الأصلي، لذلك هي لا تؤثر في تكييف العقد.

٢. تحديد نطاق الإرادة

الأصل أن نطاق الإرادة في التعاقد مفتوح، يبدأ من سلطان الإرادة، الذي يعطي الأفراد الحق في إنشاء التزام قانوني معزز بحماية القانون، ورغم أن هذا الأمر ينفتح على عدد غير حصري من النشاطات التعاقدية إلا أنه يخضع لمحدد مهم، هو الشرعية، الذي إن غاب امتنع على الأفراد إبرام العقد، لعدم قابلية محل العقد للتعامل فيه، "فما حرم أخذه حرم عطاؤه"(القاعدة (٣٥)، مجلة الأحكام العدلية)، ولما قد يرافقه من غياب للمنفعة المشروعة لعاقديه، "فالبيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع أصلا ووصفا"(القاعدة (١٠٨)، مجلة

الأحكام العدلية). إذن يصح أن يرد العقد على أي شيء غير ممنوع شرعا بنص القانون أو مخالف للنظام العام، ولا يصح في أي شيء غير قانوني أو مخالف للنظام العام، تحت طائلة البطلان. مثلا: لا يجوز إبرام عقد لبيع الأعضاء البشرية أو المتاجرة في البشر.

هناك التزامات في العقد مصدرها القانون وإن لم تذهب إليها إرادة الأطراف، كما في حالة عقود العمل التي تدخل في التزاماتها ما قرره قانون العمل مسبقا من حد أدنى لحقوق العامل، وهناك التزامات أخرى يعترف بها القانون ويدخلها في العقد حتى لو لم يشر لها المتعاقدان، فلا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته وفقًا للقانون والعرف وطبيعة التصرف.

٣. ضبط الصلاحية القانونية

من المهم في البداية أن نوضح ما نعنيه بأركان العقد وشروطه، فقد درج الفقه على اعتبار التراضي ركنا أوحد في العقد واعتبار المحل والسبب شروط صحة، بالنسبة لنا فإن هذه الثلاثة أركان، يترتب على اجتماعها قيام العقد، ويترتب على غياب أي منها بطلانه، وسنستعمل اصطلاح شروط الصحة في سياق مختلف إذ سنعتبر سلامة الأركان هي المقصودة بشروط الصحة.

تخضع الصلاحية القانونية للعقد لأربعة شروط تحقق وجوده وفاعليته، هي شروط الانعقاد؛ وشروط الصحة؛ وشروط النفاذ؛ وشروط اللزوم. حالة هذه الشروط هي التي يترتب عليها حكم العقد: الصحيح؛ الباطل؛ الفاسد؛ غير اللازم؛ الموقوف.

١. شروط الانعقاد: تتعلق شروط انعقاد العقد بقيام وسلامة أركانه، من تراض ومحل وسبب، يضاف إليها ما يستوجبه القانون من أوضاع خاصة في ركن الشكلية أو التسليم. شروط الانعقاد متعددة: (١) منها ما يتعلق بصياغة العقد مباشرة، مثال: توافق الإيجاب والقبول على قاعدة صورة المرآة، "فالْإِيجَابُ أَوَّلُ كَلَامٍ يَصْدُرُ مِنْ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ لِأَجْلِ إنْشَاءِ التَّصَرُّفِ وَبِهِ يُوجَبُ وَيَثْبُتُ التَّصَرُّفُ"(القاعدة (١٠١)، مجلة الأحكام العدلية)، و"الْقَبُولُ ثَانِي كَلَامٍ يَصْدُرُ مِنْ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ لِأَجْلِ إنْشَاءِ التَّصَرُّفِ وَبِهِ يَتِمُّ الْعَقْدُ"(القاعدة (١٠٢)، مجلة الأحكام العدلية)؛ (٢) ومنها ما يتعلق بالعاقدين كشرط الأهلية الذي يجب إثبات توافره ببيان هوية المتعاقدين لضمان أهلية الأداء العامة من عقل وتمييز (أبو زهرة، ١٩٧٦)، إذ "يُشْتَرَطُ فِي انْعِقَادِ الْإِجَارَةِ أَهْلِيَّةُ الْعَاقِدَيْنِ يَعْنِي كَوْنَهُمَا عَاقِلَيْنِ مُمَيِّزَيْنِ"(القاعدة (٤٤٤)، مجلة الأحكام العدلية)، وببيان صفات المتعاقدين ودورهم في العقد لضمان أهلية الأداء الخاصة (التخويل) عند الحاجة لها (القاعدة (١٤٤٩)، مجلة الأحكام العدلية: "الْوَكَالَةُ هِيَ تَفْوِيضُ أَحَدٍ فِي شُغْلٍ لِآخَرَ وَإِقَامَتُهُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ الشُّغْلِ.."")؛ (٣) ومنها ما يتعلق بالمعقود عليه، وهو المحل، الذي يجب أن يكون موجوداً حين التعاقد أو قابلا للوجود عند التنفيذ، "فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مَوْجُودًا"(القاعدة (١٩٧)، مجلة الأحكام العدلية)، أي لا يكون معدوما، "فَبَيْعُ الْمَعْدُومِ بَاطِلٌ.."(القاعدة (٢٠٥)، مجلة الأحكام العدلية)، وما ليس مالا متقوما، وما لا يسمح القانون بالتعامل فيه، فتوجب القواعد الفقهية لزوم "أن يَكُونَ الْمَبِيعُ مَوْجُودًا" و"مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ" و"مَالًا مُتَقَوِّمًا"(القواعد (١٩٧) و(١٩٨) و(١٩٩)، مجلة الأحكام العدلية) .

٢. شروط الصحة: إذا كانت شروط الانعقاد تخص وجود الأركان، فشروط الصحة تخص سلامة هذه الأركان، نأخذ مثالا عليها سلامة ركن التراضي فيما يخص انتفاء عيوب الإرادة من جهالة وغلط وإكراه (البعلي، ١٩٠٥)، فالجهالة الفاحشة تحديدا تحدث إشكالا في انعقاد العقد، إذ يشترط في محل العقد أن يكون "مَعْلُومًا عِنْدَ الْمُشْتَرِي" (القاعدة (٢٠٠)، مجلة الأحكام العدلية) من جميع نواحيه (القاعدة (٢٠١) "يَصِيرُ الْمَبِيعُ مَعْلُومًا بِبَيَانِ أَحْوَالِهِ وَصِفَاتِهِ الَّتِي تُمَيِّزُهُ عَنْ غَيْرِهِ مَثَلًا لَوْ بَاعَهُ كَذَا مُدًّا مِنْ الْحِنْطَةِ الْحَمْرَاءِ أَوْ بَاعَهُ أَرْضًا مَعَ بَيَانِ حُدُودِهَا صَارَ الْمَبِيعُ مَعْلُومًا وَصَحَّ الْبَيْعُ"؛ القاعدة (٢٠٢) "إذَا كَانَ الْمَبِيعُ حَاضِرًا فِي مَجْلِسِ الْبَيْعِ تَكْفِي الْإِشَارَةُ إلَى عَيْنِهِ مَثَلًا لَوْ قَالَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي: بِعْتُك هَذَا الْحِصَانَ وَقَالَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُهُ وَهُوَ يَرَاهُ صَحَّ الْبَيْع" القاعدة (٢٠٣) يَكْفِي كَوْنُ الْمَبِيعِ مَعْلُومًا عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَلَا حَاجَةَ إلَى وَصْفِهِ وَتَعْرِيفِهِ بِوَجْهٍ آخَرَ"؛ القاعدة (٢٠٤) الْمَبِيعُ يَتَعَيَّنُ بِتَعْيِينِهِ فِي الْعَقْدِ. مَثَلًا: لَوْ قَالَ الْبَائِعُ: بِعْتُك هَذِهِ السِّلْعَةَ وَأَشَارَ إلَى سِلْعَةٍ مَوْجُودَةٍ فِي الْمَجْلِسِ إشَارَةً حِسِّيَّةً وَقَبِلَ الْمُشْتَرِي لَزِمَ عَلَى الْبَائِعِ تَسْلِيمُ تِلْكَ السِّلْعَةِ بِعَيْنِهَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ سِلْعَةً غَيْرَهَا مِنْ جِنْسِهَا").

هذه الجهالة قد تظهر في أربعة أمور هي: (١) الجهالة في المحل كجهالة المبيع في عقد البيع؛ (٢) والجهالة في العوض في عقود المعاوضات المالية كجهالة الثمن في عقد البيع؛ (٣) وجهالة الأجل في العقود المستمرة كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الإيجار؛ (٤) وجهالة وسائل التوثيق المشروطة مثل تقديم الكفيل أو الرهن بالثمن المؤجل، إذ يجب أن يكون الكفيل والرهن معلومين. الجهالة في هذه الأمو تؤثر في العقد، على نحو يجعل العقد موقوفا أو غير لازم.

٣. شروط النفاذ: يصمم القانون آلية وقائية لحماية حقوق أطراف العقد وحقوق الغير الذين تعلق حقهم بمفاعيل العقد، وجعل هذه الآلية تعطيلية، أي أنه اعترف بوجود العقد طالما اكتملت أركانه، واعترف بصحته طالما أن هذه الأركان سليمة، لكنه مع ذلك رتب عدم النفاذ للعقد في حالات مثل أن يكون البائع غير مالك للمبيع، وغير مخول بالتصرف فيه؛ وإذا تعلق بمحل العقد حق للغير كأن يكون المبيع مرهونا قبل البيع. إذا توافرت شروط النفاذ في العقد أنتج آثاره وأصبح ملزما، وإذا تخلف أحدها يكون العقد موقوفا بكلّيته أو غير نافذ في مواجهة أشخاص معينيين (القاعدة (٣٦٥)، مجلة الأحكام العدلية: "يُشْتَرَطُ لِنَفَاذِ الْبَيْعِ أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ مَالِكًا لِلْمَبِيعِ، أَوْ وَكِيلًا لِمَالِكِهِ، أَوْ وَصِيِّهِ وَأَنْ لَا يَكُونَ فِي الْمَبِيعِ حَقُّ الْغَيْرِ").

٤. شروط اللزوم: في مرتبة حمائية لاحقة على قيام العقد وأثناء تنفيذه، صمم القانون آلية لإنهاء العقد من قبل طرف واحد في بعض الأحيان، كما في عقد الوكالة مثلا، مصادر عدم لزوم العقد اثنان: القانون والاتفاق، فإذا جاء القانون بعدم اللزوم فهي طبيعة العقد أصلا، كما في مثال الوكالة السابق، أما إذا جاء به الاتفاق فعلى أطراف العقد أن يعوا عند الصياغة عدم إمكانية إتاحة فرصة الخروج من التعاقد من قبل طرف واحد إلا أن يكون هذا الخروج المنفرد خيارا متاحا للطرفين، أي أن العقد غير اللازم باتفاق الأطراف يكون غير لازم للطرفين، وبخلاف ذلك نكون أمام شرط تعسفي، فإذا اشترطت شركة السيارات الصانعة مثلا على وكيلها

المعتمد بعقد Dealership أن لها الحق في فسخ العقد من طرف واحد دون أن يكون لوكيلها هذا الحق فإن الشرط باطل.

٤. تقوية الحجية القانونية للعقد

حجية العقد هي القدرة على إثباته، وتقويتها مهمة الصائغ النبيل للعقد، لأن هدفها حماية حقوق المتعاقدين على أساس الواقع التعاقدي الذي ذهبت إليه نية الأطراف، تتم تقوية هذه الحجية بمراعاة قواعد الإثبات العاملة، ورغم أن تقوية الحجية يعتبر من أدوات التأمين القانوني للعقد، وهو موضوع المبحث التالي من البحث، إلا أننا نناقشه في مرحلة التأسيس القانوني للعقد لأنها المرحلة التي يتم فيها إقامة حجية الإثبات مسبقا لما قد يقع من إشكالات بخصوص العقد لاحقا، من خلال مراعاة قواعد الإثبات .

قواعد الإثبات في العقود نوعان: قواعد موضوعية نجدها في مدونات القانون كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون المنافسة وقانون المستهلك..إلخ؛ وإجرائية نجدها في قانون الإجراءات المدنية وقانون البينات. إثبات التزامات العقد يأتي على نحوين: إثبات مقيد، يقيد حرية أطراف العقد ويقرر لهم طريقة محددة في الإثبات دون الوسائل الأخرى، غالبا الكتابة؛ وإثبات حر يسمح لأطراف العقد باختيار وسيلة الإثبات التي يريدونها في الإثبات دون تحديد وسيلة بذاتها، وهذا ما نجده خصوصا في العقود التجارية.

بالطبع فإن محل الإثبات في العقد ليس الحق في حد ذاته، إنما الواقعة القانونية المنشئة للحق، باعتبار أن واقعة التعاقد هي مصدر الحق، أما الحق فهو الأثر المترتب على واقعة التعاقد، وبمجرد إثبات تفاصيل العقد تثبت آثاره تلقائيا.

قواعد الإثبات مقررة في القانون، ويجب عند صياغة العقد مراعاة هذه القواعد لتأسيس حجية قوية، بعض هذه القواعد آمر وبعضها مكمّل، لا يمكن عند الصياغة مخالفة قواعد الإثبات الآمرة، لكن من الأدوار التي يمكن أن تلعبها الصياغة في ظل قواعد الإثبات العامة أن تقلب عبء الإثبات، كما في حالة إثبات تقدير قيمة التعويض مسبقا لحالة إخلال في الالتزام، وذلك عند تضمين العقد شرطا جزائيا يُقدّر مسبقا قيمة التعويض عن خطأ لم يحدث بعد، ففي هذه الحالة لا يعود على المدعي أن يثبت حجم الضرر بل يصبح على المدعى عليه أن يثبت التفاوت الشاسع بين قيمة الضرر المقررة في الشرط الجزائي وبين قيمة الضرر الحقيقية.

٥. تحقيق التوازن في العقد

يعني تحقيق التوازن في العقد تحقيق حالة تناسب بين حقوق العقد وواجباته، يتضح الأمر في عقود المعاوضات، حيث يتوجب على كل طرف في العقد أن يعطي شيئا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن القيام بعمل، مقابل أن يفعل الطرف المقابل الشيء ذاته (القاعدة (٣٦٥)، مجلة الأحكام العدلية: "إذَا غَرَّ أَحَدُ الْمُتَبَايِعَيْنِ الْآخَرَ وَتَحَقَّقَ أَنَّ فِي الْبَيْعِ غَبَنًا فَاحِشًا فَلِلْمَغْبُونِ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ حِينَئِذٍ").

يحدث اختلال في التوازن العقدي في مناسبتين: بفعلٍ صادر بإرادة الأطراف عند تكوين العقد (De Boüard, 2007)، كما في صياغة شروط تعسفية، وكما في بنود عقود الإذعان وعقود المستهلك؛ أو

بفعل خارج عن إرادة الأطراف، كما في حالة الظروف الطارئة مثلا، أي أننا نأخذ الشرط التعسفي كمثال على اختلال اتزان العقد بفعل إرادة الأطراف، ونأخذ الظروف الطارئة مثالا على اختلال اتزان العقد بفعل خارج عن إرادة الأطراف، ونتوقع من صائغ العقد أن يراعي الأمرين.(Stark, 2007)

تظهر خطورة الصياغة أكثر في حالة اختلال اتزان العقد بفعل إرادة الأطراف، وذلك عندما يسعى صائغ العقد إلى تحقيق ميزة مفرطة لصالح طرف على حساب الطرف الآخر، يتم قياس الميزة المفرطة بالنظر إلى مجمل العقد وليس إلى بعضه، فالعبرة بتوازن مجمل الحقوق إلى مجمل الواجبات في العقد، وحتى تتجنب الصياغة الوقوع في الاختلال علينا عند صياغة البنود أن نلائم مقتضيات العقد، ونراعي ما جرى به العرف وأن يكون للعقد منفعة مشروعة لعاقديه .(Lefebvre, 1996)

من أمثلة الشروط التعسفية التي يجب تجنبها: الشروط التي تؤكد قبول المستهلك لجميع بنود العقد على الرغم من أنه لم يعلم بها أو لم يتمكن من الاضطلاع عليها عند إبرام العقد؛ والشروط التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد الذي صاغ العقد من الالتزامات التعاقدية؛ والشروط التي تمكن الطرف المنفرد بصياغة العقد من تحديد زمان ومكان تنفيذ العقد (عبد السالم، ١٩٩٨)؛ والشروط التي تمنح أحد المتعاقدين سلطة فسخ العقد بإرادته المنفردة بدون منح المتعاقد الآخر ذات السلطة (Boucher, 2011).

المبحث الثاني: التأمين القانوني للعقد

يعني التأمين القانوني للعقد حساب الأثر القانوني للصياغة العقدية، بضبط الاحتمالات والتعامل مع ذلك، ويوجه تأمين العقد مُعامِلَيّ ربط أيضا: المعامل الأول هو تأمين العقد، ويعمل على تحديد نطاق التغطية القانونية للعقد وحساب المؤثرات الخارجية عليه؛ ومعامل الربط الثاني هو تأمين المتعاقدين، من خلال حساب التفسيرات والثغرات القانونية في العقد أو في النصوص الحاكمة له ومن خلال تحديد نطاق المسؤولية.

١. تحديد نطاق التغطية القانونية

على صائغ العقد مراجعة القانون الذي سيصيغ العقد في ظله، والقانون الذي سينفذ العقد في ظله، وعليه أن يتثبت من ذلك مكانا وزمانا. ينطبق قانون الإرادة على ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية مثل التراضي والمحل والسبب؛ وعلى آثار العقد المتعلقة بالأشخاص أو بالموضوع وما يرتبه من التزامات متبادلة بين أطرافه؛ وعلى جزاء مخالفة التزامات العقد والمسؤولية العقدية؛ وعلى أسباب انقضاء الالتزامات العقدية. تقادم هذه الالتزامات يثير خلافا فقهيا حول مدى اعتبار هذا التقادم مسألة موضوعية تخضع لقانون الإرادة أو مسألة إجرائية يحكمها قانون القاضي.

٢. حساب المؤثرات الخارجية

يمكن أخذ مثال على هذه الحالة بسلطة القاضي في تعديل العقد، حيث يمكن للقاضي أن يتمتع بصلاحية أو سلطة يمارس بها إمكانية تعديل العقد، ويكون ذلك عندما يمنحه المشرع مثل هذه السلطة، كما في حالة

تفسير عقود الإذعان على النحو الأصلح للطرف المذعن. غالبًا ما يمنح القانون القاضي هذه الصلاحية بقاعدة آمرة ترتبط بالنظام العام، في هذه الحالة يقوم القاضي فعليًا بتطبيق القانون ممارسًا صلاحيات تقديرية فيما يتعلق بحجم الالتزامات وقيمتها (السنهوري، مرجع سابق، ص٤٣٧).

هناك مثال آخر على حساب المؤثرات الخارجية على العقد هو نظرية الظروف الطارئة، هذه الحالة مرتبطة بوجود حوادث استثنائية عامة غير متوقعة، تجعل تنفيذ الالتزام أكثر إرهاقًا؛ فيجوز في هذه الحالة أن تقوم المحكمة بموازنة مصالح الطرفين، وأن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ضمن ما تقتضيه العدالة، "فالمشقة تجلب التيسير"(القاعدة (١٧)، مجلة الأحكام العدلية)، وهذه القاعدة آمرة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها (الدريني، ١٩٩٧).

ما يثير انتباهنا هنا هو استخدام المشرع مصطلح "مصلحة الطرفين" وليس الموازنة بين التزامات الطرفين، ولعل المصلحة ترتبط بدافع المتعاقد إلى التعاقد، الأمر الذي يقود إلى الحديث عن سبب العقد، وهو الدافع الباعث إلى التعاقد، لارتباطه بالإرادة الحقيقية التي لا بد من التحقق منها، ولا يوجد ما يمنع من الاعتقاد بأنه في حال انسجام الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة؛ فإن القاضي يسهل عليه التحقق من مصلحة الطرفين بعبارات العقد ذاتها .

بعض القوانين رفضت نظرية الظروف الطارئة، على اعتبار أنها تمس بمبدأ سلطان الإرادة، و"الأصل بقاء ما كان على ما كان"(القاعدة (٥)، مجلة الأحكام العدلية)، أما القوانين التي قبلتها فاعتبرت أنها مرتبطة بالإرادة الحقيقية للطرفين .

لكن هل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة يمس حقيقة إرادة الأطراف في العقد أم لا؟ يقر بعض أصحاب الفقه أن لا وجود لركن السبب في العقد بعيدا عن الإرادة، وأنه لا يوجد ما يبرر تعديل العقد من طرف واحد، خصوصًا أن نظرية السبب تدفع باتجاه تنفيذ العقد كليًا وليس تعديله، ويعتقد الفقيه كابيتان خلاف ذلك؛ فالغاية في رأيه من العقد هي أن يحصل كل طرف من أطراف العقد على ما يقدمه (Capitan, 1927) .

٣. حساب التفسيرات

يراعى عند صياغة بنود العقد حساب التفسيرات العقدية الناتجة عن الصياغة، فتدقيق الصياغة من خلال تفسير بنود العقد يهدف إلى تفحص صحة هذه البنود وفاعليتها واتجاهات التأثير الناتجة عن صياغتها. تفسير العقد مهمة القاضي والغرض من التفسير هو الكشف عن إرادة المتعاقدين من عبارات العقد.

هناك قواعد فقهية يجب مراعاتها في هذا السياق، "فالأصل في الكلام الحقيقة"(القاعدة (١٢)، مجلة الأحكام العدلية)، و"إذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز"(القاعدة (٦١)، مجلة الأحكام العدلية)، و"إذا تعذر إعمال الكلام يصار الى إهماله"(القاعدة (٦٢)، مجلة الأحكام العدلية)، وإنّ "ذكر بعض لا ما يتجزأ كذكره كله"، (القاعدة (٦٣)، مجلة الأحكام العدلية) و"لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"،(القاعدة (١٣)، مجلة الأحكام العدلية) و"لا اجتهاد في مورد النص"(القاعدة (١٤)، مجلة الأحكام العدلية)، و"العادة محكمة"(القاعدة (٣٦)،

مجلة الأحكام العدلية)، كما أن "الحقيقة تترك بدلالاة العادة"(القاعدة (٤٠)، مجلة الأحكام العدلية)، و"المطلق يجري على اطلاقه"(القاعدة (٦٤)، مجلة الأحكام العدلية). نستقرئ هذه القواعد الفقهية الموجهة لتفسير النصوص، ونعالج بها أهم الحالات المعيبة في صياغة العقود، منها ما يأتي :

أولا: هناك صياغة غير واضحة، وهي أربعة أنواع :

(1) العبارة المبهمة: وهي العبارة الغامضة التي لا تفيد شيئا ويتعذر أن يعرف مقصودها وتؤدي إلى استحالة الوصول إلى المعنى المراد منها، ولا يعرف منها أي معنى يستقيم مع العقد؛

(2) العبارة المتناقضة: أن تحمل العبارة أكثر من معنى للدلالة في الشرط الواحد، أو عند مقاربتها مع الشروط الأخرى (سياق العقد)(County 2002) ؛

(٣) العبارة الناقصة: إغفال المتعاقدين بعض التفاصيل المهمة الضرورية ليستقيم المعنى والحكم، مثال: حيث أن المتعاقدين في عقد بيع السيارات لم يشيرا إلى الرسوم الجمركية الإجبارية في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك في عملية استيراد السيارات، الأمر الذي يستدعي صلاحية القاضي، فللأخير سلطة تقديرية في تفسير علاقة البيع؛

(٤) العبارة الخاطئة: تكون العبارات ظاهريا واضحة لا غموض فيها ولكن تؤدي في مجموعها إلى معنى غير معقول ويعتبر بذلك النص معيبا لأنه ينطوي على خطأ، مثال: ذلك أن تذكر في لائحة في محطة الحافلة "يحظر على الركاب الصعود أو النزول من الحافلة إذا كانت الحافلة قد توقفت تماما"، فمن الواضح أن المحظور هو الصعود والنزول من الحافلة إذا لم تكن قد توقفت تماما، فبالرغم من وضوح النص إلا أن تطبيقه يؤدي إلى نتيجة غريبة.

(5) العبارات الواضحة لا تفسر: فهي تدل على معناها بنفسها دون اعتبار أمر خارج عن صيغتها، ومن العبارات الواضحة العبارة التي تكشف الإرادة الباطنة(Burnham, 2003) ، مثل أن تشتري سيارة وتشترط أن تعمل .

(6) التفسير الصحيح يرافق حسن النية: فالتفسير صورة من صور التنفيذ، ويجدر الحذر من العبارات التي تشير إلى سوء النية في التعاقد، كأن يشترط المؤجر على المستأجر عدم فتح نوافذ المأجور.

(7) هناك شروط تسمى الشروط المألوفة: وهي الشروط التي يكثر إدراجها في عقود معينة لدرجة أنه يصبح من المعتاد القول بوجودها والأخذ بحكمها حتى لو لم تذكر صراحة، لتولد شعور لدى المتعاقدين بإلزامها متى ما اتفقت مع إرادة كل منهم ونيته عند إبرامهم العقد، كما في عبارة "تعتبر ملحقات هذا العقد جزءا لا يتجزأ منه". الشروط المألوفة تتعلق بالقواعد المكملة للعقد وليس لها وظيفة تفسير الإرادة بل وظيفة تكميل العقد. كما أن للقاضي أن يستهدي إلى نية الطرفين بعد أن يصل إلى تكملة العقد من خلال الشروط المألوفة التي لم ينص عليه الطرفان، إلا أنه إذا ظهر أن الطرفين قد أبديا تحفظا عليها أو استبعداها فإنه لا يمكن أن تكون قواعد مكملة للعقد وبالتالي لا يستطيع القاضي أن يلجأ إلى تفسير العقد من خلالها(KARL, 1930) .

(8) يتم حساب طبيعة التعامل: يقصد بطبيعة التعامل الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه، فإذا اتفق المتعاقدان على نقل حق الانتفاع والاستغلال من عين ما دون نقل الملكية ومقابل ثمن معين يكونان قد نظما عقد إيجار، هذا يعني أن تفسير عبارات العقد يتم وفق ما تقتضيه أحكام عقد الإيجار وطبيعته.

(9) عنى الشرط يحدد بناء على طبيعة العقد ويترتب على ذلك ضرورة تفسير عبارة العقد بناء على طبيعة نوع العقد المختار واستبعاد المعنى الذي يتنافر مع هذه الطبيعة المتفق عليها.

(١٠) في الحالة التي تحمل فيها عبارات العقد أكثر من معنى يختار القاضي من بين هذه المعاني المعنى الذي يكون أكثر اتفاقا مع طبيعته.

(11) إن "إعمال الكلام أولى من إهماله"(القاعدة (٦٠)، مجلة الأحكام العدلية): يعني هذا أنه إذا احتملت العبارة في العقد أكثر من معنى فإنه يتعين أن نحملها على المعنى الذي ينتج أثرا قانونيا، ونجردها من المعنى الذي ينفي عنها كل أثر أو الذي يرتب أثرا يخالف النظام العام، كمن يوصي بماله لأولاد فلان وليس لفلان إلا أولاد أولاده، عندها يحمل المعنى عليهم صونا للفظ.

(12) سياق العقد هو كلية المعنى: إذ يمثل العقد كُلاً لا يتجزأ، وشروطه متكاملة يشرح كل منها الآخر و يوضحه، فإذا ثار النزاع بصدد أحد الشروط تعين فهمه على ضوء باقي الشروط، ولا يجوز تجزئة تفسير شروط العقد كما لا تجزأ نية المتعاقدين، لذلك يتعين على صائغ العقد مزج كافة الأجزاء المكونة للعقد لأنها تمثل النية المشتركة للمتعاقدين، حيث تفهم الشروط الثانوية على ضوء الشروط الأساسية و تعطي المعنى العام المراد منها، بينما يحاول القاضي التوفيق بين جميع شروط العقد عند عملية التفسير وإذا تبين له أن أحد هذه الشروط مبهم بالنسبة لسياق العقد فيجوز استبعاده، كما أنه إذا كان العقد محررا بلغة مغايرة للغة القانون الذي اختاره المتعاقدان للعقد فإن قواعد التفسير تستمد من قانون العقد، ولمحاولة معرفة معنى الألفاظ الغامضة يمكن اللجوء إلى قانون اللغة المحرر بها العقد.

٤. حساب الثغرات القانونية

يجدر بصائغ العقد حساب الثغرات القانونية التي يمكن أن تؤثر على حكم العقد، والثغرات القانونية التفاف على القانون بصيغة قانونية، والمعنى أن الثغرة القانونية التفاف على علة النص وغايته. الثغرات التي تؤثر في العقود وتجب مراعاتها إما أن تقع في صياغة العقد مباشرة، أو لا تراعي ثغرة في النصوص القانونية ذات العلاقة. لعل أحد أفضل ممارسات الصياغة العقدية لتجنب الوقوع في الثغرات القانونية هي تلك التي تستند إلى المفاهيم الحقوقية العليا في التعاملات بين الأفراد، أي التي تقيم وزن التبادل على أساسٍ مجردٍ يسمو على تفسيرات النصوص القانونية المعيبة الصياغة والتي تشكل حالة من المجازفة للمتعاقدين، مثلا فإن شراء شقة في بلد ما يعني تملك الشاري للشقة وللأرض التي يقع عليها البناء، بينما في بلد آخر فهو لا يعني ذلك، فإذا أزال زلزال ذلك البناء رجعت الأرض مملوكة لبائع الشقق وفقد أصحاب الشقق حقهم في الأرض. إذا استطاعت الصياغة رفع الاتفاق التعاقدي فوق احتمالات النصوص القانونية المعيبة وذلك بالتعامل مع أصل الحق الناشئ عن

مقاصد الأطراف فإنها تمنح أمانا أكثر للمتعاقدين، لذلك تشجع محكمة التجارة العالمية هذا النوع من الصياغات النموذجية العليا.

٥. تحديد نطاق المسؤولية

يجب أن نراعي عند صياغة بند المسؤولية في العقد أن "الأصل براءة الذمة" وأن "الضرر يزال" ، وأن "الأجر والضمان لا يجتمعان"، وأن "الغرم بالغنم"، وأنه "يضاف الفعل الى الفاعل" (القواعد (٠٨) و(١٥) و(٨٦) و(٨٧) و(٨٩) من مجلة الأحكام العدلية).

بحسب القاعدة العامة، فإن المسؤولية التعاقدية تقوم عند إخلال أطراف العقد بالتزامهم العقدي، المسؤولية العقدية تستدعي تعويض المضرور عما أصابه من ضرر وهذا ليس عقابا للفاعل على فعله إنما جبرا لضرر المتضرر. يمكن تحديد نطاق التعويض على مقدار الضرر الذي لحق بالمضرور وليس على حجم الخطأ الذي اقترفه الفاعل. يحق للأطراف الاتفاق على تقدير قيمة الضرر مستقبلا. للعقد قوة تلزم المدين الوفاء بالتزامه طبقا لما نص عليه العقد، فإذا قصر المدين أو تعدى قامت مسؤوليته العقدية، لكن لا ضير أن يتفق المتعاقدان على عدم مسؤولية المدين أو تحديد هذه المسؤولية عن الإخلال بالتزام العقدي إذا أهمل في ذلك دون أن يتعمد أو يرتكب خطأ جسيما. سيؤدي هذا الاتفاق إلى نقل عبء الإثبات في العقد.

أنواع البنود التي تحدد أو تعفي من المسئولية العقدية: (١) الاتفاق على زوال أو رفع الصفة التي يتحمل المدين بسببها الالتزام؛ (٢) استبعاد التزام من الالتزامات التي يرتبها العقد عادة؛ (٣) الاتفاق على تخفيف الالتزام بان يتفق مع الطرف؛ (٤) جعل الالتزام التزاما ببذل عناية بعد أن كان في الاصل التزاما بتحقيق نتيجة؛ (٥) الاتفاق على ازالة الصفة التي تحمل المدين بسببها الالتزام (القاعدة (١٥٣٦)، مجلة الأحكام العدلية: "الْإِبْرَاءُ عَلَى قِسْمَيْنِ: أَحَدُهُمَا إبْرَاءُ الْإِسْقَاطِ، وَثَانِيهِمَا إبْرَاءُ الِاسْتِيفَاءِ أَمَّا إبْرَاءُ الْإِسْقَاطِ فَهُوَ أَنْ يُبْرِئَ أَحَدٌ آخَرَ مِنْ تَمَامِ حَقِّهِ الَّذِي لَهُ فِي ذِمَّتِهِ، أَوْ يَحُطَّ مِقْدَارًا مِنْهُ وَهَذَا الْإِبْرَاءُ الْمَبْحُوثُ عَنْهُ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ هَذَا، وَأَمَّا إبْرَاءُ الِاسْتِيفَاءِ فَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ اعْتِرَافِ أَحَدٍ بِقَبْضِ وَاسْتِيفَاءِ حَقِّهِ الَّذِي هُوَ فِي ذِمَّةِ الْآخَرِ وَهُوَ نَوْعٌ مِنْ الْإِقْرَارِ")، هذا البند صحيح قانونا ويرفع عن المدين بالتسليم تبعة الهلاك مع ذلك فان المدين لا يتخلص من الالتزام كله، هو فقط نفى عن نفسه المسؤولية الناجمة عن اخلاله اليسير بهذا الالتزام ويبقى مسؤولا عن الاخلال المتعمد او الاخلال الناجم عن الخطأ الجسيم؛ (٦) الاتفاق على استبعاد التزام معين أو التخفيف من المسؤولية: هل المتعاقد حر في أن يوسع في دائرة العقد أو أن يضيق منها كما يحلو له؟ هنالك حد أدنى من الالتزامات لا يمكن النزول عنها فلو كان العقد من العقود التي لا ينشأ عنها غير التزام واحد، فلا يمكن تفريغ هذا العقد من هذا الالتزام، مثال: عقد القرض بدون فائدة فإن الالتزام الناشئ عن هذا العقد هو التزام المقترض برد ما اقترضه ولا يمكن تفريغ العقد من هذا الالتزام الوحيد و إلا انقلب إلى عقد آخر وهو عقد الهبة، وفي عقد البيع يلتزم المشتري بدفع الثمن وسبب التزامه هو نقل البائع ملكية العين المبيعة له، فلو أجيز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد التزام البائع بنقل الملكية لانهار العقد لانهيار سبب التزام المشتري ولو أجيز لهما الاتفاق على استبعاد التزام المشتري بدفع الثمن لانهار العقد لانعدام سبب التزام البائع. إذا صرفنا النظر عن الالتزامات الأساسية

للعقد، فالقاعدة أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على استبعاد أي التزام من تلك الالتزامات القانونية التي يرتبها العقد عادة والتي لا صلة لها بالنظام العام (سلطان، ١٩٨٠)، مثال: الالتزام بحفظ الأشياء في عقد النزيل مع الفندق، اذ يمكن أن يترك أحد المتعاقدين متاعه في الفندق ويترك المسافر حقائبه لدى متولي النقل، نتبين هنا أننا أمام عقد وديعة إلى جانب العقد الاصلي، هذا العقد لا يتوقف على هذه الوديعة فيجوز لصاحب الفندق مثلا أن يشترط على النزيل عدم مسؤوليته عن حفظ هذه الأمتعة الا إذا سلمت إليه، هذا الشرط يعفيه من المسؤولية، إلا إذا قدم النزيل الدليل على صدور خطأ من صاحب الفندق أو أحد تابعيه، ومن أهم تطبيقات الحد من المسؤولية العقدية عن الإخلال بالالتزام عقد البيع، إذ الأصل أن يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية، إلا أن المشرع يجيز الاتفاق على استبعاده .

يجدر التنويه إلى أنه إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحا فإنه يعفي المدين من المسؤولية بالقدر الذي يتسع له الشرط ويبقى المدين مسؤولا فيما وراء ذلك، وفي الحالات التي تجتمع فيها المسؤولية التقصيرية مع المسؤولية العقدية فللدائن الخيرة بين هاتين المسؤوليتين، في هذه الحالة اذا كان هناك شرط يعفي من المسؤولية العقدية بقيت المسؤولية التقصيرية، المطالبة في هذه الحالة لا تتم على أساس المسؤولية العقدية فقد أعفى المدين منها بشرط في العقد، بل تتم المطالبة على أساس المسؤولية التقصيرية وشرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يتعارض مع النظام العام (طلبة، ٢٠٠٥)، عمليا في هذه الحالة فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لم يفعل إلا نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن أما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية باطلا وفقا للقواعد التي تم ذكرها فشرط الإعفاء وحده هو الذي يبطل ويبقى العقد قائما .

يُذكر أن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية متى كانت صحيحة فإنها تعفي من اشترطت لمصلحته من المسؤولية إعفاءا تاما أيا كانت طبيعة العقد إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، حيث يذهب القانون في حالات معينة إلى تعطيل شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو تحديدها لدوافع مختلفة منها: حماية المصلحة العامة ؛ أو حماية مصلحة أحد المتعاقدين لانتمائه لفئة محمية كالمستهلك والعامل؛ تجنب المساس بالنظام العام والآداب (مرقس، ١٩٥٢).

في كل الأحوال فإن صحة هذه الاتفاقات مقيدة بألا يكون الضرر قد وقع نتيجة غش أو خطأ جسيم، حيث في الأصل يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، مع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

الخاتمة

تنظم العقود المعاصرة بطيف واسع من القوانين المحدثة التي ركزت على تفسير صياغة العقود في أحوال النزاع بين المتعاقدين، وأفسحت المجال للقاضي ليستظهر المعنى المقصود في العقد، وجعلت هذا مهمة القاضي الأساسية عند نظر نزاعات المتعاقدين .

في هذا السياق الواضح، تتجلى قيمة القواعد الفقهية وعلى رأسها القواعد الخمسة الأساسية: قاعدة "الأمور بمقاصدها" و"اليقين لا يزال بالشك" و"المشقة تجلب التيسير" و"الضرر يزال" و"العادة محكمة"، تأتي هذه القواعد كبوصلة ذهبية تخرج القاضي من متاهة العبارات واحتمالاتها، وتحرره من المفردات لصالح المعنى، فالمعنى هو القصد والمقصود هو لب إرادة المتعاقدين في العقد، سواء اتفقا عليها أو اختلفا فيها.

نتوصل إلى أن القواعد الفقهية الإسلامية التقليدية لا تزال حيوية في توجيه التقنيات الحديثة لصياغة العقود المعاصرة ومن المفيد تصميم نماذج لقوائم التحقق الخاصة بالعقود انطلاقا من القواعد الفقهية الموجهة الواردة في مجلة الأحكام العدلية.

قائمة المراجع:

١. أوهاب، سعاد، (٢٠١٣)، حجية القاعدة الفقهية وضوابط الاستدلال بها، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، عدد ٦.
٢. البعلي، عبد الحميد، (١٩٠٥)، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، مكتبة وهبة.
٣. الدريني، فتحي،(١٩٩٧)، النظريات الفقهية، جامعة دمشق ط. ٤.
٤. الزحيلي، محمد مصطفى، (٢٠٠٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، ط. ٣.
٥. سلطان، أنور، (١٩٨٠)، العقود المسماة – شرح عقدي البيع والمقايضة–، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.
٦. السنهوري، عبد الرزاق، (٢٠١١)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
٧. السيوطي، جلال الدين، (١٩٨٣)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. ٣.
٨. طلبة، أنور، (٢٠٠٥)، المسؤولية المدنية ،المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية.
٩. عبد السالم، سعيد، (١٩٩٨)، التوازن العقدي في نطاق عقود إالذعان، دار النهضة، القاهرة.
١٠. عسالي، عرعارة، (٢٠١٥)، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، ٢٠١٥.
١١. مرقس، سليمان، (١٩٥٢) مدخل للعلوم القانونية، دار النشر للجامعات المصرية، ط. ٢.
١٢. مجلة الأحكام العدلية، ١٨٧٦.

المراجع الأجنبية:

13. Lefebvre, B., (1996), La Justice Contractuelle: mythe ou réalité, article, Les Cahiers de droit, vol. 37, n° 1.
14. De Boüard, F., (2007), dépendance économique née d'un contrat, LGDJ, https://www.lgdj.fr/la-dependance-economique-nee-d-un-contrat-d-integration-9782275027739.html
15. Capitant, H., (1927), De la Cause des Obligations - Contrats, Engagements unilatéraux, Legs, Dalloz, éd .3.
16. Llewellyn, K., (2016), the Bramble Bush: on Our Law and its Study, Paperback, February 2.

17. Boucher, M., (2011), Union des Consommateurs, Final Report of the Project Presented to Industry Canada's Office of Consumer Affairs, Ending Abusive Clauses in Consumer Contracts.
18. Dworkin, R., (1975), Hard Cases, 88 Harv. L. Rev.
19. Ronald Dworkin, (1981), Law as Interpretation, 60 Texas L. Rev.
20. Burnham, S., (2003), Drafting and Analyzing Contracts, A Guide to the Practical Application of the Principles of Contract Law, Carolina Academic Press, ed. 4, p. 227.
21. Stark, T., (2007), Drafting Contracts: How and Why Lawyers Do What They Do, Aspen Coursebook, ed. 2.