

# مصادر الإلتزام

المستوى الرابع

قسم الأنظمة

د. فوزى حتوت

## تنويهات:

- ١- مؤلف هذا الكتاب هو: د.جلال محمد إبراهيم أستاذ ورئيس قسم القانون المدني في كلية الحقوق (جامعة حلوان).
- ٢- تخلو هذه المذكرة من الهوامش الأساسية الموجودة في المذكرة الكاملة.
- ٣- تم أثناء الكتابة تحويل بعض العبارات أو حذفها ولكن بشكل لا يغير من المعنى.
- ٤- للتوسع راجع المقرر الأصلي.
- ٥- معد لأغراض الدراسة الجامعية فقط لا غير.

## الفصل الأول

### تعريف العقد وتقسيمات العقود

سينقسم هذا الفصل إلى مبحثين أولها تعريف العقود، وثانيها تقسيمات العقود.

#### المبحث الأول

##### تعريف العقد

يمكننا تعريف العقد بأنه: (توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، يستوي هو أن يكون إنشاء التزام – كما في عقد البيع – أو نقله – كما في الحوالة – أو تعديله – كما في إضافة ملحق له يتضمن تعديل في بنوده – أو إنهائه – كما في التقايل أو التفاسخ -).

ووفقاً لهذا التعريف فإن العقد الذي نعتني ببيان أحكامه هو العقد الذي تتوافر فيه الشروط التالية:

- ١- أن العقد هو توافر إرادتين أو أكثر، ولذلك فإن الإرادة الواحدة لا تشكل عقداً، ومن هنا فإن التصرف القانوني بالإرادة المنفردة – كالوصية أو الوعد بجائزة – لا يكون عقداً.
- ٢- أن تكون إرادة المتعاقدان قد اتجهت إلى إحداث أثر قانوني، أي اتفقت على إنشاء التزام يضي عليه القانون حمايته ويكفل له جزاء محدد عند الإخلال به، فإن لم تتوفر هذه النية – أي نية الالتزام – لدى الأطراف لما كنا بصدد عقد من الناحية القانونية، وهذا هو حال ما يطلق عليه اتفاقات المجاملة التي تقوم بين المعارف والأصدقاء، كدعوة صديق لحضور حفل، أو لذهاب لزيارة صديق آخر، ذلك أن الأصدقاء لم يقصدوا بذلك أن يلتزم كل منهما قانوناً بما اتفق عليه، بحيث يكون مسئولاً إذا أخلف وعده، فإرادتهما لم تتجه إلى إحداث مثل هذا الأثر القانوني.

#### نطاق نظرية العقد محل الدراسة:

إذا كان المشرع قد أورد في القانون المدني تنظيمًا خاصاً بالعقود، هو الذي سنتولى دراسته في هذا المؤلف، فإن تطبيق هذا التنظيم يفترض أن العلاقة العقدية التي تخضع لها هي علاقة مالية من علاقات القانون الخاص، ووفقاً لذلك:

- ١- فإن العقود التي لا تدخل في نطاق المعاملات المالية – كعقد الزواج – لا تخضع لهذا التنظيم.
- ٢- وكذلك الحال بالنسبة للعقود التي لا تدخل في نطاق القانون الخاص، ومثال ذلك العقود الإدارية التي تخضع لأحكام القانون العام.

## المبحث الثاني

### تقسيمات العقود

تنقسم العقود إلى العديد من التقسيمات، ولعل أهم هذه التقسيمات ما يلي:

أولاً: تقسيم العقود بحسب تنظيم أو عدم تنظيم المشرع لها:

فتنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وليس المقصود من هذا التقسيم كما قد يتبادر إلى الذهن، هو أن العقود المسماة لها أسم، والعقود غير المسماة، ليس لها أسم، فكل العقود لها أسماء أضافها عليها المشرع أو الفقه أو جرى العمل عليها، وإنما المقصود من التقسيم ما إذا كان المشرع قد نظم العقد المعنى، أي ورد له في صلب القانون تنظيماً معيناً، أم لا، فإذا كان الأمر كذلك فهو يعد من العقود المسماة، وإن لم يكن فهو يعد من العقود غير المسماة – على الرغم من أن له أسم متداول بين الناس - . فالعقد المسمى هو الذي (أطلق عليه المشرع اسماً معيناً وتولى تنظيمه)، سواء ورد هذا التنظيم في صلب القانون المدني أو في غيره من القوانين، والمشرع لا يفعل ذلك – عادة – إلا بصدد العقود المشهورة جداً والتي استقرت أحكامها، ومن أمثلة العقود المسماة في القانون المصري ( عقود تقع على العمل – وهي المقاوله وغيرها / عقود تقع على الانتفاع بالشيء – وهي الإيجار والعارية<sup>٢</sup> ).

أما العقد غير المسمى فهو ذلك ( الذي لم يخصه المشرع باسم معين ولم يورد له تنظيم خاص )، ومن أمثله عقد النشر، عقد النزول في فندق، وهذه الطائفة من العقود لا حصر لها، لأن الأفراد يستطيعوا أن يبرموا ما شاء لهم من عقود في حدود النظام العام والآداب العامة، بحيث إذا ذاع انتشار عقد ما فإن المشرع يقوم بتنظيمه، ليصبح من العقود المسماة، كما حدث في مصر عندما نظم المشرع عقد التأمين، وعقد الالتزام، وعقد المرافق العامة.

ثانياً: تقسيم العقود من حيث مدى كفاية الرضا لانعقادها: عقود رضائية، وعقود شكلية، وعقود عينية:

من المعلوم أن رضاء أطراف العقد به هو شرط أساسي لانعقاده، بحيث إذا اختلف الطرفين فإن العقد لا ينعقد، فالرضاء لازم لانعقاد أي عقد، فهو ركن لا غنى عنه لانعقاد أي عقد، سواء كان رضائياً أم شكلياً أم عينياً، ولكن السؤال المطروح، والذي يثيره هذا التقسيم للعقود، هو مدى كفاية الرضا وحده لنشوء العقد، فإذا كان الرضا وحده كاف لذلك كان بصدد عقد رضائي، أما إذا كان الرضا وحده – رغم ضرورة وجوده – غير كافي للنشوء العقد، بل يجب بالإضافة إليه لقيام العقد توافر أوضاع أخرى – أو أشكال معينة – كنا بصدد عقد شكلي.

١- مادة ٦٤٦ – ٧٣٨ مدني مصري.

٢- مادة ٥٥٨ – ٦٤٥ مدني مصري.

ووفقاً لما تقدم فإن العقد الرضائي هو ذلك ( العقد الذي يكفي لانعقاده تبادل طرفيه التعبير عن إرادتين متطابقتين دون حاجة لإفراغ هذا التراضي في شكل معين )، ومن أمثله: البيع - الإيجار - القرض الوديعة- الوكالة.

أما العقد الشكلي فهو ذلك ( الذي لا يكفي لانعقاده تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، إذ يجب بالإضافة إلى وجود التراضي، وجوب مراعاة شكل معين )، بحيث إذ لم يراع هذا الشكل فإن العقد رغم وجود التراضي، لا ينعقد أو يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، فالشكلية حين تكون مطلوبة، تعد ركن من أركان العقد، يترتب على تخلفها، مثلما يترتب على تخلف أي ركن من أركانه بطلانه بطلاناً مطلقاً.

والشكلية التي يتطلبها القانون - أو الاتفاق - قد تكون هي تسليم العين محل العقد، وهنا يسمى العقد بالعقد العيني، فالعقد العيني ( ليس سوى عقد شكلي - تتمثل فيه الشكلية في التسليم - ) ولكن جرت العادة على إطلاق هذه التسمية عليه تمييزاً له عن باقي العقود الشكلية.

والأصل في العقود هو الرضائية، والشكل استثناء، لذا فإن الشكلية يجب أن يرد بها نص صريح يتطلبها، والشكلية التي يتطلبها القانون عادةً لانعقاد العقود هي الكتابة سواء كانت رسمية أو عرفية، ومن أمثلة العقود التي يتطلب المشرع لانعقادها ضرورة إفراغها في محرر رسمي عقد الرهن الرسمي<sup>٣</sup>، وعقد هبة العقار<sup>٤</sup>، ومن أمثلة العقود التي أجاز فيها المشرع الكتابة العرفية، عقد الشركة<sup>٥</sup>، وعقد تقرير مرتب مدى الحياة<sup>٦</sup>.

والحكمة التي يراعيها المشرع عادة من تطلب الشكلية هي لفت نظر أحد المتعاقدين إلى خطورة التصرف الذي يبرمه، كما هو الحال بالنسبة لهبة العقار والرهن الرسمي، أو تحديد طبيعة العقد وآثاره، خاصة حين يستغرق تنفيذه زمناً طويلاً، كما هو الحال بصدد عقد الشركة، إذ أن طول الزمن المستغرق في تنفيذهما من شأنه إثارة المنازعات حول مضمونهما، لذلك تطلب المشرع ضرورة الكتابة لحسم مثل هذه المنازعات.

### ثالثاً: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

العقد الملزم للجانبين أو التبادلي هو الذي ( ينشئ منذ إبرامه التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين بحيث يكون كل منهما دائماً ومديناً في ذات الوقت )، ومثاله الواضح عقد البيع، حيث يلزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه، وفي ذات الوقت يكون دائماً بالثمن، في حين يلتزم المشتري بدفع الثمن وفي نفس الوقت يكون دائماً للبائع بنقل الملك والتسليم والضمان.

٣- المادة ١٠٣١ مدني مصري.

٤- المادة ٤٤٨ مدني مصري.

٥- المادة ٥٠٧ مدني مصري.

٦- المادة ٤٧٣ مدني مصري.

والجوهرى في العقد الملزم للجانبين أو التبادلي أنه ينشئ منذ إبرام تلك الالتزامات المتقابلة ( أو المتبادلة. ) .

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو ذلك ( الذي منذ إبرامه لا ينشئ إلا التزامات في ذمة أحد المتعاقدين فقط دون الطرف الآخر ) ، بحيث يكون أحد طرفيه دائماً غير مدين، ويكون الطرف الآخر مديناً غير دائن، مثال ذلك عقد الهبة، حيث يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه، ولا يلتزم الموهوب له بشيء، ومثاله أيضاً عقد الوديعة بغير أجر، حيث يلتزم المودع إلية بالمحافظة على الشيء المودع ورده، فحين لا يلتزم المودع بشيء.

#### رابعاً: عقود المعاوضة وعقود التبرع:

عقد المعاوضة هو ذلك الذي ( يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطي أو لما التزم به، كالبيع ) ، فهو معاوضة بالنسبة للبائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل نقل ملكية المبيع، وهو معاوضة بالنسبة للمشتري لأنه يأخذ المبيع في مقابل الثمن، وكذلك عقد الإيجار والشركة وغيرها من العقود.

أما عقد التبرع فهو ذلك الذي ( لا يأخذ فيه أحد العاقدين مقابلاً لما أعطى أو لما التزم به. ) ، ومثاله البارز هو الهبة، ففيها يعطي الواهب الشيء الموهوب ولا يأخذ مقابل، ويأخذ الموهوب له الشيء الموهوب دون مقابل، ومن عقود التبرع أيضاً عقد القرض ، والوديعة ، والوكالة، إذا كانت بدون مقابل.

#### خامساً: العقود المحددة والعقود الاحتمالية ( عقود الغرر ) :

العقد المحدد هو ذلك الذي ( يعرف فيه كل متعاقد وقت انعقاده مقدار ما سيأخذ ومقدار ما سيعطي، وبالتالي سيعرف مقدار ما يعود عليه من غنم أو غرم من العقد ) ، ففي عقد البيع بثمن محدد يستطيع البائع وقت إبرام العقد أن يتبين قدر المبيع الذي يلتزم بنقل ملكيته، كما يستطيع أن يحدد مقدار الثمن الذي سيحصل عليه، كما يستطيع المشتري ذلك أيضاً.

أما العقد الاحتمالي – أو عقد الغرر – فهو ذلك الذي ( لا يستطيع كل طرف لحظة انعقاده أن يحدد القدر الذي سيعطيه أو الذي سيأخذه ) ، لأن هذا وذاك يكون متوقفاً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، ومن ثم فلا يعرف وقت التعاقد أي المتعاقدين سيحقق غنماً وأيها سيصيبه الغرم، ومثال ذلك عقد التأمين على الحياة، ففي هذا العقد لا يستطيع الطرفان أن يتبينوا وقت عقده مقدار ما سيدفعه المؤمن له من أقساط ولا مقدار ما سيدفعه المؤمن – شركة التأمين – عند وفاة المؤمن له فقد تطول حياته وقد تقصر.

## سادساً: العقود الفورية وعقود المدة:

العقد الفوري هو ذلك الذي (يولد التزامات يمكن بطبيعتها أن تنفذ دفعه واحدة، بحيث لا يتدخل الزمن لتحديد مقدار الأداء في أي منهما)، مثال هذا عقد البيع، فالتزام البائع بنقل الملكية، والتزام المشتري بدفع الثمن، كلاهما يقبل التنفيذ دفعة واحدة، وليس للزمان بحكم طبيعة هذا العقد دخل في هذا التنفيذ.

أما عقد المدة – ويسمى أيضاً العقد الزمني أو العقد ذو التنفيذ الممتد – فهو ذلك الذي (يكون الزمان عنصراً جوهرياً فيه، على نحو يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد)، حيث يؤدي وظيفة الأوزان والأطوال في الموزونات و المقيسات، فعقد الإيجار عقد مدة، لأنه يرد على المنفعة، والزمان هو الذي يحدد مقدارها المعقود عليه، لأنه لا يتصور أن ينفذ المؤجر التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر لمدة شهر مثلاً، في لحظة واحدة، بل لا بد من أن يستمر التنفيذ خلال شهر بتمامه.

## سابعاً: عقود المساومة وعقود الإذعان:

الأصل في العقود أن تتم نتيجة مفاوضة بين المتعاقدين يقف فيها كل منهما من الآخر على قدم المساواة، بحيث يتاح لكل منهما مناقشة جميع شروط العقد ومساومة الطرف الآخر إلى أن يصلا إلى اتفاق تام على جميع المسائل المتعلقة به، أو على الأقل الرئيسية منها، ففي عقد البيع مثلاً يحدث الكثير من المساومة حول الثمن، حتى يتم الاتفاق على مقداره وعلى كيفية الوفاء به.

ولكن التطور الاقتصادي الحديث أفرز أوضاعاً لا يتسع فيها المقام لمثل تلك المناقشات والمفاوضات، فأصبح أحد العاقدين ينفرد بتحديد شروط العقد ويعرضها على الطرف الآخر الذي لا يكون له إلا أن يقبلها كلها أو يرفضها كلها، فليس له أن يناقشها أو يضيف إليها أو أن ينقص منها، ونظراً لأن هذا الأخير يكون – في الغالب – مضطراً إلى التعاقد لاتصاله بسلعه ضرورية لا غنى له عنها، فإنه لا يملك عملاً رفض التعاقد، ولا يصبح أمامه سوى أن يذعن لإرادة الطرف الآخر.

ومن أمثلة عقود الإذعان عقد توريد الكهرباء أو المياه وغيرها، فمن يقدم على إبرام عقد من هذه العقود يجد نفسه أمام عقد معد سلفاً بشروطه ولا يكون له أن يناقش بنوده، ولكن نظراً لتعلق هذه العقود بسلعة أو خدمة ضرورية لا غنى له عنها فإنه يوافق على العقد مذعناً للطرف الآخر.

(أنظر آخر المذكرة لأهمية)

## الفصل الثاني

### أركان العقد

سينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث هي ( التراضي والمحل والسبب ) على النحو التالي:

### المبحث الأول

#### التراضي

سينقسم مبحث التراضي إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: ونتكلم فيه عن وجود الإرادة والتعبير عنها.

المطلب الثاني: ونتكلم فيه عن صحة التراضي.

### المطلب الأول

#### وجود التراضي

التراضي هو (اجتماع إرادتين، أو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني)، وهو بذلك يفترض على الأقل وجود شخصين – أو بالأحرى إرادتين – تتجه كل منهما لإحداث أثر قانوني، فالتراضي عند تحليله ينتهي إلى وجوب توافر إرادتين، وهو ما يفترض بداية وجود إرادة عند كل متعاقد.

والإرادة – منظوراً إليها بصفة انفرادية عند كل متعاقد – تعني (إمضاء العزيمة في أمر ما بالبت فيه) وهي بذلك تفترض لدى صاحبها على الأقل القدرة على التمييز، ولذلك فإن عديمي التمييز ليس لديهم إرادة يعتد بها قانوناً، إذ كما يقول فقهاء الشرع الإسلامي الحنيف " كلامهم ولحن الطير سواء " .

ولذلك فإنه لا يعتد قانوناً بإرادة الصبي غير المميز، والمجنون، وكل من فقد التمييز بسبب المرض أو بتناول المسكرات، ولا بإرادة من فقد القدرة على الاختيار بالإكراه المعدم للرضا (كمن أُجبر بالقوة المادية على أن يبصم على عقد لم يرتضيه).

وإذا وجدت الإرادة لدى الشخص فيجب أن تتجه لإحداث أثر قانوني، ولذلك فلا يعتد بإرادة الهازل (كما يحدث حين يقول البائع : خذ البضاعة بلا ثمن إكراماً لك)، ولا يعتد بالإرادة الصورية التي يظهرها المتعاقدان مع اتفاقهما على خلافها، كما لا يعتد بالإرادة المتعلقة على محض مشيئة صاحبها (كمن يقول: سأبيعك هذا الشيء إذا أردت أن أبيعك إياه)، كما لا يعتد بالإرادة في نطاق المجاملات بين الأصدقاء (كدعوة صديق إلى الغداء).

### المسائل التي يثيرها التراضي:

لكي نلم بالتراضي في كل ما يشمله فإن الأمر يقتضي التعرض للمسائل التالية:

١. التعبير عن الإرادة وطرقه.
٢. متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره.
٣. الإيجاب والقبول.
٤. صور خاصة للتراضي.

حيث سندرس كل منهم في فرع مستقل.

## الفرع الأول التعبير عن الإرادة وطرقه

الإرادة مسألة نفسية لا يترتب عليها أي أثر طالما بقيت حبيسة نفس صاحبها، إذ لا بد لكي يترتب عليها أثر ما أن يتم التعبير عنها، أي إخراجها من الحيز النفسي الداخلي إلى النطاق القانوني الخارجي، وهو ما يتم بالتعبير عنها.

ووفقاً للقانون المدني المصري فقد أعتبر التعبير عن الإرادة بجميع الوسائل، بمعنى أنه يمكن التعبير عن الإرادة بأي طريقة تدل عليها سواءً كان ذلك باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ موقف يدل عليها، فالمبدأ المقرر هنا هو (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني) ولذلك يجوز التعبير عن الإرادة صراحةً أو ضمناً، والقاعدة أن كلا الطرفين يكافئ الآخر إلا إذا استوجب القانون أو الاتفاق ضرورة التعبير الصريح عن الإرادة، حيث نكون حينئذ بصدد استثناء من القاعدة يجب عدم القياس عليه أو التوسع في تفسيره.

ويكون التعبير صريحاً: إذا أراد به الإفصاح مباشرة عن الإرادة، ويكون ذلك إذا كانت الوسيلة المستخدمة فيه – لفظاً أو كتابة أو بالإشارة أو اتخاذ موقف – موضوعاً للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس، كاستعمال لفظ البيع أو الشراء شفواً أو كتابةً وأياً كانت اللغة المستخدمة، وكالإشارة

بهز الرأس عمودياً للتعبير عن الإرادة أو أفقياً للتعبير عن الرفض، أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه، مثل وقوف سيارات الأجرة ذات الأسعار المحددة في الأماكن المخصصة للسيارات الخالية المستعدة للقيام، فيعتبر هذا تعبيراً صريحاً من السائق عن إيجاب موجه للجمهور.

ويكون التعبير ضمناً: إذا كانت دلالاته على الإرادة غير مباشرة، ويحدث هذا إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس موضوعاً للكشف عن هذه الإرادة، ولكنه يدل بطريق الاستنتاج وبمراعاة الظروف المحيطة على وجودها، من ذلك مثلاً أن يوجه شخصاً إلى آخر إيجاباً لتوكيله في بيع منزله، فيرد من وجه إليه الإيجاب طالباً منه إرسال مستندات ملكية المنزل دون أن يذكر صراحة أنه قبل الوكالة فيدل طلب المستندات على أنه قبلها، أو يقوم بتنفيذ الوكالة فيبرم عقد البيع دون أن يصرح بقبول الوكالة، وأيضاً إذا بقي المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار وعلم بذلك المؤجر دون أن يعترض، فينعقد بينهما عقد إيجار جديد بإرادتين ضمّيتين، وهو ما يسمى التجديد الضمني للإيجار.

والأصل كما قلنا أن التعبير الضمني يكفي كالتعبير الصريح، لكن قد ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون التعبير صريحاً، فبالإضافة إلى الأحوال التي يتطلب فيها القانون شكلاً خاصاً لانعقاد العقد، فقد يتطلب في حالات معينة تعبيراً صريحاً، من ذلك ما تقضي به المادة ٥٩٧ بخصوص تنازل المستأجر عن الإيجار أو تأجيره من الباطن من أن ذمة المستأجر الأصلي تبرأ قبل المؤجر إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن.

وكل طرق التعبير متساوية في نظر القانون، فيمكن للشخص أن يلجأ في التعبير عن الإرادة للإشارة ولو كان بإمكانه أن يعبر بالكلام أو الكتابة<sup>٧</sup>.

ولا يشترط في الكتابة أو الكلام استعمال عبارات أو صيغ أو مصطلحات معينة، فكل ما يفيد المعنى المطلوب يصلح للتعبير عن الإرادة، فيمكن لم يرد البيع أن يستعمل لفظ البيع، كما يمكن أن يستعمل أي لفظ آخر يفيد ذات المعنى، كقوله ملكتك هذا الشيء أو أعطيتك إياه.

٧- وفي هذا يوافق القانون المذهبين المالكي والحنبلي على خلاف المذهبين الحنفي والشافعي اللذان لا يجيزان انعقاد العقد بإشارة غير الأخرس.

## الفرع الثاني متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره؟

قبل أن نجيب على هذا السؤال فإنه ينبغي أن نعرف أن القانون يفرق بين نوعين من التعبير عن الإرادة: النوع الأول يطلق عليه مصطلح "التعبير غير واجب التسليم" أو غير واجب الإعلام، ويقصد به التعبير الذي يترتب عليه أثر بمجرد صدوره عن صاحبه دون حاجة لأن يتصل بعلم الشخص الآخر، كما هو الحال في الوصية حيث تحدث أثرها بمجرد التعبير عنها.

النوع الثاني يطلق عليه مصطلح "التعبير واجب التسليم" أو واجب الإعلام، وهو الذي لا يترتب عليه أثر بمجرد صدوره من صاحبه، (حيث يقال حينئذ له وجود فعلي لا قانوني) إذا لا يترتب هذا الأثر إلا إذا علم به المخاطب به، (حيث يقال حينئذ أن له وجود قانوني) ومن هذا النوع التعبيرات التعاقدية (الإيجاب والقبول) إذ أنهما لا يحدثان الأثر المترتب عليهما إلا إذا اتصلا بعلم المخاطب بهما.

ووفقاً لما تقدم، فإنه إذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً فهو لن يحدث أثره إلا إذا وصل إلى علم المخاطب به (وهذا الأثر هو صلاحية الإيجاب لأن يقترن به القبول) لذلك يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه قبل وصوله إلى علم من وجه إليه (فإذا كان قد أعلن عن إيجابه بخطاب بريدي فله أن يعدل عنه بتلغراف أو برسول بحيث يصل العدول إلى الطرف الآخر قبل وصول الإيجاب إليه أو على الأقل يصل إليه التعبيران في وقت واحد).

أما إذا وصل الإيجاب إلى علم المخاطب به فإنه يترتب عليه أثره ولا يجوز للموجب العدول عنه دون مسؤولية تقع عليه.

أما إذا كان التعبير هو القبول فلا ينتج أثره إلى إذا وصل إلى علم المخاطب به وهو الموجب (وهذا الأثر هو انعقاد العقد) لهذا يجوز للقابل أن يرجع عن قبوله قبل اتصاله بعلم الموجب، فإذا كان قد وصل إليه فلا محل للقول بالرجوع عنه، لأنه بهذا الوصول يكون قد انعقد العقد.

## الفرع الثالث

### تطابق الإرادتين: الإيجاب والقبول

أولاً الإيجاب: تعريفه وبيان خصائصه:

يمكن بشكل مختصر تعريف الإيجاب بأنه (عرض جازم وكامل للتعاقد)، ويمكن بشكل تفصيلي تعريفه (بأنه تعبير عن إرادة باته بالتعاقد يتضمن العناصر الجوهرية للعقد، يوجه إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين، يتم به العقد إذا ما تلاقى معه القبول).

ومن هذا التعريف تظهر خصائص الإيجاب وهي:

١- الإيجاب عرض جازم (التفرقة بين الإيجاب والدعوى للتعاقد):

لكي يكتسب التعبير عن الإرادة صفة الإيجاب فإنه يجب أن يكون تعبيراً عن إرادة جازمة وباته وقاطعة ونهائية بالتعاقد بحيث لا يبقى لإبرام العقد سوى قبول التعبير ممن وجه إليه، فإذا لم تتوافر هذه الإرادة لدى من وجه التعبير لم تكن بصدد إيجاب بالمعنى الدقيق، بل بصدد دعوى للتعاقد أو للتفاوض، الغرض منها أن يتعرف من صدر عنه التعبير على الأشخاص الذي يمكنه القيام بالعمل المطلوب، ومدى استعدادهم وكفائتهم، ليختار من بينهم الأصلاح للقيام بهذا العمل، وهو ما لا يأتي إلا بعد الدخول مع كل منهم في مفاوضات قد تستغرق وقتاً طويلاً، حتى ينتهي الأمر بالاتفاق مع أحدهم وعندئذ ينعقد العقد. ومن المستقر أن معيار التفرقة بين الإيجاب ومجرد الدعوى للتعاقد يرتكز بصفة أساسية على وجود النية القاطعة (أو الإرادة الباتة) لدى من صدر عنه التعبير في إبرام العقد، فإذا كان قد قصد بتوجيهه التعبير إبرام العقد إذا تلاقى معه القبول فيكون التعبير إيجاباً، أما إذا لم يقصد بتوجيهه سوى التمهيد للعقد فيكون التعبير مجرد دعوى للتعاقد، و يكون لقاضي الموضوع استخلاص هذه النية من ظروف الدعوى دون رقابة عليه من محكمة النقض.

\* وترجع أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوى للتعاقد، إلى أن الإيجاب يصلح لأن ينعقد به العقد إذا صادفه القبول، أما الدعوى للتعاقد فلا يترتب على قبولها قيام العقد، هذا بالإضافة إلى أن للإيجاب أحياناً مدة معينة لا يجوز للموجب خلالها الرجوع عنه، على العكس في حال الدعوى للتعاقد فهي كقاعدة غير ملزمة لمن وجهها حيث يجوز له قطع المفاوضات في أي وقت، ولأي سبب دون أدنى مسؤولية عليه، إلا إذا اقترن هذا المسلك بخطأ من جانبه، فيكون هذا الخطأ هو أساس المسؤولية، فالمسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية لأن العقد لم ينعقد.

## ٢- الإيجاب عرض كامل:

والمقصود بذلك أن يكون الإيجاب شاملاً للعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث لا يتبقى لهذا الإبرام إلا موافقة من موجه العرض إليه، ففي البيع مثلاً لن يعتبر العرض إيجاباً إلا إذا عين فيه على الأقل الشيء المبيع والتمن تعيناً كافياً، فلا يكون ثمة إيجاب إذا عرض شخص البيع لشيء مملوك له " بتخفيض كبير " أو " بشروط مغرية " ما دامت هذه الشروط وبخاصة ثمن البيع لم تحدد في العرض، بل لا يعدو مثل هذا العرض كونه مجرد دعوة للتعاقد.

وتطبيقاً للقاعدة ذاتها فإن طرح صفقة للمزايدة أو المناقصة لا يعد إيجاباً بالتعاقد وإنما مجرد دعوى للتعاقد، حتى ولو كان الإعلان عن المزايدة مصحوب بتمن أساسي، وذلك لأن هذا الإعلان لا يتضمن جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، وبصفة خاصة لا يتضمن تحديداً للمقابل الذي يبرم على أساسه العقد، فهذا التحديد إنما يتم بالعطاء الذي يتقدم به من استجاب إلى الدعوة أو الإعلان فيعتبر هذا العطاء إيجاباً، فإن قبله الداعي أو المعلن انعقد العقد.

## صور الإيجاب: الإيجاب للشخص معين والإيجاب للجمهور:

إذا كانت العادة قد جرت على أن الإيجاب غالباً يوجه إلى شخص معين، فليس هنالك قانون ما يمنع من أن يتم توجيه الإيجاب إلى أشخاص غير معينين (وهو ما يسمى بالإيجاب الموجه للجمهور) متى استكمل هذا الإيجاب شروطه السالف الإشارة إليها، وكثيراً ما يقع هذا الإيجاب عن طرق النشر في الصحف أو المراسلات أو بعرض البضائع للجمهور في المتاجر مع بيان أسعارها.

## ويلاحظ بصدد الإيجاب الموجه للجمهور أمران:

١- أن الغالب أن يأتي هذا الإيجاب متضمناً للفظ يقيد الإيجاب بشيء معين مثل (لحين نفاذ الكمية) أو (لحين شغل الأماكن الشاغرة)، فالتاجر حين يعرض بضاعته مصحوبة بأثمانها إنما يعلق إيجابه على شرط هو نفاذ الكمية، والسينما إذ تعرض على الجمهور إيجاباً بمشاهدة العرض فهو يكون معلقاً على شرط ضمني هو وجود أماكن شاغرة، ومن هذا يتضح أن الإيجاب بشكل عام، يمكن أن يكون معلقاً على شرط.

٢- أن العرض الموجه للجمهور قد لا يعد إيجاباً رغم استكمال عناصره، إذا كانت شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار، كما هو الحال بصدد العرض الموجه لإبرام عقد عمل أو شركة أو قرض، فمثل هذا العرض لا يتضمن نية التعاقد مع أي شخص يستجيب له، وإنما يترك ذلك لتقدير من قدم العرض، وإلا يكون ملزماً بالتعاقد مع كل من قبل عرضه، فهنا نكون بصدد دعوة للتعاقد لا إيجاب.

## القوة الملزمة للإيجاب:

إذا كان الأثر الأساسي للإيجاب هو صلاحيته لأن يقترن به قبول فينعقد العقد، فهل يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه بحيث لا يستطيع أن يعدل عنه أم له أن يعدل عنه مادام الإيجاب لم يقترن بقبول؟ نلاحظ أولاً أن هذا التساؤل لا يثور إلا إذا أنتج الإيجاب - باعتباره تعبير عن الإرادة - أثره باتصاله بعلم من وجه إليه، أما قبل ذلك فالإيجاب لا يكون له إلا وجود مادي وليس له وجود قانوني، ويكون للموجب أن يعدل عنه فيمنع وصوله إلى من وجه إليه، أو يرسل العدول بواسطة أسرع بحيث يصل قبل وصول الإيجاب.

لم يرد في القانون المدني السابق، كما لم يرد في القانون الفرنسي، نص على إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه، ورغم ذلك فقد جرى القضاء في فرنسا وفي مصر، على أنه إذا كان الأصل أن للموجب أن يعدل عن إيجابه، إلا أنه إذا اقترن الإيجاب بموعد للقبول صراحةً أو ضمناً، فيكون ملزماً للموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الموعد، وهذا المسالك هو الذي يستجيب لحاجة المعاملات من الناحية العملية، فلن تستقر المعاملات إذا كان من يعرض عليه الإيجاب لا يطمئن إلى أن العقد سوف ينعقد حتى لو بادر إلى القبول في وقت ملائم، لاحتمال عدول الموجب مما يؤدي إلى التردد في السير نحو إبرام العقد خصوصاً إذا كان ذلك يكلف وقتاً ومالاً.

وقد أعتنق القانون المصري هذا الاتجاه فقرر التزام الموجب بالبقاء على إيجابه بالنص في المادة ٩٣ على أنه:

١. إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

٢. وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

والرأي السائد أن هذه الحالة من حالات الالتزام بالإرادة المنفردة.

ووفقاً لهذا النص يتضح أن الإيجاب قد يكون غير ملزم وقد يكون ملزم على النحو التالي:

١- فإذا كان الإيجاب وجه من شخص لأخر يجمعهما مجلس واحد، فقد يكون ملزماً وذلك إذا عين الموجب ميعاد للقبول، ويكون غير ملزم إن لم يعين ميعاداً للقبول، فيكون للموجب أن يعدل عنه إذا لم يقبله من وجه إليه.

٢- أما إذا كان الإيجاب إلى شخص غائب فهو ملزم دائماً، فإذا لم يحدد الموجب صراحةً موعداً للقبول، فالموعد الذي يستخلص ضمناً من ظروف الإيجاب لغائب، هو المدة اللازمة لوصول الإيجاب في الميعاد المقدر لوصوله، يضاف إليها المدة التي تلزم للشخص للرد على الإيجاب والتي تختلف من عقد لآخر وفقاً لما يقتضيه الأمر من تدبير ودراسة، وكذلك المدة التي تلزم لوصول القبول إلى الموجب إذا أرسل القبول بالطريق المناسب.

وفي الأحوال التي يكون فيها الإيجاب ملزم لا يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه خلال المدة المحددة صراحة أو ضمناً، فإذا رجع ففي بيان أثر الرجوع خلاف في الرأي:

إذ يرى البعض أن الرجوع يعتبر إخلالاً بالتزامه يوجب مسألته عن الضرر الذي سببه لمن وجه إليه الإيجاب، ويجوز للقاضي بناءً على طلب هذا الأخير، أن يحكم له بالتعويض العيني، أي بإلزام الموجب بإبرام العقد، وجعل الحكم ذلك يقوم مقام العقد في حال امتنع الموجب عن إبرامه، ويجوز أيضاً للقاضي أن يرفض الحكم بهذا التعويض العيني وأن يقتصر على الحكم بالتعويض النقدي.

وفي رأي آخر أن الرجوع لا يترتب عليه أي أثر ويظل الإيجاب قائماً بحيث إذا اقترن به قبول خلال المدة انعقد العقد، وهذا هو الرأي الذي نفضله، إذ لا محل لترتيب أثر الرجوع المخالف لحكم القانون، ثم إعطاء القاضي سلطة تقديرية في ترتيب جزاء المخالفة إذا كان من الممكن قانوناً، ودون حاجة إلى إجراء إهدار للعمل المخالف لحكم القانون.

### سقوط الإيجاب:

إذا استكمل الإيجاب وجوده القانوني باتصاله بعلم من وجه إليه، فيسقط بحيث يعتبر غير موجود في الأحوال التالية:

١- إذا رفضه من وجه إليه، سواءً كان الإيجاب غير ملزم أو كان ملزماً ولم ينته الموعد المحدد للقبول، ويتخذ الرفض صوراً مختلفة، فقد يكون رفضاً صريحاً بعبارة تدل على ذلك، كأن يقول من وجه إليه الإيجاب " أرفض " أو " لا أقبل "، وقد يكون قبولاً يتضمن تعديلاً في الإيجاب، كأن يقول " أقبل الشراء بثمن كذا " ويذكر ثمناً يختلف عن الثمن الذي ذكره الموجب، وقد يكون إيجاباً جديداً يعارض به الإيجاب الأول، كأن يرسل تاجر لآخر إيجاباً ببيع بضاعة بسعر معين، فيرد عليه بأنه يعرض عليه بيع مثل هذه البضاعة بسعر أقل.

٢- كما يسقط الإيجاب إذا كان متعلقاً على شرط بتخلف هذا الشرط، فإيجاب دار السينما يسقط إذا تم شغل جميع الأماكن المعدة بالدار.

٣- ويسقط الإيجاب غير الملزم بالرجوع عنه قبل أن ينفذ مجلس العقد.

٤- ويسقط الإيجاب غير الملزم إذا انفض مجلس العقد، وهو ما يتحقق بافتراق الطرفين أو انشغالهما بأمر آخر غير موضوع العقد الذي صدر إيجاب به.

٥- وأخيراً يسقط الإيجاب الملزم بانقضاء المدة التي يلتزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه.

## ثانياً القبول: تعريفه:

وهو موافقة المخاطب بالإيجاب على كل ما ورد به من مسائل سواء كانت جوهرية أو ثانوية، وبهي ينعقد العقد إذا اتصل بعلم الموجب والإيجاب لا يزال قائماً، فالقبول ليست إلا كلمة واحدة تصدر من القابل هي " نعم " أو " قبلت "، إذ القابل لا يعد كذلك إلا إذا استجاب لدعوة الموجب كما هي دون قيد أو شرط أو تعديل، فإذا أورد عليها شيء من ذلك عد هذا رفضاً للإيجاب يتضمن إيجاباً جديداً يحتاج لقبول من الطرف الآخر لكي ينعقد به العقد.

### ومن هذا التعريف يتضح الآتي:

- 1- أن القبول يأتي دائماً بعد الإيجاب، ويفترض دائماً وجود إيجاب سابق عليه بحيث يأتي هو مطابق له، لذلك يسمى القبول الإرادة الثانية في التعاقد، بالمقابلة للإيجاب الذي يعد الإرادة الأولى فيه.
- 2- أنه إذا كان يتصور أن يكون الإيجاب موجه للجمهور، فإن القبول لا يكون موجه إلا لشخص معين هو " الموجب " .

### المسائل التي يثيرها القبول:

- أ- حرية القبول أو الرفض / ب- هل يصلح السكوت كتعبير عن القبول / ج- شروط القبول. وتفصيلها على النحو التالي:

#### أ- حرية القبول أو الرفض ( لا مسؤولية على الرفض إلا استثناء ):

الأصل أنه من وجه إليه إيجاباً حر في أن يقبله أو يرفضه، وحرية في الرفض لا تكون محلاً لتطبيق مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، وإلا كان لكل من وجه إيجاباً تم رفضه أن يقاضي من رفضه ويناقشه في البواعث التي أدت إلى الرفض، فيضطر هذا الأخير إلى بيان أسباب رفضه والدفاع عن مشروعيتها، لمجرد أن إيجاباً عرض عليه فلم يقبله، الأمر الذي يتعارض مع الحرية الشخصية ويوقع الناس في حرج.

واستثناء من هذا الأصل لا يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفض التعاقد، إلا إذا كان رفضه مبنياً على أسباب مشروعة إذا كان هو الذي دعا إلى التعاقد، كما يحدث عندما يوجه التاجر دعوات إلى الجمهور في النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار، وكذلك بالنسبة لأصحاب الفنادق والمطاعم فتحهم الأبواب للجمهور، وأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم، فإذا استجيبت الدعوة كانت الاستجابة إيجاباً لا يجوز للداعي أن يرفضها إلا لسبب مشروع وإلا كان متعسفاً، فيسأل عن تعويض الضرر الناشئ عن الرفض.

## ب- هل يمكن اعتبار السكوت إيجاباً:

قلنا فيما تقدم أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحاً ويمكن أن يكون ضمناً، وهو في الحالتين يتخذ مظهراً إيجابياً يفصح به الشخص عن إرادته، وهو ما يثير التساؤل عما إذا كان السكوت الذي هو موقف سلبي، يمكن أن يعد تعبيراً عن الإرادة؟

والسكوت كما هو معلوم، السكون والصمت وعدم الإفصاح فهو العدم والعدم لا يفضي إلى شيء، فمن سكت لم يقل نعم ولم يقل لا.

وفي مقام الإجابة على السؤال السابق نبادر بالقول بأن السكوت لا يعد إيجاباً، لأن الإيجاب ينطوي على عنصر المبادرة والابتداء فهو الحلقة الأولى في السلسلة العقدية، ولذا فإن السكوت رفيق السكون لا يمكن أن يعتبر إيجاباً، هذا بالإضافة إلى أن الإيجاب يجب أن يكون متضمناً للعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، وهو ما يخلو منه بطبيعته السكوت.

## ولكن هل يمكن أن يعد السكوت قبولاً؟:

في مجال الإجابة على هذا السؤال نجد أن الرأي قد اتفق على اعتناق مبدئين يعدا بمثابة الدستور الذي يحكم أحكام السكوت في هذا الصدد، وهما المبدأ اللذان أحكم فقهاء الشرع الإسلامي صياغتهما في القاعدتين التي تقر أولتهما أنه: " لا ينسب إلى ساكت قول "، والتي يعبر عنها بالفرنسية " من سكت لم يقل نعم "، وتقرر ثانيتهما أن: " السكوت في معرض الحاجة بيان "، والتي يعبر عنها بالفرنسية "السكوت دليل الرضا".

ووفقاً لهاتين القاعدتين ولأحكام القانون وما استقر عليه الرأي في الفقه والعمل في القضاء، فإنه ينبغي في مجال معرفة ما إذا كان السكوت يعد قبولاً أم لا، أن نفرق بين ثلاث أنواع من السكوت هي إجمالاً: السكوت المجرد – السكوت الموصوف – السكوت الملابس. ( وإليك التفصيل ):

## أ- السكوت المجرد:

فهو السكوت العادي الذي ليس بالسكوت الموصوف ولا السكوت الملابس والذي يعد القاعدة العامة في السكوت، وهو السكوت الذي تنطبق بصدده القاعدة التي تقر أنه " لا ينسب لساكت قول "، فمن سكت لم يقل نعم ولم يقل لا، ومن الظلم أن نحمل سكوته هذا أحد المعنيين السابقين، وهذا السكوت لا يقوم مقام القبول، فيحمل على محمل عدم القول استصحاباً للوضع السابق عليه ( وهو عدم القبول )، وهذا الحل هو الذي يتوافق مع الحقائق الاجتماعية، إذ لو كان مجرد السكوت يعتبر قبولاً لوجب على كل من تلقى إيجاباً لا يريد قبوله أن يرد بالرفض، وفي هذا تكليف لا مبرر له وتقييد للحرية الشخصية، لأن السكوت الموجه إليه الإيجاب لا يفيد حتماً قبوله له، فقد يعمد للسكوت رغبة في التروي، أو لأنه لا يروق له أو لا يرد أن يحمل نفسه مشقة الرفض.

وتطبيقاً لذلك قضي بأن الناشر الذي يرسل صحيفة دورية إلى شخص ومعها شروط الاشتراك، فسكت المرسل إليه ولم يرد لا بقبول ولا برفض، فلا يعتبر سكوته قبولاً حتى لو كان المرسل قد ذكر أن عدم الرد يعتبر قبولاً.

وكذلك فإن التاجر الذي يرسل إلى بعض الأشخاص عينة من البضائع، لا يعتبر عدم ردهم عليه في ميعاد حدده قبولاً منهم للبضاعة، حتى ولو كان قد ذكر لهم أنهم يعتبروا قابلين للشراء إذا لم يردوا البضائع خلاله، وأن المصرف الذي يرسل إلى عملائه يخبرهم أنه قيد أسماءهم في قائمة المكتتبين في مشروع معين وأنه قد خصم ثمن الأسهم من أرصدهم لديه، لا يجوز له أن يعتبر سكوت العملاء قبولاً منهم لهذا الاكتتاب.

### ب- السكوت الموصوف:

فهو ذلك الذي يتوافر حين تكون هناك قاعدة قانونية (مصدرها التشريع أو العرف)، أو حين يكون هناك اتفاق يوجب على الشخص أن يفصح عن إرادته خلال مدة معينة، وإلا اعتبر سكوته بفواتها تعبيراً عن الإرادة في اتجاه معين قد يكون هو القبول أو أحياناً الرفض.

ومن أمثلة ذلك فيما تقرره قاعدة قانونية مصدرها التشريع ما تقضي به المادة ١/٤٢١ بخصوص البيع بشرط التجربة من أنه " في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل البيع أو أن يرفضه، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً " .

ومن أمثله أيضاً ما تنص عليه المادة ٢/٣٢٢ بخصوص إقرار الدائن لحالة الدين المضمون برهن رسمي إذا بيع العقار من أنه " فإذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين وسجل عقد البيع، تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبيت برأيه اعتبر سكوته إقراراً " .

ومن أمثله أيضاً ما تنص عليه المادة ١١٣ من الدستور بصدد إصدار رئيس الجمهورية لمشروعات القوانين التي تحال إليه من مجلس الشعب من أنه " إذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الشعب رد إليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه، فإذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدره " وهو ما يعني أنه إذا سكت رئيس الجمهورية (أي لم يوافق أو يعترض على مشروع القانون) ومضى على ذلك مدة ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ مجلس الشعب له بمشروع القانون فقد اعتبر الدستور هذا السكوت موافقة من رئيس الجمهورية ويعتبر قانوناً ويصدر.

ومن أمثله أيضاً ما تقرره بعض القوانين فيما يتعلق بتعديل عقد التأمين، حين تقرر أن سكوت المؤمن عن الرد على اقتراح المؤمن له بتعديل العقد والمرسل بشروط معينة، يعتبر قبولاً إذا لم يرفض خلال مدة معينة.

ومن أمثلة ذلك فيما تقررته قاعدة قانونية مصدرها العرف، ما جرى عليه العرف التجاري من أنه إذا أرسل المصرف إلى عميله بياناً عن حسابه ولم يعترض العميل على هذا البيان فإن سكوته يعد إقراراً له.

ومن أمثلة السكوت الموصوف الراجعة إلى اتفاق الطرفين، ما قد يتفق عليه الأفراد في العقود الزمنية محددة المدة، كعقد العمل أو عقد الإيجار أو عقد التأمين، على تجديد العقد لمدة معينة أو لمدة مماثلة ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر برغبته في إنهاء العقد قبل انتهاء مدة الجارية بوقت معين، حيث يعتبر السكوت عن الإخطار بالرغبة في إنهاء العقد رضا بتجديده، أو كما لو اتفق شخصان بعد المفاوضة على بيع شيء معين على أن المالك سيرسل إلى راغب الشراء بالشروط التي يقبل بها البيع بصفة نهائية سيعد قبولاً.

ومن أمثلة الحالات التي يعد فيها السكوت رفضاً حالة التظلم الذي يقدم إلى الجهة الإدارية اعتراضاً على قرار صدر منها، فإذا مضى على تقديم التظلم سنتين يوماً ولم ترد الجهة الإدارية عليه فإن سكوتها يعتبر رفضاً للتظلم<sup>٨</sup>.

### ج- شروط القبول:

لكي نكون بصدد قبول يترتب عليه أثره، وهو انعقاد العقد عند اتصاله بعلم الموجب، فإنه يشترط لذلك ضرورة توافر شرطان هما: مطابقة القبول للإيجاب - تمام القبول والإيجاب لا يزال قائماً.

#### ١- الشرط الأول: مطابقة القبول للإيجاب:

يمكن القول بأن هذه المسألة تحكمها القواعد التالية:

أ- أن العقد لا ينعقد إلا إذا اتفق أطرافه على الأقل على المسائل الجوهرية فيه، كالثمن والشيء المبيع في عقد البيع، والأجرة والعين المؤجرة والمدة في عقد الإيجار، فإذا جاء اتفاقهما غير متضمن لبعض هذه المسائل الجوهرية فإن العقد رغم موافقتهم عليه، لا ينعقد لتجهيل المحال المتعاقد عليها.

ب- أن العقد لا ينعقد إلا إذا وافق القبول للإيجاب في كل ما تضمنه من مسائل أياً كانت، سواءً كانت جوهرية يجب أن يشملها الإيجاب، أو ثانوية لا يشترط أن يشملها الإيجاب ولكن الموجب ذكرها فيه، ففي هذه الحالة لكي ينعقد العقد فإن القابل يجب أن يقبل الإيجاب كيفما أتى، أي بدون أي تعديل فيه، كما تقول المادة ٩٦ مدني أنه " إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو بما يقيد منه أو يعدل فيه، أعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ".

٨- المادة ٢/٢٤ و ٣ من قانون مجلس الدولة.

ج- أنه إذا اتفق الأطراف على المسائل الجوهرية للعقد ولم يتعرضوا أصلاً للمسائل الثانوية فيه انعقد العقد، ويكون المرجع في حكم المسائل الثانوية القواعد المكملة التي وضعها القانون خصيصاً لمواجهة هذا الغرض الذي يغفل فيه الأفراد الاتفاق على حكمها.

ومن هذا يتضح أن مطابقة القبول للإيجاب لا تعني ضرورة الاتفاق على كل ما يتفرع عن العقد من مسائل، وإنما تعني بالأحرى ضرورة الاتفاق على المسائل الجوهرية شريطة عدم الاختلاف على المسائل الثانوية.

ويقصد بالمسائل الجوهرية: تلك اللازمة قانوناً لانعقاد العقد، كالتراضي والمحل والسبب والأركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة (كالبيع والتمن في عقد البيع، والأجرة والشئ المؤجر ومدة الإيجار في عقد الإيجار، والخطر والقسط في عقد التأمين)، وهذه المسائل قد تتجدد بصفة موضوعية، كما في الأمثلة السابقة، وقد تتحدد بصفة شخصية أي من وجهة نظر المتعاقدين، حيث تعتبر مسائل جوهرية كل مسألة يتضح من ظروف التعاقد أن أحد الطرفين لا يقبل إبرام العقد قبل الاتفاق عليها مهما كانت ضئيلة.

أما المسائل الثانوية: فهي ما لا يندرج تحت المسائل الجوهرية بالمعيارين الموضوعي والشخصي، ومن أمثلتها: مكان وزمان الوفاء بالتمن، ومكان وزمان تسليم الشئ المبيع، ومن يتحمل نفقات البيع، وتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع.

ولكن ما هو الحكم إذا اتفق الأطراف على جميع المسائل الجوهرية ولكنهما أثارا بعض المسائل الثانوية التي لم يتفقا عليها فهل ينعقد العقد أم لا؟

ينبغي هنا التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: وفيه تظهر أن إرادة المتعاقدان قد اتجهت إلى أن العقد لا ينعقد إلا إذا تم الاتفاق على المسائل الثانوية التي تفاوضا بشأنها، وهنا لا ينعقد العقد إلا إذا اتفقا الأطراف على هذه المسائل، لأن تعليق انعقاد العقد عليها يعني أنها في نظرهم تنزل منزلة المسائل الجوهرية التي لا ينعقد العقد إلا بالاتفاق عليها، وقد كانت المادة ١٣٧ من المشروع التمهيدي للقانون المدني تعتق هذا الحل صراحة حين نصت على أنه " لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد، أما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة"، ولكن هذا النص حذف اكتفاءً بالقواعد العامة.

الفرض الثاني: وفيه تظهر أن إرادة المتعاقدان قد اتجهت إلى انعقاد العقد رغم عدم الاتفاق على المسائل القانونية المثارة، إذ يتفقا على إرجاء البت في هذه المسائل في وقت لاحق.

مثال ذلك: أن يثبت المتبايعين اتفاقهما على حصول البيع وتحديد الشئ المبيع والتمن، ثم ينصان في العقد على أن موعد التسليم ومكانه وكيفية دفع الثمن ومن يتحمل مصاريف العقد يتفق عليها فيما بعد.

ومثل هذا الاتفاق يلقي على عاتق المتعاقدين الالتزام بالتفاوض للوصول إلى حل للمسائل التي لم يتفق عليها، وهو مجرد التزام بوسيلة (وهي مجرد التفاوض) وليس بتحقيق نتيجة (أي الوصول إلى حل).

فإذا توصل الأطراف لاحقاً إلى حل للمسائل المؤجلة كان بها وانعقد العقد منذ تاريخ الاتفاق على هذه المسائل وليس من وقت الاتفاق الأول، إلا إذا تبين أن نية الأطراف كانت متجه إلى غير ذلك، وفي هذه الحال يفرغ الطرفان اتفاقهما في محرر يعد ملحق للعقد ويأخذ حكمه.

**ولكن ما هو الحل إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق بشأن هذه المسائل، هل ينعقد العقد أم لا ؟**

كان مقتضى الأصل أن لا ينعقد العقد إلا إذا توصل الأطراف إلى اتفاق بشأن هذه المسائل الثانوية وهذا بالفعل ما يطبقه القضاء الفرنسي إعمالاً للقواعد العامة، ولكن المشرع المصري ابتدع في هذا الخصوص حكماً جديداً، وذلك حين نصت المادة ٩٥ من القانون المدني المصري على أنه " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"، وبهذا النص يكون المشرع المصري قد منح القضاء سلطة لا ينبغي أن تكون له، وهي سلطة تكملة العقد أي تكملة ما نقص منه.

**ويشترط لتطبيق هذا النص ضرورة توافر الشروط التالية:**

- ١- ضرورة أن يتفق الأطراف على جميع المسائل الجوهرية للعقد ( كالاتفاق على الثمن والشئ المبيع في عقد البيع ) وهذا الشرط بديهي لأن أي عقد لا ينعقد إلا إذا تم الاتفاق على هذه المسائل الجوهرية.
- ٢- ضرورة أن يظهر بوضوح أن طرفا العقد قد اتفقا على الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية في وقت لاحق، وهذا الشرط يفيد ضرورة أن المسائل التفصيلية قد أثّرت أثناء المفاوضات، فهي كانت ماثلة في الأذهان وليست غائبة عنها، ولكن الأطراف لم يتوصلوا بشأنها إلى حل معين، ورغم ذلك رأياً أن عدم الاتفاق هذا لا يحول دون إبرام العقد فيبرماه مع تأجيل البت في هذه المسائل في وقت لاحق، وهذا الاتفاق يعني أن الأطراف لم يختلفوا على حل هذه المسائل (إذ لو اختلفا فلن ينعقد العقد)، كل ما في الأمر أنهما اتفقا على تأجيل البت فيها لوقت لاحق (فهم قد اتفقا على أنهما ليسا مختلفي - حالياً - بصدها) وهذا الشرط هام بصدد تطبيق المادة ٩٥ بما تمنحه للقاضي من سلطة تكملة العقد وفقاً لضوابط معينة، إذ لو ثبت أن الأطراف لم يثيروا المسائل الثانوية ولم يتفقا على إرجاء البت فيها لوقت لاحق بل أنهما لم يتفقا عليها عن غفلة منهم، فإن هذه المسائل في هذا الفرض تطبق عليها القواعد المكملة التي أوردها المشرع بخصوصها، ولا يكون للقاضي فيها سلطة تكملة العقد على النحو الوارد بالمادة ٩٥ محل الدراسة، فإذا فعل القاضي ذلك كان حكمه مخالف للقانون.

٣- ضرورة أن يتفق الأطراف على أن الخلاف اللاحق حول المسائل التفصيلية لا يحول دون انعقاد العقد وفقاً للشروط الأساسية التي تلاقى حولها الإيجاب والقبول، فإذا تبين من الاتفاق عكس ذلك فلا ينعقد العقد ومن ثم لا يجوز للقاضي تكملته.

### أثر توفر الشروط السابقة ( سلطة القاضي في تكملة العقد ):

إذا توافرت الشروط السالف ذكرها ولم يتوصل الأطراف إلى حل للمسائل الثانوية، فإن المحكمة وفقاً للمادة ٩٥ مدني " أن تقضي فيها وفقاً لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة"، وأول ما يفيد هذا النص هو أن القاضي ليس عليه (بل وربما ليس له) أن يطبق على هذه المسائل حكم القواعد المكملة الواردة بالقانون، بل يطبق عليها الضوابط التي وضعتها المادة ٩٥ وأهمها العدالة، وذلك للسبب بديهي وهو أن حكم هذه القواعد المكملة كان تحت بصر المتعاقدين أثناء التعاقد ولو كانوا قد قبلوا بها لكانوا قد أحيلوا إليها في اتفاقهم، أو على الأقل لم يثيروا الخلاف حول هذه المسألة قناعة منهم بحكم القواعد المكملة، ولكنهما بالاتفاق على إرجاء البت في هذه المسائل يكونا قد أعلنوا رفضهما للأحكام التي أتت بها القواعد المكملة، ولهذا يجب على القاضي ألا يكون مرشده لحل هذه المسائل هو الاعتماد على القواعد المكملة فقط، بل يكون مرشده الضوابط التي وضعتها المادة ٩٥ مجتمعة، وعلى ذلك فإن اتضح للقاضي مثلاً أن أطراف عقد البيع خلال المفاوضات قد تعرضا لمسألة من يتحمل مصروفات العقد (وهي بحسب القواعد المكملة على المشتري)، وكان البائع قد أبدى استعداداً لدفع نصفها فلا يسوغ مع هذا أن يطبق عليها القاضي القاعدة المكملة ويلزم المشتري بهذه الأتعاب كلها.

### ٢- الشرط الثاني: تمام القبول والإيجاب لا يزال قائماً:

لكي يحدث القبول أثره وهو انعقاد العقد به متى وصل التعبير عنه للموجب، فإنه ينبغي أن يصدر من القابل والإيجاب لا يزال قائماً، إذ أن القبول (وهو الإرادة الثانية في التعاقد) يفترض أن له محل يرد عليه وهو الإيجاب، فإذا كان هذا الإيجاب قد سقط لأي سبب من الأسباب، فإن القبول يرد على غير محله فلا يحدث أثره (وهو انعقاد العقد) إنما قد يصلح لأن يكون إيجاباً مبتدأ ينعقد به العقد إذا قبله المخاطب به (وهو الموجب الذي سقط إيجابه)، وليس يكفي للقول بأن القبول قد صدر والإيجاب لا يزال قائماً مجرد صدور القبول في هذا الوقت، بل يتعين أن يصل القبول إلى علم الموجب خلال هذا الوقت، إذ من المتصور في التعاقد بين غائبين أن يصدر القبول خلال هذا الوقت ولكنه لا يصل إلى علم المخاطب به إلا بعد فواته.

## الفرع الرابع

### صور خاصة للتراضي

أوضحنا فيما سبق كيف يتم توافق الإرادتين، وسنعرض هنا لصور خاصة لهذا التوافق لما تختص به من أحكام متميزة، ولذلك سنتكلم عن التالي:

أولاً: التعاقد بطريق المزادات أو المناقصات.

ثانياً: الوعد بالتعاقد.

ثالثاً: التعاقد بالعربون.

رابعاً: التعاقد عن طريق النيابة.

وسيكون ذلك على السياق التالي بالتفصيل.

## أولاً التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة

### قاعدتان خاصتان:

نصت المادة ٩٩ مدني على أنه: " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزداد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً "، والذي يدعو إلى اعتبار هذا النوع من التعاقد صورة خاصة من تطابق الإرادتين هو القاعدتان التاليتان.

### القاعدة الأولى:

إن طرح الصفقة للمزايدة (أو المناقصة) يعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد حتى لو كان ذلك مصحوباً بتحديد ثمن أساسي، لأن مثل هذا الثمن ليس إلا مجرد رقم تبدأ منه المزايدة، أما الإيجاب فيتمثل في تقديم العطاء ولا ينعقد إلا بإرساء المزداد أو المناقصة على من تقدم به، ومن ثم فإذا أقفل المزداد دون أن يرسو على أحد سقطت كل العطاءات التي تقدمت في جلسة المزداد، وحيث يكون صاحب الشأن قد اشترط أن له الحق في قبول أو رفض أي عطاء ، فإن المزداد لا يعتبر قد أرسى إلا باستعمال هذا الشخص حقه في القبول.

### القاعدة الثانية:

أن الإيجاب يسقط بإيجاب آخر يزيد عليه حتى ولو كان هذا الأخير باطلاً أو قابلاً للإبطال وحكم بإبطاله، والعطاء يبطل إذا صدر من عديم التمييز أو من شخص ممنوع من التعاقد في مثل الحالة المعروضة، ويكون قابل للإبطال إذا صدر من قاصر ومن في حكمه أو ممن شاب إرادته عيب، والفكرة في هذه القاعدة أن العطاء (الإيجاب) يكون مقترناً بمدة محددة ضمناً تنتهي بتقديم شخص آخر بعطاء أكبر.

وإن فتقديم هذا العطاء الأكبر يضع نهاية للفترة التي يقوم فيها الإيجاب الأول فيسقط إلى غير رجعة، أي حتى لو تبين أن الإيجاب الثاني باطل.

## ثانياً: التعاقد بالعربون

العربون هو: مبلغ من المال تجري العادة أحياناً على أن يقدمه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد للدلالة على أمر معين، واختلفت القوانين المقارنة في تحديده، حيث ذهب بعضهم إلى أنه دلالة للعدول، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه دلالة للبت (التأكيد).

ويقصد بدلالة العدول: حق كل متعاقد في الرجوع عن العقد خلال مدة معينة يتفق عليها، مقابل فقد العربون الذي يعد حينئذ ثمن العدول عن العقد.

ويقصد بدلالة البت (أو التأكيد): أن العقد يكون قد انعقد بصفة نهائية وباتة (فلا يملك أحد العدول عنه) ويكون المبلغ المدفوع (العربون) من قبيل التنفيذ الجزئي للعقد من جانب من دفعه.

والمرجع في تحديد أي من هاتين الداليتين لإرادة المتعاقدين، فإذا تعذر التعرف عليها فإن المشرع بقاعدة مكملة يقوم بترجيح أيهما، وقد غلب المشرع المصري " تماشياً مع العرف دلالة العدول " وذلك حين نصت المادة ١٠٣ من القانون المدني على أنه:

١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعه، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر.

### ويتضح من هذا النص الأمرين التاليين:

(١) أن الأصل في القانون المصري أن دفع العربون يفيد دلالة العدول، أي من حق كل متعاقد العدول عن العقد مقابل فقد العربون، ويستطيع كل متعاقد أن يتمسك بهذا الحق حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه في العقد، باعتبار أن هذا هو الأصل في العربون، وعلى من يدعي عكس ذلك (أي من يدعي أن العربون له دلالة البت) عبء إثبات ما يدعيه، باعتباره مدعياً لخلاف الأصل، وهو يستطيع إثبات ذلك إذا أثبت ورود الاتفاق عليه صراحةً أو ضمناً.

واستعمال خيار العدول يتم بالإرادة المنفردة لمن يقرر، فلا يشترط لإحداثه لأثره موافقة الطرف الآخر عليه، إذ يستطيع من يستعمله أن يفرض أثره على المتعاقد الآخر الذي قد تكون لديه الرغبة في الإبقاء على العقد لا نقضه.

وإذا عدل أحد المتعاقدين عن العقد فلا يجوز له أن يتمسك به بعد ذلك وإن كان هذا لا يمنع من أن يتفق مع المتعاقد الآخر على إبرام عقد جديد.

والعدول عن العقد حق (أو بالأدق خيار) للمتعاقدين لهما أن يستعملاه ولهما أن لا يستعملاه، فإذا لم يتم استعماله خلال المدة المحددة، استقر العقد وأصبح نهائياً، ويصبح العربون جزء من التقدمة المالية التي يلتزم بها من دفعه، فإذا كان المشتري هو الذي دفع العربون ولم يعدل عن العقد فإن العربون يخصم من الثمن.

واستعمال خيار العدول كقاعدة حق لكل من المتعاقدين، إلا إذا تبين من الاتفاق أن هذا الحق مقصور على أحدهما فقط دون الآخر، ففي هذه الحالة يكون لهذا المتعاقد وحده الحق في العدول عن العقد، أما المتعاقد الآخر فلا يكون له هذا الحق.

ونظراً لما يترتب على حق العدول من جعل العقد غير مستقر ومهدد بالزوال، فقد جرى العمل على أن يتفق المتعاقدان على تحديد مدة معينة يجوز خلالها فقط استعمال الحق في العدول، بحيث إذا انقضت هذه المدة ولم يعدل أحد خلالها عن العقد، أصبح العقد باتاً لازماً لا رجوع فيه، فإذا عدل أيهما عنه بعد فوات هذه المدة فإن رجوعه لا يعتد به.

أما إذا لم تحدد لممارسة الحق في العدول مدة معينة، بقي هذا الحق قائماً إلى أن يصدر من المتعاقدان ما يدل - صراحة أو ضمناً - على الرغبة في تأكيد قيام العقد والتنازل عن الحق في العدول، ويجوز لمن يتضرر من هذا الوضع أن ينذر المتعاقد الآخر بأن يحدد خلال مدة معينة موقفه من العدول عن العقد أو الإبقاء عليه، فإذا انقضت هذه المدة دون رد سقطت رخصة العدول وأصبح العقد بات ولازم ولا رجوع فيه.

(٢) أنه إذا كان يجوز لأي من طرفي العقد العدول عنه إلا أن هذا العدول لا يكون بلا مقابل، ذلك أن العدول له ثمن، وهو فقد العربون (لذلك يعتبر العربون هو ثمن العدول)، فإذا كان من دفع العربون فقده وحق للمتعاقد الآخر أن يحتفظ به حتى ولو لم يصاب بأي ضرر، حتى ولو لم ينسب إلى العادل أي خطأ، ففقدان العربون ليس عقاباً يوقع على العادل ولكنه مقابل للحق في العدول وقد استعمل العادل هذا الحق، ويقتصر حق من استعمل العدول في مواجهته على مبلغ العربون، فلا يستطيع الحصول على أكثر منه حتى ولو أثبت أن الضرر الذي لحقه من جراء العدول أكبر من قيمة العربون.

أما إذا كان من عدل عن العقد هو من قبض العربون التزم برده ورد مثله، فإذا كان مبلغ العربون ألف جنيه التزم برد ألفي جنيه حتى ولو لم يصاب الطرف الآخر بأي ضرر.

## ثالثاً: الوعد بالعقد

تعريف الوعد بالعقد وأهميته:

الوعد بالعقد هو ( عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه "ويسمى الواعد" تجاه الطرف الآخر " ويسمى الموعود له " بقبول إبرام عقد آخر " يسمى العقد الموعود به " إذا أظهر الموعود له رغبته في إبرام هذا العقد خلال مدة معينة ).

ومن هذا التعريف يتضح الآتي:

( ١ ) أن الوعد بالعقد يعتبر عقد بالمعنى الدقيق – ويسمى عقد الوعد بالعقد – فهو ليس دعوى للتعاقد وليس إيجاب، والغرض منه هو التمهيد لإبرام العقد الموعود به (والذي يحلو للبعض أن يسميه العقد النهائي).

( ٢ ) أن الوعد بالعقد ملزم لجانب واحد هو الذي يلتزم بمقتضاه بإبرام العقد الموعود به إذا أظهر الموعود له رغبته في إبرامه خلال المدة المتفق عليها، أما الموعود له فلا يلتزم بمقتضى عقد الوعد بأي التزام.

وتظهر الفائدة العملية للوعد بالعقد وبالبيع على وجه الخصوص، عندما لا يرغب شخص في إبرام العقد الموعود به فوراً ولكنه يتوقع حاجته إلى إبرامه في المستقبل، وقبل شخص آخر أن يؤمن له فرصة إبرامه إذا رغب في ذلك خلال مدة معينة.

ومثال ذلك أن يكون صاحب مصنع في حاجة إلى أرض تجاوره لتوسيع مصنعه ولكنه لا يوجد لديه الآن المال الكافي لشرائها، أو يريد التريث بعض الوقت لتبين الظروف الاقتصادية، فيكتفي بأن يحصل من مالكةها على وعد منه ببيعها له بثمن معين إذا أبدى رغبته في شرائها خلال مدة معينة.

وقد يود مستأجر الأرض أن يصلحها وينفق عليها في هذا السبيل الكثير من المصروفات ولكنه يخشى أن ينتهي الإيجار ولا يكون قد استفاد من هذه الإصلاحات بقدر يعوضه عما أنفقه، فيحصل على وعد من مالك الأرض بأن يبيعها له بثمن معين إذا رغب في شرائها أثناء مدة الإيجار أو عند نهايتها، وقد يحدث العكس فقد يتعهد المستأجر في عقد الإيجار بأن يشتري العين المستأجرة إذا رغب مالكةها في بيعها أثناء مدة الإيجار.

كما أنه قد يريد شخصان التعاقد على البيع في الحال ولكن يمنعهما من ذلك مانع مادي أو قانوني، كإجراءات يلزم إجراؤها لإبرام العقد، كالحصول على إذن من المحكمة أو ضرورة الكشف عن العقار لمعرفة ما إذا كان مثقلاً بتكاليف عينية أو غير مثقل، أو ضرورة إنفاق مصاريف يستلزمها إبرام العقد.

## النصوص القانونية:

تنظم أحكام الوعد بالعقد في القانون المدني المصري في المادتين ١٠١ و ١٠٢ ، وتنص المادة ١٠١ على أن:

١- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن إبرام الوعد في هذا العقد.

وتنص المادة ١٠٢ على ما يلي:

" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد".

## أولاً: شروط انعقاد ( وصحة ) الوعد بالعقد

قدمنا أن الوعد بالعقد هو عقد بالمعنى الدقيق، لذا يجب أن تتوافر فيه مثله مثل أي عقد آخر الشروط اللازم توافرها لانعقاد أي عقد وصحته، من حيث الرضا والمحل والسبب والأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، ويجب توافر هذه الشروط وقت إبرام عقد الوعد وليس وقت انعقاد العقد الموعود به، فيجب أن تكون إرادة الطرفين خالية من العيوب في هذا الوقت، ويجب أن تتوافر لهما عنده أيضاً الأهلية المتطلبة وهي بالنسبة للواعد، أهلية إبرام العقد الموعود به، ذلك أن عقد الوعد يلزمه إبرام هذا العقد بمجرد أن يعلن الموعود له رغبته في ذلك، أما بالنسبة للموعود له فلا تتطلب لديه وقت إبرام عقد الوعد، سوى أهلية الاغتناء التي يكفي لتوافرها أن يكون مميزاً (لأن العقد بالنسبة له عمل نافع نفع محض - لأنه لا يلزمه بشيء) بشرط أن تتوافر لديه وقت إبرام العقد الموعود به، أهلية إبرام هذا العقد.

ولكن عقد الوعد باعتباره وعداً بإبرام عقد آخر، يقتضي أن تتوافر بصدده شروط خاصة هي:

١- وجوب تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه: وهو ما يعني أنه ينبغي على طرفا عقد الوعد عند إبرامه، أن يتفقا على جميع المسائل الجوهرية الواجب الاتفاق عليها فيما لو كان العقد الموعود بإبرامه هو الذي يجري إبرامه فعلاً بدلاً من عقد الوعد، وعلة ذلك أن عقد الوعد ملزم، أي ينعقد بمقتضاه العقد الموعود بإبرامه بمجرد إظهار الموعود له رغبته في ذلك، فإن لم يتفق أطراف الوعد على جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد الموعود بإبرامه وقت إبرام عقد الوعد، لا تمتنع القول بانعقاد العقد الموعود بإبرامه لعدم الاتفاق على مسألة الجوهرية، ولذلك فإنه إذا تخلف هذا الشرط فإن عقد الوعد يقع بالاتفاق باطلاً.

ووفقاً لهذا الشرط فإنه إذا كان العقد الموعود به عقد بيع، وجب الاتفاق في عقد الوعد به على الشيء المبيع والتمن، وإذا كان عقد إيجار وجب الاتفاق على العين المؤجرة ومدة الإيجار والأجرة.

**٢- وجوب تعيين المدة التي ينبغي على الموعود له أن يبدي خلالها رغبته في إبرام العقد الموعود به.**  
والاتفاق على هذه المدة قد يكون صراحة حين تحدد في الاتفاق بسنة أو سنتين مثلاً، وقد يكون ضمناً إذا كان من الممكن استخلاص المدة من الظروف المحيطة بالاتفاق، كما إذا ورد في عقد الإيجار وعد من المالك ببيع العين المؤجرة للمستأجر، حيث يمكن أن يستفاد من ذلك أن مدة الوعد هي مدة عقد الإيجار، أو كما لو كان الوعد هو منح منشأة صناعية أو تجارية جناحاً في معرض سيفنتح بعد ستة أشهر إن رغبت في الاشتراك فيه دون تصريح بأن أجل الوعد هو مدة ستة أشهر، إذ يستفاد هذا الأجل من المدة الباقية على افتتاح المعرض. وإذا اتفق الطرفان على أن المدة هي المدة المعقولة ثم ثار الخلاف بينهما حول تحديدها تولى القاضي الفصل ذلك على ضوء ظروف العقد، وإذا لم ينفق الطرفان صراحة على مدة ما ولم يمكن استخلاص هذه المدة ضمناً، فإن إجماع الفقهاء على أن عقد الوعد يقع باطلاً.

**٣- وجوب أن ينصب عقد الوعد في الشكل المتطلب لإبرام العقد الموعود به (وجوب مراعاة الشكل).**  
تنص المادة ٢/١٠١ مدني على أنه " إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ". وعلى ذلك حيث يشترط القانون لانعقاد العقد شكلاً معيناً فإن الوعد به لا يتم إلا إذا استوفى هذا الشكل، وتطبيقاً لذلك فإن الوعد بالهبة والوعد بالرهن الرسمي يجب أن يتم في ورقة رسمية، حيث يشترط القانون الرسمية في عقد الهبة وعقد الرهن الرسمي.

ويستهدف هذا الشرط حماية المصلحة التي يتوخاها المشرع من اشتراط الشكلية في عقد ما، وحتى لا يفلت المتعاقدان من حتميتها عن طريق إبرام وعد غير مستوفي الشكل ينقلب مستقبلاً إلى تعاقد نهائي بمجرد إبداء الموعود له الرغبة خلال المدة المتفق عليها، لذلك كان النص السابق مستوجباً ألا ينعقد الوعد بعقد شكلي إلا إذا أفرغ هذا الوعد في ذات الشكل المطلوب.

**ولكن ما هو مصير عقد الوعد الذي لا تراعى في إبرامه الشكلية المتطلبية في العقد الموعود به؟ هل يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً بحيث لا تترتب عليه أية آثار كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه، أم أنه يقع صحيحاً ويمكن أن يترتب عليه بعض الآثار القانونية.**

ذهبت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في هذا الصدد إلى أن الوعد بإبرام عقد رسمي " لا يكون خالياً من أي أثر قانوني إذا لم يستوفي ركن الرسمية، فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى تمام العقد المقصود فعلاً، فهو بذاته تعاقد كامل يترتب التزامات شخصية، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وهو بهذي المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى تمام عقد الرهن، أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به " .

وهذا الرأي هو الذي انتهاء إليه جانب كبير من الفقه، استناداً إلى المادة ١٠٢ مدني وقد سلف إيراد نصها، حيث يرون أن الجزء الذي ترتبه هذه المادة على تخلف الشكل في عقد الوعد هو حرمان الموعد له من الحق في اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يقوم مقام العقد الموعد به، ولكنها لا ترتب على ذلك بطلان عقد الوعد ذاته الذي يظل رغم تخلف الشكل صحيحاً ومولداً للالتزامات شخصية بين المتعاقدين، ويكون لذلك مرتباً في ذمة الواعد بالتزام شخصي بإنشاء حق الرهن، وحيث أن تنفيذ هذا الالتزام عيناً جبراً عن المدين أمراً مستحيلاً، فإنه يترتب على عدم تنفيذ المدين اختياراً لهذا الالتزام إما الحكم عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة في جزاء إخلال المدين بالتزامه، وإما الحكم بإسقاط أجل الدين وإلزام المدين بالوفاء فوراً.

ويستثني الفقه من هذا الحكم الوعد بالهبة، حيث يرون أن عدم مراعاة الرسمية فيه يؤدي إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً وعدم ترتيب أي أثر عليه (ولو حتى مطالبة الواعد بتعويض عن عدم إبرام عقد الهبة)، استناداً إلى أن المادة ٤٩٠ مدني تنص صراحة على أن الوعد بالهبة لا ينعقد إلا بورقة رسمية، وهو ما مؤداه أن عدم إفراغ الوعد بالهبة في ورقة رسمية يؤدي إلى بطلانها بطلاناً مطلقاً.

وفي تقديرنا فإن الرأي الذاهب إلى أن تخلف الشكل عن عقد الوعد يؤدي إلى بطلانه مطلقاً بحيث لا يحدث أي أثر هو الصواب، لأن الشكلية حين تكون مطلوبة تعد من أركان العقد التي لا قيام له إلا بتوافرها.

### ثانياً: آثار الوعد بالعقد:

ينبغي في هذا الصدد التفرقة بين مرحلتين الفاصل بينهما هو إبداء الموعد له لرغبته في إبرام العقد الموعد به.

#### ( ١ ) الآثار في المرحلة السابقة على إبداء الموعد له لرغبته في إبرام العقد:

في هذه المرحلة لا يقع بدهاء على عاتق الموعد له أي التزام بل هو يتمتع بحق تجوز له حوالاته.

أما الواعد فهو يلتزم بالتزامات سلبية هي البقاء على وعده، والامتناع عن القيام بأي عمل يحول دون تنفيذ العقد الموعد به إذ أظهر الموعد له رغبته في إبرامه، لذلك فهو يلتزم بالمحافظة على الشيء محل الوعد، كما يلتزم بالألا يترتب عليه للغير أي حقوق تحول دون تنفيذ الوعد، فيلتزم بعدم التصرف فيه للغير.

وهذا الذي يلتزم به الواعد ينتقل إلى ورثته حال وفاته، ومن البديهي القول بأنه في خلال هذه المرحلة لا تترتب أية آثار من الآثار التي ينتجها العقد الموعد به (لأنه لم ينعقد بعد)، ففي الوعد بالبيع مثلاً، لا تنتقل ملكية الشيء الموعد ببيعه إلى الموعد له بل تظل للواعد، إذ أنه ما زال مالكاها وتقع عليه لذلك تبعة هلاكه إذا هلك بالقوة القاهرة، بل أنه يستطيع أن يتصرف فيه رغم الوعد للغير الذي تنتقل إليه الملكية، ولكن الواعد إذا فعل ذلك قد خرق وعده ويصبح مسؤولاً مسؤولية عقدية عن تعويض الموعد له

عن الأضرار التي تلحقه، ولكن لا يستطيع هذا الأخير أن يستند إلى ما صدر له من وعد ليدعيه في مواجهة من انتقلت إليه الملكية، أي حق المبيع.

## ( ٢ ) الآثار في المرحلة اللاحقة على إظهار الموعد له لرغبته في إبرام العقد:

إذا أظهر الموعد له رغبته في إبرام العقد الموعد به خلال الفترة المحددة لذلك، انعقد العقد الموعد به دون أي إجراء آخر، وبصفة خاصة دون انتظار أي قبول أو موافقة من جانب الواعد، إذ أنه سبق له أن أعلن رضاه عن انعقاد هذا العقد حين أبرم عقد الوعد.

أما إذا انقضت هذه المدة دون أن يعلن الموعد له رغبته في التعاقد، فإن الوعد يسقط بصفة نهائية دون حاجة لأن يعذر الواعد الموعد له.

وإظهار الرغبة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، ومن قبيل إظهار الرغبة ضمناً أن يقوم الموعد له بالتصرف في الشيء الموعد به بالبائع أو الهبة أو المقايضة أو حتى باستهلاكه إذا كان قابلاً لذلك.

وإظهار الرغبة في التعاقد تعبير واجب الاتصال، فيجب أن يتصل بعلم الواعد قبل انقضاء الميعاد المحدد، ووصوله إليه قرينة على العلم إلى أن يثبت العكس.

ولا يكون لانعقاد العقد الموعد به أثر رجعي يستند إلى وقت الوعد، بل إن العقد لا يعتبر منعقد إلا من وقت ظهور الرغبة فحسب، فإبداء الرغبة ليس شرطاً واقفاً يكون لتحقيقه أثر رجعي، بل هو الإرادة الثانية في العقد الذي لا يتم انعقاده إلا بتوافقها مع الإرادة الأولى (إرادة الواعد التي عبر عنها في وعدة) ومن وقت هذا التوافق فحسب.

وإذا انعقد العقد الموعد به بإبداء الموعد له لرغبته في التعاقد، وجب على الواعد تنفيذه وإلا كان للموعد له مقاضاته طالباً إلزامه بالتنفيذ، ويصدر حكم القاضي مقررراً انعقاد العقد من وقت إبداء الموعد له رغبته في التعاقد.

غير أن إبرام العقد الموعد به قي يقتضي في بعض الحالات تدخلاً شخصياً من جانب الواعد كما في بيع العقار حيث لا تنتقل الملكية إلا بتسجيل العقد، وحيث يقتضي التسجيل وجود عقد مكتوب وموقع عليه من البائع توقيعاً مصدقاً عليه، ففي هذا الفرض لا يكفي مجرد إبداء الرغبة لانعقاد العقد بل لا بد من أن يقوم الواعد بتنفيذ التزامه بأن يشترك مع الموعد له في كتابة العقد والتوقيع عليه توقيعاً مصدقاً عليه، فإذا نكل كان للموعد له أن يجبره على تنفيذ التزامه عيناً بأن يستصدر حكم يقوم - متى حاز قوة الأمر المقضي - مقام العقد، أي أنه يجوز تسجيله وبمقتضى هذا التسجيل تنتقل الملكية من الواعد إلى الموعد له.

على أن حكم القاضي في هذه الحالة يكون منشئاً لا مقررأ، فلا يعتبر العقد منعقدأ إلا من وقت صدور الحكم لا من وقت إبداء الموعد له رغبته في التعاقد.

## رابعاً: التعاقد بالنيابة

الأصل أن يصدر التعبير عن إرادة المتعاقد من المتعاقد نفسه الذي تتصرف إليه آثار العقد، غير أنه قد تحيط بهذا الشخص بعض الظروف الخاصة التي تحول دون تمكنه من إعلان إرادته إلى المتعاقد الآخر، بسبب مرضه أو تغيبه أو انشغاله أو عدم خبرته أو قصره أو غير ذلك من الأسباب، لذلك أجاز المشرع تسهياً للتعامل أن يقوم شخص آخر يسمى (النائب) بعملية التعاقد، حيث يتم التعاقد بإرادة النائب بينما تتصرف آثار العقد إلى المنوب عنه الذي يسمى الأصيل.

فإذا تعاقد شخص باعتباره نائباً عن آخر في بيع عقار مملوك لهذا الأخير فإن التعاقد يتم باتفاق النائب مع المشتري ولكن ما يترتب على العقد من حقوق والتزامات تتصرف إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب الذي أبرم العقد، فالعقد ينعقد بإرادة النائب ولكن آثاره تتصرف إلى الأصيل.

من ذلك نستطيع أن نعرف النيابة في التعاقد بأنها: ( حلول إرادة شخص وهو النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إبرام تصرف قانوني تتصرف آثاره مباشرة إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب ).

والأصل أن النيابة تجوز في كل تصرف قانوني، وتستثنى من ذلك التصرفات التي يعتبرها القانون أعمالاً شخصية، بمعنى أنه يجب أن تصدر من صاحب الشأن شخصياً، فهذه لا يجوز النيابة فيها، كحلف اليمين والتوقيع والشهادة.

### مصدر النيابة:

يقصد بمصدر النيابة السند الذي يضي على الشخص صفة النيابة وتمثيل غيره في التعاقد، والنيابة من حيث مصدرها إما اتفاقية وإما قانونية وإما قضائية.

### أ- النيابة الاتفاقية:

تكون النيابة اتفاقية حين تستند في وجودها إلى عقد بين الأصيل والنائب، بمقتضاه ينيب الأول الثاني في إبرام عقد أو تصرف قانوني معين، وهذا يتحقق عادة في عقد الوكالة وقد يتحقق في عقد آخر، مثل عقد العمل الذي يخول العامل في المحل التجاري سلطة التعاقد مع العملاء باسم رب العمل. ومتى كانت النيابة اتفاقية فإن الاتفاق هو الذي يحدد نطاقها، أي يحدد مدى سلطة النائب في تمثيل الأصيل، وبذلك تكون النيابة اتفاقية من حيث مصدرها أو سندها ومن حيث نطاقها ومداه.

### ب- النيابة القانونية:

تكون النيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يقررها، كما في نيابة الولي الشرعي – الأب أو الجد الصحيح – عن أولاده القصر، وفي نيابة الدائن عن مدينه في المطالبة بحقوقه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

وفي الحالتين السابقتين لا يقتصر دور القانون على تحديد دور النائب وإنما يقوم أيضاً بتحديد نطاق نيابته، أي مدى سلطة النائب في تمثيل الأصيل، فتكون النيابة لذلك قانونية من حيث مصدرها أو سندها ومن حيث نطاقها أو مداها.

### ج- النيابة القضائية:

تكون النيابة قضائية حيث يعين القاضي النائب، كنيابة الوصي والقيم والحارس القضائي و السنديك والوكيل عن الغائب.

ولا تخلو النيابة القضائية من تدخل المشرع من تنظيمها فتواجه بذلك خليطاً من النيابة القانونية والنيابة القضائية، ففي نيابة الوصي مثلاً يتولى القانون تحديد الشروط التي يجب توافرها في الوصي أي فيما يكون نائباً، كما يتولى تحديد سلطات الوصي ولكنه يترك للقاضي مهمة تعيينه، ومن ثم تكون نيابة الوصي نيابة قانونية من حيث مداها أي من حيث سلطة الوصي، وفي نفس الوقت نيابة قضائية من حيث تعيين شخص الوصي.

### خطة الدراسة:

سندرس أولاً شروط النيابة، نعقبها ثانياً بدراسة آثارها، ثم سنتكلم ثالثاً عن حكم تعاقد الشخص مع نفسه.

### أولاً: شروط وجود النيابة

لكي يتحقق وجود النيابة لابد من توافر الشروط الثلاث التالية:

١. حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.
٢. أن يتم التعاقد باسم الأصيل لا باسم النائب.
٣. أن لا يجاوز النائب الحدود المرسومة لنيابته.

وإليك تفصيل كل شرط من الشروط:

### الشرط الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

يفترض التعاقد عن طريق النيابة أن يقوم النائب بالتعبير عن إرادته هو وليس عن إرادة الأصيل، فدور النائب لا يقتصر على نقل إرادة الأصيل وإنما تحل إرادته محل إرادة هذا الأخير وينعقد العقد بها أي ينعقد بإرادة النائب.

وبذلك يتميز النائب عن الرسول الذي يقتصر دوره على عمل مادي بحت، هو حمل أو نقل إرادة الغير شأنه في ذلك شأن الرسالة المكتوبة، فينعقد العقد بإرادة هذا الغير وليس بإرادة الرسول. ولهذا يعتبر التعاقد برسول تعاقدًا بين غائبين فيما يتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد حتى لو جمع الرسول والمتعاقد مجلس واحد، على حين أن التعاقد بطريق النيابة يعتبر تعاقد بين حاضرين إذا ضم النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد، لأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل.

### **العبرة بإرادة النائب ونيته:**

يترتب على أن النائب يعبر عن إرادته هو – وأن التصرف إنما ينعقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل – نتيجتان هامتان:

**الأولى:** أن إرادة النائب وحدها محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة، فإذا وقع النائب في غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال حتى ولو لم تكن إرادة الأصيل مشوبة بأي عيب. وبالمثل فإن العقد يصبح قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد مع النائب إذا وقع هذا المتعاقد في غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه وقع عليه من النائب.

**الثانية:** أن حسن النية وسوئها ينظر فيما لشخص النائب لا شخص الأصيل وذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثراً على حسن النية أو سوئها، فإذا اشترى النائب شيئاً وهو يعلم بما فيه من عيب فلا يجوز رفع دعوى ضمان العيب الخفي طبقاً للمادة ٢/٤٤٧ مدني ولو كان الأصيل يجهل وجود العيب، وكذلك إذا تعاقد النائب مع مدين معسر وهو لا يعلم بحالة إعساره لم يجز لدائن هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البوليسية طبقاً للمادة ٢٣٨ مدني ولو كان الأصيل يعلم بحالة المدين. وعلى العكس إذا كان النائب سيئ النية ويعلم بحال الإعسار كان لدائن المدين الطعن بالدعوى السابقة ولو كان الأصيل حسن النية.

وبهذا كله قضت المادة ١/١٠٤ مدني بقولها: " إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها ".

### **استثناء الاعتداد بإرادة الأصيل حين يصدر تعليمات محددة للنائب:**

إذا كان الأصل هو الاعتداد بإرادة النائب وليس بإرادة الأصيل، وكان مبنى ذلك هو استقلال إرادة النائب وحدها بإبرام العقد دون تدخل من الأصيل، فإنه إذا ثبت أن إرادة الأصيل قد اشتركت مع إرادة النائب في إبرام العقد، كما لو كان النائب يتبع تعليمات الأصيل في بعض أمور العقد ففي هذه الحدود يجب الاعتداد بإرادة الأصيل.

وقد نصت المادة ٢/١٠٤ مدني على هذا المعنى بقولها: " ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب بظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها ".

وترتيباً على ذلك إذا طلب الموكل من وكيله شراء شيء معين يعلم ما به من عيب، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى ضمان البيع الخفي استناداً إلى جهل الوكيل بالعيب وقت الشراء. وإذا كان الموكل في المثال نفسه يعلم أن البائع معسر ثم رفع أحد دائني البائع دعوى عدم نفاذ البيع، فليس للموكل - وهو المشتري - في سبيل دفع هذه الدعوى أن يتمسك بأن الوكيل كان يجهل إعسار البائع.

ويلاحظ أن المادة ٢/١٠٤ مدني قصرت حكمها - وهو الاعتداد بإرادة الأصيل الموكل حين تساهم في إبرام العقد عن طريق إصدار تعليمات محدده لنائبه (الوكيل) - على حالة جهل الوكيل بظروف يعلمها الموكل، ولم تذكر شيء عن العيوب التي تلحق إرادة الموكل، ومع ذلك فإجماع الفقه على القول بوجوب تعميم هذا الحكم على حالة وقوع الموكل ضحية لعيب من عيوب الرضا، فلو أن الموكل كلف وكيله بشراء شيء معين بالذات حدده له، وكان قد وقع في غلط في صفة جوهرية من صفات هذا الشيء، أو كان ضحية تدليس أو إكراه أو استغلال فإن العقد يكون قابلاً للإبطال، ذلك أن الوكيل في حدود تنفيذ تعليمات موكله أقرب إلى أن يكون رسولاً منه إلى أن يكون نائباً، فإذا كانت إرادة الموكل معيبة فيما وجهه من تعليمات فإن إرادة الوكيل التي انعقد بها العقد تكون معيبة كذلك ولو لم يكن هو شخصاً قد توهم شيء غير الحقيقة (غلط) أو لم يقع عليه مباشرة التدليس أو الإكراه أو الاستغلال.

### الأهلية المتطلبة لدى النائب والأصيل:

يتعين هنا التفرقة بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية.

( أ ) فإذا كانت النيابة اتفاقية كنيابة الوكيل عن موكله، فيشترط أن تتوافر لدى الموكل الأهلية اللازمة للعقد الذي يبرمه الوكيل عنه، ذلك أن آثار العقد من الحقوق والالتزامات تنصرف إلى ذمة الموكل لا إلى ذمة الوكيل، وعلى ذلك إذا لم تتوافر لدى الموكل وقت إبرام الوكيل للعقد أهلية إبرام هذا العقد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً أو قابلاً للإبطال بحسب ما إذا كان الموكل عديم الأهلية أو ناقصها.

وعلى العكس من ذلك لا تشترط في الوكيل أهلية مباشرة العقد الذي يعقده نيابة عن موكله، فيكفي أن يكون الوكيل مميزاً حتى ينعقد العقد ما دام أن الأصيل أهل لمباشرته، فيصح أن يكون الوكيل قاصراً أو محجور عليه لسفه أو غفلة وعلى الموكل أن يتحمل تبعه اختياره إذا أساء اختيار الوكيل عنه.

والوقت المعتبر فيما يتعلق بتوافر الأهلية في النائب أو في الأصيل هو وقت إبرام التصرف موضوع النيابة لا وقت إبرام النيابة، فإذا لم يكن الأصيل أهلاً لإبرام هذا التصرف وقت صدور النيابة ثم أصبح أهلاً له وقت إجراء التصرف صح التصرف وإذا كان النائب مميزاً وقت إنابته ثم فقد أهلية التمييز وقت إبرام التصرف موضوع النيابة فإن التصرف لا ينعقد.

( ب ) أما إذا كانت النيابة قانونية كنيابة الولي أو قضائية كنيابة الوصي أو القيم أو فلا يشترط توافر الأهلية لدى الأصيل، إذ المفروض فيه أنه عديم الأهلية أو ناقصها وإلا لما احتاج إلى نائب قانوني يمثله في إبرام التصرفات القانونية.

أما النائب فلكون القصد من نيابته معالجة آثار انعدام الأهلية أو نقصها لدى الأصيل، فيتعين أن يكون كامل الأهلية.

### **الشرط الثاني: إبرام التعاقد باسم الأصيل لا باسم النائب:**

يقصد بهذا الشرط أن تتوافر لدى كل من النائب والمتعاقد معه نية توجيه آثار العقد الذي يبرمونه مباشرة إلى ذمة الأصيل دون أن تمر بذمة النائب.

فيجب أن تتجه نية النائب إلى التعاقد باسم الأصيل ولحسابه، وهذه النية قد يفصح عنها النائب صراحة بأن يعلن وقت التعاقد أنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص آخر (الأصيل) سواء عين شخص هذا الأصيل أو احتفظ لنفسه بالحق في تعيينه مستقبلاً، وقد تستفاد هذه النية ضمناً من الظروف، كالخادم يشتري السلع اليومية لمخدومه، وكالمستخدم الذي يتعاقد نيابة عن صاحب المحل التجاري وكالوكيل بالعمولة.

ويجب أيضاً أن تتجه نية المتعاقد مع النائب إلى التعاقد معه بصفته نائباً عن الأصيل لا بصفته الشخصية، فإذا كان النائب يتعاقد بوصفه نائباً ولكن المتعاقد الآخر يتعامل معه بصفته الشخصية فلا تقوم النيابة ولا ينعقد بينهما أي عقد أياً كان لعدم توافق إرادتهما على الشخص الذي تنصرف إليه آثار العقد فهو ليس الأصيل لأن من تعاقد مع النائب لم يقصد التعامل مع الأصيل، وهو ليس النائب لأن النائب لم يقصد أن يتعاقد لنفسه.

ومن هذا نخلص إلى أن النائب إذا تعاقد باسمه الشخصي فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل وإنما ينصرف إلى النائب دائماً أو مديناً، ولكن المادة ١٠٦ مدني بعد أن نصت على هذه القاعدة في شطرها الأول قررت استثناءين في شطرها الثاني بقولها " إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب ".

ويؤخذ من هذا النص أن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل، رغم أن النائب لم يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، وذلك في حالتين:

**الأولى:** إذا كان من المفروض حتماً أن يعلم المتعاقد مع النائب بوجود النيابة، فمن يدخل محلاً تجارياً ويشترى شيئاً من أحد العمال في المحل يفترض أنه يعلم أن العامل يبيع نيابة عن صاحب المحل، وكذلك من يتعامل مع وصي في شأن مال مملوك للصغير الخاضع للوصاية وهو يعلم بذلك فيفترض فيه أنه يعلم أن الوصي قد تعامل نيابة عن الصغير الخاضع للوصاية.

والحقيقة أن هذا استثناء من حيث الظاهر فقط وليس كذلك في الواقع، لأن المقصود به أن علم من تعاقد معه النائب بوجود النيابة مستفاد من الظروف بصورة واضحة، فالمسألة إذن تتعلق بحالة تستفاد فيها نية النيابة لدى النائب بطريقة ضمنية كما هو الحال في الأمثلة التي تقدم ذكرها.

**الثانية:** إذا كان يستوي لدى المتعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائب، كما لو اشترى النائب سلة من محل تجاري ودفع ثمنها، ذلك أن صاحب المحل التجاري لا يهمله شخص المشتري ما دام يفي بالثمن فوراً وبالتالي يستوي لديه أن يكون من اشترى منه قد اشترى لنفسه أو لحساب غيره باعتباره نائباً، ففي هذا الفرض تنصرف آثار العقد إلى الأصيل، ومن ثم إذا تبين بالبيع عيب خفي كان للأصيل أن يرجع على البائع بضمان هذا العيب، ولا يكون للبائع أن يدفع هذا الرجوع بأنه لا يعرف الأصيل ولم يتعاقد معه.

### **الشرط الثالث: التزام النائب بالحدود المرسومة لنيابته:**

تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في الحدود المرسومة له كنائب، فإذا تجاوز النائب حدود نيابته فإنه في حدود ما تجاوز فيه يفقد صفته كنائب وبالتالي لا ينصرف أثر ما أبرمه إلى الأصيل. وتتحدد سلطة النائب بمقتضى سند النيابة، ففي النيابة القانونية يحدد المشرع ما يجوز وما لا يجوز للنائب مباشرته، وفي النيابة القضائية يحدد القاضي المهمة المسندة للنائب القضائي في الحكم الصادر بتعيينه، وفي النيابة الاتفاقية يحدد عقد الوكالة حدود الوكالة من حيث كونها عامة أو خاصة شاملة لأعمال الإدارة والتصرف أم مقصورة على الأولى دون الثانية.

ولا تثور مشكلة كبيرة بصدد حدود النيابة في حالات النيابة القانونية حيث أن القانون هو الذي يتولى تحديد حدود هذه النيابة، ولذلك فإن من يتعامل مع النائب القانوني لا يستطيع أن يحتج بجهله بحدود نيابته، لأن مثل هذا الإدعاء ينطوي على تمسك بالجهل بالقانون وهو غير جائز إعمالاً لمبدأ " لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون ".

وتطبيقاً لذلك فإن العقد الذي يبرمه الوصي متجاوزاً فيه سلطته القانونية لا قيمة له بالنسبة للمشمول بوصايته وكذلك الحال بالنسبة للقيم.

أما النيابة الاتفاقية فهي التي تثير القدر الأكبر من المشاكل ولذلك فقد أتى المشرع فيما يتعلق بالوكالة بقواعد تبين مدى ما يتمتع به الوكيل من سلطات، فنصت المادة ١/٧٠١ مدني على أن:

١- الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه توكيل لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة.

ونصت المادة ٧٠٢ مدني على أن:

١- لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

٢- والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات.

٣- والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر للعرف الجاري.

والمستفاد من هاذين النصين أنه كلما تدرجت الأعمال في الخطورة تدرجت الوكالة في التخصيص، فما كان من الأعمال محدودة الخطورة كأعمال الإدارة تكفي فيها الوكالة العامة، فإذا زادت خطورة العمل كما في أعمال التصرف، وجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني حتى إذا وصلت الخطورة إلى الذروة كما في أعمال التبرع، وجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني وفي محله الذي يرد عليه.

### حكم تجاوز النائب حدود نيابته:

من المهم بداية أن نشير إلى أنه يعتبر من قبيل مجاوزة حدود النيابة أن يستمر النائب في التصرف باسم الأصيل بعد انتهاء سلطته، ومن ثم فحكمها واحد وهو أن العقد الذي يبرمه النائب متجاوزاً حدود نيابته لا ينفذ في حق الأصيل، وذلك ببساطة لعدم وجود نيابة في هذه الحالة، يستوي في ذلك أن يعلم العاقد الآخر بهذا التجاوز أو لا يعلم به، كما أن مثل هذا العقد لا يسري في حق النائب، لأن الفرض أن يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه هو أي لم يقصد أن يلزم نفسه بالعقد. بيد أنه إذا أصاب المتعاقد مع النائب ضرر سببه تجاوز النائب حدود نيابته كان له أن يرجع عليه بالتعويض، وذلك متى أعتقد دون خطأ منه أن النائب قد أبرم العقد في حدود نيابته.

### الاستثناءات:

إذا كانت هذه هي القاعدة إلا أن هناك حالات ثلاث ينفذ فيها تصرف النائب في مواجهة الأصيل، رغم تجاوز النائب حدود نيابته، وهذه الحالات هي:

**الأولى:** وهي الحالة التي يكون فيها عمل النائب نافعاً للأصيل وتتوافر فيه شروط الفضالة، من ذلك ما تنص عليه المادة ٢/٧٠٣ مدني من أنه: " يجوز للوكيل أن يخرج عن حدود الوكالة متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة ".

**الثانية:** وهي الحالة التي تنص عليها المادة ١٠٧ مدني التي تقضي بأنه: " إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهولاً معاً وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه حقاً كان أو التزاماً يضاف إلى الأصيل أو خلفائه ".

فالعقد الذي يبرمه النائب – بعد انقضاء نيابته – يلزم الأصيل أو خلفائه، إذا كان النائب – فضلاً عن المتعاقد معه – مجهولاً انتهاء النيابة، كما إذا مات الأصيل دون أن يعلم النائب، أو كأن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلنه بالعزل، والفرض في هذا كله أن الغير حسن النية أيضاً أي لا يعلم بانقضاء النيابة. وواضح أن هذا الاستثناء يغلب الوضع الظاهر على الوضع الحقيقي رعاية لحسن نية الغير الذي تعامل مع النائب وضمناً لاستقرار المعاملات، ولكن النص يشترط لإعمال هذا الوضع الظاهر أن يكون الجهل بانقضاء النيابة مشتركاً بين النائب والمتعاقد معه، فإذا كان أحدهما يعلم وقت التعاقد بانقضاء النيابة فلا

قيمة للتصرف في مواجهة الأصيل أو خلفائه، كما إذا كان النائب علم بموت الأصيل أو كما إذا عزل الأصيل النائب وطلبه برد سند التوكيل.

على أنه يحق للغير حسن النية في هذه الحالة أن يرجع على النائب نفسه بالتعويض، لأن إقدام النائب على إبرام العقد مع علمه بانتهاء النيابة يعتبر من جانبه خطأ يستوجب المسؤولية.

**الثالثة:** وهي حالة إقرار الأصيل للتصرف الذي أبرمه النائب، فإذا أقر الأصيل عقداً أبرمه النائب متجاوزاً حدود نيابته أو أبرمه بعد انتهاء نيابته، سرى هذا العقد في حق الأصيل، إذ الإقرار اللاحق كالإذن السابق.

ومتى صدر الإقرار من الأصيل أنتج العقد أثره في حقه من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار، بما يعني أن للإقرار أثراً رجعياً، على أن هذا الأثر الرجعي للإقرار يقتصر على علاقة الأصيل المقر بمن تعامل مع النائب ولا يتعداهما إلى أي شخص يكون قد تلقى من الأصيل قبل الإقرار حقوقاً على العين التي تصرف فيها النائب باسم الأصيل دون نيابة أو مجاوزاً حدودها.

وتطبيقاً لذلك إذا تعاقد النائب – متجاوزاً حدود النيابة أو بعد انتهائها – على بيع منقول يملكه الأصيل، وقبل أن يقر الأصيل ذلك البيع باع هو – أي الأصيل – المنقول إلى شخص من الغير أو أنشأ له حقاً عليه ثم أقر الأصيل البيع السابق صدوره من نائبه، فإن هذا الإقرار لا يؤثر في حق المشتري من الأصيل.

وإقرار الأصيل قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف، كما إذا نفذ الأصيل التصرف الذي عقده النائب متجاوزاً حدود نيابته مع علمه (أي الأصيل) بذلك.

### ثانياً: آثار النيابة

يترتب على التعاقد بطريق النيابة آثار مجملها أن العقد الذي يعقده النائب لا تتصرف آثاره إليه هو، بل إلى الأصيل بحيث تنشأ علاقة مباشرة بينه وبين متعاقد معه النائب.

### ( أ ) الآثار في علاقة النائب والغير:

إذا كان العقد ينعقد بإرادة النائب إلا أن آثاره تتصرف مباشرة إلى الأصيل ومن تعامل معه النائب فيكون هذان هما طرفا العقد، ومعنى ذلك أنه بعد تمام العقد لا تقوم بين النائب ومن تعاقد معه علاقة فيما يتعلق بآثار العقد الذي أبرماه، ومن ثم لا يستطيع النائب أن يطالب من تعاقد معه بحق ناشئ عن العقد، إلا إذا كانت نيابته شاملة لتنفيذ العقد بالإضافة إلى إبرامه، وفي هذه الحالة تكون المطالبة باسم الأصيل لا باسم النائب، كذلك لا يستطيع الغير بأن يطالب النائب بالتزام ناشئ عن العقد إلا أن يكون هذا النائب قد كلفه الأصيل في تنفيذ العقد وعندئذ يكون رجوعه عليه لا بصفة نائباً بل بوصفه كفيلاً.

أيضاً يجوز لم تعاقد مع النائب الرجوع على النائب إذا صدر منه خطأ في حقه أثناء التعاقد، ويكون رجوعه عندئذ على أساس المسؤولية عن العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية).

### ( ب ) الآثار في علاقة الأصيل والغير:

تنص المادة ١٠٥ مدني على أنه " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل ".  
ومعنى ذلك أنه يترتب على انعقاد التصرف بطريق النيابة نشوء علاقة مباشرة بين الأصيل وبين من تعاقد معه النائب، فينشئ العقد في ذمة الأصيل حقوقاً والتزامات تقابل ما ينشئ في ذمة من تعاقد مع نائبه من التزامات وحقوق، ومن ثم يجوز لكل من الأصيل والغير أن يطالب الآخر مباشرة بحقوقه التي رتبها العقد وذلك دون حاجة إلى توسيط النائب في المطالبة.

### ( ج ) الآثار في علاقة الأصيل والنائب:

يحكم العلاقة بين الأصيل ونائبه المصدر الذي أنشأ النيابة، فإذا كانت النيابة اتفاقية كما في نيابة الوكيل فإن عقد الوكالة المبروم بينهما هو الذي يحدد حقوق والتزامات كل منهما قبل الآخر.  
وإذا كانت النيابة قانونية أو قضائية عين القانون أو حكم القاضي حدود ولاية النائب وحقوقه كما في نيابة الولي والوصي والقيم والحارس القضائي... إلخ.  
ومن هذا فإن حكم هذه العلاقة مسألة مستقلة عن حكم الآثار التي تترتب على التصرف الذي يبرمه النائب.

### ثالثاً: حكم تعاقد الشخص مع نفسه

ينعقد العقد كما قلنا بالتراضي الذي يستلزم وجود طرفين على الأقل في العقد، غير أن الاعتراف بنظام النيابة في التعاقد يترتب عليه تصور تعاقد الشخص مع نفسه، أي يقوم شخص واحد بدور طرفي العقد، ويتحقق في صورتين:

**الأولى:** أن يتعاقد الشخص أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، كأن يوكل شخص آخر في بيع ماله فيقوم الوكيل بشرائه لنفسه، وكأن يهب الأب ماله لأبنه القاصر ويقوم الأب بقبول الهبة باعتباره ولياً على الموهوب له.

**الثانية:** أن يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن طرفا العقد، كأن يقوم الأب بصفته ولياً شرعياً عن ولديه القاصرين (أي نائباً عن كل منهما) ببيع مال أحدهما للثاني، أو أن يقوم شخص بتوكيل آخر في بيع مال معين وفي الوقت نفسه يوكله شخص آخر في شراء المال نفسه فيعقد الوكيل البيع بصفته نائباً عن البائع والمشتري.

ففي هاتين الصورتين لا نجد إلا شخصاً واحداً – هو النائب – يبرم العقد بإرادته وحدها.

وقد كانت هذه الحالة من التعاقد مثار اعتراض من ناحيتين: إحداهما نظرية والأخرى عملية.

**فمن الناحية النظرية،** قيل أن التعاقد مع النفس يتعارض مع فكرة التعاقد، لأنه يستلزم وجود إرادتين صادرتين بتعبيرين من شخصين يعبر كل منهما عن إرادة صاحبة، إحداهما بالإيجاب والأخرى بالقبول، وهذا غير متحقق في حالة التعاقد مع النفس إذ لا يوجد شخص إلا واحد وإرادة واحدة.

**ومن الناحية العملية،** قيل أن العقد يفترض وجود مصلحتين متعارضتين، فإذا تعاقد الشخص مع نفسه بصفته نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه (الصورة الأولى) فإنه سيفضل بلا شك مصلحته على مصلحة من ينوب عنه، وإذا كان نائباً عن طرفي العقد (الصورة الثانية) فهو إما أن يغلب مصلحة أحدهما على الآخر وإما - وهذا أحسن الفرضين - أن يعمل على التوفيق بين المصلحتين وهذا أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة.

ولهذا ذهبت بعض الشرائع إلى تحريم تعاقد الشخص مع نفسه كالقانون الألماني في المادة (٣٨١) والقانون الإيطالي في المادة (١٣٩٥).

على أنه لوحظ من ناحية أخرى أن الاعتراض على التعاقد مع النفس يمكن دفعه، فمن الناحية الفنية لا يجوز الاعتراض على تعاقد الشخص مع نفسه بمقولة أن العقد يستلزم تعبيرين عن إرادتين، فهذان التعبيران يصدرهما النائب، فلو أن العقد انعقد بإرادة النائب وحده في الظاهر إلا أن حقيقة الأمر أن ثمة إرادتين متميزتين عبر عنهما هذا النائب - إرادة البيع وإرادة الشراء مثلاً - وهناك شخصان لكل منهما مصلحة متميزة عن مصلحة الآخر تتصرف إليهما آثار هذا العقد.

ومن الناحية العملية، لا يجوز الاعتراض على تعاقد الشخص مع نفسه بمقولة أن هذا التعاقد ينطوي على احتمال خطورة ترجيح إحدى المصلحتين المتعارضتين لطرفي العقد على المصلحة الأخرى، وبصفة خاصة إذا كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر، فهذا الخطر لا يجب عليه حتماً تحريم تصرف قد يكون مفيداً من الناحية العملية.

ولهذا أبحاث بعض الشرائع التعاقد مع النفس كالقانون الفرنسي والقانون السويسري، ومهما يكن موقف القوانين فإنه يلاحظ أن الشرائع التي حرمته أباحتها في ظروف معينة، والشرائع التي أباحتها حرمتها في ظروف مستثناة، وذلك كله خضوعاً لمقتضيات العمل.

### **حكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المصري:**

لم يرد في القانون المدني القديم نص يبيح التعاقد مع النفس أو يحرمه مما دعا الفقهاء والقضاة إلى الاجتهاد، وكان الرأي الراجح يذهب إلى التمييز بين صورتى التعاقد مع النفس، حيث يباح هذا التعاقد في الصورة التي يكون فيها الشخص نائباً عن طرفية، بينما يحظره في الصورة التي يبرم فيها العقد أصيلاً بنفسه ونائباً عن غيره وذلك اعتباراً بأن الخوف من تعارض المصالح لا يتحقق في الصورة الأولى بينما يتحقق في الصورة الثانية.

أما القانون المدني الحالي فقد أورد نصاً عاماً يحرم التعاقد مع النفس إلا في بعض الحالات، فنصت المادة ١٠٨ مدني على أنه " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد

لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة".

وهكذا وضع القانون المدني الحالي قاعدة تحرم التعاقد مع النفس في صورتيه، وقد طبق المشرع نفسه هذه القاعدة في باب البيع حين نص في المادة ٤٧٩ مدني على أنه " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلني، ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء. ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى".

ونص كذلك في المادة ٤٨٠ مدني على أنه " لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار".

وأضافت المادة ٤٨١ مدني أنه " يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه".

هذه هي القاعدة ويترتب على مخالفتها عدم نفاذ العقد في حق الأصيل تأسيساً على أن النائب قد تجاوز حدود نيابته، على أن هذا العقد شأنه شأن أي عقد يبرمه النائب متجاوزاً حدود نيابته ينفذ في حق الأصيل إذا أقره، وهذا ما قصدته المادة ١٠٨ مدني حين قررت أنه " يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد".

على أن المشرع إذا كان قد جعل القاعدة هي تحريم التعاقد مع النفس في صورتيه إلا أنه استثنى من هذه القاعدة حالات ثالث هي:

١- إذا وجد نص في القانون يجيز التعاقد مع النفس: من ذلك مثلاً نص المادة ١٤ من قانون الولاية على المال التي تقضي بأن " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك".

فالأب وحده دون سائر الأولياء هو الذي أجاز له القانون التعاقد مع نفسه نيابة عن ابنه القاصر، والحكمة في هذا الاستثناء ظاهرة بحكم ما يتوافر لدى الأب من شفقة على ابنه.

٢- إذا قضت قواعد التجارة بجواز التعاقد مع النفس: من ذلك مثلاً الوكيل بالعمولة وسمسار الأوراق المالية، فكل منهما أن يتعاقد مع نفسه وكيلاً عن طرفا العقد طبقاً لقواعد القانون التجاري.

٣- إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه للنائب في أن يتعاقد مع نفسه: إذا كان المانع من التعاقد مع النفس مقصود به رعاية الأصيل، فمن البد هي أن يكون له أن يقر هذا التعاقد بعد تمامه وله أيضاً أن يأذن به مقدماً، والأذن يصدر من الأصيل أو ممن يقوم مقامه في بعض الأحوال، كالمحكمة حين ترخص للوصي أن يؤجر مال القاصر لنفسه (المادتان ١٥، ٣٩ من قانون الولاية على المال) وكالمحكمة حين تأذن للولي بالتصرف في عقار القاصر لنفسه أو في أن يقترض من مال القاصر (المادتان ٦، ٩ من قانون الولاية على المال).

## المطلب الثاني عيوب الإرادة

### تمهيد وتقسيم:

إذا وجد التراضي بالشكل السالف بيانه انعقد العقد، على أن وجود التراضي لا يكفي لاستقرار العقد، بل يجب فوق ذلك أن يكون رضاء كل من العاقدين رضاءً صحيحاً، وهو يكون ذلك إذا توافر له شرطان هما:

الأول: أن يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لإصداره. / الثاني: أن يكون خالياً من عيوب الإرادة.

فإذا تخلف أحد هذين الشرطين وقع العقد رغم انعقاده قابلاً للأبطال. ولن نتوقف هنا للحديث عن الأهلية، فهذه المسألة سبق دراستها ونحيل بشأنها إلى الكتب المختصة لنظرية الحق، كل ما هنالك أننا نشير إلى أنه لا مجال للبحث في الأهلية إلى عندما يكون المتعاقد قاصراً، كالصبي المميز (أي من في سن السابعة إلى سن الحادية والعشرين)، ومن حكمه (السفيه وذو الغفلة).

أما إذا كان المتعاقد غير مميز (أي قبل سن السابعة) أو من في حكمه (المجنون والمعتوه) فإن الأمر يتعلق بوجود الرضا وليس بصحته.

أما إذا كان المتعاقد رشيداً فإنه لا مجال للبحث أيضاً في الأهلية، إلا في حدود فكرة عوارض الأهلية وموانعها.

ويكفي عدم اكتمال أهلية المتعاقد حتى يكون رضاه غير صحيح، وبالتالي يكون العقد قابلاً للإبطال دون البحث عن أي شيء آخر، أي دون البحث فيما إذا كان نقص الأهلية هو الدافع للتعاقد من عدمه.

لذلك سيقصر حديثنا هنا عن خلو الإرادة من العيوب، وهو أمر يدرس تحت عنوان (عيوب الإرادة) التي حددها القانون المدني المصري في المواد من ١٢٠ إلى ١٣٠ بأربعة هي: **الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال**.

وسنتناول كل منها الآن في فرع مستقل.

## الفرع الأول الغلط

نظم المشرع المصري عيب الغلط في خمس مواد هي من المادة ١٢٠ إلى المادة ١٢٤ من القانون المدني المصري، وسوف ندرس هذا العيب في الغصون الثلاث التالية:

### الغصن الأول

#### المقصود بالغلط وأنواعه

الغلط كما عرفته محكمة النقض هو: " توهم غير الواقع الذي يخالط الإرادة عند تكوين العقد "، أو هو بشكل عام توهم غير الحقيقة، بأن يعتقد الإنسان تلقائياً في صحة ما هو كاذب، أو في كذب ما هو صحيح، ويقصد به باعتباره عيباً من عيوب الإرادة: وهم يقوم في ذهن صاحبه يصور له أمراً على غير حقيقته فيندفع إلى التعاقد تحت تأثيره، بحيث يبرم عقداً ما كان سيبرمه لو علم بالحقيقة.

كمن يشتري تحفة معتقداً أنها أثرية حين أنها حديثة وليست أثرية، أو كمن يشتري ساعة على أنه من الذهب الخالص في حين أنها من النحاس المطلي بلون الذهب، فهذا المشتري أو ذلك قد تعاقد وهو متوهم غير الحقيقة، ولذا يقال أنه وقع في غلط، فما أثر هذا الغلط على العقد؟

نشير في البداية إلى أن الغلط الذي يعنينا في دراسة الرضا هو ذلك الذي يقع فيه العاقد حال تكوين إرادته فيندفع إلى التعاقد تحت تأثيره ويسمى لهذا بالغلط العائب للإرادة، ولذلك يتعين أن نستبعد من نطاق البحث صوراً أخرى من الغلط يؤدي بعضها إلى عدم انعقاد العقد أصلاً (وهذا هو الغلط المانع)، والبعض الآخر لا يؤثر في صحة التعاقد (وهذا هو الغلط غير المؤثر).

( ١ ) الغلط المانع: ويقصد به ذلك الذي لا يقتصر فقط على تعيب الإرادة وإنما يعدمها كلياً فيمنع من إبرام العقد، وهو يتحقق في أربع حالات هي:

أ- الغلط في ما هيه العقد، كأن يسلم شخص آخر شيئاً ليودعه لديه، فيعتقد الآخر أنه قد وهبه إياه.

ب- الغلط في ذاتية المحل، كأن يبيع شخص منزلاً معين من منازلته التي يملكها ويعتقد المشتري أنه يشتري منزلاً آخر.

ج- الغلط في وجود سبب الالتزام، كما إذا اتفق الورثة مع الموصى له على إعطائه مالاً من أموال التركة تنفيذاً لوصية مورثهم ثم يتضح أن الموصى كان قد رجع عن الوصية قبل وفاته.

د- الغلط في وجود محل الالتزام، كما إذا اتفق على بيع شيء معين بذاته ثم يتضح أن المبيع كان قد هلك قبل الاتفاق.

ففي الحالات السابقة لا ينعقد العقد لعدم توافق الإرادتين على ماهية العقد أو المحل أو السبب، وهي الأركان الأساسية للعقد التي لا يمكن أن ينعقد دون توافق الإرادتين عليها، لذلك يستبعد من نطاق دراستنا هنا هذا النوع من الغلط لأنه يتعلق بوجود التراضي لا بصحته.

## ( ٢ ) الغلط غير المؤثر:

يقصد بالغلط غير المؤثر ذلك الذي لم يكن له أي دور في تكوين الإرادة بل طراً بعد تكوينها، كأن يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على سعر الوحدة من وحدات السلع المباعة بغير غلط من أي من الطرفين ثم يحدث الغلط في حساب السعر الإجمالي، أو الغلط الذي يحدث عند نقل الأرقام من ورقة إلى أخرى، فنظراً إلى أن الإرادة هنا تكونت لدى المتعاقد – وقت إبرام العقد – تكويناً سليماً فإن العقد ينعقد وفقاً لما اتجهت إليه الإرادة مع تصحيح ما وقع من غلط.

وبناءً على ما تقدم ينحصر نطاق بحث الغلط كعيب في الإرادة في الغلط الذي يقع فيه العاقد حال تكوين إرادته أي الغلط العائب، إذا كانت أركان العقد جميعاً قد توافرت.

والآن نعود إلى سؤالنا السابق وهو ما أثر الغلط بالمعنى الذي حددناه (أي الغلط العائب) على العقد؟ في الواقع أن الإجابة على هذا السؤال تقتضي التوفيق بين المصالح المتعارضة التي يمثلها العقد، فهناك من ناحية مصلحة المتعاقد الذي وقع في الغلط، وهي تجيز له طلب إبطاله لكي يتحلل من العقد الذي أبرمه تحت تأثيره، إذ أن إرادته كانت معيبة، وعدلاً ومنطقاً لا يجوز أن تلزم الإرادة المعيبة صاحبها. وهناك من ناحية أخرى مصلحة المتعاقد الآخر و المصلحة العامة، وهما تقضيان بالحد من نطاق الأخذ بالغلط تحقيقاً لاستقرار المعاملات، فليس من المعقول مثلاً أن يقال للمشتري الذي توهم أنه يستطيع أن يبيع ما أشتراه بثمن مربح، ولذلك أقدم على الشراء، يكون له أن يطلب إبطال عقد شرائه لمجرد أنه لم يتهياً له عقد تلك الصفقة الرباحة التي كان يأملها.

وأمام هذه الاعتبارات كان من المتعين وضع الشروط التي تكفل تحقيق التوازن بين مصلحة المتعاقد الواقع في الغلط في الإبطال، وبين مصلحة الطرف الآخر ودواعي استقرار المعاملات التي توجب عدم الاعتداد بالغلط، وهذا ما سندرس كيف حققه المشرع المصري في الغصن القادم.

## العصن الثاني

### شروط تحقق الغلط العائب للإرادة

تنص المادة ١٢٠ من القانون المدني على شروط الغلط المعيب للإرادة بقولها " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر وقع مثله في هذا الغلط أو كان علم به أو كان من السهل أن يتبينه " .

ومن الواضح أن المشرع لم يجعل كل غلط سبباً لطلب إبطال العقد، بل أنه اشترط لذلك شرطان: يتعلق أولهما بوجود أن يكون الغلط جوهرياً، ويتعلق الثاني بالمتعاقد الذي يبطل العقد للغلط في مواجهته، إذ يجب أن يتصل به الغلط على النحو الذي حدده النص.

### الشرط الأول: وجوب أن يكون الغلط جوهرياً:

لقد عرفت المادة ١/١٢١ مدني الغلط الجوهري بقولها " يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط .... " ، وهذا ما يسمى بالغلط الدافع أو بعبارة أخرى هو الغلط الذي لولاه لما أبرم المتعاقد العقد مطلقاً.

ويذهب الرأي السائد في الفقه إلى أن معيار الغلط الجوهري أي الدافع، هو معيار شخصي أو ذاتي العبرة فيه بشخص المتعاقد الغالط لا بشخص الرجل المعتاد، بحيث يعتبر الغلط جوهرياً إذ تبين أن هذا المتعاقد بالذات ما كان ليبرم العقد لو لم يقع في الغلط، وعلى العكس يكون الغلط غير جوهري إذا كان المتعاقد سيبرم العقد حتى لو تكشفت له الحقيقة.

ويترتب على الأخذ بالمعيار الشخصي أن يختلف الغلط من متعاقد إلى آخر، فقد يكون الغلط دافعاً لمتعاقد معين لقلة خبرته مثلاً ولا يكون كذلك بالنسبة لمتعاقد آخر يتسم بالخبرة وسعة الأفق.

والواقع أن المشرع المصري - خلافاً للمشرع الفرنسي - لم يحصر حالات الغلط بل أطلقها، آية ذلك أن المادة ١٢١ مدني بعد أن عرفت الغلط الجوهري في فقرتها الأولى عادت في فقرتها الثانية ونصت على أنه " ٢- ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص:

أ- إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

ب- إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد. "

فعبارة " على الأخص " الواردة في الفقرة الثانية، تفيد أن الموضوعين اللذين ذكرتهما لم يردا على سبيل الحصر بل على سبيل المثال، يبحث أن الغلط الواقع في غيرهما يعيب الإرادة متى كان جوهرياً، فالعبرة إذن في تعييب الإرادة من عدمه هي بكون الغلط جوهرياً أو غير جوهري، وليس بوروده على موضوع أو موضوعات معينة.

وعلى ضوء ما تقدم فإنه يعتد في القانون المصري – بالإضافة إلى الغلط في صفة جوهرية في الشيء والغلط في شخص المتعاقد أو صفة من صفاته – بالغلط في القيمة، والغلط في الباعث، متى كان هو الدافع إلى التعاقد.

### أولاً: الغلط في صفة الشيء:

إذا تعلق الغلط بصفة في الشيء فيجب – كما عبرت المادة ١/١٢١ مدني – أن تكون هذه الصفة جوهرية في نظر المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف وما ينبغي في التعامل من حسن النية.

ومعنى هذا – كما سبق أن ذكرنا – الأخذ بمعيار شخصي أو ذاتي في تحديد جوهرية الصفة، فوجهة نظر المتعاقد الذي وقع في غلط هي المعول عليه في هذا الصدد.

ولكن هذا المعيار الذاتي يقتضي الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهو أمر قد تصعب معرفته في بعض الحالات، لذلك أضاف المشرع ضابطاً موضوعياً يساعد على التعرف على هذه النية، ومن ثم لا تعتبر الصفة جوهرية إذا كانت كذلك في نظر المتعاقدين فقط، إذ هي تكون جوهرية أيضاً إذا كانت ظروف التعاقد وما يجب أن يسوده في التعامل من حسن النية يقضيان باعتبارها كذلك، فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ثم أتضح أنها ليست كذلك، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر في الآثار قرينة على نيته، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية المتعاقد الآخر، وأن يتمسك بما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشترها من تاجر الآثار، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك، ومن البدهي أنه يكفي توافر أحد هذين المعيارين لاعتبار الغلط في الشيء جوهرياً.

### ثانياً: الغلط في شخص المتعاقد الآخر أو في صفة من صفاته:

هذه هي الحالة الثانية من التطبيقات اللذين ذكرتهما المادة ٢/١٢١ من القانون المدني المصري، فالغلط كما قد يكون في الشيء محل التعاقد قد يكون أيضاً في ذات المتعاقد الآخر أو في صفة من صفاته الجوهرية.

وتبرز أهمية الغلط في الشخص في عقود التبرعات، أو في عقود المعاوضات التي يكون فيها شخص المتعاقد الآخر محل اعتبار، إذ تكون صفة المتعاقد أو ذاته جوهرية لدى المتعاقد الآخر، بمعنى أن هذه الصفة أو تلك الذات هي التي تدفعه إلى التعاقد.

ومن أمثلة الغلط الجوهري في ذات المتعاقد أن يقع الغلط في شخص الموهوب له في عقد الهبة، أو في شخص المزارع في عقد المزارعة، أو في شخص الشريك في عقد الشركة.

ومن أمثلة الغلط الجوهري في صفة المتعاقد أن يهب شخص مالاً لآخر معتقداً أنه قريب له ثم يتضح أنه ليس قريبه بل سميّه فقط، أو أن يؤجر شخص سكناً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا غبار عليه ثم يتضح أنها بغي، أو أن يؤجر المالك شقة في عمارته لرجل وامرأة كان يظنهما زوجين ثم يتضح أنه لا تربطهما

سوى علاقة غير شرعية، أو كان يبرم رب العمل عقداً مع عامل على أن لديه مؤهل معين ثم يتضح خلاف ذلك.

### ثالثاً: الغلط في قيمة الشيء:

الغلط في قيمة الشيء محل الالتزام قد يرجع إلى غلط في صفة جوهرية للشيء، وقد يرجع إلى مجرد خطأ في التقدير. والغلط في القيمة الذي يرجع إلى غلط في صفة جوهرية للشيء يعيب الإرادة فيجعل العقد قابلاً للإبطال متى كان هو الدافع إلى التعاقد، ومثال ذلك أن يشتري شخص خاتماً على أنه من الذهب ويدفع مبلغاً كبيراً، ثم يتضح له أنه من النحاس المطلي بالذهب وأن قيمته أقل بكثير مما دفعه فعلاً، وكمن باع سهماً بقيمته الفعلية وكان يجهل أنه ربح جائزة كبيرة، أو كمن باع منقولاً ورثه ولا يعرف قيمته (كما لو كان أثرياً).

أما الغلط في القيمة الذي يرجع إلى خطأ في التقدير فحسب، فلا زال في القضاء الفرنسي - وهو ما يؤيده شبه إجماع الفقه الفرنسي - غلطاً غير مؤثر ولو كان هو الدافع إلى التعاقد، أما في القانون المصري فيمكن اعتبار الغلط في قيمة الشيء المبني على خطأ في التقدير عيباً في الإرادة متى كان هذا الغلط دافعاً إلى التعاقد وذلك استناداً إلى الصيغة المطلقة التي وردت بها المادة ١٢١/١/أ مدني، كما لو باع الوارث نصيبه في الشركة ولكنه لم يحسن تقدير الحصة فباعها بأقل من قيمتها.

### رابعاً: الغلط في الباعث:

يقصد بالباعث السبب الدافع إلى التعاقد، وحيث أن هذا الباعث يتصل بطبيعته بأمر شخصية بالعاقد نفسه، فقد كان ينبغي أن لا يؤثر الغلط في الباعث في صحة العقد وذلك للسببين:  
الأول: أن الذي يجب أن يتحمل الغلط في الباعث هو العاقد الغالط نفسه، وليس من المعقول أو المقبول أن يلقى بهذه التبعة على العاقد الآخر فيتحلل الغالط من العقد مستنداً إلى الغلط الذي وقع منه.  
الثاني: أنه ليس من شأن العاقد الآخر أن يتحقق من صحة الباعث الذي دفع العاقد إلى التعاقد، فضلاً عن أنه غالباً لا يملك الوسائل التي تمكنه من ذلك حتى لو أراده، ومن ثم يكون الإبطال للغلط الباعث مبعثاً على عدم استقرار التعامل.

وبناءً على هذا فمن يشتري سيارة جديدة اعتقاداً منه بسرقة سيارته القديمة لا يستطيع أن يطالب بإبطال عقد شرائه إذا تبين له بعد ذلك أن السيارة القديمة لم تسرق، ومن يستأجر منزلاً في مدينة يعتقد أنه نقل إليها لا يستطيع أن يطالب بإبطال عقد الإيجار إذا تبين له بعد ذلك أنه لم ينقل.

ولكن المشرع المصري جعل الغلط في الباعث عيباً في الإرادة بشرط (وهذا هو الشرط الثاني من شروط الغلط العائب) أن يكون المتعاقد الآخر قد اتصل بهذا الغلط بأن كان يعلم بأن المتعاقد معه واقعاً في الغلط، أي يعلم بأن السيارة لم تسرق من المثل الأول، أو أن الموظف لم ينقل في المثل الثاني. وهكذا نخلص إلى أنه لا يشترط في الغلط - حتى يعيب الإرادة - أن يقع في أمر معين ولكن يشترط أن يكون دافعاً بحيث لولاه لما تعاقد من وقع في الغلط.

## الشرط الثاني : وجوب اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر:

لا يكفي أن يكون الغلط جوهرياً حتى يكون لم وقع فيه أن يطلب إبطال العقد، بل يتعين أن يكون المتعاقد الآخر قد اتصل بالغلط، والقول بغير ذلك يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، إذ سيفاجأ المتعاقد الآخر - وقد يكون بعيداً عن الغلط وغير عالم به - أن العقد الذي اطمأن إليه قد أبطل دون ما ذنب جناه. ويتحقق اتصال المتعاقد الآخر بالغلط طبقاً للمادة ١٢٠ من القانون المدني في حالات ثلاث هي: إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل أن يتبينه. وهكذا يتحقق شرط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر في حالتين: الأولى هي: الغلط المشترك، و الثانية هي: حالة الغلط الفردي الذي يقع فيه أحد العاقدين فقط إذا كان المتعاقد الآخر قد علم بوقوعه أو كان من السهل عليه أن يعلم ذلك.

### أ- الغلط المشترك:

يقصد بالغلط المشترك أن يكون المتعاقد الآخر واقعاً كذلك في نفس الغلط الجوهري الذي وقع فيه المتعاقد الغالط، مثال ذلك من يرث منقولاً معتقداً أنه غير أثري فيندفع إلى بيعه بثمن زهيد إلى مشتري يشارك البائع هذا الاعتقاد وقبل شرائه لجماله ورخص ثمنه، فهنا نجد أن كلا المتعاقدين - البائع والمشتري - قد وقع في غلط لصفة جوهريّة للبيع وهي صفة الأثرية. فإذا تبين البائع بعد ذلك ما وقع فيه من غلط بأن ما باعه إنما هو تحفة أثرية ثمنها أضعاف ما باعها به، جاز له أن يطلب الإبطال، ولا يكون هنالك ما ينافي استقرار المعاملات لأن الطرف الآخر - المشتري - كان واقعاً أيضاً في الغلط ذاته.

### ب- الغلط الفردي:

يقصد بالغلط الفردي ذلك الذي يقع فيه أحد العاقدين دون الآخر، وقد اشترط المشرع هذا النوع من الغلط - تحقيقاً لاستقرار المعاملات ومنعاً للمفاجأة - أحد أمرين: أما أن يكون الغلط معلوماً من المتعاقد الآخر، أو أن يكون هذا المتعاقد الآخر من السهل عليه من خلال ظروف التعاقد أن يتبين ذلك الغلط، ذلك أننا إذا اكتفينا بالغلط الفردي لإبطال العقد دون تطلب أي من هذين الأمرين، لكان في هذا تضحية بالمتعاقد الآخر الذي لم يكن يعلم بالغلط أو لم يكن من السهل عليه أن يتبينه، أما إذا كان هذا على علم بالغلط فهو يكون سيء النية لأنه لم ينبه المتعاقد معه إلى الغلط الذي وقع فيه ومن ثم لا محل لحمايته، وإذا لم يكن على علم بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه ولم يفعل، فهو يكون مقصراً ولا يستحق أن يكون في مركز أفضل من مركز المتعاقد الغالط الذي لم يكن له ذنب فيما وقع فيه من غلط. وتطبيقاً لذلك في مجال علم المتعاقد الآخر بالغلط فقد قضي بأنه " لما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه وقع في غلط جوهري إذ توهم أنه أختص في عقد القسمة الذي أبرمه مع أخيه المطعون ضده بمساحة ١٧٧,٧٨ متراً مربعاً وأنه لو كان يعلم أن ما يزيد على خمسين متراً من هذه المساحة يتداخل في طريق عام لأحجم عن إبرام هذا العقد، كما تمسك بأن قسيمه كان عالماً

بوقوعه في ذلك الغلط، وأنه دلس عليه بأن سكت عمداً عن تلك الواقعة حتى يتردي هو فيما شاب إرادته من غلط، ودلل على صدق ما يقول بما أقر به المطعون ضده نفسه بمحضر الاستجواب من أن ذلك الطريق كان مقاماً منذ أمد طويل حدده الخبير المندوب من محكمة الاستئناف بمدة تزيد على خمسين عاماً و أورد أنه يقتطع من نصيب الطاعن مساحة ٥٨,٥٠ متراً مربعاً، وإذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه لم يعن بتمحيص هذا الدفاع الجوهرى، وأقام قضاءه برفض الدعوى (دعوة الطاعن بطلب إبطال العقد) على ما قاله الحكم الابتدائي من أن الطريق الذي تداخل في نصيب الطاعن أنشئ بعد تحرير عقد القسمة بأربع سنوات، فإنه فضلاً عن مخالفة الثابت في الأوراق يكون مشوباً بقصور يبطله

من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبين أن المتعاقد معه واقعاً في الغلط وتطبيقاً لذلك في مجال أن يكون إذا اشترى شخصاً شيئاً من تاجر متخصص في بيع الأشياء الأثرية، فمن السهل على هذا التاجر أن يتبين أن المشتري يعتقد أن ذلك الشيء أثري، فإذا لم يكن الشيء كذلك ولم يبين البائع للمشتري أن الشيء غير أثري، كان مقصراً ولا جناح على المشتري أن يطلب إبطال البيع للغلط. وحاصل ما تقدم أن الغلط الجوهرى لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه.

فإذا تحددت نظرية الغلط في القانون المصرى على هذا النحو، فإنها لا تتنافى مع استقرار التعامل الذي يجب أن يسود المتجمع، ذلك أن المتعاقد الذي وقع في الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجئ بطلب إبطال العقد دون ما ذنب جناه، فقد ثبت أن هذا المتعاقد الآخر كان واقعاً في ذات الغلط الجوهرى أو كان يعلم به أو كان في استطاعته أن يعلم أن هذا الغلط الجوهرى هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد.

### الغلط في القانون:

إن الذي يتبادر إلى الذهن عادة عند الكلام عن الغلط هو الغلط في الواقع أو الوقائع، أي الغلط الذي ينصب على أمر من أمور التعاقد ذاتها، وهو ما ينطبق على الحالات و الأمثلة التي سبق ذكرها والتي خص المشرع بعضها بالذكر، مثل الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته أو في صفة جوهرية في مادة الشيء محل التعاقد ... إلخ.

أما الغلط في القانون فهو ذلك (الذي ينصب على حكم القانون بالنسبة إلى أمر من أمور التعاقد)، بأن يعتقد الطرفان أو أحدهما أن القانون يقضي في أمر ما بحكم معين، في حين أنه يقضي في الحقيقة بحكم مخالف.

والغلط في القانون كالغلط في الواقع، قد يقع في صفة جوهرية في محل الالتزام (كأن يتعهد شخص بدفع دين لا اعتقاده أنه دين مدني ثم يتضح له أنه دين طبيعي لا جبر عليه في تنفيذه)، أو في صفة جوهرية في شخص المتعاقد (كأن يهب شخص مالا لمطلقاته معتقداً أنه استردها لعصمته وهو يجهل أن الطلاق

الرجعي يصبح بائناً بانتهاء العدة فلا تعود إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين)، أو قيمة الشيء محل الالتزام (كأن يبيع وارث حصته في الشركة وهو يعتقد أنه يرث ثمن الشركة ثم يتضح له أنه يرث الربع)، أو في الباعث (كأن يتعهد وارث بتسليم شيء يجاوز ثلث الشركة لأن مورثه باعه في مرض الموت وكان الوارث يجهل أن هذا البيع فيما زاد على ثلث الشركة يتوقف على إجازته). وإذا كان الغلط في الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال متى كان الغلط جوهرياً وامتصلاً بالمتعاقد الآخر على النحو الذي عرضناه، فهل يعتد بالغلط في القانون شأن الغلط في الواقع؟

تردد البعض في قبول الطعن في العقد بسبب الغلط في القانون على سند من القول بأنه يتعارض مع القاعدة الشهيرة القاضية بأنه " لا يعذر أحد بجهل القانون "، إذ أن من يتمسك بالغلط في القانون لإبطال العقد إنما يحتج في الواقع بجهله بالقانون وهذا غير جائز.

والحقيقة أن هذا الشك سرعان ما يتبدد بتوضيح الاختلاف بين الحالتين، فالاعتذار بالجهل بالقانون يستهدف استبعاد تطبيق القاعدة القانونية بحجة عدم العلم بها وهذا غير جائز، إذ معناه التهرب من أحكام القانون بالاعتذار بالجهل بوجوده، إما التمسك بالغلط في القانون فيسعى به صاحبه إلى نتيجة مناقضة تماماً، إذ أنه يسعى إلى تطبيق الحكم الصحيح للقانون، بدلاً من الحكم الذي تصوره صحيحاً ولا يسعى إلى استبعاده، وشتان بين المعنيين مضموناً وأثراً، فالوارث الذي يطالب بإبطال العقد الذي باع به نصيبه في الميراث معتقداً أنه الثمن في حين أنه الربع لا يهدف إلى استبعاد تطبيق قواعد الميراث، بل بالعكس فهو يتمسك بتطبيقها وإعمال حكمها.

ولهذا جرى القضاء الفرنسي على جواز التمسك بالغلط في القانون كسبب لإبطال العقد شأنه في ذلك شأن الغلط في الواقع.

كما أن القانون المدني المصري يعتد بالغلط في القانون فيجعله سبباً في إبطال العقد، إذ تنص المادة ١٢٢ منه على أنه " يكون العقد قابلاً للإبطال بسبب الغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقضي القانون بغيره ".

وعلى هذا النحو يجوز التمسك بالغلط في القانون لإبطال العقد بذات شرطي الغلط في الواقع، وهما وجوب أن يكون الغلط جوهرياً، و أن يكون متصلاً بعلم المتعاقد الآخر على النحو الذي عرضنا له.

**على أنه يشترط فضلاً عن هذين الشرطين توافر ثلاث شروط أخرى هي:**

**الشرط الأول:** أن يكون الغلط في القانون قد أنصب على قاعدة مستقرة أي ليست محلاً لخلاف جدي، فإذا كانت القاعدة خلافية انقسمت بصدها الآراء وفهمها العاقد على معنى معين وأبرم العقد بناءً على هذا المعنى، ثم استقرت القاعدة على معنى آخر فلا يجوز له طلب إبطال العقد للغلط في القانون، ذلك أن إرادة هذا التعاقد لم تكن معيبة، فلم يقم في ذهنه ذلك الوهم الذي صور له الأمر على غير حقيقته، إذ أنه يعلم بقاعدة القانون ورجح لها أحد المعنيين على الآخر.

**الشرط الثاني:** أن يكون من شأن التمسك بالغلط في القانون أعمال حكم القانون لا استبعاده كما رأينا، فإذا كان القصد من الاحتجاج بالغلط هو عدم تطبيق حكم القانون امتنع التمسك به، فمثلاً لا يجوز لمن أقرض بفائدة تزيد على الحد الأقصى القانوني أن يحتج بجهله بالنص الذي يحدد هذا الحد الأقصى، والذي يقضي بإنقاص الفائدة إلى هذا الحد، لكي يطلب إبطال القرض واسترداد ما أقرض. ذلك أن هذا الطلب ينطوي على استبعاد حكم القانون، ونفس الأمر بالنسبة للقواعد الأمرة التي تضع حداً أقصى لأجرة الأماكن السكنية.

**الشرط الثالث:** أن لا يكون القانون قد نص صراحة على عدم الاعتداد بالغلط في القانون، من ذلك ما نص عليه من عدم جواز الطعن في عقد الصلح لغلط في القانون (٥٥٦ مدني). ويبرر هذا الحكم بأن عقد الصلح ينطوي على اتجاه إرادة الطرفين على حسم ما بينهما من نزاع دون تقيد بتطبيق القانون تطبيقاً دقيقاً، وأنه لذلك يتعذر تبين ما إذا كانت الشروط المتفق عليها في عقد الصلح مبنية على غلط أحد المتعاقدين فيما هو مقرر له من الحقوق قانوناً أم أن مبنائها هو الرغبة بحسم النزاع دون تقيد بأحكام القانون.

أخيراً يلاحظ أن الغلط في القانون على نحو ما سبق عرضه يؤدي إلى غلط في الواقع ويثار عادة بمناسبة، فالزوج الذي يبيع نصيبه من ميراث زوجته دون تحديد قدره معتقداً أنه الربع في حين أنه في حقيقته النصف، يقع في غلط في القانون وفي غلط في الواقع في آن واحد، وغلط الواقع ورد على القدر المبيع والتمن الذي حصل عليه، في حين أن غلط القانون ورد في توهمه حكم القانون على غير حقيقته.

## الفصل الثالث

### آثار الغلط

رأينا أن المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري تنص على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ... " ووفقاً لهذه المادة فإن الأثر المترتب على الغلط المعيب للرضا هو جعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة العاقد الذي وقع في الغلط دون المتعاقد الآخر، وحق العاقد الغالط في طلب إبطال العقد للغلط كغيره من الحقوق ليس مطلقاً، فهو يتحدد بما لا يتنافى مع حسن النية، وفي ذلك تقضي المادة ١٢٤ مدني على أنه:

" ١- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية

٢- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدادة لتنفيذ العقد "

وبناءً على هذا النص فإنه إذا كان المتعاقد قد وقع في غلط وأصبح من حقه أن يطلب الإبطال فيجب أن لا يتعارض استعمال هذا الحق مع ما يقضي به حسن النية، فالغلط وهم كاذب يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن يجره إليه المتعاقد الآخر ومن ثم فغلطه يعزى إليه قبل كل شيء، فإن أراد أن يتمسك به توصلاً لإبطال العقد وجب أن لا يكون ذلك منه على نحو يتعارض مع ما يوجب عليه حسن النية وشرف التعامل وإلا كان متعنناً فيما يطلب من حماية القانون ولزم رفض دعواه.

ومن أبرز الحالات التي يظهر فيها التعنت والتي خصها المشرع بالذكر في المادة ٢/١٢٤ مدني أن يصر الغالط على إبطال العقد وتصفية التعامل مع غريمه في الوقت الذي يظهر فيه هذا الأخير استعدادة لتصحيح الموقف وإتمام التعامل على نحو ما كان يقصده الغالط وقت التعاقد أي على نحو يرتفع معه كل أثر للغلط، مثال هذه الحالة أن يشتري شخص شيئاً معتقداً أنه أثري ثم يتضح له أنه ليس كذلك، فيصر على التخلص من الصفة كليةً برغم أن البائع يعرض عليه بنفس الثمن شيئاً أثرياً مطابقاً لما توهمه.

ففي مثل هذه الحالة يكون التمسك بالإبطال رغم ما عرضه الطرف الآخر من تصحيح للوضع متعارضاً مع حسن النية وبالتالي غير جائز قانوناً.

هذا وينبغي في النهاية أن نشير إلى أن الحكم بإبطال العقد لا يمنع من الحكم بالتعويض إذا ترتب على هذا الإبطال إلحاق أضرار بأحد المتعاقدين.

## الفرع الثاني التدليس

أولاً: تعرف التدليس والعلاقة بينه وبين الغلط

التدليس هو (إيهام شخص بغير الحقيقة باستخدام وسائل احتيالية بقصد حمله على التعاقد).  
فالمدلس يستخدم الطرق الاحتيالية ليقوع الطرف الآخر (المدلس عليه) في غلط يحمله على التعاقد، لذا فإن ما يعيب الرضا ليس وسائل التحايل أو التغرير بذاتها وإنما ما ينتج عنها من غلط يقع فيه المتعاقد المدلس عليه.

ومن هذا تظهر الصلة بين الغلط والتدليس، فإذا كان الغلط وهماً تلقائياً يقوم في نفس المتعاقد فيحمله على التعاقد، فإن التدليس يكون وهماً مستشاراً (أي غير تلقائي) إذ أنه متولد عن فعل صادر من الغير (المدلس).

ومن أمثلة التدليس أن يقدم البائع مستندات مزورة عن جودة السلعة المباعة أو مكان صنعها، ليحمل الطرف الثاني على الشراء، أو أن يقدم عامل شهادات مزورة عن مؤهلاته وخبرته ليحمل صاحب العمل على التعاقد معه وينجح في ذلك، أو أن يقدم شخص مستندات غير حقيقية عن حالته المالية إلى أحد البنوك وينجح في فتح اعتماد له بناءً على هذه المستندات.

ففي هذه الأمثلة إذا ثبت أنه لو لا الغلط الناتج عن التدليس والذي وقع فيه المدلس عليه لما تم العقد، كان له أن يطلب إبطال العقد، فضلاً عن حقه في التعويض عما لحق به من أضرار وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.

وإذا كان ما تقدم يفيد أن أساس تعيب الإرادة في التدليس هو الغلط، فيكون من المقبول ومن المعقول أن يثار التساؤل عما إذا كانت نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس أما لا ؟

تختلف الإجابة على هذا السؤال بحسب موقف التشريعات المختلفة من الأخذ بالغلط.

فإذا وقفنا عند الشرائع التي تحدد للغلط حالات معينة على سبيل الحصر – كالقانون الفرنسي – نجد أن وجود نظرية للتدليس مستقلة بجانب نظرية الغلط أمر ضروري، فحيث يكون الغلط تلقائياً لا يعتد به ولو كان دافعاً إلى التعاقد إلا إذا وقع في صفة الشيء أو الشخص، أما حيث يكون الغلط ناشئاً عن تدليس فلا يكون له نطاق محدد بل يكفي أن يكون دافعاً للتعاقد، وعندئذ يصح أن يقع – فضلاً عما تقدم – على الباعث أو على القيمة، وهو في كل هذه الأحوال يجيز للمدلس عليه إبطال العقد.

أما في الشرائع التي توسعت في نظرية الغلط فجعلته سبباً للإبطال كلما كان دافعاً إلى التعاقد دون تحديد لموضوع الغلط – كالقانون المصري – فيمكن الاستغناء عن نظرية التدليس إلى حد كبير، ففي هذه الشرائع يكون الغلط سبباً لإبطال العقد سواء وقع في الشيء أو الشخص أو القيمة أو الباعث على نحو ما

رأينا ما دام كان جوهرياً أي دافعاً للتعاقد، بحيث لا يمكن أن نتصور عقداً يمكن إبطاله للتدليس ولا يمكن إبطاله للغلط.

ومع ذلك فقد نص القانون المصري على التدليس كعيب في الرضا مستقل عن الغلط، وقيل في تبرير هذا أن هناك فرقين عامين بين هذا وذلك:

**الأول:** أن إثبات الغلط الناتج عن التدليس أيسر، لأن الطرق الاحتمالية تكون في الغالب وسائل مادية يسهل إثباتها فتقوم دليلاً على الغلط، بينما الغلط التلقائي أمر نفسي ليس من اليسر أثباته.

**الثاني:** أن التدليس باعتباره عملاً غير مشروع يترتب عليه إذا نجم عنه ضرر، إلزام المدلس بالتعويض زيادة على إبطال العقد أما الغلط فجزاءه الإبطال فقط، ولا يعطي حق في التعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الآخر الذي علم الغلط أو كان يستطيع أن يعلم به.

### ثانياً: عناصر التدليس

تنص المادة ١٢٥ من القانون المدني المصري على أنه:

" ١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائباً عنه من الجسامة بحيث لو لها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

٢- ويعتبر تدليساً السكوت عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "

كما تنص المادة ١٢٦ من القانون المدني المصري على أنه " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس "

ويؤخذ من هذين النصين أن التدليس يقوم على عنصرين: أحدهما مادي يتمثل في المسلك التدليسي من حيل وغيرها، والثاني نفسي أو معنوي يتمثل في ضرورة توافر نية التدليس لدى المدلس.

### ( أ ) العنصر المادي: المسلك التدليسي:

يقصد بالمسلك التدليسي الحيل وغيرها من وسائل التبرير التي يستخدمها المدلس لتضليل المتعاقد الآخر وإيهامه بغير الحقيقة حتى يدفعه إلى تعاقد ما كان ليرتضيه لو لا هذا التدليس.

ويتحقق المسلك التدليسي بلجوء المدلس إلى طرق مادية متميزة ومستقلة بذاتها أي حيل تدليسية يؤدي بها غشه وخداعه، كما يتحقق بمجرد الكذب في الإدلاء بوقائع التعاقد وملابساته، أو السكوت عن ذكر هذه الوقائع.

## ١- الحيل التدليسية:

يقصد بالحيل التدليسية الطرق والوسائل الاحتيالية التي يلجأ إليها المدلس لتضليل المتعاقد وجره إلى التعاقد، مثال ذلك أن يقدم مالك منزل عقود إيجار مزورة لمن يريد شراء هذا المنزل بقصد إيهامه بأنه يغل دخلاً أكبر من دخله الحقيقي، وكأن يتقدم شخص ذو صحة جيدة للكشف الطبي عليه بدلاً من شخص آخر معتل الصحة يرغب في التأمين على حياته، وكان يظهر من يرغب في فتح اعتماد بنكي بمظهر الثراء مؤيداً ذلك بمستندات مزورة.

ومن الواضح من هذه الأمثلة أن المدلس لم يكتفي بالكذب والإدعاء بغير الحقيقة وإنما لجأ لتأييد كذبه بطرق ووسائل مادية اتخذت مظهراً خارجياً فسلك بذلك مسلكاً تدليسياً أدى إلى تضليل المدلس عليه ودفعه إلى التعاقد.

## ٢- الكذب التدليسي:

القاعدة أن الكذب في ذاته لا يعد تدليسياً طالما كان داخلياً في نطاق المبالغة المألوفة في التعامل، فمن يروج لبضاعته ملتجئاً في ذلك إلى المبالغة في بيان صفاتها وإبراز محاسنها لا يعتبر مدلساً، إذ أن مثل هذا الكذب أصبح أمراً مألوفاً في المعاملات العادية بين الناس.

أما إذا جاوز الكذب الحد المألوف في التعامل أعتبر تدليسياً يعيب الرضا، وهو ما يتحقق حين ينص الكذب على واقعة لها أهميتها عند المتعاقد بحيث ما كان ليتعاقد لو لا التأكيدات غير الصحيحة التي صدرت بشأنها، كما لو أعطى شخص لشركة تأمين بيانات كاذبة بقصد إخفاء حقيقة الأخطار التي يتعرض لها أو كما لو أدلى شخص ببيانات كاذبة عن كفايته وخبرته السابقة بقصد الحصول على وظيفة.

## ٣- السكون (الكتمان) التدليسي:

الأصل أن السكوت عن ذكر ما يتعلق بالتعاقد لا يعتبر تدليسياً، إذ ليس ثمة ما يوجب على المتعاقد أن يدلي لمن تعاقد معه بكل ملابسات التعاقد وما يتصل به وإلا كان في ذلك حرج شديد. فعلى كل متعاقد أن يراعي مصلحته الخاصة ويتحرى بنفسه المعلومات التي يهيمه معرفتها قبل أن يقدم على التعاقد.

ولكن هناك أحوالاً يعتبر الكتمان فيها تدليسياً، وهي الأحوال التي يكون فيها هناك التزام على المتعاقد بأن يدلي ببعض البيانات لمن يتعاقد معه، فحيث يلزم الإفصاح يكون الكتمان نوعاً من الكذب هو كذب سلبي. وقد يكون مصدر الالتزام بالإدلاء ببعض البيانات نصاً في القانون، كما هو الحال في عقد التأمين حيث توجب المادة ٢/٧٥٢ مدني على طالب التأمين أن يقدم للؤمن جميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه، وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو العرف المألوف في التعامل أو في طبيعة العقد ذاتها التي تفرض درجة عالية من الثقة والأمان بين الطرفين ليس فقط خلال تنفيذه بل وأيضاً عند إبرامه، كما هو الحال في عقد الوكالة وعقد الشركة.

بل أنه في كثير من الأحيان يكون مصدر الالتزام بالإفشاء هو القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الغش، فقد يبدو أن هناك أمراً يعلق عليه المتعاقد أهمية خاصة ومع ذلك يكتمه عن المتعاقد معه فيحمله بذلك على التعاقد، كأن يبيع شخص لآخر منزلاً ويكتم عنه أنه قد شرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة، أو أن يتصالح وارث مع مدين للتركة مكتفياً فقط بأخذ جزء من الدين، وهو يجهل أن هناك تأمين يضمن الدين كله ويعلم المدين جهل الوارث بذلك ويكتم عنه هذا الأمر ليحمله على الصلح.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض بأن " النص في المادة ١٢٥ من القانون المدني يدل على أن الحيلة غير المشروعة التي يتحقق بها التدليس إما أن تكون إيجابية باستعمال طرق احتيالية أو أن تكون سلبية بتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر متى كان هذا الأمر يبلغ حداً من الجسامة بحيث لو علمه الطرف الآخر لما أقدم على التعاقد بشروطه، وإذا كان دفاع الطاعن في الدعوى قد قام على أن الدافع على شرائه العقار بالثمن المتفق عليه هو الانتفاع به خالياً من شاغله اعتماداً على ما ورد بالعقد من أن هذا العقار مؤجر مفروشاً وهو ما يعني إمكانية إخلاء مستأجره منه لعدم تمتعه بميزة الامتداد القانوني المقررة في قوانين إيجار الأماكن وأنه - أي الطاعن - قد تبين له بعد التعاقد أن هذا العقار مؤجر خالياً وقد حكم نهائياً برفض دعوى الإخلاء التي أقامها المطعون ضده على المستأجر لثبوت أن العقار مؤجر له خالياً وذلك قبل إبرام العقد بما يجاوز سنة وأن المطعون ضده قد دلس عليه بما أثبتته على خلاف الحقيقة في عقد البيع من أن العقار مؤجر مفروشاً وبتعمده كتمان سيق صدور حكم نهائي برفض دعوى إخلاء المستأجر لاستئجاره العقار خالياً، ومع أنه لو علم بهذا الأمر لما أقدم على إبرام العقد بالثمن المتفق فيه، وهو منه دافع جوهرى قد تغير به - إن صح - وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يعن ببحث دفاع الطاعن على وجهه الصحيح ورتب على ما خلص إليه من انتفاء التدليس قضاءه برفض الدعوى يكون فضلاً عن قصوره في التسبيب قد أخطأ في تطبيق القانون".<sup>١١</sup>

وأخيراً قد يرجع مصدر الالتزام بالإفشاء إلى عدم وجود طريق آخر يعلم منه المتعاقد بالأمر الذي كتم عنه.

ففي مثل هذه الأحوال لكل من المتعاقدين أن يتوقع من الآخر أن يصارحه بما يعلمه من أمور مؤثرة في العقد، فإذا علم أحد العاقدين في هذه الأحوال بأمر له أهميته في التعاقد وأدرك أن العاقد الآخر يجهله ومع ذلك كتمه عنه فإن هذا الكتمان يكون تدليساً، إذ أن غلط المتعاقد الآخر يكون نتيجة هذا الكتمان.

## ٢- العنصر النفسي أو المعنوي: نية التضليل:

لا يكفي لقيام التدليس توافر المسلك التدليسي من حيل أو كذب أو كتمان بالمعان السابق إيضاحه، ولكن يجب أن يكون المدلس قد قصد بهذا المسلك إيقاع المدلس عليه في غلط يدفعه إلى التعاقد. وبناءً على ذلك لا يعد تدليساً انخداع أحد العاقدين بمظهر الثراء الذي يبدو على العاقد الآخر دون أن يتعمد هذا خداعه، أو عدم ذكر المتعاقد أمراً يهم المتعاقد الآخر دون أن يكون قد تعمد إخفاءه عنه بقصد تضليله.

ويتعين لتحقيق العنصر النفسي في التدليس أن تتجه نية المدلس إلى تحقيق غرض غير مشروع، فإذا كان قصده مشروعاً كما في حالة لجوء الدائن إلى طرق احتيالية للحصول على حقه، وحالة لجوء المودع إلى طرق احتيالية للحصول على وديعته من المودع عنده، فلا يتحقق التدليس. ومن المستقر أن قيام التدليس بعنصريه المادي والمعنوي مسألة واقع تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع الذي له أن يقدر ما إذا كان التدليس متوافراً من عدمه، دون أن يخضع في تقديره لتعقيب محكمة النقض ما دام حكمه قد قام على أسباب سائغة تبرره.

## ثالثاً: شروط تحقق التدليس العائب للإرادة:

أشرنا من قبل إلى أن التدليس يعيب الإرادة عن طريق نتيجته، وهو الغلط الذي يسببه للمدلس عليه، لذلك فإن شرطي تحقق الغلط هما ذاتهما شرطي تحقق التدليس وهما:  
**الشرط الأول: أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد:**

وقد نصت المادة ١/١٢٥ مدني على هذا الشرط بقولها "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائباً عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد". ولكي يكون التدليس دافعاً إلى التعاقد يجب أن يكون المسلك التدليسي الذي سلكه المدلس على قدر من الأهمية، بحيث ينطلي على المتعاقد الآخر وينخدع به، فإذا تبين أن التدليس لم يكن له تأثير على إرادة المتعاقد المخدوع وأنه كان سيبرم العقد ولو لم يقع في الغلط فإن التدليس حينئذ لا يعتبر دافعاً ومن ثم لا يعيب الإرادة.

وتطبيقاً لذلك إذا سلك تاجر مسلماً تدليسياً لحمل شخص على الاعتقاد بأن تمثالاً ما أثري فصدقه وأشترى التمثال، وثبت بعد ذلك أنه غير أثري، ولكن ثبت كذلك أن المشتري اشتراه ليس لاعتقاده بأنه أثري بل لإعجابه بشكله، وأنه كان سيشتريه بنفس القيمة لو عرف قبل الشراء بأنه غير أثري، فإن التدليس لا يكون دافعاً إلى التعاقد.

ومعيار التدليس الدافع كما هو الشأن في معيار الغلط الدافع، معيار ذاتي أو شخصي ينظر فيه إلى شخص المدلس عليه ذاته لمعرفة مدى ما أحدثه التدليس في إرادته، فليست العبرة بوسيلة التدليس في ذاتها وفي مدى تأثيرها على الشخص العادي بل العبرة في تأثيرها على المتعاقد نفسه، فما ينخدع به الأمي لا ينخدع به المثقف أو المتعلم، وما يخدع غير التاجر قد لا يخدع التاجر لما له من خبرة في التعامل، وما يخدع البدوي أو القروي الساذج قد لا يخدع الحضري المستنير ... وهكذا.

ولكن ما هو الحكم إذا لم يكن أثر التدليس هو حمل المدلس عليه على التعاقد، وإنما اقتصر أثره فقط على استدراج المدلس عليه إلى قبول شروط أشد وطأة مما كان يقبله لو تبين حقيقة الأمر؟  
مثال ذلك أن يقدم بائع العقار إلى مشتريه عقود إيجار مصطنعه كي يوهمه أن ريع العقار مرتفع، ثم تبين للمشتري بعد ذلك تزوير العقود المقدمة إليه وأن العقار مؤجر بأجرة تقل عن الأجرة المثبتة في العقود المزورة، وثبت أن المشتري كان سيشتري العقار لو علم بحقيقة الأجرة قبل التعاقد ولكن بثمن أقل من الثمن الذي اشترى به فعلاً.

وقد ميز جانب من الفقه بين هذا النوع من التدليس (الذي أسماه التدليس العارض أو غير الدافع) وبين التدليس الدافع الذي لولاه ما كان المتعاقد ليتعاقد كلياً، وجعل من الأخير وحده عيباً يشوب الرضا، في حين يقصر أثر التدليس العارض على مجرد التعويض باعتباره أنه لا يعيب الرضا، ولكنه يمثل عملاً غير مشروع يخول التعويض عن الضرر الناجم عنه فحسب.

ولكن الرأي الراجح في الفقه رفض - بحق - التفرقة بين تدليس أصلي وتدليس عارض، واعتبر كلاهما عيباً يشوب الإرادة فيجعل العقد قابلاً للإبطال، تأسيساً على عدم إمكان الفصل بين إرادة التعاقد في ذاتها وبين الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها.

فإرادة التعاقد ليست إرادة مجردة، أي ليست إرادة إبرام عقد أياً كان، بل هي إرادة إبرام عقد معين بشروط معينة، والتدليس يعيب الإرادة سواءً كان دافعاً إلى التعاقد في ذاته أو كان دافعاً إلى قبول شروط ما كان المتعاقد يقبلها لو لم يكن مضللاً.

### الشرط الثاني: أن يكون التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر:

وهو يكون كذلك وفقاً للمادتين ١/١٢٥ و ١٢٦ مدني (وقد سلف إيرادهما) في الأحوال التالية:

#### ( أ ) صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه:

وهذه هي الحالة النموذجية لاتصال التدليس بالمتعاقد الآخر، وهي تتحقق متى كان المتعاقد الآخر هو الذي لجأ بنفسه إلى الحيلة أو لجأ إليها نائبه، مع ملاحظة أنه يقصد بالنائب هنا كل من يعمل لصالح المتعاقد الآخر بتكليف منه ولو لم يكن نائباً بالمعنى الدقيق، ومن أمثلة ذلك التابع وهو أي شخص تكون له صلة بالمتعاقد الآخر من شأنها أن تجعله يعمل لخدمته ولحسابه، كالولد أو الزوج الذي يحتال على شخص لكي يدفعه إلى التعاقد مع أبيه أو زوجه، مثال ذلك أيضاً من وسطه المتعاقد في إبرام العقد مثل السمسار المكلف من البائع للبحث عن مشتري، وكذلك الصديق الذي كلفه صديقه في التوسط لإتمام الصفقة، ففي كل هذه الصور تتوافر نفس العلة التي جعلت المشرع يضيف على النائب نفس حكم المتعاقد الذي صدر منه التدليس.

## ( ب ) صدور التدليس من الغير وعلم المتعاقد الآخر بهذا التدليس حقيقةً أو حكماً:

إذا كان التدليس لم يصدر من المتعاقد الآخر أو من نائبه بالمعنى الواسع الذي حددناه وإنما صدر من الغير، فلا يكون للمدلس عليه أن يطلب الإبطال ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس.

ويكون المتعاقد الآخر عالماً بالتدليس الصادر من الغير إذا ثبت أن هذا الغير يعمل بتحريض منه، ويكون من المفروض في المتعاقد الآخر أن يعلم بحصول تدليس إذا كان في استطاعته لو بذل عناية الشخص المعتاد، أن يعلم بحصول تدليس من الغير دفع المدلس عليه إلى التعاقد، ذلك أن هذا المتعاقد يعتبر حينئذ مقصراً ويؤخذ باعتباره في حكم العالم بالتدليس الصادر من الغير، مثال ذلك أن يصطحب أحد المرشدين سائحاً إلى محل لتجارة التماثيل والأشياء الأخرى المقلدة للأشياء الأثرية ويدفعه إلى شراء شيء من هذه الأشياء بثمن مرتفع، إذ حينئذ يمكن القول أن البائع رغم عدم سلوكه لأي مسلك تدليسي من المفروض فيه حتماً أن يعلم بحصول تدليس من المرشد وقع على المشتري.

أما إذا كان المتعاقد الآخر لم يعلم وليس من المفروض حتماً أن يعلم بالتدليس الصادر من الغير، فلا يجوز طلب إبطال العقد منعاً لمفاجئته وتحقيقاً لاستقرار المعاملات، إذ ما ذنبه والتدليس لم يصدر منه ولا من نائبه وإنما صدر من الغير دون علم به حقيقةً أو حكماً، ولا يكون أمام المدلس عليه في هذه الحالة إلا أن يرجع على الغير المدلس على أساس المسؤولية التقصيرية.

## رابعاً: جزاء التدليس:

إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه أبرم العقد تحت تأثير التدليس كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحته. وإلى جانب طلب الإبطال يكون للمدلس عليه أن يطالب المدلس سواء أكان هو المتعاقد الآخر أم غيره، بأن يعرضه عن الضرر الذي أصابه بسبب ذلك التدليس طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، إذ التدليس في ذاته يعتبر عملاً غير مشروع يستوجب المسؤولية عن الضرر الناشئ عنه.

وليس هناك ما يمنع من أن يكتفي المدلس عليه بطلب التعويض دون أن يرفع دعوى الإبطال للتدليس، إذ قد يقدر أن من مصلحته الإبقاء على العقد مع الاكتفاء بالتعويض دون الإبطال.

ويلاحظ أن المشرع لم يورد في شأن التدليس حكماً مماثلاً للحكم الذي أوردته المادة ١/١٢٤ مدني في شأن الغلط والذي يقضي بأنه : ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ويبقى ملزماً بالعقد إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذه.

ويرى البعض - بحق - أن هذا الإغفال مقصود من جانب المشرع ببرره أنه أراد ألا يلزم المدلس عليه بالاستمرار في علاقة عقدية مع شخص مدلس، لأنه إذا كان في تمسك ضحية التدليس بإبطال العقد شيء من الخطأ، إلا أن خطأ المدلس بارتكابه التدليس " يبتلع " ويجب ويستغرق خطأ المدلس عليه.

## الفرع الثالث الإكراه

تناول المشرع الإكراه كعيب في الإرادة في المادتين ١٢٧ و ١٢٨ من القانون المدني حيث تنص الأولى على أنه:

١- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس.

٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

٣- ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه.

وحيث تنص الثانية (المادة ١٢٨) على أنه:

" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه ".  
وسوف نعالج عيب الإكراه في النقاط التالية:

### أولاً: تعريف الإكراه:

يمكن تعريف الإكراه على ضوء المادة ١٢٧ مدني السابقة، بأنه (تهديد غير مشروع بايقاع أذى بالمتعاقد أو بغيره إن لم يبرم عقداً معيناً، يولد رهبة في نفس المتعاقد تدفعه إلى التعاقد اتقاءً للأذى).

وقد عرفت محكمة النقض الإكراه بقولها: " الإكراه المبطل للرضا يتحقق بتهديد المتعاقد بخطر جسيم بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار ما لم يكن ليقبله اختياراً ".  
وكما رأينا في التدليس من أن وسائله ليست هي التي تفسد الإرادة وإنما الذي يفسدها هو ما ينتج عنها من وهم يدفع إلى التعاقد، فكذا الأمر بالنسبة للإكراه فليست وسيلته هي التي تفسد إرادة المكره بل ما تحدثه تلك الوسيلة من رهبة في نفسه تحمله على التعاقد.

وإذا كان الإكراه يتفق مع التدليس في أن كلا منهما ليس إلا أداة العيب أو وسيلة وليس هو العيب نفسه، إلا أن الإكراه يمتاز عن التدليس والغلط أيضاً بالنسبة إلى موضوع كل منهما، فبينما يؤثر التدليس أو الغلط على علم المتعاقد بما يرتضيه بحيث يأتي رضاه عن غير بينة بحقيقة الحال، نجد أن الإكراه لا يمس من العاقد إلا الاختيار وليس العلم، ذلك أن المكره يقدم على التعاقد وهو على بينة بما يرتضيه، ولكن رضائه لا يجيء عن حرية واختيار وإنما عن قسر وإجبار.

ومن الواضح أن الإكراه الذي يعيننا هنا هو الإكراه الذي يعيب الإرادة (الإكراه المعنوي) وليس الإكراه الذي يعدمها (الإكراه المادي)، فمع هذا الأخير ينعدم ركن الرضا ولا يقوم العقد أصلاً إذ يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، مثال ذلك من يمسك بإبهام شخص ويطلب بصمته عنوه على ورقة مثبتته لالتزام أو يأخذ تلك البصمة تحت تأثير مخدر أو تنويم مغناطيسي.

أما الإكراه الذي يعيب الإرادة فيتحقق معه الرضا ولكنه يكون معيباً لصدوره تحت تأثير الخوف والرهبة، فالمكره يقارن بين وضعين كلاهما مر: إبرام العقد وتفادي الأذى، أو رفض التعاقد وتحمل الأذى، فيختار الأول، فهو إذن قد أراد العقد ولكنه لم يرد إلا لأنه أجبر على أن يريد.

فلا يشترط في الخطر الجسيم ولا وسائل الضغط التي يستعملها أحد المتعاقدين لإرغام الآخر على التعاقد أن تعدم إرادة المكره، بل يكفي أن تفسدها بأن تحدث رهبة تدفعه إلى قبول تصرف ما كان ليقبله لو كانت إرادته حرة ويضطر لذلك للموازنة بين وقوع ما يكره وإبرام التصرف فيختار أهون الضررين، فكلما اقترنت الوسائل غير المشروعة بغاية غير مشروعة وتأثرت إرادة المتعاقد كان العقد قابلاً للإبطال، لأنه لا يحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه.

ونظراً لتحقق الإرادة على هذا النحو فإن العقد يقوم ولكن لكون الإرادة معيبة بعيب الإكراه فإنه يقع قابلاً للإبطال.

### ثانياً: عناصر الإكراه:

للإكراه العائِب للإرادة عنصران: الأول مادي يتمثل في وسائل التهديد والإكراه التي يتعرض لها المتعاقد، والثاني نفسي أو معنوي يتمثل في الرهبة أو الخوف الذي يتولد في نفس المتعاقد كنتيجة للأذى الذي يتهدده.

#### ١- العنصر المادي: التهديد:

لكي نكون بصدد إكراه يتعين أن يقوم شخص بتهديد آخر بإيقاع أذى به أو بغيره أن لم يتعاقد، فإذا لم يكن هناك ثمة تهديد بالإيذاء فلا تكون الإرادة معيبة، ولو تولدت في نفس المتعاقد رهبة أو خشية من مصدر آخر غير التهديد بالأذى.

والتهديد الذي يولد الرهبة قد تكون وسيلته حسية أو نفسية، فقد تكون وسيلة التهديد هي البدء في إلحاق الأذى فعلاً بالجسم، كالضرب أو التعذيب، ويوصف التهديد حينئذ بأنه حسي أو جسدي، وهو نادر الوقوع في العمل ولاسيما في الأوساط المتحضرة، ولكن الغالب أن تكون الوسيلة هي التهديد قولاً بأذى معين إذا لم يبرم من وجه إليه التهديد العقد المطلوب ويوصف التهديد حينئذ بأنه نفسي أو معنوي.

وفي الحالتين يكون أثر التهديد نفسياً وهو الرهبة من استمرار الألم الناشئ عن الضرب أو التعذيب في الحالة الأولى أو الرهبة من احتمال إيقاع الأذى المهدد به في الحالة الثانية.

ومتى ولد التهديد بالأذى رهبة في نفس المهدد دفعته إلى التعاقد فلا أهمية بعد ذلك بشخص من يلحقه الأذى، فقد يكون المتعاقد ذاته سواءً كان الإيذاء في النفس (كالتهديد بالقتل أو الخطف) أو في العرض (كالتهديد بالاغتصاب أو هتك العرض) أو في الشرف (كالتهديد بنشر أمور مشينة تمس السمعة وتهدد المكانة) أو في المال (كالتهديد بإتلاف مال أو إحراقه أو إخفائه أو جعل الانتفاع به مستحيلاً).

وقد يكون التهديد بأذى في أي صورة من الصور السابقة، يلحق شخص آخر يحرص المهدد على عدم وقوع أي أذى له، كالابن أو الأب أو الزوج أو أحد الأقارب أو حتى صديق أو أي شخص أجنبي يهتم المهدد بأمره، بل قد يكون التهديد بالأذى مما يلحق شخص القائم بالتهديد ذاته كما لو هدد ابن والده بالانتحار إذا لم يهبه مالا معيناً.

وإذا كانت العبرة في الإكراه بالرهبة التي تمتلك المتعاقد فإن اشتراط المادة ٢/١٢٧ مدني كون الأذى الذي يتهدد المتعاقد جسيماً وحالاً أو محدقاً أمر لا لزوم له، ولذلك أغفلت بعض التشريعات الحديثة هذه الشروط (كالقانون الألماني والسويسري والبولوني) واكتفت بكون التهديد قد ولد في النفس خوفاً دافعاً إلى التعاقد، فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية (كالتهديد بمسدس خال من الطلقات، أو التهديد بلعبة أطفال تشبه المسدس) ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المتعاقد، وتصور أنه مهدد فعلاً بخطر جسيم كان هذا كافياً لإفساد الرضا.

كذلك لا لزوم لاشتراط كون الخطر حالاً أو محدقاً، فالتهديد بخطر مستقبل قد يبعث في النفس رهبة في الحال تدفع إلى التعاقد، فالعبرة إذن بالحالة النفسية للمتعاقد وقت التعاقد.

ووسائل الإكراه حسية كانت أو نفسية، يتعين أن يكون مبعثها أو مصدرها شخص ما وليس شيء بمعنى أن تكون هذه الوسيلة بفعل فاعل، سواءً أكان هو المتعاقد الآخر أو من في حكمه أو أي شخص آخر من الغير، أما إذا تولدت الرهبة التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد بغير تدخل من أحد فلا يجوز إبطال العقد للإكراه، وإن جاز الطعن على أساس الاستغلال إذا توافرت شروطه كما سنرى حالاً.

وبناءً على ما تقدم فلا مجال للإكراه في حالتي الرهبة المتولدة من النفوذ الأدبي أو من حالة الضرورة.

#### أ- النفوذ الأدبي:

إن مجرد الخشية والاحترام المفرط الذي يشعر به شخص نحو آخر ممن لهم سلطان عليه بحكم القرابة أو العمل أو غير ذلك لا يعتبر إكراهاً، وعلى ذلك إذا طلب الأب من ابنه، أو الرئيس من مرؤوسيه، أو المعلم من تلميذه، أو الزوج من زوجته، إبرام عقد معيناً فقام أي من أولئك بإبرام هذا العقد خوفاً من غضب من طلب منه إبرامه فإنه لا يعتبر مكرهاً ما دام ذو الشوكة، أو النفوذ الأدبي لم يلجأ إلى تهديد الخاضع لشوخته أو نفوذه تصريحاً ولا تلميحاً.

#### ب- حالة الضرورة:

كذلك لا يتحقق الإكراه إذا تولدت الرهبة التي دفعت إلى التعاقد بفعل الظروف المحيطة دون تهديد من أحد، بمعنى أن تكون الرهبة قد تولدت من ظروف تهيأت مصادفة دون تدخل أحد فيها، ومثال ذلك أن تشرف سفينة على الغرق فتتقدم أخرى لإنقاذها بشرط التعهد بمبلغ كبير مقابل الإنقاذ، أو يتقدم شخص لإنقاذ آخر من حريق أو من غرق أو قتل فيطلب منه التعهد بمبلغ باهظ لقاء ذلك، أو يطلب طبيب متخصص في نوع خطير من العمليات الجراحية أجراً فاحشاً من مريض يخشى على نفسه الهلاك إذا لم تجر له هذه العملية.

#### ٢- العنصر المعنوي: الرهبة:

لا يكفي لتحقق الإكراه أن يهدد شخص آخر بأذى يلحق به أو بغيره، بل يجب فضلاً عن ذلك أن يتولد عن هذا التهديد رهبة أو خشية في نفس المهدد تدفعه إلى التعاقد، وهذا هو الأمر الجوهرية في الإكراه إذ العبرة كما قلنا هي بنتيجته وليس بوسائله.

ويشترط في الرهبة الدافعة إلى التعاقد أن تكون قائمة على أساس، وهي تكون كذلك إذا أدى التهديد إلى اعتقاد المهدد بأن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ولمعرفة ما إذا كان التهديد قد ولد في نفس المتعاقد مثل هذا الاعتقاد وتلك الرهبة أم لا، ينظر إلى شخص المتعاقد المكره أي أن المعيار الشخصي لا الموضوعي، فيراعى فيه جنس من وقع عليه الإكراه (رجل أو امرأة فما يرهب المرأة قد لا يرهب الرجل) وسنه (صبي أم شاب أم عجوز فما يرهب العجوز والصبي قد لا يرهب الشاب) وحالته الثقافية والمالية والصحية (متعلم أم غير متعلم، غني أم فقير، محتاج أم غير محتاج، معافى أم معتل، فما يرهب الجاهل والفقير والمريض قد لا يرهب المتعلم أو الغني أو المتعافي).

بل أنه يجب فضلاً عن الاعتداد بالحالة الشخصية للمكره الاعتداد أيضاً بالظروف والملابسات التي أحاطت بعمل الإكراه، ككون المكان أهلاً بالسكان أو بعيداً عن العمران، وكون الزمان نهراً أو ليلاً وغير ذلك من الظروف التي تؤثر في الشخص من حيث توليد الرهبة والخوف في نفسه. ويجب من ناحية أخرى أن تكون الرهبة المتولدة من التهديد هي الدافع إلى التعاقد، وهذا يقضي - بطبيعة الحال - أن تكون هذه الرهبة موجودة في نفس المتعاقد وقت التعاقد، بصرف النظر عن وقت وقوع الأذى الذي تهدد المتعاقد، فقد يكون حالاً ماثلاً وقت التعاقد وقد يكون مستقبلاً.

وإعمالاً لهذا المعيار الشخصي في تقدير ما إذا كانت وسائل الإكراه قد ولدت الرهبة أم لا، في نفس المتعاقد الذي يدعي وقوع الإكراه عليه فقد ذهب القضاء المصري إلى نفي وقوع الإكراه على القاضي الذي طلب تقرير بطلان استقالته استناداً إلى أن الطالب وهو مستشار ولي القضاء بين الناس ومثله لا تأخذه رهبة من قول يلقي إليه من رئيس وأعضاء مجلس الصلاحية ومن ثم فإن تقديم الاستقالة بناءً على طلبهم ليس من شأنه بذاته - إن صح - أن يسلبه حرية الاختيار في هذا الصدد فإن الاستقالة تكون قد صدرت من الطالب تحت إرادة حرة مختارة.<sup>١٢</sup>

كما رفض طلب إبطال عقد إيجار صادر عن محام بتأجير عين مملوكة له للاتحاد الاشتراكي العربي حين زعم بوقوع إكراه عليه وذلك حين أبدت محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه من نفي تعرضه للإكراه على سند من أن استدعائه بواسطة شقيقة للتوقيع على عقد الإيجار المحرر مسبقاً لدى أمين الاتحاد الاشتراكي بالفيوم لا يعد بذاته وسيلة ضغط أو إكراه تعيب إرادته أو تبعث في نفسه الرهبة والخوف لاسيما وأنه من كبار المحامين وعلى علم ودراية بما يكفله القانون له من ضمانات في هذا الخصوص تجعله بمنأى عن سطوة السلطة الإدارية، وأن مثله لا تأخذه رهبة ولا خوف من مجرد الاستدعاء خاصة وأن الاستدعاء عن طريق أمين الاتحاد الاشتراكي في ذاته لا يسلبه حرية العقد والاختيار فيكون التوقيع الصادر منه على عقد الإيجار قد صدر عن إرادة حرة مختارة.

وقد عبرت المادة ٣/١٢٧ مدني بقولها " ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه ".

١٢- نقض ١٩٩٣/٥/٤ في الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٥٨ق (رجال القضاء) مجموعة أحكام النقض سـ ٤٤ ص ٦٠ أنظر في نفس المعنى الأحكام المشار إليها لدى محمد كمال عبد العزيز ص ٧٩١.

ويجب من ناحية أخرى أن تكون الرهبة المتولدة من التهديد هي الدافعة إلى لتعاقد، وهذا يقضي - بطبيعة الحال - أن تكون هذه الرهبة موجودة في نفس المتعاقد وقت التعاقد، بصرف النظر عن وقت وقوع الأذى الذي تهدد المتعاقد، فقد يكون حالاً ماثلاً وقت التعاقد وقد يكون مستقبلاً، فالمهم أن تكون الرهبة المترتبة على هذا الأذى حالة واقعة بالفعل وقت التعاقد.

ويشترط في الرهبة - أخيراً - أن تكون قد بُعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق، وهي تكون كذلك - وفقاً للرأي السائد في الفقه - إذا كان الغرض المراد الوصول إليه غير مشروع، فإن كان هذا الغرض غير مشروع اعتبرت الرهبة بغير حق، حتى لو كانت وسيلة الإكراه في ذاتها مشروعة، أما إذا كان الغرض مشروع اعتبرت وسيلة الرهبة بحق حتى لو كانت وسيلة الإكراه غير مشروعة ما لم تصل إلى حد ارتكاب الجريمة.

**وإعمال هذا المعيار يوجب التفرقة بين أربع صور هي:**

**الصورة الأولى:** الوسيلة غير المشروعة والغرض غير المشروع: ومثالها أن يهدد شخص آخر بالقتل أو بإتلاف المال (وسيلة غير مشروعة) إذا لم يهبه مالا معيناً لا يرغب المهدد في هبته إليه (غرض غير مشروع) ولا شك في توافر الإكراه في هذه الصورة.

ومن أمثلة هذه الصورة ما قضت به محكمة النقض حيث قررت أن: " وضع القوات المسلحة اليد على الأرض المملوكة للطاعن بغير سند، عمل غير مشروع إقامتها مبان عليها وبدئها مفاوضات معه لشرائها منه بناء على شكواه واضطراره لبيعها لها إثر لقائه بوزير الدفاع مصدر قرار شرائها بالسعر الذي حدده هو وإلا يستمر شغلها بمعرفتها في حالة رفضه إهدار لحقه في الاحتفاظ بملكه والاستئثار به على النحو المعتاد، عرض الحكم المطعون فيه لما بسطه الطاعن من قرائن على ما تعرض له من ضغوط نافياً دلالاتها على الإكراه مورداً بأسبابه رضاء بالربح القليل تحسباً من إطالة أمد النزاع مع استحالة استرداد لأرضه، إكراه مفسد للرضا مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر، خطأ ومخالفة وفساد في الاستدلال " ١٣ .

وفي هذه الدعوى كانت القوات المسلحة قد استولت على قطعة أرض مملوكة لأحد الأشخاص وأقامت عليها عدد من المباني (اثنتي عشر عمارة، ومسجداً، ومصنعاً، وثكنة عسكرية) وعندما أشتكى صاحب الأرض دخلت معه وزارة الحربية في مفاوضات لشراء الأرض وشكلت لجنة لتقدير قيمتها، فقدرتها بـ ٥٣,٥ جنية للمتر في حين قدرها الخبير المنتدب في الدعوى بـ ١٦٤ جنية للمتر ورغم ذلك اضطر صاحب الأرض لبيعها لقاء خمسة جنيهاً للمتر وذلك بعد لقائه بوزير الدفاع الذي أصدر قراره بشراء الأرض لقاء خمس جنيهاً للمتر وإلا استمر شغل القوات المسلحة لها، وهو ما قضت معه المحكمة بحكمها المتقدم.

١٣- نقض ٢٠٠٤/١٢/٢٧ الطعن رقم ٥٤٨٤ لسنة ٦٤ ق القضاء س٣٧ عدد ديسمبر ٢٠٠٧/يناير ٢٠٠٨ ص ٢٢٢ المستحدث من أحكام المكتب الفني لمحكمة النقض ٢٠٠٤/٢٠٠٥ ص ١٨٠.

الصورة الثانية: الوسيلة مشروعة والغرض مشروع: ومثالها أن يهدد الدائن مدينه المماطل باتخاذ الإجراءات القانونية للتنفيذ الجبري على أمواله لبيعها (وسيلة مشروعة) من أجل استيفاء حقه من ثمنها (غرض مشروع).

وفي هذه الصورة لا يثور أدنى شك في عدم توافر الإكراه، وذلك لاعتبار الرهبة المتولدة عنه بحق. أن الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يترتب عليها إبطال ما ينتج عنها، وأن التقاضي والإبلاغ لا يعتبران بذاتهما إكراهاً لأنهما من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو زوداً عن حق يدعيه لنفسه، إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم.

الصورة الثالثة: الوسيلة مشروعة والغرض غير مشروع: ومثالها أن يهدد شخص آخر بالتبليغ عن جريمة ارتكبها (وسيلة مشروعة) إلا إذا دفع له مبلغ من المال لا حق له فيه (غرض غير مشروع). ووفقاً لرأي السائد فإن الإكراه يتوافر هنا باعتبار أن الرهبة المتولدة منه بغير حق.

الصورة الرابعة: الوسيلة غير مشروعة والغرض مشروع: ومثالها أن تهدد امرأة رجلاً عاشرها مدة من الزمان بالتشهير به عند خطيبته (وسيلة غير مشروعة) إذا لم يدفع لها مبلغاً من المال يعوضها عما أصابها من ضرر بسبب علاقتهما السابقة (غرض مشروع). والراجح فقهاً وقضائياً في هذا الشأن أن الإكراه يتوافر في هذه الصورة استناداً إلى عدم مشروعية وسائل الإكراه.

وهكذا يتبين أن الغرض المقصود من الإكراه لا يكفي وحده معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة المتولدة في نفس المتعاقد بحق أو بغير حق، وإنما يلزم أيضاً أن تضم إليها وسيلة الإكراه في ذاتها. فالرهبة تعتبر بحق ومن ثم لا يتوافر الإكراه إذا استعملت وسيلة مشروعة سعياً وراء غرض مشروع. وتعتبر الرهبة بغير حق وبالتالي يقوم الإكراه إذا كان الغرض المستهدف غير مشروع أيًا ما كانت الوسيلة المستعملة أي حتى لو كانت مشروعة، كما أن الرهبة تكون بغير حق أيضاً ويقوم الإكراه إذا كانت الوسيلة غير مشروعة حتى لو كان الغرض المستهدف منها مشروعاً. وتقدير ما إذا كانت الرهبة قد بُعثت في نفس المتعاقد بحق أو بغير حق من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض.

### ثالثاً: شرط الإكراه العائب للإرادة:

لكي يعيب الإكراه الرضا يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان هما: أن يكون دافعاً إلى التعاقد، وأن يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر.

#### الشرط الأول: أن يكون الإكراه دافعاً إلى التعاقد:

وهذا الشرط بديهي إذ أن العقد يبطل لفساد الرضا، وهذا الأخير يفسد بسبب ما يبعثه الإكراه في نفس المتعاقد من خوف أو رهبة كانت هي الدافعة إلى التعاقد. وعلى ذلك إذا ثبت أن المتعاقد كان سبيرم التصرف وبفلس الشروط حتى ولو لم يهدد، فإن الإكراه لا يعتبر مفسداً لرضائه وفي هذا يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط. وغني عن البيان أن تقدير تحقق الرهبة الدافعة إلى التعاقد يتم وفق معيار ذاتي شخصي تراعى فيه حالة المتعاقد ذاته وما إذا كان ذكر أو أنثى، بالغاً أو صغيراً، متعلماً أو جاهلاً، سليماً أو مريضاً، كما يراعى في هذا التقدير كل ظرف من شأنه أن يؤثر في مدى ما يترتب في نفس المتعاقد من خوف.

#### الشرط الثاني: أن يتصل الإكراه بالمتعاقد الآخر:

إذا كان الإكراه الذي بعث الرهبة في نفس المتعاقد صادراً من المتعاقد الآخر، فلا شك أن العقد يكون قابلاً للإبطال، وكما ذكرنا في مجال التدليس فإن الإكراه المولد للرهبة يعتبر صادراً من المتعاقد الآخر إذا كان صادراً عن نائب هذا المتعاقد حتى ولو لم يعلم الأصيل (أي المتعاقد الآخر) بهذا الإكراه. كذلك يعتبر الإكراه صادراً من المتعاقد الآخر إذا صدر من شخص من الغير بتحريض منه أو من نائبه. ولكن ما الحكم إذا لم يصدر التهديد من المتعاقد الآخر ولا من نائبه ولا من شخص بتحريض منه؟ لقد اتبع المشرع نفس القاعدة التي وضعها بشأن التدليس، فنص في المادة ١٢٨ مدني على أنه: " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه ". فالمشرع جعل الإكراه الصادر من الغير يعيب الرضا، كالإكراه الصادر من المتعاقد الآخر، بشرط أن يكون هذا الأخير ملوماً بأن كان يعلم بالإكراه أو كان في استطاعته أن يعلم به. أما إذا كان المتعاقد مع المكره غير ملوم بأن كان حسن النية غير مقصر، فلا يجوز للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد استناداً إلى هذا الإكراه درءاً لمفاجأة المتعاقد معه وتحقيقاً لاستقرار المعاملات، ولا يكون أمام المكره في هذه الحالة سوى الرجوع على الغير الذي أكرهه بالتعويض لأحكام المسؤولية التقصيرية.

#### رابعاً: أثر الإكراه:

إذا ثبت أن العقد أبرم تحت تأثير الإكراه فإنه يقع قابلاً للإبطال لمصلحة المكره فقط الذي يستطيع طلب الإبطال في أي وقت إلا إذا سقط حقه في ذلك بالإجازة أو بالتقادم على نحو ما سنرى لاحقاً.

ونظراً لأن الإكراه - فضلاً عن كونه عيباً في الرضا - هو عمل غير مشروع فإنه يجوز للمكروه بالإضافة إلى دعوى الإبطال أن يطالب من صدر عنه الإكراه بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

### ومن المستقر بصدد الإكراه الآتي:

١- أن تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها في نفس المتعاقد، هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بالفصل فيها قاضي الموضوع.

٢- أن تقدير كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة يدخل في رقابة محكمة النقض، لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانوني المعطى لواقعة معينة يترتب على ما قد يقع من الخطأ فيه الخطأ في تطبيق القانون.

٣- أن الدفع بالإكراه من الدفوع الواقعية التي لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض.

٤- أن الدفع بالإكراه دفع جوهري لأنه قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، لذا فإن المحكمة تلتزم بفحصه وتمحيصه بحيث إذا لم ترد عليه فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور بما يتعين نقضه، وذلك بشرط أن يدفع بهذا الدفع بصيغة صريحة جازمة تدل على تصميم صاحبه عليه، ومن ثم فلا على المحكمة إن هي التفتت عما أثاره الطاعن في خصوص ظروف تحرير السند من أقوال مرسلة لا تنبئ عن تمسكه بأن إرادته كانت معيبة بسبب وقوعه تحت تأثير الإكراه.

## الفرع الرابع الاستغلال

التفرقة بين الغبن و الاستغلال، والعلاقة بينهما (من النظرية المادية للغبن إلى النظرية الشخصية للاستغلال):

الغبن في العقود ( هو عدم التعادل بين الالتزامات أي عدم التعادل بين ما يعطيه أحد المتعاقدين وبين ما يحصل عليه بمقتضى العقد )، وهو بذلك يمثل اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد يتجسد في الخسارة التي تلحق المتعاقد المغبون، فبيع المنقول التي قيمته ألف جنية يتضمن غبناً للمشتري الذي اشتراه بألف وخمسمائة، ويتضمن غبناً للبائع إذا باعه بخمسمائة.

والقاعدة التي ترد عليها عدة استثناءات، هي أن الغبن لا يؤثر على صحة العقد، ذلك أنه يصعب الاحتراز منه في المعاوضات، حيث يندر أن تتعادل الالتزامات تعادلاً تاماً، إذ هناك دائماً في كل عقد نوع ولو يسير من الغبن، جرى العرف لأجل استقرار المعاملات على التسامح فيه، إذ لو أجزى التمسك به مطلقاً لعصف بجل العقود، أضف إلى هذا أن إجازة الطعن في العقود بسبب الغبن تستلزم تحديد قيمة البدلين فيهما، وهذه القيمة تختلف كثيراً ليس وفقاً لظروف الزمان والمكان فقط ولكن أيضاً وفقاً لقيمتها الشخصية لدى كل متعاقد، ومن ثم يصعب كثيراً إن لم يستحيل تحديد قيمة الأداءات المتبادلة في العقود، مما يجعل من الصعب الاعتداد بالغبن على إطلاقه، وتحت تأثير هذه الاعتبارات ظهرت القاعدة العامة التي أشرنا إليها، وهي أن الغبن لا يؤثر على صحة العقود، ووردت عليها الاستثناءات التي تقوم في مجملها على فكرة جواز الاعتداد بالغبن إذا بلغ عدم التعادل بين الالتزامات حداً فاحشاً يجاوز كل مألوف في التعامل، ينبئ بذاته عن وجود الغبن.

هذه الوجهة من النظر كانت هي السائدة وقت وضع القانون المصري القديم حيث لم يعتد كقاعدة بالغبن كسبب لإبطال العقود، فإذا لم تكن إرادة المتعاقد معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه، كان حراً بما يحصل عليه بمقتضى العقد ولا ضير إذا كان ما قدمه لقاء ذلك يفوق كثيراً ما حصل عليه مادام قد قبل بإرادة صحيحة ذلك.

على أن الأفكار السائدة تبدلت فيما بعد وذهبت إلى وجوب تحريم الغبن لمنافاته لفكرة العدالة، إذ أنه مما يجرح العدالة في الصميم أن يحصل أحد المتعاقدين على مقابل يقل كثيراً عما قدمه، فالعقد لا ينبغي أن يكون أداة للاستغلال إذ هو وسيلة قانونية لخدمة البشر وليس لاستغلالهم، على أن أعمال هذه الأفكار الجديدة اصطدم بعقوبة كئود وهي أن القاعدة الحسابية في تحديد الأداءات المتقابلة في العقود لا تحقق العدل بين العاقدين، لأنها تهمل الظروف الخاصة بكل متعاقد، وما قد يكون لهذه الأداءات من قيمة شخصية لدى كل متعاقد، فقد يدفع مشتري العقار أو التحفة أو الصورة ثمناً يزيد كثيراً عن قيمتها غير مخدوع في أمرها أو مضطراً إلى كسبها، بل لأن هذا الشيء أو ذاك يمثل بالنسبة له ذكريات تاريخية أو عائلية أو يشبع في نفسه هوايته الذاتية، ولا يعتبر البيع رغم اختلال التعادل بين قيمة البيع وقدر الثمن مصدر ظلم له، إذ حينئذ يفقد إبطال العقد للغبن كل حكمته وكل معنى وقيمة له.

وعلى ذلك وللتوفيق بين الأوضاع، فإن العقد لا يكون مشوباً بالغبن على نحو ينافي العدالة بما يستوجب إبطاله إلا إذا كان ما يقدمه المتعاقد يفوق كثيراً في قيمته الشخصية ما يناله وفقاً له. كأن يدفع مشتري في مقابل المبيع ثمناً يزيد كثيراً ليس فقط عن قيمته السوقية ولكن أيضاً عما يساويه في نظره، إذ أن الاختلال في التعادل بين الالتزامات هنا يكون راجعاً إلى توهم العقد لقيمة ما حصل عليه أو انخداعه فيها أو اضطراره لها، كما يكون راجعاً من ناحية أخرى إلى أن المتعاقد الآخر قد استغل طيش الأول أو رعونته أو سذاجته أو عدم تجربته أو عوزه أو حاجته، وهذا هو التصور النفسي للغبن الذي يقوم من ناحية المغبون على فكرة الطيش أو عدم التجربة أو الحاجة، كما يقوم من ناحية الغابن على استغلال أي من الأمور السابقة لدى المغبون للحصول على قيمة مالية تزيد بفحش على ما قدمه.

هذا التصوير النفسي للغبن هو الذي أخذت به التشريعات الحديثة ومنها القانون المصري الحالي، لتكون بذلك هذه التشريعات قد استبدلت بالنظرية المادية للغبن نظرية شخصية للاستغلال. ووفقاً للقانون المدني المصري الحالي فإن هناك نظرية عامة للاستغلال تجيز للمتعاقد الذي راح ضحية الاستغلال أن يطلب إبطال العقد، تكملها حالات خاصة اعتد فيها المشرع بالغبن المجرد أي حتى ولو لم يكن ناشئ عن استغلال، أهمها بيع العقار المملوك لناقص الأهلية أو عديمها إذا كان فيه غبن يجاوز خمس قيمة العقار (مادة ٤٢٥ مدني)، والغبن في القسمة إذا جاوز خمس نصيب المتقاسم (مادة ٨٤٥ مدني).

وستقتصر دراستنا هنا على النظرية العامة للاستغلال التي نص المشرع عليها في المادة ١٢٩ مدني، أما الأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود فموضوع دراستها في المواطن المخصصة لدراسة هذه العقود.

### أحكام الاستغلال في القانون المصري:

نظم المشرع المصري الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في المادة ١٢٩ من القانون المدني التي تنص على أنه :

" ١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب هذا العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص من التزامات هذا المتعاقد المغبون.

٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.

٣- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن "

## ونعرض الآن لأحكام هذه المادة على النحو التالي:

### أولاً: عناصر الاستغلال:

يتبين من نص المادة ١/١٢٩ مدني أنه يلزم لقيام الاستغلال ضرورة توافر عنصرين أحدهما مادي أو (موضوعي) يتمثل في الغبن، والثاني نفسي أو معنوي وهو استغلال ضعف معين لدى المتعاقد المغبون.

### ( أ ) العنصر المادي: الغبن:

قلنا من قبل أن الغبن هو عدم تعادل الأداءات أي بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه بمقتضى العقد. ولهذا يتعين حتى يكون هناك غبن أن تكون قيمة الأداء أو الأداءات التي التزم بها أحد المتعاقدين لا تتعادل على الإطلاق (أو لا تتعادل البتة) مع قيمة الأداءات التي التزم بها المتعاقد الآخر، أي أن يكون هناك عدم تعادل فادح وواضح بين قيمة التزامات كل من طرفي العقد.

ولم يوضح المشرع رقماً معيناً (كالربع أو الخمس) يجب أن يبلغه الفارق في القيمة بين الأداءات حتى يتوافر عدم التعادل الفادح، وإنما ترك الأمر لتقدير القاضي حسب ظروف الحال والمألوف بين الناس، شريطة أن يكون هذا الفارق جسيماً وفاحشاً وفادحاً وواضحاً.

### ويتعين على القاضي في تقديره لهذا الأمر أن يسترشد بضابطين:

الأول: أن العبرة في تقدير قيمة الأداءات المتقابلة يكون بوقت إبرام العقد، ولا عبرة بالتغيرات التي تطرأ على هذه القيم فيما بعد.

الثاني: أن العبرة في تقدير الالتزامات يكون بقيمتها في نظر المتعاقد المتضرر (القيمة الشخصية) وليست بقيمتها السوقية أو الاقتصادية (القيمة المادية)، فمن يشتري طابع بريد تذكاري ليكمل به مجموعة لديه يكون مستعداً لأن يدفع أضعاف القيمة التي يدفعها الشخص الآخر، ولذلك فإن الشخص الأول لا يستطيع أن يدعي عدم التعادل مادام قد أشبع رغبته (أو حتى نزوته) وهو على بينة من أمره.

وإذا كان تطبيق نظرية الاستغلال لا يثير مشكلة ما عند تطبيقها على العقود المحدودة باعتبارها المجال الطبيعي لإعمالها، حيث تتحدد عند بداية التعاقد مقدار ما سيعطيه ومقدراً ما سيأخذه كل متعاقد، فإن الرأي مستقر أيضاً على إعمال هذه النظرية في مجال العقود الاحتمالية على الرغم مما تنطوي عليه بطبيعتها من احتمال الكسب والخسارة، إذ هي تطبق فيها إذا حدث اختلال فادح في الاحتمالات، فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المكسب، واحتمال المكسب في جانب المتعاقد الآخر أرجح بكثير من احتمال الخسارة، كان الاختلال في التعادل بين الاحتمالات واضحاً وجاز تطبيق نظرية الاستغلال، ومثال ذلك أن يباع عقار كبير القيمة في مقابل مرتب دوري لمدة حياة شخص مريض وطاعن في السن لا يتوقع عادة أن يعيش من كان في مثل حالته لفترة طويلة، إذ أن مثل هذا البيع (وهو من العقود الاحتمالية) ينطوي على اختلاف فادح بين احتمالات الكسب والخسارة، لأن احتمالات استمرار حياة البائع لا تتناسب البتة مع احتمالات وفاته قبل أن يستوفي قدرماً معقولاً من الإيراد المرتب.

ومثال ذلك أيضاً عقد التأمين من الإصابة الذي يبرم لتغطية مخاطر الإصابة أثناء السفر بالقطار، إذا كان القسط كبيراً (يكاد يساوي مبلغ التأمين) ولا يتناسب البتة مع ضالة احتمال الإصابة أثناء السفر بالقطارات التي تكون تقريباً منعدمة.

هذا وقد ثار خلاف جدي في الفقه حول ما إذا كانت نظرية الاستغلال يمكن أن تنطبق بصدد التبرعات أو لا، فذهب رأي إلى أن هذه النظرية يقتصر أعمالها - فقط - على عقود المعاوضات دون التبرعات، وهو يستند في ذلك إلى صياغة المادة ١/١٢٩ مدني التي تمنح المتعاقد دعاوى الاستغلال إذا كانت التزاماته لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، إذ أن هذه الصياغة في نظرهم حاسمة في أن هذه المادة لا تنطبق إلا على المعاوضات (لأنها هي فقط التي فيها تبادل بين الأداءات)، دون التبرعات التي هي بطبيعتها تخلو من التبادل بين الأداءات حيث يأخذ فيها أحد العاقدين دون أن يعطي، ويعطي الآخر دون أن يأخذ، فلا يتصور من ثم أن يقع فيها اختلال في التعادل بين الالتزامات.

هذا بينما يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى القول بتطبيق نظرية الاستغلال بصدد عقود التبرع، بل أن تطبيقها بصدها يكون من باب أولى، لأنه إذا أمكن وقوع الاستغلال فيما تتبادل فيها الأداءات، فإن إمكانية وقوعه فيما يندم فيه هذا التبادل يكون من باب أولى، هذا بالإضافة إلى أن المادة ٣/١٢٩ بإجازتها في عقود المعاوضة، توقي دعوى الإبطال بعرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع في عقود التبرع، وأخيراً فإن الأعمال التحضيرية للمادة ١٢٩ مدني تؤيد هذا القول، إذ كانت المادة المقابلة لها في المشروع التمهيدي للقانون (وهي المادة ١/١٣٣ من المشروع) تنص صراحة على سريان حكمها (ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعاً) ثم حذفت هذه العبارة لا لعدم الموافقة على ما تتضمنه ولكن لأنها من قبيل التزديد، وهو ما يقطع بإرادة المشرع في تطبيق هذه النظرية على عقود التبرعات.

وعلى جميع الأحوال فإن من الأمثلة التي تضرب للاستغلال في التبرعات، أن يتبرع شخص بجميع ماله - يغلب أن يتم ذلك عن طريق هبة في صورة بيع - لزوجته الثانية وأولاده منها، معتقداً أنه بذلك يضيع على زوجته الأولى وأولاده منها ما قد يكون لهم من الميراث، ويكون هذه التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال زوجته الثانية لضعفه أو هواه، وهنا لا يقال أن التعادل يختل اختلالاً فادحاً بل يقال أنه غير موجود أصلاً، فالمتبرع أعطى دون مقابل وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة لطيشه البين أو لهواه الجامح.

( ب ) العنصر النفسي أو المعنوي: استغلال ضعف معين لدى المتعاقد المغبون (الطيش البين، والهوى الجامح):

لا يكفي وجود عدم تعادل فاحش وفادح بين الالتزامات المتقابلة أو عدم وجود المقابل حتى نكون بصدد استغلال، بل جيب فضلاً على ذلك أن يكون السبب في عدم التعادل أو انعدام المقابل، هو أن المتعاقد الآخر قد استغل ضعفاً معيناً لدى المتعاقد المغبون، مما أدى إلى قبوله للالتزاماته رغم عدم تعادل قيمتها مع التزامات المتعاقد الآخر إذا كان العقد معاوضة، أو رغم انعدام المقابل إذا كان العقد تبرعاً، بمعنى أن يكون الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد.

ومن الواضح أن العنصر المعنوي أو النفسي في الاستغلال يفترض توافر ثلاثة أمور: الأمر الأول: وجود ضعف معين لدى المتعاقد المغبون. الأمر الثاني: استغلال المتعاقد الآخر لهذا الضعف. الأمر الثالث: هو أن يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد.

**الأمر الأول: وجود ضعف معين لدى المتعاقد المغبون:**

حددت المادة ١٢٩ مدني نواحي الضعف في المتعاقد المغبون والتي يعتد باستغلالها بحالتين هما: الطيش البين والهوى الجامح، وهما واردتان على سبيل الحصر، ومن ثم فلا يتعد بأي حالة أخرى للضعف، وبصفة خاصة لا يعتد بحاجة المتعاقد أو عدم خبرته.

**١- الطيش البين:**

يقصد بالطيش البين الخفة الزائدة والتسرع المصحوب بعدم التبصر والذي يتمثل في الاندفاع نحو التعاقد دون التبصر والاكترارات بما يترتب عليه من نتائج، ويصدق ذلك على الشخص الذي يبرم العقد بخفة وتسرع دون أن يكون لديه أي علم بتفاصيله، كمن يقبل على المساهمة في مشروع مالي دون أن يقوم بدراسته دراسةً وافيةً، وكمن يتعاقد وهو عابئ فقط بالنتائج القريبة العارضة دون النتائج البعيدة الباقية، كمن يصاب بضرر جسيم في حادث ثم يتنازل عن حقه في التعويض دون مبالاة بخطورة إصابته لمجرد أن المسئول قدم له فوراً مبلغاً من النقود أغراه بالتنازل.

ولا يشترط في الطيش أن يكون حالة مستقرة يتصف بها الشخص على الدوم (كما هو الحال بصدد الجنون والعتة)، بل يكفي تحققه ولو بصورة طارئة أو في حالة خاصة، كمن يقدم على التعاقد في لحظة من لحظات الانفعال المفرط كالاستفزاز أو التحمس أو اليأس.

والطيش كضعف في الشخص وإن كان غالباً ما يصاحب الشباب فإنه متصور أيضاً في كبار السن، وينبغي على جميع الأحوال أن يكون الطيش بيناً أي على درجة كبيرة من الظهور والوضوح.

## ٢- الهوى الجامح:

يقصد بالهوى الجامح الرغبة الشديدة أو التعلق بشخص أو شيء إلى الحد الذي يفقد سلامة الحكم على ما يتصل بالشخص أو الشيء موضوع هذه الرغبة، ومن أمثلة ذلك أن يتزوج كبير في السن زوجة شابة فتستغل هيامه وولعه وتعلقه بها وتستكتبه عقوداً لصالحها أو لصالح أولادها منه، أو أن تتزوج ثرية متقدمة في السن عن هوى شاباً يعمد إلى استغلال حبها له ويملي عليها ما يشاء من العقود، ولا يقتصر الهوى على التعلق بالأشخاص إذ أنه يوجد أيضاً إذا كانت الرغبة شديدة في الحصول على شيء معين، كسيارة من نوع خاص أو امتهان مهنة معينة (كتمثيل مثلاً).

ويلاحظ أن مجرد العطف والمودة لا يعد هوى، فمجرد إثارة أب لأحد أبنائه فوهبه من ماله لا يكفي لتحقيق الاستغلال، خاصة إذا كان لهذا الإثارة ما يبرره كما لو كان الابن معاقاً أو كان قد بذل عناية خاصة لأبيه دون سائر أخوته، كما يلاحظ أن مجرد الهوى لا يكفي وإنما يجب أن يكون جامعاً لا قدرة لمن ابتلي به على مقاومته والتغلب عليه.

### الأمر الثاني: استغلال المتعاقد الآخر لحالة الضعف (نية الاستغلال):

لا يكفي لتحقيق العنصر النفسي في الاستغلال مجرد توافر حالة الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد المستغل، بل يتعين أن تتوافر لدى المتعاقد الآخر نية الاستفادة من هذا الضعف النفسي في إبرام عقد يتضمن غبناً فاحشاً أو يندم فيه المقابل، إذ يمكن حينئذ القول بأن إرادة المغبون كانت معيبة ضللها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامح، وأن إرادة المتعاقد الذي استغله غير مشروعة لأنها اتجهت إلى استغلال ما قام في نفس المتعاقد الآخر من طيش أو هوى، وواضح أن هذا الشرط يقتضي بدهة أن يكون المتعاقد الآخر عالماً على الأقل بحالة الضعف الموجودة عند المتعاقد المغبون.

### الأمر الثالث: أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد:

لا يكفي لتحقيق الركن النفسي للاستغلال أن يتوافر ضعف معين لدى أحد العاقدين يعلمه العاقد الآخر ويستغله بل يتعين أيضاً أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، بمعنى أن المتعاقد المغبون ما كان ليرتضي العقد على نحو ما ارتضاه لو لا ما وجد به من طيش أو هوى وما بذله العاقد الآخر لاستغلاله. وفي هذا يتشابه الاستغلال مع غيره من عيوب الرضا كافة، فكما أن الغلط والتدليس والإكراه لا تجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كانت هي الدافع إلى التعاقد فكذلك الاستغلال لا يعيب الإرادة إلا إذا كان هو الذي حمل ضحيته على التعاقد.

وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد من عدمه مسألة واقع تخضع لسلطة قاضي الموضوع التقديرية دون رقابة عليها من محكمة النقض طالما جاء تقديره مبيناً على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله.

## ثانياً: جزاء الاستغلال (دعويان: دعوى الإبطال ودعوى الإنقاص):

إذا توافر عناصر الاستغلال جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. (مادة ١٢٩ مدني)  
ومن هذا يتبين أن القانون يخول للمتعاقد المغبون إحدى دعويين له أن يلجأ إلى أي منهما وفقاً لاختياره وحسبما يحقق مصلحته وهما: دعوى إبطال العقد ودعوى إنقاص التزاماته.

### ١- دعوى الإبطال:

للمتعاقد المغبون أن يطلب من القاضي إبطال العقد إذا شاء أن يتخلص منه نهائياً، ولكن ليس ثمة إلزام على القاضي بأن يجيب المغبون إلى طلبه، فقد يجيبه وقد لا يجيبه. فقد يبطل القاضي العقد إذا رأى أن الاستغلال قد عاب رضاه المتعاقد المغبون لدرجة أنه ما كان ليبرم العقد لو لا استغلاله، وقد لا يستجيب القاضي لطلب الإبطال ويقتصر على إنقاص التزامات المتعاقد المغبون إذا تبين له أنه كان سيبرم العقد حتى ولو لم يقع في استغلال ولكنه قبل شروطاً باهظة ما كان ليقبلها لو لا الاستغلال.  
والقاضي في اختياره إنما يسترشد بملايسات القضية وظروفها، ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض.

### ٢- دعوى الإنقاص:

يجوز للمتعاقد المغبون بدلاً من أن يطلب إبطال العقد للاستغلال أن يكتفي بطلب إنقاص التزاماته الباهظة الناشئة عن العقد، وهو يلجأ لذلك إذا كان من مصلحته الإبقاء على العقد، إذ الإبطال كما سنرى لاحقاً يلزم المتعاقد بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، الأمر الذي يؤدي إلى حرمانه من المنفعة التي قصد تحقيقها من وراء إبرام العقد.

وسواء كان الإنقاص بناءً على طلب المتعاقد المغبون بداية أو كان بناءً على سلطة القاضي التقديرية رغم أن المتعاقد كان قد طلب الإبطال، فإن القاضي يجب أن يبين قدر الإنقاص الكافي لرفع الغبن. والراجح أنه لا يشترط إنقاص التزامات المغبون إلى الحد الذي يجعل قيمتها معادلة تماماً لقيمة الفائدة التي حصل عليها بموجب العقد أو لقيمة التزامات المتعاقد الآخر، بل يكفي أن يكون الإنقاص إلى الحد الذي يجعل التفاوت بين القيمتين يسيراً لا فاحشاً، فالمطلوب ليس إزالة كل غبن بل إزالة الفحش عن الغبن.

وتطبيقاً لذلك فالبيع المشوب بالاستغلال إذا رفع البائع المغبون دعوى الإنقاص أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضي اكتفى بالإنقاص، جاز للقاضي أن ينقص من المبيع - وهو محل التزام البائع - القدر الذي يراه كافياً لرفع الغبن الفاحش عن البائع، دون أن يشترط أن يكون الباقي من المبيع معادلاً تماماً للثمن بل يكفي ألا يكون هناك غبن فاحش إذا قوبل هذا الباقي بالثمن.

هذا ومن المستقر أنه لا يجوز للقاضي في مجال رفع الاستغلال أن يزيد من التزامات المتعاقد مع المغبون إلا إذا عرض هو من نفسه هذه الزيادة.

وعلى خلاف ما رأيناه في دعوى الإبطال فإنه إذا طلب المتعاقد المغبون الإنقاص بادئ الأمر، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بالإبطال بدلاً من الإنقاص، وإلا فإنه يكون قد قضى بأكثر مما طلبه المدعي وهو ما لا يجوز، لاسيما أن المغبون يكون قد قدر مصلحته واختار الإنقاص فلا وجه لأن يذهب القاضي لأبعد من ذلك.

ويلاحظ أن الحكم بالإنقاص لا يقتصر على المعاوزات بل هو جائز في التبرعات أيضاً. فقد يكون التبرع في ذاته مقبولاً واقتصر أثر الاستغلال على المغالاة في مقدار فحسب، فينقص القاضي التبرع إلى الحد الذي ينتفي معه أثر الاستغلال.

### ميعاد رفع دعوى الإبطال أو الإنقاص:

إذا طلب المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته أو طلب إبطال العقد، فإنه يلتزم بأن يرفع دعواه خلال سنة من تاريخ إبرام العقد وإلا كانت غير مقبولة.

ويقال عادة في هذا الصدد أن مدة السنة مدة سقوط لا مدة تقادم بمعنى أنها لا تقبل الوقف ولا الانقطاع، كما أنها تبدأ من تاريخ إبرام العقد، فإذا مضت السنة دون أن يرفع المغبون دعواه خلالها سقط حقه في إقامتها، سواء علم المغبون بالغبن خلال هذه المدة أم لم يعلم وسواء كان تأثير الاستغلال على المغبون قد زال أم ظل باقياً.

وعلى هذا النحو يكون المشرع قد فرق في هذا الخصوص بين الاستغلال وعيوب الرضا، فبينما جعل مدة تقادم دعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه أقل المدتين ثلاث سنوات تبدأ من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو زوال الإكراه، أو خمس عشر سنة من وقت انعقاد العقد وتقبل الوقف والانقطاع، نراها في الاستغلال سنة واحدة تبدأ من وقت تمام العقد ولا تقبل وقفاً ولا انقطاعاً.

وإذا كان تقصيره مدة رفع دعوى الاستغلال بل وجعلها مدة سقوط لا تقادم، يجد مبرره في الرغبة في حسم المنازعات بشأن العقود التي يشوبها الاستغلال في أقل وقت حتى لا يبقى مصير العقد معلقاً لمدة طويلة بشأن عيب ليس من الميسور التثبت من وجوده بعد مضي سنة من التعاقد وفي هذا حماية للمتعاقد واستقرار التعامل، فإن جعل بدء سريان هذه المدة من تاريخ العقد بصرف النظر عن علم المغبون بما أصابه من غبن أو عدم علمه أمر منتقد تماماً، إذ أنه يفوت الحماية التي قصد المشرع إسباغها عليه، فكثيراً ما تستمر حالة الطيش أو الهوى إلى ما بعد انقضاء السنة المشار إليها فيكون طبيعياً ألا يتقدم المتعاقد خلالها وهو لا يزال تحت تأثير طيشه أو هواه برفع الدعوى، كما لا يستطيع خلفه العام رفعها بعد وفاته إذ تكون قد سقطت بانقضاء السنة.

ولذلك فقد كان الأولى بالمشرع أن يسوي بين الاستغلال وبين سائر عيوب الرضا في بدء سريان المدة فلا تسري مدة السنة إلا من الوقت الذي يزول فيه العيب، أي من وقت زوال الطيش أو الهوى مع تحديد مدة أطول تبدأ من وقت انعقاد العقد وتسقط بانقضائها دعوى الاستغلال على أي حال.

## توقي الحكم بالإبطال:

قلنا من قبل أنه يجوز للقاضي بناءً على طلب المغبون أن يحكم بإبطال العقد للاستغلال وذلك بعد أن يتثبت من توافر عنصرية، ولكن المشرع رغبة منه في بقاء العقد واستقراره أجاز للمستغل أن يتوقى الحكم بالإبطال في عقود المعاوضات إذا عرض عليه الطرف المغبون ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن. وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ مدني على هذا الحكم بقولها " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن "، فإذا كان العقد بيعاً وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال، جاز للمشتري أن يحول دون حكم القاضي بالإبطال إن هو عرض زيادة في الثمن يراها القاضي كافية لرفع الغبن عن البائع.

ويلاحظ أن توقي دعوى الإبطال بزيادة التزامات المتعاقد المستغل لا يكون إلا بناءً على طلب من هذا الآخر، فإذا لم يفعل فلا يجوز للقاضي اللجوء إليه من تلقاء نفسه.

ومقدار الزيادة الذي يكفي لرفع الغبن أمر متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه وفقاً لملايسات الدعوى وظروفها دون معقب عليه من محكمة النقض مادام التسبب سائغاً، فللقاضي أن يجعل الزيادة مؤدية لرفع كل الغبن ولو كان يسيراً، بحيث يصل الثمن إلى التعادل التام مع قيمة الشيء، وبالعكس فقد يكتفي القاضي بأن تكون الزيادة بحيث تجعل الغبن الذي يتحملة البائع يسيراً بعد أن كان فاحشاً.

وعلى الرغم من أن المادة ٣/١٢٩ مدني لم تتكلم إلا عن دعوى توقي الإبطال إلا أنه من المستقر أنه يجوز للمتعاقد المستغل أن يتوقى بذات الطريقة دعوى الإنقاص، لأنه إذا كان للمتعاقد المستغل أن يتوقى دعوى الإبطال بعرض ما يراه القاضي كافياً فلأن يجوز هذا في دعوى الإنقاص من باب أولى، لأن الإنقاص أقل خطورة من الإبطال إذ أنه في حقيقته إبطال جزئي للعقد، وسنعود إلى ذلك عند دراسة نظرية البطلان.

ووفقاً للراجح فإنه يبقى للمتعاقد المستغل توقي الحكم بإبطال العقد أو بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون طالما لم يصدر حكم نهائي.

وغني عن البيان أن ما قدمناه من إمكان دفع المتعاقد مع المستغل لزيادة ترفع الغبن لتوقي دعوى الإبطال أو الإنقاص لا ينطبق على عقود التبرع، إذ أن المتربع له لم يدفع أي مقابل تصح زيادته لرفع الغبن الذي أصاب المتربع.

## المبحث الثاني محل الالتزام

### تعريف محل الالتزام وشروطه:

محل الالتزام هو (ما يلتزم به المدين أو بعبارة أخرى هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن).

وهو قد يكون إما إعطاء شيء - أي إنشاء حق عيني على شيء أو نقله - وإما عمل أو امتناع عن عمل.

وقد نظم المشرع المصري محل الالتزام في المواد ١٣١ إلى ١٣٥ من القانون المدني التي تنص على الآتي:

المادة ١٣١: ١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً / ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على قد الحياة بطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون.

المادة ١٣٢: " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً "

المادة ١٣٣: ١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً / ٢- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط.

المادة ١٣٤: " إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر "

المادة ١٣٥: " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً "

ووفقاً لهذه المواد فإنه يشترط في المحل أياً كانت صورته ثلاث شروط، هي أن يكون ممكناً أو موجوداً (أو قابلاً للوجود) و أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين و أن يكون مشروعاً.

## ( ١ ) المحل ممكن أو موجود [أو قابل للوجود]:

إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع ممكناً، أما إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء وجب أن يكون هذا الشيء موجوداً، فالوجود في الالتزام بإعطاء يقابل الإمكان في الالتزام بعمل أو الامتناع عنه، والعبرة في الإمكان و الوجود بوقت إبرام العقد وليس بأي وقت آخر لاحق عليه.

( أ ) فإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناع عن عمل وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع ممكناً وقت إبرام العقد، فإذا كان أيهما مستحيلاً وقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل، إذ القاعدة أنه " لا تكليف بمستحيل "، والاستحالة التي يترتب عليها هذا الأثر هي الاستحالة المطلقة المعاصرة لنشوء العقد.

ويقصد بالاستحالة المطلقة: (تلك التي تقوم ليس للمدين فحسب بل تعد كذلك بالنسبة لجميع الأشخاص، حيث يستحيل على المدين أو غيره القيام بالعمل المطلوب).

ويستوي في الاستحالة المطلقة أن تكون استحالة طبيعية، وهي التي ترجع إلى طبيعة المحل كما إذا التزم طبيب بإجراء عملية جراحية لشخص كان قد توفى قبل قيام الالتزام، أو كأن يلتزم شخص بأن يمتنع عن القيام بعمل كان قد قام به فعلاً، أو تكون استحالة قانونية، وهي التي ترجع إلى حكم القانون كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم كان ميعاد الاستئناف بالنسبة له قد انقضى، أو كما تعهد شخص ببيع شيء اتضح أنه مملوك لمن يريد الشراء.

ويشترط في الاستحالة المطلقة كي تحول دون قيام الالتزام أن تكون قائمة وقت انعقاد العقد، فإذا كانت لاحقة لانعقاد فإنها لا تمنع من قيام الالتزام فينعقد العقد، ويصبح الأمر حينئذ متعلقاً باستحالة في تنفيذه وهذه تؤدي إلى إما انقضاء الالتزام إذا لم يكن للمدين يد فيها فيفسخ العقد من تلقاء نفسه، إما إذا كان للمدين يد فيها فإن الالتزام لا ينقضي ويلزم المدين بالتعويض.

أما الاستحالة النسبية: (فهي التي تقوم بالنسبة للمدين بينما لا تقوم بالنسبة إلى غيره فلا تمنع من قيام الالتزام وبالتالي ينعقد العقد)، كما لو تعهد المدين بالقيام بعمل ليس في استطاعته أن يقوم به ولكن يستطيع غيره ذلك، ويستوي في ذلك أن تكون الاستحالة قائمة وقت انعقاد العقد أو لاحقة عليه، فإذا عجز المدين عن التنفيذ العيني جاز للدائن أن يطالب بالتنفيذ على نفقة المدين أو أن يطلب التنفيذ بمقابل، كما يجوز له أن يطلب الفسخ والتعويض إن كان له محل.

( ب ) أما إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء وجب أن يكون هذا الشيء موجوداً، ويتحقق هذا الوجود إذا كان الشيء موجوداً وقت العقد أو سيوجد في المستقبل.  
فإذا تعاقد الطرفان على اعتبار أن الشيء موجوداً وقت إبرام العقد ثم تبين أنه كان قد هلك قبل ذلك وقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما في بيع منزل تبين أنه كان قد هلك قبل العقد بفعل زلزال، أو بيع سيارة تبين أنها كانت قد هلكت قبل إبرام العقد.  
أما إذا هلك الشيء بعد نشوء الالتزام فإن الالتزام يكون قد نشأ صحيحاً فينقذ العقد، ونصبح بصدد استحالة في التنفيذ وهي تؤدي كما سبق القول إلى انقضاء الالتزام إذا لم يكن للمدين يد في هذا الهلاك فينفسخ العقد من تلقاء نفسه، أما إذا كان للمدين يد في هذا الهلاك فإن الالتزام لا ينقضي حيث يجب التعويض على المدين.

### جواز التعامل في الأشياء المستقبلية:

على أن شرط وجود الشيء وقت إبرام العقد لا يعني عدم جواز التعامل في الأشياء التي لم توجد بعد أو الأشياء المستقبلية، إذ أن التعامل في هذه الأشياء كقاعدة صحيح ويقره القانون وذلك متى اتجهت إرادة الأفراد إلى التعامل على الشيء ليس باعتباره موجوداً الآن ولكن باعتباره سيوجد في المستقبل طالما كان وجوده غير مستحيل في ذاته استحالة موضوعية.  
وهذا ما نصت عليه المادة ١/١٣١ مدني حين قررت أنه " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً"، وتطبيقاً لذلك يجوز لصاحب الأرض الزراعية أن يقوم ببيع المحصول قبل نضجه (وهي ما يسمى في الشريعة الإسلامية ببيع السلم)، ويجوز لمالك مبنى تحت الإنشاء أن يبيع وحداته السكنية، ويجوز لصاحب المصنع أن يبيع منتجاته عن فترة معينة مستقبلة.

### استثناء من جواز التعامل في الأشياء المستقبلية (حظر التعامل في التركات المستقبلية):

إذا كانت القاعدة هي جواز التعامل في الأشياء المستقبلية فإن المشرع لسبب أو لآخر ومراعاة لاعتبارات معينة قد يحظر التعامل في بعض الأشياء المستقبلية.  
كما هو الحال بالنسبة لهبة المال المستقبل، ورهن المال المستقبل حيث حظر المشرع هذه التصرفات في المال المستقبل.  
ولعل أشهر حظر ورد على التعامل في الأشياء المستقبلية هو ذلك الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدني حيث قررت على سبيل الاستثناء من الفقرة الأولى لذات المادة " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون"، والذي يعرف باسم حظر التعامل في التركات المستقبلية.

والتركة: هي مجموع ما يتركه الشخص من حقوق والتزامات عند موته، فإذا كان الشخص على قيد الحياة فإن هذا المجموع منظوراً إليه وقت الموت يعتبر تركة مستقبلية، والتعامل الذي يجعله القانون باطلاً هو التعامل في التركة المستقبلية أي الذي يكون محله هو التركة سواءً في مجموعها أو في حصة شائعة منها كالنصف أو الثلث أو في مال معين بالذات باعتباره داخلاً ضمن عناصرها، ويستوي أن يكون صاحب التركة نفسه أي المورث قبل وفاته طرفاً في هذا التعامل، أو يكون التعامل بين الورثة أو بين واحد منهم وأجنبي، ولو وافق المورث على الاتفاق ففي كل هذه الصور يعتبر التعامل باطلاً لمخالفته للنظام العام كما يتضح من الأمثلة التالية:

فلا يجوز لشخص أن يعقد عقداً محله تركته المستقبلية كأن يتفق المورث مع أحد الورثة المحتملين على أن يكون نصيبه أكبر أو أصغر من نصيبه الشرعي أو على أن يحصل على مال معين خصماً من حصته في الإرث أو بالإضافة إليها، أو على أن يتحمل وحده ديناً من ديون التركة أو أن يتفق مع أجنبي على أن يكون له حصة في التركة أو على أن يحصل على مال معين منها بدون مقابل أو حتى نظير دفع ثمنه، ففي كل هذه الأحوال يكون الاتفاق باطلاً ولو وافق عليه جميع الورثة المحتملين، وذلك لمخالفته للنظام العام إذ يتضمن خروجاً على القواعد المنظمة للميراث وهي قواعد أمرة وليس للمورث أن يتصرف في التركة إلا عن طريق الوصية، وهي تصرف غير لازم فيجوز للموصي إلى حين وفاته أن يعدل عنه وفي حدود المسموح بها، كما يبطل كل تعامل بشأن التركة المستقبلية يقوم به الورثة المحتملون، كما لو اتفقوا أثناء حياة المورث على قسمة التركة، أو اتفقوا جميعاً على عدم الاعتداد بأي وصية ولو كانت نافذة، أو باع أحد الورثة ما سوف يرثه كله أو حصة منه أو مالاً معيناً مملوكاً لمورثه باعتبار أنه سيؤول إليه بالميراث، فكل هذه الصور من التعامل تكون باطلة ولو وافق عليها المورث لمخالفتها للنظام العام لأنها تتضمن معنى المضاربة على موت إنسان على قيد الحياة.

وإذا كانت القاعدة هي عدم جواز التعامل بشأن التركة المستقبلية، فقد نصت المادة ٢/١٣١ في آخرها على استثناء الأحوال التي ينص عليها القانون، من ذلك مثلاً ما تنص عليها المادة ٣/٥٢٨ مدني من جواز الاتفاق في عقد الشركة على أنه إذا مات أحد الشركاء فتبقى الشركة قائمة بين الباقيين ويأخذ ورثة الشريك المتوفى قيمة نصيبه نقداً، فمثل هذا الاتفاق يعتبر تعاملاً في تركة مستقبلية إذ يعطي لمن يبقى حياً من الشركاء حقاً على حصة من يموت منهم - وهي التركة - في مقابل دفع قيمتها نقداً.

## ٢- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين:

فإذا لم يكن المحل معيناً فيكفي أن يشتمل العقد على العناصر اللازمة للقيام بهذا التعيين.

### ( أ ) فإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل:

وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين، فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء وجب تعيين هذا البناء بذكر مواصفاته فإذا لم تذكر هذه المواصفات فيكفي أن يشتمل العقد على العناصر التي تجعل البناء قابلاً للتعين، كما في حالة الاتفاق على إقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة أو مدرسة تتسع لعدد معين من الطلبة، فإذا لم تذكر المواصفات ولم تتوافر مثل هذه العناصر فلا يقوم الالتزام ولا ينعقد العقد، وإذا كنا بصدد عقد عمل مثلاً فإن التزام العامل يكون معيناً إذا تم تحديد نوع العمل المطلوب منه أداءه وتحديد ساعات العمل ووقت بدء العمل ووقت الانتهاء منه ويوم الراحة الأسبوعية، ويكون التزام العامل قابلاً للتعين إذا لم يحدد إلا نوع العمل فقط بحيث تعين بقية عناصره وفقاً لما يقوم به العمال الآخرون لدى صاحب العمل، أما إذا التزم العامل بتأدية عمل ولم يحدد نوعه ولا قدره ولم يكن من المستطاع تحديد ما يلتزم بأدائه كان الالتزام غير قائم لعدم تعيين العمل محله، ويقع العقد باطلاً.

### ( ب ) وإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء:

ويجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابل للتعين، ويختلف مضمون هذا الشرط بحسب ما إذا كان هذا الشيء قيمي أو مثلي.

فالأشياء القيمة : وهي التي يغلب أن تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به فلا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، يجب أن تعين بذاتها فيوصف الواحد منها بأوصافه التي تميزه عن غيره بحيث تتحدد ذاتيته وتمنع من اختلاطه بغيره، كالأرض تذكر مساحتها وموقعها وحدودها، والمنزل يذكر موقعه وأوصافه وحدوده، والدابة توصف وصفاً يميزها عن غيرها.

والأشياء المثلية: وهي التي يغلب ألا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به فيقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، ويجب أن تعين بجنسها وبنوعها ومقدارها، فالقطن (وهو الجنس) مثلاً يذكر أنه من نوع الكرنك وأن مقداره خمسون قنطاراً، والقمح (وهو الجنس) يذكر أنه من نوع هندي وأن مقداره مائة أردب، ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية من نوع معين لمستشفيات أو مدارس، أو فحماً من نوع معين لمصنع، إذ يتحدد المقدار وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة أو المصنع، فإذا لم يتيسر استخلاص المقدار من ظروف العقد وقع العقد باطلاً لتخلف شرط التعيين، وإذا لم يتفق صراحة على الصنف (أي درجة الجودة) ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيء من صنف متوسط، ومعنى هذا أن

الصف إذا لم يكن معيناً أو قابلاً لتعيين فإن القانون قد تكفل بهذا التعيين حين قضى بأنه يكون من صف الوسط.

### ٣- أن يكون المحل مشروعاً:

وفقاً للمادة ١٣٥ مدني فإنه " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً "، وهو ما يعبر عنه الفقه باشتراطهم أن يكون المحل مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب، وتطبيقاً لذلك فإنه إذا تعلق الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل وجب أن يكون هذا العمل مشروعاً وإلا وقع العقد باطلاً، ووفقاً لذلك فكل اتفاق يكون القصد منه ارتكاب جريمة أو عدم الإبلاغ عن جريمة وقعت أو الاتفاقات التي محلها إتلاف مال الغير أو التجسس أو إدارة بيوت الدعارة أو الشهادة أمام المحاكم بغير حق تقع باطلة.

وتطبيقاً لذلك أيضاً إذا تعلق الالتزام بشيء فإنه يشترط أن يكون الشيء محل التعامل غير مخالف للنظام العام والآداب، ولذلك تقع باطله الاتفاقات التي يكون محلها أشياء خارجة بطبيعتها أو بنص القانون عن دائرة التعامل، كالتعامل في الأشياء المخصصة لكي ينتفع الجميع بها (كبيع ماء البحر أو هواء الجو أو أشعة الشمس) والأموال العامة، كذلك يقع باطلاً كقاعدة التعامل في جسم الإنسان إلا إذا أجازها القانون بشروط معينة، والتعامل في الأسلحة والمخدرات (إلا في الأحوال التي يجيزها القانون على سبيل الاستثناء) كما يقع باطلاً التنازل عن الحرية الشخصية والاتفاقات المخالفة للقواعد المنظمة للأهلية لأنها من النظام العام، وكذلك الاتفاقات التي يكون محلها إقامة العلاقات الجنسية غير المشروعة، والتنازل عن الحق الأدبي للمؤلف على مصنفه، وتنازل الزوج المسلم عن حقه في إيقاع الطلاق.

## المبحث الثالث السبب

### النصوص القانونية:

تنظم أحكام السبب في القانون المدني المصري المادتين التاليتين:  
المادة ١٣٦ وتنص على أنه " إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً "

المادة ١٣٧ وتنص على أنه:

١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أنه له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك.  
٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه.  
وواضح من هذين النصين أن الأول يتكلم عن شروط السبب وهي الوجود والمشروعية، والثاني يتكلم عن إثبات السبب.

فما هو المقصود بالسبب؟

المعاني المختلفة لمصطلح السبب:

جرت عادة الفقه على أن يصدرها كتابتهم في إيضاح معنى السبب بالقول بأنه إذا كان محل الالتزام هو الجواب عن السؤال : بم التزم المدين، فإن السؤال عن السبب هو جواب: لما التزم المدين؟  
ومن المتصور أن تكون إجابة المدين إحدى إجابتين:

١- الأولى: ويقرر فيها أن سبب التزامه هو الرغبة في الحصول على ما لدى المتعاقد الآخر، فهو إذا كان مشتري مثلاً يقرر أنه التزم بدفع الثمن لأنه يرغب في الحصول من البائع على الشيء المبيع، وإذا كان بائعاً فهو يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع لأنه يرغب في الحصول على الثمن من المشتري، أي أن السبب وفقاً لهذا المعنى يقصد به الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام، أو هو بعبارة مرادفة الغاية التي يبتغي الملتزم تحقيقها من وراء الالتزام، والسبب بهذا المعنى يمثل الغرض المباشر (أي أول غرض يقصده الملتزم) وهو يتميز بثلاث خصائص، فهو يتصل بالمتعاقد الآخر (أي ينظر إليه في داخل العلاقة بين المتعاقدين ولا ينظر إليه في ذات نفس المتعاقد) لذا فهو أمر داخلي في العقد، كما أنه موضوعي لأنه يتعلق بموضوع العقد ذاته دون شخصية المتعاقد، وهو أيضاً ثابت غير متغير لأنه لا يتغير في العقود ذات الطبيعة الواحدة من متعاقد لآخر، فهو دائماً في هذه النوعية من العقود ذات السبب، إذ أن سبب التزام كل بائع هو الرغبة في الحصول على الثمن، وسبب التزام كل مشتري هو الرغبة في الحصول على الشيء المبيع، وسبب التزام كل متبرع هو نية التبرع... وهكذا.

والسبب بهذا المعنى يسمى السبب القسدي ويسمى السبب المباشر، ويسمى أيضاً وهذه أهم التسميات سبب الالتزام.

٢- وإذا كان السبب القسدي أو (سبب الالتزام) يمثل الغرض المباشر الذي يدفع المدين إلى الالتزام، فإنك إذا سألت المدين (المشتري أو البائع في مثالنا السابق) سؤالاً ثانياً لماذا تريد الحصول على الشيء المبوع أو الثمن؟ فإنك هنا تسأل عن الباعث على الالتزام، أي الغرض غير المباشر الذي يدفعه إلى الالتزام، وهنا فإن هذا الباعث يختلف كثيراً من شخص لآخر.

ففي كل عقود البيع مثلاً يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن وبالعكس يكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية، أما الباعث الذي دفع البائع إلى الالتزام فقد يكون أنه يريد استبدال المنزل المبوع بغيره، أو أنه يريد أن يشتري بالثمن أرضاً زراعية، أو أنه يريد الانتفاع بالثمن في تجارة أو في سداد دين عليه، أو أنه يريد الهجرة إلى بلد آخر، أو أنه يريد الحصول على النفود لإشباع شهواته وملذاته وهكذا، وقد يكون الباعث الذي دفع المشتري إلى التعاقد هو أنه يريد استغلال المنزل الذي اشتراه، أو يريد تخصيصه لسكنه، أو يريد أن ينشئ فيه مدرسة أو متجراً أو مصنعاً أو يريد أن يديره للعاهرة أو للمقامرة إلى غير ذلك.

وفي التبرعات فإن سبب الالتزام هو دائماً نية التبرع، ولكن الباعث يختلف هنا أيضاً باختلاف الأشخاص والظروف، فقد يتبرع الواهب مثلاً رغبة منه في تشجيع العلم، أو اعترافاً بجميل، أو عطفاً على صديق في حاجة، أو لتحريض امرأة على إقامة علاقة غير مشروعة معه، وهكذا تتنوع البواعث والسبب واحد.

والسبب بهذا المعنى (أي الباعث) يتميز بأمور ثلاثة تتناقض تماماً مع تلك التي رأيناها في السبب القسدي، فهو يتميز بأنه أمر شخصي لأنه يتصل بشخص كل متعاقد على حده، لذا لا ينظر إليه في علاقة المتعاقدين بعضهم البعض (أي بصفة ثنائية أو جماعية)، ولكن ينظر إليه لدى كل متعاقد بصفة انفرادية، وهو أمر خارجي عن العقد حيث نلتصه في نفسية المتعاقد لا في داخل العقد، وهو أمر متغير لأنه يختلف حتى في النوع الواحد من العقود من متعاقد لآخر.

والسبب بهذا المعنى يسمى السبب الدافع أو السبب غير المباشر، ويسمى أيضاً وهذه أهم التسميات سبب العقد.

والواقع أنه إلى جوار هذين المفهومين للسبب يوجد مفهوم ثلاث وهو الذي يطلق عليه السبب الإنشائي حيث يؤخذ السبب بمعنى المصدر الذي يتولد عنه الالتزام، والذي يقصد به العقد أو الإرادة المنفردة أو الفعل الضار أو النافع أو نص القانون، وليس للسبب بهذا المعنى مدخل في حديثنا عن نظرية السبب.

وإذا كان للسبب هذين المعنيين فأيهما هو المقصود باعتباره ركناً في الالتزام أو في العقد؟

ستشكل الإجابة على هذا السؤال محل حديثنا في الصفحات المقبلة حيث سنعلم أنها اختلفت من زمن لآخر ومن فكرة لآخر حيث ظهر في هذا الصدد مدرسة تقليدية تقتصر السبب على السبب القسدي ولا تقيم أي وزن للبواعث، ثم ظهر على أعقابها مدرسة تنسب إلى القضاء الفرنسي (وتسمى المدرسة الحديثة أو مذهب القضاء الفرنسي) وهي تعند بالبائع إلى جواز السبب القسدي.

على أننا قبل أن ندرس هذه المدارس نود إظهار ثلاثة أمور هي:

١- أن سبب الالتزام يتميز تماماً عن محله، فالسبب هو الغرض أو الغاية التي يسعى الملتزم إلى تحقيقها من وراء تحمله بالالتزام، أما المحل على ما رأينا فهو الأداء الذي يلتزم المدين بالقيام به ( سواء كان عمل أو امتناع أو إعطاء ) وقد يكون المحل غير مشروع والسبب مشروع، وقد يكون المحل مشروع والسبب غير مشروع فلا اختلاط بينهما، فقد يكون محل الالتزام مشروع ومع ذلك يبطل الالتزام لعدم مشروعية السبب، مثال ذلك أن يتعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة لقاء مبلغ من النقود، فالالتزام بارتكاب الجريمة باطل لعدم مشروعية محله لمخالفته النظام العام والآداب، ولكن الالتزام بدفع مبلغ من النقود محله مشروع وإنما يتحقق بطلانه لأن سببه غير مشروع وهو الحث على ارتكاب الجريمة.

٢- أن موضوع السبب يعد من أكثر موضوعات القانون بشكل عام ( وليس القانون المدني ولا قانون العقود فقط ) إسالة للحبر الأقلام، إذ اختلفت الآراء بصدده في شتى الاتجاهات حيث ظهر فريق من الفقه يدافع عن نظرية السبب دفاعاً مستميتاً ( ولذلك سموا بالسببين ) ويمكن اعتبار الأستاذ / هنري كابيتان أهمهم، كما ظهر في المقابل فقهاء ينكرون السبب تماماً ( ولذلك سموا بالاسبين ) ويمكن اعتبار الأستاذ/ بلانيول أهمهم، وبين هذين الموقفين المتطرفين ظهرت نظريات أخرى تحاول أن تصلح ما ينهدم من النظرية التقليدية، وهكذا تشعبت المسائل والأمور حتى أضحت نظرية السبب مستحقة للجائزة الأولى في الغموض والتشتيت وعدم الوضوح، ولتبسيط الدراسة فإننا سنحاول التعرض لهذه النظريات بالقدر الذي نستطيع معه أن نتفهم موقف المشرع المصري من السبب.

٣- تحديد المجال الفني للسبب، يتحدد المجال الفني لأعمال نظرية السبب بالمحددتين التاليين:

أ- أنه لا مجال لفكرة السبب إلا في الالتزامات الإرادية أي التي تنشأ بفعل الإرادة، ومن ثم فلا محل لها في الالتزامات غير الإرادية ( كالتزامات الناشئة عن الفل الضار، والإثراء بلا سبب، ونص القانون ). وإذا كان مجال السبب هو الالتزامات الإرادية فهو يشملها جميعاً دون تفرقة بين تلك الناشئة عن العقد أو الإرادة المنفردة.

ب- أنه لا مجال لفكرة السبب إلا بصدد الالتزامات المسببة دون الالتزامات المجردة. يفرق القانون بين نوعين من التصرفات يسمى الأول التصرف المسبب أي الذي يجب أن يستند إلى سبب وإلا وقع باطلاً، والنوع الثاني يسمى التصرف المجرد أي التصرف المجرد عن سببه أي الذي لا يشترط أن يتوافر له سبب، فهو يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره رغم عدم توافر السبب أو عدم مشروعيته.

والأصل في الالتزامات في القانون المصري ( والقوانين اللاتينية ) هي أن تكون مسببة، أما فكرة التصرف المجرد فهي معروفة في القوانين الجرمانية التي تأخذ بالإرادة الظاهرة، والتي تحقق بشكل أفضل استقرار المعاملات، وفكرة التصرف المجرد أنه إذا قام الالتزام فإن المدين يلتزم بالوفاء، ولا يستطيع أن يتخلص منه بدعوى أن هذا الالتزام ليس له سبب، أو أن سببه غير مشروع، أو أن إرادته كانت معيبة، فهو يلتزم بتنفيذ الالتزام في جميع الأحوال بحيث لا يكون أمامه بعد أن ينفذه إلا أن يرجع على الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كانت الأسباب التي يستند إليها صحيحة.

وفكرة الالتزام المجرد نقابل تطبيقاتها في الأوراق التجارية ( الكمبيالة ، الشيك ، سند الأمر ) حيث يتم تداولها بالطرق التجارية ( كالتظهير مثلاً ) لذلك لا يجوز الاحتجاج في مواجهة حاملها حسن النية، بالدفع المستمدة من أي علاقة سابقة لم يكن طرفاً فيها، فهو يملك أن يرجع على من وقعها دون أن يستطيع هذا أن يدفع في مواجهته بعدم وجود سبب لالتزامه أو بعدم مشروعيته.

وليس هناك في القانون المدني المصري إلا تطبيقين فقط لالتزام المجرد أحدهما متفق على كونه كذلك والآخر مختلف عليه، أما التطبيق المجمع عليه فهو التزام المناب في الوفاء قبل المناب لديه حيث تنص المادة ٣٦١ مدني على أن " يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المناب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدافع من الدفع. ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المناب كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي غيره " .

أما التطبيق المختلف عليه فهو التزام الكفيل نحو الدائن، فهو لا يتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمدين إذ لا يجوز للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها في مواجهة المدين، وهناك اختلاف في الفقه حول ما إذا هذا الالتزام مجرد أم لا .

### خطة الدراسة:

سندرس أولاً النظرية العامة للسبب، ثم يليها ثانياً دراسة السبب في القانون المصري.

## المطلب الأول النظرية العامة للسبب

سنعرض في هذا المقام للنظريات التي ظهرت لتحديد السبب، وهما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ( أو مذهب القضاء الفرنسي ).

### النظرية التقليدية للسبب:

ترجع هذه النظرية إلى نهاية عهد القانون الروماني حيث ظهرت فيه بعض العقود الرضائية فظهرت معها فكرة السبب حتى تلقفها القانون الكنسي للذين عدلوا عنها ( حيث أضافوا إليها السبب بمعنى الباعث ) ثم بدأ من القرن السابع تلقفها شراح القانون الفرنسي القديم ( وأشهرهم دوما ) اللذين عادوا بها إلى أصلها الروماني حتى أن الفقيه بوتيه وضع لها على النمط الروماني نظرية متكاملة هي التي تأثر بها واضعي القانون المدني الفرنسي الصادر ١٨٠٤ والمسمى قانون نابليون.

وتقوم النظرية التقليدية على أن سبب الالتزام هو الغرض المباشر القريب ( الغرض الأول ) الذي يقصده الملتزم، أي أنها تأخذ بالسبب بمعنى سبب الالتزام أو السبب بمعناه القصدي على ما سبق أن أوضحناه، وهي تراه عنصراً ضرورياً وكافياً لذا فهي لم تعند بالسبب بمعنى الباعث.

ثم بعد ذلك قام أنصارها بتحديد هذا السبب القصدي في كل طائفة من العقود حتى انتهوا إلى الآتي:  
في العقود الملزمة للجانبين يكون سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الآخر، ففي عقد البيع مثلاً يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع لأن المشتري يلتزم من جانبه بدفع الثمن، وبالعكس يلتزم المشتري بدفع الثمن لأن البائع يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع إليه، أي أن سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية.

أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فالسبب هو تسلم الشيء موضوع العقد، فسبب التزام المستعير بالرد هو سبق تسلمه الشيء المعار، وسبب التزام المقرض بالدفع هو سبق تسلمه من المقرض المبلغ المقرض.

أما في عقود التبرع فسبب الالتزام هو نية التبرع وبعبارة أخرى هو إرضاء عاطفة الخير التي تدفع الواهب إلى التخلي عن ماله للموهوب له دون مقابل.

وقد اشترط أنصار هذه النظرية في السبب ( بمعناه القصدي أي سبب الالتزام ) ثلاثة شروط هي:

١- أن يكون موجوداً فإذا كان متخلفاً وقع العقد باطلاً، والمراد بالتخلف هنا أن يتعاقد الطرفان وهما على بينة من أن السبب غير موجود، كما هو الحال في سندات المجاملة حيث يرغب شخص في تقديم خدمة لتاجر فيلتزم نحوه صورياً بأن يوقع له على سند لمصلحة التاجر يستحق الدفع مؤجلاً فيصبح بوسع التاجر أن يحصل على قيمة هذا السند بتحويله إلى الغير وعند حلول ميعاد الدفع يقوم التاجر بإعطاء قيمة السند للمدين الصوري فيدفعها لحامل السند، وواضح في هذه الحالة أنه لا يوجد سبب فيما بين المتعاقدين أطراف سند المجاملة فيقع السند باطلاً لانعدام السبب.

٢- أن يكون السبب صحيحاً، أي ليس كاذباً، وهو يكون كاذباً في حالتين هما السبب الموهوم والسبب السوري.

والسبب الموهوم ( أو المغلوط ): يوجد حيث يتوهم أحد المتعاقدين سبباً لا وجود له، مثال ذلك أن يتخارج وارث مع شخص يعتقد أنه وارث فيعطيه مبلغ من النقود للتخارج ثم يتضح له أنه غير وارث، أو أن يقر وارث بدين على تركة ثم يتضح أن الدائن كان قد استوفى دينه من المورث، أو أن يتفق مدين مع دائئه على تجديد الدين ثم يتضح أن الدائن كان قد استوفى الدين أو أن الدين القديم كان باطلاً.

أما السبب السوري ( أي غير الحقيقي ): فله صورتان الصورة المطلقة و الصورة النسبية، فإذا كانت الصورية مطلقة أي كان السبب الظاهري السوري لا يخفي خلفه سبباً آخر حقيقياً فإن الالتزام لا يقوم لانعدام السبب فيقع باطلاً، ومثال ذلك أن يبيع أخ لأخيه قطعة أرض كي يوفر له نصاب الترشيح ويتفقا على أن البيع سوري الغرض منه توفير هذا النصاب لا إبرام عقد حقيقي.

أما إذا كانت الصورية نسبية حيث يخفي السبب السوري خلفه سبباً آخر حقيقياً فإن العبرة بهذا السبب المستتر، فإذا كان غير مشروع ( كإخفاء الربا في ثوب القرض ) وقع العقد باطلاً لعدم مشروعية السبب، أما إذا كان السبب المستتر مشروع ( كإخفاء الهبة في صورة بيع ) وقع العقد صحيحاً لمشروعية السبب، إذ الصورية وحدها ليست سبباً لإبطال العقد متى كان سببه الحقيقي مشروع. ( وسنعلم بعد قليل أن هذا الشرط من شروط السبب لا قوام ذاتي له، لأنه يندرج تحت الشرطين الآخرين للسبب. )

٣- أن يكون السبب مشروعاً، فإذا كان غير ذلك وقع الالتزام باطلاً، كمن يلتزم بدفع مبلغ من النقود لامرأة لإقامة علاقة غير مشروعة معها، أو يدفع لأحد مبلغ من المال لقاء ارتكاب هذا الأخير جريمة، أو من يدفع رشوة لموظف عام للعبث بأعمال الوظيفة.

**تحليل شروط السبب وفقاً للنظرية التقليدية والانتهاج إلى أنهما شرطان فقط ( الوجود والمشروعية ) :**  
إذا حللنا شرط صحة السبب لوجدنا أنه لا قوام ذاتي له، فإذا كانت خلاصة هذا الشرط هي أنه يفضي إلى بطلان السبب إذا كان موهوماً أو سورياً صورية مطلقة أو سورياً صورية نسبية تخفي تصرف غير مشروع، فإنه يمكن الاستغناء عن هذا الشرط والتوصل إلى النتائج المبتغاة منه عن طريق الاستعانة بفكرتي وجود السبب ومشروعيته، فحالة السبب الموهوم الذي لا وجود له تدخل في مضمون وجود السبب، حيث أن السبب الموهوم لا وجود له، وكذلك الحال بالنسبة للسبب السوري صورية مطلقة لأن السبب فيه غير موجود فتدخل هي الأخرى في نطاق وجود السبب، أما إذا كانت الصورية نسبية صح الالتزام إذا كان السبب المستتر مشروع، وبطل إذا كان هذا السبب المستتر غير مشروع، بمعنى أن هذه الحالة تندرج تحت شرط المشروعية، وهكذا فإن السبب يكون له شرطان فقط هما الوجود والمشروعية.

## نقد النظرية التقليدية وبداية التحول عنها:

انتقدت النظرية التقليدية بدعوى أنها غير صحيحة وغير مفيدة، ألا أن أهم نقد وجه لها وأصابها في مقتل هو كونها قاصرة، لأنها تقتصر على الاعتداد بسبب الالتزام دون سبب العقد، وهو ما يجعلها غير كافية لمواجهة جميع الحالات التي يجدر اعتبار العقد فيها باطلاً.

فهناك حالات لا يستطاع فيها اعتبار العقد باطلاً إذا اعتمدنا على سبب الالتزام وفقاً لما تقول به النظرية التقليدية، في حين أنه لو اعتد بسبب العقد أي الباعث الدافع إلى التعاقد لأمكن القول ببطلان هذه العقود، مثال ذلك عقد الهبة الذي يكون الباعث فيه على التبرع غير مشروع ( كإقامة علاقة جنسية غير مشروعة ) فنية التبرع وهي سبب الالتزام في الهبة ليس فيها ما يعتبر غير مشروع، لذلك يمكن أن تقع هذه الهبة صحيحة وفقاً للنظرية التقليدية، أما إذا نظرنا إلى الباعث وهو سبب العقد فإنه غير مشروع ولذلك فإن وضعه في الاعتبار يؤدي إلى بطلان الهبة.

مثال ذلك أيضاً عقد إيجار سكن يراد به إعداد المكان المؤجر للبقاء، فالالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع، وكذلك التزام المستأجر بدفع الأجرة، كل منهما مشروع وفقاً للنظرية التقليدية، أما الباعث على الإيجار وهو سبب العقد غير مشروع.

## النظرية الحديثة للسبب ( نظرية القضاء الفرنسي ):

الاعتداد بسبب العقد فضلاً عن سبب الالتزام، بشرط أن يتصل بالمتعاقد الآخر.

لمس القضاء رفيق التطبيق العملي القصور القائم في النظرية التقليدية من أن الاعتماد على السبب القسدي ( أو سبب الالتزام ) يمكن أن يؤدي إلى صحة عقود ينبغي إبطالها، فحاول أن يسد هذه الثغرة وهو ما تم التوصل إليه عن طريق إضافة الباعث ( أي سبب العقد ) إلى السبب القسدي ليتكون منهما معاً مفهوم السبب الواجب توافره في الالتزام، فراح القضاء يبحث عن البواعث المختلفة التي تدفع المتعاقد للتعاقد وأقتصر منها على السبب الرئيسي الذي أسماه الباعث الدافع إلى التعاقد والذي اشترط فيه أن يكون مشروعاً وإلا وقع الالتزام باطلاً، وتشهد التطبيقات المختلفة للقضاء في فرنسا وفي مصر على اعتداده بهذا الباعث جنباً إلى جنب مع السبب القسدي.

على أن ما أضافه القضاء إلى النظرية التقليدية لا يقتصر فقط على الاعتداد بالباعث ذلك أنه لاحظ أن البواعث متغيره من شخص لآخر، وإنما إذا أجزنا لكل متعاقد أن يتحلل من التزامه بدعوى أن الباعث له على إبرام التصرف كان غير مشروع لشكل هذا مفاجأة غير سارة للمتعاقد الآخر الذي لم يكن يعلم شيء عن هذا الباعث وهو ما يهدم استقرار المعاملات، لذلك أشرت للقضاء أن يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر، وهذا الاتصال قد تكون له إحدى ثلاثة صور:

فقد يكون المتعاقد الآخر مشاركاً فيها، أو عالمياً بها، أو كان يستطيع أن يعلمه، حيث انتهاء الرأي إلى رفض الصورة الثالثة ( إمكان العلم ) وأعتبر أن المتعاقد الآخر يكون على صلة بالباعث تجيز إبطال العقد في الحالتين الأولى والثانية فقط.

## المطلب الثاني السبب في القانون المصري

تنص المادة ١٣٦ مدني على أنه " إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً " وهي بذلك تشترط وجود السبب ومشروعيته، وهذه المادة إذا كانت قد أقرت أخذ المشرع بنظرية السبب إلا أنها لم توضح كما لم توضح الأعمال التحضيرية بخصوصها أمران مهمان:

١- ما المقصود بالسبب على نطاقها؟ وهل هو السبب بمعناه القصدي (أي سبب الالتزام) أم السبب بمعناه الباعث (أي سبب العقد) أم الاثنين معاً.

٢- أنه إذا كان يشترط في السبب أن يكون موجوداً ومشروعاً فهل هذين الشرطين متطلبين في السبب بمعناه القصدي أم في السبب بمعناه الباعث الدافع إلى التعاقد أم أنه ينصرف إلى الاثنين معاً، أم أنه يقصد بشرط الوجود السبب بمعنى معين، ويقصد بشرط المشروعية السبب بمعناه الآخر. وقد اختلف الفقه في الإجابة على هذين السؤالين، وتبسيطاً للأمور فإننا سنعرض بإيجاز تقتضيه طبيعة الدراسة للرأي الراجح في المسألتين المتقدمتين.

### أولاً: فيما يتعلق بتحديد مفهوم السبب:

فعلى الرغم مما ذهب إليه الفقيه العظيم أستاذ الأجيال الدكتور / السنهوري (رحمه الله) من أن المشرع أراد أن يأخذ بالسبب بمعناه الحديث فقط (سبب العقد) دون أن يعتد بالسبب بمعناه التقليدي (سبب الالتزام – أو السبب القصدي) إلا أن إجماع الفقه ذهب إلى أن المشرع يأخذ بنظرية مزدوجة للسبب، فهو يعتد في أن واحد بالسبب القصدي (سبب الالتزام) وبالباعث الدافع إلى التعاقد (سبب العقد) متى كان المتعاقد الآخر مشتركاً فيه أو يعلمه.

### ثانياً: فيما يتعلق بالمعنى الذي ينصرف إليه شرط الوجود والمشروعية:

فإجماع الفقه على أن هذين الشرطين لا يعملان معاً بطريقة جمعية بل يعملان بصورة موزعة، بمعنى أن شرط الوجود ينصرف إلى سبب الالتزام فقط ولا يشمل سبب العقد لأنه لا يتصور أن يثور شرط الوجود بالنسبة للباعث الدافع، وأن شرط المشروعية ينصرف إلى سبب العقد فقط ولا يشمل سبب الالتزام لأنه لا يتصور أن يثور شرط المشروعية بالنسبة له.

أما عدم تصور أن يثور شرط الوجود بالنسبة لسبب العقد فيرجع إلى أنه لا يمكن أن تتحرك إرادة واعية بغير باعث، فإذا انعدم الباعث كانت الإرادة غير واعية وبطل العقد لانعدام الإرادة وليس لانعدام السبب، فوجود السبب أمر لا يثور إلا إذا كانت الإرادة موجودة فهذا الوجود أمر بعدي، ومن هنا فلا يتصور أن ينعدم سبب العقد وتكون الإرادة موجودة.

وأما عدم تصور أن يثور شرط المشروعية بالنسبة للسبب الالتزام فيرجع إلى أن عدم المشروعية أمر أثير فعلاً بالنسبة لمحل الالتزام الذي رأينا أنه يشترط فيه أن يكون مشروعاً، وهذا المحل عبارة عن الأداء أو العمل الذي يقوم به المدين أي عبارة عن مقابل ومن هنا فلا داعي لإثارته مرة أخرى، فإذا كان هذا المحل مشروعاً كان السبب بالضرورة مشروعاً، أما إذا كان المحل غير مشروع فإن الالتزام يبطل لعدم مشروعية محله وليس لعدم مشروعية سببه فلا يثور أمر السبب.

### **ووفقاً لما ذهب إليه إجماع الشراح سوف نحدد المقصود بشرط وجود السبب ومشروعيته:**

#### **شرط الوجود أو شرط وجود سبب الالتزام:**

وهذا الشرط ينصب على السبب بمعناه القسدي (أي سبب الالتزام، أو الهدف الأول الذي يبتغيه المتعاقد من وراء التحمل بالالتزام، أو السبب وفقاً للنظرية التقليدية)، وهو يعني بضرورة أن يكون هذا السبب موجوداً فإذا تبين عدم وجوده وقع العقد باطلاً لانعدام سببه، وقد سبق لنا فيما تقدم ضرب أمثلة على حالات انعدام السبب بهذا المعنى فليرجع إليها.

#### **شرط المشروعية أو شرط مشروعية سبب العقد:**

وهذا الشرط ينصب على السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد متى كان متصلاً بالمتعاقد الآخر (أي سبب العقد أو السبب وفقاً للنظرية الحديثة) وهو يعني بضرورة أن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعاً، فإذا تبين أنه غير مشروع وقع العقد باطلاً لعدم مشروعية السبب. ومن أمثلة الحالات التي يقع فيها العقد باطلاً لعدم مشروعية السبب الحالات التي يكون فيها السبب الدافع للتعاقد مخالفاً للأداب أو للنظام العام، وقد سبق فيما تقدم ضرب أمثلة عليها فليرجع إليها.

#### **إثبات السبب:**

وفقاً للقواعد العامة في الإثبات فإن عبء الإثبات فيما يتعلق بالسبب (من حيث وجوده أو مشروعيته) يقع على الدائن لأنه يدعي وجود الدين، ومن ثم يقع عليه إثبات وجود العقد مصدر هذا الدين، وإثبات أنه تتوافر له أركانه ومنها السبب.

ولكن المشرع المصري كان في عون الدائن فيما يتعلق بإثبات السبب، وذلك حين نص في المادة ١٣٧ مدني على الآتي:

" ١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك.

٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

إذ أنه وفقاً لهذه المادة أفترض بقرائن قانونية بسيطة أمران: أولهما أنه إذا لم يذكر في العقد سبباً للالتزام فإنه يفترض أن له سبباً مشروعاً وأنه إذا ذكر له سبب يفترض أن هذا السبب صحيح، ولكنه يجيز في الحالتين إثبات عكس ما ورد بالقرائن السابقة، وهو بذلك يكون قد هون من عبء الإثبات على الدائن حيث نقله بالقرائن إلى عاتق المدين.

### ووفقاً لنص هذه المادة فإنه ينبغي التفرقة في إثبات السبب بين فرضين:

#### ١- الفرض الأول ( م١٣٧/١ ) عدم ذكر السبب في العقد:

كما لو ذكر فيه أن المدين يتعهد بدفع مبلغ معين للدائن دون أن يذكر سبب التعهد (أي دون أن يذكر مثلاً أن هذا المبلغ هو قرض، أو باقي ثمن، أو متجمد إيجار، أو تبرع) وفي هذه الحالة افترض المشرع أن للالتزام سبب كما أن هذا السبب مشروع، وهو بذلك أعفى الدائن من عبء إثبات هذين الأمرين. على أن هذه القرينة بسيطة فيجوز للمدين دحضها بإثبات أن الالتزام ليس له سبب أصلاً أو أنه يقوم على سبب غير مشروع، فله مثلاً أن يثبت أن التزامه ليس له سبب لأنه تعهد بدفعه على اعتبار أن الدائن سيقرضه إياه لكنه لم يفعل، أو أنه تعهد بدفعه اعتقاداً منه بصدور وصية صادرة عن مورثه ثم تبين له أنه رجع عنها أو تبين بطلانها، كما له أن يثبت عدم مشروعية السبب كما إذا أثبت أن المبلغ الذي تعهد بدفعه كان على سبيل الرشوة، أو في مقابل ارتكاب جريمة، أو لحث امرأة على إقامة علاقة غير مشروعة معه.

وللمدين هنا أن يثبت ما يريده بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، ولا يتقيد في ذلك بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة لأن السبب في الفرض الذي نعالجه لم يذكر في العقد.

#### ٢- الفرض الثاني ( م١٣٧/٢ ) ذكر السبب في العقد:

وهذا هو الفرض الغالب حيث يذكر في العقد سبب الالتزام (كما لو ورد به أن المبلغ المتعهد بدفعه باقي ثمن، أو تعويض واجب عن الملتزم دفعه لخطأ صدر منه سبب ضرراً للدائن، أو أنه على سبيل التبرع). وهنا افترض المشرع أن السبب الوارد في العقد هو السبب الحقيقي.

ولكن هذه القرينة كسابقتها بسيطة ويجوز للمدين أن يثبت عكسها أي إثبات أن السبب المذكور بالعقد غير صحيح وأنه سبب صوري، وأن السبب الحقيقي هو سبب آخر مستتر سواء كان مشروعاً أو غير

مشروع، فإذا أثبت ذلك السبب المستتر وأثبت عدم مشروعيه انتقل عبء الإثبات إلى الدائن الذي يجب عليه أن يثبت فعلاً وليس بمقتضى القرينة وجود السبب ومشروعيته وإلا وقع الالتزام باطلاً. ولكن المدين هنا سيصطدم في مجال الإثبات بقاعدة عدم جواز إثبات ما يجاوز أو يخالف الكتابة إلا بالكتابة، بما معناه أنه لن يستطيع كقاعدة وأمام ذكر السبب في العقد أن يثبت عكس السبب الثابت فيه إلا بالكتابة، فهو لن يستطيع ذلك بالبينة (شهادة الشهود) أو القرائن إلا في حالتين هما:

١- أن يثبت أن السبب الحقيقي للعقد قصد به التحايل على القانون، كالتحايل مثلاً على أحكام سعر الفائدة، حين يقترض شخص من آخر مبلغ ١٠٠ جنية لمدة سنة بفائدة ٢٠ % ثم يذكر في العقد أنه تسلم قرض مقداره ١٢٠ جنية، ففي هذه الحالة أدمجت الفائدة المحظورة في مبلغ القرض للتحايل على القانون.

٢- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة حيث يجوز في هذه الحالة إثبات ما يجاوز أو يخالف الكتابة بالبينة والقرائن.

## المبحث الرابع جزاء مخالفة قواعد تكوين العقد (البطلان)

درسنا فيما تقدم القواعد التي فرضها القانون لكي ينعقد العقد انعقاداً صحيحاً بحيث إذا تخاف أي منها وقع العقد باطلاً، فالبطلان إذا هو الجزاء الذي رتبته القانون على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته.

والبطلان نوعان: **مطلق / ونسبي** ، حيث تغلب في الفقه تسمية الأول بالبطلان فقط أو البطلان المطلق، وتغلب تسمية الثاني بالقابلية للإبطال.

والبطلان المطلق هو جزاء تخلف أحد أركان العقد (كما لو انعدم الرضا، أو المحل، أو السبب، أو الشكل في العقود الشكلية) أو إذا اختل ركن من هذه الأركان (عدا الرضا) لعدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون فيه (كما لو كان المحل مستحيلاً أو غير معين أو غير قابل للتعيين أو غير مشروع، أو كان السبب غير موجود أو غير مشروع).

أما البطلان النسبي فهو جزاء تخلف شروط صحة العقد وهو ما يقع في حالة صدور الرضا عن ناقص الأهلية (وليس عديمها لأن الرضا الصادر عن عديم الأهلية يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً) وفي حالة توافر عيب من عيوب الإرادة الأربعة المعروفة (الغلط – والتدليس – والإكراه – والاستغلال).

ويوجد بين البطلان المطلق والبطلان النسبي فارق جوهري يترتب عليه العديد من الفروق الأخرى، وهو الفارق الذي يكمن في انعدام الوجود القانوني للعقد الباطل وتوافر هذا الوجود للعقد القابل للإبطال، فالعقد الباطل ليس له وجود قانوني أو في عبارة أخرى عقد منعدم أما القانون، ولا ينتج من ثم أي أثر قانوني، في حين أن العقد القابل للإبطال له وجود قانوني أو في عبارة أخرى عقد قائم أمام القانون، إلى أن يتقرر إبطاله فيزول هذا الوجود القانوني ويرتد زواله إلى وقت انعقاده، بمعنى أن العقد القابل للإبطال ينتج آثاره القانونية كاملة إلى أن يتقرر إبطاله فتزول جميع هذه الآثار بأثر رجعي وتعتبر كأن لم تكن أصلاً، فالعقد القابل للإبطال على هذا النحو يمر في مرحلتين: الأولى قبل أن يتقرر إبطاله، ويكون في هذه المرحلة له وجود قانوني كامل وينتج من ثم كل الآثار التي ينتجها العقد الذي قام صحيحاً، والثانية بعد أن يتقرر إبطاله: وفي هذه المرحلة ينعدم الوجود القانوني للعقد انعداماً تاماً، ويرتد انعدامه إلى تاريخ إبرامه وتزول من ثم جميع الآثار التي رتبها منذ إبرامه، بحيث يعاد العاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل نشوئه ويستوي عندئذ مع العقد الباطل.

وسندرس الآن في مطلب أول أحكام البطلان على ضوء هذا الفارق الجوهري بين نوعية، ثم يليها في مطلب ثاني آثار هذا البطلان.

## المطلب الأول أحكام البطلان

### ١- من له حق التمسك بالبطلان:

( أ ) إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يراد بذي المصلحة كل من يجني فائدة من وراء العقد، فالجار مثلاً لا يجوز له أن يطلب بطلان البيع ليتخلص من جار لا يرتاح لجواره، بل يقصد بذي المصلحة كل صاحب حق تؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه، ولا يشمل على هذا التحديد سوى الخلف العام والخلف الخاص لكلا العاقدين ودائني كل منهما، فإذا كان العقد الباطل بيعاً استطاع أن يتمسك ببطلانه البائع ليسترد المبيع، والمشتري ليسترد الثمن، وورثة كل منها ليردوا المبيع أو الثمن إلى التركة، وكذلك دائنو كل منهما ليدخل المبيع أو الثمن في ضمان توطئه للتنفيذ عليه بحقوقهم، وأخيراً كل من تلقى من البائع أو المشتري حقاً عينياً على العين المبيعة أو حقاً شخصياً يتعلق بهذه العين، فالمرتهن من البائع يطلب البطلان ليبقى له الرهن، والمرتهن من المشتري يطلبه ليسقط أجل الدين المضمون بالرهن، والمستأجر من البائع يطلب البطلان ليبقى في العين المؤجرة ولو كان عقد الإيجار طويل المدة غير مسجل، والمستأجر من المشتري يطلب البطلان ليتخلص من عقد الإيجار ويسترد الأجرة.

( ب ) أما إذا كان العقد قابلاً للإبطال فإنه لا يستطيع التمسك بالبطلان إلا العاقد الذي شرع الإبطال لمصلحته فقط، فإذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص الأهلية فناقص الأهلية وحده هو الذي يجوز له أن يتمسك بالإبطال، وإذا كان السبب هو عيب في الإرادة فمن عيبت إرادته هو وحده الذي يحق له أن يطلب الإبطال، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها بل لابد أن يتمسك به من له مصلحة فيه.

### ٢- تقرير البطلان:

( أ ) العقد الباطل معدوم ومن ثم لا تقوم حاجة إلى صدور حكم ببطلانه فهو باطل بذاته، وإذا دعت الضرورة رفع دعوى ببطلانه (كما لو أن أحد العاقدين نفذ التزامه ويريد أن يسترد ما أداه) فإن الحكم الذي يصدر بالبطلان في هذه الحالة يكون كاشفاً عن البطلان لا مقررراً له لأن العقد كان باطلاً قبل صدور هذا الحكم.

**( ب ) أما العقد القابل للإبطال** فلا يتقرر بطلانه إلا بتراضي أو التقاضي، وذلك لأن لهذا العقد وجود قانوني لا يزول إلا إذا اتفق الطرفين على إزالته، أو إذا صدر حكم يقرر هذا الزوال وفي هذه الحالة يكون الحكم منشأ للبطلان، لأن العقد كان قائماً قبل صدوره ولم يتقرر إبطاله إلا بهذا الصدور.

### ٣- الإجازة:

**الإجازة** هي تصرف قانوني من جانب واحد يتنازل به العاقد الذي شرع بطلان العقد لمصلحته عن حقه في طلب إبطاله، وذلك بقصد تصحيحه برفع العيب الذي لحقه، ويترتب عليها ارتفاع الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال فيستقر نهائياً، ويستند أثرها إلى تاريخ إبرام العقد أي يكون له أثر رجعي فيصبح العقد صحيحاً بشكل نهائي وكأنه لم يكن قابلاً للإبطال في يوم من الأيام. والإجازة بهذا المعنى لا ترد على العقد الباطل لأنه معدوم وليس من شأن الإجازة أن تخلق من العدم وجوداً، كما أنه لا يستطيع أي من طرفي العقد الباطل أن ينشئ بإرادته المنفردة من العدم عقداً. أما العقد القابل للإبطال فهو فقط الذي ترد عليه الإجازة لأنه له وجود قانوني يستقر بالإجازة بعد أن كان مهدداً بالبطلان قبلها، وتصدر الإجازة من المتعاقد الذي شرع البطلان لمصلحته.

### ٤- التقادم:

**التقادم باختصار** هو سقوط الحق بمضي مدة معينة من الزمن مع عدم المطالبة به، ويختلف أثر التقادم في البطلان المطلق عنه في البطلان النسبي. فال**بطلان المطلق** لا تسقط بالتقادم سوي الدعوى به أما الدفع بالبطلان فلا يسقط بمضي المدة، وقد نصت على الحكم الأول المادة ٢/١٤١ مدني حيث قررت أنه " تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد " ووفقاً لذلك فإنه إذا كان العقد الباطل قد تم تنفيذه وأراد أحد المتعاقدين استرداد ما أداه تعين عليه أن يرفع دعواه بالاسترداد خلال خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد وإلا استطاع المتعاقد الآخر أن يتمسك في مواجهته بسقوط دعواه بالتقادم، أما إذا ظل العقد الباطل دون تنفيذ ورفع أحد المتعاقدين على الآخر دعوى للمطالبة بتنفيذ العقد كان للمدعى عليه أن يدفع ببطلان العقد مهما طالت المدة على إبرامه، لأن الدفع بالبطلان ككل الدفوع لا يتقادم. أما الحق في التمسك بإبطال العقد القابل للإبطال فهو يسقط بالتقادم بل أن المشرع قرر له تقادم قصير وفقاً له يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات تبدأ في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية، وتبدأ في حالة الغلط من يوم تبينه، وفي حالة التدليس من يوم اكتشافه، وفي حالة الإكراه من يوم زواله، وهو يسقط على جميع الأحوال بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد.

## المطلب الثاني آثر البطلان

### الآثار المتعددة للبطلان:

قدمنا أن العقد القابل للإبطال إذا تم إبطاله استواء من حيث البطلان بالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً، بحيث تسري عليهما ذات أحكام العقد الباطل.

والقاعدة في أثر البطلان هي أن العقد الباطل لا يحدث أية أثر وأن البطلان له أثر رجعي يرتد إلى تاريخ محاولة إبرام العقد، وهذه القاعدة نصت عليها المادة ١٤٢ مدني على ما سنعلم حالاً.  
وإذا كانت هذه هي القاعدة فإن المشرع أورد عليها لأسباب معينة سنعرفها حالاً نوعين من الاستثناءات:

**النوع الأول:** وفيه خروج تام على القاعدة حيث يترتب على العقد الباطل رغم بطلانه بعض آثاره الأصلية التي قصدتها الطرفان، وذلك رعاية لاستقرار المعاملات ورعاية للغير حسن النية.

**النوع الثاني:** وفيه يترتب على العقد آثار بخلاف آثاره الأصلية التي قصد إحداثها، والتي تسمى لذلك بالآثار العرضية للعقد الباطل والتي تتمثل في إنقاص العقد وتحول العقد.

وسنعرض للأثرين من خلال تعرضنا لآثار البطلان فيما بين المتعاقدين حيث سندرس ذلك في غصن أول، ثم لآثاره في مواجهة الغير حيث سندرس ذلك في غصن ثان.

## الفصل الأول آثار البطلان في مواجهة المتعاقدين

سندرس أولاً: القاعدة العامة لآثار البطلان في مواجهة المتعاقدين. ثم  
ثانياً: الاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة. ثم  
ثالثاً: الآثار العرضية للبطلان (إنقاص العقد وتحول العقد).

أولاً: القاعدة العامة لآثار البطلان فيما بين المتعاقدين (وجوب رد المتعاقدين إلى الحالة التي  
كانا عليها قبل العقد) [الأثر الرجعي للبطلان]:

تنص على هذه القاعدة المادة ١/١٤٢ مدني حيث تقرر أنه " في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد  
المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا كان هذا مستحيل جاز الحكم بتعويض معادل"،  
فإذا كان العقد باطلاً ترتب على بطلانه كما نعلم زوال جميع الآثار التي ولدها بحيث يعتبر كأنه لم يوجد  
أصلاً، وقد رتب المشرع بالمادة ١/١٤٢ على هذا الأثر للبطلان نتيجته الحتمية وهي ضرورة إعادة  
المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وهي الحالة التي يفترض أنهما عليها لو لم يتعقداً أبداً  
وهي تقتضي ضرورة أن يرد كل منهما للأخر ما حصل عليه بمقتضى العقد، فإذا كان العقد لم ينفذ  
أصلاً فلا يلتزم أي متعاقد بشيء نحو الآخر.

أما إذا العقد قد نفي كلياً أو جزئياً تعين على كل متعاقد أن يرد للأخر ما حصل عليه منه بمقتضاه،  
فيتعين على المشتري أن يرد للبائع الشيء المبيع وثماره من تاريخ المطالبة القضائية، وتعين على البائع  
أن يرد للمشتري الثمن وفوائده من ذات التاريخ، فإذا استحال الرد كما لو كان الشيء المبيع قد هلك في  
يد البائع بخطأ منه أو كان ما حصل عليه المتعاقد منفعة لا يتصور ردها (كعمل قدم إليه بموجب عقد  
عمل، أو منفعة حصل عليها بموجب عقد إيجار أو عارية) جاز الحكم بتعويض معادل، وهو قيمة العمل  
أو المنفعة التي عادت على الشخص، وقد يحسب القاضي قيمتها واطعاً في الاعتبار ما أتفق عليه  
أطراف العقد الباطل من أجر أو أجرة، ولكنها لا تغد في التكييف القانوني الصحيح كذلك إذ هي مجرد  
تعويض لذا لا تشملها الحماية الخاصة التي يوليها المشرع للإيجار أو للأجرة.  
والالتزام بالرد يجد أساسه القانوني في دفع غير المستحق إذ الأثر الرجعي للبطلان يؤدي إلى عدم  
استحقاق كل من المتعاقدين لما تسلمه فيجب عليه رده.

## ثانياً: الاستثناء، اقتصار التزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة:

بعد أن نصت المادة ١٤٢/١ على القاعدة العامة السالف إيرادها أوردت الفقرة الثانية منها استثناءً وذلك حين نصت على أنه " ومع ذلك لا يلتزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد "

ووفقاً لهذا النص فإنه إذا أبطل العقد الذي كان ناقص الأهلية طرفاً فيه فإن ناقص الأهلية يسترد من المتعاقد معه كل ما دفعه إليه ولكنه لا يرد له كما هو المفروض وفقاً للقواعد العامة كل ما حصل عليه منه بموجب هذا العقد، إذ أنه وفقاً لهذا النص لا يرد إلا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ هذا العقد، وهذا النص مأخوذ من المادة ١٣١٢ من القانون المدني الفرنسي والقصد منه هو حماية ناقص الأهلية حتى ولو عادت بالضرر على من تعاقد معه، وعلى ذلك فإنه إذا لم تعد منفعة على ناقص الأهلية من جراء العقد فإنه لا يرد شيء للمتعاقد معه رغم أنه سيسترد منه كل ما دفعه إليه.

ولا يقصد بالمنفعة هنا مجرد الاغتناء أي دخول المال في ذمة ناقص الأهلية وإنما المراد بها أن يكون ناقص الأهلية قد استخدم ما حصل عليه في إشباع حاجة حقيقية له أو تحقيق نفع لصالحه، كما إذا اشترى بالمال الذي حصل عليه طعاماً أو دفعه أجرة لسكن أو أنفقه في تعليم نفسه وتثقيفها، وكما إذا سدد بهذا المال ديناً عليه أو اشترى به أرضاً يستغلها ففي مثل هذه الحالات يلتزم ناقص الأهلية بالرد، أما إذا كان قد استخدم ما حصل عليه من مال في إشباع شهواته بأن أنفقه مثلاً في اللهو أو القمار أو السباق أو ما شاكل ذلك فإنه لا يلتزم بالرد لأنه في هذه الحالة لم يصب منفعة من وراء تنفيذ العقد، وهكذا فإن ناقص الأهلية يلتزم بالرد إذا تصرف بتعقل في حين أنه لا يلتزم به إذا تصرف بطيش ليصبح حظ المتعاقد معه معلقاً على تعقله أو طيشه !!

ومن المتفق عليه في هذا الصدد أن التزام ناقص الأهلية بالرد يكون وفقاً للقواعد الإثراء بلا سبب المنصوص عليها بالمادة ١٨٦ مدني التي تنص على أنه " إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بقدر الذي أثرى به "، وإذا كان هذا هو الأساس القانوني للالتزام ناقص الأهلية بالرد فإن الحكم الوارد بالمادة ١٤٢/٢ ينطبق على عديم الأهلية أيضاً.

ووفقاً للرأي السائد في الفقه فإنه يقع على عاتق المتعاقد مع ناقص الأهلية الذي يطالب بالرد أن يثبت عودة منفعة عليه من التصرف ومقدارها، وهذا الرأي وإن كان يتوافق مع الهدف العام للنص وهو حماية ناقص الأهلية إلا أنه في تقديرنا يبالغ في هذه الحماية على حساب القواعد العامة فممن يتحمل عبء الإثبات التي وفقاً لها يقع هذا العبء على عكس من يدعي عكس الوضع الثابت أصلاً، وهذا الوضع الثابت في تقديرنا هو أن الشخص حتى ولو كان ناقص الأهلية ينفق الأموال فيما يعود عليه بالنفع والاستثناء هو تبديدها فيما لا نفع فيه، ووفقاً لذلك فإن كل ما يقع على عاتق طالب الرد هو أن يثبت حصول ناقص الأهلية على الأداء منه حيث يفترض أن ناقص الأهلية يكون قد أنفقه فيما فيه نفع له، فإذا ادعى هو (أو من يتولى الولاية على ماله) أن هذا الأداء لم يعد بالنفع على ناقص الأهلية فيقع عليه عبء إثبات هذا الأمر باعتباره مدعياً لخلاف الوضع الثابت.

## البطلان لعدم المشروعية: قاعدة ( لا يجوز للآثم أن يحتج بإثمه أمام القضاء ):

عرف القانون الروماني قاعدة انتقلت منه إلى بعض القوانين وأخذ بها القضاء الفرنسي والقضاء المصري القديم بدون نص، فكرتها أنه إذا كان العقد باطلاً لمخالفته النظام العام والآداب (كمن يدفع مال لامرأة لإقامة علاقة جنسية غير مشروعة معها) فإن من سلم شيئاً بموجب هذا العقد لا يستطيع أن يرفع دعوى باسترداده إلا إذا كان غير ملوث (كمن يعطي لآخر مالاً لكي يرد له ما سرقه منه) أما إذا كان ملوثاً فإنه لا يستطيع أن يحتج بتلوثه أمام القضاء لكي يسترد ما وفاه، فدور القضاء المقدسة لم توجد لسماح الفحش ولا لمعاونة مرتكبه، بل أن في عدم الاسترداد جزاءً له على تلوثه.

وقد اختلف الرأي كثيراً حول الأخذ أو عدم الأخذ بهذه القاعدة، حيث أعترض عليها بأنها تؤدي في حالة تنفيذ أحد الملوثين لالتزامه وتقاوس الطرف الآخر عن التنفيذ إلى مكافأة من كان أكثر تلوثاً ودهاءً وتقاوساً عن التنفيذ حين لا تلزمه بالرد، وقد أراد المشرع المصري الأخذ بحكم هذه القاعدة في القانون المدني المصري الحالي ( المادة ٣/٢٠٢ من المشروع التمهيدي للقانون ) ولكن هذا النص حذف لعدم تماثيه مع منطوق البطلان، ولذلك فإن هذا الاستثناء ليس معمولاً به في القانون المصري، لذلك فإن العقد الباطل لعدم مشروعيته حكمه حكم العقد الباطل لأي سبب آخر فيلتزم كل من طرفيه برد ما أخذه طبقاً للقاعدة العامة.

## ثالثاً: الآثار العرضية للبطلان:

إذا كان العقد وقع باطلاً باعتباره تصرفاً قانونياً فإنه رغم بطلانه يعد واقعة مادية يمكن أن يكون من شأنها بهذا الوصف إحداث بعض الآثار التي تختلف عن الآثار المقصودة من العقد الأصلي، ولذا فإن هذه الآثار تسمى بالآثار العرضية للعقد الباطل والتي يعد من أهمها ما يعرف باسم إنقاص العقد، وتحويل العقد للذات سندرسهما حالاً.

## إنقاص العقد:

تقوم فكرة إنقاص العقد على قاعدة أن ما لا يدرك كله لا يترك كله، أو بقول آخر على فكرة أنه لا داعي لهدم كل ما يمكن الإبقاء عليه والاستفادة منه إنقاذاً لما يمكن إنقاذه، ووفقاً لها فإنه إذا لم يكن العقد كله باطلاً وإنما كان كذلك في جزء منه فقط ولكنه صحيحاً في الجزء الآخر، فإنه يستبعد الجزء الباطل ويُستبقى الجزء الصحيح باعتباره عقداً مستقلاً إذا كان يصلح لذلك.

وتطبيقاً لهذه الفكرة فإنه إذا كانت هناك هبة مقترنة بشرط غير مشروع يمكن أن تصح الهبة ويبطل الشرط وحده إلا إذا كان هو الدافع إلى التبرع فتبطل الهبة كلها، وإذا كان هناك عقد وارد على عدة أشياء وقع المتعاقد في غلط جوهرى بصدد إحداها فيكون البيع قابلاً للإبطال بصدد هذا الشيء فقط ولكنه يمكن أن يظل صحيحاً بالنسبة لأشياء الأخرى التي لم يقع بشأنها غلط، إلا إذا تبين أن البيع ما كان ليتم إلا إذا ورد على هذه الأشياء جميعاً فيقع العقد كله باطل، ويدخل في إنقاص العقد ما يفرض فيه القانون الوقوف عند حد معين يتعين النزول إلى هذا الحد عند تجاوزه من ذلك أنه إذا اتفق في عقد القرض على

فوائد تزيد على سبعة في المائة وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة (م ٢٢٧ مدني)، وإذا اتفق على البقاء في الشيوخ مدة تزيد على خمس سنوات انتقصت المدة إلى خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني)، وإذا اتفق على قسمة مهياة لمدة تزيد على خمس سنوات أنقصت المدة إلى خمس سنوات (م ١/٨٤٦ مدني)، وإذا اتفق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة تزيد على خمس عشرة سنة أنقصت المدة إلى خمس عشرة سنة (م ١/٨٥٢ مدني)، وإذا عقد الحكر لمدة تزيد على ستين سنة أعتبر معقوداً لمدة ستين سنة (م ٩٩٩ مدني)، وإذا عقد إيجار مؤبد وجب الوقوف به عند حدود المدة الجائزة للتوقيت في هذا العقد. ولقد نظمت أحكام إنقاص العقد في القانون المصري المادة ١٤٣ مدني حين قررت أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله "، وهذه المادة تضع شروط أعمال إنقاص العقد وهي الشروط التالية:

١- أن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال في جزء منه، فإذا كان باطلاً برمته أي في جميع أجزائه فإنه لا يكون عرضة للإنقاص وإنما قد يكون عرضة للتحويل، وهذا الشرط تفرضه طبيعة الإنقاص التي تهدف إلى الإبقاء على الجزء السليم من العقد فإذا كان العقد برمته باطلاً ليس فيه أي جزء سليم فلا يتصور إنقاصه.

٢- أن يكون العقد قابلاً للإنقسام أو للتجزئة من الناحيتين المادية والقانونية، فإن لم يكن كذلك امتنع الإنقاص، وتعتبر الأمثلة السالف إيرادها نماذج للعقود القابلة للإنقسام من الناحية المادية. ومن أمثلة العقود الغير قابلة للإنقسام مادياً كذلك بيع عدة أشياء بعقد واحد بثمن إجمالي حين يتعذر تحديد ثمن كل شيء على حده، حين يلحق البطلان ببيع إحدى هذه الأشياء فقط دون باقيها فهنا يتعذر إنقاص العقد لعدم القابلية المادية للإنقسام. كذلك يشترط أن يكون العقد قابلاً للإنقسام من الناحية القانونية فإذا لم يكن الأمر كذلك امتنع الإنقاص، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ١/٥٥٧ مدني من أن " الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله " ومن أمثلة ذلك أيضاً بطلان عقد القسمة حيث يؤدي بطلانه بالنسبة لأحد المتعاقدين إلى بطلانه بالنسبة لباقيهم.

٣- ألا يكون الشق الباطل كقاعدة هو الدافع إلى التعاقد، ذلك أن الإنقاص يقوم على أساس تفسير إرادة المتعاقدين بمعنى عدم وجود أي مانع لدى أي منهما في الإبقاء على الجزء الصحيح من العقد إذا تبين بطلان الجزء الآخر منه، فإذا تبين أن أحدهما (ويكفي أحدهما فقط) لم يكن ليرضى بإبرام العقد بغير الشق المعيب أمتد البطلان للعقد كله، لأن الشق المعيب يعد في نظر هذا المتعاقد السبب الدافع للتعاقد، فإنقاص العقد مشروطاً بالأ يتعارض مع قصد أحد الطرفين حتى لا يخل بمبدأ حرية التعاقد.

فلا يكفي لقصر البطلان على جزء أو شق من العقد بالتطبيق للمادة ١٤٣ مدني مع بقائه في باقي أجزائه أن يكون المحل مما يقبل الانقسام بطبيعته بل يجب أيضاً ألا يكون هذا الإنقاص متعارضاً مع قصد المتعاقدين بحيث إذا تبين أن أيّاً من المتعاقدين ما كان ليرضى إبرام هذا العقد بغير الشق المعيب فإن البطلان أو الإبطال لا بد وأن يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده، والإرادة المقصودة هنا هي الإرادة المحتملة للمتعاقدين وقت إبرام العقد والتي يجب على القاضي أن يستخلصها من كافة الظروف المحيطة بالعقد والأهداف المرجوة منه.

وقد وضع المشرع قرينة بسيطة على ارتضاء المتعاقدين العقد منقوصاً منه الشق المعيب، أي أنه أعتبر أن هذا الشق غير دافع للتعاقد ومن ثم يقع على عاتق المتعاقد الذي يتمسك بإبطال العقد برمته أن يثبت أن هذا الشق كان هو الدافع إلى التعاقد وأن العقد ما كان ليتم بدونه.

على أنه إذا كان ما تقدم يمثل القاعدة العامة إلا أن المشرع أحياناً قد يفرض الإنقاص حتى ولو تعارض مع إرادة المتعاقدين، أي يعتد بالتصرف الناقص حتى ولو ثبت أن الشق المعيب كان هو الدافع للتعاقد بالنسبة لأحد المتعاقدين أو كليهما وهو ما يحدث بالنسبة للحالات التي يؤدي الاعتداد فيها بإرادة أحد المتعاقدين إلى إهدار الغرض المبتغى من القاعدة القانونية التي ترتب البطلان جزاءً للإخلال بها، مثال ذلك أن تكون الأجرة المنفق عليها في عقد الإيجار أو الفائدة المنفق عليها في عقد القرض مجاوزة للحد الأقصى المقرر قانوناً، فهنا يقتصر البطلان على القدر الزائد من الأجرة أو الفائدة وينعقد العقد منقوصاً بالأجرة أو الفائدة التي يحددها القانون دون اعتداد بإرادة المؤجر أو المقرض، أي حتى لو ثبت أن أيهما ما كان ليرتضى بإبرام العقد في هذه الحالة، ومثال ذلك أيضاً بطلان الشروط المخالفة لأحكام قانون العمل وبطلان الشروط التي يحظرها القانون المدني في عقد التأمين (م ٧٥٠ مدني) وبطلان الشروط التعسفية في عقد الإذعان (م ١٤٩ مدني) ففي كل هذه الأحوال يقتصر البطلان على الشروط المذكورة ولا يمتد للعقد كله دون اعتداد بما انصرفت إليه إرادة رب العمل أو المؤمن أو الطرف القوي في عقد الإذعان.

## تحول العقد:

تنص المادة ١٤٤ مدني على أنه " إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، وهذه المادة تتضمن التكريس التشريعي لنظرية تحول العقد التي تقوم على فكرة أنه إذا وقع العقد الأصلي (أي الذي قصده المتعاقدان) باطلاً بطلاناً كلياً (وليس جزئياً لأنه في البطلان الجزئي تعمل نظرية إنقاص العقد لا تحوله) وكان هذا العقد يتضمن بذاته كافة عناصر عقد آخر لم يقصده المتعاقدان، فإنه يمكن القول بانعقاد هذا العقد الأخير متى تبين أن نية المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك، أي أن هذه النظرية تقيم من أنقاص العقد الأصلي عقداً جديداً، فهي تقدم وسيلة فنية تستهدف الإبقاء على الرابطة العقدية الباطلة في ثوب جديد حيث تحل محلها تصرفاً مغايراً للتصرف الأصلي في الطبيعة والآثار (في حين أن إنقاص العقد يرد على كفه دون المساس بطبيعته) ومن أمثلة تحول العقد (أو تحول التصرف القانوني بشكل أكثر عمومية) تحول البيع الباطل لتفاهة الثمن إلى هبة صحيحة متى استوفت الشكل الرسمي، وتحول المحرر الرسمي الباطل إلى محرر عرفي متى كان موقفاً عليه من الأطراف (م ١٠ من قانون الإثبات) وتحول الكميالة الباطلة إلى سند دين عادي، وتحول القسمة النهائية (قسمة الملك) إلى قسمة مهيأة صحيحة (قسمة انتفاع).

## شروط تحول العقد:

وفقاً للمادة ١٤٤ مدني فإنه يشترط لتحول العقد ضرورة توافر الشروط الثلاثة التالية:

### ١- بطلان التصرف الأصلي:

يجب لتحول العقد أن يقع هذا العقد باطلاً بأكمله، فيجب من ناحية أن يقع باطلاً يستوي في ذلك أن يكون باطلاً منذ ولادته أو أن يكون قابلاً للإبطال وتم إبطاله، فإذا كان صحيحاً فإنه لا يكون هناك مجال للقول بالتحول حتى ولو تبين أن الأطراف كانوا يفضلان عقداً آخر على العقد المبرم، فالهبة الصحيحة لا تتحول إلى وصية ولو تبين أن المتعاقدين كانوا يفضلوا الوصية على الهبة، ومن ناحية أخرى فإنه يجب أن يكون العقد الأصلي باطلاً برمته إذ لو كان باطلاً في شق منه فإنه ينتقص ولا يتحول، لأن الإنقاص يقوم على تفسير إرادة المتعاقدين أي أنه يستند إلى الإرادة الحقيقية للطرفين، أما التحول فيقوم على الإرادة المحتملة للطرفين لهذا يتعين تقديم الانتقاص على التحول إذا توافرت شروط الاثنين.

### ٢- وجوب أن يتضمن العقد الباطل جميع عناصر التصرف المراد التحول إليه:

فإنقاص العقد الباطل يجب أن تكفي وحدها لإقامة العقد المراد التحول إليه دون إضافة أية عناصر خارجية إليها فإذا لم يكن الآخر كذلك وقع العقد باطلاً دون أن يتحول، ووفقاً لهذا:

( أ ) فإنه إذا كان العقد الباطل لا يتضمن عناصر أي عقد آخر يمكن التحول إليه فإنه يمتنع التحول، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " تحول العقد الباطل إنما يكون في حالة بطلان التصرف مع اشتماله على عناصر عقد آخر تكون نية الطرفين الاحتمالية قد انصرفت إلى قبوله دون إدخال عنصر جديد عليه، ولما كان الثابت أن محكمة أول درجة قد انتهت إلى بطلان الاتفاق المبرم بين الطرفين على أساس أن الموقعين عليه لا يملكون التعاقد نيابة عن هيئة الإذاعة، فإن القول بإمكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير أساس " ١٤ .

كما قضت بأن " الحكم بأن عقد التحكيم لا تتوافر فيه أركان عقد آخر يمكن أن تكون نية الطرفين قد انصرفت إليه لأن المتحكمين لم يقبلوا إلا الالتزام بالحكم الذي يصدره المحكم، وبالتالي متى قام بعقد التحكيم سبب من أسباب البطلان فلا يمكن أن يتحول إلى عقد آخر ملزم للمتعاقدين " ١٥ .

( ب ) أنه إذا كان العقد الباطل يتضمن فقط بعض عناصر العقد المراد التحول إليه بحيث يلزم لقيامه إضافة عناصر أو أشخاص جديدة إليه فلا يكون هناك تحول للعقد، وعلى ذلك فإنه إذا باع شخص لأخر عقاراً ليس مملوك له فوقع البيع باطلاً فإنه لا يجوز القول بتحول هذا البيع إلى بيع منزل آخر مملوك للبائع (ولو كان المنزلان متماثلان) لأن المنزل الثاني باعتباره محلاً للعقد المراد التحول إليه لم يكن من عناصر العقد الأصلي، وتطبيقاً لذات الفكرة فإنه إذا كان التحول يقتضي إدخال أشخاص جدد في العقد لما جاز إعماله حتى ولو اقتصر الأمر على مجرد تغيير صفة المتعاقد، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقض بتحول العقد الأصلي الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلاً لغيره إلى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه " ١٦ .

### ٣- ضرورة ثبوت انصراف نية المتعاقدين إلى إبرام العقد المراد التحول إليه لو علما ببطلان العقد الأصلي:

ومعنى هذا الشرط أنه لا محل للقول بالتحول إلا إذا ثبت أن نية المتعاقدين كانت تتجه إلى إبرام العقد المراد التحول إليه إذا علما ببطلان عقدهما الأصلي، أما إذا تبين العكس (أي انتفت هذه النية) فلا محل للتحول، ويخضع توافر أو عدم توافر هذه النية لسلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى أقام حكمه على أسباب تسوغه، وليس المقصود بالنية هنا النية الحقيقية للمتعاقدين، إذ من الواضح أن هذه النية كانت منصرفة إلى العقد الأصلي الذي وقع باطلاً ولكن المقصود هو النية المحتملة، أي أن انصراف نيتهم إلى قبول العقد المراد التحول إليه إذا كان يعلمان وقت إبرام العقد الأصلي ببطلان هذا العقد (أي العقد الأصلي)، والمشرع هنا على عكس ما فعله بالنسبة للإنقاص لم يضع أي قرينة على انصراف نية المتعاقدين إلى اتجاه معين، ولذلك يعق عبء إثبات توافر النية الاحتمالية لإبرام العقد المراد التحول إليه على عاتق الطرف الذي يتمسك بذلك، وعلى جميع الأحوال

١٤- الطعن رقم ٤٦٤ سنة ٣٥ جلسة ١٩٧٠/١/٢٩ س ٢١ ١٤ ص ٢١٣ .

١٥- نقض ١٩٦٨/١/٨٢ س ١٩ ص ١٤٢٠ .

١٦- نقض ١٩٧٠/١١/٢٦ المجموعة س ٢١ العدد ٣ ص ١١٧٦ .

فإن القاضي لا يستطيع أن يقضي بتحول العقد من تلقاء نفسه بل لابد أن يطلب منه ذلك من له مصلحة فيه من طرفي العقد الباطل، إذ يستطيع أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم كما أن التحول ليس من النظام العام حتى يقضي به القاضي من تلقاء نفسه.

## الفصل الثاني

### آثار البطلان في مواجهة الغير

أولاً: القاعدة العامة لآثار البطلان في مواجهة الغير [ قاعدة: زوال حق الناقل يؤدي إلى زوال حق المتلقي ]:

لا يقتصر أثر البطلان على المتعاقدين بل يمتد أيضاً للغير فللبطلان أثر مطلق يحتج به على الكافة، فإذا كان أحد طرفي العقد الباطل (المشتري مثلاً) قد تصرف في الشيء محل العقد إلى الغير (كما لو باعه) أو رتب عليه للغير حقاً (كما لو رهنه) فإن بطلان العقد يؤدي إلى زوال سند ملكية الطرف الذي تصرف في الشيء وهو ما يستتبعه زوال ملكية من تم التصرف إليه في هذا الشيء، وهو ما يقتضي أن يعود الشيء إلى المالك الأول (البائع في العقد الباطل) خالياً من الحقوق التي ترتبت عليه، وهذا هو معنى قاعدة أن زوال حق الناقل (أو المتصرف) يستتبعه زوال حق المتلقي (أو المتصرف إليه).

ثانياً: الاستثناءات على القاعدة العامة لترتيب بعض الآثار الأصلية للتصرف الباطل مراعاة لاعتبارات مختلفة:

إذا كانت القاعدة العامة في أثر البطلان في مواجهة الغير تؤدي إلى زوال حق هذا الغير تبعاً لزوال حق من تصرف إليه، فإن المشرع والفقه والقضاء قد أوردوا على هذه القاعدة استثناءات يبقى فيها حق الغير قائماً رغم بطلان السند الذي تلقى حقه بمقتضاه وذلك رعاية لمصالح تختلف من حالة إلى أخرى، وأهم هذه الاستثناءات ما يلي:

#### ١- أعمال الإدارة:

هذه الأعمال تظل قائمة رغم بطلان سند من صدرت منه، ذلك أن هذه الأعمال لا تؤثر في حق من تستقر له الملكية نتيجة البطلان فضلاً عن ضرورتها بالنسبة لاستغلال الأموال، ومن أهم صور أعمال الإدارة إبرام عقود تأجير الأموال وعلى ذلك فلو أن شخصاً اشترى عقاراً بعقد قابل للإبطال ثم أجر هذا العقار فإن إبطال العقد لا يؤدي إلى زوال الإيجار. إنما يشترط في عقد الإدارة كي يستمر رغم البطلان أن يكون من أعمال الإدارة الحسنة بأن يكون بأجر مثلاً، ولا تجاوز مدته ثلاث سنوات وغير مشوب بالغش من جانب من صدر منه.

## ٢- حائز المنقول:

إذا حاز الغير منقولاً مادياً نتيجة تصرف قانوني ثم أبطل سند المتصرف فإن مؤدى منطق البطلان أن تعود ملكية هذا المنقول إلى صاحبه الأصلي، ولكن القانون يجيز لحائز المنقول أن يملكه متى كان حسن النية أي جاهلاً العيب الذي يلحق سند المتصرف، وذلك بالاستناد إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحق المنصوص عليها في المادة ٩٧٩ مدني.

ويلاحظ أن تطبيق هذه القاعدة لا يكون فقط في حالة تملك المنقول بل أيضاً في حالة اكتساب أي حق عيني عليه، فهذه القاعدة تحول دون الاحتجاج على الغير الذي حاز المنقول بالأثر الرجعي لبطلان سند المتصرف.

## ٣- اكتساب الغير بحسن نية حقاً عينياً على العقار محل العقد الباطل متى تم اكتساب هذا الحق قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها في هامش تسجيل العقد الباطل:

وفقاً للمادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقاري إذا كان سند المتصرف في العقار قابلاً للإبطال وأبطل فإن الحكم بالإبطال لا يحتج به على الغير الذي كسب حقه في العقار وسجله وهو حسن النية قبل تسجيل صحيفة دعوى الإبطال أو التأشير بها، فإذا كان الغير قد كسب حقاً عينياً على العقار كملكية أو رهن أو حق عيني.

## ٤- الحالات التي يجوز فيها الاستناد لقاعدة: الغلط الشائع يولد الحق (نظرية الأوضاع الظاهرة):

وتفترض هذه الحالة أن شخصاً يعتقد بحسن نية ثبوت صفة ليست ثابتة له قانوناً، كما يعتقد الناس أيضاً صحة هذه الصفة نتيجة غلط شائع ويتعاملون معه على هذا الأساس كالوارث الظاهر والنائب الظاهر والدائن الظاهر، فإذا تعامل هذا الشخص مع الغير بهذه الصفة ثم تبين في وقت لاحق عدم ثبوتها له فإن منطق البطلان يقضي ببطلان ما أبرمه من تصرفات أو بعبارة أدق عدم نفاذها في حق الوارث الحقيقي أو الدائن الحقيقي أو الموكل.

ولكن المحاكم وجدت أن للمتعاملين مع مثل هذا الشخص عذراً كبيراً نظراً لشيوع الغلط في صفته شيوعاً كان يتعذر معه كشفه، فرأت ضرورة حمايتهم من آثار البطلان أو عدم النفاذ المترتب على كشف الحقيقة فقررت أن الغلط الشائع ينشئ الحق، وبناءً على ذلك إذا تصرف الوارث الظاهر في أعيان التركة ثم ظهر الوارث الحقيقي فإن هذه التصرفات التي كان يجب بحسب الأصل أن لا تنفذ في حق الوارث الحقيقي لصدورها من غير مالك يعتبرها القضاء قاعدة في حق الوارث الحقيقي لحماية لحسن نية من تعامل مع الوارث الظاهر تحت تأثير هذا الغلط الشائع الذي كان يتعذر كشفه، هذا وقد أخذ المشرع بهذا الحل في حالة الوفاء بحسن نية للدائن الظاهر كما لو كان الدائن الظاهر وارثاً ظاهراً، إذ قضى في المادة ٣٣٣ مدني بأن ذمة المدين تبرأ إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته، ومعنى هذا أن الوفاء للدائن الظاهر وهو ليس الدائن الحقيقي يترتب عليه أثره وهو انقضاء الدين وذلك بالرغم من توافر سبب بطلانه.

## الفصل الثالث آثار العقد

إذا انعقد العقد صحيحاً ترتبت عليه آثاره التي قصدتها المتعاقدان والتي هي عادة التزامات تقع على عاتق كل منهما لصالح الآخر، وتثير دراسة آثار العقد أمرين أولهما: يتعلق بدراسة آثار العقد من حيث الموضوع، وثانيهما: يتعلق بدراسة آثار العقد من حيث الأشخاص، وسندرس كل منهما في مبحث مستقل.

### المبحث الأول آثار العقد من حيث الموضوع

تنحصر آثار العقد من حيث الموضوع في وجوب أن ينفذ أطرافه ما نشأ على عاتقهم من التزامات بمقتضاه وفقاً لما أتفق عليه، وهذا ما يطلق عليه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي نصت عليه المادة ١/١٤٧ مدني. ولكن التزام المتعاقدين على يقتصر فقط على ما ورد بالعقد ولكنه يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام كما نصت على ذلك المادة ٢/١٤٨ مدني.

ولكن إذا كان المتعاقد يلتزم بتنفيذ العقد وفقاً لما ورد به وبما هو من مستلزماته فإن الأمر يقتضي أحياناً تحديد مضمون العقد أي تحديد ما ورد به من التزامات وهو ما لا سبيل إلى تحديده إلا باللجوء إلى تفسير العقد وتكييفه وتحديد المقصود بمستلزماته التي يطلق عليها بعض الفقه "تكملة مضمون العقد".

ولتفصيل ما تقدم سوف نقسم دراستنا لمطلبين:

**المطلب الأول: وسندرس فيه تحديد مضمون العقد حيث سندرس تفسير العقد وتكييفه وتكملة مضمونه.**

**المطلب الثاني: وسندرس فيه القوة الملزمة للعقد حيث سندرس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليه.**

## المطلب الأول تحديد مضمون العقد

سنقسم دراستنا هنا لثلاثة فروع ندرس في أولها تفسير العقد، ونخصص الثاني لتكييفه، والثالث لتكميل مضمونه (أي تحديد مستلزمات العقد).

### الفرع الأول تفسير العقد

يقصد (بتفسير العقد) تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والأمر بهذا الخصوص لا يخرج عن ثلاثة احتمالات: فإما أن تكون أولاً عبارة العقد واضحة وهذه لا تحتاج إلى تفسير، وإما أن تكون عبارة العقد ثانياً غامضة حيث ينبغي تفسيرها وفقاً لقواعد التفسير المتعارف عليها فإذا تم ذلك ووضح المعنى الغامض كان بها، وإلا كنا بصدد الحالة الثالثة التي يثور فيها الشك حول تفسير إرادة المتعاقدين.

#### الحالة الأولى: وضوح العبارة:

تنص المادة ١/١٥٠ مدني على أن " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

ومؤدى ذلك أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة في الدلالة على إرادة المتعاقدين المشتركة لم يكن ثمة محل للاجتهاد والتفسير ويجب الأخذ بهذه الإرادة دون غيرها، وفي هذا يقال أنه " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص " أو أنه لا اجتهاد مع صراحة النص.

على أن يلاحظ أنه لا يقصد بوضوح العبارة وضوح معاني ألفاظ وتركيب العبارة وهي ما يسمى بالمعنى الحرفي، وإنما يقصد بوضوح العبارة وضوح التعبير والدلالة على الإرادة المشتركة للمتعاقدين فالعبارة هي بوضوح الإرادة لا بوضوح الألفاظ، فقد تكون العبارة المستعملة واضحة في ذاتها ولكن طبيعة العقد أو ظروف إبرامه تدل على أن المتعاقدين أساءا التعبير فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ يفيد معنى آخر، وعندئذ يجوز للقاضي أن يترك المعنى الظاهر الذي تفيد به عبارة العقد إلى معنى آخر يصل إليه من طريق التفسير ويراه أكثر اتفاقاً مع إرادة المتعاقدين.

ولكن يجب على القاضي في هذه الحالة أن يبين في حكمه الظروف والأسباب التي دفعته إلى العدول عن المعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد إلى المعنى الذي رجحه بحيث يتضح من هذا البيان أنه أخذ باعتبارات مقبولة تؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهأ إليها وإلا نقض الحكم لقصور التسبيب.

وفي هذا تقول محكمة النقض<sup>١٧</sup> " إن مفاد نص المادة ١/١٥٠ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه على القاضي أن يلتزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين كما هي فلا يجوز له تحت سائر التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر. ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة. وعلى القاضي إذا أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك. ولما كان ما تقضي به المادة المشار إليها يعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام، وينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ومسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض ".

### الحالة الثانية: حالة عدم وضوح العبارة:

قد تكون العبارة التي استعملها المتعاقدان للتعبير عن إرادتهما غير واضحة بأن كان يشوبها غموض لا يجعل معناها يبين لأول وهلة أو إبهام يجعلها تحتمل أكثر من معنى، فعندئذ يكون هناك محل لتفسير العقد، وفي هذا يقرر صدر المادة ٢/١٥٠ " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ". ويتوصل القاضي إلى تحديد هذه النية المشتركة على ضوء ما ورد في المادة ٢/١٥٠ مدني حين نصت على أنه " ... مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات ".

#### ١- طبيعة التعامل:

يقصد بطبيعة التعامل (طبيعة العقد المبرم هل هو عقد بيع أو هبة أو عارية ... إلخ). فإذا احتملت العبارة أكثر من معنى فيجدر بالقاضي أن يأخذ بالمعنى الذي يتفق مع طبيعة العقد، لأن الأقرب إلى المنطق أن يكون المتعاقدان قد قصدا ترك العقد محكوماً بالقواعد التي تقتضيها طبيعته ما لم يصرحا بخلاف ذلك، فإذا فرض مثلاً أن اشترط في عقد العارية أن يرد المستعير الشيء المعار أو مثله فلا يصح أن يفسر ذلك على أن المتعاقدان قد أرادا بعقدهما ما يسمى عارية الاستهلاك، وإنما قصدا أن يلتزم المستعير – في حالة هلاك الشيء المعار – برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً نقدياً. وإن كان العقد هو تخارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث وثار الشك حول الأموال التي يشملها التخارج، فسر الشك على أن الوارث تنازل عن جميع حقوقه في التركة التي يتخارج فيها حتى ولو كان بعض هذه الحقوق مجهولاً منه ولكن لا يشمل التخارج حقوق مورثه من تركة أخرى.

١٧- انظر نقض مدني في ١٩٨١/٤/٢٦ الطعن رقم ١٦١٤ س ٣٤ ق رقم ٢٣٦ ص ١٢٩٢.

## ٢- الأمانة والثقة:

الأمانة واجب على المتعاقد والثقة حق له، ومن مقتضى كلاهما أن يفسر القاضي العقد وفقاً لما يجب أن يسود التعاقد من أمانة لدى طرفيه وثقة كل منهما في الآخر. فإذا وجه أحد المتعاقدين إيجاباً تضمنه خطأ في عبارته فإن واجب الأمانة يقتضي ألا يأخذ الموجب له (أي المخاطب بالإيجاب) الإيجاب على خطئه وإنما يأخذه بما يفهم من عبارته ما دام أنه قد فهمه على حقيقته.

ومن ناحية أخرى فمن صدر له إيجاب يكون له الحق في أن يركن إليه بحسب معناه الظاهر استناداً إلى ما يتوافر لديه من ثقة مشروعة في أن هذا المعنى الظاهر هو الذي قصده الموجب، فالثقة المشروعة بين المتعاقدين تقتضي أخذ العقد على هذا المعنى.

## ٣- العرف الجاري في التعامل:

ويقصد به هنا (ما استقر في التعامل من عادات لم ترق بعد إلى مستوى العرف الذي يعتبر قانوناً ملزماً).

فإذا سكت المتعاقدان عند تحديد أجر الوسيط (السمسار) وكانت العادة قد جرت على تحديد عمولته بنسبة معينة تعين الأخذ بها استناداً إلى أن المتعاقدين بسكوتهما قد قصدا التقيد بهذه النسبة.

تلك هي العوامل التي تساعد القاضي على الاستهداء إلى النية المشتركة بين المتعاقدين، على أنه يلاحظ أن بيان هذه العوامل ليس وارداً على سبيل الحصر ومن ثم يجوز للقاضي أن يلجأ إلى ضوابط أخرى درج الفقه والقضاء على اعتناقها، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

( أ ) العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. ومعنى ذلك أن القاضي لا يجوز أن يقف عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة واضعاً في الاعتبار أن المتعاقدان – وهذا هو الغالب – ليسوا خبراء في القانون، ففي كثير من الأحيان يستعملون ألفاظاً لا يدركون مدلولها القانوني الدقيق.

( ب ) إذا وجد بند في العقد يمكن تأويله على معنيين أحدهما يجعله ذا أثر فيما يجرده المعنى الآخر من كل أثر وجب الأخذ بالمعنى الأول. فإذا كانت عبارات العقد يمكن أن تحمل على معنى يؤدي إلى إبطال العقد وعلى معنى آخر يجعل العقد صحيحاً وجب حملها على المعنى الثاني. أيضاً إذا كان أحد المعنيين لا يضيف شيئاً والمعنى الآخر يضيف شيئاً وجب حمل العبارات على المعنى الثاني، ويعبر عن ذلك بالقول إن " أعمال الكلام خير من إهماله " .

( ج ) إذا تعددت المعاني التي يحتملها اللفظ وجب حملها على المعنى الأكثر انطباقاً على روح العقد والغرض المقصود منه، مثلاً إذا ورد في عقد بيع منزل أن البيع يشمل المنزل وما به من منقولات وجب تفسير كلمة منقولات بالمفروشات الموجودة بالمنزل، بحيث لا يدخل فيها القيم المنقولة (كالأسهم والسندات والمجوهرات) التي يحتفظ بها البائع في منزله وإلا حملنا اللفظ معنى لا يستقيم مع طبيعة العقد وقصد المتعاقدين.

( د ) بنود وعبارات العقد الواحد متكاملة ويفسر بعضها بعضاً، ولذلك يجب عند البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين النظر إلى بنود العقد وعباراته في مجموعها، لا الوقوف عند كل بند أو عبارة وتفسيرها استقلالاً وعلى حدة فكل بند أو عبارة جزء من كل لا يجوز فصله عنه، فقد تكون إحدى عبارات العقد غامضة إذا أخذت منفردة بينما يتضح معناها إذا ربطت بعبارات العقد الأخرى. فإذا باع شخص مفروشات منزله بثمن معين ثم حدد هذه المفروشات في عبارة لاحقة في العقد، فإن هذه العبارة الخاصة تقيّد عموم المفروشات إعمالاً لقاعدة الخاص يقيد العام وبذلك تتحدد المفروشات المباعة بما ورد ذكره لاحقاً في العقد.

ويتفرع من قاعدة تفسير العقد من خلال مجموع بنوده وعباراته بعض قواعد التفسير الفرعية من ذلك:

١- أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، فإذا باع شخص مزرعة ونص على أن البيع يدخل فيه المواشي فليس معنى ذلك أن البيع لا يشمل سائر التوابع كالألات الزراعية والمخازن والمباني المخصص لاستغلالها، وإنما يمكن أن يؤول النص على المواشي دون غيرها على رغبة المتعاقدين في إزالة أي شك يثور بشأنها.

٢- إذا تعارض شرط خاص مع شرط عام وجب تغليب الشرط الخاص باعتباره دالاً على رغبة الطرفين في العدول عن حكم الشرط العام.

٣- وجوب تفسير الشروط الثانوية في ضوء الشروط الأساسية.

٤- تغليب الشروط المخطوطة (أي المكتوبة بخط اليد) على الشروط المطبوعة في حالة التعارض، باعتبار أن الشروط المخطوطة أكثر تعبيراً عن النية المشتركة للمتعاقدين لكونها تعني اتجاه نيتهما إلى تعديل الشروط المطبوعة سلفاً.

كذلك يجوز للقاضي أن يستعين في تفسير العقد - فضلاً عن القواعد والعوامل السابقة - بالملازمات والظروف التي أحاطت بالتعاقد مثل الطريقة التي رتبها المتعاقدان في التنفيذ، والمفاوضات التي سبقت التعاقد، والمعاملات السابقة بين المتعاقدين ... إلخ.

أما إذا تعذر على القاضي رغم استعانته بقواعد وعوامل التفسير المختلفة أن يهتدي إلى معنى يرجحه للعبارة الغامضة، فهذه هي حالة الشك.

### الحالة الثالثة: حالة بقاء الشك في معنى العبارة الغامضة:

واجه القانون هذه الحالة في نص المادة ١/١٥١ على أن " يفسر الشك في مصلحة المدين "، ومؤدى هذه القاعدة أنه إذا كانت العبارة الغامضة تحتل أكثر من معنى وكان أحد هذه المعاني يحقق مصلحة للمدين بينما المعنى الآخر أو المعاني الأخرى لا تحقق هذه المصلحة أو تحققها ولكن بدرجة أقل، وجب الأخذ بالمعنى الأول واعتبار أن نية المتعاقدين المشتركة قد اتجهت إليه.

لكن يلاحظ أن القاضي لا يأخذ بالتفسير الذي في صالح المدين إلا عندما يغم عليه الأمر بأن يتراوح التفسير بين أكثر من معنى دون أن يستطيع ترجيح معنى على آخر إذ عندئذ يقوم الشك حقاً، أما حين يتيسر الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فإن القاضي يقضي بها ولو كانت في غير مصلحة المدين.

وإذا كان تحديد المقصود بالمدين في العقود الملزمة لجانب واحد لا يحتاج لضبط باعتبار أن هذه العقود لا يوجد فيها إلا مدين واحد حيث يكون الطرف الآخر دائناً وليس مديناً، إلا أن تحديده في العقود الملزمة للجانبين يحتاج لتأمل حيث تكون بصدد طرفين كلاهما يحمل صفة الدائن والمدين في ذات الوقت وفي نطاق هذه العقود يقصد بالمدين الطرف الذي يضر من الشرط الذي يجري تفسيره أي الطرف الذي يحمله الشرط محل التفسير عبء أو يوسع في أعباءه أو يشدد في معاملته أو مسؤوليته، فإذا كان بصدد عقد بيع مثلاً وثار الشك حول شرط يتعلق بدفع الثمن (والثمن يمثل التزام على عاتق المشتري وحق للبائع) فسر هذا الشك لمصلحة المشتري (لأنه المدين في الالتزام بدفع الثمن) أما إذا ثار الشك حول الالتزام بنقل الملكية أو ضمان التعرض (والمدين فيهما هو البائع) فسر هذا الشك لمصلحة البائع لأنه هو المدين بخصوصهما.

وتستند قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين للقواعد العامة للإثبات إذ القاعدة أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الأصل، ولما كان الأصل في الإنسان هو براءة الذمة فإن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام.

فإذا ادعى شخص أنه دائن لآخر فعليه أن يثبت هذا الدين ومداه فإن أثبت وجود الدين ولكنه عجز عن إثبات مداه وأدعى مدى واسعاً نازع المدين فيه وكانت عبارات العقد تحتل المدى الواسع الذي يدعيه المدى الضيق الذي يدعيه المدين فيؤخذ بما يدعيه المدين على أساس أن الدائن هو المكلف بالإثبات وقد عجز عنه.

## استثناء تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى:

نصت المادة ٢/١٥١ مدني على أنه " لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى ".

وفكرة هذا الاستثناء أنه إذا كان العقد من عقود الإذعان وقام الشك حول بعض العبارات الغامضة فيه وجب تفسير هذا الشك لمصلحة الطرف المدعى في كل الأحوال أي حتى ولو كان دائماً وذلك على خلاف القاعدة العامة.

ويستند هذا الاستثناء إلى أن الطرف القوي في عقد الإذعان هو الذي يستقل بوضع شروط العقد وبصيغة هذه الشروط، فإذا شاب عبارات العقد غموض أو لبس أو إبهام فإنه مما يتفق مع العدل والمنطق ألا يفيد الطرف القوي من الغموض الذي كان سبباً فيه.

## الفرع الثاني

### تكييف العقد

بعد أن يهتدي القاضي عن طريق التفسير إلى الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين فإنه ينتقل إلى مسألة أخرى وهي تكييف العقد أي إدخاله في جنس معين من العقود (بيع، هبة، إيجار، شركة) وذلك تمهيداً لتطبيق القواعد الخاصة بهذا العقد عليه، والتكييف - على خلاف التفسير - عملية قانونية وهو ما يترتب عليه النتائج التالية:

١. أن القاضي يتعين عليه أن يقوم بتكييف العقود المتصلة بالنزاع المعروض عليه من تلقاء نفسه، حتى يستطيع أن يطبق عليها القواعد القانونية المتعلقة بها سواء ما كان من هذه الأحكام أمراً أو مكملاً.

٢. أن القاضي في تكييفه للعقد المعروض عليه لا يتقيد بالتكييف الذي أضفاه المتعاقدان عليه، فقد يصف المتعاقدان العقد وصفاً غير صحيح عن غلط أو عن تعمد، وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن المناط في تكييف العقد هو بما عناه المتعاقدان دون اعتداد بما أطلقاه على العقد من تسمية متى تبين أن هذه التسمية تخالف حقيقة التعاقد وقصد المتعاقدين.

وفي هذا تقول محكمة النقض " للمدعي الحق في أن يكيف دعواه سواء من جهة الشكل أو من جهة الموضوع بحسب ما يرى، وحقه في ذلك يقابله حق المدعى عليه في كشف خطأ هذا التكييف، والقاضي يهيمن على هذا وذلك من حيث انطباق هذا التكييف على الواقع أو عدم انطباقه، ثم يطبق القانون على ما يثبت لديه. فيجب على القاضي ألا يتقيد بتكييف المدعي للحق الذي يطالب به، بل عليه أن يبحث في طبيعة هذا الحق ليرى ما إذا كان تكييف المدعي صحيحاً قانوناً أم غير صحيح وألا يأخذ بهذا قضية مسلمة " (انظر نقض مدني في ١٩٣٢/٥/٢٥ مجموعة عمر ج ١ رقم ١٢٥ ص ٢٢٦).

## الفرع الثالث تكملة مضمون العقد (مستلزمات العقد)

تنص المادة ٢/١٤٢ مدني على أنه " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ".  
ووفقاً لهذه المادة لا يتحدد مضمون العقد بما ورد فيه فقط وإنما يتحدد أيضاً بما هو من مستلزماته على ضوء طبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة.

### ١- طبيعة الالتزام:

فطبيعة الالتزام يسترشد بها القاضي لإكمال مضمون العقد، وقت تضمنت المادة ٤٧٢ مدني تطبيقاً لهذا المبدأ بالنسبة إلى الالتزام بالتسليم في عقد البيع فقالت أنه " يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين "، ولذلك يشمل بيع العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها، ويشمل بيع السيارة كل الأدوات اللازمة لتسييرها، ويشمل بيع المتجر السجلات التي تبين ما لتاجر من حقوق وما عليه من ديون وما يتصل به من عملاء.

### ٢- القانون:

يقصد بالقانون هنا القواعد القانونية المكملة سواء كان مصدرها التشريع أو العرف، فهذه القواعد يرجع إليها القاضي لاستكمال مضمون العقد، فإذا سكت المتعاقدان عن تنظيم مسألة ما في العقد تعين على القاضي الرجوع إلى القواعد المكملة التي أوردها المشرع في هذه المسألة باعتبار أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها بسكوتها عن ذكر ما يخالفها.

ومن أمثلة ذلك ما ينص عليه القانون في شأن مكان وزمان تسليم المبيع، وزمان ومكان الوفاء بالثمن، وما يرجع به المشتري على البائع عند استحقاق المبيع كلياً أو جزئياً أو ظهور عيب خفي فيه، وما نص عليه في شأن الإصلاحات التي يلتزم بها المؤجر وتلك التي يتحملها المستأجر، فكل هذه الأحكام تعتبر مكملة لإرادة المتعاقدين في البيع والإيجار بمعنى أنه يفترض أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى الأخذ بها لعدم وجود اتفاق على ما يخالفها.

### ٣- العرف:

والعرف هنا يختلف عما يراد به في خصوص التفسير وقد رأينا أن المقصود به في هذا الخصوص هو العادة الجارية التي لم تبلغ مبلغ العرف الملزم، أما فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد فيراد بالعرف قواعده الملزمة بوضعها قواعد قانونية، والعرف بهذا المعنى يساهم في تحديد مضمون العقد بما يكون قد جرى به من فرض التزامات على أحد العاقدين أو عليهما معاً في عقود معينة، كما إذا جرى العرف في جهة ما بأن يكون ثمن المياه المستهلكة أو التيار الكهربائي على عاتق المؤجر، أو بأن يكون لمالك الأرض المؤجرة الحق في أن يرفع فيها عدداً معيناً من مواشيه.

ويعتبر من قبيل العرف في هذا الصدد الشروط المألوفة أو الدارجة أي التي درج الناس على إدماجها في عقود معينة حتى أصبح وجودها في تلك العقود مفروضاً ولو لم تدرج في العقد بذاته، ومثال هذه الشروط شرط إضافة نسبة مئوية معينة على أجره الفندق أو ثمن الطعام في المطعم كمقابل للخدمة، فهذه النسبة تعتبر مفروضة على النزول ولو لم تكن معلنة في قوائم الأسعار أو في قوائم الحساب المقدمة إليه ما دام أنه لم توجد بها إشارة تفيد العكس أو لم يتفق على ما يخالفه.

### ٤- العدالة:

من الأمور التي يسترشد بها القاضي لتحديد مستلزمات العقد قواعد العدالة فهذه القواعد تعتبر الملاذ الأخير للقاضي في تحديد مضمون الالتزام إذا لم تسعفه في ذلك التحديد القواعد المكملة أو العرف. فمثلاً من يبيع متجره يلتزم عدالة نحو المشتري بالألا ينافسه بقصد انتزاع عملاء المتجر، والعامل الفني الذي يطلع على الأسرار الصناعية لمصنع يلتزم عدالة ألا يبوح بهذه الأسرار لمصنع آخر (أنظر المادتين ٦٨٥ - ٦٨٦ مدني)، ومن ذلك أيضاً ما قرره القضاء فيما يتعلق بعقود نقل الأشخاص من تضمن هذه العقود لالتزام بضمان السلامة، فكل التزام تفرضه قواعد العدالة يدخل في مضمون العقد ولو لم يذكر فيه.

## المطلب الثاني القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين: القاعدة والاستثناء)

تنص المادة ١/١٤٧ مدني على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

كما تنص المادة ١/١٤٨ مدني على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، والمشرع بما أورده في المادة ١/١٤٧ يكون قد كرس مبدأ من أهم المبادئ القانونية المشهورة وهو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" والذي يعبر عنه أحياناً بمبدأ "العقد قانون المتعاقدين" أو "المتعاقدين عبد تعاقده" والذي وفقاً له فإن أطراف العقد يجب إنفاذهم كما ينفذون القانون، وفي مجال تنفيذ الأطراف لعقدهم جاءت المادة ١/١٤٨ لتوجب عليهم أن يتم هذا التنفيذ بحسن نية.

وقد رتب المشرع على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين نتيجته الطبيعية وهي عدم جواز نقضه (أي الرجوع عنه) ولا تعديله إلا لأحد سببين هما اتفاق المتعاقدين على ذلك أو حينما يسمح القانون به.

وهذا الذي تقدم يفيد أنه لكي نلم بهذا الموضوع فإن دراستنا يجب أن تشمل على أمرين، الأول هو دراسة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والثاني هو دراسة مبدأ عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يحددها القانون، وسندرس كل منهما في فرع مستقل:

## الفرع الأول العقد شريعة المتعاقدين

وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإن على المتعاقدين أن ينفذا عقدهما كما ينفذون القانون، وليس المقصود من ذلك أن العقد يشبه القانون من جميع النواحي بل يقصد به فقط أن الالتزام الذي ينشئه العقد يكون واجب الاحترام والتنفيذ كما لو كان القانون هو الذي أنشأه.

ومبدأ لزوم العقد الذي يعبر عنه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدان" يعتبر نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة، فما دام العاقدان قد حددا بإرادتهما المشتركة ما تعاقدنا عليه فإن من مقتضى ذلك أن تكون لتلك الإرادة قوة القانون فلا يملك أيهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله كما لا يجوز للقاضي أن يفعل شيء من ذلك.

على أنه يمكن - فضلاً عن هذا - أن نجد لهذا المبدأ أساساً خُلقياً وأساساً اقتصادياً، ويتمثل الأساس الخُلقي في مبدأ احترام العهد المقطوع وهو مبدأ ذو جذور عقائدية راسخة حيث ورد النص عليه في القرآن الكريم قال تعالى: ((وأوفوا بالعهد أن العهد كان مسؤلاً)) - الإسراء ٣٤ - ، كما قال الرسول ﷺ " إن خير الناس أحسنهم قضاء ".

أما الأساس الاقتصادي فيتمثل في الرغبة في استقرار المعاملات، فأين يكون هناك استقرار وطمأنينة في العمل إذا سمح للمدين بنقض أو تعديل ما تعهد به في العقد؟

### تقييد تنفيذ العقد بحسن النية:

إذا كان مبدأ لزوم العقد يقتضي تنفيذه وفقاً لمضمونه فإنه يتعين مراعاة مبدأ حسن النية في التنفيذ، فهذا المبدأ يعتبر من المبادئ الأساسية في القانون الحديث وتخضع له جميع العقود في مختلف مراحلها أي سواء ما يتعلق بانعقادها أو تحديد مضمونها أو كيفية تنفيذها.

ويقتضي حسن النية من المدين أن يختار في تنفيذ العقد الطريقة التي تفرضها الأمانة والنزاهة في التعامل، فإذا تعددت الوسائل التي يمكن سلوكها لتنفيذ العقد وجب أتباع أيها أصلح للدائن، وتطبيقاً لذلك فإن المقاول الذي يتعهد مثلاً بتوصيل أسلاك الكهرباء دون أن يتضمن العقد بيان الطريق الذي يجب أن يمتد فيه عليه أن يقوم بتوصيلها من أقرب طريق ممكن، وأمين النقل الذي يتعهد بنقل ركاب أو بضاعة لمكان معين عليه أن يسلك أقصر الطرق إلى مكان الوصول.

على أن احترام مبدأ حسن النية لا يقتصر على المدين في تنفيذ إبرامه بل هو مفروض على الدائن أيضاً في استعمال حقه، فلا يجوز للدائن أن يتعسف في استعمال حقه، بأن يتمسك بتنفيذ العقد بطريقة أكثر مشقة على المدين إذا كان يمكن تنفيذه بطريقة أيسر.

بل إن حسن النية قد يقتضي التعاون بين الطرفين في تنفيذ العقد، ويبدو واجب التعاون بوجه خاص في بعض العقود التي تقوم على الثقة بين الطرفين أو تقتضي علاقة مستمرة بينهما، ففي عقد التأمين يجب

على المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما في وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه.

وفي عقد البيع يجب على المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع في الوقت الملائم (مادة ٤٤٠ مدني)، وإذا اكتشف المشتري عيباً في المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به في خلال مدة معقولة (مادة ٤٤٩ مدني)، وفي عقد الإيجار إذا ادعى أجنبي حقاً يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق وجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بذلك (مادة ٥٧٢ مدني)، كما يجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة وينكشف عيباً بها أو يقع اغتصاب عليها أو يعتدي أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها (مادة ٥٨٢ مدني). وفي عقد الوكالة إذا انتهى العقد لأي سبب وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (مادة ٧١٧ مدني).

ويلاحظ في النهاية أن التزام المتعاقد بمراعاة حسن النية في تنفيذ العقد لهو التزام تعاقدية ومن ثم تكون المسؤولية في حالة الإخلال به مسؤولية عقدية.

## الفرع الثاني

### عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون

الحاصل المنطقي لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو أنه لا يجوز لأي من طرفيه أن ينقضه (أي يرجع عنه) أو يعدل فيه بإرادته المنفردة، إذ ما اتفق عليه طرفان لا يجوز لأحدهما وحده أن ينقضه أو يعدله، ولكن لطرفي العقد إذا اتفقا سواءً عند إبرام العقد أو حتى في وقت لاحق على نقضه (وهو ما يسمى قانوناً بالتقابل أو التفاسخ) أو على منح أحد طرفيه أو كلاهما إمكانية ذلك، هذا كما أن القانون قد يمنح لطرفي العقد أو لأحدهما فقط إمكانية التحلل منه بإرادته المنفردة.

ولا يقتصر مبدأ عدم جواز نقض العقد أو تعديله على طرفيه فقط بل يمتد أيضاً ليشمل القاضي، إذ القاضي ما لم يكن القانون يمنحه هذه الإمكانية لا يستطيع أن يعدل العقد أو ينقضه، فمتى ثبت لديه مضمون العقد على نحو معين التزم بتطبيقه على أطرافه كما هو فهو لا يملك ولو حتى تحت ستار العدالة تعديله إذ أن مهمة القاضي هي أن يطبق العقود لا أن يعدلها.

على أن القاعدتين السابقتين ليستا مطلقتين إذ أن المشرع أورد على كل قاعدة منها طائفة من الاستثناءات:

أما الطائفة الأولى فتخص أطراف العقد، حيث سمح المشرع فيها لأحد المتعاقدين بنقض العقد أو تعديله بإرادته المنفردة.

أما الطائفة الثانية فتخص القاضي حيث سمح له المشرع فيها بإمكانية تعديل العقد.

### **الطائفة الأولى: الحالات التي يجوز فيها لأطراف العقد نقضه أو تعديله بالإرادة المنفردة بترخيص من القانون:**

سبق أن قدمنا أن لأطراف العقد أن يتفقا على منح أحدهما أو كلاهما الحق في نقض العقد أو تعديله، فإذا اتفقا على ذلك كان لهما ما اتفقا عليه طالما كان في حدود النظام العام والآداب، وليس هذا الموضوع هو محل دراستنا هنا إذ أن محل الدراسة هو الحالات التي يجيز فيها القانون على سبيل الاستثناء لأحد أطراف العقد سلطة نقضه أو تعديله دون وجود اتفاق من الطرفين على ذلك، ويمكن تقسيم هذه الاستثناءات القانونية على نوعين: الأول يمثل استثناءات وردت متناثرة في نصوص خاصة والثاني استثناء عام يتعلق بعقود المدة.

#### **النوع الأول: الاستثناءات الخاصة:**

أجاز المشرع في نصوص متناثرة لأحد الطرفين أن ينفرد بنقض العقد أو تعديله كما يتضح من الأمثلة القادمة.

١- عقد الهبة: يجيز القانون للواهب في حالات خاصة أن يرجع في هبته حيث تنص المادة ٥٠٠ مدني على أنه " ١- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك / ٢- فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع".

٢- عقد الوكالة: يجوز للموكل - بحسب الأصل - في أي وقت أن يعزل الوكيل فتنتهي الوكالة، وفي هذا المعنى تنص المادة ٧١٥ مدني على أنه " يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. " كما أنه يجوز للوكيل طبقاً للمادة ١/٧١٦ مدني " أن ينزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك".

٣- عقد الوديعة: يجيز المشرع للمودع أن يسترد الوديعة فينتهي العقد قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، كما للمودع عنده بشروط معينة أن يطالب بإنهاء الإيداع قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، وفي هذا المعنى تنص المادة ٧٢٢ مدني على أنه " يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء للمودع بمجرد طلبه، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت".

٤- عقد التأمين: يجوز للمؤمن له - في التأمين على الحياة - أن ينهي العقد بإرادته المنفردة في أي وقت بأن يتوقف عن دفع الأقساط دون أن يكون للمؤمن إجباره على ذلك.

وفي هذا المعنى تنص المادة ٧٧٩ مدني على أنه " يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة " .

٥- عقد العمل: يجيز المشرع لرب العمل الانفراد بتعديل عقد العمل بأن يكلف العامل بعمل آخر غير العمل المتفق عليه شريطة ألا يكون الاختلاف بين العملين الأصلي والجديد جوهرياً، من ذلك أن ينقل رب العمل العامل من قسم تفصيل القمصان إلى قسم تفصيل البيجامات. وفي هذا المعنى تنص المادة ٥٤ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ على أنه " ... لرب العمل أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلاف جوهرياً بشرط عدم المساس بحقوقه المادية " .

بل إنه يجوز لرب العمل تكليف العامل بعمل آخر أدنى من عمله الأصلي وذلك في حالات الضرورة أو القوة القاهرة أو عدم كفاءة العامل مهنياً، وفي هذا المعنى تنص المادة ٥٤ عمل على أنه لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج على القيود المشروطة في الاتفاق أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا إذا دعت الظروف إلى ذلك منعاً لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو في حالة القوة القاهرة على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما ورد بالمادة ٦٤٤ مدني بخصوص عقد العارية.

#### النوع الثاني: الاستثناء العام المتعلق بالعقود غير محددة المدة:

إذا كان مقتضى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد أو تعديله، فإنه ثمة حالة يجوز فيها لأي من المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته المنفردة، وهذه هي حالة العقد المبرم لمدة غير محدودة، فكل عقد غير محدد المدة يجوز لكل من طرفيه إنهاءه بإرادته المنفردة وهذا ما يسمى بالإنهاء من جانب واحد.

وتطبيقاً لذلك يجيز المشرع لكل من رب العمل والعامل إنهاء عقد العمل ولكل من المؤجر والمستأجر إنهاء عقد الإيجار بالإرادة المنفردة لكل منهما متى كان هذا العقد أو ذاك غير محدد المدة (أنظر المادتان ٢/٦٩٤، ٥٦٣ مدني).

وعلة حق كل من المتعاقدين في إنهاء العقد غير محدد المدة أن المشرع لم يشأ أن يجعل الشخص مقيداً بعقد إلى ما لا نهاية وإلا أصبح العقد قيداً ثقيلاً على حريته، ولما كان العقد لم يحدد له مدة لم يكن بد من أن يكون لكل من المتعاقدين الحق في إنائه من جانبه وحده دون توقف على موافقة الطرف الآخر، إذ لو أوقفنا صحة الإنهاء على موافقة الطرف الآخر لأمكن أن يصبح العقد مؤبداً برفض ذلك الطرف إنهاء العقد.

غير أنه يجب على من يريد إنهاء عقد غير محدد المدة أن يخطر الطرف الآخر برغبته قبل الإنهاء بمدة معينة وتسمى هذه المهلة بمهلة الإخطار، فإذا لم يراع ذلك التزم بتعويض الطرف الآخر عما يلحقه من أضرار بسبب الإنهاء الفجائي للعقد.

ومن ناحية أخرى فغالباً ما يوجب القانون على من يريد إنهاء العقد ألا يتعسف في استعمال حقه في الإنهاء وإلا كان مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي تلحق المتعاقد الآخر من جراء الإنهاء التعسفي للعقد.

### **الطائفة الثانية: الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد بترخيص من القانون:**

ذكرنا فيما تقدم أن قاعدة عدم جواز نقض العقد أو تعديله لا تقيد طرفي العقد فقط بل أنها تقيض القاضي أيضاً حيث لا يجوز له ذلك.

ولكن المشرع مدفوعاً باعتبارات معينة أهمها العدالة والصالح العام وضرورة الموائمة بين اقتصاديات العقد قد يمنح القاضي سلطة تعديل العقد.

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادتان ٢/٣٤٦ و ٢/١٥٧ مدني من تخويل القاضي سلطة منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه (وهو ما يعرف بنظرة الميسرة) إذا استدعت ظروفه ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم من ذلك.

ومن أمثلة ذلك أيضاً ما منحه القانون للقاضي من سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا ثبت أن تقديره كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (مادة ٢٢٤ مدني) وسلطته في رفع مقدار الشرط الجزائي إذا توافرت الشروط الموجبة لذلك، وكذلك سلطته في تخفيض أجر الوكالة المتفق عليه بين الطرفين (مادة ١/٣٠٩ مدني) وسلطته في تخفيض أو زيادة الفوائد الاتفاقية وسلطته بصدد عقود الإذعان في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها (مادة ١٤٦ مدني).

على أن أهم الحالات التي منح المشرع فيها للقاضي سلطة تعديل العقد هي الحالة المنصوص عليها بالمادة ٢/١٤٧ مدني والتي تعرف بنظرية الظروف الطارئة التي سنتعرض لها الآن لأهميتها.

## نظرية الحوادث الطارئة

النص القانوني (مادة ٢/١٤٧ مدني):

بعد أن نص المشرع في المادة ١/١٤٧ على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين نص في المادة ٢/١٤٧ على أهم استثناء يرد عليه وهو الاستثناء المعروف باسم نظرية الحوادث (أو الظروف) الطارئة وذلك حين قررت في هذه الفقرة أنه " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى إن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ".

وترجع نظرية الظروف الطارئة في أصلها التاريخي إلى رجال الدين المسيحي من فقهاء القانون الكنسي حيث كانوا يحرمون الغبن سواءً عند إبرام العقد أو بعد إبرامه.

ثم اختلفت النظرية عند فقهاء القانون الفرنسي القديم اللذين تأثروا بالقانون الروماني الذي لم يكن يعرفها، وظل الحال على هذا النحو في بداية العصر الحديث وعلى الخصوص مع سيادة مبدأ سلطان الإرادة الذي يقتضي تنفيذ العقد كما انصرفت إليه الإرادة، وقد حاول بعض فقهاء القانون الخاص الأخذ بهذه النظرية من غير نص يردها إلى أحد المبادئ المعروفة ولكن هذه المحاولات لم تكن كافية، وأخيراً بدأت النظرية تجد مجالها في التطبيق في نطاق القانون الإداري فأخذ بها مجلس الدولة الفرنسي أثناء الحرب العالمية الأولى مدفوعاً بالحرص على ضمان سير المرافق العامة، وقد ساعد القضاء الإداري في الأخذ بهذه النظرية عدم تقيده بنصوص تشريعية مما يتيح له حرية لا تتاح للقضاء المدني، وأخيراً بدأت التشريعات الحديثة تنص على النظرية وسار القانون المدني المصري في هذا الاتجاه فنص عليها في المادة ٢/١٤٧ على النحو السابق.

### شروط تطبيق النظرية:

يشترط لتطبيق النظرية وفقاً للمادة ٢/١٤٧ وما استقر فقهاً وقضاءً أن نكون بصدد عقد تراخي تنفيذه بغير خطأ المدين وأن يحدث بين انعقاد العقد وقبل تمام التنفيذ حادث استثنائي عام غير متوقع وأن يترتب على هذا الحادث أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً.

١- فيجب أولاً أن يكون العقد مترخي التنفيذ بغير خطأ المدين، ويتحقق تراخي التنفيذ في العقود الزمنية كعقد التوريد، وكذلك في العقود الفورية إذا كان تنفيذ الالتزام يستغرق فترة من الزمن كعقد المقاول، أو إذا اتفق المتعاقدان على تأجيل التنفيذ كعقد بيع كمية من البضائع اتفق على تسليمها في أجل معين أو حتى إذا وقف تنفيذ العقد بسبب استحالة تنفيذه وكانت الاستحالة مؤقتة، ويجب ألا يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين فإذا التزم المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل وتأخر في تنفيذ التزامه ووقع الحادث أثناء التأخير فلا تطبق النظرية.

٢- ويجب أن يقع قبل أن يكون المدين متأخراً حادث استثنائي عام غير متوقع، والحادث الاستثنائي هو الذي (يندر وقوعه كالزلازل أو الحرب أو الإضراب المفاجئ أو صدور قانون تسعير السلعة أو إلغاء قانون التسعير أو الفيضان غير العادي أو انتشار وباء أو انتشار الجراد).

ويجب أن يكون الحادث عاماً بحيث يمتد أثره لطائفة من الناس، فلا يكفي الحادث الخاص بالمدين كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصوله، ويجب أن يكون الحادث غير متوقع وفقاً لمعيار موضوعي هو معيار الشخص العادي، مع ملاحظة أن شرط عدم إمكان التوقع يغني عن شرط كون الحادث استثنائياً.

٣- ويجب أخيراً وهذا هو الشرط الجوهرى أن يترتب على الحادث أن يصبح التزام المدين مرهقاً بحيث يهدده بخسارة فادحة، والإرهاق غير الاستحالة فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً فالالتزام ينقضي، ولا يكفي لتحقق شرط الإرهاق أن يتسبب الحادث في خسارة للمدين بل يجب أن تكون الخسارة فادحة، والمعيار هنا معيار موضوعي يراعى فيه المدين العادي وليس معياراً شخصياً ينظر فيه إلى شخص المدين ذاته، فإذا كانت الخسارة فادحة بالنسبة للشخص العادي ولكن المدين بالالتزام الذي أصبح مرهقاً كان ثرياً بحيث لا تؤثر الخسارة في ثروته فهذا لا يمنع من تطبيق النظرية.

### سلطة القاضي في تعديل العقد:

إذا تحققت شروط الحادث الطارئ على النحو السابق جاز للقاضي كما يقول النص تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فهو لا يزيل كل الخسارة عن المدين وإنما يعمل على الحد من هذه الخسارة بتحقيق شيء من التوازن بين التزامات الطرفين.

وللقاضي حرية اختيار الوسيلة الملائمة لرد الإرهاق إلى الحد المعقول فقد ينقص الالتزام المرهق كما أو كيفاً، فإذا تعهد المورد بتوريد كمية معينة من السلع من صنف معين وترتب على الحادث الطارئ أن زاد سعر هذه السلعة في السوق زيادة كبيرة، فقد يحكم القاضي بإنقاص الكمية التي يلتزم بتوريدها وقد يحكم بتوريد الكمية المتفق عليها من صنف آخر لم يرتفع سعره كثيراً، وقد يحكم بزيادة الالتزام المقابل ليقفل من الخسارة التي يخسرها المدين وقد يجمع القاضي بين الأمرين معاً، وإذا كان الحادث الطارئ مما يتوقع زوال أثره في وقت قريب فقد يكتفي القاضي بتوقيف التنفيذ مؤقتاً، كما لو تعهد مقاول ببناء مبنى وبسبب ظروف حرب ارتفعت أسعار مواد البناء ارتفاعاً كبيراً ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب فتح باب الاستيراد، فيحكم القاضي بوقف التنفيذ مؤقتاً إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم لصاحب المبنى.

ونظراً إلى أن سلطة القاضي تنحصر في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فلا يجوز له أن يحكم بفسخ العقد بناءً على طلب المدين وإلا كان في ذلك تحميل أثر الحادث للدائن وحده.

ويراعى في النهاية أن سلطة القاضي في تعديل العقد من النظام العام فكل اتفاق بين الطرفين على استبعادها أو تقييدها باطل لا أثر له.

## المبحث الثاني

### آثار العقد من حيث الأشخاص

#### (مبدأ نسبية أثر العقد)

إذا كان للعقد على ما قدمنا قوة ملزمة فإن هذه القوة تتحدد من حيث الأشخاص بمبدأ هام هو مبدأ نسبية أثر العقد الذي يقضي بأن أثر العقد يقتصر على طرفيه، بمعنى أن الالتزامات الناشئة عنه لا تنصرف إلا إليهما (وهذه قاعدة لا استثناء عليها) وأن الحقوق الناشئة عنه لا تنصرف كذلك إلا إليهما (وهذه قاعدة ترد عليها استثناءات)، أما غير المتعاقدان فلا تنصرف إليهم آثار العقد سلباً أو إيجاباً وإن كان هذا لا يمنع من الاحتجاج بالعقد في مواجهتهم.

ولحسن دراسة هذا الموضوع سوف نقسم الدراسة في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ندرس في أولها أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وندرس في ثانيها حكم العقد بالنسبة للغير وندرس في ثالثها أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين.

### الفرع الأول

#### أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

**تحديد مفهوم المتعاقدين: انصراف أثر العقد إلى الخلف العام والخاص.**

لا شك أن مصطلح المتعاقدين ينصرف أول ما ينصرف إلى أطراف العقد أي الأشخاص الذي أبرموه سواءً بأنفسهم أو بواسطة نائب عنهم ففي الحاليين كانوا ماثلين في العقد بأنفسهم أو ممثلين فيه بواسطة نائب عنهم.

ولكن لا يقصد بالمتعاقدين أطراف العقد وحدهم لأن المرء حين يتعاقد لا يتعاقد لنفسه فقط وإنما يتعاقد أيضاً لبعض الأشخاص الذي يمثلهم (والذي يسموا بالخلف العام كالورثة) إذ لا تستقيم المعاملات إذا انقضى أثر العقد حق أو التزام بوفاء أحد طرفيه (الدائن والمدين) بل يتعين انتقاله على الأقل في الشق الإيجابي إلى من يخلفونهم (أي خلفهما العام) هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فقد يتعلق العقد بشيء معين يملكه أحد المتعاقدين وتقضي طبيعته أن ينتقل أثر العقد مع الشيء الذي يتعلق به إلى من ينتقل إليه هذا الشيء والذي يسمى بالخلف الخاص، وهكذا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام والخلف الخاص.

## الخصائص المميزة لعقد الإذعان:

لا يكفي لاعتبار العقد من عقود الإذعان أن يقتصر القبول على التسليم بشروط نظامية مقررة, وإنما يجب لذلك توافر ثلاثة شروط أستقر عليها الفقه والقضاء هي:

١. تعلق العقد بسلع أو خدمات تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين, ولهذا لا يعد التعاقد مع المحلات التي تتعامل بأسعار محددة لا تقبل مساومة فيها من قبيل عقود الإذعان ما دامت السلع المراد التعاقد عليها لا تعد من الأوليات, وعلى العكس من ذلك يعد التعاقد مع شركة المياه أو الغاز أو الكهرباء أو التليفونات تعاقدًا بطريق الإذعان لأن هذه الخدمات من الأوليات التي لا غنى عنها.
٢. وجود أحد طرفي العقد في مركز اقتصادي قوي يستمده إما باحتكار قانوني أو فعلي, وإما من وجود تكتل أو شروط موحدة بين من يتاجرون في السلعة أو يؤدون الخدمة الأولية, وإما من أن المنافسة تكون محدودة في مجال تلك السلعة أو الخدمة.
٣. عمومية الإيجاب وتماتله, بمعنى أن يكون الإيجاب موجه إلى الناس كافة أو إلى طائفة منهم لا إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات وبنفس الشروط التي يكون لها طابعاً نموذجياً أو نظامياً.

## أهمية التفرقة بين عقود المساومة وعقود الإذعان:

ترجع أهمية التفرقة بين هذين القسمين إلى أنه حماية للطرف الضعيف المدعن, فقد خص المشرع عقود الإذعان بأحكام خاصة هي:

١- تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المدعن منها: خولت المادة ١٤٩ مدني للقاضي ليس فقط سلطة تعديل ما قد تتضمنه عقود الإذعان من شروط تعسفية وإنما أيضاً سلطة إعفاء الطرف المدعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة, وإمعاناً في حماية الطرف فقد نصت المادة ١٤٩ مدني في نهايتها على أنه يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

٢- تفسير العبارات الغامضة دائماً لمصلحة الطرف المدعن: تقضي القاعدة العامة في تفسير العقود وفقاً للمادة ١/١٥١ مدني بأن يفسر الشك لمصلحة المدين, ولكن الفقرة الثانية من هذه المادة تستثني عقود الإذعان من هذه القاعدة بقولها (لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن) أي أن الشك في عقود الإذعان يفسر دائماً لمصلحة الطرف المدعن سواءً كان دائناً أو مدينًا.

ويرجع سبب تقرير هذا الاستثناء إلى أن الطرف القوي هو الذي أستقل بوضع شروط عقد الإذعان مما يستتبع أن يتحمل مغبة ما قد يتضمنه من عبارات غامضة.