الفصل السابع

الرؤية العامة للالتزام (العقود)
بين التعريف والتقسيم

obeikandl.com

obeikandl.com

المبحث الأول
تعريـــف العقـــد[١]

للعقد تعريفاً مستقراً فى فقه القانون الوضعى، كما أن لمبدأ سلطان الإرادة دوراً كبيراً فيه. ولذلك يكون من الأفضل أن نتناول فى المطلب الأول تعريف العقد فى القانون الوضعى وفى المطلب الثانى مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الأول : تعريف العقد فى القانون الوضعى :

العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى معين أياً كان هذا الأثر القانونى، سواء أكان إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزام كما سبق وذكرنا. ولكى نكون بصدد عقد يخضع للنظرية العامة للعقود يجب أن يتوافر فيه الآتى :

١ - أن نكون بصدد توافق إرادتين أو أكثر، ومن ثم لا يمكن أن يتولد العقد عن إرادة واحدة، وإن اتجهت إلى إحداث أثر قانونى، بل نكون بصدد تصرف قانونى بالإرادة المنفردة كالوصية والوعد بجائزة موجهة للجمهور.

٢ - أن تتوافق الإرادتان على إحداث أثر قانونى، أما إذا توافقتا على إحداث أثر غير قانونى، فلا نكون بصدد عقد يخضع لنظرية الالتزامات فالذى يدعو صديقاً له لتناول الغداء على مائدته أو يدعوه إلى نزهة فى مكان ما ويقبل الصديق هذه الدعوة لا ينشأ عن ذلك عقد، لأن إرادته لم تتجه إلى ترتيب أثر قانونى فى ذمته، ومن ثم إذا نكل الصديق (الداعى) لا يستطيع الطرف الآخر (المدعو) أن يقاضيه.

٣ - أن يكون توافق الإرادتين فى دائرة القانون الخاص ومن ثم لا تخضع المعاهدات الدولية، ولا علاقة الموظف بالحكومة، لقواعد النظرية العامة للالتزامات وذلك

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول هذا الفصل راجع فى ذلك: على حسين نجيدة. النظرية العامة للالتزام دار النهضة العربية ٢٠٠٤.

على الرغم من أنها تشكل اتفاقاً، سواء بين الدول، أو بين الموظف والحكومة، وتهدف ترتيب أثر قانونى. وذلك كله لكونها تخرج عن نطاق القانون الخاص. وتخضع لقواعد القانون الدولى العام فى حالة المعاهدات ولقواعد القانون الإدارى فى حالة علاقة الموظف بالدولة[١].

٤ - أن يكون الاتفاق أو توافق الإرادتين فى دائرة العلاقات المالية ومن ثم لا يخضع الزواج، وهو من علاقات القانون الخاص، ويرتب آثاراً قانونية للقواعد العامة فى نظرية العقد، لأنه يخرج عن دائرة المعاملات المالية، والحجة فى ذلك أن القوانين أو القواعد الشرعية هى التى تحدد آثار هذه العقود وليست إرادة الأطراف، هذا علاوة على أن الحقوق المتولدة عنها ليست حقوقاً مالية.

هذا وإن كان البعض فى الفقه لا يسلم بهذه الوجهة فى النظر، بحجة أن تدخل القوانين فى تنظيم الاتفاقيات لا ينفى عنها صفة العقود كعقد العمل. كما أنه ليس فى قواعد القوانين ما يستلزم أن تكون الحقوق المتولدة عن العقود حقوقاً مالية[٢].

المطلب الثانى : مبدأ سلطان الإرادة[٣] :

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن تكون الإرادة قادرة على إنشاء ما شاء من العقود والتصرفات القانونية، مادامت تلتزم حدود النظام العام والآداب وأنها قادرة على إنشاء العقود والتصرفات دون ما حاجة إلى معاونة خارجية، وأنها كذلك حرة فى تحديد نطاق العقد وآثاره وهى وحدها القادرة على إنهائه. أى أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الإرادات التى أنشأته فالفرد هو الذى

---

(١) إن كان البعض من الفقهاء لا يسلم بذلك. ويرى أن قواعد نظرية العقد تصلح فى تنظيم الاتفاقات فى دائرة القانون العام : عبد المنعم البدراوى، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ص ٤٤ وما بعدها، عبدالناصر العطار المرجع السابق ص ٣١.

(٢) عبد الناصر العطار. المرجع السابق ص ٣١.

(٣) انظر فى هذا المبدأ د. حسن كيره المرجع السابق فقرة ٣٨٥ ص ٧٤٦ وما بعدها، د. توفيق فرج. المرجع السابق فقرة ٤٨٩ ص ٨٢٧ وما بعدها، السنهورى. الموجز فى النظرية العامة للالتزامات فقرة ٢٣ وما بعدها. وعبد الحى حجازى. النظرية العامة للالتزام المجلد الأول ١٩٨٢ فقرة ١٢٨ ص ٢٦٣ وما بعدها.

يختار ما إذا كان يتعاقد أو لا يتعاقد وإذا اختار التعاقد فهو الذى يحدد نطاق العقد وما يتولد عنه من آثار.

والإرادة لم يكن لها هذا الدور فى الماضى فقد كانت مكبلة بقيود الشكلية المفرطة. فلم يكن التعبير عن الإرادة ينتج أثراً إلا إذا أفرغ فى صيغ وقوالب شكلية يتضاءل فيها دور الإرادة بل يكاد يختفى.

ولم يُعترف للإرادة بسلطانها فى إنشاء العقود وترتيب آثارها إلا بعد مجهود فقهى كبير وبعد مرحلة طويلة من الزمن وعلى سبيل التدرج وتمثل نضج هذا المبدأ فى الاعتراف بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإرادتيهما، إلا أن هذا المبدأ سرعان ما انتكص بعد ما ظهرت التشريعات التى تقيد دور الإرادة سواء كان ذلك فى إنشاء العقود، بمختلف الأشكال المعنية، أو تحديد آثارها القانونية، أو تعديلها أو إنهائها.

openkandl.com

المبحث الثانى
تقسيمـــات العقـــود

تنقســم العقود بالنظر لاعتبارات عدة : فتنقســم بالنظر لوجود تنظيم تشريعى إلى عقود مســماة وعقود غير مســماة، وبالنظر إلى دور الإرادة فيها إلى عقود رضائية وعقود شــكلية وعقود عينيــة وبالنظر لأثرها إلى عقود ملزمــة لجانب واحد وعقود ملزمــة لجانبين، وعقود معاوضة، وعقود تبرع، وبالنظر لطبيعتها إلى عقود محددة وعقود احتمالية. والنظر إلى نفاذها إلى عقود فورية وعقود زمنية.

المطلب الأول : العقد المسمى والعقد غير المسمى :

يقصد بالعقد المســمى ذلك العقد الذى خصه المشرع باسم ووضع له تنظيماً معيناً ومنهــا عقــد البيع وعقد الإيجار وعقد الشــركة وعقد العمل، أما العقد غير المســمى فهو العقد الذى لم يحظ بتنظيم تشــريعى. وكثيراً ما تنشــأ العقود هذه النشأة نظراً لقلة شــيوعها ولقلة أهميتها، إلا أنها سرعان ما تنتشــر وتزداد أهميتها، فلا يجد المشرع بداً من التدخل لتنظيمها فتنتقل بذلك من دائرة العقود غير المســماة إلى دائرة العقود المسماة.

أهميــة هــذا التقسيــم :

والعقود المســماة تخضع للقواعد التشــريعية التى وضعت لحكمها أما العقود غير المســماة فتخضــع للقواعد العامــة فى نظريــة الالتزامات والقواعد الشــرعية، وإلا فالقواعد أكثر العقود تشــبهاً بها. فالعقود المســماة تخضع للقواعــد الخاصة بها التى وضعــت مــن أجلها. ويرجع وجود العقود غير المســماة إلى المبدأ الذى أشــرنا إليه والذى بمقتضاه أن الإرادة حرة فى إنشــاء ما شــاء من العقود ما دامت تلتزم فى ذلك بمقتضيات النظام العام والآداب.

المطلب الثانى : العقد الرضائى والعقد الشكلى[١] والعقد العينى :

العقـد الرضائى هو ذلك العقد الذى تكفـى إرادة الأطراف لإبرامه وترتيب آثاره دون الحاجـة إلى إفراغ الرضاء فى قالب شـكلى معين. أما العقد الشـكلى فهو ما لا تكفى الإرادة لإبرامه وترتيب آثاره وإنما يجب توافر شكل معين كتوثيقه أو تحريره فى ورقة رسمية، كعقد الشركة إذ يجب أن يكون مكتوباً، وكذلك عقد الرهن الرسمى الذى لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسـمية طبقاً لنص المادة ١١٣١ من القانون المدنى وعقود الاحتراف الرياضى للاعب والمدرب، وعقود التسويق الرياضى والإعلانات من قبل الشركات واستغلال حق الاسم التجارى وما إلى ذلك.

والرضائية فى العقود هى الأصل، وذلك انطلاقاً من احترام مبدأ سـلطان الإرادة ولا قيد عليها إلا اعتبارات النظام العام والآداب أما الشكلية فترد على سبيل الاستثناء، وتأتى بهدف تحذير المتعاقد من خطورة العقد الذى يقدم على إبرامه أو إحاطة الغير علماً بهذا التصرف لأهمية ذلك بالنسـبة له. والشـكلية ليسـت فقط استثناء على مبدأ الرضائية بل أنها لا تغنى كلية عن الإرادة بل تضاف إليها، وهذا بعكس الشكلية قديماً التى كانت تغنى عن الإرادة كلية. حيث كان التعاقد مجرد ضيع وعبارات تردد بغض النظر عن اتجاة الإرادة إليها. أما العقد العينى فهو عقد لا يكفى التراخى لإبرامه. ولا يلزم لتمامه توافر شـكل معين، بل يجب أن يعقبه تسـليم المعقـود عليه، والفكرة فى العقـود العينية قد تقلصت أمام مبدأ الرضائيـة وكادت تنحصر فى هبة المنقول التى يمكـن أن تتم بالقبض[٢]. وفى عقد العارية إذ نصـت المادة ٦٣٥ من القانون المدنى «العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ....».

---

(١) انظر فى هذا التقسيم: السنهورى الوسيط ج١ ص ٢٥٣، والموجز فقرة ٢٩ ص ٢٦ وما بعدها. سليمان مرقص. الوافى شرح القانون المدنى ٢ فى الالتزامات المجلد الأول نظرية العقد ١٩٨٧ الطبعة الرابعة فقرة ٤١ ص ٨٠ وما بعدها. رمضان أبو السعود مبادئ الالتزام ١٩٨٦ ص ٢٩ وما بعدها. أحمد سعد مصادر الالتزام فى القانونين المدنى المصرى واليمنى ١٩٩٠ ص ١٢٠ وما بعدها.

(٢) إذ نصت المادة ٤٨٨/ من القانون المدنى على أنه «ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة عن طريق الورقة الرسمية، وعن طريق التسليم».

وجدير بالذكر أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من جعل العقد الرضائى عقداً شكلياً، ذلك بالاتفاق على عدم تمامه إلا فى شكل معين أو جعله عقداً عينياً وذلك بالاتفاق على عدم تمامه إلا بتسليم الشىء المتعاقد عليه[١]. وجدير بالإشارة أن الشكل الذى نتحدث عنه فى العقود الشكلية يختلف عن وسائل الإثبات التى قد يستلزمها القانون لإقامة الدليل على وجود تصرف من التصرفات كما أنه يختلف عن طريق شهر بعض التصرفات القانونية على نحو يستلزم الإشارة إلى التميز بين الشكل والإثبات والشكل وطرق الشهر.

المطلب الثالث : العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم لجانبين :

العقد الملزم لجانب واحد هو ذات العقد الذى ينشئ التزامات على عاتق أحد الطرفين فيه دون الطرف الآخر. وبذلك يصير أحد المتعاقدين دائناً غير مدين والآخر مديناً غير دائن، كالوديعة بدون أجر حيث يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشئ المودع دون أن يستحق أجراً. ويجب عدم الخلط بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف القانونى من جانب واحد. وذلك لأن العقد حتى الملزم لجانب واحد عبارة عن توافق إرادتين، أما التصرف القانونى من جانب واحد فهو تعبير عن إرادة واحدة، كالوصية والجعالة[٢].

أما العقد الملزم لجانبين فهو الذى يولد التزامات على عاتق كلا الطرفين فيه فيصير كل واحد منهما دائناً ومديناً فى نفس الوقت. كعقد البيع الذى يترتب على

---

(١) د. سليمان مرقص المرجع السابق فقرة ٤١ ص ٨١، د. أحمد سعد المرجع السابق ص ١٢٢، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٠. وراجع حكم محكمة النقض المصرية ١٩ مارس ١٩٥١ فهرست محكمة النقض تحت كلمة عقد رقم (٦)، إلا أنه يجب أن يلاحظ أنه ليس فى شأن اتفاق أطراف العقد على عدم تمامه إلا فى شكل معين، أن يغير من طبيعة العقد بحيث يجعله عقداً شكلياً يحتاج الوعد به إلى إبرامه فى الشكل المتفق على ضرورة توافره فى العقد الموعود به، السنهورى الوسيط ج١ ص ٢٥٣ هامش (١).

(٢) السنهورى الموجز فقرة ٣٠ ص ٣١ سليمان مرقص المرجع السابق ص ٩٤ هامش (٦٠) عبدالخالق حسن المرجع السابق فقرة ١٣ ص ٢٦، أحمد سعد المرجع السابق فقرة ٤٩ ص ١٣٢، رمضان أبو السعود المرجع السابق ص ٣١.

البائع التزاماً بتسليم المبيع وعلى المشترى التزاماً بدفع الثمن وحق للبائع فى قبض الثمن يقابله حق المشترى فى تسليم المبيع. ولاشك أنه يترتب على هذا الاختلاف بين العقدين اختلاف فى الأحكام التى تطبق عليهما.

وجدير بالملاحظة أن تقسيم العقود إلى ملزمة من جانبين وملزمة لجانب واحد ليس تقسيماً قاطعاً، فقد يكون العقد بحسب طبيعته من العقود الملزمة لجانب واحد، إلا أن ذلك لا يحول بين المتعاقدين وإمكانية جعله ملزماً للجانبين.

المطلب الرابع : عقد المعاوضة وعقد التبرع :

وعقد المعاوضة هو ذلك العقد الذى يحصل فيه كل متعاقد على مقابل لما أعطى أو لما التزم به. كعقد البيع حيث يحصل فيه البائع على الثمن مقابل نقل ملكية البيع فهو معاوضة بالنسبة له، وهو معاوضة أيضاً بالنسبة للمشترى لأنه يأخذ المبيع فى مقابل الثمن، وكذلك الحال فى عقد العمل وعقد الإيجار وعقد الشركة وعقد المقاولة وغيرها.

أما عقد التبرع فهو العقد الذى لا يحصل فيه أحد المتعاقدين على مقابل لما أعطى أو لما التزم به ولا يعطى العاقد الأجر مقابلاً لما حصل عليه ويتميز بقصد التبرع لدى الملتزم فيه. ومن أمثلته عقد الوديعة دون أجر والوكالة دون أجر والهبة دون عوض.

ولقد أقام بعض الفقهاء تفرقة داخل عقود التبرع بين الهبات Actesde libe'ralve وعقود التفضل Actesde bienfaisances .

ويقصد بالهبات ما يخرج بها الشخص مالاً من ذمته المالية كالهبة أما عقود التفضل فيقصد بها تقديم أحد طرفى العقد خدمة للطرف الآخر دون الحصول على مقابلها فالمتعاقد فيها لا يقدم مالاً من أمواله للطرف الآخر بل يقتصر موقفه على عدم الحصول على مقابل لما أداه من خدمة الطرف الآخر كعقد الوكالة بدون أجر(١).

---

(١) انظر فى ذلك بصورة تفصيلية: السنهورى الوسيط ج١ ط٣ فقرة ٤٩، ص ٢٠٢ BOLTARD, le Contrct de services gratuitsth. 1914.

المطلب الخامس : العقد المحدد والعقد الاحتمالى :

العقـد المحـدد هو العقد الذى يعلم فيه كل متعاقد مقـدار ما يعطى ومقدار ما يأخذ وذلـك عند التعاقد، كعقد البيع الذى يعلم فيه البائع عند إبرامه قيمة المبيع وهذا يتمثل فـى الأندية الرياضيـة عند بيع محـلات تجارية تحيط بالنـادى أو أصل من أصول النادى، ويعلم فيه المشترى مقدار ما يلتزم به من ثمن. وكذلك الحال فى عقد الإيجار والشركة والصلح وغيرها.

أما العقد الاحتمالى فهو العقد الذى لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أو كلاهما تحديد مقدار ما يعطى أو مقدار ما يأخذ كعقد التأمين، إذ يتوقف فيه قدر التزامات أحد الطرفين على حادث غير محقق من شأنه أن يزيد أو ينقص من قدر هذه الالتزامات.

المطلب السادس : العقد الفورى والعقد الزمنى :

العقـد الفورى هـو العقد الذى لا يعتبر الزمن ركناً جوهرياً فيه فلا يتدخل عنصر الزمن لتحديد كم الأدوات فيه، كعقد البيع.

أمـا العقد الزمنى فهو العقد الذى يعتبر الزمن عنصراً من عناصره، بحيث تتحدد الأداءات فيـه بعامـل الزمن كعقد الإيجار وعقد العمل ولا يؤثر على صف العقد بأنه فـورى إرجاء تنفيذ بعض الالتزامات المتولدة عنه أو إرجاء تنفيذه كلية[١] كعقد البيع الذى يرجئ فيه البائع تسليم المبيع مدة من الزمن أو يرجئ فيه دفع الثمن، وذلك لأن حجم التزامات المشترى لا يتأثر بعامل الزمن فالزمن فى هذه الحالة عنصر عارض وليس عنصراً جوهرياً[٢].

---

(١) سـليمان مرقص، المرجع السـابق فقرة ٥٦ ص ١٠٧، أحمد سعد المرجع السابق فقرة ٥٨ ص ١٥٢ رمضان أبو السـعود، المرجع السـابق ص ٣٥، عبدالمجيد الحكيم، المرجع السابق فقرة ٩٣ ص ٥٠، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٤ ص ٢٠٥.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٥ ص ٢٠٦، عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق فقرة ٤٦ ص ٦٣ وما بعدها، د. جميل الشرقاوى، المرجع السابق.

ويعتبر عقد الاحتراف الرياضى سواء كان اللاعب أو المدرب صورة من صور العقد الزمنى الذى يجب أن يكون محدد المدة الزمنية وذلك بعد موافقة الطرف الأول والمتمثل فى النادى أو الاتحاد والطرف الثانى المتمثل فى اللاعب أو المدرب.

والعقد الزمنى إما عقد ذو تنفيذ مستمر وإما عقد دورى التنفيذ والعقد مستمر التنفيذ لا يتصور فيه الأداء إلا ممتداً فى الزمن كعقد العمل وعقد الإيجار. أما العقد دورى التنفيذ فإنه، بحسب أصله، من العقود الفورية، إذ ليس فى طبيعته ما يحول دون اعتباره كذلك، إلا أن أطرافه اتفقت على أن يتكرر تنفيذه خلال فترة زمنية محددة كعقد التوريد. وهذا العقد أيضاً يمثل صورة من صور العقود التى يتم إبرامها فى المجال الرياضى سواء كانت الأندية أو الاتحادات حيث توريد العديد من المتطلبات التى يتطلبها العمل فى المؤسسات الرياضية.

المطلب السابع : عقد المساومة وعقد الإذعان[١] :

عقد المساومة هو ذلك العقد الذى يناقش طرفاه شروطه حتى يتفقا على كل بنوده وهذا العقد من العقود المتداولة فى الأندية الرياضية وخاصة بين اللاعبين المحترفين والمدربين وإدارات الأندية. أما عقد الإذعان فهو عقد تملى شروطه من قبل أحد المتعاقدين ولا يكون أمام الطرف إلا قبولها دون مناقشة منه.

فهو إما أن يقبل العقد بكل شروطه وبنوده وإما أن يعرض عنه. وهو فى كثير من الأحوال لا يستطيع الإعراض، لأن هذا النوع من العقود كثيراً ما يرد على خدمات ومنافع يحتكرها المتعاقد ولا غنى عنها، كعقود توريد الكهرباء والمياه والغاز للمنازل[٢].

---

(١) انظر عقود الإذعان بصفة خاصة، رسالة أستاذنا الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة. عقود الإذعان فى القانون المصرى، القاهرة ١٩٤٦. ورسالة أستاذنا الدكتور ريج Rige بعنوان :
Le ro`le de la volonte`dans l`acte jaridque en droit civil froncais et allemnd and, STRASBOWRG, 1965; DEREUX, Dela nauture juridique des d`adhe 'sion, Rer, trim. The droit civile 1910 pet.5.

(٢) سليمان مرقص. المرجع السابق فقرة ٦٣ مكرر ص ١١٧ وما بعدها، عبدالحى حجازى. النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتى ج١، مصادر الالتزام مجلد (١) نظرية العقد ١٩٨٢ فقرة ٣٢٧ ص ٤٦٥ وما بعدها، رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٤٣.

ونظراً لهذا الوضع الخاص لعقود الإذعان، ينكر البعض فى الفقه الصفة التعاقدية عنهـا، لأن الطـرف المذعن لا تتوافـر له الحرية والاختيار اللـذان يعتبران من أهم سمات العقود.

ويعتقـدون أنها عبـارة عن مراكز قانونية أكثر منها مراكز عقدية[١] إلا أن الرأى الغالب يرى على العكس أن عقود الإذعان هى عقود فى حقيقتها وأن الطرف المذعن له، الذى اسـتقل بوضع شـروط العقد، هو والمذعن طرفان فى عقد حقيقى. ومن بين هـذا الـرأى الغالب من ذهب إلـى القول بأنه ليس ثمة فرق بيـن عقد الإذعان والعقد العادى فى أى وجه[٢] إلا أن هذا القول لم يرق للأعم الأغلب من الفقهاء، الذى يسـلم بـأن عقد الإذعان وإن كان عقداً حقيقياً إلا أنه ليس كالعقد العادى، بل هو عقد خاص يجـب نظراً لخصوصيته أن يعامل معاملة خاصة. وفى خصائص عقود الإذعان أن الإيجاب فيها عاماً، يوجه إلى طائفة مفتوحة من الأشخاص وهو واحد فى شروطه لا يتغير من شخص إلى آخر، وهو علاوة على ذلك، من صنع الطرف القوى لا يشاركه فيه العاقد الآخر، وانفراد طرف واحد من طرفى الإذعان بوضع شروطه، إنما يتأتى له لما يتمتع به من قوة اقتصادية ناتجة عن احتكار قانونى أو احتكار فعلى للسلعة أو الخدمة محل العقد على نحو يمثل تفاوتاً بين مراكز طرفى هذا العقد.

ويقـرر الفقهاء بحـق، أنه يندر أن يوجـد عقد الإذعان فى ظل المنافسـة الحرة، حتى على فرض وجوده، فسوف يكون تأثيره غير محسوس، لأن الأفراد المحتاجين للسـلعة أو الخدمة يجدون لها أكثر من مصدر يختارون من بينهم أفضلهم شـروطاً، ومقدمو هذه السـلعة أو الخدمة سـوف يتنافسـون بدورهم فى تحسين شروطهم جلياً للعملاء والحفاظ عليهم.

ومـن خصائص عقود الإذعان أيضاً كما أشـرنا حالاً، أنها تنصب على سـلع أو مرافق ضرورية للمستهلك أخذاً فى الاعتبار درجة المدنية التى يمر بها المجتمع فلقد

---

(١) Saleilles, De`claration de volonte paris 1925, Nge.

(٢) قضت محكمة القاهرة التجارية فى ١٩٤٨/١٠/٣٠ بأن عقد الإذعان هو عقد حقيقى يم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التى تخضع لها سـائر العقود. مجلة المحاماة سـنة ٢٨ ص ١٠٧٦ رقم ٤٤٣، أشـار إليه عبدالحى حجازى المرجع السابق ص ٤٧٣ هامش ١٨.

أصبحت كثير من الخدمات والسلع التى كانت تعد كمالية فى السابق من الضروريات التى لا غنى عنها[١].

أهميـة هذا التقسـيم يرجع إلى أنه إذا كنا قد انتهينـا إلى أن عقود الإذعان هى فى حقيقة الأمور عقود عادية وأن الطرف المذعن فيها قد رضى بالتعاقد رضاء سليماً لا تشـوبه شـائبة، إلا أن ذلك لا ينفى أن إرادته كانت أضعف من إرادة الطرف المذعن له وأن قبوله للتعاقد إما تم تحت ضغط الحاجة إلى الخدمة أو السـلعة وهذه العوامل لا تثور بالنسبة لعقود المساومة الحرة أو الممارسة التى تتم نتيجة التقاضى الحر بين طرفين على قدم المساواة ومن ثم كانت عقود الإذعان، وبصفة خاصة مركز الطرف الضعيف فيها، محط اهتمام المشرع.

المطلب الثامن : العقد الأصلى والعقد التابع :

العقـد الأصلـى :

هو ذلك العقد الذى يقوم بذاته غير مسـتند أو مرتكز على عقد آخر، فهو مسـتقل بيـن أطرافه لا تتأثر التزاماتهم فيه بالتزام آخـر على أى من المتعاقدين، ويعبر عنه أحيانـاً بالعقـد الذاتى نظراً لما يتمتع به من ذاتية مسـتقلة، ومنـه عقد البيع والإيجار والشركة وغيرها من العقود وحكم هذا العقد أنه لا يتأثر بوجود عقد آخر أو بصحته أو بطلانه.

العقـد التابـع :

العقد التابع أو العقد التبعى هو العقد الذى لا يقوم مستقلاً بذاته بل ينشأ استناداً إلى عقد سـابق فالتزام المتعاقد فيه إنما كان بمناسـبة التزام سـابق ومن ثم فهو يدور مع العقد الذى يتبعه وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً.

---

(١) ولقـد جمعـت محكمة الدرب الأحمر بالقاهـرة كل خصائص الإذعان فى حكم لها ورد بنصه فى مجلة المحامـاه سـنة ٣٤ ص ٨٨١ رقم ٣٨٢. وعدد نفس الخصائص محكمـة النقض المصرية فى حكمها الذى صدر فى إبريل يوم ٢٢ لسنة ١٩٥٤ وذلك فى مجلة المحاماه سنة ٣٥ ص ١١٦٢ رقم ٥٣٥..

مثل ذلك عقد الصلح الذى يبرم بمناسبة عقد آخر، فيكون تابعاً له يعدل فى أحكامه ويحسم مشاكل تعويضه، إلا أنه يظل مرتبطاً به فإذا أبطل الصلح بسبب أو لآخر فإن ذلك لا يؤثر على بقاء العقد الأصلى بذات أحكامه دون اعتبار للأحكام التى كان قد تضمنها عقد الصلح الذى فسخ أو أبطل(١).

أما إذا حدث العكس، أى فسخ العقد الأصلى أو أبطل، فإن العقد التابع أو التبعى ينفسخ أو يبطل بدوره، فلا يتصور أن يظل قائماً رغم زوال سنده وركيزته التى يرتكز عليها.

ومن ذلك أيضاً الشرط الجزائى الذى يتفق عليه بخصوص التزام معين ليكون هو الجزاء الذى يوقع فى حالة الإخلال بهذا الالتزام سواء لعدم الوفاء به أو للتأخير فى الوفاء.

والشرط الجزائى تابع للالتزام الأصلى. فإذا أبطل الشرط أو فسخ فإن ذلك لا يؤثر على الالتزام الأصلى فيظل قائماً ينتج آثاره فإذا حدث إخلال به واستحق التعويض على المدين فإن القاضى فى هذه، يراعى فى تقدير التعويض القواعد العامة، ولا يحتكم إلى ما ورد فى الشرط الجزائى الذى فسخ أو أبطل. ومن ثم يصبح على الدائن أن يثبت الضرر الذى لحق به نتيجة إخلال المدين بالتزامه كما أن عليه أن يثبت كافة شروط استحقاقه، ولولا بطلان الشروط أو فسخه لما كلف بذلك(٢).

ومن العقود التبعية بالمعنى السابق الرهن الرسمى والرهن الحيازى والكفالة فكلها عقود توجد بمناسبة التزام نشأ عن عقد أصلى ومن ثم فهى تتبعه وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً، سواء أكانت مقدمة من المدين ذاته أو من شخص آخر يعرف بالكفيل العينى أو الكفيل الشخصى على حسب الأقوال(٣). ومن العقود التبعية أيضاً ما يطلق عليه بالعقود من الباطن أو المقاولة من الباطن(٤). فهى تستند إلى عقد الإيجار الأصلى أو عقد المقاولة الأصلى.

---

(١) نقض مدنى ٢٥ مايو ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض ٢٩ ـ ١٢٢٨ ـ ٢٥٩.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٨/٤/١٨ مجموعة أحكام النقض ٢٩-١٠٢٠-٢٠١.

(٣) انظر فى تبعية الرهن التأمينى: السنهورى الوسيط ج١٠ فقرة ١١٩ ص ٣٧٣.

(٤) انظر فى العقود التى تبرم من الباطن على جه الخصوص.

Noeret, les sous contrats, paris 1979.

المطلب التاسع : العقد المدنى والعقد الإدارى :

يعرف القانون العام بأنه ذلك الفرع من فروع القانون الذى ينظم العلاقات التى تكون الدولة أو إحدى الوحدات الإدارية طرفاً فيها باعتبارها ممثلة للسلطة العامة.

ويعرف القانون الخاص بأنه ذلك الفرع من فروع القانون الذى ينظم العلاقات بين الأفراد أو بين الأفراد والدولة ليس باعتبارها ممثلة للسلطة العامة(١).

من هذه التعريفات يمكن القول إن العقود المدنية هى تلك العقود التى تبرم بين أشخاص القانون الخاص بعضهم وبعض أو بينهم وبين أشخاص القانون العام باعتبارها ممثلة للسلطة العامة، والعقود الإدارية هى التى تبرم بين أشخاص القانون العام على النحو السابق تحديده وبين فرد أو أكثر من أفراد القانون الخاص على أن يظهر شخص القانون العام فى هذا العقد باعتباره صاحب سلطة وسيادة(٢).

وإذا اعتبر العقد من العقود الإدارية للسبب المشار إليه فإنه يخضع للأحكام الخاصة بالعقود الإدارية، وهى تختلف عن الأحكام التى تسود العقود المدنية فى أكثر من موضع.

ويكفينا أن نشير فقط إلى أهم ما يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية وأهم ما تتميز به العقود الإدارية هو أن المنازعات المتعلقة بها لا يختص بها القضاء العادى، بل تدخل فى اختصاص القضاء الإدارى وذلك فى الدول التى يوجد فيها بجانب جهة

---

(١) الدكتور على نجيده. المدخل للعلوم القانونية مقارناً بأحكام الشريعة الإسلامية ١٩٩٠ ص ٦٤ وما بعدها.

(٢) من هذا التعريف يتضح أن الدولة أو وحداتها الإدارية وهيئاتها العامة يمكن أن تكون طرفاً فى عقد مدنى، كما يمكن أن تكون طرفاً فى عقد إدارى، فالأمر لا يتوقف على وجود الدولة كطرف فى العقد من عدمه، بل بالصفة التى وجدت بها الدولة فى العقد، وما إذا كانت ممثلة للسلطة العامة ومن ثم يعد العقد إدارياً، أو باعتبارها شخصاً عادياً، ومن ثم يعد العقد مدنياً، والدولة قد تتحيز لدخول العلاقة العقدية باعتبارها شخصاً عادياً لاعتبارات كثيرة منها دفع الحرج عن الأشخاص والأفراد العادية فى التعامل معها خاصة إذا كان موضوع التعاقد لا يتعلق بغايات الدولة ومهامها الأساسية.

القضـــاء العـادى جهة أخرى للقضاء الإدارى كما هو الحـال عندنا فى مصر وللعقد الإدارى بالمفهوم السابق تحديده مجموعة من المقومات :

١ ـ أن تكـون جهـة الإدارة طرفاً فيه ولا يكفى مجرد وجـود جهة الإدارة طرفاً فى العقـد لكـى يوصف بأنه عقد إدارى بـل يجب أن تكون كذلـك باعتبارها ممثلة للسلطة العامة وهذا شرط منطقى إذ لا يمكن أن يوصف العقد بأنه عقد إدارى إذ لم تكن الإدارة طرفاً فيه، أو كانت طرفاً ليس باعتبارها صاحبة سيادة وسلطة.

٢ ـ ألا يكون الهدف من العقد تحقيق ربح مالى بل يجب أن يهدف العقد إلى تسـيير مرفق عام أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فى ذلك.

٣ ـ أن ينطوى هذا العقد على تخويل الإدارة سـلطات واسعة نتيجة شروط استثنائية غير معروفة فى نطاق القانون الخاص ومن هذه الشروط ما يعطى جهة الإدارة سلطة تعديل أحكام العقد أو إنهائه[١].

المطلب العاشر : العقد البسيط والعقد المركب :

العقـد البسـيط هو ذلك العقد الـذى يقتصر على موضوع واحـد. ومن ثم لا يأخذ إلا حكم عقد واحد ولو اشـتمل على عدة أشـياء[٢] كعقد البيع، فالبيع فيه هو محله من قبل البائع والثمن محله من قبل المشـترى موضوعه واحد وهو نقل ملكية المبيع من

---

(١) نقض مدنى ١٩ إبريل ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨-٩٩٥-١٧٠ ولقد اسـتقر القضاء المصرى على القول بذلك يستوى فى ذلك القضاء العادى والإدارى .
انظر فى هذا الخصوص نقض مدنى ١١ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ ـ ١٠٤٨ ـ ١٦٣، نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٦٥ نفس المجموعة ١٦ ـ ١١٢٦ ـ ١٧٦ نقض مدنى ١٩٦٧/٣/٢٨ نفس المجموعة ١٨ ـ ٦٨٤ ـ ١٠٥، نقض مدنى ١٩٨٢/٤ فى الطعن رقم ٩٩١ سنة ٥١ ق.
وفـى القضـاء الإدارى انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩ فبرايـر ١٩٦٤ مجموعة أحكام الإدارة العليا ٥ ـ ٧٠٧ ـ ٥٩، ٨ يناير ١٩٦٦ نفس المجموعة ٧ ـ ٢٧٠ ـ ٣٢، وحكم محكمة القضاء الإدارى ١٩٥٦/١٢/٩ نفس المجموعة س ١١ ص ٢٤٥.
وقد أورد أسـتاذنا الدكتورسـليمان مرقص بعض هـذه الأحكام بنصوصها كاملة فى المرجع السـابق الإشارة إليه فقرة ٦٥ ص ٢٦ وما بعدها و ص ١٢٨ هامش ١١٤.

(٢) سليمان مرقص المرجع السابق فقرة ٦٢ ص ١١٤.

البائـع إلى المشـترى. ويظل هذا هو موضوعه وإن تعدد المبيـع لأنه حتى فى حالة تعدد المبيع فلن يطبق على هذا العقد سـوى أحكام عقد واحد هو عقد البيع لهذا سـمى عقداً بسيطاً.

والعقد البسيط هو الأصل وهو الأكثر انتشاراً وقد يكون من العقود المسماة كما قد يكون من العقود غير المسماة[1].

أمـا العقد المركب أو المختلط فهو عقد واحـد يحقق بمفرده ما تحققه عقود كثيرة مـن أغراض. فهو عبارة عن أحـكام عقود متعددة ضمها عقد واحد كعقد النزول فى فنـدق، فهو يحقـق الغرض الذى يقصد من عقـد الإيجار بالنسـبة للغرفة التى ينزل فيهـا النزيل والغرض الـذى يحققه عقد العمل فيما يتعلق بالخدمة. وعقد الوديعة فيما يتعلق بأغراض النزيل الشـخصية، ومن أمثلـة العقد المركب أيضاً العقد الذى يضع شـخص بمقتضاه أوراقه المهمة أو الأشياء الثمينة فى إحدى خزائن البنوك. فهو عقد إيجار بالنسـبة للخزينة ذاتها وعقد الوديعة بالنسـبة للأشياء على خلاف فى ذلك بين الفقهاء ليس هنا موضوعه. ومنها كذلك العقد بين صاحب المسرح والمشاهدين، فهو عقد إيجار بالنسـبة للمشـاهد فيما يتعلق بالمقعد الذى يجلس فيه وعقد مقاولة بالنسبة للممثلين. وفى ذلك إيضاح عقد البيع بثمن مقسط مع احتفاظ البائع بملكية المبيع لحين الوفاء بالقسـط الأخير من الثمن. وهو ما يعرف بالبيع الإدارى إذ يعد المشـترى فى حكم المستأجر للمبيع، والأقساط عبارة عن أجرة أو مقابل الانتفاع بالمبيع إلى أن يفى بالقسط الأخير فتنتقل إليه الملكية. وقد ثار خلاف فى الفقه هنا أيضاً حول تكييف هذا العقد وهل هو بيع أم إيجار، خلاف ليس هنا موضعه بل موضعه دراسة عقد البيع.

أهميـــة هـذا التقسيـــم :

وتتمثل أهمية هذا التقسـيم، فى أن العقد البسيط لا يثير صعوبة فيما يتعلق بتحديد الأحكام التى تطبق عليه، فهى أحكام موحدة ولو تعددت محاله أو موضوعه.

---

(١) انظر بخصوص تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة سابقاً ص ١٦ وما بعدها .

والصعوبة تزداد بالنسبة للعقد المركب أو المختلط إذ يثار التساؤل حول العقد الذى تعمل أحكامه فى خصومه، هل يقسم إلى عقود متعددة وتعمل أحكام كل عقد فيما يتعلق بها من هذا العقد المختلط، فيطبق على عقد النزول فى الفندق أحكام عقد الإيجار فيما يتعلق بالغرفة وأحكام عقد البيع فيما يتعلق بما يقدم للنزيل من مأكولات ومشروبات وأحكام عقد الوديعة فيما يتعلق بالأمتعة. إلا أن الأمر لا يكون دائماً على هذا النحو من السهولة. فقد يشق على القاضى أن يعمل كل هذه الأحكام على العقد الواحد، خاصة إذا تباينت أحكامها فى المسألة الواحدة على نحو يتعذر الجمع بينها، ولا يجد القاضى أمامه سوى الاحتكام إلى الصفة الغالبة أو الميسرة، وتطبيق أحكام العقد الذى تنتمى إليه هذه الصفة، متحرياً فى ذلك نية الأطراف.

ومن ثم استطاع القضاء بهذه الوسيلة أن يطبق على عقد البيع الإيجارى أحكام عقد البيع معتبراً إياه عقد بيع وليس عقد إيجار، كما طبق على العقد الذى يربط العميل، عقد وديعة أخذاً فى الاعتبار العنصر الغالب فيه وهوالتزام البنك بالحراسة وتوفير وسائل الأمان، كما طبق على العقد الذى يبرم مع مصلحة أو هيئة التليفونات ـ وهو عقد مركب إذ يعد إيجاراً للعدة ومقاولة للخدمة ـ أحكام عقد المقالة، باعتبار أن الخدمة فى ذاتها هى العنصر الأساسى وليس عدة التليفون التى لا قيمة لها بدون خدمة توصيل المشترك بمن يريد وقتما يريد[١]. وفى النهاية يجب أن نشير إلى أن غالبية عقود الاحتراف الرياضى لكرة القدم تتجه نحو العقود الإذعانية والتى يذعن فيها اللاعب لرغبات مجلس إدارة المؤسسة الأهلية (النادى) التى ينتمى إليها. ومما تناولناه فى هذا الفصل إنما نحاول أن نؤكد من خلاله على أن التقسيمات سالفة الذكر هى كافة التقسيمات المتعلقة بالعقود فى المجال المدنى والإدارى بصفة عامة ولا يخرج عقد أى كان نوعه عن نطاقها[٢].

---

(١) السنهورى الوسيط ج١، المجلد الأول ط٣ فقرة ٥٣ ص ١٩٦ .

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع فى ذلك. على حسين نجيدة. النظرية العامة للالتزام ص ٢١ وما بعدها ٢٠٠٢.