مدخل لدراسة العقود

في القانون المدني المصري ونظام المعاملات المدنية
في المملكة العربية السعودية

In Egyptian civil law and the civil transactions
system In the Kingdom of Saudi Arabia

إعداد: محمود مصطفى الحكيم

محام ومستشار قانوني
ماجستير قانون

2025

Mahmoud Mostafa Elhakem
+201092589376

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على خير المرسلين

وبعد..

يعتبر العقد أحد مصادر الالتزامات الخمسة التي نص عليها القانون المدني المصري، ونظام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية، بجوار: الإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والالتزامات التي تنشأ مباشرةً من نص القانون. وتعد عملية كتابة العقود ومراجعتها من أسس العمل القانوني في مكاتب المحاماة والشركات بكافة أشكالها. ونظرًا لأهمية هذا الموضوع، قررت وضع مدخل عملي لفهم أحكام العقود من واقع القانون المدني المصري ونظام المعاملات المدنية، كما أحب أن أفهم.

وسعيًا للإفادة قررت ضبط هذا المدخل وجمعت أحكامه بالترتيب المقرر قانونًا، مع التركيز على وضع الشرح القانوني في القانون المدني المصري، وأحكام الفقه والمؤلفات الشرعية في نظام المعاملات المدنية، عبر الاستعانة بأهم المؤلفات والشروحات في هذا الباب، وقد أشرت إليها جميعها في نهاية الملف حسب ترتيب استخدامها في الكتابة. كما أشرت لبيانات الأحكام القضائية التي استعنت بها كاملة. ليسهل الرجوع إليها.

وأود الإشارة إلى أن هذه المراجعة ليست أكاديمية تنطبق عليها المعايير العلمية، بل دراسة عملية خاصة بالكاتب، استمدها من مصادرها المباشرة وأشار إلى هذه المصادر في نهاية الملف. فليست جهدًا خالصًا له في كتابتها من الصفر، ولكن جهد خالص في ترتيبها وشرح أفكارها وترجمتها من مصادرها الأصلية، فهي بناء للأفكار والمصادر في سياق عملي يسهل عملية الفهم والرجوع للأفكار الأساسية وإعادة ترتيب الأفكار والمراجعة العملية، بدلًا من الرجوع للمصادر الأساسية في كل نقطة.

خطة الدراسة

ينقسم هذا الدليل بشكل أساسي إلى قسمين:

القسم الأول: دراسة الأحكام الموضوعية للعقد:

من واقع القانون المدني ونظام المعاملات المدنية. إذ يتعين على الصائغ معرفة ماهية العقد وأقسامه المختلفة وأركانه وكيفية انعقاده وبطلانه، حتى يتسنى له تشكيل تصور كامل عن كيفية إبرامه وصياغته بطريقة تتناسب مع معطياته وظروفه ومستنداته. وهو ما يمكن تسميته بـ (النظام القانوني للعقد).

القسم الثاني: يركز على الأحكام الشكلية للعقد:

سواء من حيث المضمون أو الصياغة أو المراجعة. والفرق بين كلا التنظيمين أن الأول: قانوني، تنظمه مواد القانون وترد عليه أحكام القضاء بغزارة، وهو المؤسس للعمل القانوني العقدي. أما الثاني، فله طابع عملي، يستفاد عادةً من خبرات الصياغة الفعلية لرجال القانون المشتغلين بالصياغة. وكلا الجانبين مهم، يحتاج إليهما المحامي لضبط أبعاد العملية التعاقدية.

لا يحتاج القارئ إلى اتباع الترتيب في قراءة الفصول. بالإمكان اختيار فصل معين من الفهرس وقراءته بدون ترتيب، ولن تكون هناك مشكلة في تسلسل الفهم. وإن كانت القراءة المتسلسلة أفضل. أخيرًا أكثر ما يهمني أن يلمس القارئ بعد انتهاء قراءته فائدة، تتمثل في معرفة ما هو العقد وما أحكامه الموضوعية والشكلية وكيف رتبها القانون وكيف يمكنه البحث عن نقطة عملية تساعده في الصياغة/ وأين يمكنه البحث -بمساعدة المصادر المشار إليها في ثنايا الكتاب وفي المصادر الموجودة في نهايته. فهذه الدراسة معدة للفهم، وللبناء فوقها، وليست كل ما يرجع إليه. ولولا خشية الإطالة لزدت في الكتابة، وربما يحدث هذا -إن شاء الله- في مؤلف كامل.

والله من وراء القصد.

	الموضوع	رقم الصفحة
١	مقدمة	٢
٢	الفهرس	٣
٣	القسم الأول: الأحكام الموضوعية للعقود	١٠
٤	تمهيد لفهم نظام العقد	١١
٥	الباب الأول: تعريف العقد	١٢
٦	المبحث الأول: تعريف العقد في القانون المدني المصري	
٧	المبحث الثاني: تعريف العقد في نظام المعاملات المدنية	١٦
٨	الباب الثاني: الفرق بين العقد المدني والتجاري	١٩
٩	تمهيد: تعريف العقد التجاري	
١٠	المبحث الأول: العقود التجارية في القانون التجاري المصري	٢١
١١	المبحث الثاني: العقود التجارية في نظام المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية	٢٢
١٢	الباب الثالث: أقسام العقود	٢٧
١٣	المبحث الأول: أقسام العقود في القانون الفرنسي	٢٨
١٤	المبحث الثاني: أقسام العقود في القانون المدني المصري ونظام المعاملات المدنية	٣٠
١٥	المبحث الثالث: التفرقة بين العقود البسيطة والمختلطة	٣٤
١٦	الباب الرابع: خريطة الأحكام العامة للعقود (المسماة وغير المسماة)	٣٧
١٧	الباب الخامس: أركان العقد	٤٠
١٨	الفصل الأول: أركان العقد في القانون المدني المصري	٤٢
١٩	الركن الأول من أركان العقد في القانون المدني المصري: ركن التراضي	
٢٠	المبحث الأول: وجود التراضي	٤٣
٢١	المطلب الأول: المقصود بالإرادة في تعريف التراضي	
٢٢	المطلب الثاني: قوام الإرادة في التراضي	٤٤
٢٣	الفرع الأول: وجود الإرادة عند كل من العاقدين	
٢٤	الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة	٤٥
٢٥	الفرع الثالث: (توافق الإرادتين)	٤٧

	الموضوع	رقم الصفحة
٢٦	المبحث الثاني: صحة التراضي	٥٥
٢٧	المطلب الأول: أهلية المتعاقد	٥٦
٢٨	المطلب الثاني: عيوب الرضاء	٦١
٢٩	الفرع الأول: الغلط كعيب من عيوب الرضاء	
٣٠	الفرع الثاني: التدليس كعيب من عيوب الرضاء	٦٤
٣١	الفرع الثالث: الإكراه كعيب من عيوب الرضاء	٦٦
٣٢	الفرع الرابع: الاستغلال كعيب من عيوب الرضاء	٦٨
٣٣	الركن الثاني من أركان العقد في القانون المدني المصري: ركن المحل	٧٠
٣٤	الركن الثالث من أركان العقد في القانون المدني المصري: ركن السبب	٧٣
٣٥	الفصل الثاني: أركان العقد في نظام المعاملات المدنية	٧٥
٣٦	الركن الأول من أركان العقد في نظام المعاملات المدنية: ركن التراضي	
٣٧	عناصر ركن الرضا في نظام المعاملات المدنية	٧٧
٣٨	العنصر الأول في ركن الرضا في نظام المعاملات المدنية: تحقيق الرضا	
٣٩	العنصر الثاني في ركن الرضا في نظام المعاملات المدنية: التعبير عن الإرادة	٨١
٤٠	العنصر الثالث في ركن الرضا في نظام المعاملات المدنية: أهلية المتعاقدين	٩٧
٤١	العنصر الرابع في ركن الرضا في نظام المعاملات المدنية: عيوب الرضاء	١٠٨
٤٢	الركن الثاني من أركان العقد في نظام المعاملات المدنية: ركن المحل	١٢٢
٤٣	الفرع الأول: ركن المحل في العقد	
٤٤	الفرع الثاني: الشروط في العقد	١٢٣
٤٥	الركن الثالث من أركان العقد في نظام المعاملات المدنية: ركن السبب	١٢٩
٤٦	الباب السادس: بطلان العقد	١٣٢
٤٧	المبحث الأول: بطلان العقد في القانون المدني المصري	
٤٨	الفرع الأول: البطلان المطلق	١٣٣
٤٩	الفرع الثاني: البطلان النسبي (العقد القابل للإبطال)	١٣٦
٥٠	المبحث الثاني: بطلان العقد في نظام المعاملات المدنية	١٣٨

	الموضوع	رقم الصفحة
٦٠	الفرع الأول: البطلان المطلق في نظام المعاملات المدنية	١٤٠
٦١	الفرع الثاني: البطلان النسبي في نظام المعاملات المدنية	١٤٢
٦٢	الفرع الثالث: آثار إبطال العقد وبطلانه في نظام المعاملات المدنية	١٤٥
٦٣	**الباب السابع: العقود الدولية**	١٤٨
٦٤	المبحث الأول: الإطار العام للعقود الدولية	
٦٥	الفرع الأول تعريف العقود الدولية	
٦٦	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقود الدولية	١٤٩
٦٧	الفرع الثالث أشكال العقود الدولية	
٦٨	المبحث الثاني: عقود البيع والتجارة الدولية كأهم أشكال العقود الدولية	١٥٠
٦٩	الفرع الأول: التمييز بين الشروط العامة للعقود النموذجية وعقود التجارة الدولية	
٧٠	الفرع الثاني: معايير تمييز العقد الدولي	١٥١
٧١	الفرع الثالث: القانون الذي يخضع له العقد الدولي	١٥٣
٧٢	المبحث الثالث: الإشكاليات القانونية والمصادر الدولية للعقود الدولية	١٥٦
٧٣	المطلب الأول: بعض المسائل التي تثيرها العقود الدولية	
٧٤	المطلب الثاني: المصادر التي يمكن من خلالها فهم طبيعة العقود الدولية وأشكال الحماية المقررة لها	١٥٧
٧٥	الفرع الأول: قانون الاستثمار الدولي	
٧٦	الفرع الثاني: دراسات القانون الدولي العام	١٦٠
٧٧	خاتمة القسم الأول من الدارسة	١٦٦
	القسم الثاني: الأحكام الشكلية للعقود	١٧٠
٧٨	تمهيد: مقدمة في الصياغة	١٧١
٧٩	أ) الصياغة بشكل عام في الواقع القانوني	
٨٠	ب) الصياغة القانونية للعقود	١٧٢
٨١	ج) أشكال صياغة العقود	
٨٢	د) أنواع صياغة العقود	١٧٣
٨٣	**الباب الأول: العبرة في كتابة العقود**	١٧٤

	الموضوع	رقم الصفحة
٨٤	**الباب الثاني: التفرقة بين مصطلحات أساسية في كتابة العقود**	١٧٥
٨٥	المبحث الأول: مصطلحات الالتزامات والتصريحات	١٧٧
٨٦	المبحث الثاني: مصطلحات الأداء والإخلال والجزاءات	١٨٢
٨٧	المبحث الثالث: مصطلحات النطاق والسلطة والإنهاء	١٨٥
٨٨	**الباب الثالث: متطلبات الصياغة الشكلية للعقود**	١٩٢
٨٩	ا) المتطلبات العملية التي تساعد الصائغ	
٩٠	ب) المتطلبات القانونية لشكل العقد	١٩٥
٩١	**الباب الرابع: ضوابط الصياغة الشكلية للعقود**	٢٠٠
٩٢	١. الوضوح في الصياغة	
٩٣	٢. وحدة الموضوع والتسلسل في صياغة الأفكار	٢٠٣
٩٤	٣. الإيجاز في صياغة فقرات وبنود العقد	
٩٥	٤. التناغم والانسجام	
٩٦	**الباب الخامس: أصول الصياغة العقدية**	٢٠٤
٩٧	١) بيانات العقد	
٩٨	٢) كيفية تحرير شروط العقد	٢٠٥
٩٩	٣) ملاحق العقد	
١٠٠	٤) التوقيع على العقد	٢٠٦
١٠١	٥) عدد النسخ	٢٠٧
١٠٢	٦) الشهود	٢٠٨
١٠٣	**الباب السادس: بنية العقد الشكلية**	٢٠٩
١٠٤	تمهيد: الإضافة التي حدثت في القانون المدني الفرنسي بخصوص شكل العقد	٢١٠
١٠٥	المبحث الأول: عن البنية الشكلية للعقد	٢١١
١٠٦	الفرع الأول: مكونات البنية الشكلية للعقد	
١٠٧	الفرع الثاني: وظائف الإطار الشكلي للعقد	
١٠٨	المبحث الثاني: الاتجاهات في صياغة بنية العقد الشكلية	٢١٢
١٠٩	الفرع الأول: الاتجاه المهني العملي (المحامين)	

	الموضوع	رقم الصفحة
١١٠	الفرع الثاني: (الصياغة الشكلية لعقد البيع الدولي)	٢١٤
١١١	الفرع الثالث: الاتجاه النمطي المؤسسي	٢١٥
١١٢	الفرع الرابع: الاتجاه الأكاديمي المقارن	٢١٧
١١٣	**الباب السابع: الصياغة بالاعتماد على نماذج عقود سابقة ونماذج قياسية في مقابل الصياغة الابتكارية (من الصفر)**	٢١٩
١١٤	تمهيد: مناهج صياغة العقود	
١١٥	المبحث الأول: منهج صياغة العقود القائمة على نماذج عقود سابقة	
١١٦	المبحث الثاني: منهج صياغة العقود الابتكارية (من الصفر)	٢٢٠
١١٧	المبحث الثالث: قائمة بأكثر البنود تعرّضًا للتدقيق في العقود	٢٢١
١١٨	المبحث الرابع: كيف تختار نماذج العقود السابقة؟	٢٢٢
١١٩	المبحث الخامس: الشروط النمطية أو الشروط الجاهزة بين الصياغة القائمة على السوابق والصياغة الابتكارية (من الصفر)	٢٢٣
١٢٠	**الباب الثامن: تعلم الصياغة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية**	٢٣٧
١٢١	عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية	
١٢٢	العنصر الأول من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية: هيكل الوثيقة	
١٢٣	العنصر الثاني من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية: التخطيط والتصميم	٢٣٩
١٢٤	العنصر الثالث من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية: استخدام القوائم	٢٤٣
١٢٥	العنصر الرابع من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية: استخدام جمل قصيرة موجزة	٢٤٥
١٢٦	العنصر الخامس من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية: استخدام علامات الترقيم في الكتابة	٢٤٦
١٢٧	العنصر السادس من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية: استخدام التعريفات	
١٢٨	العنصر السابع من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية: استخدام الجداول والمخططات والصيغ	٢٤٧
١٢٩	العنصر الثامن من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية: الملاحظات والأمثلة	٢٤٩
١٣٠	العنصر التاسع من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية: استخدام الخطوط العريضة	٢٥٠

	الموضوع	رقم الصفحة
١٣١	العنصر العاشر من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية: الحيثياs	٢٥٠
١٣٢	**الباب التاسع: العيوب في الصياغة الشكلية للعقود**	٢٥١
١٣٣	أقسام العيوب في الصياغة الشكلية	
١٣٤	المبحث الأول: عيوب جوهرية	٢٥٢
١٣٥	المبحث الثاني: عيوب شكلية (أو أسلوبية)	٢٥٣
١٣٦	**الباب العاشر: كيف تقرأ وتراجع عقدًا؟**	٢٥٨
١٣٧	خصائص قراءة العقود	٢٥٩
١٣٨	عملية قراءة العقد (جولات القراءة والمراجعة)	٢٦٠
١٣٩	الجولة الأولى: التوجيه	
١٤٠	الجولة الثانية: التفسير	٢٦٢
١٤١	الجولة الثالثة: الاستنباط	٢٦٥
١٤٢	الجولة الرابعة: المعالجة	٢٦٨
١٤٣	الجولة الخامسة: التقييم	٢٧١
١٤٤	ملحق: قائمة مراجعة بنود العقد	٢٧٦
١٤٥	أ) تعريف مصطلح قائمة مراجعة بنود العقد	
١٤٦	ب) أنواع القوائم المضافة في هذا الملحق	
١٤٧	ج) الاستخدامات العملية لقائمة مراجعة بنود العقد	
١٤٨	القائمة الأولى: من واقع القانون المدني المصري، ونظام المعاملات المدنية	٢٧٧
١٤٩	القائمة الثانية: قائمة جمع المعلومات الأساسية عن الصفقة، في عقود الـ IT	٢٨٠
١٥٠	**الخاتمة**	٢٨٤
١٥١	**المصادر**	٢٨٥

القسم الأول

الأحكام الموضوعية للعقود

تمهيد لفهم نظام العقد

العقد هو أكثر الأنظمة القانونية شيوعًا بين الناس. ومن الناحية التاريخية هو الأداة الثانية للتبادل بعد نظام المقايضة. وإذا نظرنا إليه في مجاله الأساسي وهو المال وجدناه مصدرًا أساسيًا لنشأة الحقوق والالتزامات وأكثرها شيوعًا، بغض النظر عن طبيعة الحق عينيًا كان أم شخصيًا. على أن العقد لا يقف عند المال، بل يمتد إلى العلاقات الشخصية بين الناس كعقد الزواج، ويمتد إلى علاقات الدول ببعضها البعض. فكثيرًا ما تلجأ الدول إلى تنظيم علاقاتها عن طريق الاتفاقيات أو العقود التي تبرمها بين بعضها البعض.

ومن الأهمية بمكان قول: إن دراسة أحكام العقد في نظرية الالتزامات باعتباره أحد مصادر نشأة هذا الالتزام لا يعني أن الأحكام التي أوردها القانون في هذا الموضوع تطبق فقط على خصوص إنشاء الالتزام. بل إنها تلزمه في شتى مجالات إعماله دون تفريق.

ومن الأهمية أيضًا أن نقول -وإن كنا سنفصل شرح هذه النقطة-: أن القانون المدني قد قسم أحكام العقود إلى قسمين رئيسين: أحكام عامة تنطبق على العقود بكافة أشكالها وأنواعها (المسماة وغير المسماة)، وأحكام خاصة نظم من خلالها بعض العقود لأهميتها العملية كعقد الإيجار والشركة والإيجار (ما يطلق عليه بالعقود المسماة). وموضع البيان: أن الأحكام التي يتضمنها القانون في مجال نظرية العقد باعتبارها ترسي الأسس العامة المشتركة تسري على العقود المالية كلها، مدنية كانت أم تجارية أم غير ذلك سواء أكانت هذه العقود مسماة أو غير مسماة، ما لم يقض القانون في شأن عقد معلوم بحكم معين يخصه به أو اقتضته طبيعة هذا العقد. وهو أمر بَيّن واضح، لم ير المقنن أهمية ضرورية للتصريح به، كما ورد في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري[1].

---

[1] نصت المادة (١٢٣) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على أن:
١- تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل.
٢- أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية). وهذا النص يصرح بسريان نظرية أحكام العقد (النظرية العامة لأحكام العقد)، على كافة العقود المدنية، ما لم يرد في شأن عقد معين حكم خاص به، وبسريان أحكام القانون التجاري على العقود التجارية. كما يرى الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي.

الباب الأول

تعريف العقد في القانون المدني المصري وفي نظام المعاملات المدنية
Chapter One: Definition of Contract

يشرح هذا الباب تعريف العقد في مبحثين:

المبحث الأول: تعريف العقد في القانون المدني المصري

المبحث الثاني: تعريف العقد في نظام المعاملات المدنية

المبحث الأول: تعريف العقد في القانون المدني المصري
Section One: Definition of Contract in the Egyptian Civil Code

لم ينص القانون المدني المصري على تعريف لماهية العقد وإن عرف الالتزام.

أما الفقه في مصر فقد عرف العقد على أنه: (توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله)، أو: (توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء الالتزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاءه)[1].

* فالمهم في العقد أن يتفق الطرفان على إحداث أثر قانوني. فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر، فليس هناك عقد بالمعنى القانوني من هذه الكلمة.

* **ويستفاد مما سبق أن العقد يتميز بخصيصتين أساسيتين:**

الأولى: وجود إرادتين

والثانية: أن الغرض من العقد هو إنشاء التزام.

* **كان المشروع التمهيدي للقانون المدني**: يعرف العقد في المادة ١٢٢ على أنه: (اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها). وقد حذف هذا التعريف مجاراة لسياسة تشريعية هي: تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية.

---

[1] A contract is a mutual agreement between two or more competent parties for a valuable consideration to do or not to do a particular thing.

❋ وقد عرف الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي العقد بأنه: (ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون). وهذا تعريف مستمد من الفقه الإسلامي مع شيء من التعديل.

ومن هذا التعريف يظهر أن العقد يقوم على أمرين أساسين:

١. توافق الإرادتين (أو ارتباط الإيجاب بالقبول)، وهو ما يُكَوّن الإرادة المشتركة. أي الرضاء.

٢. أن يبتغى من وراء العقد إحداث أثر يرتبه القانون. أي يتحقق بالجبر والإلزام وينطوي على جزاء تكفله السلطة العامة بالقوة عند الضرورة.

❋ **الفرق بين العقد (Contract) والاتفاق (Convention):**

الاتفاق هو: توافق إرادتين أو أكثر على:

١) إنشاء التزام

٢) أو نقله

٣) أو تعديله

٤) أو إنهاءه

فالاتفاق على إنشاء التزام مثل عقد البيع، ينشئ التزامات في جانب كل من المشتري والبائع. والاتفاق على نقل التزام مثل: الحوالة ينقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو مدين لمدين آخر.

أما العقد: أخص من الاتفاق، فهو توافق إرادتين على:

١) إنشاء التزام

٢) أو على نقله.

فكل عقد اتفاق، أما الاتفاق لا يكون عقدًا إلا إذا كان منشئًا لالتزام أو ناقلًا له.

وقد عدل القانون المدني الفرنسي عن هذه التفرقة، وأنهى حالة الجدل الأكاديمي بشأنها.

*** تعريف القانون المدني الفرنسي للعقد:**

كان يعرف العقد على أنه: (اتفاق يلتزم به شخص أو أكثر قبل آخر أو آخرين بنقل حق عيني أو بالقيام بفعل أو بالامتناع عن فعل). (م/ ١١٠١).

- وقد تغيرت هذه المادة في ١٠ فبراير ٢٠١٦ بموجب مرسوم رئيس الجمهورية الفرنسية رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، ليصبح تعريف العقد في نص المادة الجديد: (توافق إرادات شخصين أو أكثر على إنشاء التزامات، أو تعديلها، أو نقلها، أو إنهائها).

وبهذا يكون التعريف الفرنسي قد تخلى عن فكرة الاتفاق في التعريف، وما يستتبعها من جدل أكاديمي، وركز على طبيعة العقد باعتباره توافقًا للإرادات، وعلى آثاره المتمثلة في: إنشاء الالتزام، أو تعديله، أو نقله، أو إنهائه. كما أغفل التعريف الجديد التقسيم الثلاثي التقليدي للالتزامات إلى: التزام بإعطاء، أو بعمل، أو بامتناع عن عمل.

*** المبادئ التي تستهدف التوازن بين العدالة التعاقدية وسلطان الإرادة في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي:**

أرسى القانون المدني الفرنسي في تعديله الحديث في ٢٠١٦ بعد تعريفه للعقد، ثلاث مبادئ جديدة بهدف تحقيق التوازن بين العدالة التعاقدية وسلطان الإرادة. هذه المبادئ هي:

أولًا: مبدأ الحرية التعاقدية: فنصت المادة ١١٠٢ على أن: (كل شخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وفي اختيار من يتعاقد معه وفي تحديد محتوى العقد وشكله وذلك في حدود القانون. إلا أن الحرية التعاقدية لا تسمح بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام). ولم يتضمن هذا النص الجديد نصًا بعدم جواز الاتفاق على ما يخالف الآداب، واكتفى بتقرير عدم مخالفة قواعد النظام العام.

وبهذا الصدد، وبمقارنة أحكام القانون المدني المصري، نجده لا يتخلى عن رفض الاتفاق على ما يخالف النظام العام والآداب. فنص القانون المدني المصري في المادة رقم (١٣٥) على: (إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب كان باطلًا)، والمادة (١٣٦): (إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفًا للنظام العام أو الآداب، كان العقد

ثانيًا: مبدأ القوة الملزمة للعقد (العقد قانون أو شريعة المتعاقدين): فقد أكدت المادة ١١٠٣ على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فنصت على أن: (العقود التي أبرمت وفقًا لصحيح القانون تعد بمثابة القانون بالنسبة للمتعاقدين).

ويقابل هذا النص في القانون المدني المصري المادة رقم (١٤٦)، والتي تنص على أن: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون).

* **وينتج عن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) المبادئ التالية:**

١. أن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم علاقة المتعاقدين.

٢. أن كلًا من المتعاقدين يصبح ملزمًا بتنفيذ ما تعهد به بالذات.

٣. أن العاقد الذي يتأخر عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو يمتنع عن تنفيذها يسأل في ذلك مسؤولية عقدية.

٤. أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بتعديل شروطه أو الرجوع فيه.

فكما أن العقد لا ينعقد إلا بطرفيه، فلا يجوز تعديله أو الرجوع فيه إلا بتوافق طرفيه.

فوفقًا لمحكمة النقض: (مؤدى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عدم جواز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب المقررة قانونًا م١/ ١٤٧ مدني).

(الطعن رقم ١٢٦٠٧ لسنة ٩٤ق، بتاريخ ٦-٥-٢٠٢٥).

وأيضًا: (مؤدى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التزام القاضي بعبارة العقد الواضحة وعدم الانحراف عن طريق تفسيرها م١/ ١٥٠ مدني).

(الطعن رقم ١٥٥٣١ لسنة ٩٤ق، بتاريخ ٢-٢-٢٠٢٥).

غير أن لهذه القاعدة استثناءات، منها:

أ. جواز الرجوع في الهبة في بعض الحالات.

ب. أن للوكيل إنهاء عقد الوكالة، بشرط أن يكون ذلك في وقت لائق. كما يجوز للموكل عزل الوكيل قبل انتهاء المدة.

ج. للمتعاقدين في العقود غير محددة المدة إنهاءها بإعلان الرغبة في ذلك للطرف الآخر. على أن يكون ذلك في وقت لائق. فعقد العمل وعقد الإيجار وعقد الشركة إذا لم تكن لها مدة معينة جاز لأي واحد من أطراف العقد إنهائها بإعلان سائر الأطراف بذلك.

٥. أنه لا يجوز للقاضي أن يعدل مضمون العقد، بل يتعين عليه أن ينفذه كما هو.

ويلاحظ في هذا البند ورود استثناءات عليه: إذ أجاز القانون للقاضي أن يعطي المدين حسن النية مهلة للسداد، إذا كانت ظروفه تبرر ذلك. وتعتبر هذه الإجازة استثناء من قاعدة تقيد القاضي بالعقد. والاستثناء الآخر: حال حدوث حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي -وإن لم يصبح مستحيلًا- صار مرهقًا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين التزامات الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ثالثًا: مبدأ حسن النية: نصت المادة رقم ١١٠٤ على أنه: (يجب أن يتم التفاوض على العقود، وتكوينها، وتنفيذها بحسن نية. ويتعلق هذا النص بالنظام العام). وقد توسعت هذه المادة في فرضها لواجب حسن النية، ليغطي مرحلتي المفاوضات العقدية، وتكوين العقد.

ويقابلها في القانون المدني المصري المادة رقم (١٤٨) والتي تنص على أنه: (يجب أن يتم تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

المبحث الثاني:
تعريف العقد في نظام المعاملات المدنية
Section Two: Definition of Contract in the Civil Transactions Law

* لم ينص نظام المعاملات المدنية على تعريف لماهية العقد.

* **في اللغة** لفظ العقد أصله: (الربط المحكم)، ثم اتسع مدلوله فشمل في اصطلاح الفقهاء: العهد الذي يأخذ الإنسان على نفسه احترامه. وقد أدى الأصل اللغوي إلى إطلاق فقهاء الشريعة لفظ العقد على كل ما من شأنه أن يرتب أثرًا شرعيًا، ليس فقط في حالة قيام هذا التصرف على إرادتين (وهو مجال العقد الوحيد لاصطلاح العقد في القانون المعاصر) بل أيضًا في الحالة التي تقوم على إرادة واحدة. وهكذا أضفى الفقه الإسلامي مصطلح العقد لا على البيع والإيجار أو القسمة أو الشركة وغيرها فقط، ولكن: على الوصية والطلاق والإبراء من الدين وهي تصرفات تقوم على إرادة واحدة. أي: (تنعقد بالإيجاب وحده) دون لزوم أن يلحقه قبول.

= ويمكن تعريف العقد في **نظام المعاملات المدنية** من خلال المادة رقم (٣١) من النظام التي تعد بمثابة تمهيد لبدء الكلام عن العقد، والتي نصت على أن: (ينشأ العقد بارتباط الإيجاب والقبول لإحداث أثر نظامي، مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاع معينة لانعقاد العقد).

فالعقد: ارتباط الإيجاب والقبول لإحداث أثر نظامي، مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

❊ **ملاحظات على تعريف العقد في ضوء أحكام نظام المعاملات المدنية:**

أ) التركّيز على لحظة نشأة العقد بارتباط الإيجاب بالقبول بقصد إحداث أثر نظامي في حين أن القانون المدني المصري يعبر عن نفس الفكرة بصياغة مختلفة إذ يجعله قائماً على توافق الإرادتين وتبادل التعبير عنهما. فنظام المعاملات المدنية أقرب في صياغته إلى المنهج الفقهي الذي يعوّل على الإرادة الظاهرة المعبر عنها بالإيجاب والقبول ضماناً لاستقرار التعامل بينما اختار القانون المصري حلاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فجعل الأصل هو الإرادة الباطنة ولا يعدل عنها إلى الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار المعاملات ذلك كما أوضح المشروع التمهيدي للقانون المدني.

ب) تكشف المادة (٣١) من نظام المعاملات المدنية كذلك عن طابعها التجريدي إذ لم تذكر من غايات العقد سوى عبارة عامة هي "إحداث أثر نظامي"، دون أن تُفصّل كما فعل القانون المدني المصري الذي نص صراحة على إنشاء الالتزام أو نقله أو إنهائه. وهذا الاختصار يتوافق مع أسلوب الصياغة الفقهية الذي يغلب عليه التجريد، وهو ما ينعكس في مؤلفات معاصرة ذات صلة.

❊ **فتعريف العقد من خلال المادة السابقة في النظام مقارب لما قرره كل من:**

١) **صاحب مرشد الحيران محمد قدري باشا -رحمه الله- في المادة (٢٦٢) عندما عرف العقد بأنه**: (عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر).

٢) **وما قرره صاحب (مجلة الأحكام الشرعية)، الشيخ أحمد القاري -رحمه الله- في المادة (١٦٢) من أن:** (العقد هو المعاملة التي يلتزمها الطرفان بربط الإيجاب بالقبول).

٣) **وما قررته مجلة الأحكام العدلية في تعريفها للعقد بأنه:** (التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرًا، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول)، (م/ ١٠٣).

❋ ويُستفاد مما سبق أن نظام المعاملات المدنية عرّف العقد من زاوية ارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي، في حين صاغ القانون المدني المصري نفس المعنى بعبارة تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين. ومن ثم فإن جوهر الحكم متقارب في النظامين وإن اختلفا في الأسلوب والعبارات.

= ويتضح الفرق المقصود بجلاء بقراءة ما قرره الشيخ مصطفى الزرقا عند موازنته بين التعريف الفقهي والقانوني إذ ذكر أن: العقد في نظر فقهائنا ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه، بل الارتباط الذي يعتبره الشرع حاصلًا بهذا الاتفاق. فإن كان التعريف القانوني يعرف العقد بواقعته المادية وهي: اتفاق الإرادتين، فالتعريف الفقهي يعرفه بحسب واقعته الشرعية، وهي: الارتباط الاعتباري. وهذا هو الأصح لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعي الذي عليه المعوَّل في النظر الحقوقي.

وقد امتاز التعريف الفقهي في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الأداة العنصرية المكونة للعقد. أي: الأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع، وهي: الإيجاب والقبول. فاتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف وجوده، وإنما الذي يكشف عنه هو الإيجاب والقبول اللذان يعتبران عناصر العقد الظاهرة بما فيهما من إعراب عن تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى وتلاقيهما وفاقًا.

الباب الثاني

الفرق بين العقد المدني والتجاري

Chapter Two: Distinction Between Civil and Commercial Contracts

يشرح هذا الباب التفرقة بين العقد المدني والتجاري في النقاط التالية:

تمهيد: تعريف العقد التجاري

المبحث الأول: العقود التجارية في القانون التجاري المصري

المبحث الثاني: العقود التجارية في نظام المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية

تمهيد: تعريف العقد التجاري

Introduction: Definition of Commercial Contract

يعرف العقد التجاري بأنه: الذي ينشئ في ذمة أحد المتعاقدين أو كليهما التزامًا تجاريًا. ويساعد في فهم أحكام العقود التجارية معرفة طبيعة الأحكام المخصصة للعقود في كل من القانون التجاري والقانون المدني والتفرقة بين كل قانون وموضعه من الآخر. فالقانون التجاري: أحد فروع القانون الخاص شأنه شأن القانون المدني. على أن القانون المدني هو: الشريعة العامة للمعاملات Droit Commun فهو الأساس في تنظيم كافة العلاقات بين مختلف الأفراد دون تمييز بين نوع التصرف أو صفة القائم به. فالقانون التجاري: ينظم فقط علاقات معينة هي العلاقات التجارية ونشاط طائفة التجار.

وسبب استثناء المعاملات التجارية من القانون المدني وإفراد طائفتها بمجموعة أحكام: حاجة الناس للسرعة في التعامل والثقة وما يتعلق بذلك من أحكام وهو ما لا يصلح لتطبيقه بين الأشخاص العادية في معاملاتها، لذلك ظهر القانون التجاري ليلبي هذه الحاجة العملية كاستثناء من أصل عام يجب الرجوع إليه في كل حالة لا يحكمها اتفاق اتفاق بين الطرفين، أو نص خاص، أو قواعد للعرف التجاري والعادات التجارية.

ومما يصعب من عملية التمييز بين العقود التجارية والمدنية: غياب نظرية عامة للعقود التجارية على غرار النظرية الواردة للعقود المدنية في القانون المدني، ما يجعل جميع العقود خاضعة للنظرية العامة للالتزامات المقررة في القانون المدني بغير تفرقة بين العقود التي يكون موضوعها تجاريًا أو مدنيًا. فالعقد ينشأ في ظل القواعد العامة للقانون المدني، ويظل خاضعًا لها فيما يتعلق بشروط الانعقاد والصحة وأسباب الانقضاء وتترتب فوق ذلك الآثار الخاصة التي يستلزمها الجو التجاري الخاص. على أن النصوص التشريعية والعملية قررت وجود فرق وتمايز بين العقود المدنية والتجارية نظرًا للاستثناء الحاصل للقواعد التجارية من قواعد القانون المدني.

ويبقى السؤال: ما معيار التمييز بين العقود المدنية والتجارية؟ وإجابة هذا السؤال تثير نفس الإشكالية الجذرية الواردة بين القانون التجاري والمدني وهي: ما الفرق بين الأعمال التجارية والمدنية؟ لذلك جواب هذا السؤال نفسه جواب سؤال معيار التمييز بين العقد التجاري والمدني. فالعقد مدني حتى يكتسب الصفة التجارية إذا انطبقت عليه أحد المعايير التي وضعها المشرع لتجارية العمل ويسمى هذا بنظرية (الأعمال التجارية). على أن يبقى نفس العقد مدنيًا بالنسبة للطرف المقابل في العقد إن كان غير تاجر. كل ذلك وفق الأوضاع المقررة في قانون التجارة.

وقد قضت محكمة النقض في أبو ظبي حديثًا أن: (مناط التفرقة بين الشركة المدنية والشركة التجارية الشكل الذي تتخذه الشركة والنشاط الذي تباشره وطبيعة العمل الرئيسي الذي تقوم به والغرض الذي تسعى إلى تحقيقه حسبما حددته في عقد تأسيسها، فتكون شركة تجارية إذا باشرت نشاطًا تجاريًا مما يدخل في الأعمال التجارية المشار إليها في المواد ٤و٥و٦و٧ من قانون المعاملات التجارية. وتكون الشركة مدنية إذا لم تتخذ أحد الأشكال المشار إليها في قانون الشركات التجارية أو كان الغرض أو النشاط الذي أنشأت من أجله مدنيًا لا يدخل في أعمال التجارة المذكورة على سبيل الحصر في المواد سالفة البيان. كما أن الشركات التجارية لا تخضع لأحكام القانون المدني وإنما تسري قواعده فحسب على الشركات المدنية إلا إذا لم يوجد نص في القانون التجاري يحكم المسألة المثار بشأنها النزاع).

(الحكم رقم ٨٤٤ لسنة ٢٠٢٥، بتاريخ ٨-٩-٢٠٢٥)

المبحث الأول

العقود التجارية في القانون التجاري المصري

Section One: Commercial Contracts in the Egyptian Commercial Law

❋ **يكون العقد تجاريًا في ضوء أحكام قانون التجارة المصري متى:**

١) كان محله عملًا تجاريًا

٢) أو إذا قام به التاجر لحاجات تجارته

٣) أو إذا كان محل العقد عملًا من أعمال المضاربة حتى ولو كان القائم بها غير تاجر

٤) أو إذا كان العقد محله عملًا أو مرتبطًا أو مسهلًا لعملٍ تجاري.

❋ **الخصائص التي تمتاز بها العقود التجارية:**

١) أنها رضائية

٢) وأنها عقود معاوضات

٣) وأنها في الغالب ترد على المنقولات.

❋ وقد أشار الفقه إلى **قواعد خاصة بالعقود التجارية** تستند بصفة عامة إلى ما يقتضيه الجو التجاري الخاص عند إنشاء هذه العقود أو تنفيذها. هذه القواعد هي:

أ) الحرية في تكوين العقد

ب) والسرعة في تحويل الحقوق والالتزامات الناشئة

ج) وسهولة الإثبات

د) والقسوة في اقتضاء التنفيذ.

❋ **أمثلة العقود التجارية في قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩:**

نظم قانون التجارة المصري العقود التجارية في الباب الثاني منه أصنافًا من العقود التجارية، فعالج عقود نقل التكنولوجيا والبيع التجاري والتوريد والرهن التجاري والإيداع في المستودعات العامة والوكالات التجارية والنقل، وذلك في سبع فصول على التوالي.

❋ **نطاق سريان أحكام القانون المدني على العقود التجارية:**
وفقًا لنص المادة الثانية من قانون التجارة المصري:

١. تسري على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجاري والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجاري أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدني.

٢. لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين، أو قواعد العرف التجاري أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام في مصر.

❋ وبينت المادة الثالثة من القانون حالة خاصة بالعقد التجاري إذا كان أحد أطرافه تاجرًا والآخر ليس بتاجر، فقررت: أنه لا تسري أحكام القانون التجاري إلا على التزامات هذا الطرف وحده -أي: الطرف الذي يكون العقد تجاريًا بالنسبة له-، وتسري على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك.

المبحث الثاني:

العقود التجارية في نظام المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية

Section Two: Commercial Contracts in the Saudi Commercial Courts System

❋ **كان نظام المحكمة التجارية (النظام التجاري) لعام ١٣٥٠هـ ينص على أن:** يكون العقد تجاريًا متى تعلق بأحد الأمور التالية:

أ- كل شراء بضاعة أو أغلال من مأكولات وغيرها لأجل بيعها بحالها أو بعد صناعة وعمل فيها.

ب- كل مقاولة أو تعهد بتوريد أشياء أو عمل يتعلق بالتجارة بالعمولة أو النقل برا أو بحرا أو يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية ومحلات البيع بالمزايدة يعني الحراج.

ج- كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها أو بالصرافة والدلالة (السمسرة).

د- جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارف والوكلاء بأنواعهم، وجميع المقاولات المتعلقة بإنشاء مبان ونحوها.

❋ **أما نظام المحاكم التجارية الحالي، الصادر بالمرسوم الملكي م/ ٩٣ وتاريخ ١٥-٠٨-١٤٤١هـ فينص على أن:**

(تختص المحكمة بالنظر في الآتي:

١- المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية.

٢- الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على مئة ألف ريال. وللمجلس عند الاقتضاء زيادة هذه القيمة).

❋ **أما اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية الصادرة بقرار وزير العدل رقم ٨٣٤٤ وتاريخ ٢٦-١٠-١٤٤١ هـ نصت على أن:** (تختص المحاكم التجارية في الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على خمسمائة ألف ريال).

❋ **ويستفاد مما سبق أن:** نظام المحكمة التجارية حدد اختصاص المحكمة بنظر المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية الأصلية أو التبعية والدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية دون بيان ماهية الأعمال التجارية الأصلية أو التبعية أو العقود التجارية وهو ما لم تقرره اللائحة التنفيذية أيضًا، ويستفاد كل ذلك من الكتابات الفقهية وأحكام القضاء.

❋ وقد حاول المنظم تدارك الأمر من خلال إصدار نظام جديد تحت اسم (المعاملات التجارية) الذي عرض لاستطلاع العموم في عام ٢٠٢١م ولم يصدر بعد ونص فيه في مادة العقود التجارية على أن: (لا تسري أحكام هذا الفصل إلا على البيوع التي يعقدها التجار فيما بينهم لشؤون تتعلق بأعمالهم التجارية، كما لا تسري تلك الأحكام إلا إذا كان البدل المقابل للمبيع نقدًا أو كان مكونًا من عناصر نقدية وأخرى غير نقدية على أن تكون قيمة العناصر النقدية أكبر من قيمة العناصر الأخرى، ما لم يتفق على خلاف ذلك.)

❊ **ومن أحكام القضاء الحديثة بهذا الصدد:**

أ) حكم المحكمة التجارية في الرياض في القضية رقم ٤٦٣٠٤٢٦٧٦٧ لسنة ١٤٤٦هـ: (الثابت للدائرة بأن العقد المبرم بين الطرفين ليس من ضمن العقود أو الأعمال التجارية الأصلية أو التبعية لصالح المدعي مما يتبين للدائرة كون الدعوى في حقيقتها إنما هي ناشئة عن مطالبة من فرد ضد تاجر، وبما أن الثابت للدائرة بأن حقيقة التعاقد بين الطرفين يعتبر من قبيل الأعمال المدنية، مما لا يأخذ معه هذا العقد وصف العقود التجارية بضوابطها المقررة نظاما وبناء على ذلك فإن هذا النزاع القائم بين الطرفين لا يعد نزاعا تجاريا وإنما هو من قبيل المطالبات المالية ؛وبما أن الدائرة ترى أن هذه الدعوى قد انتفى عنها الوصف التجاري).

ب) حكم المحكمة التجارية في الرياض، في القضية رقم ٤٦٣٠٣٤٧٩٣٥ لسنة ١٤٤٦هـ: (وحيث تبين للدائرة أن العمل المدعى به مهني ولا تكتسب المدعية بهذا العمل صفة التاجر، مما تخرج معه الدعوى عن اختصاص المحكمة التجارية، ولا تندرج هذه الدعوى ضمن الفقرة الثانية من المادة (١٦) من نظام المحاكم التجارية، والمادة (٣١) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية؛ لكون مبلغ المطالبة أقل من (٥٠٠,٠٠٠) ريال).

ج) حكم المحكمة التجارية في مكة المكرمة في القضية رقم ٤٦٣٠٢٧٤٥٧٧ لسنة ١٤٤٦هـ: (وبما أن الدائرة وهي بصدد تكييف الدعوى وبعد اطلاعها على اللائحة، ظهر لها أن نشاط المدعية في تقديم خدمات الإعاشة، وهذا لا يعد من الأنشطة والأعمال التجارية وإن أخذت مسمى شركة ولها سجل تجاري، بل هي من الأنشطة المدنية المهنية، وهو المستقر عليه في القضاء التجاري، وبما أن المدعية على هذا النحو لا تكتسب صفة التاجر، كما ينضم إلى ذلك أصالة أن المدعى عليه لم يكتسب صفة التاجر، وقد نصت المادة (٣١) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية على أن: (تختص المحاكم التجارية في الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على خمسمائة ألف ريال)، وبما أن مبلغ المطالبة الأصلي في هذه الدعوى لا يصل للمبلغ المقدر في اللائحة المشار إليها آنفا مع عدم وصف المدعى عليه بالتاجر، فإن الدائرة تحكم بعدم اختصاص المحكمة التجارية نوعيا بنظر هذه الدعوى عن اختصاص وينعقد اختصاص نظرها للمحكمة العامة بما لها من الولاية العامة المبينة في المادة (٣١) من نظام المرافعات الشرعية).

د) حكم المحكمة التجارية في الرياض في القضية رقم ٤٦٣٠٣٢٩١٥٠ لسنة ١٤٤٥هـ: (وأما الدفع بعدم الاختصاص لكون العقد تأجير عمالة فإن الدائرة لا ترى بأن تأجير العمالة يخرج العقد التجاري عن صفته كون العقد بين تاجرين ولمصلحة أعمالهم التجارية مما تنتهي معه المحكمة للحكم الوارد بمنطوقه).

❋ **من أمثلة العقود التجارية في نظام المحكمة التجارية (النظام التجاري) لعام ١٣٥٠هـ:**

١) عقود مقاولات الاستقراضات البحرية
٢) عقد مقاولة الركاب.

= وقد خلا نظام المحكمة التجارية من أمثلة للعقود التجارية.

ولم يصدر تشريع يحدد أمثلة عليها.

❋ **وفقًا لأحكام القضاء التي أسلفناها الصادرة في ضوء نظام المحاكم التجارية الحالي الصادر بالمرسوم الملكي م/ ٩٣ وتاريخ ١٥-٠٨-١٤٤١هـ فيعتبر من العقود التجارية:** عقد تأجير العمالة.

❋ **أما مشروع نظام المعاملات التجارية الذي لم يصدر بعد، فنص على أشكال للعقود التجارية منها:**

١) عقد التوريد
٢) عقد وكالة العقود
٣) عقد التوزيع
٤) عقد الوكالة بالعمولة.

❋ **نطاق سريان أحكام نظام المعاملات المدنية على العقود التجارية:**

نصت المادة الخامسة من قانون إصدار نظام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي م/ ١٩١ وتاريخ ٢٩-١١-١٤٤٤هـ، على أن:

(تسري أحكام نظام المعاملات المدنية وما ورد في البند خامسًا من هذا المرسوم على المعاملات التجارية؛ بما لا يخالف طبيعة المعاملة التجارية، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في الأنظمة التجارية).

❊ ويرى شراح النظام التجاري في المملكة نفس الحكم الذي قرره قانون التجارة المصري من انطباق أحكام قانون التجارة على من ثبتت له هذه الصفة باعتبار عملهوعدم انطباقه على الطرف الآخر إن كان مدنيًا ويطبق عليه أحكام القانون المدني.

فقد (استقر الرأي لدى شراح النظام السعودي على أنه يكفي أن يكون أحد طرفي العقد تاجرًا ليكون العمل تجاريًا بالتبعية بالنسبة له، وعملًا مدنيًا بالنسبة للطرف الآخر. وعليه إذا تعاقد تاجر مع أحد الأشخاص على شراء سيارته المستعملة لتخصيصها لنقل وتوزيع بضائعه، فهذا الشراء يعتبر تجاريًا بالنسبة للتاجر، وعملًا مدنيًا بالنسبة للشخص الآخر). كما قرر الدكتور/ زهير عباس، والدكتور/ أحمد صالح في مؤلفيهما: (المدخل إلى النظام التجاري السعودي).

- **وقد فرقت محكمة النقض بين:**

(**الأعمال التجارية بطبيعتها**: التي تعتبر هكذا دون الاعتداد بصفة القائم أو وقوعها منفردة، وفق المادة ٤ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

والأعمال التجارية المنصوص عليها في المادة الخامسة من قانون التجارة: للاشتراط في الأخيرة أن يجري ممارستها على وجه الاحتراف حتى تكتسب الصفة التجارية.

ومنها: مقاولات تشييد العقارات أو ترميمها أو تعديلها أو هدمها أو طلائها).

(الطعن رقم ٢٠٥١٠ لسنة ٨٨ق، بتاريخ ٨-٦-٢٠٢٣).

كما قررت المحكمة أيضًا: (الأعمال التجارية. خضوعها لاتفاق الطرفين. عدم وجود مثل هذا الاتفاق. مؤداه. الاحتكام إلى القوانين الخاصة ثم العرف ثم القانون المدني).

(الطعن رقم ٩٢٩٦ لسنة ٨٨ق، بتاريخ ١٤-١٢-٢٠٢٣).

الباب الثالث

أقسام العقود
Chapter Three: Types of Contracts

لم يتعرض القانون المدني المصري ولا نظام المعاملات المدنية لتقسيمات العقود إلا في موضع واحد وهو: تقسيمها إلى عقود مسماة وغير مسماة ما بررته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بقولها: (تعمد المشروع إغفال تقسيمات العقود التي توجد في أكثر التقنينات اللاتينية النزعة، لأن العناية بها من شأن الفقه. ولذلك رؤي من الأحوط أن تهمل في النصوص التشريعية).

– فتقسيم العقود عمل فقهي أساسًا، يعنى به الشراح كوسيلة للتأصيل ولاستخلاص المبادئ العامة التي تحكم كل قسم أو طائفة من العقود وتسهيلًا لمهمة القارئين والدارسين ولذلك فإن بعض التشريعات ومنها التشريع المصري ونظام المعاملات المدنية لا تتضمن ذكرًا لتقسيمات العقود خلافًا لتشريعات أخرى مثل القانون المدني الفرنسي الذي ذكر ٧ تقسيمات في ثناياه.

يتناول هذا الباب شرح أقسام العقود في النقاط التالية:

المبحث الأول: أقسام العقود في القانون الفرنسي
المبحث الثاني: أقسام العقود في القانون المدني المصري ونظام المعاملات المدنية
المبحث الثالث: التفرقة بين العقود البسيطة والمختلطة

❋ وقبل بدء الكلام في المباحث المشار إليها يمكن تقسيم العقود –من الناحية الفقهية القانونية– إلى عدة تقسيمات حسب وجهات النظر المختلفة:

أساس التقسيم	نوع العقد
من حيث التكوين	قد يكون العقد رضائيًا (Consensual contract)، أو شكليًا (Formal contract)، أو عينيًا (Real contract).
من حيث الموضوع	إما أن يكون عقدًا مسمى (Nominate contract)، أو غير مسمى (In-nominate Contract).
من حيث الأثر	إما أن يكون عقدًا ملزمًا للجانبين (Bilateral contract)، أو ملزمًا لجانب واحد (Unilateral contract). = وإما أن يكون عقد معاوضة (Commutative contract) أو عقد تبرع (Gratuitous contract).
من حيث الطبيعة	إما أن يكون عقدًا محددًا (Commutative contract)، أو عقدًا احتماليًا (Aleatory contract). = وإما أن يكون عقدًا فوريًا (Instant contract)، أو عقدًا زمنيًا (contract of successive performance).

المبحث الاول:

أقسام العقود في القانون الفرنسي

Section One: Types of Contracts in French Law

أورد القانون المدني الفرنسي بعض التعريفات لتقسيمات العقود استوحى بعضها من التقنين المدني الحالي قبل التعديل وأضاف التعديل الجديد الصادر في عام ٢٠١٦ تعريفات لأنواع نشأت في العمل مثل: العقد الإطاري أو عقد الإذعان.

❋ **التقسيمات التي قررها القانون المدني الفرنسي لأنواع العقود على النحو المرفق في الجدول التالي:**

تقسيم القانون المدني الفرنسي للعقود

١	**عقود تبادلية (ملزمة للجانبين)، وملزمة لجانب واحد:** (يكون العقد تبادليًا (ملزمًا للجانبين)، عندما يكون كل من المتعاقدين ملتزمًا بدوره تجاه باقي المتعاقدين. ويكون العقد ملزمًا لجانب واحد عندما يكون أحد أطرافه أو بعضهم ملتزمًا تجاه أحد الأطراف أو بعضهم دون أن يكون هناك التزام مقابل). (م/ ١١٠٦).
٢	**عقود معاوضة وعقود تبرعات:** (يكون العقد من عقود المعاوضة عندما يحصل كل الأطراف من الآخر على ميزة (فائدة ما) مقابل ما أعطاه له. ويكون من عقود التبرعات عندما يعطي أحد أطرافه للطرف الآخر ميزة (فائدة ما) دون أن يحصل على مقابل). (م/ ١١٠٧).
٣	**عقود محددة وعقود احتمالية:** (يكون العقد محددًا عندما يلتزم كل من الأطراف بأن يقدم للآخر ميزة (فائدة) يراها مقابلًا لتلك التي حصل عليها. ويكون العقد احتماليًا عندما يقبل الأطراف أن تعتمد آثار العقد، فيما يتعلق بما ينتج عنه من مزايا أو أعباء، على حدثٍ غير مؤكد). (م/ ١١٠٨).
٤	**عقود رضائية وشكلية وعينية:** (يكون العقد رضائيًا عندما ينعقد بمجرد الرضا المتبادل لأطرافه أيًا كانت طريقة التعبير عنه. ويكون العقد شكليًا عندما يشترط لصحته توافر شكل يحدده القانون. ويكون العقد عينيًا عندما يشترط لانعقاده تسليم شيء معين). (م/ ١١٠٩).
٥	**عقود مساومة وعقود إذعان:** (عقد المساومة هو العقد الذي يتمتع أطرافه بحرية التفاوض على شروطه. أما عقد الإذعان فهو العقد الذي ينفرد أحد أطرافه مقدمًا بوضع شروطه العامة التي لا تقبل المفاوضة). (م/ ١١١٠).
٦	**عقود إطارية وعقود تطبيق:** (العقد الإطاري هو اتفاق يتفق فيه الأطراف على الصفات (الشروط) العامة لعلاقاتهم العقدية المستقبلية. أما عقود التطبيق فهي العقود التي تحدد كيفية تنفيذ هذا الاتفاق الإطاري). (م/ ١١١١).
٧	**عقود فورية وعقود زمنية:** (العقد ذو التنفيذ الفوري "العقد الفوري" هو الذي يمكن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه من خلال أداء واحد. أما العقد ذو التنفيذ المتعاقب (أو المتتابع) (العقد الزمني) فهو العقد الذي تنفذ فيه التزامات أحد أطرافه على الأقل من خلال عدة أداءات على مراحل زمنية متتابعة). (م/ ١١١١-١).

المبحث الثاني:

أقسام العقود في القانون المدني المصري ونظام المعاملات المدنية

Section Two: Types of Contracts in the Egyptian Civil Code and the Civil Transactions Law

أقسام العقود

في القانون المدني المصري	في نظام المعاملات المدنية
❋ لم ترد سوى تقسيمة واحدة وهي: العقود المسماة وغير المسماة. ❋ ومع ذلك وردت مصطلحات في القانون تشير إلى تقسيمات أخرى مثل: العقود الملزمة للجانبين (م/ ١٦١). - ويستفاد من ذلك أن القانون يقر بوجود نوع آخر يقابل العقود الملزمة للجانبين، هو: العقود الملزمة لجانبٍ واحد.	لم ترد سوى تقسيمة واحدة وهي: العقود المسماة وغير المسماة. ❋ ومع ذلك وردت مصطلحات في النظام تشير إلى تقسيمات أخرى مثل: العقود الملزمة للجانبين (م/ ١١٤) والعقود الزمنية (م/ ١١١).

أولًا: العقود المسماة

تعريفها: ما خصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم.
عددها: في القانون المدني المصري ٢١ عقد و١٨ عقد في نظام المعاملات المدنية.

تنقسم العقود المسماة:

في القانون المدني المصري in the Egyptian Civil Code	في نظام المعاملات المدنية in the Civil Transactions Law
١. عقود ترد على الملكية: وهي عقود: البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح. **٢. عقود ترد على المنفعة وهي:** عقود الإيجار وعارية الاستعمال. **٣. عقود ترد على العمل وهي:** عقود المقاولة وعقود التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الوديعة وعقد الحراسة. **٤. عقود الغرر وهي:** عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة والتأمين. **وأخيرًا: عقود التأمينات الشخصية والعينية وهي:** الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحيازة.	**١. عقود ترد على الملكية وهي عقود:** البيع والمقايضة والهبة والقرض والصلح والمسابقة. **٢. عقود ترد على المنفعة وهي عقود:** الإيجار والإعارة. **٣. عقود ترد على العمل وهي عقود:** المقاولة وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الإيداع وعقد الحراسة. **٤. ما يرد على المشاركة وهي عقود:** الشركة والمضاربة وعقد المشاركة في الناتج. **٥. ما يرد على الكفالة والتأمين وهي عقود:** الكفالة والتأمين.
طبيعة الأحكام المنظمة للعقود المسماة: الأصل في الأحكام التي تنظم العقود المسماة في القانون المدني أنها مقررة أو مفسرة لإرادة العاقدين فيجوز الاتفاق على ما يخالفها إلا ما كان منها متعلقًا بالنظام العام. والفائدة العملية من هذا: تسهيل التعاقد- من حيث إن تقرير هذه الأحكام للعقود المسماة يغني العاقدين -كلما أرادوا إبرام عقد معين من المفاوضة في تنظيم كل جزئية، كما تغنيهم عن الاتفاق سلفًا على حلول مفصلة لجميع المسائل. إذ يكفي أن يحيل العاقدان في شأن ذلك كله صراحة إلى أو ضمنًا إلى الأحكام التي قررها القانون فتصبح هذه الأحكام سارية عليهم في تنظيم هذا التعاقد. فإذا تعلق الأمر بعقد هبة مثلًا طبقت عليه أحكام المادة ٥٠٠ من القانون المدني التي تجيز للواهب أن يرجع في هبته بترخيص من القضاء متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول. ولا تطبق عليه القاعدة العامة في المادة ١٤٧ والتي تقرر أن: (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين).	**اختلافات نظام المعاملات المدنية عن القانون المدني المصري في أشكال العقود المسماة:** أ) نقل عقد الشركة من العقود الواردة على الملكية إلى قسم خاص بها تحت اسم (المشاركة) يجاوره فيها: عقد المضاربة وعقد المشاركة في الناتج. ب) إضافة عقد المسابقة إلى العقود الواردة على الملكية. ج) إزالة عقد التزام المرافق العامة من عقود العمل. ر) إضافة قسم جديد لعقود المشاركة يتضمن: عقد الشركة والمضاربة وعقد المشاركة في الناتج. س) حذف قسم عقود الغرر الذي يتضمن عقود المقامرة الرهان والمرتب مدى الحياة والتأمين. ونقل عقد التأمين إلى قسم عقود الكفالة والتأمين والذي يشمل عقدي الكفالة والتأمين فقط.

ثانيًا: العقود غير المسماة

تعريفها: ما لم يخصه القانون باسم معين من العقود ولم يتول تنظيمه فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة، فنظرًا لقلة شيوعها لم يفصل المقنن أحكامها اكتفاءً منه بتطبيق القواعد العامة.

في القانون المدني المصري in the Egyptian Civil Code	في نظام المعاملات المدنية in the Civil Transactions Law
* ليس في الإمكان حصر العقود غير المسماة لأن الالتزامات أو الحقوق الشخصية لا حصر لها، ولأن مبدأ سلطان الإرادة يسمح للأفراد أن ينشئوا ما يشاؤون من التزامات وأن يبرموا ما يريدون من عقود. * **من أمثلة العقود غير المسماة:** العقود التي تشتمل على التصرف في الشيء عن الطريق الالتزام بالإطعام والإيواء. وكذلك عقد حوالة العملاء وعقد التعليم وعقد العلاج. * **تخضع العقود غير المسماة في أحكامها إذًا إلى:** ١) القواعد العامة للعقود ٢) للأحكام الواردة للعقود المسماة التي تستنج عن طريق القياس؛ فباستخدام المقارنة يمكن للقاضي معرفة ما قد يشابه من أحكام للعقد غير المسمى من أحكام وردت للعقد المسمى وذلك من أقرب العقود إليه شبهًا وطبيعة. * ويرى الفقه أن القواعد العامة للعقود قد لا تكفي في بعض الحالات للإحاطة بجميع نواحي العقد غير المسمى، وأن من المسلم في هذه الحالات جواز الرجوع إلى القواعد الخاصة بعقد مسمى معين وتطبيق ما يمكن تطبيقه منها على العقد غير المسمى عن طريق القياس، أي: عن طريق مقارنة العقد غير المسمى بعقد مسمى وتبين أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بينهما واستخلاص القواعد التي تناسب العقد غير المسمى مما نص عليه القانون المدني بشأن العقد المسمى. وقد أشارت بعض التشريعات صراحةً إلى الالتجاء لهذه الوسيلة لتحديد القواعد التي تسري على العقود غير المسماة، مثل: قانون الموجبات والعقود اللبناني. (م/ ١٧٥-٣).	* العقود غير المسماة كثيرة لا تنحصر لأنها تتنوع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة ويجمعها اسم (العقد) أو (الاتفاق). وقد نشأ في الفقه الإسلامي الكثير من العقود في عصور مختلفة وسماها الفقهاء بأسماء خاصة وقرروا لها أحكامًا فأصبحت عقودًا مسماة كبيع الوفاء وعقد (الإجارتين) و(التحكير) في الأموال الموقوفة وكبيع (الاستجرار) الذي يعتبر فرعًا من البيع وهو من قبيل ما يسمى اليوم (الحساب الجاري). وقد تبقى بعض العقود زمنًا بلا أسماء إلى أن يصطلح لها على اسم. = والشريعة الإسلامية لم تحصر التعاقد في موضوعات معينة، تمنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى. فالقاعدة في ذلك: أنه ما ليس بمحظور فهو جائز. فليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع العقود أو تقييد موضوعاتها، إلا بأن تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشروط العامة في التعاقد. والمبدأ العام في هذا الشأن قوله -سبحانه وتعالى-: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود). وقول سيدنا رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (المؤمنون عند شروطهم). ومؤدى ذلك أن كل مسلم يلتزم باحترام الشرط الذي يقطعه على نفسه طالما كان غير مخالفٍ للدين. وواضح أن الحديث ورد هنا مطلقًا عامًا فلا يسوغ قصره على مجالٍ دون آخر أو على عقدٍ دون آخر. فالمطلق يجرى على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصًا أو دلالة. (م/ ٦٤ من المجلة). وهذا ما استقر عليه النظر القانوني الحديث، ويتجسد في مبدأ (سلطان الإرادة) في التعاقد.

في القانون المدني المصري in the Egyptian Civil Code	في نظام المعاملات المدنية in the Civil Transactions Law
هل ورد نص في القانون المدني المصري بسريان أحكام القواعد العامة في العقود على كلًا من العقود المسماة وغير المسماة؟ * كان المشروع التمهيدي من القانون المدني المصري يشير إلى سريان الأحكام المشار إليها على كلًا من: العقود المسماة وغير المسماة فنص في المادة (١٢٣) على التالي: (١- تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل. ٢- أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية). وعللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ذلك بقولها: (لم يقصد بذلك ترك يد الفقه والقضاء طليقة في تمييز أنواع أو أنماط مختلفة من العقود فحسب، بل أريد به بوجه خاص تقرير المبدأ الأساسي الذي يقضي بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسري على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة، وغني عن البيان أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوي على استثناء من القواعد العامة. ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعًا. دون تفريق بين العقود المسماة وغير المسماة، ما لم يرد نص خاصة بشأن الاستثناء). * غير أنه لما تليت المادة (١٢٣) من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها فوافقت اللجنة على ذلك. وقد أغفل المشروع النهائي هذا النص لأنه يقرر حكمًا ظاهرًا لا حاجة فيه إلى نص.	**هل ورد نص في نظام المعاملات المدنية بسريان أحكام القواعد العامة في العقود على كلًا من العقود المسماة وغير المسماة؟** * خلافًا للقانون المدني المصري الذي لم ينص على عموم تطبيق أحكام العقود على المسمى منها وغير المسمى دون المساس بالعقود التي تنظم أحكامها نصوص خاصة فقد نصت المادة رقم (٣٠) من نظام المعاملات المدنية -وهي المادة الأولى في الفصل الأول المعنون باسم العقد- على نفس الحكم الوارد في مشروع القانون المدني المصري المحذوف وهو: (تطبق الأحكام الواردة في هذا الفصل على العقود المسماة وغير المسماة، وذلك دون إخلال بالأحكام الواردة في النصوص النظامية التي تنظم عقودًا ذات طبيعة خاصة). * أما القانون المدني الفرنسي في تعديله الجديد لسنة ٢٠١٦ فقد نص على أن: (تخضع العقود، سواء كان لها اسم خاص أم لا، للقواعد العامة المنصوص عليها في هذا الباب الفرعي. (أي: الباب الفرعي المخصص للعقد). أما القواعد الخاصة المتعلقة ببعض العقود فتوجد ضمن الأحكام المتعلقة بكل منها. وتطبق القواعد العامة فيما لا يتعارض مع هذه القواعد الخاصة). (م/ ١١٠٥).

المبحث الثالث:

التفرقة بين العقود البسيطة والمختلطة

Section Three: Distinction Between Simple and Mixed Contracts

من الأهمية بمكان وقبل الانتقال للكلام عن النقاط الأساسية في العقود الإشارة إلى أحد أشكال العقود المهمة في الواقع العملي والتي لا تحظى باهتمام كاف وهي: العقود البسيطة والعقود المختلطة.

العقد البسيط	العقد المختلط
أ. تعريفه: هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجًا من عقودٍ متعددة. وقد يكون عقدًا مسمى كالبيع والإيجار، كما يمكن أن يكون عقدًا غير مسمى كعقود شراء وحدات سكنية في المجتمعات العمرانية الجديدة والتي قد تتضمن إلزام المطور العقاري بتأجير الوحدات للغير في نفس العقد. **ب. الآلية العملية لمعرفة نوع العقد والأحكام التي تطبق بصدده (تكييف العقود):** في إطار التفرقة بين العقد البسيط والمختلط، ومعرفة أنواع الأحكام التي تطبق داخل العقد المختلط تظهر حاجة عملية للتعرف على مفهوم (تكييف العقود). ويقصد به: إعطاء العقد الوصف القانوني الذي يتفق مع ماهيته ومع النتيجة التي ارتضاها المتعاقدين أثرًا له. وهي مهمة القاضي والتي تختلف عن مهمة التفسير. وإن كان تكييف العقد يتوقف على تفسيره.	**أ. تعريفه:** هو ما كان مزيجًا من عقود متعددة اختلطت جميعًا فأصبحت عقدًا واحدًا. **ب. ويعتبر الفقه العقد مختلطًا:** ١) إذا امتزجت عدة عقود في عقدٍ واحد ٢) أو إذا جمعت في عقد واحد عناصر متفرقة من عقودٍ متنوعة ٣) أو إذا أضيف إلى العقد شرط ليس من مقتضياته. ومثال الحالة الأولى: مدير الشركة الذي يتولى إدارته ويكون في ذات الوقت وكيلًا عنها فيمتزج عقد العمل بعقد الوكالة. ومثال الحالة الثانية: عقد الإيجار الساتر للبيع حيث يجمع بين عقد الإيجار وعقد البيع. ومثال الحالة الثالثة: إضافة شرط التأمين إلى عقد البيع، أو شرط التخزين إلى عقد النقل. وأشهر مثال في الشروحات: عقد الفندقة الذي يكون بين صاحب الفندق والنزيل فيه. فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن، وبيع بالنسبة إلى المأكل، وعمل بالنسبة إلى الخدمة، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة.

العقد البسيط	العقد المختلط
ج. ويمكن ترتيب مهمة القاضي عند التعامل مع العقود في الخطوات التالية: ١) تفسير أحكام العقد من أجل الوقوف على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. ٢) وصف العقد بالوصف القانوني الخاص بأحد العقود المسماة، إن كان العقد مسمى، أو بالوصف القانوني الخاص الذي تشترك فيه طائفة من العقود إن كان العقد غير مسمى، كأن يصفه بأنه من عقود المعاوضات أو من عقود التبرع. **د. الطبيعة القانونية لتكييف العقود:** أنها مسألة قانون تباشرها المحكمة من تلقاء نفسها، دون الوقوف على طلب من الخصوم. كما أن القاضي لا يتقيد عند تكييفه للعقد بالوصف الذي خلعه المتعاقدان عليه. بل أن يصحح هذا الوصف من تلقاء نفسه، ويكيف العقد التكييف الصحيح. * وفي حكم حديث لها قررت محكمة النقض المصرية أن: (العقد قد يكون مسمى أو غير مسمى ، وقد يكون بسيطاً أو مركباً ، والعقد المركب يكون مزيجًا من عقدين كعقد البيع إذا تضمن مع عقد البيع عقد انتفاع أو إيجار ، وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، وفي العقود المركبة أو المختلطة تطبق أحكام كِلا العقدين كل على حدة، وقد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تنافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يتم تغليب أحد العقود باعتباره العنصر الأساسي وتطبق أحكام هذا العقد دون غيره[1]).	**ج. الجمع بين العقود في الفقه الإسلامي:** يقصد به: أن يُقرن أو يُضم عقد إلى آخر على صور ثلاث يستوجبها العقل، وهي: **أولًا**: الجمع بين العقود بصفة التعليق والشرط سواء أكانت العقود من جنس واحد أم أجناس متفرقة، وأمثلته: ١. الجمع بين العقود اللازمة من جنس واحد متحدة أو متفرقة مثل: أن تقول في العقود اللازمة: بعتك داري هذه بألف على أن تبيعني سيارتك بألف. ٢. الجمع بين العقود الجائزة على جهة التعليق والشرط متحدة أو متفرقة مثل: أن تقول: وكلتك على بيع أموالي على أن تشاركني في مالي. ٣. الجمع بين العقود اللازمة والجائزة معًا على جهة التعليق والشرط مثل: أن تقول: بعني سيارتك بألف على أن أوكلك عن بيع سيارتي. **ثانيًا**: الجمع بين العقود المختلطة في صفقة واحدة من جهة واحدة. **ثالثًا**: الجمع بين العقود المختلطة على جهة التعاقب والتوالي دون شرط ولا وحدة صفقة، فإذا فرغ من عقد ما، شرع في آخر يليه؛ تلبيةً للحاجة، وتحقيقًا للمطلوب.

[1] (الطعن رقم ١٢٦٣ لسنة ٩٢ ق، بتاريخ ٢٣ من شعبان سنة ١٤٤٦هـ الموافق ٢٢ من فبراير سنة ٢٠٢٥م).

العقد البسيط	العقد المختلط
❋ ووفقًا لمحكمة استئناف دبي في الدعوى رقم ٥٦٣ لسنة ٢٠١٤ فإن: (قانون التقادم الانجليزي قد ميز بين العقود البسيطة والصكوك من حيث مدة التقادم، وحيث ان عقد الضمان هو وثيقة مكتوبة على شكل عقد بسيط أو صك وأن مدة التقادم في دعوى الرجوع على الضامن هي ٦ سنوات طبقا لنص المادة (٥) من قانون التقادم الانجليزي لعام ١٩٨٠، و١٢ سنة اذا كان عقد الضمان في صورة صك طبقا لنص المادة (٨) من ذات القانون من تاريخ حصول سبب الدعوى وأنه وفقا للأحكام والسوابق القضائية الانجليزية فيما يتعلق بالضمانات أن مناط الفرق بين اعتبار الضمان من العقود البسيطة أم خلافه، هو فيما اذا كان لم يتضمن العقد كلمة (صك) عند التوقيع عليه من قبل المفوضين بالتوقيع عليه يعتبر من قبيل العقود البسيطة)	**د. ما يطبق على العقود المختلطة من أحكام:** **القاعدة في هذا الشأن:** ١) إن كان من الممكن تحليل هذه العقود إلى عقود مسماة فتطبق على العقد المختلط الأحكام الخاصة بالعقود المسماة التي يشتمل عليها. فامتزاج عدة عقود مسماة في عقد واحد مكونة عقدًا مختلطًا لا يعني انتفاء وجود أي تماثل جزئي بين هذا العقد وكل من العقود المسماة التي امتزجت عناصرها فيه، لذلك يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بكل من عقد من العقود المسماة على المسائل المتعلقة بالعناصر المستمدة منه الواردة في العقد المختلط عن طريق القياس، وذلك في الحدود التي لا تتعارض فيها. ٢) أما إذا تنافرت وتزاحمت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها العقد المسمى: جاز للمحكمة أن تأخذ العقد المختلط كوحدة واحدة قائمة بذاتها، إذ يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي. فيكون الالتزام الرئيسي هو العقد الأصلي وتطبق عليه أحكامه، وينظر إلى ما عداه من التزامات على أنها ثانوية تلحق بالوصف الأصلي ولا تؤثر فيه. كما في عقد التليفون، الذي يدور بين عقد العمل وعقد الإيجار، فغلب عليه القضاء المصري عنصر عقد العمل، وعقد الفندقة الذي يمكن في بعض الحالات تغليب العنصر الرئيسي وهو الإقامة بالفندق. ويطبق عليه أحكام عقد الإيجار.

الباب الرابع

خريطة الأحكام العامة للعقود (المسماة وغير المسماة)

Chapter Four: Overview of General Rules of Contracts (Nominated and Innominated Contracts)

التي رسمها المقنن في كلًا من القانون (Mind Map) من الأهمية استعراض الخريطة المدني المصري ونظام المعاملات المدنية في تناوله للأحكام العامة للعقود بنوعيها (المسماة وغير المسماة) من أجل سهولة ترتيبها في الذاكرة وفهم العلاقة بينها فضلًا عن تسهيل عملية استذكار النقاط الأساسية والربط بينها.

❊ **والخطة التي سارت لمناقشة العقد في القانون المدني المصري رتبت كالتالي:**

١) **الفصل الأول: أركان العقد** وهذه الأركان هي:

أ) الرضاء (في المواد من ٨٩ وحتى ١٣٠)

ب) و المحل (في المواد من ١٣١ وحتى ١٣٥)

ج) والسبب: (في المواد من ١٣٦ وحتى ١٣٧)

د. وأخيرًا: الجزاء الذي يترتب على غياب هذه القواعد وهو البطلان:

(في المواد من ١٣٨ وحتى ١٤٤)

٢) **الفصل الثاني**: آثار العقد (في المواد من ١٤٥ وحتى ١٥٦)

٣) **الفصل الثالث**: زوال العقد (في المواد من ١٥٧ وحتى ١٦١)

❊ **أما الخطة التي اتبعها نظام المعاملات المدنية في تناوله للعقد رتبت كالتالي:**

١) **تمهيد**: تحديد لحظة نشأة العقد وهي ارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي (م/ ٣١)

٢) **الفرع الأول: أركان العقد** وهي:

أ) الرضا (المواد من ٣٢ وحتى ٦٩)

ب) المحل والسبب (المواد من ٧٠ وحتى ٧٦)

٢) **الفرع الثاني**: إبطال العقد وبطلانه (المواد من ٧٧ وحتى ٨٦)

٣) **الفرع الثالث**: أحكام النيابة في التعاقد (في المواد من ٨٧ وحتى ٩٣)

٤) **الفرع الرابع**: آثار العقد (في المواد من ٩٤ وحتى ١٠٣)

٥) **الفرع الخامس**: تفسير العقد (في المادة ١٠٤)

٦) **وأخيرًا**: الفرع السادس للكلام عن أحكام فسخ العقد وانفساخه (في المواد من ١٠٥ وحتى ١١٤)

الأحكام العامة للعقود في القانون المدني المصري

الفصل الأول
أركان العقد

الفصل الثاني
آثار العقد
(في المواد من ١٤٥ وحتى ١٥٦)

الفصل الثالث
زوال العقد
(في المواد من ١٥٧ وحتى ١٦١)

الركن الأول
ركن الرضاء
(المواد من ٨٩ وحتى ١٣٠)

ينقسم إلى:

- وجود التراضي
  - ١- وجود الإرادة عند كل من العاقدين
  - ٢- التعبير عن الإرادة
    - ا- اللفظ
    - ب- الكتابة
    - ج- الإشارة المتداولة عرفًا
    - د- اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود
  - ٣- التوافق
    - ا- الإيجاب
      - ١- باتًا
      - ٢- وجادًا
      - ٣- وأن يتضمن العناصر الأساسية للعقد الذي يريد الموجب إبرامه
    - ب- القبول
      - ١- مطابقة القبول للإيجاب
      - ٢- صدور القبول أثناء الإيجاب
    - ج- ارتباط القبول بالإيجاب
      - ١- في مجلس العقد
      - ٢- عن طريق المراسلة أو ما في حكمها
      - ٣- عن طريق الهاتف أو ما يشابهه.
- صحة التراضي
  - ١- الأهلية
    - أ. أهلية وجوب
    - ب. أهلية أداء
  - ٢- عيوب الإرادة
    - ا- الغلط
    - ب- التدليس
    - ج- الإكراه
    - د- الاستغلال
  - ٣- النيابة في التعاقد

الركن الثاني
ركن المحل
(المواد من ١٣١ وحتى ١٣٥)

الركن الثالث
ركن السبب
(المواد ١٣٦ و ١٣٧)

الركن الرابع
ركن الشكلية
فقد يجب في التراضي أن يكون في شكل مخصوص كما في العقود الشكلية

الركن الخامس
أركان تكميلية
قد يتطلبها القانون أو حتى طبيعة الأمور ذاتها، في خصوص عقدٍ معين كالثمن في عقد البيع

النتيجة

البطلان
هو الجزاء الذي يترتب على مخالفة هذه القواعد
(في المواد من ١٣٨ وحتى ١٤٤)

الأحكام العامة للعقود في نظام المعاملات المدنية

تمهيد لحظة نشأة العقد (م/ ٣١)
وهي ارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي

الفرع الأول

أركان العقد

الركن الأول

ركن الرضاء
(المواد من ٣٢ وحتى ٦٩)

١ – التعبير عن الإرادة ٢ – أهلية المتعاقدين ٣ – عيوب الرضا

الركن الثاني والثالث

ركن المحل والسبب
(المواد من ٧٠ وحتى ٧٦)

الركن الرابع

ركن الشكلية
إذ قد يجب في التراضي أن يكون في شكلٍ مخصوص كما في العقود الشكلية

الركن الخامس

أركان تكميلية
قد يتطلبها القانون، أو حتى طبيعة الأمور ذاتها، في خصوص عقدٍ معين كالثمن في عقد البيع

النتيجة

البطلان
هو الجزاء الذي يترتب على مخالفة هذه القواعد

الفرع الثاني

إبطال العقد وبطلانه
(المواد من ٧٧ وحتى ٨٦)

١ – حق الإبطال
٢ – البطلان
٣ – آثار إبطال العقد وبطلانه

الفرع الثالث

أحكام النيابة في التعاقد
(المواد من ٨٧ إلى ٩٣)

الفرع الرابع

آثار العقد
(في المواد من ٩٤ وحتى ١٠٣)

الفرع الخامس

تفسير العقد
(في المادة ١٠٤)

الفرع السادس

أحكام فسخ العقد وانفساخه.
(في المواد من ١٠٥ وحتى ١١٤)

أ) الإقالة
ب) خيار الشرط
ج) الإخلال بالالتزام
د) استحالة التنفيذ
ر) آثار فسخ العقد وانفساخه
س) الدفع بعدم التنفيذ

الباب الخامس

أركان العقد

Chapter Five: Essential Elements of Contract

* **تعريف مصطلح الركن: في اللغة** هو: الجانب القوي الذي يمسكه كأركان البيت وهي زواياه التي تمسك بناءه. **وفي اصطلاح الفقهاء والأصوليين** الركن هو: ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءًا داخلًا في ماهيته.

* **ومن الناحية الشرعية:** فركن العقد أجزاءه التي يتكون منها وهما شيئان يتمثلان فيما يعبر عن اتفاق الإرادتين من: ١) إيجاب ٢) وقبول أو ما يقوم مقامهما لأنهما العنصران الذاتيان في ماهية العقد ومعناه فبارتباطهما الشرعي[١] يقوم العقد ويتكون . وعلى هذا لا يعتبر الفاعل ركنًا في فعله بالمعنى الاصطلاحي للركن[٢] لأن الفاعل ليس جزءًا ذاتيًا في معنى الفعل وماهيته وإن كان لابد لكل فعل من فاعل. فالعاقد لا يسمى إذًا ركنًا في العقد. فالعاقدان والمحل من مقومات العقد من الناحية الشرعية، وليست أركانًا من الناحية الاصطلاحية للركن. فالمقومات أعم من الأركان لأنها تشمل كل ما لا يمكن وجود العقل فعلًا بدونه من ركن أو عاقد أو محل. كما ذكر الشيخ/ مصطفى الزرقا -رحمه الله-.

* وأما من الناحية القانونية: فتنحصر أركان العقد في ٣ نقاط أساسية وهي:

١) التراضي (الرضاء)

٢) والمحل

٣) والسبب مع الأخذ في الاعتبار وجود ركن إضافي في بعض الأحيان، وهو:

٤) الشكلية إذ قد يجب في التراضي أن يكون في شكلٍ مخصوص كما في العقود الشكلية حينها يكون هذا الشكل المخصوص ركنًا من أركان العقد.

---

[١] الرأي المذكور رأي جمهور الفقهاء يخرج عنهم فقهاء الحنفية الذين يقررون أن أركان العقد: الصيغة فقط، ولا تدخل بقية العناصر في الأركان وإنما هي شروط لازمة لتحقق ركن الصيغة، إذ لا يتصور وجودها دون عاقد ومحل. ومرجع الاختلاف بين جمهور الفقهاء والسادة الأحناف: تعريف السادة الأحناف للركن: والركن عندهم هو: ما يكون جزءًا من حقيقة الشيء ولا يقوم إلا به. بخلاف الشرط الذي يكون خارجًا عنه، وإن توقفت عليه صحته ونحوها. والصيغة هي التي ينطبق عليها تعريف الركن انطباقًا تامًا. واكتفى الجمهور بكون العناصر الأخرى (الإيجاب والقبول وفي رأي آخر: العاقدين والبدلين) عمادًا للعقد لا يقوم إلا بها في إطلاق وصف الركن عليها.

[٢] ورد في تقريرات محكمة التمييز أن: (من شروط صحة البيع أن يكون البائع جائز التصرف) التقرير (٩٣ / ٧)، (رقم القرار٧/ ق٣ / ب) بتاريخ (٧/ ١/ ١٤٢١هـ) (تقريرات محكمة التمييز خلال خمسين عامًا. الإصدار الأول، المجلد الأول. طبعة وزارة العدل، ص٢٣). وأن: (إيضاح المبيع شرط من شروط صحة البيع) التقرير (١١٤ / ٢٨) (رقم القرار: ١٦٥٥/ ش / ب) بتاريخ (٧/ ١١/ ١٤١٦هـ) (تقريرات محكمة التمييز خلال خمسين عامًا. الإصدار الأول، المجلد الأول. طبعة وزارة العدل، ص٢٧).

= وتوجد في بعض الأحيان أركان أخرى:

٥) هي أركان تكميلية قد يتطلبها القانون أو حتى طبيعة الأمور ذاتها في خصوص عقدٍ معين. فالثمن مثلًا ركن أساسي في عقد البيع لا يقوم بغيره وكذلك الأجرة بالنسبة لعقد الإيجار، ومبدأ مساهمة الشركاء في الربح والخسارة في عقد الشركة، ومقتضى الإخلال بهذا المبدأ بين الشركاء أن تقع الشركة باطلة.

❋ **أهمية أركان العقد في القانون اللاتيني**: أنها مقوماته الأساسية يقوم بها وينعدم بغيابها. لذلك ويلاحظ أن كافة التشريعات التي تناولت تنظيم العقود رتبت البطلان كجزاء على تخلف أحد الأركان الأساسية. كما يلاحظ أنه في نظام القانون العام Common Law، يختلف الأمر قليلًا فلا تُصاغ القاعدة في صورة أركان بل يُشترط لتكوين العقد توافر عدد من المتطلبات هي: وجود اتفاق (عرض وقبول) ونية إنشاء علاقة قانونية ووجود مقابل ذي قيمة (consideration) فضلًا عن استيفاء الشكلية إذا تطلبها القانون كوجوب إثبات بعض العقود كتابة. ويُعتبر اختلاف النظرة إلى تكوين العقد أحد الفروق الرئيسية بين النظامين اللاتيني والأنجلوسكوني (القانون العام).

يتناول هذا الباب أركان العقد في القانون المدني المصري في ٣ نقاط وهذه خريطة الباب:

الركن	المبحث	المطلب	الفرع
الركن الأول: ركن التراضي وينقسم إلى مبحثين:	المبحث الأول: وجود التراضي وينقسم إلى مطلبين:	المطلب الأول: المقصود بالإرادة في تعريف التراضي المطلب الثاني: قوام الإرادة في التراضي و ينقسم إلى ٣ فروع:	الفرع الأول: وجود الإرادة عند كل من العاقدين الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة الفرع الثالث: توافق الإرادتين
	المبحث الثاني: صحة التراضي وينقسم إلى مطلبين:	المطلب الأول: أهلية المتعاقد المطلب الثاني: عيوب الرضاء ويتناول الفروع التالية:	الفرع الأول: الغلط كعيب من عيوب الرضاء الفرع الثاني: التدليس كعيب من عيوب الرضاء الفرع الثالث: الإكراه كعيب من عيوب الرضاء الفرع الرابع: الاستغلال كعيب من عيوب الرضاء
الركن الثاني: ركن المحل	ويشترط في المحل التالي: ١) أن يكون موجودًا أو ممكنًا ٢) وأن يكون معينًا أو قابلًا للتعيين ٣) أن يكون مشروعًا		
الركن الثالث: ركن السبب	ويشترط في السبب: ١) وجوده ٢) ومشروعيته		

الفصل الأول

أركان العقد في القانون المدني المصري

Part One: Essential Elements of Contract in the Egyptian Civil Code

يقوم العقد في القانون المدني المصري على أركان ثلاثة هي:

١) **ركن الرضا** والذي ينقسم الكلام فيه إلى:

* وجود الرضاء
* وصحة الرضاء

٢) **ركن المحل**

٣) **ركن السبب**

الركن الأول من أركان العقد في القانون المدني المصري

ركن التراضي

Element One: Mutual Consent

* **الرضاء أو التراضي هو**: توافق إرادتين أو أكثر على إبرام العقد. وهو أحد أركان العقد الثلاثة وبه يوجد العقد. ويلاحظ أنه: وإن كان وجود إرادتين متوافقتين يكفي لوجود العقد فإنه لا يكفي لصحته. إذ يجب حتى يكون العقد صحيحًا أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين حتى لا يلحق بالعقدَ فسادٌ يعرّضه للزوال فيصبح قابلاً للإبطال.

ما ينبغي معه لبحث ركن الرضاء تخصيص الكلام في مبحثين:

١) **المبحث الأول: في وجود التراضي** فتخلفه يؤدي إلى وقوع العقد باطلًا.

٢) **والمبحث الثاني: في صحة التراضي** فإن فساده يؤدي إلى جعل العقد قابلًا للإبطال.

المبحث الأول
وجود التراضي
Section One: Existence of Consent

التراضي هو: تطابق إرادتين. وقد نصت المادة رقم (٨٩) من القانون المدني المصري على أن: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين؛ مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد). فالقانون يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين كما ذكر المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، والذي استلزم أيضًا تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين.

وبحث وجود التراضي وقيامه كأحد شقي ركن الرضا في العقد يتطلب بحث التالي:

المطلب الأول: المقصود بالإرادة في تعريف التراضي

المطلب الثاني: قوام الإرادة في التراضي والذي ينقسم بدوره إلى النقاط التالية:

الفرع الأول: وجود الإرادة عند كل من العاقدين

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة

الفرع الثالث: توافق الإرادتين

(والذي يبحث كيف تتوافق وترتبط إرادة المتعاقد مع إرادة المتعاقد الآخر؟)

المطلب الأول
المقصود بالإرادة في تعريف التراضي
Subsection One: The Concept of Will in Defining Consent

الإرادة المعتد بها في تعريف التراضي هي: التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين.

هذا الأثر هو: إنشاء الالتزام. فلابد أن:

أ) توجد إرادة لشخص محدد وأن تتجه هذه الإرادة لإحداث أثر قانوني معين

ب) وأن يخرجها صاحبها إلى العالم الخارجي، بالتعبير عنها

ج) وأن تتطابق وترتبط مع إرادة أخرى معبرًا عنها بدورها.

والإرادة بهذا التحديد هي (العمل القانوني).

المطلب الثاني
قوام الإرادة في التراضي
Subsection Two: Structure of Will in Consent

الإرادة التي هي جوهر التراضي تقوم على النقاط التالية:

أ) وجود الإرادة عند كل من العاقدين

ب) ثم التعبير عنها

ج) ثم في توافقها وارتباطها مع إرادة المتعاقد الآخر.

الفرع الأول
وجود الإرادة عند كل من العاقدين
Branch One: Existence of Will in Each Party

الإرادة هي أساس العقد والتصرف القانوني بشكل عام. فإذا لم تتوافر في كل من طرفي العقد أو أيهما لا يقوم العقد. ويقصد بالإرادة: أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو قادم عليه وينتهي إلى أن يقصده بأن يكون مدركًا ماهيًا التصرف الذي يجريه والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه منه وأن يقصد ذلك كله. فإذا انعدمت الإرادة في أحد العاقدين عند إبرام العقد لم يقم رضاه وبالتالي بطل العقد ولا يهم بعد ذلك معرفة السبب الذي أدى إلى انعدام الإرادة كما لا أهمية لكون الانعدام مؤقتًا أو دائمًا ما دام قد لحق العاقد عند إبرام العقد. ومثال ذلك: من تنعدم إرادته لصغر سنه أو لفقد إدراكه أو تمييزه أو فقد وعيه بسبب مرضه أو شيخوخته.

– بيد أن وجود الإرادة لدى العاقدين لا يكفي، فهناك **عدة لوازم ينبغي توافرها في إرادة العاقدين**، وهي:

أ) أن تتجه هذه الإرادة إلى: إحداث أثر قانوني. بمعنى أن: يقصد صاحبها الارتباط بأمر معين على سبيل الجبر والإلزام الذي تكفله السلطة العامة، وليس على أساس مجرد المجاملة أو التأدب أو التودد.

ب) أن تكون الإرادة في قصد إحداث الأثر القانوني جادة غير هازلة فلا عبرة بإرادة الهازل. كما يقول البائع: (خذه بدون مقابل) فعرض البائع هنا غير جاد ولا يعتد به. ويأخذ حكم الإرادة غير الجادة تلك التي تجئ معلقة على محض المشيئة من صاحبها كمن يقول: (أبيعك المنزل عندما يحلو لي، أو عندما أريد). فالإرادة هنا غير موجودة أصلًا لأن مؤدى الإرادة حالًا هنا الانتفاء ومن ثم لا يقوم العقد لا باعتباره باتًا ولا حتى باعتباره معلقًا على شرطٍ واقف (م/ ٢٦٧).

ج) **أن تكون الإرادة في قصدها إحداث الأثر القانوني حقيقية بأن تبتغيه في واقع الأمر وليست صورية**. فالإرادة الصورية هي: التي لا وجود لها حقيقة الواقع. ولا تنشئ عقدًا.

- **إثبات توافر الإرادة**: خلافًا للقانون المدني الكويتي الذي قضى بأنه: (يفترض توافر الإرادة عند إبرام التصرف، ما لم يثبت العكس أو يقض القانون بخلافه) لم تنص أغلب التشريعات على آلية إثبات توافر الإرادة ومنها التشريع المصري.

ومؤدى القواعد العامة في الإثبات: أن الأصل افتراض توافر الإرادة وعلى من يدعي عدم توافرها لدى شخص معين أن يقيم الدليل على انتفائها جريانًا لحكم الظاهر وعلى من يدعي خلاف الظاهر إثباته. ويستثنى من هذا الأصل: الحالة التي يقرر فيها القانون نفسه انعدام الأهلية والذي يعني بدوره انعدام الإرادة تأسيسًا على أن الأهلية تدور مع الإرادة كمالًا وعدمًا ونقصانًا.

الفرع الثاني
التعبير عن الإرادة
Branch Two: Expression of Will

لا يهتم القانون بالإرادة الكامنة في نفس صاحبها وتنصب أحكامه على الإفصاح والتعبير عنها. من أجل ذلك تنص المادة (٨٩) من القانون المدني على أن: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد). وهو قطع من المقنن بمذهب الإرادة الظاهرة فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ولكن استلزم التعبير عن إرادتين متطابقتين. فتمام العقد -حسب النص- بتبادل التعبير عن هاتين الإرادتين المتوافقتين.

*** كيف يتم التعبير عن الإرادة؟**

القاعدة أنه لا توجد طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة. فللشخص أن يعبر عن إرادته بالشكل الذي يناسبه تطبيقًا لمبدأ رضائية العقود الذي يقضي بقيام العقد بمجرد توافر الرضاء له دون ضرورة لمجيء التعبير عن الإرادة في شكل أو في آخر. ولا يستثنى من هذه القاعدة شيء إلا الحالات التي يستلزم فيها القانون شكلًا خاصًا لقيام العقد كما الحال في الهبة والرهن الرسمي فينبغي التعبير عن الإرادة في الشكل الذي رسمه القانون.

وتطبيقًا للقاعدة السابقة، تنص المادة (٩٠) على أن: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود).

فيسوغ التعبير عن الإرادة باللفظ كما هو الغالب عملًا وبالكتابة وبالإشارة ولو من غير الأخرس ما دامت الإشارة متداولة عرفًا تداولًا لا يثير شكًا في حقيقة مدلولها كهز الرأس عموديًا للدلالة على القبول وهزها عرضيًا أو هز الكتفين للدلالة على الرفض. كما يسوغ التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ولو لم يصحبها كلام وهو المعروف في الفقه الإسلامي تحت اسم: (تعاقد المعاطاة) كمن يعطي بائع الجرائد خمس جنيهات ويناوله الصحيفة. وأخيرًا يحصل التعبير عن الإرادة: باتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود كعرض التاجر بضاعة للجمهور معلقًا عليها السعر. وفي هذا كله يتفق الفقه مع القانون وأقرب مذاهبه المذهب المالكي.

❊ **التعبير الصريح والضمني عن الإرادة:**

التعبير الصريح: ما يدل مباشرةً على المقصود من الإرادة. ولا يلزم -كقاعدة عامة- أن يكون التعبير عن الإرادة صريحًا فقط بل يصح أن يجئ ضمنيًا. فوفقًا لنص المادة (٩٠) من القانون المدني المصري: (يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا). فالتعبير الضمني عن الإرادة: ما يدل على المقصود من الإرادة بطريقة غير مباشرة. فبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار، وعلم المؤجر بذلك، وعدم اعتراضه؛ تعبير ضمني عن الإرادة في تجديد عقد الإيجار.

فلا فرق بين التعبير الصريح والضمني عن الإرادة فكلامها يكفي لوجود الإرادة وإنتاج أثرها القانوني. ويستثنى من ذلك: نص القانون أو اتفاق العاقدان على أن يكون التعبير عن الإرادة صريحًا.

❊ **الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره:** هو الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه. أما قبل تلك اللحظة فالتعبير قائم وموجود ولكنه غير منتج لأثره. وفي ذلك تقضي المادة (٩١) من القانون المدني المصري بقولها: (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك).

فالتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره القانوني إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ولكن لما كان العلم أمرًا متعذر الإثبات فقد رأي القانون أن يجعل وصول التعبير قرينه على العلم به لأن الوصول أكثر انضباطًا من العلم. وتعتبر قرينة وصول التعبير قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس فيجوز لمن وجه إليه التعبير أن يثبت أنه رغم وصول التعبير إلا أنه لم يعلم به. فهناك فرق إذًا بين وجود التعبير عن الإرادة في ذاته وبين إنتاج أثره القانوني.

الفرع الثالث
توافق الإرادتين
(Branch Three: Meeting of the Minds (Consensus ad idem

أشرنا إلى أنه يشترط لحصول الرضاء الذي هو أساس العقد تواجد إرادة في أطرافه وأن يقع التعبير عنها. وهذان الأمران لا يكفيان بل يلزم فضلًا عنهما أن تتوافق إرادتا طرفي العقد على قيامه. ومحل البحث: كيفية حصول هذا التوافق بين الإرادتين.

- **يحصل التوافق بين الإرادتين على ثلاث خطوات وهي:**

١) الإيجاب

٢) القبول

٣) وارتباط القبول بالإيجاب.

❋ **كما أن هناك ٣ صور يجيء عليها ارتباط القبول بالإيجاب وهي:**

١) التعاقد في مجلس العقد (التعاقد بين حاضرين)

٢) والتعاقد بالمراسلة (التعاقد بين غائبين)

٣) والتعاقد بالتليفون أو ما يشابهه (وهو تعاقد بين حاضرين وغائبين في نفس الآن).

ما يلزم معه بحث التالي:

أولًا: خطوات التوافق بين الإرادتين.

وثانيًا: صور ارتباط الإيجاب بالقبول.

❋ أولًا: خطوات التوافق بين الإرادتين:

تنقسم خطوات التوافق بين الإرادتين إلى ٣ مراحل هي:

أ) الإيجاب

ب) والقبول

ج) وارتباط القبول بالإيجاب.

أ) تعريف الإيجاب: تعبير الشخص عن إرادته على وجه جازم في إبرام عقد معين وفقًا لشروط محددة يعرضها على الطرف الآخر. فتقدم شخص إلى آخر بعرض يتعلق بعقد معين هو: إيجاب منه لا فرق في ذلك بينهما. فأيهما يبدأ بعرض الصفقة يكون المتقدم بالإيجاب.

وقد قررت محكمة النقض أنه: لا يلزم لتمام العقد إثبات الإيجاب والقبول في محرر واحد. فإذا كان الحكم قد اعتمد في إثبات مشارطة إيجار السفينة على تسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين وما استخلصه من أن الإيجاب قد صادفه قبول فإن الحكم في قضائه على أساس ثبوت مشارطة الإيجار لا يكون قد خالف القانون.

(نقض ١١/ ١/ ١٩٦٦، طعن ٣١٠، س ٣٠ ق).

❋ **وقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية على أن الإيجاب**: العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه حازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد. ولا يعتبر التعاقد تامًا وملزمًا إلا بتوافر الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه[1] .

❋ فينبغي أن يتوافر في التعبير عن الإرادة كي يعد إيجابًا: من ناحية أن يكون باتًا وجادًا. ومن ناحية أخرى: أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد الذي يريد الموجب إبرامه.

❋ **الفرق بين الإيجاب ومقدماته**: في بعض الأحيان يتم الإيجاب بدون مقدمات في العقود قليلة الأهمية. أما العقود المهمة كالبيع والإيجار عادةً ما يسبقها فترات تفاوض تطول أو تقصر أو يسبقها دعوة إلى التعاقد. ف كل ما يسبق العزم النهائي على إبرام العقد ويستهدف مجرد التحضير أو التمهيد له ليس من قبيل الإيجاب بل من قبيل المفاوضات أو الدعوة إليه. ويعد الشرطان السابق ذكرهما معيار التفرقة بين الإيجاب ومقدماته من تفاوض أو دعوة إلى التعاقد، ذلك أن:

١) تحديد الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي التي تحدد ما إذا كان العرض إيجابًا أو مجرد دعوة إلى التعاقد.
٢) كما أن العزم النهائي من مقدم العرض لا يكفي مجرد الرغبة فيه إذا لم تصل إلى حد البت.

وتتمثل أهمية التفرقة بين ما يعتبر مفاوضة أو دعوة إلى التعاقد وبين ما يعتبر إيجابًا: أن الإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد موجهة للطرف الآخر إذا ما قبلها انعقد العقد ولا يجوز لمن وجه الإيجاب أن يتحلل منه. أما الدعوة إلى التعاقد غير ملزمة. فالدعوة إلى التعاقد خطوة إلى الإيجاب أما الإيجاب خطوة إلى العقد.

❋ **أثر الإيجاب**: الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم حتى من صدر منه أي الموجب، طالما لم يصدر بعده قبول من الطرف الآخر. ويستفاد هذا الحكم بمفهوم المخالفة من نص المادة (٩٣) من القانون المدني المصري. ما يفرض على الموجب التزامًا بالإبقاء على إيجابه إذا عين ميعادًا للقبول. فكأن الأصل العام أن الموجب لا يلتزم بإيجابه فيسوغ له الرجوع فيه قبل اقتران القبول به من الطرف الآخر.

على أن الإيجاب لا يعتبر قائمًا ولا يرتب أثره إلا بعد اتصاله بعلم من وجه إليه (م/ ٩١). والذي له أن يصدر قبولًا مطابقًا فينعقد العقد طالما كان الإيجاب قائمًا ويقابل هذا الحكم في الفقه الإسلامي (خيار الرجوع).

---

[1] (نقض ٨/ ٥/ ١٩٩٨. طعن ٢٢٦٥، س٦٥ ق، نقض ٢٣/ ٦/ ١٩٩٧، طعن ٨٢٤٠، ٨٢٩٦، س٦٥ ق، نقض ٢٣/ ٤/ ١٩٩١، طعن ٢١١١، س ٥٥ ق).

فيكون للموجب أن يرجع في إيجابه قبل صدور القبول من الطرف المقابل ما لم يعين ميعادًا إذ لو عين ميعادًا للقبول التزم بالانتظار حتى إنهائه ويكون إيجابه في هذه الحالة ملزمًا. أما إذا لم يعين ميعادًا ولم يقترن به قبول كان إيجابه غير ملزم وجاز له الرجوع فيه. ويتم العدول عن الإيجاب بإخطار الموجب له به.

وميعاد القبول وفقًا للمادة (٩٣) من القانون المدني المصري: قد يكون صريحًا يحدده الموجب أو الموجب له وقد يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

* **سقوط الإيجاب**: إذا لم يصل الإيجاب للطرف الآخر لم ينتج أثره ويرد عليه العدول من جانب من أصدره وليس السقوط. أما السقوط: فهو اعتبار الإيجاب كأن لم يكن ويفترض هذا بالضرورة أن يكون قد اتصل بعلم من وجه إليه.

ويسقط الإيجاب في الحالات الآتية:

١. في الإيجاب الملزم (المحدد بمدة صراحةً أو ضمنًا) بواحدة من حالتين:
انقضاء المدة المحددة دون صدور قبول أو رفض من وجه إليه الإيجاب القبول.
٢. أما في الإيجاب غير الملزم (الذي يتم في مجلس العقد): يسقط بواحدة من حالتين أيضًا: أن ينفض مجلس العقد دون صدور قبول، أو يرفض من وجه إليه الإيجاب حتى لو كان مجلس العقد قائمًا.

ب) تعريف القبول: ارتضاء الإيجاب ممن وجه إليه. والقاعدة: أن من وجه إليه الإيجاب حر في قبول الإيجاب أو رفضه طبقًا لمبدأ سلطان الإرادة. ومن ثم لا مسؤولية على الشخص إن رفض الإيجاب الموجه إليه. على أن هناك بعض الحالات التي تتوافر فيها المسؤولية التقصيرية عن رفض الإيجاب كأن يكون الشخص هو من دعا الناس إلى الإيجاب ثم رفضه دون أن يستند في ذلك إلى مبررات مشروعة كصاحب العمل الذي يعلن عن حاجته لعمال ويتقدم له أشخاص في هذه الحالة يكون رفضه لهم بدون مبرر مشروع تعسف يستوجب الحكم بالتعويض.

- **والأصل في القبول**: مطابقته للإيجاب تمام المطابقة في كل الأمور التي يتناولها حتى لو كان من بين هذه الأمور ما هو ثانوي. فإن وقع خلاف بين الإيجاب وإرادة الموجب له يعتبر رفضًا سواء كان هذا الخلاف بالزيادة في الإيجاب أو القيد أو التعديل. ويكون بمثابة إيجاب جديد يحتاج لقبول من الطرف الآخر (الذي صدر منه الإيجاب أولًا) وفقًا لنص المادة (٩٦) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه: (إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضًا يتضمن إيجابًا جديدًا).

* **شروط القبول:**

١) مطابقة القبول للإيجاب.

٢) صدور القبول أثناء الإيجاب.

الشرط الأول: مطابقة القبول للإيجاب

أي: صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب. يستوي في ذلك المسائل الرئيسية (كالمبيع والثمن) والمسائل الثانوية التفصيلية (كميعاد التسليم وميعاد دفع الثمن). فالقبول يجب أن يكون جوابًا بنعم أو ما في معناها. وبناءً على ذلك إذا اقترن القبول بما يعدل في الإيجاب زيادة أو نقصانًا أو يقيد فيه اعتبر رفضًا يتضمن إيجابًا جديدًا يحتاج لموافقة المتعاقد الآخر.

الشرط الثاني للقبول: صدوره أثناء الإيجاب

فينبغي أن يكون قبول الإيجاب أثناء قيامه لم يسقط. فإذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فإن العقد لا ينعقد.

ج) **ارتباط القبول بالإيجاب:** لا يكفي لحصول التوافق بين الإرادتين -الذي هو قوام العقد- توافر الإيجاب والقبول ولكن لابد لهذين الأمرين من أن يرتبط أحدهما بالأخر وهذا لا يكون إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب حالة كون الإيجاب باقيًا لم يسقط.

ويحصل ارتباط الإيجاب بالقبول في العمل على إحدى صور ثلاث:

١) في مجلس العقد

٢) عن طريق المراسلة أو ما في حكمها

٣) عن طريق الهاتف أو ما يشابهه.

* **ثانيًا: صور ارتباط الإيجاب بالقبول:**

تتمثل صور ارتباط الإيجاب بالقبول في:

١) مجلس العقد أو التعاقد بين الحاضرين

٢) والتعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين

٣) والتعاقد بالتليفون أو أي أداة أخرى مماثلة.

١) **ارتباط الإيجاب بالقبول في مجلس العقد أو التعاقد بين الحاضرين:** هذه الصورة هي الغالبة في العمل. ومفهوم مجلس العقد وأحكامه مستمدة من الفقه الإسلامي إذ يلزم أن يجيء الإيجاب والقبول فيما يطلق عليه بوحدة المجلس.

ويقصد بمجلس العقد: اجتماع المتعاقدين في نفس الزمان والمكان بحيث يكونان منشغلان به دون أن يصرفهما عنه شاغل آخر. فيتحدد مجلس العقد بقيدين: **مادي** وهو وجود المتعاقدين في مكان واحد حقيقة كجلوسهما في غرفة واحد، **ومعنوي** وهو انشغال كل منهما بالتعاقد وعدم انصرافه إلى شاغل آخر. ومن ثم ينفض مجلس العقد بواحد من أمرين: تخلف القيد المادي أي: افتراق المتعاقدين، أو بتخلف القيد المعنوي أي: انشغال أحدهما عن التعاقد بشاغل آخر حتى لو كانا لا يزالان في نفس المكان. فهو بمثابة إعراض ضمني عن التعاقد. والفورية في القبول غير واجبة فيجوز التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدين بغير العقد ويبقى الموجب على إيجابه.

٢) ارتباط الإيجاب بالقبول في التعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين:

وهي صورة شائعة في التعاقد، خاصة في المعاملات التجارية. وسمة هذا التعاقد:

١) أنه يتم بين غائبين

٢) ألا يسمع أحدهما الآخر فور أداء عبارته. ما يتطلب فوات فترة من الزمن تطول أم تقصر بين تعبير كل من الطرفين عن إرادته ووصول تعبيره هذا إلى علم الطرف المقابل.

- وقد نصت المادة رقم (٩٤) من القانون المدني المصري على هذه الفرضية بقولها:

(١- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يُعيّن ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

٢- ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفضّ مجلس العقد).

ويلاحظ في مسألة التعاقد بالمراسلة أنها تثير فرضية مهمة وهي: تحديد وقت قيام الإيجاب بالعقد ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه قائمًا وكيف يتم للعقد قيامه.

- **كيف يحدد وقت قيام الإيجاب، ومدى التزام صاحبه بالإبقاء عليه متربصًا القبول في التعاقد بالمراسلة؟**

هذا السؤال أهم ما يمكن لهذا الشكل من التعاقد إثارته وقد غفلت التشريعات المختلفة عن التعرض له بشكل مباشر ومنها التشريع المدني المصري وتفهم في ضوء المواد (٩١) المتعلقة بأثر التعبير عن الإرادة و (٩٣) الخاصة بالإيجاب الذي يصير ملزمًا للموجب نتيجة اقترانه بميعاد محدد للقبول.

- ومؤدى هاتين المادتين -كقاعدة عامة سبق ذكرها- أن العرض الذي يبعث به الراسل لا يرتقي إلى مرتبة الإيجاب إلا بعد علم المرسل إليه به مع وجود قرينة العلم بالعرض حال وصوله إلى الطرف وهي قرينة قابلة لإثبات العكس. كما يظل التزام الموجب قائمًا إذا حدد ميعاد لقبوله أو اقتضت ظروف الحال أو طبيعة المعاملة هذا الميعاد. وفي حال التعاقد بالمراسلة إذا صدر الإيجاب التزم صاحبه بالإبقاء عليه فترة من الزمن لاعتبار أن يتضمن ميعادًا بالقبول يكون الإيجاب خلالها قائمًا وينقضي بانقضائها. وتتحدد هذه الفترة إما بالنص الصريح من الموجب فيظل الإيجاب قائمًا خلالها، وإن سكت عن تحديدها تحددت هذه الفترة بميعاد معقول تقتضيه ظروف الحال لإبداء الموجب له رأيه ووصول قبوله إلى الموجب. ويقدر قاضي الموضوع هذه الفترة المعقولة.

❊ **التعاقد مع الأشخاص الاعتبارية كصورة من صور التعاقد بين غائبين:**

محل الإشكال في هذه الصورة: من الذي يمثل الشخص الاعتباري (العام أو الخاص) ويعتبر نائبًا عنه في إبرام العقد؟

لا إشكال إن حدث التعاقد مع من له سلطة تمثيل الشخص الاعتباري قانونًا كمدير الشركة الذي له سلطة تمثيلها في إبرام العقد أو الوزير المختص الذي له سلطة تمثيل الدولة في إجرائه إذ أن من يمثل الشخص الاعتباري يعتبر نائبًا عنه في إبرام العقد وهو وإن كان يعبر عن إرادته إلا أنه في حكم الأصيل بالنسبة لعملية التعاقد ذاتها حيث تحل إرادته محل إرادة الأصيل وهنا يعتبر التعاقد حاصلًا في مجلس العقد أي: بين حاضرين وتسري عليه الأحكام المقررة بهذا الشأن.

والإشكال إذا سلم الإيجاب المراد تقديمه للشخص الاعتباري إلى أحد القائمين على شأنه وكانت سلطة البت فيه ثابتة لغيره كأن يقدم العرض لأحد موظفي الوزارة وتكون سلطة التعاقد مقررة للوزير ففي هذه الحالة يعتبر التعاقد حاصلًا بالضرورة بين غائبين. وفي هذه الحالة يأخذ التعاقد مع الشخص الاعتباري حكم التعاقد بالمراسلة من حيث: التزام الشخص الموجب بالإبقاء على إيجابه المدة المعقولة التي تلزم لعرض الإيجاب على سلطة الاختصاص والبت فيه برأيها وتبليغ هذا الرأي للموجب.

- التفرقة بين سلطة قبول الإيجاب وسلطة التصديق على هذا القبول بعد صدوره (في مجال التعاقد مع الشخص المعنوي إذا كان هذا التصديق لازمًا قانونًا):

في التعاقد مع الشخص المعنوي العام عادةً ما يتطلب القانون التصديق على التعاقد من هيئة عليا بعد سبق إبرامه من هيئة أدنى ويحصل ذلك على وجه الخصوص في التعاقد بالمزاد وفي التعاقد عن طريق العطاءات داخل المظروفات والتعاقد مع الدولة وغيرها من الأشخاص العامة في خصوص المشروعات والأشغال العامة.

فإرساء المزاد في المزايدات يعتبر قبولًا للعطاء المقدم (م/ ٩٩ مدني) لكن تصديق وزير المالية هنا لازم بحكم القانون لتمام البيع. فالتصديق من الهيئة العليا شرط لازم للتصديق على العقد وليس ذات القبول الذي يرتبط بالإيجاب. ويعتبر القبول في هذه الحالة معلقًا على شرط واقف وهو حصول هذا التصديق فإن لم يقع التصديق لم ينعقد العقد لاعتبار قبوله من الموجب له متخلفًا.

- وأهمية التفرقة بين سلطة قبول الإيجاب وسلطة التصديق على هذا القبول: في أن التصديق إذا وقع فإن العقد يقوم من وقت إبرامه من السلطة التي تملك إصدار القبول لا من تاريخ حصول التصديق. فالتصديق له أثر رجعي ما لم يتفق على غير ذلك أو يقض القانون بخلافه.

٣) ارتباط الإيجاب بالقبول التعاقد بالتليفون أو أي أداة أخرى مماثلة:

هذا التعاقد له سمات منها:

١) أن الأداة تنقل الكلام بين غائبين

٢) كما أنها تنقله مباشرةً بحيث يسمع كل منهما الآخر في نفس وقت صدوره.

فالتعاقد يعتبر هنا بين غائبين لبعد المسافة وحاضرين في نفس الآن لوصول عبارة كل منهما إلى الآخر فور صدورها.

- وحكم التعاقد بالهاتف أو ما يماثله: يأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين من حيث زمان انعقاد العقد. أي أن: العقد يعتبر تامًا فور صدور القبول لأن القبول يتصل بعلم الموجب في ذات لحظة صدوره. كما يأخذ التعاقد بالتليفون أو ما يماثله حكم التعاقد بين الحاضرين أو التعاقد في مجلس المجلس بالنسبة إلى كيفية تمامه. أي: بالنسبة لكيفية ارتباط الإيجاب بالقبول (م/ ٩٤ مدني).

*** ما هي الأمور التي يرد عليها توافق الإرادتين حتى يمكن للعقد أن يقوم؟**

جوهر هذا السؤال أنه: هل يلزم لانعقاد العقد الاتفاق على المسائل الجوهرية والثانوية أم يكفي الاتفاق على المسائل الجوهرية فقط؟

- **ينبغي هنا التمييز بين ثلاثة فروض:**

١) تضمن الإيجاب المسائل الجوهرية فقط كالمبيع والثمن في عقد البيع ومجيء القبول مطابقًا للإيجاب في هذه المسائل الجوهرية دون أي إشارة إلى المسائل التفصيلية:

يتم العقد في هذه الحالة على المسائل الجوهرية فقط رغم السكوت عن المسائل التفصيلية. وهنا يطبق القاضي على المسائل التفصيلية عند المنازعة بشأنها: القواعد القانونية المكملة وقواعد العرف والعدالة.

وقد قررت محكمة النقض أن:

(اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية في العقد دون تعليق إتمامه على مسائل أخرى. أثره. تمام العقد. قيام خلاف على مسائل أرجئ الاتفاق عليها. مؤداه. لجوئهما للمحكمة للفصل فيه. عدم تحديد الثمن النهائي للمبيع في العقد. لازمه. التزام المحكمة تحديده طبقًا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة. م ٩٥ مدني).

(الطعن رقم ١٢١٤٩ لسنة ٩٢ق، بتاريخ ١١-١١-٢٠٢٣).

٢) اتفاق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد والاحتفاظ بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها:

في هذه الحالة يكون العقد قد أبرم وعند الخلاف وحال عدم التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل التفصيلية فإن القاضي هو الذي يفصل في هذه المسائل.

٣) اتفاق الطرفان على المسائل الجوهرية ومناقشتهما للمسائل التفصيلية دون التوصل لاتفاق بشأنها أو تأجيلها مع الاتفاق على تعليق انعقاد العقد على التوصل إلى اتفاق بشأنها:

في هذه الحالة لا ينعقد العقد لأن عدم التوصل لاتفاق حول المسائل التفصيلية التي أثاراها معناه تعليق أهمية كبيرة على هذه المسائل ما ينزلها منزلة المسائل الجوهرية ويجعلهما لا يرغبان في استكمالها عن طريق القاضي.

المبحث الثاني
صحة التراضي
Section Two: Validity of Consent

تناول الجانب الأول من أركان التراضي: **وجود التراضي** باعتباره الأساس والركن الركين لقيام العقد. إلا أن وجود التراضي وإن أمكن بذاته لقيام العقد إلا أنه يلزم أن يجيء سليمًا صحيحًا وإلا اعترى الفساد العقد رغم قيامه ويكون مهددًا بالزوال. ما ينبغي معه بحث الجانب الثاني في التراضي، وهو **صحة الرضاء**.

❋ **أهمية التفرقة بين وجود التراضي وصحته**: تنبع من اختلاف دور كل منهم، وكذا الجزاء المترتب على هذا التخلف. فالرضاء في ذاته -أي في وجوده- هو وحده الذي يعد ركنًا في العقد بجوار السبب والمحل فإن تخلف لا ينعقد العقد أصلًا. وبعبارة أخرى يقع باطلًا. أما سلامة الرضاء فلا تصل إلى حد كونها ركنًا وإنما هي أمر يتعلق بهذا الركن ويلزم وجوده لصحته ويستهدف كماله. وبالتالي عدم سلامة الرضاء لا يحول دون انعقاد العقد ولا يصل إلى قيامه باطلًا -من أصله-، ولكن يجعله مهدد بالزوال لمصلحة العاقد الذي لم يأت رضاؤه به سليمًا. حيث يمنحه القانون رخصة في إهداره. فالعقد موجود وينتج آثاره غير أنه مهدد بالزوال من جانب من لحق إرادته عيب متى تمسك به.

فإن كان جزاء انعدام الرضاء هو بطلان العقد فجزاء عدم سلامة الرضاء أو صحته لا يتجاوز مجرد جعله قابلًا للزوال لمصلحة العاقد الذي تعيب رضاؤه أي: جعله قابلًا للإبطال.

❋ **ما يلزم لكي يجيء الرضاء سليمًا:**

أولًا: أن يصدر عن شخص متمتع بالأهلية

وثانيًا: أن يكون الرضاء خاليًا من العيوب التي تشوبه وهي:

١) الغلط

٢) والتدليس

٣) والإكراه

٤) والاستغلال

- **وبهذا يكون عدم سلامة الرضاء أو عدم صحته ناتج عن أحد أمرين:**

نقص الأهلية وتوافر عيب من عيوب الرضاء الأربعة السابق الإشارة إليها.

ما ينبغي معه تخصيص الكلام على النحو التالي:

المطلب الأول: للكلام عن أهلية المتعاقد، **المطلب الثاني**: للكلام عن عيوب الرضاء

المطلب الأول
أهلية المتعاقد
Subsection One: Capacity of the Contracting Party

يقصد بالأهلية بشكل عام: صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك.

وهي نوعان:

١) **أهلية وجوب:** وتعني صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات

٢) **وأهلية أداء:** وتعني صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقًا أو تحمله التزامًا على وجه يعتد به قانونًا.

والأهلية المقصودة هنا لسلامة الرضاء: أهلية الأداء. وبالتالي يمكن تعريف أهلية الأداء في ضوء ما سبق بأنها: صلاحية الشخص لصدور الرضاء بالتصرف منه.

❋ وإذا أطلق مصطلح الأهلية في القانون المدني بلا نعت ولا تخصيص انصرف الكلام إلى أهلية الأداء في الشخص ما لم يشار إلى نقصانها أو انعدامها (المواد ١٠٩ وما بعدها من القانون المدني) وفي ذلك تقضي المادة (١٠٩) بأن: (كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون). فالشخص أهل لإجراء التصرفات القانونية كافة، ما لم:

١) يقض القانون بانتقاصها منه، فلا يصح منه إجراء التصرفات التي يرد الإنقاص عليها.

٢) أو يقض القانون بانعدام أهلية الشخص، فيمنع عندئذ من إجراء أي من تلك التصرفات.

❋ **طبيعة الأحكام التي تنظم الأهلية:** أنها من النظام العام نظرًا لتأثيرها البالغ في حياة الشخص والقانونية والاجتماعية والاقتصادية (فليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها) (م/ ٤٨).

❋ **أنواع التصرفات بالنسبة لأهلية الأداء:**

تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

١) **أعمال أو تصرفات نافعة للشخص نفعًا محضًا:** أي تحدث له نفعًا لا يدفع عنه مقابل مادي. مثل: قبول الشخص هبة تصدر له. وتسمى الأهلية اللازمة لإجراء هذه الأعمال: (أهلية الاغتناء)؛ لأن من شأنها أن ترتب لصاحبها اغتناءً محضًا.

٢) **أعمال أو تصرفات ضارة بالشخص ضررًا محضًا**: أي تسبب له ضررًا ماديًا، دون أن يأخذ مقابلًا لما يخسر. مثل: أن يهب شخص ماله لآخر. وتسمى الأهلية اللازمة لمباشرة هذه الأعمال: (أهلية الافتقار).

٣) **أعمال أو تصرفات تدور بين النفع والضرر**. وبمقتضى هذه التصرفات يأخذ الشخص شيئًا ويعطي من ماله مقابلًا لما يأخذ مثل: البيع.

وتشمل الأهلية اللازمة لإجراء هذا النوع من التصرفات:

أ) **أهلية التصرف بعوض أو بمقابل**: وتلزم لإجراء التصرفات التي من شأنها أن تفقد المال عن صاحبه ولو جزئيًا. كالبيع والشراء والرهن.

ب) **أهلية الإدارة**: وتلزم لإجراء التصرفات التي من شأنها التعامل في المال مع بقائه لصاحبه أي: دون فقده. كالإيجار والوديعة والعارية.

– هذه هي التصرفات القانونية. وبإمكان إجرائها من عدمه قياس أهلية الأداء وجودًا أو عدمًا أو نقصانًا. فإن كان للشخص أن يجريها كاملة: كانت أهلية الأداء لديه كاملة. وإذا لم يكن له أن يجري شيئًا منها كانت أهلية الأداء لديه معدومة وإن كان له أن يجري بعضها دون البعض الآخر كانت له أهلية أداء ناقصة.

❋ **مناط أو أساس أهلية الأداء**: الإدراك أو التمييز. فتدور معه وجودًا وعدمًا كمالًا ونقصانًا. فإذا اكتمل إدراك الشخص كملت أهليته وإن انعدم انعدمت وإن نقص نقصت. وهذا مناط التفرقة بين أهلية الأداء والوجوب. فمناط أهلية الوجوب: الشخصية ذاتها. فبمجرد أن يرى الشخص النور تثبت له الأهلية ويتمتع بأهلية الوجوب كاملة. ولا يتوافر له أهلية الأداء إلا بعد توافر الإدراك والتمييز لديه وبقدر ما يتوافر منه لديه.

❋ **تأثر أهلية الأداء بالسن**: إن كان مناط الأهلية الإدراك والتمييز وكان إدراك الشخص في صغره يتوقف على سنه كان السن عاملًا في تحديد أهلية الأداء لدى الصغير. فتتفاوت باختلافه. وبهذا الصدد يمر الإنسان بأربعة أدوار أساسية تتفاوت فيها أهليته:

١) **الجنين أو الحمل المستكين**: له أهلية وجوب ناقصة وليس له أهلية أداء.

٢) **الصبي غير المميز**: ويبدأ هذا الدور من الولادة وينتهي ببلوغ الصبي السابعة من عمره وهو: سن التمييز. وفي هذه المرحلة يثبت للصبي أهلية الوجوب أما أهلية الأداء فلا تثبت له ويعدمها. فليس للصبي غير المميز القيام بأي عمل أو تصرف قانوني. حتى أهلية الاغتناء لا تثبت له. وإذا قام بأي عمل قانوني ولو قبل هبة كان تصرفًا باطلًا. (فليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة) (م/ ١١٠).

٣) **الصبي المميز**: يبدأ هذا الدور من بلوغ الصبي السابعة من عمره ويستمر إلى أن يبلغ سن الرشد وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة (م/ ٤٤). وفي هذا الدور يبدأ الصبي الإدراك والتمييز فتنعقد له الأهلية الناقصة وتزداد تدريجيًا مع كبره في السن حتى تكمل باكتمال سنه وبلوغه عمر الرشد. وتنقسم هذه المرحلة إلى ثلاث مراحل فرعية هي:

ا) **ما بين عمر السابعة إلى السادسة عشرة**: وتثبت للصبي في هذه المرحلة أهلية الاغتناء. فله إجراء كل التصرفات التي تعود عليه بالاغتناء المحض دون حاجة إلى تدخل وليه أو وصيه. أما أهلية الافتقار أو التبرع فمعدومة أصلًا فإن أجرى أي تصرف فيه افتقار أو تبرع عد باطلًا بطلانًا مطلقًا. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تكون أهليته ناقصة أي: إذا أجراها وقعت للإبطال لمصلحته دون المتعاقد الآخر.

ب) **من عمر السادسة عشرة إلى الثامنة عشرة**: تكون للصبي نفس أهلية الأداء السابق بيانها وتزيد عليها الأهلية الكاملة بالنسبة إلى الأموال التي يكسبها الصبي من عمله الخاص سواء أكان التصرف عوضًا أم تبرعًا. ولا تخضع أمواله التي كسبها من عمله الخاص للولاية أو الوصاية أو إذن المحكمة وتبقى في يده يديرها بنفسه. ولكن للمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله وعندئذ تجري أحكام الولاية والوصاية (م/ ٦٣ من قانون الولاية على المال).

ج) **مرحلة الصبي من سن الثامنة عشرة إلى الحادية والعشرين**: له الإيصاء بماله بشرط إذن المحكمة (م/ ٥ من قانون الوصية). وله الأهلية السابق بيانها في المرحلة السابقةويزيد عليها: أهلية الاتجار (م/ ٥٧ من قانون الولاية على المال) وأهلية الإدارة بالنسبة إلى كل أمواله أو بعضها بشرط أن يصدر له الإذن في ذلك من وليه أو من المحكمة إن لم يكن له ولي.

٤) **مرحلة البالغ الرشيد**: عند عمر ٢١ سنة ميلادية كاملة (م/ ٤٤ مدني) وفيها تنتهي حالة القصر ويستكمل الصبي أهليته ويشترط لذلك أن يبلغ الصبي هذا السن متمتعًا بقواه العقلية (م/ ٤٤ مدني). فإن بلغها مجنونًا أو معتوهًا بقيت حالة قصره واستمرت الولاية على ماله لوليه أو وصيه دون حكم من القضاء. أما إذا بلغها متمتعًا بقواه العقلية ولكن يعتريه سفه أو غفلة يلزم لاستمرار الولاية أو الوصاية صدور حكم من المحكمة يقضي بذلك قبل بلوغ سن الرشد.

❋ **الولاية على مال القاصر**: تكون للصبي معدوم الأهلية حتى بلوغه سن السابعة (الصبي غير المميز) وناقصها حتى بلوغه سن الرشد (الصبي المميز) ومؤدى ذلك عدم صلاحيته مباشرة التصرفات المالية بنفسه وبالتالي تثبت لوليه أو وصيه حسب الأحوال الولاية على ماله، تحت رقابة المحكمة.

* **لمن تنعقد الولاية:** للولاية ترتيب معين مستقى من الفقه الإسلامي يبدأ بالأب فإن غاب أو قام به سبب يمنعه من تولي الولاية ثبتت ولاية مال الصغير لمن عساه أن يكون قد اختاره وصيًا لولده إذا لم يقم به سبب يمنعه منها (وهو: الوصي المختار) فإن لم يكن الأب قد اختار وصيًا لولده ثبتت الولاية على ماله للجد الصحيح وهو الجد لأب شريطة أن يكون صالحًا قانونًا لمباشرتها. فإن لم يكن ثبتت الولاية على مال الصغير لمن تعينه المحكمة وصيًا عليه.

* **عوارض الأهلية:** أمور تدرك البالغ الرشيد تعدم أهليته أو تنقصها. وتنقسم بحسب طبيعتها إلى: **١- عوارض تصيب من الإنسان عقله، فتعدم إدراكه وتمييزه وهي:** الجنون والعته. فالجنون: خلل يلحق العقل فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز. أما العته: فقد التمييز فيكون الشخص كالمجنون تمامًا (م/ ٤٥ مدني). ويأخذ العته في القانون حكم الجنون. فتصرفات المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر تقع باطلة شأنها في ذلك شأن تصرفات المجنون تمامًا. فكل من المعتوه والمجنون فاقد لأهلية الأداء ولا يكون ذلك إلا بعد صدور قرار الحجر من المحكمة وتسجيله. فقرار الحجر وتسجيله قرينة قانونية قاطعة على انعدام الإدراك وبالتالي انعدام الأهلية طوال بقاء الحجر قائمًا. كما يترتب عليه عدم إمكان الادعاء بأن تصرف المجنون أو المعتوه صدر في فترة إدراك أو وعي بغية الوصول لتقرير صحة تصرفه. وهذا هو الأصل العام. ويرد عليه استثناءان هامان وفقًا لنص المادة ١١٤ مدني): إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلًا إلا إذا: كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها.

- **فاستثناء من الأصل العام:** يكون المجنون أو المعتوه عديم الأهلية حتى قبل تسجيل قرار الحجر عليه في حالتين:

أ) شيوع حالة الجنون أو العته وقت التعاقد حتى لو كان المتعاقد معه نفسه على غير بينة من حقيقة حالته. ويقصد بشيوع حالة الجنون أو العته: أن تكون معروفة من سواد الناس ممن يخالطونه أو يجاورونه أو يتعايشون معه.

ب) علم المتعاقد مع المجنون أو المعتوه حالته وبالتالي يبطل تصرفه.

٢- عوارض تلحق من الإنسان تدبيره، فتفسده وهي: السفه والغفلة. **فالسفيه هو من:** يبذر المال على غير مقتضى العقل أو الشرع حتى لو كان ذلك في وجه من وجوه الخير. أو كما عرفته محكمة النقض: (من يبذر المال ويتلفه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضًا صحيحًا). فالسفه لا يمس من الإنسان عقله كالجنون أو العته فهو كامل العقل ولكن يمس تدبيره فيكون سيء التدبير. وتحديد ما إذا كان الشخص سفيهًا من عدمه متروك للقضاء في ضوء المقومات التي يجب توافرها في السفه.

- **أما ذو الغفلة**: من كان طيب القلب إلى حد السذاجة بحيث تجره طيبته وبلاهته إلى أن يغبن في المعاملات. والغفلة وفق محكمة النقض: ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير. ويخضع السفيه وذو الغفلة لحكم واحد وهو نقص الأهلية فيأخذان حكم الصبي المميز (م/ ٤٦). ولا يعتبر السفيه وذو الغفلة ناقصي الأهلية إلا بعد الحجر عليهما بحكم القاضي. فأفعال السفيه وذو الغفلة في الفترة التي تسبق الحجر عليهما صحيحة ويعتبرا كاملي الأهلية مع استثناءين من ذلك، هما:

أ) التصرفات التي تجيء نتيجة استغلال المتعاقد لحالة السفه أو الغفلة من أجل الحصول على مزايا مفرطة لا تتعادل مع التزاماته

ب) التصرفات التي تجيء نتيجة التواطؤ بين السفيه أو ذي الغفلة وبين من يتعاقد معه وصورة التواطؤ توقع الحجر فيبادر السفيه أو ذو الغفلة لإجراء التصرف استباقًا لتفويت أثر الحجر المرتقب.

٣- عارض لا يصيب العقل ولا يلحق التدبير ولكن وجوده يصعب على الإنسان التعبير عما يريد: ويتضمن هذا العارض العاهات الجسمانية. ولذا قرر القانون نظام المساعدة القضائية. ومقتضاه تعيين المحكمة شخصًا يعاون المصاب في إجراء التصرف وفي تفهم ظروفه يكون بمثابة المترجم له وعنه ويجب لذلك توافر شرطان:

أ) أن يجمع الشخص بين عاهتين على الأقل من ثلاث: الصمم والبكم والعمى. ويجوز للمحكمة تعيين المساعد القضائية ولو لم تكن لدى الشخص أية عاهة منها إذا رأت فيه عجزًا جسمانيًا شديدًا يخشى بسببه عليه من انفراده بمباشرة التصرف في ماله أيًا ما كانت طبيعة هذا العجز.

ب) ولا يكفي اجتماع العاهتين أو العجز الجسماني الشديد بل يلزم أن يكون من شأن هذا أو ذلك جعل الشخص متعذرًا عليه التعبير عن إرادته ويخضع تقدير هذا الأمر لقاضي الموضوع.

٤- عارض لا يصيب العقل ولا يلحق التدبير ولا يصعب التعبير عن الإرادة ولكن يؤثر في أهلية الشخص كعقوبة جنائية تبعية، وهو: عقوبة الجناية. فبمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات يحد من أهلية الأداء لدى الشخص الذي يحكم عليه بعقوبة الجناية فترفع عنه إدارة أمواله ويعهد بها إلى قيم يختاره هو وتصدق عليه المحكمة المدنية التي يقع في دائرتها موطنه أو تعينه هذه المحكمة في غرفة مشورتها إذا لم يختر المحكوم عليه أحدًا لتولي القوامة عليه بناءً على طلب النيابة العمومية أو أي ذي شأن. أما التصرف في المال فلا يعهد به إلى القيم ويظل يتولاه المحكوم عليه بشرط أذن المحكمة المدنية به فإن لم تأذن وقع التصرف باطلًا.

المطلب الثاني
عيوب الرضاء
Subsection Two: Defects of Consent

تعريفها: الأمور التي تلحق إرادة المتعاقدين أو كليهما فتفسد منه الرضاء دون أن تجهز عليه. فرضاء المتعاقد موجود لكن إرادته غير سليمة إما لأنها أتت على غير بينة ممن حقيقة الأمر أو لأنها أتت عن غير كامل حرية واختيار.

- **وهذه العيوب هي:**

١) الغلط
٢) التدليس
٣) الإكراه
٤) الاستغلال

الفرع الأول
الغلط كعيب من عيوب الرضاء
Branch One: Mistake

الغلط: وهم يتولد في ذهن الشخص فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته بأن يرى فيه شيئًا غير موجود في الحقيقة أو يتوهم خلوه من صفة حالة كونها تلزمه كمن يشتري ساعة على أنها من الذهب الخالص فيجدها من المعدن المطلي بقشرة الذهب.

- وقد اعتبر القانون المصري الغلط عيبًا في الرضاء ويؤدي إلى قابلية العقد للإبطال. كما اعتبر أنه: ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يعتبر عيبًا في الإرادة، فهناك غلط:

١) يعدم الرضاء ٢) غلط لا يؤثر في صحة الرضاء ٣) غلط يعيب الرضاء.

*** أنواع الغلط في التعاقد:**

أولًا: الغلط المانع: أو الغلط الذي يعدم الرضاء ويجعل العقد باطلًا بطلانًا مطلقًا. فيمنع انعقاده، ويكون في صور ثلاث:

١) أن يقع في ماهية العقد، كمن يعطي شخصًا آخر شيئًا على أنه بيع فيقبلها الآخر على أنها هبة.

٢) أن يقع في محل العقد ذاتية أو وجودًا. كمن يبيع لآخر منزله في المنصورة فيقبله على أنه منزله الذي في القاهرة.

٣) أو أن يقع في سبب العقد. كاتفاق الوارث مع الموصى له على قسمة الأموال الشائعة بينهما ثم يتضح أن الوصية كانت باطلة. ففي هذه الصور الثلاث لا يوجد تطابق بين الإرادتين في: ماهية العقد أو محله أو سببه لذا يحول الغلط دون انعقاد العقد نظرًا لتخلف ركنٍ من أركانه.

ثانيًا: الغلط غير المؤثر: هو الغلط الذي لا يفسد الرضاء ولا أثر له على صحة العقد. فليس له دور في تكوين الإرادة بل وقع بعد تكوينها وإبرام العقد. مثل: الغلط المادي في الحساب كتدوين ثمن أقل أو أكثر من المتفق عليه وهو ما لا أثر له على صحة الرضاء وبالتالي يكون العقد صحيحًا.

ثالثًا: الغلط الذي يعيب الرضاء. أي: يفسده ولكن لا يمنع من انعقاد العقد لتوافر الإرادة رغم تعييبها فيكون العقد مهددًا بالزوال بناءً على طلب من عيب إرادته. وهو الغلط المراد هنا باعتباره عيبًا في الرضاء.

*** شروط الغلط المعيب للرضاء:**

يشترط في الغلط حتى يكون عيبًا في الإرادة:

١) أن يكون الغلط جوهريًا.

٢) وأن يتصل بالمتعاقد الآخر.

الشرط الأول: أن يكون الغلط جوهريًا: أي أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى أن يرتضي العقد. بمعنى أنه: لولا الغلط ما أبرم المتعاقد العقد ولذا يسمى بالغلط الدافع إلى التعاقد. وفي هذا تنص المادة (١٢١) من القانون المدني بأن: يكون الغلط جوهريًا إذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ومعيار الغلط الجوهري: معيار ذاتي أو شخصي يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه. وليس معيارًا ماديًا فنتقصى أثر الغلط على إرادة المتعاقد ذاتها.

- أمثلة على الغلط الجوهري:

١) أن يقع في صفة جوهرية في الشيء.

وتكون الصفة جوهرية بالنسبة لاعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما:

أ) يلابس العقد من ظروف

ب) ولما ينبغي في التعامل من حسن نية

بمعنى أن الاعتقاد بوجودها هو الذي أدى بهما أو بأحدهما إلى ارتضاء التعاقد، وفق نص المادة (٢١) من القانون المدني.

٢) **الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته**: وكانت تلك الذات أو هذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد في هذه الحالة يكون الغلط جوهريًا بحيث إن المتعاقد الواقع في الغلط ما كان ليبرم العقد لو علم بحقيقة شخصية المتعاقد معه. ويقع هذا النوع من الغلط عادةً في عقود التبرعات لأن شخصية المتعاقد فيها تكون محل اعتبار.

وهناك صور أخرى، مثل:

٣) الغلط في القيمة.

٤) الغلط في الباعث على التعاقد.

٥) الغلط في القانون.

الشرط الثاني: أن يتصل بالمتعاقد الآخر: فيجب للتمسك بالغلط بالإضافة إلى كونه جوهريًا أن يتصل بالمتعاقد الآخر ويكون هذا الاتصال بأن:

١) يكون المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط وهي حالة (الغلط المشترك)

٢) أو يكون على علم بهذا الغلط

٣) أو يكون من السهل عليه تبينه، حتى لو لم يكن قد تبينه بالفعل.

* **وسبب اشترط القانون هذا الشرط**: حماية حسن النية ودعم استقرار المعاملاتحتى لا يفاجئ المتعاقد الآخر بزوال العقد بسبب الغلط الذي لا يعلم عنه شيئًا ولم يكن في وسعه أن يعلم ومن ثم اطمئنانه إلى صحة العقد وسلامته.

* **عبء إثبات الغلط**: طبقًا للقواعد العامة على من يدعي الوقوع فيه عبء إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها: اليمين والبينة والقرائن.

* **الجزاء المترتب على الغلط**: إذا توافرت في الغلط الشروط السابقة كان لمن وقع فيه حق طلب إبطال العقد ويقتصر هذا الحق على من وقع في الغلط دون المتعاقد الآخر. على أنه لا يجوز التعسف في استعمال الحق في طلب الإبطال فلا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقتضيه حسن النية. وبناءً على ذلك لا يجوز لمن وقع في الغلط أن يتمسك بالإبطال إن أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد كما كان يرتضيه الأول لو لم يحصل الغلط.

* **مدة سقوط دعوى الإبطال بسبب الغلط**: بأقصر المدتين:

١) ثلاث سنوات من يوم اكتشاف الغلط

٢) أو انقضاء ١٥ عامًا من وقت العقد علم المتعاقد بالغلط خلال هذه المدة أو لم يعلم.

الفرع الثاني
التدليس كعيب من عيوب الرضاء
Branch Two: Fraud (Dolus)

التدليس أو التغرير كما في الفقه الإسلامي هو: استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على إبرام العقد. فقوامه: التضليل والتمويه والخداع. فالتدليس يجعل الشخص يعتقد أمرًا يخالف الحقيقة ما يؤدي لوقوعه في الغلط. فإن كان التدليس غلط مستثار فلماذا نص عليه القانون كعيب منفصل عن الغلط؟

السبب:

١) سهولة إثباته لانبنائه على وقائع مادية.

٢) أنه يجوز مطالبة المدلس بتعويض الضرر الناتج عن الطرق الاحتيالية التي استعملها وفقًا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

* **شروط إعمال التدليس**: طبقًا للمادة (١٢٥) من القانون المدني ينبغي توافر ٣ شروط في التدليس لكي ينتج أثره القانوني من حيث إنه يشوب الرضاء ويجعل العقد قابلًا للإبطال وهي:

١- استعمال طرق احتيالية

٢- وأن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد

٣- واتصال التدليس بالمتعاقد الآخر

١ - استعمال طرق احتيالية: فقوام التدليس الاحتيال والتغرير والتضليل:

فلابد أن يتضمن أدوات أو وسائل تصل به إلى هذه النتيجة.

قد تكون هذه الأدوات أو الوسائل:

أ) وسائل فعلية مثل: صباغة ثوب قديم ليبدو جديدًا

ب) أو بالقول ولا يدخل في هذا الكذب المجرد المعتاد عليه في البيع كمبالغة البائع في مدح بضاعته ولكن الكذب المدعم بوسائل أخرى كتقديم مستند مزور لتأييد كذبه. وقد يعد الكذب المجرد تدليسًا في العقود التي تقوم على الثقة مثل: عقد العمل.

ج) وقد يكون الكتمان تدليسًا في بعض الحالات التي يوجب فيها القانون على المتعاقد واجب الإفصاح أو طبيعة المعاملة أو الأمانة المتبادلة. مثل: عقد التأمين.

٢- أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد وأن يصل به إلى هذه النتيجة بالفعل:

فتكون الطرق الاحتيالية هي التي دفعت المتعاقد للتعاقد ولولاها لم تم التعاقد. والمرجع في تقدير ذلك إلى: ضحية التدليس فالمعيار شخصي أو ذاتي. فإذا تبين أن التدليس لم يكن هو الدافع للتعاقد وأن المتعاقد كان سيبرم العقد بصرف النظر عن الطرق الاحتيالية فلا يكون رضاؤه معيبًا.

- فإن كان استعمال الطرق الاحتيالية العنصر المادي في التدليس فإن قصد التضليل هو العنصر المعنوي.

٣- اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر:

تحقيقًا لاستقرار التعاقد ومنعًا امفاجأة شخص حسن النية بإبطال العقد لسبب لا يرجع إليه ولا يعلم عنه شيئًا. فينبغي اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس ويكون ذلك:

١) إذا صدر منه شخصيًا أو من نائبه الذي مثله في العقد إذا تم العقد عن طريق النيابة.

٢) إذا صدر من غيره وكان يعلم به أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم به.

- فإذا لم يثبت المتعاقد علم الآخر بالتدليس فليس أمامه سوى الرجوع بالتعويض على المدلس على أساس المسؤولية التقصيرية ولكن يبقى العقد صحيحًا ولذلك: يقع عبء إثبات التدليس على عاتق من يتمسك به ويجوز إثباته بكافة الطرق.

*** جزاء توافر شروط التدليس:** من حق المدلس عليه طلب إبطال العقد بالإضافة إلى المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار نتيجة استعمال الطرق الاحتيالية باعتبارها عملًا غير مشروع. ويمكن أن يتوافر في التدليس أركان جريمة النصب فيتعرض المدلس لعقوبة جنائية أيضًا.

*** سقوط دعوى التدليس:**

تسقط دعوى الإبطال بسبب التدليس في القانون المدني بأقصر المدتين:

١) ثلاث سنوات من يوم اكتشاف التدليس

٢) انقضاء ١٥ عام من إبرام العقد.

الفرع الثالث
الإكراه كعيب من عيوب الرضاء
Branch Three: Duress

الإكراه هو: ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق فيولد في النفس رهبة تدفعه إلى التعاقد خشية الأذى. والإكراه كعيب يشوب الرضاء يفسد هذا الرضاء دون أن يعدمه.

*** نطاق الإكراه المعيب للإرادة:**

١) **الإكراه المطلق مثل**: الإكراه المادي الذي تكون فيه الإرادة معدومة كالتنويم المغناطيسي ومن يمسك بيد شخص آخر ويجعله يوقع على محرر. فالإرادة هنا معدومة تمامًا وبالتالي لا يقوم العقد أصلًا ويخرج هذا عن نطاق بحثنا.

٢) **الإكراه النسبي**: الذي تكون معه الإرادة موجودة ولكن ليست حرة بل تحت ضغط. فالشخص يقبل التعاقد تفاديًا لأذى أكبر يتهدده وهو الذي يعد عيبًا في الإرادة.

*** شروط الإكراه:**

يلزم لإعمال أثر الإكراه باعتباره عيبًا يشوب الرضاء توافر ثلاثة شروط:

١- التهديد بوسيلة من وسائل الإكراه.

٢- أن يتولد عن الإكراه رغبة في نفس المتعاقد تبعث إلى التعاقد.

٣- اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه.

١- التهديد بوسيلة من وسائل الإكراه مثل:

التهديد بخطر في النفس أو المال، وينبغي أن يكون التهديد:

أ) قد بعث في نفس المتعاقد بفعل فاعل فإن تولدت بغير تدخل من أحد كتولدها بفعل الظروف المحيطة بالشخص فلا يتوافر الإكراه.

ب) أن يكون التهديد قائمًا حقيقيًا أو على أساس كما تقول المادة (١٢٧) من القانون المدني. ويكون التهديد قائمًا على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرًا جسيمًا محدقًا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ولا يلزم من ذلك أن يكون الخطر موجودًا في حقيقة الواقع لكن يلزم أن يكون على قدر من الجسامة بحيث يؤثر في نفس المتعاقد ويجعله بين تحمل الأذى أو إبرام التصرف.

٢- أن يتولد عن الإكراه رغبة في نفس المتعاقد تبعث إلى التعاقد:

فلا يكفي توافر وسيلة من وسائل الإكراه بل يجب أن ينتج من ذلك رهبة تتولد في نفس المتعاقد تدفعه إلى إبرام العقد.

أي أن تكون هناك علاقة سببية بين التهديد بالخطر وبين التعبير عن الإرادة.

٣- اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه:

فينبغي اتصال الإكراه بمن يتعاقد مع المكره سواء صدر ذلك عن شخص المتعاقد أو نائبه قياسًا على نص التدليس (م/ ١٢٥) أو حرض به شخصًا يقوم به لحسابه. أما إذا صدر الإكراه عن الغير تعين أن يعلم به المتعاقد أو يكون حتمًا من المفترض أن يعلم به حتى يكون العقد قابلًا للإبطال بسبب الإكراه ولا يشترط وجود اتفاق بين المتعاقد والغير.

* **عبء إثبات الإكراه:** يقع على من يدعيه.

وله إثباته بكافة طرق الإثبات لتعلق ذلك بواقعة مادية.

* **أثر الإكراه:** إذا توافرت الشروط المشار إليها كان العقد قابلًا للإبطال لمن عيبت إرادته. فللمتعاقد حق إجازة العقد أو التمسك بإبطاله بعد زوال الإكراه.

* **سقوط الحق في طلب الإبطال:** يكون ذلك خلال:

١) بمرور ٣ سنوات من اليوم الذي ينقطع فيه الإكراه

٢) أو مرور ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد.

ويحق لمن عيبت إرادته بالإكراه طلب الحق بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية كما قد يشكل الإكراه جريمة جنائية.

الفرع الرابع
الاستغلال كعيب من عيوب الرضاء
Branch Four: Undue Influence / Exploitation

الاستغلال هو: انتهاز المتعاقد طيش بين أو هوى جامح في المتعاقد الآخر والحصول منه على عقد معاوضة فيه غبن أو على تبرع. فالاستغلال كما يكون في المعاوضات يكون في التبرعات. والاستغلال يؤدي إلى إبطال العقد لما ينتج عنه من غبن، أما الاستغلال وحده فليس عيبًا في الإرادة. **والغبن**: عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه. وليس حتمًا أن يكون وليد الاستغلال فالعبرة فيه بنتيجة العقد بالنسبة للمتعاقد دون النظر إلى الوسيلة التي أدت إليه.

*** أساس التفرقة بين الاستغلال والغبن:**

١) أن الأول قد يكون وسيلة تؤدي إلى الثاني وإن لم يكن وسيلة حتمية.

٢) الاستغلال أعم من الغبن فيمكن أن يكون في التبرعات إلى جانب المعاوضات. أما الغبن فلا يكون إلا في المعاوضات.

فقوام الغبن عدم التناسب المالي أو الاقتصادي بين ما يأخذه العاقد وبين ما يعطيه.

*** شروط الاستغلال:**

يلزم لقيام الاستغلال وإنتاجه أثره توافر ثلاثة شروط:

١) استغلال طيش بين أو هوى جامح (العنصر النفسي).

٢) التفاوت الصارخ بين الأخذ والعطاء. (العنصر المادي).

٣) أن يكون الاستغلال هو الدافع للتعاقد.

١) استغلال طيش بين أو هوى جامح (العنصر النفسي)

فـ (الطيش البين): عدم الخبرة الشديد بأمر التعاقد والاستهانة الشديدة بعواقبه. كالشاب حديث العهد بالميراث فيندفع في تصرفاته بدون تدقيق.

أما (الهوى الجامح): الميل والرغبة العنيفة نحو شخص أو شيء. كميل الرجل الطاعن في ناحية السن ناحية زوجته الشابة فيدفعه ذلك لكتابة كل ما يملك لها أو لأولادها أو الميل ناحية قطعة فنية معينة. ويقاس على ذلك السطوة التأديبية لشخص على آخر ويبلغ تأثيره عليه من الكبر حدًا بحيث يجعله ينقاد إليه ويصدع لقوله. كسطوة الأب على ابنه أو للرئيس على مرؤوسيه. وإن كان هناك من يرى تفسير عبارة الطيش البين والهوى الجامح تفسيرًا ضيقًا يتفق مع ما ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني.

٢) التفاوت الصارخ بين الأخذ والعطاء (العنصر المادي)

فينبغي إلى جانب العنصر النفسي توافر عنصر مادي هو: التفاوت الصارخ بين ما يعطيه المتعاقد ويأخذه ما يعرف بالغبن الفاحش. وتكون العبرة في تقدير قيمة الشيء لمعرفة ما إذا كان يوجد غبن فاحش أم لا بالتالي:

١) وقت التعاقد

٢) وقيمته الشخصية بالنسبة للمتعاقد نفسه وليس قيمته في الأسواق.

٣) أن يكون الاستغلال هو الدافع للتعاقد

أي أن المتعاقد مع المغبون ما تعاقد معه إلا ليستغل الهوى الجامح أو الطيش البين الذي عنده. فينبغي أن يكون من يتعاقد مع المغبون عالمًا بنواحي الضعف فيه سواء أكان المستغل ذاته أو شخص آخر يعمل لحسابه. فإن كان المتعاقد جاهلًا ذلك الطيش أو الهوى فلا ينسب إليه استغلال.

* أثر الاستغلال: الترخيص للقاضي بناءً على طلب ضحية الاستغلال ووفقًا للعدالة، ومراعاة لظروف الحال أن يقضي بإنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرفع عنه الغبن أو بإبطال العقد (م/ ١٢٩ مدني) وذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت الدعوى غير مقبولة.

والسنة مدة سقوط لا تقادم. فلا يرد عليها انقطاع ولا وقف. وعلة تقصير المقنن لمدى رفع دعوى الاستغلال وجعلها مدة سقوط وليس تقادم الرغبة السريعة في حسم العقود التي يشوبها الاستغلال حتى لا يبقى مصير العقد مهددًا لفترة طويلة بعيب يصعب إثباته ففي تقصير المدة استقرار للتعامل.

- وقد قضت محكمة النقض المصرية أن:

(دعوى إبطال العقد للغبن. شرطه. أن يكون دافع إبرام العقد استغلال أحد المتعاقدين طيشًا بينًا أو هوى جامحًا في الآخر. وجوب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد. تخلف ذلك. أثره. عدم قبول الدعوى. م ١٢٩ مدني).

(الطعن رقم ٥١٢١ لسنة ٧٢ق، بتاريخ ١٠-١١-٢٠١٢).

الركن الثاني من أركان العقد في القانون المدني المصري
ركن المحل
Element Two: Object

* **تعريف ركن المحل في العقد:** (العملية القانونية التي يراد تحقيقها عن طريق التراضي). فمن البديهي أن يكون لكل عقد محل يسقط عليه رضا أطرافه. ويتنوع هذا المحل بحسب الغايات التي يبغي الطرفين تحقيقها فقد يكون: بيعًا أو إجارة أو قرضًا وهكذا.

* **الشروط الواجب توافرها في المحل:** هي نفس الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام مع الأخذ في الاعتبار إمكان كون محل العقد باطلًا ومحل الالتزام صحيحًا مثل: التعامل في التركة المستقبلة.

لذلك يشترط في المحل أيًا كان توافر ثلاثة شروط:

١) أن يكون موجودًا أو ممكنًا

٢) وأن يكون معينًا أو قابلًا للتعيين

٣) وأن يكون مشروعًا

(م/ ١٣١-١٣٥ مدني)

وتفصيل هذه الشروط كالتالي:

١) **أن يكون محل العقد موجودًا أو ممكنًا.** إذ يلزم لنشأة الالتزام ومن ثم قيام العقد الذي يولده أن يكون محله ممكنًا غير مستحيل. فالشخص لا يلزم بعمل المستحيل (فإذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته، كان العقد باطلًا) (م/ ١٣٢ مدني).

- ويلزم لبيان هذا الشرط التفرقة بين ما إذا كان محل الالتزام:

أ) **إعطاء شيء:** فيجب أن يكون هذا الشيء موجودًا، أو ممكن الوجود

ب) **أما إذا كان محل الالتزام أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل:** فيجب أن يكون هذا الأداء أو الامتناع ممكنًا.

وتفصيل كلا الفرضين على التالي:

أ) **إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء:** أي نقل أو إنشاء حق عيني فالأصل وجوب أن يكون هذا الشيء موجودًا وقت إبرام العقد وإلا كان العقد باطلًا. فلو تعاقد شخصان على شيء على اعتبار أنه موجود فعلًا وقت العقد واتضح هلاكه قبل التعاقد كان العقد باطلًا لعدم وجود المحل. أما إذا حصل الهلاك بعد انعقاد العقد فإن العقد ينفسخ إذا كان الهلاك راجعًا لقوة قاهرة أو ينفسخ بحكم القاضي إن كان الهلاك بخطأ المتعاقد نفسه.

ويرد على هذا الأصل **استثناء** أن يكون محل العقد شيئًا مستقبلًا إذا عين تعيينًا دقيقًا ينفي عنه الجهالة الفاحشة مثل: بيع المزروعات قبل تمام نضجها. مع ملاحظة تحريم القانون لبعض العقود التي ترد على المستقبل: كرهن المال المستقبل أو هبته وكافة أنواع التعامل في التركة المستقبلة.

- ويلاحظ أن ورود محل الالتزام لا تثور بشأنه مشاكل إلا في الأشياء المعنية بالذات (الأشياء القيمية) أما الأشياء المثلية (الأشياء المعينة بالنوع) يتصور دائمًا وجودها ما دامت متوافرة في السوق حتى لو كانت غير موجودة عند المدين فتقوم مقام بعضها في الوفاء ومن هنا جرى القول المثليات لا تهلك.

ب) إذا كان محل الالتزام عملًا أو الامتناع عن عمل: لزم أن يكون هذا الأداء أو الامتناع ممكنًا.

٢) أن يكون المحل معينًا أو قابلًا للتعيين.

يشترط القانون أن يكون محل الالتزام معينًا أو قابلًا للتعيين تعيينًا نافيًا للجهالة. فإمكانية التعيين تكفي بهذا الصدد والقاعدة في هذا:

١- إذا لم يكن محل الالتزام معيّناً بذاته وجب أن يكون معينًا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.

٢- ويكفي أن يكون المحل معيّناً بنوعه فقط إذا تضمّن 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 يسلّم شيئاً من صنف متوسط (م/ ١٣٣ مدني).

*** تعيين محل الالتزام: بحسب ما إذا ما كان المحل التزامًا بإعطاء شيء أو عملًا أو امتناعًا عن عمل أو دفع مبلغ نقود:**

أ) تعيين المحل في الالتزام بإعطاء شيء: إذا كان الشيء محل الالتزام **معينًا بالذات** كمنزل: يجب تعيينه تعيينًا كافيًا عن طريق تحديد موقعه وأوصافه كذكر مساحته وعدد طوابقه وغير ذلك من الأوصاف التي تحدده تحديدًا دقيقًا. والسيارة تحدد برقم موتورها ورقم الشاسيه والموديل واللون وغير ذلك من الأمور التي تميزها عن غيرها. فإذا لم يكن محل العين معينًا على هذا النحو كان باطلًا.

أما إذا كان الشيء محل الالتزام **معينًا بالنوع** مثل: بيع كمية من القمح وجب تعيين المحل بنوعه ومقداره كبيع مائة طن من القمح المصري. وقد يتحدد المقدار ضمنًا من ظروف التعاقد. على أن التعيين الكامل للشيء المثلي يقتضي بيان درجة جودته. وقد نص القانون على إنه إذا لم يتفق الطرفان على درجة جودة الشيء ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزام المدين بتسليم شيء من صنف متوسط.

ب) تعيين المحل في الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل: إذا كان محل الالتزام عملًا أو امتناعًا عن عمل: وجب أن يكون ذلك العمل معينًا أو قابلًا للتعيين بشرط انتفاء الجهالة الفاحشة. فإذا التزم مقاول ببناء عمارة وجب تحديد طوابقها وعدد حجراتها ومواصفات التشطيب وغير ذلك وإلا كان العقد باطلًا، ما لم يستخلص محل الالتزام من ظروف التعاقد.

ج) تعيين المحل إذا كان مبلغًا من النقود: إذا كان محل الالتزام مبلغًا من النقود: يجب تعيينه بنوعه ومقداره كالالتزام بألف جنيه مصري. ففي هذه الحالة يلتزم المدين بقدر العدد المذكور في العقد دون أن يكون هناك أثر لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء.

٣) أن يكون المحل مشروعًا أي: قابلًا للتعامل فيه وجائز قانونًا بأن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب. فمحل كان الالتزام مخالفًا للنظام العام والآداب كان العقد باطلًا (م/ ١٣٥ مدني).

* **يقصد باصطلاح (النظام العام):** كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها. مثال ذلك: بيع الوفاء وهو: البيع الذي يحتفظ فيه البائع بحق استرداد المبيع إذا رد الثمن خلال مدة معينة (م/ ٤٦٥)، وعقود المقامرة والرهان (م/ ٧٣٩).

- **والأمثلة على العقود التي تقع باطلة لمخالفة المحل فيها للنظام العام** عديدة: كاتفاق يقبل بمقتضاه الموظف رشوة لأداء عمل يتدخل في مهام وظيفته. والاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص أن يرتكب جريمة.

- **ومن أمثلة العقود التي تقع باطلة لمخالفة المحل فيها لحسن الآداب:** عقد شهادة الزور، والاتفاقات بشأن الدعارة.

الركن الثالث من أركان العقد في القانون المدني المصري
ركن السبب
Element Three: Cause

يقصد بالسبب باعتباره ركنًا في العقد أو الالتزام: الغاية التي يبتغي المتعاقد تحقيقها من وراء تعهده بالالتزام. فالبائع يرضى بتحمل الالتزام بنقل ملكية المبيع للمشتري وتسليمه إياه مقابل الحصول على الثمن الذي يلتزم الأخير بدفعه له.

❋ التمييز بين ركن السبب وركن المحل:

ركن السبب: الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام.

أما ركن المحل: فالأمر الذي يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله.

فالسبب جواب على سؤال: (لماذا التزم المدين؟)

أما المحل جواب على سؤال: (بماذا التزم المدين؟)

❋ والسبب لا يدخل إلا في الالتزامات الإرادية أي: تلك التي تنشأ بفعل الإرادة، سواء تلك الناشئة عن العقد أو تلك الناشئة عن التصرف القانوني بإرادة واحدة كالوصية والوعد بجائزة. فلا يكون السبب في الالتزامات غير الإرادية كفرض القانون الالتزام على المدين دون أن يكون لإرادته دخل في تحمله به كالالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب.

❋ السبب في القانون المصري وأغلب القوانين العربية: ركن لازم لقيام العقد إلى جانب الرضاء والمحل. والسبب المقصود هنا (السبب القصدي) أي: الغرض أو الغاية التي يسعى إليها الملتزم من وراء قبوله التحمل بالتزام، وليس (السبب المنشئ) الذي يقصد به: المصدر الذي يستمد منه الالتزام وجوده كما ذهب الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي. أما الدكتور السنهوري، والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ذهبا إلى: فكرة ازدواجية السبب (سبب العقد وسبب الالتزام) فلا تعارض بينهما؛ لأن سبب الالتزام هو الغرض المباشر من العقد أما سبب العقد فهو الباعث الدافع إلى التعاقد.

❋ شروط السبب في القانون المصري:

يشترط القانون المصري في السبب توافر شرطين هما:

١) وجود السبب، ٢) مشروعيته

١) وجود السبب:

وهذا الشرط واضح من نص القانون المدني: (إذا لم يكن للالتزام سبب كان العقد باطلًا) (م/ ١٣٦). ويتحدد وجود السبب من عدمه في: وقت إبرام العقد ولا يتأثر بزواله بعد ذلك. وطبقت محكمة النقض هذا الحكم على هدايا الخطبة من شبكة وغيرها واعتبرتها هبة صحيحة رغم عدم الزواج على اعتبار أنها هبة ينظر إليها في سببها وقت انعقادها فإذا فسخت الخطبة فإن ذلك لا يؤدي إلى زوال السبب بعد أن تحقق

٢) مشروعية السبب:

فيجب أيضًا أن يكون السبب مشروعًا وإلا كان العقد باطلًا.

ويقصد بمشروعية السبب: عدم مخالفته للنظام العام والآداب.

* إثبات السبب: يقع عبء إثبات السبب وجودًا ومشروعية على **المدين**.

وقد فرق القانون في هذا الإثبات بين حالتين:

١) حالة ما إذا ذكر السبب في العقد

٢) وحالة ما إذا لم يكن السبب مذكورًا في العقد.

١) **إذا ذكر السبب في العقد**: افترض القانون أن هذا السبب هو الحقيقي حتى يقوم الدليل على العكس. فالقرينة القانونية هنا بسيطة يمكن إثبات عكسها؛ إذ (يعتبر السبب المذكور في العقد هو الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببًا آخر مشروعًا أن يثبت ما يدعيه).

٢) **إذا لم يذكر السبب في العقد**: كأن يذكر فيه أن المدين يلتزم بدفع مبلغ للدائن بدون ذكر بيان سبب هذا الدفع هل هو قرض أم بيع أم هبة، افترض القانون هنا أن للالتزام سبب مشروع إلى أن يثبت المدين عكس ذلك؛ (فكل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببًا مشروعًا) (م/ ١٣٧). فعدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يبطله لعدم اشتراط القانون. بل عند خلو العقد منه تقوم قرينة قانونية على أن لهذا الالتزام سبب مشروع وبه يرتفع عبء الإثبات عن الدائن، خلافًا للقواعد العامة في الإثبات. وهي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بإثبات أن الالتزام لا يقوم أصلًا على سبب، أو يقوم على سبب غير مشروع.

الفصل الثاني

أركان العقد في نظام المعاملات المدنية

Part Two: Essential Elements of Contract in the Civil Transactions Law

كما الحال في القانون المدني المصري تنقسم أركان العقد في نظام المعاملات المدنية إلى:

الركن الأول ركن التراضي ويشمل:	الركن الثاني ركن المحل ويشترط:	الركن الثالث ركن السبب ويشترط:
❋ العنصر الأول: تحقيق الرضا ❋ العنصر الثاني: التعبير عن الإرادة ❋ العنصر الثالث: أهلية المتعاقدين ❋ العنصر الرابع: عيوب الرضاء	❋ أن يكون ممكنا في ذاته ❋ ألا يكون مخالفا للنظام العام ❋ أن يكون معينا بذاته أو بنوعه ومقداره أو قابلا للتعيين	❋ أن يكون الباعث مشروعًا

الركن الأول من أركان العقد في نظام المعاملات المدنية

ركن التراضي

Element One: Mutual Consent

❋ التراضي أو (الرضا)- حسب اللفظ المستخدم في نظام المعاملات المدنية: (يتحقق إذا توافقت إرادتا متعاقدين (أو أكثر) لديهما أهلية التعاقد وعُبر عن الإرادة بما يدل عليها). فالعقد لأنه عمل قانوني يصدر من جانبين يحتاج في انعقاده إلى توافر إرادتين وفقًا للمادة (٣٢) من نظام المعاملات المدنية. وهذه المادة في توضيحها لأبعاد الرضا كركن في العقد أوضح من المادة التي تقابلها في القانون المدني المصري (٨٩) والتي تنص على أن: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معيّنة لانعقاد العقد).

ويستفاد من نص المادة (٣٢) من نظام المعاملات المدنية أن تحقيق ركن الرضا في العقد يتطلب:

١. توافق إرادتا متعاقدين أو أكثر
٢. أن تتوافر فيهما أهلية التعاقد
٣. التعبير عن الإرادة بما يدل عليها

*** الفرق بين تناول ركن الرضا في القانون المدني المصري ونظام المعاملات المدنية:**

- **القانون المدني المصري** تناول التراضي كركن من أركان العقد في مواد مجملة بدون تقسيم هذه المواد لفئات تبين أحكامًا مختلفة (المواد من ٨٩ وحتى ١٣٠)، أما شراح القانون شرحوا هذا الركن بالتفصيل وفصلوا وجود التراضي عن صحته.

فحتى يوجد التراضي لابد من بحث:

أ) وجود الإرادة عند كل من العاقدين

ب) ثم التعبير عنها

ج) ثم توافقها وارتباطها مع إرادة المتعاقد الآخر

فبدون قيام التراضي لا يقوم العقد من الأساس، غير أن قيام التراضي وحده لا يكفي لانعقاد العقد صحيحًا إذ لابد من صحة التراضي وهذه هي النقطة الثانية التي تبحث في الرضا كركن من أركان العقد.

ويبحث في صحة التراضي:

١. أهلية المتعاقدين.

٢. وعيوب الرضاء.

ويلاحظ أن هذه النقاط التي تؤدي لصحة التراضي كركن في العقد ليست جوهرية، فالعقد يقوم رغم غياب أهلية أحد أطرافه أو إذا توافر عيب من عيوب الإرادة غير أن القانون رتب إمكان البطلان إذا وجدد خلل في صحة التراضي وأجاز لمن شرع لمصلحته أن يتمسك به.

وهذه هي الخطة التي اتبعناها عندما تكلمنا عن ركن الرضا في القانون المدني المصري. وجود التراضي أولًا وصحته ثانيًا.

- أما **نظام المعاملات المدنية** فقد عالج المنظم ركن الرضا بترتيب مختلف يقوم على التدرج العملي في التطبيق فجاء على النحو التالي:

١. المادة (٣٢) لبيان كيفية تحقيق الرضا

٢. والمواد (٣٣ وحتى ٤٦)، للكلام عن التعبير عن الإرادة

٣. والمواد (٤٧ وحتى ٥٦)، للكلام عن أهلية المتعاقدين

٤. والمواد (٥٧ وحتى ٦٩) للكلام عن عيوب الرضاء

والتفسير الأقرب لهذا الاختلاف في الطرح بين كلا التشريعين أن القانون المدني المصري فقهي وتأصيلي، أما نظام المعاملات المدنية له طابع عملي يورد أحكامًا مباشرة يسهل تطبيقها عبر قراءتها بدلًا من محاولة فهم النظرية ككل حسب الترتيب الفقهي. وبما أننا تناولنا بالبيان الترتيب الفقهي في القانون المدني المصري لركن الرضاء عبر تناول:

١. وجود الرضاء

٢. وصحة الرضاء

فمن غير العملي إعادة شرح نظام المعاملات المدنية بنفس التقسيمة. وقد بُيِّن هذا التحليل الفقهي في القسم الخاص بالقانون المدني المصري. لذا سنقتصر هنا على شرح النظام وفق ترتيبه العملي الذي اختاره المنظم من خلال النقاط التالية:

١. تحقيق الرضا

٢. والتعبير عن الإرادة

٣. وأهلية المتعاقدين

٤. وعيوب الرضاء

عناصر ركن الرضا في نظام المعاملات المدنية

Components of Consent in the Civil Transactions Law

العنصر الأول في ركن الرضا في نظام المعاملات المدنية: تحقيق الرضا

Component One: Attainment of Consent

يتحقق الرضى: (إذا توافقت إرادتا متعاقدين (أو أكثر) لديهما أهلية التعاقد وعُبر عن الإرادة بما يدل عليها) كما نصت المادة (٣٢) من نظام المعاملات المدنية. ويتحقق ذلك بالإيجاب الذي يصدر من أحدهما والقبول الذي يصدر من الآخر. وقد وضعت هذه المادة في بند منفصل في النظام كتمهيد قبل بيان عناصر ركن الرضا.

وفكرة الرضا أساسية في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي إذ أن هذه العقود تقوم وتنشأ بإرادة أطرافها، ولتحقق تلك العقود أهدافها وغاياتها تعيّن أن يكون لها قوة ملزمة يطمئن إليها كل طرف ويعرف بها ويبني عليها ما له وما عليه من حقوق وواجبات. فإن العقد حين ينعقد بإرادة طرفيه يربط كل واحد منهما بالحقوق والالتزامات التي اتفقا عليها وليس لأحد منهما أن ينفك من الالتزامات التي أنشأها العقد بإرادته وحده دون الطرف الآخر ما دام العقد قد انعقد بإرادة طرفيه معاً وذلك أن كل واحد منهما دخل في العقد ورتّب تلك الالتزامات التي اقتضاها العقد بإرادته واختياره فوجب عليه أن يلتزم بالوفاء بها على وفق ما اقتضاه العقد الذي دخل فيه ما دام مشروعاً أصلاً ووصفاً فـ(إن العقود إنما وجب الوفاء بها بإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقا إلا ما خصه الدليل)، (والأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هوما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد[1]) .

*** حتى يتحقق ركن الرضا وفق ما نصت عليه المادة (٣٢) ينبغي أن:**

أ. تتوافق إرادة متعاقدين (أو أكثر)

ب. ويتوافر فيهما أهلية التعاقد

ج. وأن يعبر عن الإرادة بما يدل عليها

وبما أن المنظم خصص البند الثاني والثالث في ركن الرضا للكلام عن:

- التعبير عن الإرادة

-وأهلية المتعاقدين، وهما محل التفصيل التالي إن شاء الله فلا يكون أمامنا هنا سوى الكلام عن توافق إرادة المتعاقدين.

*** توافق إرادة المتعاقدين:**

تعرف الإرادة بأنها: القوة المولدة للعقد. فالعقد (توافق إرادتين على وجه ينتج أثره الشرعي وهو الالتزام المطلوب للمتعاقدين[2]). وتقوم الإرادة على (التراضي بإيجاب وقبول بين طرفيها، فليست عملا فرديا من جانب واحد[3]). لذلك يشترط أن يتوافر من كلا المتعاقدين التوافق لينتج "الرضا المعتبر". وبما أن التراضي لا يتحقق إلا بتلاقي إرادتين فإنه يُستظهر عادةً في صورة إيجاب يصدر من أحد المتعاقدين وقبول يصدر من الآخر ومن ثم تعين بيان المقصود بكل من الإيجاب والقبول.

---

[1] القضية رقم ١٦٧٠٦ لعام ١٤٤٠هـ، ديوان المظالم، الدائرة الإدارية / المستأنفة بالقضية رقم ١٣٧١ لعام ١٤٤٢هـ.

[2] الدعوى رقم ٣٢١٩٤٨٩٤، المحكمة العامة بمكة المكرمة، بتاريخ ١٤٣٢/ ٠٥/ ٢٦هـ.

[3] القضية رقم ١٠٨٣ لعام ١٤٠٤هـ، ديوان المظالم، الدائرة الإدارية: / حكم التدقيق رقم ٥٩/ ت/ ١ لعام ١٤٠٨هـ.

الإيجاب: هو اللفظ الذي يصدر من البائع لإنشاء العقد مثل قوله: بعت ونحوه (م/ ١٧٠ مجلة الأحكام الشرعية). وجاء في كشاف القناع: (الإيجاب ما يصدر من بائعفيقول البائع بعتك كذا أو ملكتك هذا ونحوهما).

والقبول: هو اللفظ الذي يصدر من المشتري لإنشاء العقد مثل قوله: اشتريت أو قبلت (م/ ١٧١ مجلة الأحكام الشرعية). وجاء في كشاف القناع: (القبول ما يصدر من مشتر بأي لفظ دال على الرضا بالبيع فيقول المشتري: ابتعت أو قبلت أو رضيت وما في معناه).

وقد بين ديوان المظالم هذا بالتفصيل عندما ذكر أنه: (من المقرر أن العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله؛ فإنه على ذلك من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين طرفين نتيجة لاتفاق إرادتيهما، وهاتان الإرادتان خفيتان، وطريق إظهارهما هو التعبير عنهما، وهو في العادة بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من الطرفين المتعاقدين يسمى إيجاباً وقبولاً. فالإيجاب: هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين معبراً عن جزم إرادته في إنشاء العقد أياً كان هو البادئ منهما.

وأما القبول: فهو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب معبرا عن موافقته عليه.

ومتى حصلا بشرائطهما الشرعية اعتبر بينهما ارتباط هو في الحقيقة ارتباط بين الشخصين بموضوع العقد، فيصبح كل منهما ملزما بالحقوق التي التزمها بمقتضى عقده تجاه الطرف الآخر[١]).

- ما قررته محكمة النقض المصرية بخصوص توافق إرادة المتعاقدين:

أ. (التعاقد لا يعتبر تامًا ملزمًا بمجرد تدوين نصوصه كتابةً ولو حصل التوقيع عليها، بل أنه لابد من قيام الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه وهذا ما يقتضي تسليم السند المثبت له لصاحب الحق فيه بحيث أن لو تبين أنه لم يسلم إليه مطلقًا لما صلح هذا دليل على الالتزام). فمحكمة النقض المصرية ترى أنه لابد من توافر دليل على توافق وتلاقي إرادة المتعاقدين، حتى يقوم الالتزام)[٢].

ب. (المقصود بالرضاء الصحيح الوارد بالمادة ١٢٨ من القانون المدني (قديم) هو كون المتصرف "مميزًا يعقل معنى التصرف ويقصده"، والغرض من كونه "مميزًا يعقل معنى التصرف" أن يكون مدركًا ماهية العقد والتزاماته فيه. أما كونه "يقصده" فالغرض منه بيان أن لابد من إرادة حقة منه لقيام هذا الالتزام. فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني- وبدونها لا يصح التصرف[٣]).

---

(١) القضية رقم ٣٦٢ لعام ١٤٢١هـ، ديوان المظالم، الدائرة الإدارية: حكم التدقيق رقم ٥١/ ت/ ١ لعام ١٤٢٢هـ.

(٢) نقض ٢١-١٢-١٩٥٠.

(٣) نقض ٨-٣-١٩٣٤.

- قد يقول قائل أن طرح نظام المعاملات لتعريف التراضي وتناوله مستلزماته لم يشترط إحداث أثر قانوني خلافًا للقانون المدني المصري، الذي يرى وجوب اتجاه إرادة المتعاقدين لترتيب هذا الأثر، فإذا انتفت نية ترتيبه لم نكن بصدد إيجاب بالتعاقد أو قبول للتعاقد. وانتفاء هذه النية يعرض في حالات متعددة، منها:

١. المجاملة

٢. والهزل

٣. وانعدام الإرادة كما في حالة الطفل غير المميز أو المجنون، أو فقدانها كالسكران أو المريض.

غير أن التطبيق العملي يكشف تناول القضاء في المملكة لهذا الحكم حيث قضت:

أ. **الدائرة التجارية المستأنفة في ديوان المظالم** بأن: (ولا ينال من ذلك كل ما دفع المدعى عليه للحكم بفسخ العقد محل الدعوى؛ حيث إن العقد إنما ينبني على توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، وثمرته هو الالتزام الذي يقع على أطرافه نتيجة تلك الإرادة، ما تكون معه إرادة الشخص المعين ذات اعتبار في التعاقد[١]) .

ب. **لجنة الاستئناف في منازعات الأوراق المالية** بأن: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد طرفي العقد بقبول الطرف الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في محله، ومن ثَمَّ فإنّ العقد ينشأ بمجرد توفر الإيجاب والقبول، ولا يلزم لنشوئه الكتابة، أو الإفراغ في شكل معين، ويُمكن إثباته بأية طريقة من طرق الإثبات [٢]) .

وباسترجاع تعريف العقد في المادة (٣١) من النظام نجدها قررت: نشوء العقد بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي، ما يدحض هذا الرأي.

---

[١] القضية رقم ٤٩٨٩ لعام ١٤٣٠هـ. ديوان المظالم، الدائرة التجارية / المستأنفة بالقضية رقم ٢٣٢٨ لعام ١٤٣٨هـ.

[٢] الحكم رقم ٩٢٠ لسنة ١٤٣٦هـ.

العنصر الثاني في ركن الرضا في نظام المعاملات المدنية: التعبير عن الإرادة

Component Two: Expression of Will

تناول نظام المعاملات المدنية عنصر (التعبير عن الإرادة) في ١٤ مادة (من ٣٣ وحتى ٤٦).

*** المادة (٣٣): (١. يكون الإيجاب والقبول بكل ما يدل على الإرادة.**
٢. يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالمعاطاة، وأن يكون صريحا أو ضمنيا، وذلك ما لم تقتض النصوص النظامية أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة خلاف ذلك).

الإيجاب كما عرفت مجلة الأحكام العدلية: (أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف) (م/ ١٠١)، أما القبول فهو: (ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يتم العقد) (م/ ١٠٢). وهما جوهر التراضي. ويكونان بكل ما يدل على الإرادة. فالإرادة كامنة حتى يظهرها المتعاقد على نحو يدل على موقفه من الالتزام قبولًا أو رفضًا.

ومن التعبير عن الإرادة ما أفصحت عنه الفقرة الثانية من المادة: كاللفظ: وهو التعبير بالمشافهة. ولا يشترط فيه أن يكون بلفظ دون آخر. بل أي لفظ يدل على المعنى المقصود يجوز التعبير به عن الرضى، وحكم الفقه والقانون في ذلك سواء لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ ويشترط في الفقه أن يكون اللفظ قاطعًا في دلالته على الإيجاب والقبول. وقد ذكر فقهاء الحنابلة أن كل لفظ يؤدي معنى البيع والشراء ينعقد به فلا تنحصر الصيغة القولية في لفظ معين[١]. **أو الكتابة**: أيًا كان نوعها عرفية أو رسمية. إلكترونية أو في صورة خطابات مكتوبة أو ما شابهها [٢]. فقد اعتبر نظام الإثبات أن: للإثبات بالدليل الرقمي حكم الإثبات بالكتابة الوارد في هذا النظام [٣]. وأن الدليل الرقمي غير الرسمي حجة على أطراف التعامل -ما لم يثبت خلاف ذلك- في الحالات الآتية:

١- إذا كان صادرًا وفقا لنظام التعاملات الإلكترونية أو نظام التجارة الإلكترونية.

٢- إذا كان مستفاداً من وسيلة رقمية منصوص عليها في العقد محل النزاع.

٣- إذا كان مستفاداً من وسيلة رقمية موثقة أو مشاعة للعموم[٤] .

---

[١] عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني. دار الكتب العلمية. ص١٤٤.

[٢] (من البديهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطًا أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة)، كما ذكر السنهوري على شرحه للقانون المدني)؛ (فلا يجوز الخلط بين الاتفاق، والورقة المثبتة له. فقد تبطل الورقة المثبتة للعقد لكن العقد ذاته يبقى صالحًا لأن يثبت بأي دليل آخر). نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد. د/ أحمد السعيد الزقرد.

[٣] المادة ٥٥ من نظام الإثبات.

[٤] المادة ٥٧ من نظام الإثبات.

- **أو الإشارة المفهومة**: للأخرس وغيره. فهز الرأس عموديًا دلالة على الموافقةوأفقيًا دلالة على الرفض. لتواضع الناس على أن لها هذا المعنى.

- **أو المعاطاة**: ومنه ما جاء في مجلة الأحكام العدلية أن: (المقصد الأصلي من الايجاب والقبول هو تراضي الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي؛ مثال ذلك: أن يعطي المشتري للخباز مقدارًا من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقدارًا من الخبز بدون تلفظ بإيجاب أو قبول) (م/ ١٧٥).

- **ويصح أن يكون التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمنًا**: ما لم تقتض النصوص النظامية أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة خلاف ذلك . فقد يشترط المتعاقدون أنفسهم أو النظام وجوب التعبير الصريح عن الإرادة لإبراز أهمية التصرف القانوني الذي يراد عقده فيعتد باتفاقهم. وحينها لا يجوز الاعتداد بالرضاء الضمني كما بينت المذكرة التمهيدية للقانون المدني المصري.

*** المادة (٣٤):**

١ . يعد عرض البضائع والخدمات مع بيان ثمنها إيجابا، إلا إذا قامت دلائل تفيد خلاف ذلك.

٢ . لا يعد الإعلان مع بيان الأسعار المتعامل بها إيجابا، إلا إذا قامت دلائل تفيد أن المراد به الإيجاب.

تفرق هذه المادة بين حالتين للتعبير الصريح عن الإرادة ذكر أساسهما في القانون المدني المصري ولم يذكره النظام في وسائل التعبير عن الإرادة وهو: اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود منه (أو ما يطلق عليه فقهًا: التعبير عن الإرادة بالفعل[1]). ومثال هذه المواقف: وضع آلة لبيع السلع بطريقة أوتوماتيكية في واجهة المحل للجمهور مع كتابة أسعارها ووقوف سيارات الأجرة في المواقف المخصصة لها فيعتبر هذا إيجابًا للجمهور.

والحالتان التي فرق بينهما النظام هما:

أ. عرض البضائع والخدمات مع بيان ثمنها: والتي اعتبرها إيجابا صريحًا إلا إذا قامت دلائل تفيد خلاف ذلك.

---

[1] وقد كانت المادة ١٣٤ في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تنص على أنه:
١ . يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابًا.
٢ . أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجابًا، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض). واقترح حذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون النص عليه.

ب. الإعلان مع بيان الأسعار المتعامل بها: والذي لا يعد إيجابا إلا إذا قامت دلائل تفيد أن المراد به الإيجاب[1].

وعلة التفرقة: أن العرض مع الثمن يدل عادة على استعداد فوري للبيع (إيجاب)، أما الإعلان فيقصد به غالبًا مجرد حث الناس على التفاوض (دعوة للتعاقد). فالعرض استعداد فعلي من جانب الموجب أما الإعلان دعوة غير ملزمة ما لم تقم قرينة تفيد أن المراد بها الإيجاب.

*** المادة (٣٥):**

١. للموجب أن يعدل عن الإيجاب قبل صدور القبول؛ ما لم تكن للإيجاب مدة معينة.

٢. إذا لم تكن للإيجاب مدة معينة؛ فعلى الموجب إذا عدل إعلام من وجه إليه الإيجاب بذلك، وإلا لزم الموجب تعويضه عما لحقه من ضرر، ولا يشمل ذلك ما فاته من كسب متوقع من العقد الذي عدل عن إبرامه.

- تبين **الفقرة الأولى** من هذه المادة حكم الإيجاب خلال الفترة الممتدة من وقت صدوره واتصاله بعلم الموجه إليه وحتى لحظة صدور القبول، إذ يكون للموجب أن يعدل عنه ما لم يكن الإيجاب محدد المدة وما لم يصدر القبول. فإن كان محدد المدة تعين انتظار فواتها أو قبول الطرف المقابل، فإن لم يقبل وانتهت المدة سقط الإيجاب. وتعرف حالة تعيين مدة للإيجاب صراحةً أو ضمنًا فقهًا باسم (القوة الملزمة للإيجاب)[2].

وذهب الفقه إلى أن تحديد المدة قد يكون صراحةً أو ضمنًا من ظروف التعامل أو طبيعته. فإذا عرض مالك آلة بيعها تحت شرط التجربة فيستفاد من ذلك أنه قصد ارتباطه بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة وعند النزاع في تحديد المدة يترك تقديرها لقاضي الموضوع إذا لم يحددها المتعاقدان بوجهٍ من الوجوه بالرجوع إلى نية الموجب وفقًا لكل ظروف كل حالة وبخصوصها.

---

[1] للمزيد من التفصيل حول الخلاف الفقهي حول القيمة القانونية للمستندات التي تسبق مرحلة التعاقد، والتكييف القانوني للإعلانات التجارية والإعلانات المكتوبة كالكتالوجات: برجاء مراجعة:

١. دراسة: نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، د/ أحمد سعيد الزقرد.

٢. كتاب: نظرية العقد والإرادة المنفردة- دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، د/ عبد الفتاح عبد الباقي.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه: (لا يعد إيجابًا باتًا، بل يكون من قبيل المفاوضات، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة). حكم ٢-٣-١٩٠٤م.

[2] (نعني بقوة الإيجاب الملزمة أن يكون الموجب ملزمًا بالبقاء على إيجابه إلى وقت معلوم، فلا يستطيع الرجوع فيه قبل انتهاء هذا الوقت، لا أن يكون الموجب ملتزمًا بالعقد الذي أوجب له، لأن هذا العقد لم يتم ولن يتم إلا بعد أن يقترن به القبول، فالإيجاب لا يكون ملزمًا إلا إذا تعين فيه ميعاد لاقتران القبول به، سواء أكان تعيينًا صريحًا أو مستخلصًا من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة. وإذا لم تحدد مدة للقبول لا صراحةً ولا ضمنًا، فإن الإيجاب لا يكون ملزمًا ولو أنه إيجاب قائم، ومن ثم يجوز للموجب الرجوع فيه في أي وقت شاء، ما دام أنه لم يقترن بالقبول، ونرى من ذلك أن الإيجاب قد يكون قائمًا ملزمًا، وقد يكون قائمًا غير ملزم). المستشار/ أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص٢٤٤و٢٤٥.

أما **الفقرة الثانية** تبين حكم الإيجاب غير محدد المدة حال عدول الموجب عنه، إذ ألزمت الموجب بإعلان من وجه إليه الإيجاب بهذا العدول وإلا كان عليه تعويض الموجه إليه الإيجاب عما لحقه من ضرر عن العقد الذي فاته إبرامه لا عن الكسب المتوقع من هذا العقد.

- **وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية** أن: (التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه، فإذا كان الموجب قد التزم في إيجابه بالبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه، وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لا يزال في حوزة الموجب فله أن يعدل عنه أو يعدل فيه لأن التعديل ما هو إلا صورة من صور العدول[1]).

كما تقول: (الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب، ويبقى الموجب ملتزمًا بالبقاء على إيجابه المدة التي حددها، فإذا صدر القبول خلال الأجل مطابقًا للإيجاب انعقد العقد وأصبح ملزمًا، ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون فلا يستطيع أحد المتعاقدين أن ينفرد بنقض العقد أو تعديله[2]).

*** المادة (٣٦):**

١. يسقط الإيجاب في الحالات الآتية.

أ. إذا عدل عنه الموجب وفق أحكام المادة (الخامسة والثلاثين) من هذا النظام.

ب. إذا رفضه من وجه إليه صراحة أو ضمنا، وأي تعديل يتضمنه القبول يعد رفضا يتضمن إيجابا جديدا.

ج. إذا مات الموجب أو من وجه إليه الإيجاب أو فقد أحدهما أهليته قبل صدور القبول، ولو كانت للإيجاب مدة معينة.

د. إذا لم يتصل القبول بالإيجاب عرفا أو انقضت المدة التي عينها الموجب للقبول دون صدوره.

٢. القبول بعد سقوط الإيجاب لا ينعقد به العقد، ولكنه يعد إيجابا جديدا).

- تبين **الفقرة الأولى** من هذه المادة حالات سقوط الإيجاب وهي:

أ. عدول الموجب عنه وإبلاغ من وجه إليه الإيجاب وفق أحكام المادة السابقة (المادة ٣٥ من النظام).

---

[1] نقض ١٠-٤-١٩٥٨، س٩ق، ص٣٥٩.

[2] نقض ١-٢-١٩٨٢، طعن ١٣٥٨، س٤٨ق.

وفي هذا تقول مجلة الأحكام العدلية أنه: (لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب، فلو قبل الآخر بعد ذلك لا ينعقد البيع) (م/ ١٨٣). واعتبر جمهور الفقهاء هذا الرجوع من قبيل (خيار الرجوع). أما المالكية فاشترطوا ارتباط رفض من وجه إليه الإيجاب بعدم انفضاض مجلس التعاقد فإما أن يقبل المتعاقد الآخر أو يرفض أو ينفض مجلس العقد حتى لو رجع صاحب الإيجاب فيه فلا يعتد برجوعه طالما كان مجلس العقد قائمًا.

ب. رفض من وجه إليه الإيجاب صراحةً أو ضمنًا. فإن عاد وقبل لم يعتد بقبوله لسقوط الإيجاب.

لكن لو شمل قبوله بعد الرفض تعديلًا للعرض الذي وجه إليه عد إيجاب جديد يحتاج للقبول ممن وجه إليه العرض.

وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية أن: تعارض القبول مع الإيجاب يعتبر رفض يتضمن إيجابًا جديدًا [١] . كما اعتبر القانون المدني المصري اقتران القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه يعتبر رفضًا يتضمن إيجابًا جديدًا[٢] .

ج. موت الموجب أو من وجه إليه الإيجاب أو فقد أحدهما أهليته قبل صدور القبول. حتى لو كان للإيجاب مدة محددة فيسقط. خلافًا للحكم المقرر في القانون المدني المصري من استمرار أثر التعبير عن الإرادة: قبولًا وإيجابًا بعد الوفاة أو فقد الأهلية [٣].

د. عدم اتصال القبول بالإيجاب عرفًا أو انقضاء المدة التي قررها الموجب.

فارتباط سقوط الإيجاب بالمدة له حالتين:

- **أولاهما:** مستفادة من الفقرة الأولى من هذه المادة/ ومن المادة السابقة إذ يسقط الإيجاب بانتهاء المدة.

- **وزادت هذه المادة** عدم اتصال القبول بالإيجاب في مدة تعتبر عرفًا سقوطًا في هذه الحالة يعتد بهذا السقوط بموجب ما قررته أحكام العرف.

ويعتبر سقوط الإيجاب بمضي المدة تفسير معقول لنية الموجب فقد قصد ألا يبقى الإيجاب إلا لمدة محددة ولا يكون لإيجابه وجود بعدها.

أما **الفقرة الثانية** من المادة تبين حكم القبول بعد سقوط الإيجاب وهو: اعتباره إيجاب جديد يحتاج لقبول ممن صدر منه الإيجاب الأول.

---

[١] نقض جلسة ١٦-٢-١٩٦٧، س١٨ق، ص٣٤٩.

[٢] المادة ٩٦ من القانون المدني المصري.

[٣] المادة ٩٢ من القانون المدني المصري.

* المادة (٣٧):

(١. لا يعد سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولا إلا إذا كان هناك اتفاق أو وجدت قرينة تدل على ذلك.

٢. يعد السكوت قبولًا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو كان هذا الإيجاب لمحض منفعة الموجب له).

- **الفرق بين التعبير الضمني عن الإرادة والسكوت**: أن السكوت وحده لا يُعد إفصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة وهو ما يعبر عنه فقهاء الشريعة بأنه "لا ينسب لساكت قول" لأن السكوت مجرد وضع سلبي فهو عدم والعدم لا ينبئ بشيء، بينما التعبير الضمني وضع إيجابي فالإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية يجب أن يقوم الدليل عليها[١] فيمتنع السكوت أن يكون إيجابًا لما يتطلبه الإيجاب من تحديد للمسائل الجوهرية للعقد، وفي بعض الفروض الاستثنائية يمكن أن يعتبر قبولًا.

وقد فَصّلَت هذه المادة حكم سكوت من وجه إليه الإيجاب: فاعتبرت الأصل أن سكوت من وجه إليه الإيجاب ليس بقبول إلا إذا كان هناك اتفاق أو وجدت قرينة تدل على ذلك. ثم **استثنت الفقرة الثانية من المادة حالتين يكون فيهما سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولًا** (فيما يعرف في الفقه القانوني بمصطلح السكوت الملابس[٢]) وهما:

- سبق التعامل بين المتعاقدين واتصال الإيجاب بهذا التعامل كالعلاقة بين تاجر التجزئة الذي اعتاد على طلب بضاعة من تاجر الجملة فيرسلها له الأخير دون رد صريح بالقبول، فسكوت تاجر الجملة على طلب تاجر التجزئة يفيد إتمام العقد ويكون على تاجر الجملة إذا أراد رفض الطلب أن يخطر تاجر التجزئة برفضه في الوقت المناسب إخطارًا صريحًا.

- أو كان هذا الإيجاب لمحض منفعة الموجب له ومثاله: سكوت المدين عن قبول مهلة للوفاء يمنحها له الدائن فيعد هذا السكوت قبولًا. وكذلك إذا كان هناك عقد قائم بين الطرفين فإن السكوت الملابِس قد يُعتبر قبولًا لتعديل العقد أو فسخه متى كان هذا التعديل أو الفسخ يحقق مصلحة خالصة للموجب له

لذا قضت محكمة النقض المصرية أن: (المقرر وفقًا لنص المادة ٩٨/ ٢ من القانون المدني أن مجرد السكوت عن الرد لا يصلح بذاته تعبيرًا عن الإرادة، ولا يعتبر قبولًا إلا إذا كان متعلقًا بتعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل بأن كان مكملًا أو منفذًا أو معدلًا أو ناسخًا له[٣]).

---

[١] الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٨٧ ق، بتاريخ ٢٨-٥-٢٠٢٢.

[٢] السكوت الملابس هو: ما تلابسه ظروف.

[٣] نقض ٢٦-١١-١٩٨٤، طعن ١٦٤٩، س٥١ق.

* المادة (٣٨):

(١. إذا كان المتعاقدان حاضرين في مكان واحد أو في مكانين مختلفين عبر وسائل الاتصال المباشرة؛ عدّ العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين صدر فيهما القبول؛ ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٢. إذا كان المتعاقدان غائبين؛ عد العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين علم فيهما الموجب بالقبول؛ ما لم يتفق على خلاف ذلك).

- تشير هذه المادة إلى تحديد مكان وزمان انعقاد العقد سواء كان المتعاقدين حاضرين أو غائبين. فتبين **الفقرة الأولى** حكم التعاقد بين حاضرين في مكان واحد (وهو الحضور الحقيقي) أو بين حاضرين في وقتٍ واحد لكن في مكانين مختلفين عبر الاتصال المباشر (وهو الحضور الحكمي) فيما يعرف فقهًا بمجلس العقد[١]:

إذ اعتبر النظام في هذه الحالة أن العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين صدر فيهما القبول. ويستفاد من هذا مساواة النظام بين الحضور الفعلي والاعتباري من حيث النتيجة: وهي الاعتداد بالزمان والمكان اللذان صدر فيهما القبول. ما لم يتفق على خلاف ذلك.

أما **الفقرة الثانية** تبين حكم التعاقد بين غائبين: فتعتبر العقد قد تم في المكان والزمان اللذين علم فيهما الموجب بالقبول ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويتفق النظام في هذه الفقرة مع حكم المادة (٩٧) من نظام القانون المدني المصري. وزاد القانون المدني المصري فقرة في هذا الحكم على نظام المعاملات المدنية: (يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول). فقد أخذ القانون والنظام بنظرية (العلم بالقبول) في التعاقد بين الغائبين فاعتبرا أن العقد قد يتم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول. ويقع على الموجب له عبء إثبات تحقق هذا العلم وله ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما في ذلك البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية وهي العلم، وإن كان يحسن إخطار الموجب له الموجب بقبوله بإنذاره على يد محضر.

* المادة (٣٩):

(دون إخلال بالنصوص النظامية؛ لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو وقع باطلًا، أو بإقفال المزايدة دون رسوها على أحد).

تناقش هذه المادة حكم التعاقد عن طريق المزايدات.

---

[١] مجلس العقد هو: المكان الذي يضم المتعاقدين، ويبقيان فيه منشغلين بالتعاقد، دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر. ولم ينظر الفقهاء إلى مجلس العقد باعتباره المكان الذي يجمع المتعاقدين، وإنما باعتبار أن يتمكنوا فيه من المناقشة سويًا في أركان العقد وشروطه من غير فارق زمني، وقياسًا على ذلك يأخذ التواصل عبر التليفون وغيره من وسائل التواصل الآنية نفس حكم مجلس العقد ولو فصل بين المتحادثين مسافة طويلة.

- الأصل في التعامل بين الناس في الحياة اليومية: التعاقد بالممارسة، وقد يحصل التعاقد بالمزايدة إما بسبب حكم القانون كبيع وإيجار أموال الدولة الخاصة أو بسبب بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبري عليها نتيجة عدم وفائه بديونه أو بسبب لجوء المتعاقدين لهذه الوسيلة عن اختيار. وتقرر هذه المادة حكم التعاقد في المزايدة عن طريق تحديد: ما يعتبر إيجابًا ومدى التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه وتحديد الوقت الذي ينعقد فيه العقد.

فالتصرف الذي يدعو به البائع من يرغب في الشراء المزايدة على ثمن البيع يعتبر دعوة للتعاقد وليس إيجابًا حتى لو حدد ثمنًا وشروطًا للبيع. أما الإيجاب يكون من المشتري بتقدمه إلى المزاد والإدلاء بعطاء فيه حتى لو كان العطاء مصحوبًا بتأمين؛ لأن التأمين شرط للتقدم بالعطاء.

ويلتزم الموجب (المتقدم بالعطاء) بالبقاء على إيجابه حتى:

- يتقدم مزايد آخر بعطاء أفضل (حتى لو كان العطاء الذي يزيد عليه باطلًا)،

- أو إلى أن يقفل المزاد دون أن يرسى على أحد إذا كان عطاؤه الأفضل ما لم يظهر من ظروف الحال أن المتزايد أراد ألا يبقى مقيدًا بعطائه،

- أو أن المتعاقدين اتفقا على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزاد.

وعلة سقوط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلًا أو تقرر رفضه أو الرجوع فيه أو أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد: أنه يفترض في صاحب العطاء الأول أنه يريد بقاء عطاءه قائمًا إلى حين التقدم بعطاء آخر أفضل دون نظر إلى قيمة هذا العطاء الآخر أو مصيره. فإن حدث هذا العطاء الأفضل انتهى الميعاد لبقاء الأصغر قائمًا من غير أن يرد عليه قبول فيزول.

ولا يتم البيع إلا إذا صدر قبول من القائم بالبيع سواء كان هو البائع نفسه أو وكيلًا عنه. فللبائع أن يرفض العطاء ولو كان هو الأفضل أو الأخير، دون أن يحمله ذلك مسؤولية؛ لأنه موجب له وللموجب الحق في القبول أو الرفض دون أن يكون عليه معقب. ويلاحظ أنه قد يكون من شروط المزاد وجوب المصادقة على إرسائه من شخص محدد أو هيئة معينة فلا يعتبر المزاد قد أرسي إلا بهذه المصادقة وينعقد العقد من تاريخ رسو المزاد لا من تاريخ التصديق.

* المادة (٤٠):

(القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها).

- الأصل في التعاقد حرية النقاش والمساومة ويشذ عن هذا طائفة من العقود لا نقاش في شروطها ولا مساومة وإنما يضع أحد الطرفين الشروط سلفًا ويعرضها على الجمهور ولا يكون أمام من يريد إبرام الصفقة إلا قبولها جملة أو رفضها جملة وهو الحكم الذي قرره نظام المعاملات المدنية في هذا المادة لطائفة من العقود تسمى عقود الإذعان. هذا الحكم مطابق لحكم القانون المدني المصري في اقتصار القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.

وتتميز عقود الإذعان باجتماع محددات ثلاثة:

١. تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات للمستهلكين.

٢. احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارًا قانونيًا أو فعليًا، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها.

٣. توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة وعلى وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها. ويغلب أن يكون ذلك في صورة مطبوعة تحتوي على شروط منفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لصالح الموجب من أمثلتها: عقود المياه والكهرباء والتأمين والبريد.

وقد حمى القانون الطرف المذعن الذي يصدر منه القبول بالنص على أنه عند الشك يفسر الشرط الغامض لمصلحة المذعن دائنًا كان أو مدينًا رغم أن القاعدة أن الشك يفسر لصالح المدين كما يجيز للقاضي تعديل أية شروط تعسفية قد يتضمنها عقد الإذعان أو أن يلغيها لمصلحة الطرف المذعن. وقد جعل القانون من هذا الحكم قاعدة عامة لا يمكن الاتفاق على ما يخالفها.

* المادة (٤١):

١. إذا تم التفاوض على عقد فلا يرتب ذلك على أطراف التفاوض التزاما بإبرام هذا العقد، ومع ذلك يكون من يتفاوض أو ينهي التفاوض بسوء نية مسؤولا عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر، ولا يشمل ذلك التعويض عما فاته من كسب متوقع من العقد محل التفاوض.

٢. يعد من سوء النية عدم الجدية في التفاوض، أو تعمد عدم الإدلاء ببيان جوهري مؤثر في العقد.

- تبين هذه المادة القيمة القانونية للتفاوض على العقد إذ لا يرتب التفاوض على الأطراف التزامًا بإبرام العقد. لذا يعتبر في قضاء محكمة النقض: طرح مناقصات التوريد والبيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات مجرد دعوة إلى التفاوض وليس إيجابًا[1].

واكتفى النظام بترتيب حكم على سوء النية في عملية التفاوض أو إنهائها بسوء نية: فيكون الطرف سيء النية مسؤولًا عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر ويلتزم بتعويضه ولا يندرج في هذا التعويض ما فاته من كسب متوقع من العقد محل التفاوض. فمن الواضح أن الحكم بالتعويض قرر من باب المسؤولية التقصيرية عن سوء استخدام حق التفاوض الذي يسبب ضررًا للغير وليس من باب التعويض عما فات المتضرر من كسب كان قد يناله من إبرام العقد.

وهذا الاتجاه الذي سلكه المنظم هنا يقترب من النظام الأنجلوسكسوني الذي يعتبر مرحلة التفاوض غير ملزمة عقديًا ومن باب المساومة وأن الوثائق والمستندات في هذه المرحلة مجرد أعمال تحضيرية واستعدادات مادية للدخول في علاقة عقدية لم تكتمل عناصرها القانونية بعد على نحو لا يمكن التسليم بإلزامها قانونًا. أما النظام اللاتيني يعترف بالصفة القانونية الإلزامية لهذه المرحلة وما يصدر فيها من وثائق.

وقد اعتبر النظام من سوء النية التي يلزم صاحبها بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الغير بسببها:

- عدم الجدية في التفاوض
- وتعمد عدم الإدلاء ببيان جوهري مؤثر في العقد.

وقد عَرَف القانون الفرنسي المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات السابقة للتعاقد فقرر أنه: (في حالة ارتكاب خطأ في المفاوضات، فإن جبر الناتج لا يمكن أن يكون محل تعويض عن خسارة الفوائد المنتظرة من العقد الذي لم يبرم). (م/ ١١١٢-٣). فالقاعدة هنا وكما فعل نظام المعاملات المدنية تقرير المسؤولية التقصيرية عن التصرفات الخاطئة التي تصدر من أحد المتفاوضين وتلحق ضررًا بالطرف الآخر ما دام العقد النهائي لم يبرم بعد.

---

[1] الطعن رقم ١٥٨١٨ لسنة ٨٠ ق - جلسة ٢٤ / ١٢ / ٢٠١٩.

* المادة (٤٢):

١. إذا اتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية في العقد وعلى إرجاء الاتفاق على المسائل غير الجوهرية؛ كان ذلك كافيًا لاعتبار القبول مطابقًا للإيجاب، ولا يؤثر اختلافهما في المسائل غير الجوهرية في انعقاد العقد ما لم يكونا قد ربطا انعقاده بالاتفاق اللاحق على تلك المسائل.

٢. إذا لم يتفق المتعاقدان على المسائل غير الجوهرية؛ حدَّدتها المحكمة وفقًا لأحكام النصوص النظامية وطبيعة المعاملة والعرف.

تتعرض هذه المادة لمسألة إتمام العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية. فقد يتفق المتعاقدان مبدئيًا على المسائل الجوهرية في العقد ويمسكا عن المسائل الثانوية (غير الجوهرية) سهوًا منهما أو ظنًا أن الاتفاق عليها غير مؤثر، في هذه الحالة رتب النظام حكمًا وهو اعتبار العقد قد تم وصدر القبول مطابقًا للإيجاب ولا يؤثر عدم الاتفاق على المسائل غير الجوهرية بشرط ألا يكونا قد ربطا انعقاد الاتفاق بالموافقة على هذه المسائل لاحقًا. فتطابق الإرادتين لا يكون لازمًا لوجود العقد إلا للمسائل الجوهرية كتحديد المبيع والثمن وكيفية الوفاء به وما إلى ذلك أما المسائل التفصيلية أو القانونية فالقاعدة فيها: أن الاتفاق بشأنها غير ملزم فإذا لم يتفق المتعاقدان بشأنها أو ظهر جليًا من طبيعة التعاقد أن النية انصرفت إلى تعليق وجود العقد حتى إتمام الاتفاق عليها: حددتها المحكمة وفقًا لأحكام النصوص النظامية وطبيعة المعاملة والعرف.

وقد قررت محكمة النقض المصرية بهذا الصدد حديثًا: (إقامة الطاعن دعواه بإلزام المطعون ضدهما بالتعويض عن التأخر في تسليم المبيع وتقديمه ما يفيد تمام انعقاد العقد. مفاده. اتفاق الطرفين مسبقًا على كافة المسائل الجوهرية اللازمة للتعاقد. مؤداه. عدم تعلق النزاع بمدى انعقاد البيع وإنما بما يفرضه من التزامات بعد التعاقد كتسليم المبيع. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وتكييفه للنزاع بأنه يتعلق ببيع بالعربون ويحمل دلالة العدول دون إيراد أسباب تحمله وقضاؤه بما لم يطلبه الخصوم. خطأ ومخالفة[1]).

- وتقابل هذه المادة في النظام المادة (٩٥) في القانون المدني المصري. وقد جاء في الأعمال التحضيرية بشأنها: (أن هذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، فإذا تعارض هذا التفسير مع ما أراده المتعاقدين، بأن اشترطا صراحةً أو ضمنًا أن يكون العقد باطلًا عند عدم الاتفاق على المسائل التي احتُفِظَ بها، وجب احترام هذه الإرادة، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل، ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد جعل من (طبيعة الموضوع) عنصرًا من عناصر التوجيه، التي يشترك بها القاضي في إكمال العقد).

[1] الطعن رقم ٣١٠٤٩ لسنة ٩٣ ق - جلسة ٢٤ / ٢ / ٢٠٢٥.

* المادة (٤٣):

١. لا يكون الوعد الذي يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقدٍ في المستقبل ملزمًا إلا إذا عُيّنت المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها، وتوفرت شروطه عند إنشاء الوعد، بما في ذلك أي شروط شكلية تشترطها النصوص النظامية لذلك العقد.

٢. إذا امتنع الواعد عن تنفيذ الوعد وطالبه الآخر وكانت شروط العقد متوفرة؛ قام حكم المحكمة في حال صدوره مقام العقد.

- تتناول المادة حكم (الوعد بالتعاقد) في العقود الملزمة للجانبين أو لجانب واحد فهو عقد كامل لا مجرد إيجاب ولكنه عقد تمهيدي لا عقد أساسي، وعلى هذين الأساسين ترتكز كافة القواعد.

فيشترط لمثل هذا الاتفاق التمهيدي حتى يكون ملزمًا:

١) تحديد المسائل الأساسية في التعاقد: وهي أركان العقد وشروطه الأساسية[١]. فإن كان العقد مثلًا (بيع) وجب تعيين المبيع والثمن.

٢) تحديد المدة التي يجب أن يتم خلالها التعاقد صراحةً أو ضمنًا. فلا يصح أن يخلو العقد منها أو ينفرد أحد الطرفين أو القاضي بتقريرها. فبدون تحديد المدة لا نكون بصدد وعد بالتعاقد.

٣) أن تتوافر شروط العقد عند إنشاء الوعد بالتعاقد ومنها: أي شروط شكلية تشترطها النصوص النظامية في هذا العقد. فالوعد بالرهن الرسمي مثلًا إذا لم يفرغ في ورقة رسمية كان باطلًا.

ومن هذا ما قررته محكمة النقض حديثًا من أن: (التفات الحكم المطعون فيه عن طلب إحالة الدعوى للتحقيق على سند من كون الاتفاق الشفوي بين الطاعن ومورث المطعون ضدهما في حقيقته وعد بالتعاقد لا يسري في حق المطعون ضدهما لوفاة مورثهما قبل نهاية العقد الأول ولعدم تفريغ الوعد بالتعاقد في ورقة رسمية معترف بها من الطرفين بالرغم من عدم استلزام المشرع شكلًا خاصًا لعقد الإيجار وأحقية الطاعن في إثبات واقعة التأجير بكافة طرق الإثبات ورغم أن هذا الدفاع من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى. خطأ وقصور وإخلال[٢]).

---

[١] انعقاد الوعد بالتعاقد. شرطه. اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. المسائل الجوهرية. أركان العقد وشروطه الأساسية. مثال في عمل. الطعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق - جلسة ٢١ / ٤ / ١٩٧٣، مكتب فني (سنة ٢٤ - قاعدة ١١٥ - صفحة ٦٤٩).

[٢] الطعن رقم ١٤٧٤٤ لسنة ٨٧ ق، جلسة ٢٣-٤-٢٠٢٤.

ويلاحظ أن شروط الانعقاد والصحة متطلبة في عقد الوعد بالتعاقد أما مشروعية المحل والسبب يكفي توافرها وقت العقد النهائي حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد.

- وتقابل هذه المادة في القانون المدني المصري مادة رقم (١٠١) و(١٠٢)، وقد جمع بينهما النظام في مادة واحدة.

وقد قررت **الفقرة الثانية** من المادة أنه: إذا امتنع الواعد عن تنفيذ الوعد وطالبه الآخر وكانت شروط العقد متوفرة قام حكم المحكمة في حال صدوره مقام العقد. فإذا توافرت شروط العقد وامتنع العاقد عن تنفيذ وعده بعد توافر الشروط السابق بيانهاوطالب الطرف الآخر المتعنت بالإيفاء كان له اللجوء للمحكمة ويقوم حكمها حال صدوره مقام العقد. ويعد الحكم في ذاته سندًا ناقلًا أو منشئًا للحق (خاصة في عقود البيع والرهن) لا مجرد إلزام بالتنفيذ.

ففي عقد البيع مثلًا للمشتري رفع دعوى صحة ونفاذ (عقد البيع) على البائع وإلزامه بالتسليم ويجب عليه حتى يقضى له بصحة ونفاذ العقد أن يقدم للمحكمة ما يدل على أنه أظهر رغبته في إتمام العقد للواعد خلال المدة المتفق عليها بعقد الوعد.

*** المادة (٤٤):**

(١. دفع العربون عند إبرام العقد يفيد أن لدافع العربون وحده الحق في العدول عن العقد، وليس له إذا عدل أن يسترد مبلغ العربون، وذلك كله ما لم يتفق على خلافه.

٢. إذا لم يعين المتعاقدان مدة العدول عينتها المحكمة بحسب العرف وظروف العقد.

٣- يعد سكوت دافع العربون حتى مضي المدة أو عدم تنفيذ ما التزم به خلالها عدولًا منه عن العقد).

- الأصل في التعاقد أنه بات بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيه بعد تمامه أن يستقل بالتحلل منه. ولكن يصح في بعض الأحيان أن يتم التعاقد ويكون لأحد الطرفين أو كلاهما العدول عنه بمحض الإرادة ومن أبرز هذه الحالات: التعاقد بالعربون الذي تقرر هذه المادة أحكامه، وتقابل في القانون المدني المصري المادة (١٠٣).

فتقرر **الفقرة الأولى** من هذه المادة في النظام أن: لدافع العربون عند التعاقد حق العدول عن العقد بدون أن يسترد مبلغ العربون ما لم يقتض الاتفاق غير ذلك. خلافًا للقانون المدني المصري الذي يقرر حق العدول لكلا المتعاقدين. فهذه المادة تلزم دافع العربون إما باستمرار التعاقد أو عدم الاستمرار فيه مع ترك العربون.

فالعربون: مبلغ من النقود أو أي شيء آخر غيره يقوم أحد المتعاقدين بإعطائه للآخر عند التعاقد على ذمة تنفيذ العقد أو على أمل إتمام التعاقد، والغالب فيه اقتصاره على النقود. وغرامة ترك العربون لا تعد تعويضًا عن ضرر إذ هي لازمة حتى لو لم يترتب عن العدول عن التعاقد أي ضرر فهي المقابل الذي اتفق عليه المتعاقدان لحق العدول وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي. **فالشرط الجزائي**: تقدير اتفاقي لضرر وقع. فجاز للقاضي تخفيضه أو عدم الحكم به إن لم يقع أي ضرر. أما **العربون** فلا يجوز تخفيضه مطلقًا فهو البدل في التزام بدلي.

ودلالة العربون المتخذ بها في القانون المدني المصري ونظام المعاملات المدنية: دلالة العدول. فيقصد بالعربون: منح أحدهما أو كليهما خيار العدول عن العقد الذي أبرماه. خلافًا لدلالة الرجوع. أي: تأكيد إبرام العقد، وجعله باتًا نهائيًا لا رجوع فيه. وذلك عن طريق تعجيل جزء من المقابل الذي يلتزم به أحدهما.

لذا نص النظام على أن: (لدافع العربون وحده الحق في العدول عن العقد). فدفع العربون في وجهة نظر النظام قرينة على أن لمن دفع حق العدول عن العقد دون الاعتداد بإرادة الطرف الآخر بشرط أن يكون ذلك الدفع قد حدث عند التعاقد لا بعده. وهي قرينة بسيطة قابلة للدحض بإثبات عكسها.

أما **الفقرة الثانية** من المادة توضح المدة التي يحق فيها لدافع العربون العدول عن الاتفاق (أو وقت مباشرة خيار العدول): فإما أن يكون لهذا العدول وقت محدد ينتهي بانتهائه ويقوم العقد. وإن لم يحدد هذا الميعاد تعين المحكمة هذا الوقت بمقتضى العرف وظروف العقد. ويمكن لدافع العربون أن يعرب عن رغبته في إتمام التعاقد وعدم انتظار انتهاء الوقت صراحةً أو ضمنًا كقيامه بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في ذمته وفي هذه الحالة هل يعتبر أدائه لالتزاماته وتعبيره عن التزامه بالعقد مسقطًا حقه في العدول، أم ينبغي الانتظار لنهاية المدة المتفق عليها؟

الظاهر من نص الفقرة الثالثة من المادة أنها تعد سكوت دافع العربون خلال المدة المتفق عليها للعدول حتى مضيها أو عدم تنفيذ ما التزم به خلالها عدول ضمني منه عن العقد فإن قام من تلقاء نفسه بتنفيذ التزاماته اعتبر مسقطًا لحقه في العدول. ولا يعتد في عدوله إلا بسكوته أو عدم تنفيذ التزاماته.

فدافع العربون بين الخيار: إما العدول وترك العربون عَبّر عن هذا صراحةً أو ضمنًا، أو السكوت وعدم تنفيذ التزاماته، أو إمضاء العقد وفي هذه الحالة يكون العربون جزء من الاتفاق.

وقد قررت محكمة النقض حديثًا بشأن العربون: (دلالة دفع العربون. المرجع في بيانها بما تستقر عليه نية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه القانوني. لمحكمة الموضوع استظهار نيتهما من ظروف الدعوى ووقائعها لتتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو جزء من الثمن الذي انعقد به البيع باتا أم أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول. لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة. م ١٠٣/ ١ مدني[1]).

* المادة (٤٥):

(الاتفاق الإطاري عقدٌ يُحدد المتعاقدان بمقتضاه البنود الأساسية التي تخضع لها العقود التي ينشئها المتعاقدان بينهما وفقًا لأحكام هذا الاتفاق، ويُعد ذلك الاتفاق جزءًا من العقود المبرمة بينهما).

- **عَرّف الفقه القانوني الاتفاق الإطاري بأنه**: عقد يحوي في طياته الشروط العامة أو الرئيسية التي تنظم العقود اللاحقة عليه فيكون بالنسبة لها كما الدستور بالنسبة للقوانين العادية فلا يجوز الحياد عن القواعد المذكورة فيه، فيكون هو الموجه والمنظم والمراقب لهذه القواعد).

وقد ظهر الاتفاق الإطاري في مصر لأول مرة في عام ٢٠١٨ مع القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ حيث أجاز القانون للجهات الحكومية إبرام اتفاقيات إطارية مع من وقع عليه/ أو عليهم الاختيار أيًا كانت الطريقة التي اتبعتها الحكومة في الاختيار -بأسلوب المناقصة العامة أو المحدودة، أو الممارسة العامة أو المحدودة أو التعاقد المباشر- بحيث يتم من خلال الاتفاقية الإطارية الاتفاق على القواعد والشروط التي سيتم في ضوئها تلبية احتياجات جهة حكومية أو أكثر خلال فترة زمنية معينة من السلع أو الأعمال أو الخدمات التي يتكرر احتياج الجهات الحكومية إليها أو التي يتوقع الاحتياج إليها مستقبلًا دون معرفة الوقت والكمية المطلوبة على وجه الدقة بشكل مسبق.

فالاتفاق الإطاري عقد مستقل عن العقد اللاحق، وقد عَرِفَهُ نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لعام ١٤٤٠هـ فعَرّفه بأنه: اتفاقية بين جهة أو أكثر من الجهات الحكومية وواحد أو أكثر من الموردين أو المقاولين أو المتعهدين، وتتضمن شروط وأحكام العقود التي ستتم ترسيتها أثناء مدة معينة. وقد أضاف **نظام المعاملات المدنية** حكمًا بشأنه في هذه المادة بتعريفه أنه: (عقد يحدد المتعاقدان بمقتضاه البنود الأساسية التي تخضع لها العقود التي ينشئها المتعاقدان بينهما وفقًا لأحكام هذا الاتفاق، ويعد ذلك الاتفاق جزءًا من العقود المبرمة بينهما). فللاتفاق الإطاري إذًا وجود في نطاق القانون الخاص والعام.

[1] الطعن رقم ١٥٠٨٣ لسنة ٨٣ ق - جلسة ٢٥ / ٩ / ٢٠٢١.

ومما قرر بصدد الاتفاق الإطاري قضائيًا أن: (خلو مقترح الاتفاقية الاطارية من خاتم الطاعنة أو توقيع ممثلها أو موافقته على شروطها وفقا لما ورد بنص البند التاسع من تلك الاتفاقية صراحة بضرورة توقيع تلك الاتفاقية من الممثل القانوني للطاعنة ومهره بخاتمها في كل صفحة من صفحاته وهو شرط أساسي للعمل بها وسريانه في حقها ومن ثم يترتب على عدم التوقيع عدم سريان تلك الاتفاقية في مواجهتها إذ لا يكتسب المحرر قوته القانونية إلا من خلال مهره بتوقيع او خاتم أو بصمة فإذا خلا من ذلك فلا يخرج المحرر عن كونه مسودة تحت النقاش لم يتم اعتمادها[1]) .

* المادة (٤٦):

(إذا أحال المتعاقدان صراحةً أو ضمنًا في العقد إلى أحكام وثيقةٍ نموذجيَّةٍ أو قواعد محددة أو أي وثيقة أخرى عُدَّت جزءًا من العقد).

- لهذه المادة فائدة عملية مهمة تتعلق بالإحالة في العقد إلى أحكام أخرى سواء أكانت أحكام وثيقة نموذجية أو قواعد محددة أو أي وثيقة أخرى فتعتبر في هذه الحالة جزء من العقد. ويقترب حكم هذه المادة من نص المادة (١١١٩) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه: (ليس للشروط العامة التي يتمسك بها طرف تجاه الآخر أثر إلا إذا كان قد علم بها وقبلها. وفي حالة التعارض بين الشروط العامة التي يتمسك بها كل من الطرفين قبل الآخر، تعد الشروط المتعارضة عديمة الأثر. أما في حالة التعارض بين الشروط العامة والشروط الخاصة، فإن الشروط الخاصة هي التي يؤخذ به).

وهذا النص في القانون المدني الفرنسي يقرر ما استقر القضاء عليه من ضرورة قبول الطرف الآخر للشروط العامة لكي تحدث أثرها. وفي حال التناقض بين الشروط العامة التي وضعها كل من الطرفين تحيد هذه الشروط -باعتبارها لا أثر لها- طالما أنه لا يمكن تلاقي الإرادتين في هذا الفرض. ولا يخرج هذا الحكم عما هو مقرر بالقواعد العامة بشأن تطابق الإرادتين. وفي حالة التناقض بين الشروط العامة والخاصة تكون الأولوية للشروط الخاصة.

ومن هذا ما قررته محكمة النقض من أن: (عقد التأمين. ماهيته. عقد رضائي يُثبت في وثيقة موقعة من طرفيه. اشتمالها على شروط عامة وخاصة. اعتبارهما قانون المتعاقدين. التعارض بين أيهما. مؤداه. الاعتداد بالشرط الخاص. علة ذلك. اتفاق الطرفان في الوثيقة على استثناء بعض حالات الخطر المؤمن منه من التأمين. أثره. وجوب إعمال هذا الاتفاق. شرطه. وروده ضمن الشروط العامة أو الخاصة[2]) .

---

[1] الحكم رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٥ محكمة النقض (أبو ظبي).

[2] الطعن رقم ١٥٦١٢ لسنة ٧٧ ق، جلسة ٣ / ١٢ / ٢٠٢٣.

العنصر الثالث في ركن الرضا في نظام المعاملات المدنية: أهلية المتعاقدين

Component Three: Capacity of the Parties

تناول نظام المعاملات المدنية عنصر (أهلية المتعاقدين) في ١٠ مواد (من ٤٧ وحتى ٥٦).

*** المادة (٤٧): (كل شخص أهل للتصرف؛ ما لم يكن عديم الأهلية أو ناقصها بمقتضى نص نظامي).** تبحث هذه المادة في حكم أهلية التصرف[١] ويقابلها في القانون المدني المصري المادة (١٠٩) والتي تنص على أن: (كل شخص أهل للتعاقد ما لم تُسلب أهليته أو يحدّ منها بحكم القانون). والواضح أن النظام رتب على (أهلية التصرف)[٢] أحكامًا، أما القانون المصري رتب على (أهلية التعاقد) فهل هذا مجرد اختلاف اصطلاحي بين الأهلية في التصرف والأهلية في التعاقد أم المسألة أبعد من ذلك؟

ركز القانون المدني المصري في أحكام الأهلية على (الأهلية في التعاقد) كما ذكرت المذكرة الإيضاحية فأشار في تناوله للمادة المذكورة على: (اعتبار الشخص أهلًا للتعاقد، ما لم يقرر القانون عدم أهليته. كما نص على القواعد الموضوعية الأساسية، لاسيما ما يتعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو نقصها من أثر في صحة الرضاء، أما التفصيلات فموضعها القوانين الخاصة بذلك). ما يستفاد منه تركيز أحكام الأهلية في القانون المدني المصري على أهلية التعاقد فقط والقواعد الموضوعية الأساسية وترك باقي مسائل الأهلية للقوانين الخاصة بذلك.

والأهلية بشكل عام: صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك. ويتضح من هذا التعريف أن الأهلية تنقسم إلى نوعين: أهلية الوجوب وهي: صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات[٣]. وأهلية الأداء وهي: صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقًا أو تحمله التزامًا على وجهٍ يعتد به قانونًا.

---

[١] ذكر الشيخ مصطفى الزرقا -رحمه الله- أن: (الأهلية من خصائص الأشخاص. وتستعمل في اللغة بمعنى الجدارة والكفاية لأمر من الأمور). وفي الاصطلاح الفقهي تعرف الأهلية في مفهومها العام الشامل بأنها: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلًا صالحًا لخطاب تشريعي). المدخل الفقهي العام.

[٢] المقصود بالتصرف القانوني: الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين. وقد تكون إرادة أو واقعة مادية. والواضح أن مفهوم (أهلية التصرف) الوارد في نظام المعاملات المدنية يشمل: التصرفات التي تنشأ عن العقد + التصرفات التي تنشأ عن الإرادة المنفردة.

لذلك اعتبر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي: أن مجال إعمال أهلية الأداء في القانون المدني المصري: الأعمال القانونية: أو ما يطلق عليه التصرف القانوني، والأعمال المادية: سواء أكانت عن قصد أو بدون قصد.

[٣] للمزيد حول التصرف القانوني: بحث التصرف القانوني والواقعة القانونية: دروس لقسم الدكتوراه. د/ عبد الرزاق السنهوري، ١٩٥٤.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في المملكة العربية السعودية أن: (من المعلوم ان أهلية الوجوب تثبت للشخص الطبيعي منذ ان يولد إلى أن يموت، وللشخص المعنوي منذ الاعتراف النظامي له بالشخصية المعنوية الى ان ينقضي بحله أو اندماجه)، الحكم في الاعتراض رقم ٢٢٢ لعام ١٤٤٠هـ، بتاريخ ١٤-١١-١٤٤٠هـ.

والأهلية المقصودة اللازمة لسلامة الرضاء: أهلية الأداء، وهي المقصودة في المادة ١٠٩ من القانون المدني المصري. لذا عندما نبحث عن مصطلح (أهلية التصرف) في التشريعات المصرية وأحكام القضاء نجده مشارًا إليه في القوانين الأخرى التي قصدتها المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ومنه ما قررته محكمة النقض: (يدل النص في المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن الصبي المميز ليست له في الأصل أهلية التصرف في أمواله، فلا يملك الصلح على الحقوق. إلا أنه يجوز لوليه إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوقه، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقاراً أو محلاً تجارياً أو أوراقاً مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه[١]) .

أما نظام المعاملات المدنية رتب أحكامًا على (أهلية التصرف) التي تمتد إلى كل تصرف قانوني يترتب عليه أثر في الذمة المالية أو الشخصية لا أهلية التعاقد فقط. وقصد بذلك تجميع كافة أحكام الأهلية في التصرفات النظامية في هذا الجانب من نظام المعاملات المدنية لذا نجد تناول أحكام القضاء للأهلية من هذا الباب -الباب العام- لا أهلية التعاقد فقط ومنه الأحكام التالية: أ. (وبما أن الإقرار صادر ممن له أهلية التصرف وفي مجلس القضاء الأمر الذي رأت معه الدائرة الحكم على المدعى عليها بمبلغ المطالبة [٢]).

ب. (النزول عن الحق هو بمثابة إبراء، ولا يجوز لصاحب الحق أن يعود للمطالبة به ما لم يكن قد شاب إرادته عيب من العيوب المبطلة، تأسيسا على أن التنازل عن الحق عمل من أعمال التصرف الذي تشترط فيه أهلية التصرف [٣]).

ج. (أمر تزكية الشهود ليس حقا للشاهد، أو من يأتي ليقرر عدالة الشهود، وإنما النظر في ذلك للقاضي الذي يقرر ثبوت ما تمت الشهادة به، إذا ثبت لديه عدالة الشاهد، وإثبات العدالة إنما يتم إذا قام لدى القاضي ما يحقق الثقة لديه بسلامة الشاهد، وخلوها من احتمال الهوى، وثبوت أهلية مؤديها) .

* ويلاحظ أن من الفقه [٤] من يرى الأهلية المقصودة في القانون المدني المصري أهلية الأداء وفقًا للمادة ١٠٩ فالشخص أهل لإجراء التصرفات القانونية **كافة** ما لم يقض القانون بانعدامها عنده فيمتنع عليه حينئذ إجراء أي من تلك التصرفات أو يقضي القانون بانتقاص الأهلية لديه. فلا يصح منه إجراء التصرفات التي يرد الإنقاص عليها [٥]. ويؤيد هذا الرأي موضع القانون المدني بين التشريعات الأخرى وبسط سلطانه عليها فهو الشريعة العامة في القانون الخاص. غير أنه يصطدم بما قرر في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني من رغبة واضعي القانون النص على القواعد الموضوعية الأساسية وترك التفصيلات للقوانين الأخرى.

---

(١) الطعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٥٨ ق. مكتب فني (سنة ٤١ - قاعدة ٨١ - صفحة ٤٦٥).

(٢) المحكمة التجارية في أبها، الحكم في القضية رقم ٤٥٣٠٩٠٤٥٣٨ لسنة ١٤٤٤ه. بتاريخ ٠١-١١-١٤٤٥هـ.

(٣) لجنة الفصل في المنازعات المصرفية والتمويلية، الحكم رقم ٤٠ لسنة ١٤٢٦هـ.

(٤) (مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة) (١٥٢/ ٣)، (٧/ ٢/ ١٤٢٥).

(٥) د/ عبد الفتاح عبد الباقي.

وأيًا يكن الرأي فنحن مع التفرقة بين الأهلية الواردة في القانون المدني المصري (المقصود بها أهلية التعاقد)، والأهلية الواردة في نظام المعاملات المدنية (المقصود بها أهلية التصرف) والتي تمتد لتشمل الأهلية في التعاقد وغيره. ولعل صدور مذكرة إيضاحية لنظام المعاملات المدنية كان ليحسم وجهات النظر.

وقد تثور نقطة في نهاية النقاش: أليست أهلية التصرف كما ورد في نظام المعاملات المدنية في النهاية أهلية أداء؟ خاصة إن الشريعة الإسلامية عرفت أهلية الأداء وأهلية الوجوب[١]، الجواب: نعم[٢]. فأين الإشكال إذًا؟ الجواب: الإشكال بسيط. فالقانون استعمل مصطلح (الأهلية في التعاقد) وقصد به أهلية الأداء التي تعني: صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقًا أو تحمله التزامًا على وجهٍ يعتد به قانونًا. أما النظام فقد استعمل المصطلح الشرعي (أهلية التصرف) والشخص الأهل للتصرف في كتب الفقه هو: (من يصح منه إنشاء العقود والتصرفات وتلزمه آثارها). كما ذكر الفقهاء تعلق أهلية الأداء بصلاحية الإنسان لأن تصدر منه الأفعال على وجه يعتد بها شرعًا وقيامها على أمرين: القدرة على فهم الخطا، والقدرة على أداء الفعل[٣] فلو لم يوجدا جميعًا لم تثبت أهلية الأداء.

فالقانون إذًا ينطلق من كون الإنسان صالحًا بذاته لمباشرة التصرفات (صلاحية ذاتية مرتبطة بالشخص) أما نظام المعاملات المدنية ينطلق من مساحة شرعية أوسع هي كون الإنسان مكلفًا شرعًا ومؤهلًا للفهم والفعل (صلاحية تكليفية) والنتيجة: الاثنان ينتهيان إلى ذات المعنى العملي هي كون الأهلية المطلوبة لإبرام العقود (أهلية أداء)، ويزيد النظام انسحاب هذه الأهلية لكافة التصرفات القانونية والمادية بما فيها العقود[٤].

- أخيرًا: يتفق القانون المدني المصري ونظام المعاملات المدنية في ثبوت الأهلية للشخص ما لم تسلب منه أو يحد منها بحكم القانون. فالأصل أن الشخص كامل الأهلية. ويقع عبء إثبات عدم أهليته أو نقصانها على من يدعي ذلك فإن نجح كان له أن يبطل العقد الذي صدر منه. وأن أحكام الأهلية من النظام العام فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية لا تتوافر لديه ولا أن يوسع عليه فيما نقص منها عنده كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها. وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلًا.

---

[١] ذكرت محكمة النقض أن: (أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرًا منتجًا لآثاره القانونية في حقه، وتتطلب تمام التمييز والإرادة، فيصح أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب فيكون متمتعًا بالحق دون أن تكون لديه أهلية الأداء أي استعمال حقه بنفسه فتحل إرادة نائبه محل إرادته مع انصراف الأثر القانوني إلى الأخير). الطعن رقم ١٩٨١٠ لسنة ٩٤ ق - جلسة ٢١/ ١٢ / ٢٠٢٤.

[٢] الولاية على المال، محمد بن عبد العزيز.

[٣] (أهلية الأداء قدرة تفهم الخطاب وقدرة تحصيل الفعل. فما لم يوجدا جميعًا لا يثبت أهلية الأداء) ميزان الأصول، السمرقندي.

[٤] فرق السنهوري في شرحه لأحكام الأهلية في القانون المدني بين:

١. الولاية وهي: صلاحية بالنسبة إلى مال الغير، والأهلية وهي: صلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه.

٢. المنع من التصرف في المال: والذي قد يكون لمصلحة مشروعة، لا لنقصٍ في الأهلية. فإن زال المانع صح التصرف. فيرى أن أهلية الأداء شيء ذاتي متعلق بالشخص مداره التمييز أما أهلية التصرف فهي نسبية قد تتأثر بوجود ولاية أو مانع قانوني. ويعزز هذا ما أوردنا.

* المادة (٤٨):

(١. الصغير ولو كان مميزا والمجنون والمعتوه محجور عليهم بحكم النظام.

٢. يكون الحجر على السفيه وذي الغفلة ورفعه عنهما بحكم المحكمة، وللمحكمة أن تعلن الحكم إن رأت مصلحة في ذلك).

- الصغير قد يكون مميزًا وغير مميز وقد اعتبرت الفقرة الثانية من المادة رقم ١٣ من النظام بأنه: لا يعد مميزًا من لم يتم (السابعة) من عمره. فالصغير: إذا لم يتم السابعة: عد غير مميز. وإذا أتمها عد مميزًا. ويظل في طور التمييز حتى سن الرشد وهو وفقًا للفقرة الثانية/ من المادة ١٢ من النظام: تمام ١٨ سنة هجرية.

فالصغير إما:

غير مميز: حتى يتم السابعة،

ومميز: حتى يتم ١٨ سنة هجريًا.

وقد قررت هذه المادة حكمًا عامًا في الصغير المميز وغير المميز والمجنون والمعتوه وهو: الحجر عليهم بحكم النظام. والحجر: المنع من التصرف. جاء في مجلة الأحكام العدلية أن: (الحجر هو: منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر: محجور) (م/ ٩٤١). أما مجلة الأحكام الشرعية فقررت أن: (الحجر: منع المالك من التصرف في ماله سواء كان هذا المنع من قبل الشارع كالحجر الذي على الصغير والمجنون أو من قبل الحاكم كالحجر على المفلس والسفيه) (م/ ١٤٥٧).

ثم جاءت الفقرة الثانية من المادة لتبين طبيعة الحجر، فالحجر على الصبي المميز وغير المميز بموجب النظام ولا يحتاج لحكم من المحكمة خلافًا للسفيه وذي الغفلة اللذان يكون الحجر عليهما ورفعه بموجب حكم قضائي، ويكون للمحكمة إعلان الحكم إن رأت مصلحة في ذلك. جاء في مجلة الأحكام الشرعية أن: (الصغير والمجنون والسفيه محجور عليهم لحظ أنفسهم، والحجر عليهم عام في أموالهم وذممهم) (م/ ١٤٦٣). وأن: (الصغير والمجنون: محجور عليهما شرعًا ولا يحتاج فيه إلى حكم الحاكم) (م/ ١٤٦٤).

لذا قرر القضاء أن: (عديم الأهلية يصدر بحقه صك من المحاكم العامة يفيد بنعت الشخص بانعدام الأهلية وإقامة ولي أو وصي عليه، أو يصدر بحقه صك يفيد الحجر عليه؛ وبالتالي فإن صدور الوكالة الشرعية من الأصيل للوكيل دليل على كمال الأهلية ومجرد وجود تقرير طبي يوصف حالة الأصيل لا يجعل تلك الوكالة باطلة لانعدام أهليته[1]).

ونقل في المغني عن ابن قدامة: (وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه، لم ينظر في حاله إلا الحاكم؛ لأن الحجر يفتقر إلى حكم حاكم، وزواله يفتقر إلى ذلك، فكذلك النظر في حاله).

---

[1] لجنة الفصل في المنازعات المصرفية والتمويلية، الحكم رقم ٢٢٥ لسنة ١٤٣١هـ.

* المادة (٤٩): (تصرفات الصغير غير المميز باطلة).

الصغير: من لم يبلغ السابعة فإن أتمها عد مميزًا. والصغيرغير المميز فاقد للتمييز معدوم الأهلية. فهذه المادة تطبيق للأصل العام: وهو بطلان التصرف العقدي إذا فقد أحد أركانه، والركن المفقود هنا هو الأهلية. فغير المميز غير مؤهل لإبرام التصرفاتوأي تصرف يعقده يقع باطلًا. ولا يقتصر هذا على عقود التبرع والتصرف والإدارة فقط بل يمتد ليشمل عقود الاغتناء. فليس للصبي غير المميز قبول الهبة؛ لأنه فاقد للتمييز فلا تكون لإرادته أثر. وتقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة (١١٠).

*** المادة (٥٠): (١. إذا كانت تصرفات الصغير المميز نافعة نفعا محضا فهي صحيحة، وإذا كانت ضارة ضررا محضا فهي باطلة.**

٢. إذا كانت تصرفات الصغير المميز دائرة بين النفع والضرر فهي صحيحة، ولوليه أو وصيه أو الصغير بعد بلوغه سن الرشد طلب إبطال التصرف).

- تناقش هذه المادة التصرفات الصادرة من الصبي المميز وهو: من أتم السابعة ولم يتم الثامنة عشر هجريًا (سن الرشد). فالصبي المميز ناقص الأهلية وفقًا للمادة ١٤ من النظام أما المادة ٥٠ تقرر معيار صحة تصرفات الصغير المميز على ما إذا كانت نافعة له أم لا. فتصح إن كانت نافعة نفعًا محضًا وتبطل إن كانت مضرة ضررًا محضًا. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالمقاولة والشركة والإيجار فهي صحيحة ولوليه أو وصيه أو الصغير بعد بلوغه سن الرشد طلب إبطال التصرف. فهي تصرفات قابلة للإبطال لمن قرر لمصلحته الإبطال وهو الصبي ولو لم تنطو على غبن بالنسبة له وتظل هذه التصرفات قابلة للإبطال إلى أن يجيزها الولي أو الوصي أو القاضي أو القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد. ويكون للصبي في هذه المرحلة أهلية الاغتناء فله قبول الهبة لأنها نافعة له نفعًا محضًا وليست له أهلية التبرع لأنها تضر به ضررًا محضًا.

وتقابل هذه المادة في القانون المدني المصري مادة رقم ١١١ التي تعتبر سن الرشد ٢١ عامًا. ويتفق مع نظام المعاملات المدنية القانون المدني السوري الذي يعتبر سن الرشد بتمام ١٨ عامًا ويقرر نفس المعيار المعمول به في النظام والقانون المدني المصري والفقه الإسلامي وخلاصته أن: العقود يباشرها الصغير المميز تختلف أهليته لها بحسب نوعها وآثارها في ثروته وحقوقه فهو أهل لمباشرة العقود النافعة له نفعًا محضًا ويصح عقده كالراشد وليس أهلًا مطلقًا للضار بحقوقه ضررًا محضًا. وتعتبر عقوده قابلة للإبطال إن دارت بين النفع والضرر، فأهليته ناقصة فيها.

لذا قررت محكمة النقض أن: (الإجازة تصرف قانوني يتضمن إسقاطًا لحق فيملكها من كان ناقص الأهلية[١]) كما قررت أنه: (متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع قابلة للإبطال لمصلحة القاصر كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدني، فإن القاصر في حال حياته له أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونًا، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفًا عامًا له يحل محل سلفه في كل ما له وما عليه [٢]).

[١] جلسة ١-٢-١٩٥٢.
[٢] جلسة ٢٧-٢-١٩٥٨.

* المادة (٥١): (١. إذا أتم الصغير (الخامسة عشرة) من عمره فلوليه أو وصيه -دون إخلال بما تقضي به المادتان (الرابعة والخمسون) و(الخامسة والخمسون) من هذا النظام- أن يسلم الصغير مقدارا من ماله ويأذن له في التصرفات المالية. ولا يبطل الإذن بموت الآذن أو عزله. وللمحكمة أن تأذن له في التصرف عند امتناع وليه أو وصيه عن الإذن.

٢. الصغير المميز المأذون له -وفقا لأحكام الفقرة (١) من هذه المادة - بمنزلة من بلغ سن الرشد في التصرفات التي أذن له فيها).

- تناقش هذه المادة حكم الإذن للصبي المميز بأعمال الإدارة ومدارها بلوغ ١٥ عام في نظام المعاملات المدنية و١٨ عام وفق المادة ١١٢ من القانون المدني المصري. فإذا بلغ الصبي المميز هذا العمر كان لوليه أو الوصي عليه أو المحكمة -إذا امتنع وليه أو وصيه: تسليمه مقدرًا من المال والأذن له في التصرف فيه. ويكون بمنزلة من بلغ سن الرشد في تصرفه فتصرفه كتصرف كامل الأهلية في القدر المأذون له فيقع صحيحًا وفقًا للقواعد العامة ما لم يشوبه عيب من عيوب الرضا كالتدليس. ولا يبطل الإذن بموت من أذن به أو عزله. هل يتسلم الصبي ماله كله أو جزءًا منه؟ ظاهر النص (أن يسلمه مقدارًا من ماله)، فينصرف إلى بعضه. جاء في مجلة الأحكام الشرعية أن: (لولي الصغير المميز أن يأذن له في التجارة. فإذا أطلق له أو عمم جميع أنواع التجارة ملك المخالعة والمقاسمة والبيع بالنسيئة والدعوى وإقامة البينات وتحليف الخصوم) (م/ ١٤٩٠) وأنه: (يصح إقرار المميز المأذون له في التجارة في قدر ما أذن له فيه) (م/ ١٤٩٥).

* المادة (٥٢): (١. تصرفات المعتوه في حكم تصرفات الصغير المميز.
٢. تصرفات المجنون في حكم تصرفات الصغير غير المميز).

- **المعتوه وفقًا لمجلة الأحكام الشرعية هو**: (المختل العقل، والشيخ الكبير إذا اختل عقله بمنزلة المجنون) (م/ ١٤٦١) وهو: (ناقص العقل الذي لم يبلغ حد الجنون) وفقًا للمادة ١٤ من النظام. فهو ناقص الأهلية. والعته وفقًا للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري: (خلل يصيب العقل ولا يكون المصاب به في حالة اضطراب كالمجنون). فهذه المادة تناقش أحكام تصرفات المعتوه والمجنون وتقابل المادة ١١٣ من القانون المدني المصري. وقد اعتبرت هذه المادة المعتوه في تصرفه كالصغير المميز في كافة الأحكام المقررة ومنها نصوص المواد ٥٠ و٥١ السابق بيانها. والمجنون كالصغير غير المميز. فالمجنون عديم الأهلية لأنه غير قابل للتمييز وتقع تصرفاته باطلة كالصبي غير المميز لانعدام إرادته.

وقد قررت محكمة النقض أن: (الطبيب ليس هو الذي يعطي الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها، بل الشأن في ذلك للقاضي الذي يملك أن يقيم قضاءه ببطلان العقود لعته المتصرف على ما يطمئن إليه من شهادة الشهود والقرائن، ولو كانت مخالفة لرأي الطبيب، إذ للقاضي مطلق الحق في تقدير ما يدلي به الخبراء من آراء[1]).

[1] الطعنان ٥٣ و٥٧ لسنة ٣٨ق، نقض ١-١-١٩٧٤.

*** المادة (٥٣): (تصرفات السفيه وذي الغفلة بعد الحجر عليهما في حكم تصرفات الصغير المميز، أما تصرفاتهما قبل الحجر فصحيحة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ).**

- **السفه هو**: تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضًا صحيحًا. وهو فكرة معيارية تبنى بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق. ومن ضوابطه أنه خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع[١]. أما **صاحب الغفلة**: فلم يجمع فقهاء الشريعة على تعريف له فقال بعضهم أنه هو الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات الراجحة لسلامة قلبه فيغبن في تصرفاته، ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة السفه. على أنه من المتفق عليه أنها من العوارض التي تعتري الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن التقدير وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدي إلى الراجح فيها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادةً وبأيسر وسائل الانخداع على وجهٍ يهدد المال بخطر الضياع[٢].

والسفه والغفلة بوجه عام يشتركان في معنى واحد وهو: ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس، إلا أن الصفة المميزة للسفه هي: أنها تعتري الإنسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع. أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية وترد على حسن الإدراك والتقدير[٣]. فالمستفاد من هذه المادة: أن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز؛ فتثبت لهما أهلية الاغتناء وتتقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز وتنعدم أهلية التبرع.

والحكمة في توقيع الحجر بسبب السفه والغفلة هي: المحافظة على مال المحجور عليهحتى لا يصبح عالة على المتجمع، وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين. وقد أجازت المادة تصرفات السفيه وذي الغفلة قبل الحجر إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطء. **فتصرف السفيه وذي الغفلة قبل تسجيل طلب الحجر أو قرار الحجر صحيح، حتى إن تعلق بتبرع، إلا إذا ثبت للمحكمة:**

١) أن المتصرف استغل المتصرف فحصل منه على محل التصرف بغبن فاحش أما الغبن العادي يصح معه التصرف.

والمقصود بالاستغلال: أن يعلم الغير بسفه شخص أو بغفلته فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة[٤].

---

[١] نقض ١٨-٥-١٩٦٦.
[٢] نقض ٢٣-١٢-١٩٥٤.
[٣] نقض ١٥-٥-١٩٠٨.
[٤] نقض ٢٨-٥-١٩٧٠، ونقض ٢٨-١-١٩٦٩، ونقض ٢٤-٦-١٩٦٥.

٢) أو ثبت للمحكمة تواطؤ بين المتصرف والمتصرف إليه عبر الاتفاق على إخراج محل التصرف قبل توقيع قرار الحجر وحينها يبطل التصرف.

والتواطؤ يكون: عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر فيعمد إلى التصرف في أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب[١].

ونقلت المحكمة العامة في حكم لها ما جاء في المقنع مع الإنصاف (١/ ٧٢٥) أن:

(الصبي المميز والسفيه فإنه يصح تصرفهما بإذن وليها في إحدى الروايتين[٢]).

*** المادة (٥٤): (تسري على المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية النصوص النظامية الخاصة بها).** تقرر هذه المادة قاعدة عامة في الإحالة لمسائل الولاية والوصاية ضمن النصوص النظامية الخاصة بها وتقابل في القانون المدني المصري رقم ٤٧ والتي أحالت إلى أحكام نصوص المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال والذي ينقسم إلى ثلاثة أبواب، الأول "في القصر": ويتضمن أحكام الولاية والوصاية، والثاني "في الحجر والمساعدة القضائية والغيبة"، والثالث "أحكام عامة". وأحكام الولاية والوصاية في المملكة موجودة ضمن نظام الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم الملكي م/ ٧٣ وتاريخ ٠٦-٠٨-١٤٤٣هـ، في الباب الخامس المعنون باسم (الولاية والوصاية).

فوفقًا للمادة ١٣٧ من نظام الأحوال الشخصية لعام ١٤٤٣هـ:

١ - الولي هو الأب، أو من تعينه المحكمة ٢- الوصي هو من يعينه الأب عند عجزه أو بعد وفاته ويتولى الولي أو الوصي -بحسب الحال- شؤون القاصر وتمثيله.

وقد قررت المحكمة التجارية أنه: (بما أن المدعين يهدفون من دعواهم إلى محاسبة وليهم المدعى عليه عن التصرفات التي تم ذكرها في لائحة دعواهم، واستنادا إلى نص المادة ٣٣ من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم والتي نصت على أنه: تختص محاكم الأحوال الشخصية بالنظر في الآتي: أ-جميع مسائل الأحوال الشخصية، ومنها: إثبات تعيين الأوصياء، وإقامة الأولياء والنظار، والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن المحكمة، وعزلهم عند الاقتضاء، والحجر على السفهاء، ورفعه عنهم، وتحدد لوائح هذا النظام الإجراءات اللازمة لذلك. ب-الدعاوى الناشئة عن مسائل الأحوال الشخصية، وبما أن دعوى المدعين تعد من الدعوى التي تختص بنظرها محكمة الأحوال الشخصية، وقد سبق للمدعين أن أقاموا دعوى مشابهة للدعوى محل النظر لدى دائرة الأحوال الشخصية العشرون بصك مرفق في الدعوى، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم في هذه الدعوى بما ورد في منطوقها أدناه.

نص الحكم:حكمت الدائرة: بعدم اختصاص المحاكم التجارية نوعيا بنظر الدعوى، لما هو مبين بالأسباب، وبالله التوفيق[٣]).

---

[١] نقض ٢٨-٥-١٩٧٠، ونقض ٢٨-١-١٩٦٩، ونقض ٢٤-٦-١٩٦٥.

[٢] المحكمة العامة في ابها، القضية رقم ٣٤٣٠٦٠٧٧ لسنة ١٤٣٤هـ.

[٣] المحكمة التجارية في جدة، القضية رقم ٤٥٣١٠٠٦٦٩٤ لسنة ١٤٤٥هـ.

*** المادة (٥٥): (تعد التصرفات الصادرة عن الأولياء والأوصياء صحيحة في الحدود التي تقررها النصوص النظامية).**

- تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة رقم ١١٨ وتناقش تصرفات الأولياء والأوصياء.

* **فالولي هو**: الأب أو من تعينه المحكمة[١].

وتنقسم الولاية على القاصر إلى ما يأتي:

١ - **ولاية على النفس** ويقصد بها: الإشراف العام على شخص القاصر بما لا يتعارض مع سلطة الحاضن في إدارة شؤون المحضون.

٢ - **ولاية على المال** ويقصد بها: العناية بكل ما له علاقة بمال القاصر.

ويجوز اجتماع الولايتين في شخص واحد[٢].

وتكون الولاية على مال القاصر للأب ثم وصي الأب ثم من تعينه المحكمة [٣].

ويشترط في الولي على النفس أو المال: أن يكون كامل الأهلية أميناً قادراً على القيام بمقتضيات الولاية المنوطة به، **ويشترط في الولي على النفس**: أن يكون متحداً في الدين مع المولى عليه إذا كان مسلماً [٦٦].

* أما **الوصي هو**: من يعينه الأب عند عجزه أو بعد وفاته [٤]. فالوصاية: نوع من أنواع النيابة القانونية، تحل بها إرادة الوصي محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني إلى الأخير [٦٨]. **ويشترط فيمن يعين وصيا أو وليا:**

ألا تكون في ولايته مظنة الضرر بمصلحة القاصر ويشمل ذلك:

١ - ألا يكون محكوماً عليه بالإدانة في جريمة مخلة بالشرف والأمانة ما لم يرد إليه اعتباره.

٢ - ألا يكون محكوما عليه بالإعسار بسبب عدم قدرته على إدارة ماله الخاص.

٣- ألا يكون محكوماً عليه بالعزل من الولاية على قاصر آخر بسبب الإضرار به أو التفريط في حفظ ماله.

٤ - ألا توجد بينه وبين القاصر عداوة يخشى منها على مصلحته [٥].

---

[١] (م/ ١٣٧ من نظام الأحوال الشخصية لعام ١٤٤٣هـ).
[٢] (م/ ١٣٨ من نظام الأحوال الشخصية لعام ١٤٤٣هـ).
[٣] (م/ ١٣٩ من نظام الأحوال الشخصية لعام ١٤٤٣هـ).
[٤] (م/ ١٤٠ من نظام الأحوال الشخصية لعام ١٤٤٣هـ).
[٥] (م/ ١٣٧ من نظام الأحوال الشخصية لعام ١٤٤٣هـ).
[٦] نقض ١٦-٢-١٩٧١.
[٧] (م/ ١٣٧ من نظام الأحوال الشخصية لعام ١٤٤٣هـ).

ووفقًا للمادة ٥٥ من نظام المعاملات المدنية تعتبر تصرفات الأولياء والأوصياء صحيحة في الحدود التي تقررها الأنظمة ومنها ما أشرنا إليه في المواد السابقة من نظام المعاملات المدنية، ومنها ما ورد في أنظمة أخرى كنظام الأحوال الشخصية ونظام الإثبات ونظام المرافعات الشرعية.

- ومما جاء عن صحة تصرف الولي والوصي في حدود النصوص المقررة في أحكام القضاء:

أ. ما ورد في مدونة التفتيش القضائي:

عدم قبول تنازل الولي ـ غير الأب ـ عن أرش إصابات القاصرين بلا مقابل، ما لم يضمن نصيب القاصرين في حال مطالبتهم بعد بلوغهم ورشدهم.

التعليل والمستند:

١ـ تصرف الولي في حق القاصرين المولى عليهم منوط بالمصلحة.
٢ - قرار مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة رقم ١٧٦ وتأريخ ٧/ ٦/ ١٣٩٨هـ[١].

ب. ما قررته المحكمة العامة في الخبر: (أخذا بهذا المبدأ وهو استقرار العقود، ولو فتح الباب على مصراعيه لأمكن كل شخص أراد فسخ العقد أن يدعي وجود مفسد أو غبن في العقد ليتمكن من فسخه، وفي هذا فتح لباب الفساد في المعاملات، ومن القواعد المقررة في الشريعة أيضا أن الأصل تصحيح العقود ما أمكن إلى ذلك، لا سيما إذا ترتب على إبطالها ضرر بأحد المتعاقدين كما قرره شيخ الإسلام رحمه الله في مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٥١،٢٥٠) وفي إبطال هذا البيع إضرار بالمدعى عليه، لا سيما أنه قد وافق على زيادة المبلغ لكي تتحقق الغبطة للقاصر في البيع ذلك الوقت، وبما أن تصرف الولي على القاصر منوط بالمصلحة ولا ضرر عليه في إجازة البيع في ذلك الوقت، لا سيما وأن قصور المولى عليه عقليا ليس بظاهر[٢]).

---

[١] المادة رقم ٢٢٨ من مدونة التفتيش القضائي.
[٢] القضية رقم ٤٦٢٠ لسنة ١٤٣٠ه. المحكمة العامة في الخبر، بتاريخ ٢٠-٠٢-١٤٣٥ه.

*** المادة (٥٦): (إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد معه بسبب إبطال العقد).**

- لناقص الأهلية الحق في طلب إبطال العقد وفقًا للقواعد المشار إليها سابقًا في مواد النظام لا يغير من هذا الحكم شيء. غير أن هذه المادة جاءت لتقرر حكمًا يتعلق بلجوء ناقص الأهلية لطرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته وهو: إلزامه بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر بسبب إبطاله للعقد.

فناقصو الأهلية هم:

أ- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد.

ب - المعتوه وهو ناقص العقل الذي لم يبلغ حد الجنون.

ج- المحجور عليه لسفه أو لكونه ذا غفلة.

وهؤلاء إن أبرم أحدهم تصرفًا بنفسه جاز له أن يطلب إبطاله لنقص أهليته حتى لو تظاهر باكتمال أهليته وكذب على من تعاقد معه بأنه كامل الأهلية؛ فالكذب لا يرقى لدرجة الاحتيال ولا يحق للطرف المقابل طلب التعويض. أما إن استخدم ناقص الأهلية طرقًا احتيالية لإيهام المتعاقد معه بكمال أهليته كان للطرف الآخر الرجوع على ناقص الأهلية بالتعويض مختصمًا من ينوب عنه قانونًا.

ومن الطرق الاحتيالية: استعمال القاصر في تعامله مع الغير مطبوعات تحمل اسمه مقترنة بمظاهر أخرى من شأنها تأكيد الاعتقاد لدى الغير بأنه كامل الأهلية كذكر رقم باعتباره رقم السجل التجاري لمحله بينما لا متجر له، وأيضًا تقديم شهادة ميلاد مزورة فهذا يعتبر غشًا أو تدليسًا ينهض بمسؤولية ناقص الأهلية التقصيرية التي يكفي لتحققها بلوغ سن التمييز أو اعتبار ناقص الأهلية مميزًا كالسفيه وذي الغفلة. ولا يصح أن يكون التعويض العيني المتمثل في عدم إبطال العقد هو التعويض الذي يجوز القضاء به بديلًا عن التعويض النقدي لمخالفة هذا لحكم المادة ٥٦ من النظام التي توجب القضاء بالبطلان حتمًا فينحل العقد، فإن كان هناك تدليس من ناقص الأهلية كان للمتعاقد معه طلب تعويض نقدي.

وفي هذا تقول محكمة النقض: (إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته، فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص أهليته، إلا أنه يكون مسؤولًا عن التعويض للغش الذي صدر منه عملًا بقواعد المسؤولية التقصيرية، ولا يكفي في هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها، بل يجب أن يستعين بطرق احتيالية لتأكيد اكتمال أهليته[1]). وتقابل هذه المادة في القانون المدني المصري مادة (١١٩).

[1] نقض ٣-٣-١٩٧٠.

العنصر الرابع في ركن الرضا في نظام المعاملات المدنية: عيوب الرضاء

Component Four: Defects of Consent

تناول نظام المعاملات المدنية عنصر (عيوب الرضاء) في ١٣ مادة (من ٥٧ وحتى ٦٩).

*** المادة (٥٧): (للمتعاقد طلب إبطال العقد إذا وقع في غلط جوهري لولاه لم يرض بالعقد، وبخاصة إذا كان الغلط الجوهري في صفة المحل أو شخص المتعاقد معه أو صفته أو الحكم النظامي).**

- تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري مواد أرقام (١٢٠ و١٢١ و١٢٢)، وتناقش فكرة الغلط الجوهري المبطل للعقد.

فالغلط: حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع.

وغير الواقع إما أن:

- يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها.
- أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها.

والغلط بالتعريف السابق ينظم كل أنواع الغلط.

والمقصود في هذه المادة: الغلط الذي يصيب الإرادة وقت تكونها.

ووفقًا للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري فالغلط الذي يبرر إبطال العقد يقرر بشأنه التالي: ١. أن يشترك فيه المتعاقدان أو يتسبب فيه أحدهما أو يعلم به أو يكون في مقدوره أن يعلم به، ويعرف اصطلاحًا باسم (الغلط المغتفر). أما (الغلط غير المغتفر) والذي لا يؤدي إلى إبطال العقد الذي يقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخرأو يجره إليه أو يعلم به أو يستطيع العلم به.

٢. أن لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط فحسب بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعًا إلى إبرام العقد.

٣. أن يكون هذا الغلط الذي يبطل التعاقد جوهري وهو ما لا يتحقق إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد. فتقدير الغلط: معيار شخصي.

ووفقًا للسنهوري فالغلط أمر نفسي يستكن في الضمير، فوجب ألا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجهٍ من الوجوه حتى يعتد به.

*** الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون:**

أولًا: غلط جوهري واقع على غير أركان العقد.

فالغلط الجوهري الواقع على أركان العقد مبطل له.

ومعيار الغلط الجوهري: ذاتي. فالغلط في وجهة نظر النظام: الذي يبلغ -في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط- أنه لولا وقوعه في هذا الغلط لم يكن ليرضا بالعقد.

فلو وقع الغلط في:

أ. صفة في محل العقد جوهرية في اعتبار المتعاقدين[1]،

ب. أو إذا وقع في شخص المتعاقد (أي: ذات المتعاقد معه أو صفة من صفاته[2])،

ج. أو في الحكم النظامي[3]، (ويقصد بالغلط في الحكم النظامي/ أو الغلط في القانون: الغلط في فهم نص قانوني قائم أو عدم العلم بأن النص الذي اعتمد عليه المتعاقد قد ألغي أو طرأ عليه تعديل على نحو ما قد يفوت الغرض من التعاقد)،

وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة أو هذا الحكم النظامي هو السبب الرئيسي في التعاقد.

ثانيًا: ألا يستقل بالخطأ أحد من المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر.

فيجب أن يكون الغلط مشتركًا بين المتعاقدين ولا ينفرد به عاقد واحد تطبيقًا لنظرية (الغلط المشترك) التي أخذ بها القانون المدني المصري بغرض استقرار المعاملات. فقد قرر في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أنه: (قد اقترح الإعراض عن نظرية الغلط المشترك، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة الغلط الفردي في إطلاقها تخل باستقرار المعاملات وتفسح المجال لضروب من المفاجآت والادعاءات انعقد الإجماع على وجوب توقيها).

وخلاصة هذا الشرط أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط أو كان على علم بهذا الغلط سواء أكان هذا العلم حقيقيًا أم كان مفترضًا بأن كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يعلم بالغلط.

*** المادة (٥٨): (لا يعتد بغلط المتعاقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع معه في الغلط نفسه أو علم بوقوعه فيه أو كان من السهل عليه أن يتبينه).**

- هذه المادة استمرار للكلام عن الغلط المبطل للتعاقد وقد ورد حكمها في المادة (١٢٠) من القانون المدني المصري. وتتحدث عن ترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفي العقد فيه. فمن الواضح أن المادة أخذت بنظرية الغلط المشترك كما فعل القانون المدني المصري. ذلك أن المتعاقد إذا وقع في غلط جوهري واشترك معه المتعاقد الآخر في هذا الغلط ثم تبين الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه.

---

(١) كبيع قماش على أنه قابل للغسل، وتبين أنه غير قابل لذلك.

(٢) يقع مثل هذا الغلط في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار: كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة.

(٣) النص على الغلط في حكم القانون كما قررت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري: يهدف إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون. فكثيرًا ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبي استنادًا إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون. والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام -وعلى وجه الخصوص المسائل الجنائية- فإن جاوز الأمر هذا النطاق فيكون للغلط في القانون متى ثبت أنه جوهري شأن الغلط في الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسب، ما لم يقض القانون بغير ذلك كما في عقد الصلح مثلًا.

فمن يبيع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور وجب أن يكون البائع والمشتري على اعتقاد أنها من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشتري طلب إبطال العقد إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه. فإن ظهر أن المشتري وحده هو الذي يعتقد ذلك دون البائع فلا يكون الغلط مشتركًا ولا يجعل البيع قابلًا للإبطال حتى لا يفاجئ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئًا عن الغلط الذي وقع فيه المشتري. وهذه هي نظرية (الغلط المشترك) التي قصدها المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري. وللسنهوري وجه نظر آخر في هذه المسألة وهو إضافة الخطأ الفردي الذي يعلمه المتعاقد الآخر أو من السهل عليه تبينه مع حالة الغلط المشترك.

فاشتراك طرف التعاقد الثاني في الوقوع في الغلط مع المتعاقد الأول (طالب الإبطال)، أو علمه بوقوعه فيه أو كان من السهل عليه تبين وقوعه فيه كاف ويرتب مسؤوليته، ويبرر طلب البطلان. فالغلط الذي يبطل العقد الغلط المشترك الذي يقع فيه المتعاقدان معًا فإن وقع فيه واحد منهما اشترط أن يكون المتعاقد الآخر عالمًا بهذا الغلط أو كان في استطاعته أن يعلم به. وعلى المتمسك بالغلط إثبات ذلك وبأن هذا الغلط كان هو الدافع لإبرام العقد. فإن عجز عن هذا الإثبات كان العقد صحيحًا. ويكون الإثبات بجميع طرقه لأنه يتصل بوقائع مادية فإن نجح في الإثبات وقضي ببطلان العقد جاز أن يحكم بالتعويض إذا ترتب على العقد أضرار بأحد المتعاقدين ولا يكون ذلك على أساس اعتبار أنه عقد بل واقعة مادية متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسببه بخطئه في هذا الإبطال[1].

وربطًا للجانب النظري بالعلمي يلاحظ التالي:

أ. حتى يسهل على المتعاقد الذي وقع في الغلط إثبات ما يجب عليه إثباته يمكن أن يلجأ إلى أن يبين في العقد صراحةً ما قام في ذهنه من الاعتبارات التي دفعته إلى التعاقدكأن يذكر الوصف الذي اعتبره في الشيء أو في الشخص أو الباعث الذي حمله على أن يتعاقد أو القيمة التي يقدرها للشيء حتى يثبت بذلك علم المتعاقد الآخر بالدوافع التي ساقته إلى التعاقد فإذا تبين بعد ذلك أنه واهمًا فيما قدره ثبت في الوقت ذاته أن المتعاقد الآخر علم كان عالمًا بما وقع فيه من الغلط. والقضاء الفرنسي يستند في كثير من أحوال الغلط إلى أن الشيء الذي وقع فيه الغلط كان محل بيان في العقد.

ب. الحرص على تضمين شروط العقد الصفة التي يتطلبها المتعاقد في المحل حتى يسهل إثبات أن تلك الصفة وهي الدافعة إلى التعاقد يعلمها المتعاقد الآخر فإن تبين عدم توافرها كان ذلك سببًا لإبطال العقد استنادًا إلى تخلف صفة جوهرية يعلمها المتعاقد الآخر. فلولا هذا الشرط لصعب الإثبات باعتبار الصفة الجوهرية مما يكمن في النفس ما لم تكن هناك ماديات تدل عليها.

---

[1] نقض ٢-٦-١٩٧٠، طعن ١٣٤، س ٣٦ق.

* المادة (٥٩): (لا يؤثر في العقد مجرد الغلط المادي في الحساب أو الكتابة).

- تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري مادة رقم (١٢٣) وتقرر حكمًا للأغلاط المادية في الحساب أو الكتابة. وحكم هذه الأغلاط: أنها غير جوهرية لا تؤثر في صحة العقد ويتعين تصحيحها اتفاقًا أو قضاءً. فإن رفض أحد الأطراف التصحيح قام به القاضي. ويسري هذا الحكم على العقود بوجهٍ عام وفقًا للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري وعقد الصلح بشكل خاص.

ومجال تطبيق المادة (١٢٣) من القانون المدني المصري الغلط في الحساب وغلطات القلم التي تقع سهوًا عند تحرير العقد فلا تجعله قابلًا للإبطال وإنما يجب تصحيحها إعمالًا للإرادة الحقيقية للمتعاقدين ويسترشد القاضي في ذلك بباقي بنود العقد فإن لم تسعفه أمكن إثبات الغلط بالبينة.

ومن المقرر قضائيًا:

١. وفقًا لديوان المظالم: (مطالبة المدعية إلزام المدعى عليها بصرف المستخلص الختامي على أساس أن سعر متر الحفر تسعون ريالا وليس خمسين ريالا-ملاحظة ديوان المراقبة العامة أن السعر الإفرادي لبئر الحفر المقدم من المدعية لجدول الكميات كان (٩٠) ريالا للمتر المكعب رقماً، و (٥٠) ريالاً كتابة-المقرر فقهاً وقضاء في مجال العقود الإدارية أن الغلطات المادية في الكتابة أو في الحساب الذي يقع فيه أحد المتعاقدين يجب تصحيحها ولا تؤثر في صحة العقد-سلطة القاضي في تبيان الغلط الذي يقع في العقود لا تقل عن سلطته في فسخها أو تعديلها فله أن يتحرى الإرادة الظاهرة للمتعاقدين للوقوف على الغلط الذي شاب هذه الإرادة من واقع الظروف والملابسات التي صاحبت عملية التعاقد[١]).

٢. وفقًا للجنة الفصل في المنازعات المصرفية والتمويلية: (المقرر مصرفياً أن الغرض من دعوى تصحيح الحساب هو تصحيح بعض مفرداته مع بقاء الحساب قائماً بذاته وهو أمر جائز وينبغي أن يكون موضوع طلب التصحيح الغلط المادي كالترك والتزوير والاستعمال المزدوج.

- يشترط لقبول طلب التصحيح أن يحدد الطلب على وجه الدقة المفردات المطلوب تصحيحها مع إرفاق المستندات التي تؤيده[٢]).

---

[١] ديوان المظالم، الدائرة الإدارية: القضية رقم ٧٠٤ لعام ١٤٠٥هـ، حكم التدقيق رقم ٧٩/ ت/ ١ لعام ١٤٠٧هـ.
[٢] الحكم رقم ٢٤٠ لسنة ١٤٠٩هـ.

٣. **وفقًا لمحكمة النقض:** (مجال تطبيق نص المادة ١٢٣ من القانون المدني، الغلط في الحساب، وغلطات القلم، أي: الأخطاء التي تقع من محرر العقد أثناء كتابته، وتكشف عنها الورقة بذاتها، ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد، فلا يدخل في هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلًا من ختم آخر، لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ، ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها، وهو ما يخالف نص المادة ٣٩٤ من القانون المدني ٠ الملغاة والتي حلت محلها المادة ١٤ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) التي تقضي بأن الورقة العرفية تعتبر صادرة من وقعها).

وهذا الحكم مهم لتوضيحه مبدأ عملي دقيق وهو كون الخطأ المادي قابلاً للاستخلاص من الورقة ذاتها دون الرجوع إلى نية الأطراف وإلا خرج عن نطاق المادة ١٢٣.

والكلام عن استخدام الختم في توقيع العقود تطبيق عملي لحديث لاحق عن استخدام الأختام في هذا الشأن في النصف الثاني من هذا الدليل.

*** المادة (٦٠): (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويكون ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد).**

- تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري مادة رقم (١٢٤) وقد وضعت لتخفيف حدة الطابع الذاتي في الغلط. فقد أبيح لمن وقع في الغلط الذي ما كان ليتعاقد لولا وقوعه فيه طلب إبطال العقد نظرًا لتقديره أن هذا الخطأ الجوهري هو الذي دفعه لإبرام العقد وهو ما ظهر غيابه. فمتى كان من المحقق أن العاقد عند إرادته إبرام العقد قرر الالتزام به بصرف النظر عن الغلط الذي وقع فيه فيصبح ملتزمًا بإبرامه ما دام أن العاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه. ويقترب هذا الوضع من فكرة (تحويل العقود).

فالواضح من هذه المادة أن أي تمسك بالغلط إذا تعارض مع حسن النية يكون غير جائز. كمن يشتري أرضًا يعتقد أن لها منفذًا إلى الطريق العام ويظهر أنها بدونه فيعرض عليه البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام ما يحقق له كل أغراضه فيأبى إلا إبطال البيع جاز أن يكون التمسك بالغلط هنا متعارض مع حسن النية فلا يجاب المشتري إلى طلبه الإبطال. وهو حكم يمكن اعتباره تطبيقًا من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق. فهذه المادة مقررة لحماية الطرف حسن النية.

وقد أورد الشق الثاني من المادة تطبيقًا من أهم تطبيقاتها: فقضى بأن المتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزمًا بالعقد الذي أراد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بهذا الصدد أنه: (لما كان طلب الاستقالة هو مظهر من مظاهر إرادة الموظف في اعتزال الخدمة، والقرار بقبول هذا الطلب هو بدوره مظهر من مظاهر إرادة الموظف في اعتزال الخدمة، والقرار بقبول هذا الطلب هو بدوره مظهر من مظاهر إرادة الرئيس الإداري في قبول هذا الطلب وإحداث الأثر القانوني المترتب على الاستقالة، كان لزامًا أن يصدر قرار طلب الاستقالة وقرار قبولها برضاء صحيح يفسده ما يفسد الرضا من عيوب، كما يزيل هذه العيوب أو يسقط الحق في التمسك بها ما يقضي به القانون في هذا الخصوص. كما يجب التنبيه إلى أنه بالرغم من أن القضاء الإداري غير ملزم بتطبيق المادة ١٢٤ من القانون المدني إلا أنه يجب إنزال الحكم على مقتضاه، لأن هذا المقتضى يرتد إلى أصل طبعي هو وجوب تنفيذ العقود والالتزامات بحسن نية، ما دام الثابت أن تمسك المدعي بالغلط الذي وقع فيه ووقعت فيه الإدارة يتعارض مع ما يقضى به بحسن نية)[1].

*** المادة (٦١): (١. التغرير أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بطرق احتيالية تحمله على إبرام عقد لم يكن ليبرمه لولاها.**

٢. يعد تغريرا تعمد السكوت لإخفاء أمر لم يكن المغرر به ليبرم العقد لو علم به).

- تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري مادة رقم (١٢٥)، وقد استعمل النظام مصطلح (التغرير) محل مصطلح (التدليس) الوارد في القانون. **ويقصد بالتغرير:** توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية (مادة ١٦٣ من مجلة الأحكام الشرعية). أو هو: خداع أحد المتعاقدين الآخر بطرق احتيالية تحمله على إبرام عقد لم يكن ليبرمه لولاها. وفق المادة المشار إليها في النظام. **وعلاقة التغرير بالغلط في التعاقد أنه:** إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد. ولا يجعل التغرير العقد قابلًا للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد. **لذا يختلف التغرير عن الغش:** لأن التغرير يكون في أثناء تكون العقد أما الغش فيقع بعد تكوين العقد أو يقع خارجًا عن دائرة العقد.

كذلك يختلف التغرير المدني عن التدليس الجنائي، وهو (النصب): لأن النصب عنصر مستقل قائم بذاته ويكون عادةً أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس[2].

أما الفرق بين التغرير والغلط: أن الوهم الذي يقع فيه المتعاقد في الغلط يكون من تلقاء نفسه فهو غلط تلقائي. أما في التغرير فإن هذا الوهم يقع فيه المتعاقد كنتيجة لاستخدام أساليب احتيالية عمدية تدفعه للتعاقد. وتشير المصادر إلى أن كل حالة يمكن إبطال العقد فيها للتغرير يمكن إبطالها للغلط في ظل النظرية الحديثة التي تجعل الغلط في الباعث أو القيمة أو القانون كالغلط فيما سواها؛ لأن الناحية الجوهرية في الغلط أصبح معيارها شخصي.

---

[1] الطعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٢ق بتاريخ: ٢٣-٣-١٩٥٧.

[1] وقد قضت المحكمة العليا في المملكة أنه: (إذا احتال المدعى عليه على آخر بعد التغرير به، وخديعته للحضور إليه، ثم حضر، وكان آمنا من غائلته، ثم باغته بالاعتداء عليه وقتله لأخذ ما معه من مال، فوصف الجريمة بأنها غيلة أولى من وصفها حرابة؛ إذ الحرابة فيها مجاهرة، وقوة، وسلاح في الغالب). (٢/ ١/ ١٢٦) (٨/ ٥/ ١٤٣٢هـ).

عناصر التغرير: للتغرير عنصرين:

١. استعمال طرق احتيالية: وهذا هو العنصر الموضوعي للتغرير.

وتتضمن الطرق الاحتيالية جانبين: جانب مادي وهو: الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير والتي لا تقتصر على مجرد الكذب، بل عادةً تصاحبها أعمال مادية لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد.

وجانب معنوي وهو: نية التضليل للوصول لغرض غير مشروع. فإن كان الأمر مشروعًا انتفى التغرير كالمودع يلجأ لطرق احتيالية لاسترداد وديعته من شخص غير أمين.

٢. **أن تحمل هذه الطرق المتعاقد على إبرام العقد**: وهذا هو العنصر النفسي. ومناط تقديره ذاتي كسائر عيوب الرضاء. ومتى توافرت عناصر التغرير تعين القضاء بإبطال العقد.

- وقد قررت الفقرة الثانية من هذه المادة في النظام حكمًا للسكوت الذي يعتبر تغريرًا وهو: تعمده لإخفاء أمر لم يكن المغرر به ليبرم العقد لو علم به. **ويرى السنهوري تعين توافر الشروط التالية في الأمر الذي يبقى مكتومًا حتى يكون الكتمان تغريرًا:**

(١) أن يكون هذا الأمر خطيرًا بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يجهله تأثيرًا جوهريًا.
(٢) أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره.
(٣) أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول.
(٤) ألا يعرفه المتعاقد الأول أو لا يستطيع أن يعرفه من طريق آخر.
وقد قررت محكمة النقض أن مجرد الكتمان لا يعد تدليسًا ما لم يقترن بحيلة غير مشروعة[(١)].

*** المادة (٦٢): (للمغرر به طلب إبطال العقد إذا كان التغرير في أمر جوهري لولاه لم يرض بالعقد).**

- هذه المادة نتيجة لسابقتها فتقرر حكم الإبطال لمن وقع في الغرر إذا كان في أمر جوهري لولاه لم يرض الواقع في الغرر بالعقد حتى لو نتج التغرير عن السكوت وفقًا للفقرة الثانية من المادة السابقة. وتقرر هذه المادة لقاضي الموضوع سلطة البت في ذلكويكون له تقرير أثر التغرير في نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التغرير هو الذي دفعه إلى التعاقد أم لا. ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب. **ومن أمثلة التغرير الصادر عن الغير**: الترغيب في شراء شيء معيب مع إيهام المغرر به بأن حالة المبيع جيدة والمزايد الصوري الذي لا يرغب حقيقةً في الشراء وإنما لرفع قيمة المبيع غشًا.

---

(١) نقض مدني، بتاريخ ١٦-٥-١٩٤٥هـ.

لذا قررت محكمة النقض المصرية أنه: (يعتبر تدليسًا السكوت عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أو هذه الملابسة. مؤداه اعتبار المشرع مجرد كتمان العاقد واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر أو ملابسة، من قبيل التدليس الذي يجيز طلب إبطال العقد إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمدًا[1]) .

ويفرق الفقه القانوني عادةً بين التغرير الذي يدفع إلى التعاقد وهو المقرر في هذه المادة، وبين التغرير غير الدافع للتعاقد والذي قد يحمل المتعاقد على قبول العقد ولكن يغريه بقبول شروط أشد ولا يكون سببًا في إبطال العقد بل يقتصر فيه على تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التغرير وفقًا لقواعد المسؤولية التقصيرية. وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص على هذا الحكم: (التدليس الذي يجعل العقد أثقل عبئًا دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يعطي المدلس عليه إلا الحق في مطالبة المدلس بالتعويض).

*** المادة (٦٣): (إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فليس للمغرر به أن يطلب إبطال العقد؛ ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير أو كان من المفترض أن يعلم به).**

- تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة (١٢٦) وتتعلق بحكم صدور التغرير من غير المتعاقدين. **فليس لمن وقع في الغرر إبطال العقد حال صدور التغرير من الغير إلا إذا أثبت -وبكافة الطرق- أن المتعاقد الآخر:**

١. كان يعلم بهذا التغرير أي: أنه كان متواطئًا مع الغير.

٢. أو أنه علم بقصد الغير الذي صدر عنه التغرير فسكت حتى يتمكن الأخير من دفع المتعاقد لإبرام العقد إذ يتوافر بذلك العلم لكن لا يصل لدرجة التواطؤ.

٣. أو كان من المفترض أن يعلم المتعاقد بالتغرير الصادر عن الغير.

وعلم المتعاقد الآخر المقصود فيما سبق أو المفترض توافره يقصد به: العلم عند التعاقد أو قبله، فإن توافر بعد التعاقد فلا أثر له. ويتحمل من يدعي وقوعه في التغرير إثبات توافر علم الآخر به وقت التعاقد أو قبله. ويكون العقد قابلًا للإبطال إذا أثبت من وقع في الغرر علم الآخر به أو إمكان افتراض علمه به. فإن رفضت دعوى الإبطال كان لمن وقع في الغرر الرجوع على من أوقعه في التغرير بالتعويض وفقًا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

---

[1] الطعن ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ق، جلسة ١٧-٤-٢٠٠١.

* المادة (٦٤): (الإكراه تهديد شخص دون حق بوسيلة مادية أو معنوية تخيفه فتحمله على التصرف).

- **الإكراه وفقًا لهذه المادة:** تهديد شخص دون حق بوسيلة مادية أو معنوية تخيفه فتحمله على التصرف. **وفي مجلة الأحكام الشرعية:** (الإجبار على عمل أو تصرف بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه أو بتهديد بشيء من ذلك من قادر عليه)(م/ ١٥٤٢). فتناقش هذه المادة حكم الإكراه كعيب من عيوب الرضاء وتقابل مادة (١٢٧ من القانون المدني المصري). **ووفقًا لشراح القانون:** فالإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد. ولا يفسد الرضاء الوسائل المادية المستعملة في الإكراه لكن الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد. وكما الحال في الغرر فليست الوسائل الاحتيالية التي تفسد الرضاء لكن ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوهم.

ويجب لتحقق الإكراه ليكون مبطلًا للعقد توافر الشروط التالية:

أولًا: أن يوجد ضغط يولد رهبة قائمة على أساس وأن يكون هذا الضغط بدون حق.

ويتحقق الضغط بتوافر وسائل الإكراه المادية أو المعنوية التي من شانها إحداث رهبة جدية في نفس المتعاقد تؤدي إلى الخوف الشديد والانزعاج وتستفاد من ظروف الحالوتدل على أن خطرًا جسيمًا محدقًا يهدد نفس المكره أو شخص عزيز لديه في نفسه أو جسده أو شرفه أو ماله.

ثانيًا: أن تكون الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد فلا يكفي توفر الخوف والفزع عند التعاقد بل أن يكون ذلك هو الذي دفع المكره إلى التعاقد حتى تكون الإرادة مشوبة بعيب الإكراه.

ثالثًا: أن يقع الإكراه من المتعاقد الآخر أو كان بعلمه أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم به.

* المادة (٦٥): (يتحقق الإكراه إذا كان التهديد بخطر جسيم محدق يلحق بنفس المكره أو عرضه أو ماله، أو كان التهديد مسلطاً على غيره ولم يكن المكره ليبرم العقد لولا وجود الإكراه).

- عناصر الإكراه:

أولًا: استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق.

وهذا هو العنصر الموضوعي.

ثانيًا: إحداث رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد.

وهذا هو العنصر النفسي.

والواضح أن المادة ٦٥ من النظام تتحدث هنا عن العنصر الأول، وقد أرجأ النظام الكلام في العنصر الثاني للمادة التالية.

العنصر الأول من عناصر الإكراه: استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق.

فلابد من استخدام وسائل للإكراه تقع على الحس أو النفس أو المال تهدد المتعاقد المكره أو عزيزًا لديه بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالمال. ووسائل الإكراه في العادة غير مشروعة وتهدف إلى الوصول إلى أغراض غير مشروعة. وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول لأغراض غير مشروعة فيتحقق الإكراه كاستغلال صاحب الحق مطالبته لحقه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين.

ما يقع عليه الإكراه: إما أن يقع على الحس أي: على الجسم كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ويسمى الإكراه الحسي. **وإما أن يقع على النفس**: بالتهديد بإلحاق أذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثًا لألم نفسي ويسمى الإكراه النفسي كالتهديد بإفشاء سر. وقد قررت المادة هنا وقوع الإكراه علىً نفس المكره أو عرضه أو ماله أو على عزيز لديه فكل وسيلة وقعت على الجسد أو النفس أو المال تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلًا للإبطال طالما لم يكن المكره ليبرم العقد لولا وجود الإكراه عليه فتكون الرهبة المتولدة في نفسه من الإكراه هي التي دفعته لإبرام التعاقد.

وليس لازمًا أن يقتصر الخطر على نفس المتعاقد فقد يهدد الإكراه شخصًا غيره عزيزًا لديه فيعتبر الإكراه متحققًا ولا يقتصر مصطلح (الغير) على الأقارب لاختلاف أهمية الأفراد بين حالة وأخرى لذلك قرر ترك تقدير كل حالة للقاضي في ضوء ظروفها الخاصة وتقدير علاقة المتعاقد بها: هل وصلت من الخطر ما يجعله يوقع العقد خوفًا من إلحاق الأذى بها أم لا؟

- **وقد ذكر ديوان المظالم أنه**: (من المستقر عليه أن الإكراه من العيوب التي تشوب الإرادة فتفسدها، وتعدم كافة الآثار النظامية لما صدر عنها، وأنه يستوي في ذلك الإكراه المادي الذي يتمثل في استخدام أساليب مادية للضغط على الإرادة، كالتهديد بقتل من تصدر عنه الإرادة أو تعذيبه هو أو أي إنسان عزيز عليه، والإكراه المعنوي أو الأدبي الذي يتمثل في الضغط على الإرادة باستخدام وسائل أو اعتبارات معنوية أو أدبية، كالتهديد بإفشاء أسرار أو جلب فضائح يحرص صاحب الإرادة على إخفائها أو تجنبها[1]) .

وقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية أنه: (لا يصح التصرف الحاصل عن الإكراه فلا يصح بيع المكره ولا شراؤه ولا إجارته ولا هبته ولا ضمانه ولا إقراره ولا حوالته) (م/ ١٥٤٣).

[1] القضية رقم ١٥٩١ لعام ١٤٠٧هـ، ديوان المظالم: الدائرة الإدارية: حكم التدقيق رقم ٣٤١/ ت/ ٣ لعام ١٤٠٩هـ.

*** المادة (٦٦): (يُراعى في تقدير الإكراه سن من وقع عليه الإكراه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه).**

- تناقش هذه المادة العنصر الثاني من عناصر الإكراه وهو: إحداث رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد. وهذا هو العنصر النفسي.

العنصر الثاني من عناصر الإكراه: إحداث رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد.

فالعنصر النفسي الذي أخذ به النظام ومن قبله القانون المدني المصري: عنصر ذاتي. يراعى في تقديره جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه. فالإكراه كسائر عيوب الرضاء ظاهرة من الظواهر النفسية لا يصلح معه إلا المعيار الذاتي الذي يختلف فيه تقدير كل حالة عن الأخرى.

فالواجب النظر إلى حالة كل متعاقد الشخصية فنعرف إلى حد يتأثر بالخوف والرهبة وندخل في اعتبارنا كافة العوامل التي من شأنها التأثير على نفسيته. ومعرفة ما إذا كانت الرهبة إلى التعاقد فعلًا أم لا مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها وينظر في تقديرها إلى العوامل التي سبق بيانها. ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التي تعقب عليها محكمة النقض. والتمسك بالإكراه دفاع جوهري تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليه وإلا كان حكمها معيبًا بالقصور ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض إذ يعتبر حينئذ سببًا جديدًا.

والعنصران اللذان تحدثنا عنهما كعناصر للإكراه كافيان طالما كانت الرهبة المتولدة عن الإكراه هي الدافعة إلى التعاقد ولا يهم بعد ذلك صدور الإكراه من أحد المتعاقدين أو الغير أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة. ويلزم من يطلب من المحكمة إبطال العقد بإثبات هذا الإكراه بعنصريه كما قرر قضاءً. ويمكن لمن وقع عليه إكراه طلب التعويض وفقًا لقواعد المسؤولية التقصيرية لقيام الإكراه -كما في التغرير أيضًا- على فعل خاطئ غير مشروع.

وقد قررت محكمة النقض أن:

(الإكراه المبطل للرضا. تحققه بتهديد المتعاقد بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط غير مستند إلى حق ولا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارًا).

(الطعن رقم ١٧٦١٥ لسنة ٩٣ق، بتاريخ ١٦-٢-٢٠٢٥).

*** المادة (٦٧): (١. للمُكره طلب إبطال العقد إذا صدر الإكراه من المتعاقد الآخر.**
٢. إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمكره طلب إبطال العقد؛ ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالإكراه أو كان من المفترض أن يعلم به).

- هذه المادة استمرار للحديث عن بطلان تصرف المكره لو صدر الإكراه عن المتعاقد أو غيره كما هو الحال في التغرير. فالإكراه الواقع على المتعاقد من المتعاقد الآخر سبب لقبول طلب إبطال العقد. وإذا وقع الإكراه من الغير فليس للمكره طلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالإكراه أو كان من المفترض أن يعلم به. ويجب لإبطال العقد وفقًا لما سبق توافر كافة شروط الإكراه السابق بيانها لا فرق في ذلك بين صدور الإكراه من المتعاقد الآخر أو الغير. حيث إن صدور الإكراه من غير المتعاقدين لا يغاير حكم الإكراه الصادر عن المتعاقد الآخر فالتأثير النفسي هو الذي دفع المتعاقد لقبول العقد مكرهًا.

وتقابل هذه المادة من النظام مادة (١٢٨) من القانون المدني المصري.

*** المادة (٦٨): (إذا استغل أحد المتعاقدين ضعفا ظاهرا أو حاجة ملحة في المتعاقد الآخر، لإبرام عقد لحقه منه غبن، فللمحكمة بناء على طلب المتعاقد المغبون ومراعاة لظروف الحال أن تنقص من التزاماته أو تزيد من التزامات المتعاقد الآخر أو تبطل العقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال (مائة وثمانين) يوما من تاريخ التعاقد، وإلا امتنع سماعها).**

- **الغبن وفقًا للمادة التالية في النظام (مادة ٦٩)**: زيادة في العوض أو نقصه قدرًا خارجًا عن المعتاد. وهو المظهر المادي للاستغلال. **فالمغبون في التعاقد**: من لا يوجد تعادل بين ما يعطيه وبين ما يأخذه. وتناقش هذه المادة فكرة الغبن المتمثل في صورة الاستغلال والناتج عن استغلال أحد المتعاقدين ضعفًا ظاهرًا أو حاجة ملحة في المتعاقد الآخر. وقد قضى القانون المدني الألماني ببطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره في نظير شيء يؤديه على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء.

فهذه المادة إذًا في النظام تناقش فكرة تناسب الالتزام الذي سيتحمله المتعاقد مع ما سيحصل عليه من فائدة بموجب العقد. **فإن استغل أحد المتعاقدين ضعفًا ظاهرًا أو حاجة ملحة في المتعاقد الآخر كان للمحكمة وبناءً على طلب المغبون ومراعاة لظروف الحال إجراء أحد هذه الإجراءات:**

- أن تنقص من التزاماته
- أو تزيد من التزامات المتعاقد الآخر
- أو تبطل العقد

فالغبن عيب من عيوب الرضا يستتبع بطلان العقد نسبيًا ويشترط لذلك أمرين:

١. **أحدهما مادي أو موضوعي وهو:** اختلال العقد اختلالًا فادحًا عبر فقدان التعادل بين قيمة ما يأخذه العاقد وقيمة ما يعطيه على نحو يتحقق فيه معنى الإفراط. والعبرة في تقدير قيمة الشيء الشخصية بالنسبة للمتعاقد، لا قيمته المادية في ذاته. فالفداحة عنصر اختلال التعادل معيارها مادي، لكنه رقم غير ثابت ، يتغير تبعًا للظروف ولاختلاف كل حالة.

٢. **والآخر نفسي أو ذاتي وينحصر في:** استغلال ضعف ظاهر في المتعاقد الآخر أو حاجة ملحة.

فيشترط في الضعف أن يكون ظاهرًا وفي الحاجة أن تكون ملحة إمعانًا لتضييق الدائرة التي يطبق الاستغلال فيها خشية من التحكم ورغبة في ضبط التعامل واستقراره.

وعبء إثبات العنصر النفسي يقع على المتعاقد المغبون: لأنه عنصر مستقل عن العنصر المادي، لا مستخلص منه أو مفروض.

والملاحظ في نص هذه المادة أنها لم تذكر كون الغبن أو الاستغلال هو الدافع للتعاقد خلافًا لما قررت به المواد السابقة في عيوب الرضاء وخلافًا لما قرره القانون المدني المصري. وقصرت النتائج المترتبة على هذا الاستغلال في مجرد إبرام التعاقد دون أن يمتد الكلام لربط إثبات النتيجة بمسببها وهي: أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع للتعاقد. ونص القانون المدني المصري المقابل لهذه المادة يقرر: (وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشًا بينًا أو هوى جامحًا).

ووفقًا للنتائج المترتبة على هذه المادة فنكون أمام دعويين هما:

دعوى إبطال للتعاقد أو إنقاص لالتزامات المغبون أو الزيادة في التزامات الطرف الآخر على أن يكون هذا خلال ١٨٠ يومًا من تاريخ التعاقد وإلا امتنع سماع الدعوى. **وسبب جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستغلال مدة قصيرة:** الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي يداخلها الاستغلال، فلا يبقى مصير العقد معلقًا مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع.

* المادة (٦٩): (١. الغبن زيادة العوض أو نقصه قدرا خارجا عن المعتاد، ويرجع في تحديد الغبن إلى العرف.

٢. ليس للمتعاقد طلب إبطال العقد لمجرد الغبن إلا في مال عديم الأهلية وناقصها وما تقضي به النصوص النظامية، وللمتعاقد الآخر توقي الإبطال إذا قدم ما تراه المحكمة كافيا لرفع الغبن.

٣. لا يجوز الطعن لمجرد الغبن في عقد أبرم بطريق المزايدة).

- تناقش هذه المادة حكم الغبن على استقلال بدون التطرق للاستغلال كمظهر مادي له. **فتعرف الغبن في الفقرة الأولى منها بأنه**: زيادة العوض أو نقصه قدرًا خارجًا عن المعتاد على نحو يضر بالمتعاقد. **أو كما عرف في القانون فالغبن**: الخسارة المالية التي تلحق في عقود المعاوضات أحد العاقدين نتيجة عدم التعادل بين ما يلزمه العقد بأدائه وبين المقابل الذي يحق له بمقتضاه. **والمرجع في تحديد الغبن هو**: العرف.

وتحدد الفقرة الثانية من المادة مجال إعمال بطلان العقد بسبب الغبن والذي حصر في:

- مال عديم الأهلية وناقصها؛ حمايةً منه لأموالهم

- وما تقضي به النصوص النظامية.

وما قام به النظام هنا هو تقرير لأصل في الفقه وهو جعل أثر الغبن في العقود في نطاق محدود يتمثل في: بيع مال اليتيم ومال بيت المال ومال الوقف رغبة منه في إحاطة المعاملات بحيز من الأمن والاستقرار في غير ما تستوجبه مصالح الأولى بالرعاية. وما قام به النظام هنا من حماية مال عديم الأهلية وناقصها بسبب الغبن يشابه ما قام به المشرع المصري في القانون المدني في المادة رقم (٤٢٥) في شأن بيع مال عديمي الأهلية وناقصيها.

وقد رسمت المادة طريقًا للمتعاقد الآخر يتوقى فيه من هذا الإبطال وهو:

تقديم ما تراه المحكمة كافيا لرفع الغبن.

حينها يحق للمحكمة إجازة العقد، وعدم الحكم ببطلانه.

أما الفقرة الثالثة من المادة فقد صانت العقود التي تبرم عن طريق المزايدة من بطلانها بسبب الغبن فقط. بل يجب ظهور عيب آخر من عيوب الرضاء كالتغرير والإكراه. فالأصل أن الغبن المجرد لا ينهض بذاته ليكون سببًا للطعن في العقود إلا أن النظام قصره على العقود التي تبرم عن طريق المزايدة حرصًا منه على استقرار هذا الطريق للتعاقد.

الركن الثاني من أركان العقد في نظام المعاملات المدنية
ركن المحل
Element Two: Object

ينقسم الكلام في هذا الركن إلى فرعين:

الفرع الأول: للكلام عن ركن المحل في العقد وهذا هو الأصل

الفرع الثاني: للكلام عن الشروط في العقد وأضيف بسبب إضافة المادة (٧٤) في النظام للكلام عن شروط العقد ضمن ركن المحل وركن السبب، وللأهمية العملية للشروط عند صياغة العقود.

الفرع الأول
ركن المحل في العقد

* **محل العقد هو**: المعقود عليه. ويجب أن يكون قابلًا لحكم العقد.

ووفقًا لنظام المعاملات المدنية يمكن أن يكون محل الالتزام التالي:

أ) نقل حق عيني أو عملًا أو امتناعًا عن عمل.

ب) أو شيئًا مستقبلًا معينًا بنوعه ومقداره.

- وفيما عدا الأحوال التي تجيزها النصوص النظامية لا يصح أن تكون تركة شخص على قيد الحياة محلا للتعامل ولو كان قد صدر منه أو برضاه وفقًا للمواد (٧٠) و(٧١) من النظام.

* **ما يجب أن يتوافر في محل الالتزام من شروط:**

أ) أن يكون ممكنا في ذاته.

فإذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته كان العقد باطلًا (م/ ١٣٢ مدني مصري).

ب) ألا يكون مخالفا للنظام العام.

وقد اكتفى نظام المعاملات المدنية بمصطلح (النظام العام) ولم يذكر مصطلح (الآداب) كما فعل القانون المدني المصري[١].

ج) أن يكون معينا بذاته أو بنوعه ومقداره أو قابلا للتعيين.

- ويقع العقد باطلًا إذا لم تتوفر في المحل الشروط السابقة وفقًا لنص المادة (٧٢) من النظام.

---

[١] وقد جاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، أن: (فكرة النظام العام فكرة مرنة جدًا ... وقد رئي من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة في نصوص المشروع لتظل منفذًا رئيسيًا تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني لتثبت فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة. بيد أنه يخلق بالقاضي أن يتحرز من إحلال أرائه الخاصة في العدل الاجتماعي، محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب ... فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهبًا عامًا تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبًا فرديًا خاصًا).

* تعيين محل الالتزام:

وفقًا لنص المادة (٧٣) من النظام: (١. إذا لم يكن محل الالتزام معيّناً بذاته، وجب أن يكون معيّناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.

٢. ويكفي أن يكون المحل معيّناً بنوعه فقط إذا تضمّن 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 يسلّم شيئاً من صنف متوسط).

الفرع الثاني
الشروط في العقد

- تعريف الشرط: أولًا: في الفقه: عرفه القرافي بأنه: (ما يلزمه من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم). وأقرب أشكال اشرط في الفقه إلى الشرط في القانون: (الشرط الجعلي) ويقصد به: الشرط الذي ينشئه المكلف بإرادته في بعض عقوده والتزاماته ومصدر اشتراطه: إرادة المكلف وسمي جعليًا: لأن المكلف هو الذي جعله شرطًا.

هذا الشرط يجعله المكلف في عقوده والتزاماته: تعليقًا أو تقييدًا. فالتعليق أن يعلق بعض عقوده على والتزاماته بحصول أمر بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لم توجد تلك العقود والالتزامات المعلقة عليه أما التقييد: أن يشترط في العقد ما له فيه منفعة. والعقد المقترن بهذا الشرط غير متوقف على شيءخلافًا للأول -أي: المعلق-، إلا أن العاقد فيه التزم أمرًا زائدًا على أصل العقد، كأن يبيع منزلًا بشرط أن يسكنه شهرًا أو سنة مثلًا.

والشروط الجعلية مقيدة بحدود شرعية معينة فليس للمكلف أن يشترط أي شيء يريده بل لابد من أن يكون غير منافٍ لحكم العقد -أي: أثره والمقصود منه-، وإلا كان شرطًا لاغيًا مبطلًا للعقد لأن الشرط مكمل للسبب فإذا نافى حكمه أبطل سببه[1].

وقد فرق الفقهاء بين شروط العقد والشروط في العقد:

أ. شروط العقد: ما يشترط لصحتها شرعًا. كأهلية العاقد باعتبارها شرط لصحة العقد والقدرة على تسليم المبيع شرط لصحة البيع والولي شرط لصحة النكاح. فصحة العقد تتوقف على الوفاء بهذه الشروط. ومتى أخل العاقد بشرط منها فسد العقد كما أنه لا يصح إسقاطها.

---

[1] فمن الشروط الصحيحة: اشتراط الرهن، أو الكفيل بدين قرض، أو ثمن مبيع، أو أجرة دار، أو غير ذلك؛ لأن هذه الشروط ملائمة لحكم العقد، وهو: الوفاء. ومن الشروط الباطلة: اشتراط عدم الانتفاع بالمبيع في عقد البيع، واشتراط عدم الولاء للمعتق؛ لأن هذه الشروط منافية لحكم العقد، فلا يصح أن تجتمع معه.

ب. **أما الشروط في العقد:** ما يشترطه العاقد في العقد. أو هو التزام العاقد في عقده أمرًا زائدًا على أصل العقد فيه مصلحة للعقد أو العاقد أو غيره. فالشرط في العقد من وضع العاقد فهو الذي يلزم نفسه أو غيره أمرًا لا يلزم بحكم العقد أصلًا بحيث لو خلا العقد من ذلك الالتزام لصح وترتب عليه أثره وحكمه الشرعي. هذا الالتزام في العقد أوجب أمرًا لم يكن واجبًا بحكم العقد. ويلاحظ أن هذه الشروط لا يتوقف عليها صحة العقد ولكن يتوقف الإلزام بهذا العقد عليها. كما يصح إسقاطها ممن له الشرط والمعاوضة عما يصح أخذ العوض عنه بالتراضي.

ثانيًا: الشرط في القانون وفي النظام: ذكرت المادة (١٩٧) من النظام: (يكون الالتزام معلَّقًا على شرطٍ إذا كان وجوده أو زواله مترتِّبًا على أمرٍ مستقبلٍ محتمل الوقوع).

لذا يعرف الشرط في القانون بأنه: أمر مستقبل غير محدد الوقوع (أو محتمل الوقوع كما نص النظام).

هذا الأمر إما أن:

أ) يعلق على وقوعه وجود الالتزام: وهذا هو الشرط الواقف.

كأن يلتزم بهبة شخص آخر مالًا معينًا إذا تزوج ولده أو ولد له ولد. فهنا لا يكون الواهب ملتزمًا بالهبة إلا إذا تم الزواج أو ولد الولد. فمعنى تحقق الشرط وجود الالتزام وتخلفه امتناع قيام الالتزام.

ب) أو يعلق على وقوعه زوال الالتزام وهذا هو الشرط الفاسخ[1].

حيث يتفق على الالتزام ابتداءً والشرط أمر عارض أي: أمر خارجي تضيفه الإرادة إلى التزام استكمَل كل العناصر التي يشترطها القانون. كأن يهب شخص آخر دارًا معينة على أن تنفسخ الهبة إذا رزق الواهب ولدًا. فتنعقد الهبة وتنتقل الملكية إلى الموهوب له بهذا العقد بمجرد انعقاده وتسجيله ويكون إنجاب الواهب ولدًا سبب في زوال التزامه بالهبة وزوال ما ترتب عليها من آثار فتعود ملكية الدار إليه. كأنها لم تنتقل إلى ملكية الموهوب له.

---

[1] تضمن تعريف الشرط السابق عناصر التفرقة بين الشرط الموقف (أو الواقف) وهو ما يعلق عليه وجود الالتزام (سببًا) وبين الشرط الفاسخ وهو ما يترتب على تحققه زوال الالتزام. ولم يتضمن القانون نصًا يوضح هذه التفرقة، بعد أن صورت ضمن التعريف تصويرًا يغني عن البيان. كما أوضحت: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثالث، ص٧.

- ويلاحظ أن كل تعبير عن الإرادة يتضمن صورةً من صور التعليق ينشئ التزامًا شرطيًا. لذا يرد التعليق على الالتزام ذاته دون العقد أو التصرف القانوني بوجهٍ عام. **ويكون تقدير ما إذا كان الالتزام منجزًا أو معلق على شرط**[1] من مسائل الموضوع التي تخضع لرقابة محكمة الموضوع[2]. وقد بين نظام المعاملات المدنية حكم تعليق الالتزام على أمر واقع بقوله: (إذا علق الالتزام على أمر واقع عد الالتزام ناجزًا) في المادة (١٩٨). فالأصل أن يكون وجود أو زوال الالتزام مترتِّبًا على أمرٍ مستقبلٍ محتمل الوقوع.

- كما يلاحظ أنه: وفقًا للتفصيل في القسم الثاني في هذه الدراسة فالشرط "Condition" أحد الأجزاء الأساسية التي يمكن إدراجها في العقد وأحد الأوصاف المعدلة للالتزام وفقًا لتقسيم القانون المدني المصري الذي خصص الفصل الأول من الباب الثالث للشرط والأجل لكن نظام المعاملات المدنية أورد مادة للشرط ضمن الكلام عن المحل والسبب كأركان للعقد. فقد نصت المادة (٢٧٤) من النظام على أنه:

(١. يجوز أن يتضمن العقد أي شرطٍ يرتضيه المتعاقدان إذا توفرت فيه الشروط الواردة في الفقرة (١) من المادة (الثانية والسبعين) من هذا النظام.

٢. إذا تضمن العقد شرطاً باطلاً بطل الشرط وحده، وللمتعاقد طلب إبطال العقد إذا تبيّن أنه ما كان ليرضى بالعقد دون ذلك الشرط).

فوفقًا للنظام: يجوز تضمين العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان، طالما توافرت فيه الشروط التالية:

أ) أن يكون ممكنا في ذاته

ب) ألا يكون مخالفا للنظام العام

ج) أن يكون معينا بذاته أو بنوعه ومقداره أو قابلا للتعيين.

أما لو تضمن العقد شرطًا باطلًا: بطل الشرط وحده لا العقد كاملًا. ويجوز للطرف الذي قبل بهذا الشرط الباطل أن يطلب إبطال العقد إذا تبيّن أنه ما كان ليرضى بالعقد دون ذلك الشرط.

---

[1] (إذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل، ترتب الالتزام منجزًا لا معلقًا، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك).
(انظر المادة ١١٨١ من التقنين الفرنسي، والمادة ٨١ من التقنين اللبناني). مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثالث، ص٧.

[2] محكمة النقض، الطعن رقم ١٨٥، لسنة ٦٨ق، بتاريخ ١٨-٤-١٩٩٩.

وتقابل هذه المادة في القانون المدني المصري: المادة رقم (٢٦٦) التي تنص على أنه:

(١. لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا.

أما إذا كان فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.

٢. ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام).

- وهذه المادة في القانون المدني المصري تتناول بيان حكم تعليق الالتزام بشرط مستحيل أو شرط غير مشروع لأن من مستلزمات فكرة التعليق بالشرط أن يكون وقوعه في حيز الإمكان وإن كان غير محقق. لأن أثر التعليق يجعل مصير الالتزام مجهولًا. **فالواقعة المعلقة على شرط:**

١. إن كانت مستحيلة انتفت حقيقة التعليق لأن المحقق أنها لن تقع.
٢. وإن كانت غير مشروعة -بسبب مخالفتها للقانون والنظام العام أو الآداب- امتنع تحققها بحكم القانون وحينئذ ينتفي التعليق ويؤثر في حكم الالتزام المعلق.

وكنتيجة لما سبق:

١. الشرط المستحيل إن كان:

أ) واقفًا: فلن يوجد التزام لتعلقه بشرط لن يتحقق وهذا هو نص الفقرة الأولى من المادة المذكورة (لا يكون الالتزام قائما إذا علق ....). فالالتزام هنا معدوم لا باطل.

وقد بين نظام المعاملات أنه في هذه الحالة يعد الشرط باطلًا، ويبطل الالتزام الذي عليق عليه، بقوله: (إذا علق (أي: الالتزام) على أمر مستحيل عد الشرط باطلًا، ويبطل الالتزام الذي علق عليه) (م/ ١٩٨) من النظام.

ب) أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخًا: اقتصر البطلان على هذا الشرط فقط وقام الالتزام من البداية باتًا لا مهددًا بالزوال. فالالتزام قائم منذ نشوئه وغير مهدد بالزوال وإذا علق زواله على شرط فاسخ، فهذا الشرط لن يتحقق لمخالفته للقانون وفي هذه الحالة يعتبر الشرط الفاسخ كأن لم يكن ويقوم الالتزام بغير تعليق على شرط. لذا نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية في جزئها الثاني على أنه: (إذا كان فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم) أي: الشرط الفاسخ هو الذي يعتبر غير قائم.

٢. أما إن كان الشرط غير مشروع **(مخالف للآداب أو النظام العام)**: كان اشتراطه باطلًا ويكون لهذا أثره في الالتزام المعلق ذاته وهو ما نصت عليه المادة (١٩٩) من نظام المعاملات المدنية بقولها:

(لا ينشأ الالتزام إذا عُلق على شرطٍ يكون القصد من التعليق عليه الحض على أمر غير مشروع).

- وقد فرق القانون المدني المصري هنا أيضًا بين الشرط غير المشروع الواقف والفاسخ:

أ) فإن كان الشرط غير المشروع واقفًا: فلا يقوم الالتزام. ويقع التصرف باطلًا. وهو نفسه الحكم المقرر في نظام المعاملات المدنية.

ب) أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخًا: وكان ثانوي في أهميته: يبطل الشرط ويبقى الالتزام غير مهدد بالزوال. أما إن كان هذا الشرط جوهريًا بأن يكون هو الدافع للالتزام: يمتنع معه قيام الالتزام لعدم مشروعية سببه.

❋ **والزيادة في هذه المادة بين نظام المعاملات المدنية والقانون المدني المصري**: أن النظام اشترط أولًا: إمكان الوقوع (ألا يكون الالتزام مستحيل الوقوع) وثانيًا: عدم مخالفة النظام (أن يكون الالتزام مشروعًا)، وأضاف فرضية ثالثة غير موجودة في القانون المدني المصري يجب تحققها: أن يكون الشرط معينا بذاته أو بنوعه ومقداره أو قابلا للتعيين. وهذه هي الشروط الواردة في الفقرة (١) من المادة (الثانية والسبعين) من هذا النظام، كما نصت المادة (٢٧٤) على أنه يجوز تضمين العقد أي شرطٍ يرتضيه المتعاقدان إذا توفرت فيه هذه الشروط.

❋ **من أمثلة الشروط الواردة في نظام المعاملات المدنية:**

١. (إذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطا تعسفية؛ فللمحكمة أن تعدلها أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقتضيه العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك). (م/ ٩٦).

٢. (يقع باطلاً كل شرط عند العقد أو عند تأجيل الوفاء يتضمن زيادة في رد القرض يؤديها المقترض إلى المقرض). (م/ ٣٨٥).

٣. (يجوز التعاقد بشرط الخيار في العدول عن العقد، ولمن له الخيار حق العدول خلال المدة المعينة بشرط إعلام المتعاقد الآخر). (م/ ١٠٦).

٤. (دون إخلال بالنصوص النظامية، لا يزول بفسخ العقد شرط الالتزام بتسوية المنازعة ولا شرط الالتزام بالسرية؛ ما لم يتفق على خلاف ذلك). (م/ ١١٣).

٥. (يجوز البيع بشرط التجربة خلال مدة معينة، وإذا لم يعين المتبايعان المدة حملت على المدة المعتادة للتجربة). (م/ ٣١٠).

٦. (١. ليس للمالك أن يشترط في تصرفه -عقدًا كان أو وصية- شرطًا يمنع المتصرف إليه من التصرف في مال إلا كان هذا الشرط لمدة معقولة وقصد به حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

٢. إذا لم تعين مدة منع المتصرف إليه من التصرف فللمحكمة تعيينها بحسب العرف وطبيعة المعاملة والغرض من التصرُّف.

٣. يقع باطلاً كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف ما لم تتوفر فيه أحكام الفقرة (١) من هذه المادة). (م/ ٦١٧).

٧. (لا يصح التنازل للغير عن حق الاستعمال أو حق السكنى إلا بناءً على شرط صريح في سند إنشاء الحق أو للضرورة). (م/ ٦٩٦).

٨. القواعد الفقهية الواردة في نهاية النظام (م/ ٧٢٠)، ومنها:

أ. (القاعدة الخامسة: المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا).

ب. (القاعدة العاشرة: الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم).

٩. (الشرط الجزائي) وهو من أهم الشروط في المعاملات المالية الذي يوضع كدافع لإتمام التعاقد وإلا ألزم من نكل عن الوفاء بدفع المبلغ المتفق عليه كشرط في العقد. وقد اعتدت محكمة الاستئناف في المملكة بكتاب أبحاث هيئة كبار العلماء ص٢٩٥ من أن: (المجلس يقرر بالإجماع: أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا، فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول. وإذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا، بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية-فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف، على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من مضرة[1]) .

[1] محكمة الاستئناف، الحكم رقم ٤٦٣٠٤٠٧٤٠٤ لسنة ١٤٤٦هـ.

الركن الثالث من أركان العقد في نظام المعاملات المدنية
ركن السبب
Element Three: Cause

* **السبب في أصل اللغة**: الحبل الذي يتعلق به الإنسان ويتشبث للارتقاء والانتقال. ومن ثم يطلق أيضًا على كل ما يتوصل به إلى غيره ويفضي إليه. وعليه قول الله -تعالى-: (وآتيناه من كل شيء سببًا).

* **والسبب في اصطلاح الفقهاء والأصوليين هو**: كل حادث ربط به الشرع أمرًا آخر وجودًا وعدمًا وهو خارج عن ماهيته. فإتلاف مال الغير سبب لضمانه وتعويضه. والقتل العمد العدواني سبب للقصاص. فكل عقد ينعقد أو تصرف يباشر هو سبب شرعي لحكمه وآثاره الحقوقية التي رتبها الشرع عليه.

* **وجه الشبه بين الركن والسبب**: من حيث ارتباط مسببه (بصيغة المفعول به) وجودًا وعدمًا. **ويفترق السبب عن الركن في أن**: سبب الشيء أمر خارجي عنه وليس جزءًا ذاتيًا من ماهيته فإتلاف مال الغير ليس جزءًا من ضمانه وتعويضه والقرابة ليست جزءًا من حقيقة الإرث. وكذا كل سبب بالنسبة لمسببه وهو حكمه الذي ربط به.

* **وفي القضاء المصري والفرنسي يعرف السبب بأنه**: الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامةً لا فرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات وفقًا للمذكرة التمهيدية للقانون المدني المصري حيث أخذ القانون بالنظرية الحديثة للسبب المستمدة من التقنينات اللاتينية ونبذ النظرية القديمة المستمدة من التقنينات الجرمانية. فالنظرية الحديثة في السبب تقوم على أن السبب هو الباعث الدافع للتعاقد والباعث أمر نفسي يختلف باختلاف الأشخاص لذا يتغير السبب من عقد إلى عقد ولا يكون عنصرًا داخليًا في العقد بل عنصر خارجي يتعلق بالدوافع المؤثرة في إرادة الإنسان. ولا يعتد من هذه الدوافع إلا بما يكون مؤثرًا بحيث لم يكن العقد ليبرم بدون وجوده.

* **ما يشترط في ركن السبب لصحة العقد:**

شرط واحد وهو أن يكون الباعث مشروعًا.

لذا نصت المادة (٧٥) من نظام المعاملات المدنية، على أن:

(يقع باطلاً أي عقد يكون السبب الباعث على التعاقد فيه غير مشروع إذا صُرّح به في العقد أو دلت عليه ظروف التعاقد).

ويقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة رقم (١٣٦) التي تنص على أنه:

(إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً).

* ما لا يشترط في الباعث:

١. أن يكون موجودًا: لأن الباعث موجود دائمًا في كل العقود.

من أمثلة السبب غير الموجود: التزام المشتري بدفع ثمن منزل تهدم من قبل أو التزام الورثة بدفع مبلغ من النقود إلى شخص اعتبارًا بأن مورثهم أوصى له به، إذا ثبت أن الموصي قد رجع في هذه الوصية، أو أنها قد جاءت باطلة. هذه الأمثلة قد تأتي نتيجة غلط في التعاقد، كما في حال الوارث الذي يدفع لشخص آخر مبلغًا من المال اعتقادًا منه عن خطأ بأن مورثه قد أوصى به له، وهذه هي الحالة التي يطلق عليها (الغلط في السبب). وهنا يقع التصرف باطلًا، لا بسبب الغلط الذي يجعل قابلًا للإبطال، لكن بسبب انتفاء ركن من أركان العقد، وهو السبب.

٢. لا يشترط أن يكون الباعث صحيحًا: لأن الباعث إن كان موهمًا نكون بصدد غلط وقع فيه أحد المتعاقدينويكون هناك مجال لتطبيق نظرية الغلط والتي تؤدي إلى البطلان النسبي للعقد ولا نكون بصدد غياب سبب أو باعث للتعاقد والذي يؤدي إلى بطلان العقد لتخلف أحد أركانه.

* يشترط فقط في الباعث: **أن يكون مشروعًا**. لذا قررت محكمة النقض أنه: (يجب أن يكون الباعث مشروعًا. وأن يكون السبب معلومًا من المتعاقد من الآخر. فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم هذا السبب، وليس في استطاعته أن يعلم به، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به، ويكون العقد صحيحًا[1]) .

* وقد افترض نظام المعاملات المدنية في المادة (٧٦) من النظام أن: (كل عقد لم يُذكر سببه يُفترض أن له سببًا مشروعًا؛ ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك). وهي ذاتها الفقرة الأولى من المادة رقم (١٣٦) من القانون المدني المصري: (كل التزام لم يُذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك). وهذه قرينة بسيطة بالصحة أن عدم ذكر السبب يعني أنه مشروع، ما لم يقم دليل على غير ذلك.

---

[1] الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ق، بتاريخ ٢٤-١٠-١٩٦٣. والطعن رقم ٦٢ لسنة ٣٩ق، بتاريخ ٢٦-٥-١٩٧٤.

* **مصطلح (السبب غير المشروع) الذي نص عليه النظام:** هو المخالف للنظام العام. ولذا يقع باطلًا. ومن أمثلته: اتفاق على قبول رشوة أو ارتكاب جريمة أو إبرام عقد بيع مقابل التنازل عن دعوى حجر. فكلها اتفاقات باطلة لعدم مشروعية السبب الذي دفع للتعاقد. ولذا قررت محكمة النقض أنه: (متى ما كان سبب السند الصادر من الأم لابنتها هو بإقرار الأم أنها بعد أن وهبت أطيانها لابنتها في صورة عقد بيع خشيت أن يرث الغير ابنتها في حالة وفاتها قبلها فاتفقت مع ابنتها على أن تحرر لها على نفسها هذا السند لتحول دون إرث الغير فيها، على أن تمزقه البنت إذا ماتت الأم قبلها، فهذا السند إنما قصد بتحريره الاحتيال على قواعد الإرث، فهو باطل لعدم مشروعية سببه، وتكون الدعوى المرفوعة من الأم بعد وفاة ابنتها بمطالبة ورثتها بحصتهم في قيمته واجبة الرفض[1]) .

كما نصت أيضًا على أنه: (إذا كان السبب مخالفًا للنظام العام، وقع العقد باطلًا بطلانًا مطلقًا. ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها).

- **من أحكام القضاء أيضًا بخصوص السبب:**

ما قررته لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية: (أنه بجانب الشروط الشكلية الواجب توافرها في الشيك، يجب توافر الشروط الموضوعية اللازمة لصحة التزام الساحب، وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب. ويعرف السبب بأنه العلاقة القانونية الأصلية التي أدت إلى إنشاء الشيك أو بعبارة أوضح هو الالتزام السابق على تحرير الشيك. وهذا الالتزام هو الذي قصد الساحب انقضاءه بسحبه الشيك. ويلزم أن يكون سبب الشيك موجودا ومشروعا وإلا بطل الالتزام الصرفي، فطبقا للقاعدة الشرعية لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي، فالفقه الإسلامي يستلزم لصحة الالتزام وجود السبب وإباحته، وهذه القاعدة واجبة التطبيق في نظام الأوراق التجارية، حيث إن الشريعة الإسلامية تعتبر النظام العام في المملكة، وإلى هذا أشارت المذكرة التفسيرية لنظام الأوراق التجارية في أكثر من موضع[2]) .

---

[1] طعن رقم ١١٦ لسنة ١٧ق، بتاريخ ١٤-٤-١٩٤٩.
[2] الحكم رقم ١٥٦ لسنة ١٤٣٨هـ.

الباب السادس

بطلان العقد
Chapter Six: Nullity of Contract

* **بطلان العقد هو**: الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها على النحو السابق بيانه. وكان المنطقي الكلام عن البطلان عقب الكلام عن أركان العقد. والبطلان نوعان: مطلق ونسبي. ويختلف البطلان عن:

أ) عدم نفاذ العقد (أي: عدم سريانه) في مواجهة الغير: ففي عدم النفاذ يكون العقد صحيحًا منتجًا لآثاره بين المتعاقدين ولكن لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير. أما البطلان فيترتب عليه اعتبار العقد كأن لم يكن سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

ب) كما يختلف عن الفسخ: في أن الفسخ جزاء إخلال أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه وبالتالي يفترض أن العقد نشأ صحيحًا مستوفيًا لأركانه وشروطه لكن أحد المتعاقدين أخل بالتزاماته الناشئة عنه ما يدفع المتعاقد الآخر لطلب للتخلص من التزامه. أما البطلان فعيب يصاحب نشوء العقد فيولد العقد ومعه سبب بطلانه.

ويشرح هذا الباب أحكام البطلان في مبحثين:

المبحث الأول: بطلان العقد في القانون المدني المصري

المبحث الثاني: بطلان العقد في نظام المعاملات المدنية

المبحث الأول
بطلان العقد في القانون المدني المصري
Section One: Nullity of Contract in the Egyptian Civil Code

ينقسم البطلان في القانون المدني المصري إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي.
لذا يشرح هذا المبحث أحكام بطلان العقد في القانون المدني المصري في فرعين:
الفرع الأول: البطلان المطلق
الفرع الثاني: البطلان النسبي

الفرع الأول
البطلان المطلق
Branch One: Absolute Nullity

أ) تعريف البطلان المطلق: هو الذي تخلف فيه أحد أركان انعقاده فلا يترتب عليه أي أثر ويجوز أن يتمسك به كل ذي مصلحة، وللقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، كما أنه لا يقبل الإجازة ولا يرد عليه التقادم.

ب) حالات البطلان المطلق:

هي حالات غياب أركان العقد فيكون العقد باطلًا بطلانًا مطلقًا إذا:

١. **غاب الرضاء:** إما لصدوره من عديم التمييز كصغير السن أو المجنون أو لعدم تطابق إرادتي المتعاقدين.

٢. **إذا غاب المحل أو لم تتوافر شرائطه القانونية:** كما لو هلك المحل قبل إبرام العقد. أو كان المحل غير مشروع أو مستحيل.

٣. **إذا غاب سبب العقد أو كان غير مشروع:** كما لو أعطى الورثة شخصًا مبلغًا من المال لأن مورثهم أوصى به له ثم اتضح أن الموصي قد رجع في وصيته.

وهناك حالات أخرى لبطلان العقد ترتبط بأركان أساسية فيه زائدة على ما سبق، ومنها:

٤. **تخلف الشكل في العقود الشكلية أو التسليم في العقود العينية:** كما لو تخلف التسجيل في الرهن الرسمي.

٥. **إذا نص في القانون على البطلان بمقتضى نص خاص:** ومنه ما قررته المادة ٤٧١ من القانون المدني المصري.

ج) تقرير البطلان المطلق: لا يحتاج البطلان المطلق إلى رفع دعوى لتقرير البطلان. فلكل ذي مصلحة أن يتمسك به سواء عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع. وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ويجوز التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى (م/ ١٤١).

د) الإجازة: العقد الباطل بطلانًا مطلقًا هو والعدم سواء، فلا تلحقه الإجازة لأن الإجازة لا يمكن أن توجد من العدم شيئًا صحيحًا. ولو حصلت الإجازة فهي باطلة لأن البطلان يتعلق بالنظام العام ولا يجوز النزول عنه.

ر) **التقادم:** البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم. أما دعوى البطلان ذاتها تخضع للتقادم فلا تسمع بعد مرور ١٥ سنة من إبرام العقد. ولا يعني مرور هذه المدة أن العقد أصبح صحيحًا ولكن لا يمكن تقرير بطلانه عبر دعوى البطلان لانقضائها بالتقادمويجوز التمسك به عن طريق الدفع.

س) **الأحوال التي يرتب فيها العقد الباطل آثاره الأصلية:** القاعدة العامة أن العقد الباطل لا يرتب أي أثر ويعود المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فإن كان مستحيلًا جاز الحكم بتعويض معادل ويقتصر الحكم على كشف هذا الانعدام. وعلى سبيل الاستثناء قد يترتب على العقد الباطل آثاره الأصلية نزولًا على حكم القانون وضمانًا لاستقرار المعاملات وحماية لحسن النية كالشركة الباطلة فترتب آثارها في الفترة السابقة على البطلان كما لو كانت صحيحة ويقتسم الشركاء الأرباح والخسائر كما يوزعون رأس المال وفقًا لنظام الشركة ويطلق عليها في هذه الحالة الشركة الواقعية.

ص) **الأحوال التي يرتب فيها العقد الباطل آثاره العرضية:** قد يترتب على العقد الباطل آثارًا عرضية باعتباره عملًا ماديًا لا عملًا قانونيًا.

وأهم أثرين يترتبان على العقد الباطل هما:

١. انتقاص العقد الباطل.
٢. تحول العقد الباطل.

١. **نظرية انتقاص العقد الباطل:** تقوم على أساس أن البطلان أو الإبطال ينصب فقط على جزء من العقد دون الآخر فحرص المشرع على إنقاذ هذا الجزء الصحيح وقصر البطلان على الجزء الباطل فقط. وتسري هذه النظرية لو كان العقد باطلًا في جزء وصحيحًا في الآخر أو قابلًا للإبطال في جزء وصحيحًا في الآخر ففي هذه الحالة يقتصر الإبطال على الجزء الباطل ويبقى الآخر صحيح ومثاله: اقتران الهبة بشرط غير مشروع ليس هو الدافع للتعاقد فيبطل الشرط وتصح الهبة.

❋ **شروط تطبيق نظرية انتقاص العقد الباطل:**

أ. **أن يكون العقد الأصلي باطلًا أو قابلًا للإبطال في جزء منه فقط.** فلو كان العقد كله باطلًا أو قابلًا للإبطال فلا يرد عليه انتقاص العقد ولكن يمكن أن يتحول إلى عقد آخر إذا توافرت فيه شروط (التحول).

ب. **أن يكون الانتقاص غير متعارض مع قصد المتعاقدين.** كأن يكون الشرط الدافع لإبرام عقد الهبة باطل فلا يمكن بطلان الشرط وبقاء العقد في هذه الحالة.

٢. **نظرية تحول العقد الباطل:** تفترض أن العقد الباطل أو القابل للإبطال الذي توافرت فيه أركان عقد آخر رغم بطلانه يكون صحيحًا باعتباره العقد الآخر الذي توافرت فيه أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى هذا العقد. فتحول العقد يبقى عليه كاملًا بوصف آخر أما الانتقاص يبقى الجزء الصحيح فقط.

مثاله: البيع بثمن تافه يبطل كبيع لتخلف ركن الثمن والذي يتحول إلى هبة صحيحة إذا توافر فيه الشروط التي تطلبها القانون.

❊ **شروط تطبيق تحول العقد الباطل:**

أ. أن يكون العقد الأصلي باطلًا أو قابلًا للإبطال.

ب. أن يتضمن العقد الباطل بذاته جميع عناصر العقد الجديد.

فلا يستطيع القاضي إضافة عنصر من عنده.

ج. أن يتضح أن نية المتعاقدين كانت ستتجه إلى إبرام هذا العقد الجديد، لو تبينا ما في العقد الأصلي من بطلان.

الفرع الثاني
البطلان النسبي (العقد القابل للإبطال)
(Branch Two: Relative Nullity (Voidable Contract

أ) تعريف البطلان النسبي: هو الوصف الذي يلحق بالعقد نتيجة لنقصان أهلية المتعاقد أو وجود عيب من عيوب إرادته. فالعقد موجود وصحيح غير أنه مهدد بالزوال لعيب فيه: فإما أن تلحقه الإجازة أو يسقط طلب الإبطال بتقادمه فتستقر صحته نهائيًا أو يبطل فيزول بأثر رجعي. ولكنه ينتج جميع آثاره منذ إبرامه إلى أن يتقرر إبطاله لمن تقرر الإبطال لمصلحته.

ب) حالات البطلان النسبي (العقد القابل للإبطال):

١. أن يكون أحد المتعاقدين ناقص الأهلية كالصبي المميز أو من في حكمه كالمحجور عليه لسفه أو غفلة.

٢. إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة وهي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

٣. ورود نص خاص يقرر البطلان النسبي للعقد.

مثل: بيع ملك الغير يكون قابلًا للإبطال لمصلحة المشتري. (م/ ٤٦٦).

ج) تقرير البطلان النسبي ولمن التمسك به: يحق لمن قرر البطلان لمصلحته التمسك به ويكون التقرير باتفاق المتعاقدين على ذلك أو بصدور حكم قضائي لصالح من تقرر الإبطال لمصلحته. ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان النسبي من تلقاء نفسها وفي هذا يختلف البطلان النسبي عن المطلق. فحكم المحكمة بالبطلان المطلق كاشف لا منشئ أما حكمها بالبطلان النسبي منشئ لا كاشف؛ لأن الحكم قبل العقد كان له وجود وصالح لإنتاج آثاره. ويجوز التمسك بالبطلان النسبي في أية حالة كانت عليها الدعوى ولا يجوز التجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه لا يتعلق بالنظام العام.

د) آثار العقد القابل للإبطال: في المرحلة السابقة على إبطاله: عقد صحيح يرتب كافة آثاره. أما في حالة القضاء بإبطاله أو الاتفاق على ذلك: تزول جميع آثاره بأثر رجعي فيرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. وإذا استحال على أحد المتعاقدين رد ما أخذه حكم عليه بتعويض عن عدم الرد ويبنى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

س) سقوط التمسك بالبطلان النسبي:

يسقط التمسك بالبطلان النسبي عن: طريق إجازة العقد وعن طريق التقادم.

على خلاف البطلان المطلق الذي لا يرد عليه الإجازة أو التقادم.

فيتقادم حق طلب الإبطال بأحد أمرين: مرور ٣ سنوات من وقت اكتمال الأهلية أو اكتشاف عيب الإرادة، أو ١٥ سنة من وقت إبرام العقد أيهما أقصر.

ويترتب على مرور هذه المدة عدم جواز المطالبة بإبرام العقد لا بالتقادم ولا في صورة دفع أثناء نظر دعوى.

المبحث الثاني

بطلان العقد في نظام المعاملات المدنية

Section Two: Nullity of Contract in the Civil Transactions Law

المقرر شرعًا أن: (الأصل في العقود الصحة[١])، و(الأصل صحة العقد وسلامته حتى يأتي ما يوجب إلغاءه[٢]) كما قررت القواعد الشرعية والأحكام القضائية. غير أنه قد ترد حالات تلغى فيها العقود لغايات معنية كما ذكرنا في المبحث الأول. فقد رتب القانون المدني المصري ونظام المعاملات المدنية البطلان المطلق على غياب أركان العقد كما رتبا البطلان النسبي في حالات أخرى.

أ) تعريف البطلان:

البطلان إجرائيًا: (تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفةً تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملًا [٣]). ويتفق هذا التعريف مع المادة الخامسة من نظام المرافعات الشرعية ونصها: (يكون الإجراء باطلاً إذا نص النظام على بطلانه، أو شابه عيب تخلف بسببه الغرض من الإجراء ولا يحكم بالبطلان -رغم النص عليه-إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء). وفي القانون المدني يعرف البطلان بأنه: (وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب لمخالفته أحكام القانون المنظمة لإنشائه. أثره. عدم صلاحيته لإنتاج آثاره القانونية المقصودة [٤]).

ومن الناحية الشرعية يرى الفقهاء: البطلان والفساد مترادفان. وقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية أن: (العقد الباطل والفاسد: ما ليس بصحيح) (م/ ١٦٤). كما عرف الشيخ مصطفى الزرقا البطلان بأنه: (عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع [٥]) .

---

[١] تقريرات محكمة التمييز. (التقرير (٥٠ / ٥٠)، رقم القرار: ٥١٧/ ق١ / ب)، بتاريخ (٢٤/ ٦/ ١٤٣٠هـ). (تقريرات محكمة التمييز خلال خمسين عامًا. الإصدار الأول، المجلد الأول. طبعة وزارة العدل، ص١٢).

[٢] قرار المحكمة العليا: (٢٩/ ٣/ ٣)، (٢٨/ ٥/ ١٤٣١). ورد في: (المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا: من عام ١٣٩١ه إلى عام ١٤٣٧ه)، طبعة وزارة العدل. ص٣٦.

[٣] د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الثانية. ص٨.

[٤] محكمة النقض، الطعن رقم ١٨٥٩ لسنة ٧٢ق، بتاريخ ٢٣-١١-٢٠٠٤م.

[٥] مشار إليه في: حسان بن جاسم الهايس، الأثر الناشئ عن بطلان العقد- دراسة فقهية في ضوء نظام المعاملات المدنية السعودي. مجلة الشهاب، المجلد العاشر، العدد الثاني، ٢٠٢٤. ص٢٥٢.

ب) أقسام البطلان:

ينقسم البطلان إلى: مطلق ونسبي نظامًا وحسب العمل الإجرائي والقضائي في المملكة، ومن هذا:

١. **ما ذكرته لجنة الاستئناف في منازعات الأوراق المالية**: (استقرار الفقه والقضاء الإداري من التفرقة بين البطلان المطلق، وبين البطلان النسبي[١]).

٢. **ما ذكرته هيئة التدقيق في ديوان المظالم**: (أن الفقه والقضاء الإداري استقرا على تنوع بطلان القرارات إلى نوعين، أولهما: البطلان المطلق وهو ما يترتب على عدم صحة القرار الإداري كله لما شابه من عيب في أساسه أو كان العيب في جزء منه لا يستقيم القرار بدونه. وثانيهما: البطلان النسبي وهو ما يترتب على وجود عيب أو مخالفة في جزء يسير من القرار لا يعدمه كله ولا يحول بينه وبين أن ينتج آثاره النظامية في الجانب الصحيح منه[٢]).

٣. **ما قررته الدائرة التجارية في ديوان المظالم أن**: (البطلان يكون فيما لو لم تراع الهيئة الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه وبالنظر إلى تلك البيانات التي ذكرها المدعي المتمثلة في عناوين الخصوم وعناوين المحكمين وجنسياتهم وصفاتهم وملخص اتفاق التحكيم وتحديد الأتعاب وتحديد نفقات التحكيم وكيفية توزيعها، كل تلك البيانات لا أثر لها على مضمون الحكم[٣]).

وتستعرض الفروع التالية هذه النقاط:

١. الفرع الأول: البطلان المطلق في نظام المعاملات المدنية

٢. الفرع الثاني: البطلان النسبي في نظام المعاملات المدنية

٣. الفرع الثالث: آثار إبطال العقد وبطلانه في نظام المعاملات المدنية

---

[١] الحكم رقم ٤٣٠ لسنة ١٤٣٣هـ، لجنة الاستئناف في منازعات الأوراق المالية.

[٢] القضية رقم ١٦٢ لعام ١٤١٢هـ، ديوان المظالم، الدائرة الإدارية: حكم التدقيق رقم ١٠٦/ ت/ ١ لعام ١٤١٢هـ.

[٣] القضية رقم ٢٦٢١ لعام ١٤٣٦هـ، ديوان المظالم، الدائرة التجارية / استئناف.

الفرع الأول
البطلان المطلق في نظام المعاملات المدنية
Branch One: Absolute Nullity in the Civil Transactions Law

البطلان المطلق: تخلف ركن من أركان العقد في حكم الواقع أو القانون. وقد نص النظام في مادة واحدة على البطلان، من أنه:

(١. إذا وقع العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.

٢. لا تسمع دعوى البطلان إذا انقضت (عشر) سنوات من تاريخ التعاقد، ولكن لكل ذي مصلحة أن يدفع ببطلان العقد في أي وقت[(١)]).

تقرر هذه المادة فقط: جوانب البطلان (من له التمسك به، وسلطة المحكمة في تقريره، وسقوط دعوى البطلان بالتقادم)، ولم تذكر أسباب البطلان المطلق (مثل: انعدام الرضا، وانعدام المحل، وعدم المشروعية أو حالة غياب السبب) مسايرة لمذهب القانون المدني المصري. فأسباب البطلان المطلق -وإن لم تذكر في النظام- إلا أنها قاعدة مستقرة في القوانين المقارنة وفي العمل القضائي وربما لم يجد النظام حاجة لإضافتها لوضوحها وجريان العمل عليها. فمن المعروف أن أسباب البطلان المطلق ترجع إلى تخلف أركان العقد ما يحول دون وجود العقد من الأساس.

وبما أن نظام المعاملات قرر: الرضا والمحل والسبب أركانًا للعقد فغياب أي ركن من شأنه أن يرتب البطلان وفق الأحكام المقررة نظامًا.

وبالعودة للمادة رقم (٨١) من النظام نجدها قررت الأحكام التالية التي تعتبر عامة في البطلان:

١. أن التمسك بالبطلان يجوز لكل ذي مصلحة.

حتى لو لم يكن طرفًا في التعاقد، كالمستأجر مثلًا في حالة بطلان بيع الشيء المؤجر بطلانًا مطلقًا.

٢. للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

لتعلقه بالنظام العام. ويكون الحكم بالبطلان كاشف لا منشئ.

---

(١) مادة رقم (٨١) من نظام المعاملات المدنية.
ويقابلها المادة (١٤١) من القانون المدني المصري.

٣. أن البطلان لا يزول بالإجازة.

لأن الإجازة لا ترد إلا عقد موجود أما العقد الباطل فهو والعدم سواء.

٤. عدم سماع دعوى بطلان العقد (سقوطها) بعد مرور ١٠ سنوات من تاريخ التعاقد.

ولا يعني هذا أن العقد ينقلب صحيحًا. كل ما في الأمر أنه لا يمكن اللجوء لإقراره بموجب دعوى بطلان ولكن يمكن التمسك به بدفع أمام المحكمة. والدفوع لا تتقادم كما هو معروف. ولذا قررت محكمة النقض المصرية أنه: (ولئن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضي خمسة عشر عامًا، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط أبدًا، ذلك أن العقد الباطل يظل معدومًا فلا ينقلب مع الزمن صحيحًا، وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضي المدة الطويلة، أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد، فلا تجوز مواجهته بالتقادم؛ لأنه دفع والدفوع لا تتقادم [١]).

٥. لكل ذي مصلحة أن يدفع ببطلان التعاقد في أي وقت.

والمصلحة المعتبرة هي: الحق الذي يتأثر بقيام العقد أو بطلانه ولا يتحقق ذلك إلا للمتعاقدين وخلفهما الخاص والعام والدائنون كالمرتهن والمستأجر.

ويلاحظ أن: البند الأول والثاني والثالث نص عليهم في القانون المدني المصري أما الرابع فمدته ١٥ عام في القانون المدني المصري[٢] لا ١٠ سنوات كما قرر النظام. وأيضًا: إمكان الدفع ببطلان التعاقد في أي وقت نص إضافي في النظام غير موجود في القانون المدني المصري وإن كان قد جرى العمل به.

---

[١] نقض ١٣-٤-١٩٩٤، طعن ٢٩١١، س٥٩ق.

[٢] (دعوى البطلان المطلق. سقوطها بمضي خمس عشرة سنة. م ١٤١/ ٢ مدني). نقض رقم ١١٥٧٥ لسنة ٩٣ ق - جلسة ٢٨ / ٦ / ٢٠٢٥م.

الفرع الثاني
البطلان النسبي في نظام المعاملات المدنية (القابلية للإبطال)
Branch Two: Relative Nullity in the Civil Transactions Law

البطلان النسبي: قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن يفسد ركنًا من أركانه وهو الرضاء بسبب عيب بداخله أو نقص في أهلية أحد المتعاقدين أو يقرر له القانون حكمًا خاصًا لذلك يكون العقد قابلًا للإبطال لمصلحة من قرر له النظام هذا الحق.

= وقد تناول نظام المعاملات المدنية أحكام البطلان النسبي (حق الإبطال) في المواد (من ٧٧ وحتى ٨٠) فنص على أنه:

أ) (إذا جعل نص نظامي لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطال العقد؛ فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق) (م/ ٧٧ [١]).

❋ فحق طلب إبطال العقد -حال قيام البطلان النسبي- ينعقد لمن قرر لمصلحته الإبطال فقط ولخلفه العام كالوراث والموصى له بحصة شائعة في التركة. هذا الحق في الإبطال يوجب على من قرر لمصلحته أن يقيم الدليل على توافر سببه. ويحق له التمسك به عن طريق دعوى البطلان أو الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع طالما لم يسقط الحق بالتقادم. ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها.

ب) (يسقط الحق في طلب إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية إذا صدرت ممن له هذا الحق، وإذا أجاز العقد استندت الإجازة إلى وقت إبرامه) (م/ ٧٨ [٢]).

❋ تبين هذه المادة أحكام إجازة العقد القابل للإبطال. **فالإجازة:** تصرف من جانب واحد[٣] تنتج أثرها بمجرد صدورها ولو لم يصدر قبول لها من الطرف الآخر ولا يجوز الرجوع فيها بحجة عدم صدور هذا القبول. وتكون هذه الإجازة **صريحة:** بأي تعبير يفصح عنها وتخضع في الإثبات للقواعد العامة، أو **ضمنية:** فتستخلص من كل ما يفيد نزول من له حق في الإبطال عن التمسك به كتنفيذ العقد أو إنفاق الثمن أو البناء على الأرض المشتراة.

---

[١] تقابل: ١٣٨ مدني مصري.
[٢] تقابل: ١٣٩ مدني مصري.
[٣] تقابل: ١٣٨ مدني مصري.

ولا يعتبر السكوت إجازة ضمنية ما لم يستفاد منه التنازل عن التمسك بالإبطال. ويجوز إثبات الإجازة الضمنية بكافة طرق الإثبات متى كانت مستفادة من واقعة مادية. ويترتب على الإجازة صحة العقد من وقت صدوره (إبرامه) لا من وقت صدور الإجازة. كما يقع إثباتها على عاتق مدعيها؛ (فإذ لم يقدم الطاعنون ما يدل على تمسكهم بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، وإغفالها تحقيقه، فإنه لا يقبل منهم إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض[1]) .

ج) (١. لا تسمع دعوى إبطال العقد إذا انقضت (سنة) من تاريخ العلم بسبب الإبطال، وإذا كان إبطال العقد لنقص الأهلية أو الإكراه فبانقضاء (سنة) من تاريخ اكتمال الأهلية أو زوال الإكراه.

٢. فيما عدا حال نقص الأهلية، لا تسمع دعوى إبطال العقد إذا انقضت (عشر) سنوات من تاريخ التعاقد[2]) (م/ ٧٩).

* رتب النظام حكمًا للتقادم في دعوى إبطال العقد (البطلان النسبي) وهو: مرور سنة من تاريخ العلم بسبب الإبطال لا يحق لمن قرر الإبطال لمصلحته التمسك به. وجاء الجزء الثاني من الفقرة الأولى من المادة لتوضح نطاق الفقرة الأولى من ناحية بدء سريان مدة سقوط الحق في التمسك بالبطلان والحالات التي تخضع لهذا السقوط وتنحصر في:

أ). نقص الأهلية (بالنسبة للصغير والسفيه وذي الغفلة)
ب) والإكراه

فيبدأ سريان مدة سقوط حقهم في رفع دعوى بطلان العقد (المحددة لهم بعام) من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية (الذي تكتمل فيه الأهلية) أو ينقطع فيه الإكراه.

= وعدا حالة نقص الأهلية لا تسمع دعوى الإبطال بعد مرور ١٠ سنوات من تاريخ التعاقد. وهي نفس مدة تقادم دعوى بطلان العقد (المطلق) المقررة في النظام في المادة (٨١).

* **هل استمرار حالة نقص الأهلية يعني يسقط حق إبطال العقد في نظام المعاملات المدنية كما قرر القانون المدني المصري؟** ظاهر النص استثناء حالة نقص الأهلية من سريان مدة العشر سنوات كسبب لتقادم دعوى إبطال عقد فلا تبدأ إلا من تاريخ اكتمال الأهلية ثم تبدأ السنة المقررة لها في الفقرة الأولى من المادة. وفق هذا التحليل فنظام المعاملات المدنية منح ناقص الأهلية حماية أوسع من القانون المدني المصري.

---

[1] تقابل: ١٣٩ مدني مصري.
[2] تقابل: ١٣٩ مدني مصري.

النتيجة من هذه المادة: إذا مرت سنة دون تمسك صاحب حق الإبطال به سواء أكان ناقص الأهلية (بعد اكتمالها) أو المكره (بعد زوال سبب الإكراه) انقلب العقد القابل للإبطال صحيحًا ولا يجوز بعد ذلك طلب إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع.

د) (يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد بإبداء رغبته في إجازة العقد أو إبطاله خلال مدة لا تقل عن (تسعين) يوما من تاريخ الإعذار، فإذا مضت المدة ولم يبد رغبته دون عذر؛ سقط حقه في الإبطال) (م/ ٨٠).

* هذه المادة زائدة في مبناها عن المقابل لها في القانون المدني المصري حيث تنص المادة (١٣٩) من القانون المدني المصري على أن: (١. يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية.

٢. وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير).

فقد رتبت المادة ٨٠ من نظام المعاملات المدنية حقًا لكل ذي مصلحة وهو (إعذار) من رتب البطلان لمصلحته برغبته: إما بإجازة العقد أو إبطاله خلال مدة لا تقل عن ٩٠ يوم من تاريخ الإعذار، فإن مضت هذه المدة (التي ينبغي ألا تقل عن ٩٠ يوم) ولم يبد من قرر الإبطال لمصلحته رغبته دون عذر سقط حقه في الإبطال.

ومن الواضح أن المنظم أراد تسريع عملية استقرار المراكز القانونية بدون توقف على مرور عام أو ١٠ بدون سقوط حق الإبطال فأجاز لمن له مصلحة إعذار صاحب حق الإبطال ليقرر إما إبطال العقد أو إجازته. فتحريك مصير العقد منوط بإعذار صاحب المصلحة خلافًا لمواد التقادم السابقة التي علقها المنظم على مرور الوقت.

الفرع الثالث
آثار إبطال العقد وبطلانه في نظام المعاملات المدنية
Branch Three: Effects of Nullity and Avoidance of Contract

استعرض نظام المعاملات المدنية في المواد من (٨٢ وحتى ٨٦) آثار إبطال العقد وبطلانه فنص على أنه:

أ) (في حالتي إبطال العقد أو بطلانه، يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وإذا استحال ذلك جاز أن يقضى بالتعويض) (م/ ٨٢[١]).

❋ تتناول الفقرة الأولى من هذه المادة الأثر الرجعي للبطلان المطلق والنسبي وهو: اعتبار العقد كأن لم يكن فيعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. ففي البيع يلتزم البائع برد الثمن من وقت المطالبة القضائية كما يلتزم المشتري برد المبيع وثماره فإن استحال ذلك حكم القاضي بتعويض معادل.

وفي حالة البطلان المطلق لا يجوز للمضرور منه الرجوع على المتعاقد الآخر وفقًا لأحكام المسؤولية العقدية لتطلب وجود عقد صحيح، أما العقد الباطل فمعدوم. لذلك يرجع المضرور على المتسبب بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية وحينئذ يعتبر العقد الباطل واقعة مادية يستشف منها الخطأ.

وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية: (جرى قضاء هذه المحكمة على أنه إذا أبطل العقد أو كان باطلًا اعتبر كأن لم يكن وزالت الآثار المترتبة عليه من وقت انعقاده، وبزوال الرابطة العقدية بين طرفيه امتنع إخضاعها لأحكام المسؤولية العقدية، وتعين عملًا بالمادة ١٤٢ من القانون المدني- إعادتهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد لأن احتفاظ أي منهما بما حصل عليه بموجب العقد الباطل يصبح دون وجه حق، فإن استحالت هذه الإعادة جاز الحكم بتعويض معادل أساسه المسؤولية التقصيرية [٢]) .

ب) (في حالتي إبطال العقد أو بطلانه لنقص أهلية المتعاقد أو انعدامها، لا يلزمه أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة معتبرة بسبب تنفيذ العقد) (م/ ٨٣).

---

[١] تقابل المادة ١٤٢ من القانون المدني المصري.
[٢] نقض ١٣-١٢-١٩٨١، طعن ١٤٢، س٤٢ق.

❋ تتضمن الفقرة الثانية من المادة استثناء خاص لحالة الرد بسبب بطلان أو إبطال العقد إن كان الملتزم بالرد عاد بطلانه أو إبطاله إلى نقص في الأهلية أو انعدامها يتمثل في: عدم إلزامه برد ما عاد عليه من منفعة معتبرة بسبب تنفيذ العقد. فناقص الأهلية أو معدومها لا يسأل عن الرد إلا وفقًا لقواعد الإثراء بلا سبب. وهو ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية بقولها: (إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزمًا إلا بالقدر الذي أثري به، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المشتري ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقي الذي عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه في غير مصلحته[1]) .

ج) (إذا كان العقد في جزء منه باطلًا أو يجوز إبطاله؛ يبطل ذلك الجزء فقط، إلا إذا تبين أن المتعاقد ما كان ليرضى بالعقد دون ذلك الجزء فله طلب إبطال العقد[2]) (م/ ٨٤).

❋ تتعرض هذه المادة لنظرية (انتقاص العقد) عندما يرد البطلان المطلق أو النسبي على جزء من العقد القابل للانقسام بينما بقية العقد صحيحة فيعتد ببطلان الجزء الباطل أو القابل للإبطال مع بقاء الجزء الصحيح كما هو باعتباره عقدًا مستقلًا ما لم يقم من يدعي البطلان الدليل على أن الجزء الذي بطل بطلانًا مطلقًا أو نسبيًا هو الذي دفعه للتعاقد ولا ينفصل عن جملة العقد. فأحكام الانتقاص ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين كما توجب المساواة بين المتعاقدين فإن أبطل حق لأحد المتعاقدين تعين انتقاص التزامات الآخر بقدر الحق الذي أبطل.

د) (إذا توفرت في العقد الباطل أركان عقد آخر؛ انعقد هذا العقد إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تنصرف إليه[3]) (م/ ٨٥).

❋ تناقش هذه المادة نظرية (تحويل العقد الباطل أو القابل للإبطال). هذا التحويل من عقد باطل أو قابل للإبطال إلى عقد صحيح والتمسك به أمام القضاء له شروط:

١. طلب أحد الخصوم: فليس للمحكمة القيام بتحويل العقد من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام

٢. أن يكون العقد الأصلي باطلًا بأكمله

٣. أن تتوفر في العقد الباطل كافة عناصر العقد الآخر. فإن كان العقد الأصلي (الباطل) ينقصه عنصر لتتوافر به عناصر عقد آخر امتنع التحويل.

---

[1] نقض ٩-٣-١٩٧٩، س٣٠، ص٨٠٩.
[2] تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري رقم ١٤٣.
[3] تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري رقم ١٤٤.

٤. إثبات أن العاقدين انصرفت نيتهما وقت التعاقد إلى إبرام العقد الجديد إذا تبين لهما بطلان العقد الذي أبرماه. ويستعين القاضي في ذلك بالقرائن القضائية وظروف التعاقد والغرض منه.

- ومتى توافرت هذه الشروط تعين القضاء بتحول العقد الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد آخر صحيح توضح المحكمة أركانه القانونية واسمه. ولا يكون في سلطة القاضي إجراء أي تغيير في صفات العاقدين لخروج ذلك عن نطاق التحول (كتحويل العقد الأصلي من المطعون ضده بصفته ممثلًا لغيره إلى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية[1]).

س) (١. لا يحتج بإبطال العقد تجاه الخلف الخاص للمتعاقد إذا كسب حقًّا عينيًّا معاوضة بحسن نية.

٢. يعد الخلفُ الخاصُّ حسنَ النية إذا كان عند التعاقد لا يعلم سبب إبطال عقد سلفه ولم يكن بمقدوره أن يعلم لو أنه بذل من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد) (م/ ٨٦).

❋ **الخلف الخاص**: من يكتسب ممن يستخلفه حقًا عينيًا على شيء معين كالمشتري والموهوب له والمنتفع. فإذا كسب الخلف الخاص للمتعاقد حقًّا عينيًّا معاوضة بحسن نية لم يحتج بإبطال العقد تجاهه.

ويكون هذا الخلف حسن النية: إذا كان عند التعاقد لا يعلم سبب إبطال عقد سلفه ولم يكن بمقدوره أن يعلم لو أنه بذل من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد. فهذه المادة تقرر حماية خاصة للخلف الخاص من إبطال العقد بشرط إثبات حسن نيته.

---

[1] نقض ٢٦-١١-١٩٧٠، طعن ١٦٠، س ٣٦ق.

الباب السابع

العقود الدولية

Chapter Seven: International Contracts

من المناسب الكلام عن العقود الدولية في النقاط التالية لمناقشة أكبر مساحة متاحة بشأنها تتعلق بهذه الدراسة:

المبحث الأول: الإطار العام للعقود الدولية

المبحث الثاني: عقود البيع والتجارة الدولية كأهم أشكال العقود الدولية

المبحث الثالث: الإشكاليات القانونية والمصادر الدولية للعقود الدولية

المبحث الأول

الإطار العام للعقود الدولية

Section One: General Framework of International Contracts

يشمل هذا المبحث النقاط التالية:

الفرع الأول: تعريف العقود الدولية

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقود الدولية

الفرع الثالث: أشكال العقود الدولية

الفرع الأول

تعريف العقود الدولية

Branch One: Definition of International Contracts

التعريف السائد في القانون الدولي الخاص أنها: العقود التي تتضمن عناصر أجنبية سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه أو موضوعه أو بأطرافه كما لو كان هؤلاء أو أحدهما من الأجانب أو من الوطنيين المقيمين في الخارج.

الفرع الثاني
الطبيعة القانونية للعقود الدولية
Branch Two: Legal Nature of International Contracts

يغلب على العقود الدولية الصفة التجارية لا المدنية -بحسب التعريف الوطني للعقد التجاري والعقد المدني-، وتشير بعض المصادر إلى أن الاتفاقيات الدولية حرصت على استبعاد الصفة المدنية والتجارية للعقد مثل: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الخطابات الإلكترونية. وسبب تطبيق هذا الحكم في هذه الاتفاقية: المشكلة التي حدثت في اتفاقية نيويورك بشأن التحكيم لعام ١٩٥٨م عندما أجازت للدول أن تتحفظ من حيث عدم تطبيق الاتفاقية إلا على المنازعات العقدية وغير العقدية ذات الصفة التجارية لقانونها الوطني. وهو أمر من شأنه زعزعة تطبيق أحكام الاتفاقية لاختلاف التشريعات الوطنية عند تعريفها للعقد المدني والتجاري وأطرافه.

- **ومن أهم أشكال العقود الدولية تلك الواردة في:** مجال البيع التجاري الدولي وتداول السلع عبر الحدود. كما قد تشمل العقود الدولية أيضًا أشكالًا أخرى.

الفرع الثالث
أشكال العقود الدولية
Branch Three: Forms of International Contracts

بجوار عقود البيع الدولية هناك: عقود المقاولات الدولية ومنها: عقود الفيديك (FIDIC). حيث وضع الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (F.I.D.I.C)، بالاشتراك مع الاتحاد الدولي للمباني للمقاولين الأوروبيين للمباني والأشغال العامة (F.I.B.T.P) والذي يسمى الآن بالاتحاد الدولي للمقاولين الأوروبيين للمباني والأشغال العامة شروطًا عامة لأعمال الإنشاءات الهندسية المدنية تتبع في معظم دول العالم، وقد وضعا كذلك شروطًا خاصة لمواجهة حالات التعاقد بالنسبة للمقاولات الإنشائية بحيث تتلاءم مع الحاجات الخاصة للسوق الدولي في هذا المجال. كما توجد عقود دولية في مجالات: المصارف والتأمين وبراءات الاختراع ونقل التكنولوجيا.

المبحث الثاني

الإطار العام للعقود الدولية من خلال عقود البيع والتجارة الدولية

Section Two: The General Framework of International Contracts through Sales and Trade Agreements

تعد عقود البيع والتجارة الدولية من أبرز صور العقود الدولية لكونها أساس المعاملات التجارية عبر الحدود. ولأهميتها يجدر تناولها بوصفها نموذجًا كاشفًا عن الخصائص العامة للعقود الدولية وأحكامها المشتركة.

فعقد التجارة الدولي قد يتخذ إحدى صورتين رئيسيتين:

١) عقد يتضمن صيغة محددة لنوع من الشروط العامة أو يحيل إليها

٢) أو عقد من العقود النموذجية تعده إحدى الجهات أو المنظمات الدولية [١]

ويقتضي ذلك: التمييز بين الشروط العامة لعقود التجارة الدولية والعقود النموذجية التي تعدها جهات دولية. ثم بحث معايير تمييز العقد الدولي والقانون الذي يخضع له وفق الترتيب التالي:

الفرع الأول: التمييز بين الشروط العامة للعقود النموذجية وعقود التجارة الدولية

الفرع الثاني: معايير تمييز العقد الدولي

الفرع الثالث: القانون الذي يخضع له العقد الدولي

الفرع الأول

التمييز بين الشروط العامة للعقود النموذجية وعقود التجارة الدولية

Branch One: Distinction Between General Terms of Standard Contracts and International Trade Contracts

أولًا: الشروط العامة التي قد يشير إليها عقد من العقود الدولية بشأن التعامل على سلعة معينة: مجموعة من البنود أو القواعد العامة التي يستعين بها المتعاقدون في إتمام تعاقدهم فيضمنونها عقدهم ثم يكملون بعد ذلك بما يتفقون عليه من بقية الشروط من: كمية وثمن وطريقة للوفاء وغير ذلك من المسائل التفصيلية للعقد.

ثانيًا: العقد النموذجي: مجموعة متكاملة من شروط التعاقد بشأن سلعة معينة وتتضمن تفاصيل العقد بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتبنى شكل العقد بالكامل، ولا تكون في حاجة إلا إضافة أسماء الأطراف وكمية البضاعة وزمان تسليمها ومكانه ووسيلة النقل.

---

[١] العقود النموذجية في ضوء أحكام القانون المدني المصري: كانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تنص على أنه: (إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجًا لأحد العقود، فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه). والعقد النموذجي -كما عرفه السنهوري-: (هو الذي تضعه السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخري)، وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي لوضوح الحكم الوارد فيه).

الفرع الثاني
معايير تمييز العقد الدولي
Branch Two: Criteria for Identifying International Contracts

يستمد العقد صفته الدولية من طبيعة العلاقة التي يحكمها وقد يتخذ عادةً شكل شروط عامة أو عقد نموذجي. فالعقد النموذجي من خصائص العقد الدولي وليس من مستلزماته. على أن بعض الاتفاقيات الدولية قد حددت معايير لدولية العقد: منها اتفاقية لاهاي في عام ١٩٦٤م، واتفاقية فينا في سنة ١٩٨٠م، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الخطابات الإلكترونية.

ومن المستقر عليه أن معيار دولية العقد في القانون الموحد يقوم على ضابطين: ضابط موضوعي وضابط شخصي.

فالضابط الموضوعي: يتعلق بعقد البيع ذاته.

والضابط الشخصي: يتعلق بأشخاص العقد. وقد يقوم على واحدٍ منهما.

أ) معيار دولية عقد البيع بموجب أحكام القانون الموحد للبيع الدولي: الذي وضع بموجب اتفاقية لاهاي في عام ١٩٦٤م: لم يقف عند جنسية المتعاقدين إذ يعد البيع دوليًا ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة والعبرة باختلاف مراكز أعمال الأطراف المتعاقدة أو محل إقامتهم العادية ما يمكن اعتباره (معيارًا شخصيًا)، وأضاف إليه القانون الموحد وجوب توافر أحد معايير موضوعية ثلاثة (المعايير الموضوعية المتعلقة بعقد البيع ذاته) هي:

أ) وقوع البيع على سلع تكون عند إبرام البيع محلًا للنقل من دولة إلى أخرى (بيع البضاعة في الطريق) أو ستكون بعد إبرام البيع محلًا لمثل هذا النقل.

ب) صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين. ولا يشترط أن تكون الدولتين اللتين يقع فيهما مركز أعمال المتعاقدين أو محل إقامتهما العادية، إذ العبرة باختلاف دولة الإيجاب عن دولة القبول.

ج) تسليم المبيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول. ويعد البيع دوليًا في هذا الفرض ولو لم يقتض انتقال المبيع من دولة إلى أخرى.

- فلابد من توافر العنصر الشخصي وأحد عناصر المعيار الموضوعي لتحقق دولية العقد، بموجب أحكام هذه الاتفاقية.

ب) معيار دولية عقد البيع الدولي حسب اتفاقية فيينا للبيع الدولي الصادرة في سنة ١٩٨٠م: فالمعيار الشخصي للعقد الدولي: وقوعه بين طرفين في دولتين مختلفتين. كما يخضع العقد لأحكام الاتفاقية إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد ويقصد بمكان العمل: الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه مع مراعاة الظروف التي يعلمها الطرفان أو التي كانا يتوقَّعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده؛ وإذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل، وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد.

فلدولية العقد بموجب هذه الاتفاقية عنصران يكتفي تحقيق أحدهما:

١) أن يكون للأطراف أماكن عمل في دول مختلفة متعاقدة

٢) أن تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

أما المعيار الموضوعي ينطبق على: عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة:

(أ) عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة

(ب) أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تَطبيق قانون دولة متعاقدة.

(٢) لا يُلتَفت إلى كون أماكن عمل الأطراف تُوجَدُ في دَول مختلفة إذا لم يَتَبَيَّن ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده.

(٣) لا تُؤخذ في الاعتبار جنسيةُ الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية.

– والخلاصة: اتفاقية فيينا قد أخذت بالمعيار الشخصي كما هو الحال في اتفاقية لاهاي وأضافت إليه أن يكون أماكن عمل الأطراف ليس فقط في دولتين مختلفتين، بل يجب أن تكون هاتان الدولتان متعاقدتان ويكفي هذا لتحقق دولية العقد وإخضاعه لأحكام الاتفاقية، فيما يعرف باسم الدولية المباشرة. كما أن اتفاقية فيينا قد أوجدت مجالًا للقانون الدولي الخاص في تحديد دولية العقد خلافًا لاتفاقية لاهاي والتي كان عنصر الدولية فيها غير مباشر.

وقد يطرح تساؤل مهم: ما القانون الذي يخضع له العقد الدولي؟

الفرع الثالث
القانون الذي يخضع له العقد الدولي
Branch Three: Governing Law of International Contracts

تتمثل أهمية معرفة القانون الذي يخضع له العقد الدولي في: اختلاف طبيعة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد وهو ما لا يتحدد إلا بمعرفة طبيعة عناصر العقد ذاته وتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الأساس. فإن كانت جميع عناصر العقد داخلية -أي: يحكمها قانون دولة واحدة- أدى ذلك إلى تطبيق قواعد القانون الوطني بلا شك. أما إذا كَيّف قاضي الموضوع النزاع وتوصل إلى أن العقد المطروح من العقود الدولية لارتباطه بأكثر من نظام قانوني -أي: يوجد في العلاقة التعاقدية عنصر أجنبي- فإن ذلك يؤدي لتفعيل قواعد القانون الدولي الخاص ما يتعين معه على القاضي تطبيق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد.

- **فهناك مرحلة ثلاثية تتبع لمعرفة وتطبيق القانون الذي يخضع له العقد الدولي بالترتيب التالي:**

١) تكييف العلاقة العقدية

٢) معرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية

٣) تطبيق القانون على العلاقة، ولا يتم ذلك إلا في إطار فهم قواعد الإسناد الحاكمة للعلاقة ذات الطابع الدولي.

- وإجمالًا: يعتبر المنهج الذي يعتمد على إرادة أطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من أهم مناهج تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ أن خضوع العقد لمبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ في القانون الدولي الخاص. فيرى البعض أنه طالما أن العقد الدولي لم يكن موضع تشريع خاص، يبقى خاضعًا للنظام القانوني الأساسي الذي يرعى العقد على أن يحصل التفسير المناسب لجعل هذا النظام يشمل المستجدات فتعطى للمسائل القانونية الحلول المناسبة والمنسجمة مع القواعد القانونية السائدة في مجتمع معين.

- ومما قررته محكمة النقض المصرية بهذا الصدد أن: (مفاد الفقرة الثانية من المادة ٨٨ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ والمواد ١، ٤، ٧، ٨، ١١، ١٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع البضائع المادية فيينا سنة ١٩٨٠ أنه متى وقع بيع البضائع بين مشترٍ في إحدى الدول المصدقة على الاتفاقية وبائع في دولة أخرى مصدقة عليها تعين تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على تكوين عقد البيع والحقوق والالتزامات التي تنشأ عنه دون الاعتداد بما تقضي به قاعدة تنازع الاختصاص في قانون دولة القاضي وذلك وفقًا لقواعد حسن النية وما قصده أحد طرفي هذا العقد متى كان يعلمه الطرف الآخر أو لا يمكن أن يجهله والتي يجوز إثبات ذلك كله بأية وسيلة من وسائل الإثبات بما في ذلك البينة ومنها الرسائل البرقية أو التلكس التي لا تحمل توقيعًا وغيرها من وسائل الكتابة التي قد يشترطها قانون أحد طرفي التعاقد، بما مؤداه أنه متى قدم أحد طرفي عقد البيع الدولي للبضائع دليلاً من تلك الأدلة يحاج به الطرف الآخر، ويُدَلُّ على انشغال ذمته بقيمة ما باعه له تعين على المحكمة أن تعتد به، وأن تنقل على الآخر عبء إثبات الوفاء به). (الطعن رقم ٩٧٩ لسنة ٧٣ق، مكتب فني (سنة ٥٧ – قاعدة ٧١ – صفحة ٣٤٩)، جلسة ١١ من أبريل سنة ٢٠٠٦).

- على أن المنهج الذي يعتمد على إرادة أطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لم يلبث أن يستمر طويلًا على إطلاقه حتى جرى نقده موضوعيًا بسبب إعطاء الأطراف مطلق الحرية في تحديد شروطهم حتى وإن كانت مخالفة للقانون المتفق عليه. وإزاء ذلك ظهرت نظريتان: **النظرية الشخصية**: التي تستند على علو مبدأ سلطان الإرادة على القانون الذي يختاره أطراف العقد الدولي، وفي هذه الحالة تصبح نصوص القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي هي الشروط التعاقدية التي اتفق أطراف العقد عليها في العقد. بمعنى أوضح: أن شروط العقد المتفق عليها تكفي بحد ذاتها، لتحديد واجبات والتزامات الأطراف -تصرفًا قائمًا بذاته- دون التقيد بقواعد أي تشريع معين. وذلك لأن الأطراف يمكنهم خلق قانونهم الخاص لحكم عقدهم ما يؤدي إلى إخراج العقد الدولي من نطاق تنازع القوانين. على أن هذه النظرية لم تلق قبولًا لدى معظم فقهاء القانون. فإرادة الأطراف ليست مطلقة بل مقيدة بنصوص القانون ولا يعتبر العقد مسألة تتعلق بالمتعاقدين فقط، وإنما واقعة اجتماعية تخضع للقانون ولا يترتب عليه آثار إلا فيما يسمح به القانون. فالعقد بدون قانون خيال وليس حقيقة.

والنظرية الأخرى: **النظرية الموضوعية**: التي يرى القائلين بها بأن إرادة الأطراف لا يمكن أن تتعارض مع نصوص القانون الواجب التطبيق. ومفادها اعتراف الفقه المعاصر بدون الإرادة في تمكين الأطراف من اختيار القانون الحاكم للعقد بحيث تنحصر إرادتهم في اختياره فقط وبالتالي لا يتحرر العقد من نطاق القانون. وفي هذا النطاق يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد صراحةً أو ضمنًا. فلا مشكلة في إيراد نص صريح في العقد يحدد القانون الواجب التطبيق عليه أو إيراده في اتفاق مستقل لكن المشكلة في إهمال المتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق، في هذه الحالة: كيف يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ضمنيًا؟

الجواب: من خلال النظر للمؤشرات الظاهرة في العقد وفقًا لتقدير قاضي الموضوع. من هذه المؤشرات: مكان تنفيذ العقد والجنسية المشتركة للمتعاقدين ولغة العقد، وتحرير العقد لدى محرر رسمي.

وفي هذا تقرر المادة (١٩) من القانون المدني المصري، أنه:

١- يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه.

٢- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار.

فيلاحظ أن النص لم يقتصر على نوع محدد من العقود بل اشتمل على كافة العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي. ويلزم القاضي بتطبيق أحكام هذه المادة حسب الترتيب الوارد فيها من خلال تطبيق أحكام:

١) قانون الموطن المشترك للمتعاقدين: إن اتحدا موطنًا

٢) أو قانون الدولة التي تم فيها العقد: إن اختلفا موطنًا

ما لم يظهر أن إرادة الأطراف تطبيق قانون آخر أو تبين هذا للقاضي من ظروف التعاقد.

المبحث الثالث

الإشكاليات القانونية والمصادر الدولية للعقود الدولية

Section Three: Legal Issues and International Sources of International Contracts

هذا المبحث تطبيقي في العقود الدولية يناقش التالي:

المطلب الأول: بعض المسائل التي تثيرها العقود الدولية كباب لنقاشات أوسع ونقاط بحثية يحتاج المتخصص للبحث فيها.

يليه فرع آخر تطبيقي وهو:

المطلب الثاني: المصادر التي يمكن من خلالها فهم طبيعة العقود الدولية وأشكال الحماية المقررة لها.

المطلب الأول

بعض المسائل التي تثيرها العقود الدولية

Subsection One: Issues Arising from International Contracts

الحقيقة أن العقود الدولية تثير مسائل كثيرة لا مسألة القانون الذي يخضع له العقد فقط من خلال: تحديد القانون الذي يرعى تكوين العقد وذاك الذي يرعى تنفيذه والقانون الذي ينطبق عليه حال حدوث خلاف، ولكن تثير العقود الدولية أيضًا مسائل مثل: تاريخ ومكان انبرام العقد وتحديد الثمن بعملة معينة وبنود إعادة النظر بالثمن Hardship في العقود المتتابعة كلما تغير مؤشر معين يعتمده الطرفان والبنود المنظمة لدفع الثمن وانخفاض قيمة النقد وأصول فتح الاعتمادات المستندية وعلاقة المصرف بطرفي العقد وضمانة جودة البضائع وانطباق مواصفاتها على ما ورد في العقد ومسؤولية وكالات التحقق التي اتفق على مراقبتها قبل الشحن والبنود التحكيمية والمرجع التحكيمي والقانون الذي يجب أن يطبق أو الذي اتفق على تطبيقه وإعطاء القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية. ما يحتاج لمزيد مراجعة للمصادر التي تقرر أحكام هذه العقود. **والتساؤل المهم: من أين تستمد العقود الدولية قواعدها وأحكامها وما هي المصادر والآليات التي تنظم بنودها وتكفل الحماية المقررة لها؟** يتعلق هذا السؤال بمصدر قواعد العقود الدولية ومصادر الأحكام التي تنطبق عليها وآليات تنظيم بنودها والحمايات المقررة لها؟ والجواب: يمكن فهم طبيعة العقود الدولية وأشكال الحماية المقررة لها من خلال تتبع الكتابات الواردة في مصادر متعددة مثل: قانون الاستثمار الدولي (International Investment Law)، والقانون الدولي العام.

المطلب الثاني

المصادر التي يمكن من خلالها فهم طبيعة العقود الدولية وأشكال الحماية المقررة لها

Subsection Two: International Sources for Understanding Nature and Protection of International Contracts

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: قانون الاستثمار الدولي (International Investment Law)

الفرع الثاني: دراسات القانون الدولي العام

الفرع الأول

قانون الاستثمار الدولي

Branch One: International Investment Law

❊ **تتألف قواعد قانون الاستثمار الدولي من:**

١) قواعد القانون الدولي العام
٢) معايير محددة تتعلق بالقانون الاقتصادي الدولي
٣) قواعد مميزة خاصة بحماية الاستثمار
٤) قانون الدولة المضيفة

❊ **أهم مصادر قانون الاستثمار الدولي:**

١) اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، ٢) ومعاهدات الاستثمار الثنائية (BITs) ويقدر عددها حول العالم بحوالي ٣٠٠٠ معاهدة، ٣) والمعاهدات القطاعية والإقليمية: التي تنظم قطاعًا معينًا كالطاقة، أو تنعقد بين دول يجمعها نطاق جغرافي معين، ٤) والقانون الدولي العرفي وهو: الممارسات التي العامة للدول التي تُقبل باعتبارها قانونًا ملزمًا، ٥) المبادئ العامة للقانون والتي تكتسب أهمية خاصة في حالة وجود ثغرات في نصوص المعاهدات وفي تفسير المصطلحات والعبارات الفردية ٦) والتصريحات الفردية (الأحادية) (Unilateral Statement) والتي: اعترفت محكمة العدل الدولية بإلزاميتها، "إذا كانت الظروف وصياغة تصريحات ممثل الدولة على نحو يُمكّن المخاطبين بها من الاعتماد عليها بشكل مشروع"، وأخيرًا: ٧) أحكام القضاء (Case Law).

* معايير الحماية التي تقرها قواعد القانون الدولي للاستثمارات:

أولًا: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية (FET): وتتضمنه كافة معاهدات الاستثمار الثنائية وغيرها من المعاهدات متعددة الأطراف. ويعتبر المعيار الأكثر استخدامًا في منازعات الاستثمار، كما أنه المعيار الأكثر أهمية من الناحية العملية، إذ أن جزءًا كبيرًا من الدعاوى الناجحة في التحكيم الدولي يستند إلى انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة.

ثانيًا: مفهوم الحماية والأمن الكاملين (Full Protection and Security) (FPS): ومصدره: القانون الدولي العرفي. ويعتبر سمة قياسية في معظم معاهدات الاستثمار الثنائية. كما وُجد له مكان في معاهدات الاستثمار متعددة الأطراف، مثل: اتفاقية التجارة الحرة. تشير كلمة (الحماية) إلى: التزام الدولة المضيفة باتخاذ التدابير اللازمة، في حين تشير كلمة (الأمن) إلى: الحالة التي يحق للمستثمر التمتع بها. على أن (مفهوم الحماية والأمن الكاملين) (FPS) ليس مطلقًا، هناك إجماع واسع على أن هذا المعيار لا يوفر حماية مطلقة من الانتهاك المادي أو القانوني. ولا تُلزم الدولة المضيفة بالمسؤولية الصارمة لمنع مثل هذه الانتهاكات. بل من المسلم به عمومًا أن على الدولة المضيفة بذل "العناية الواجبة" واتخاذ التدابير اللازمة لحماية الاستثمار الأجنبي بما يتناسب مع الظروف.

ثالثًا: الحماية من المعاملة التعسفية أو التمييزية (Arbitrary or Discriminatory measures): وتعتبر التدابير التعسفية (Arbitrary measures) ما تتخذه الدولة دون مبرر معقول أو بطريقة تفتقر إلى الأسس القانونية أو الموضوعية. أما التدابير التمييزية (Discriminatory measures) فهي ما تتخذه الدولة من تدابير تميز بين الأشخاص أو الكيانات على أساس غير مشروع، كالجنسية أو الأصل أو غيرها من المعايير غير المبررة.

رابعًا: المعاملة الوطنية (National Treatment): تعتبر جزء قياسي من معاهدات الاستثمار، وفيه تمنح دولة مستثمري دولة أخرى معاملة لا تقل تفضيلًا عن تلك التي تمنحها، في ظروف مماثلة، لمستثمريها فيما يتعلق بإنشاء الاستثمارات أو حيازتها أو توسيعها أو إدارتها أو تسييرها أو تشغيلها أو بيعها أو التصرف فيه بأي شكل آخر.

خامسًا: معاملة الدولة الأولى بالرعاية (Most Favored Nation) (MFN) وتعني: التزام الدولة المتعاقدة بمنح الطرف الآخر معاملة لا تقل تفضيلًا عن المعاملة التي تمنحها لأي دولة ثالثة. أي: أن الدولة التي تُمنح "معاملة الدولة الأولى بالرعاية" تحصل على أفضل الشروط التي تمنحها الدولة المتعاقدة لأي طرف آخر.

سادسًا: البند الشامل. (An Umbrella Clause): هو بند في معاهدة حماية الاستثمار يضمن احترام الالتزامات التي تتحملها الدولة المضيفة تجاه المستثمر ويهدف إلى: رفع الالتزامات التعاقدية التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي إلى مستوى الالتزامات الدولية، بحيث تُصبح محمية بموجب الاتفاقية الدولية. هذه البنود تعتبر بمثابة جسر بين الترتيبات التعاقدية الخاصة والقانون المحلي للدولة المضيفة والقانون الدولي العام، ما يوفر مزيدًا من الأمان للمستثمرين. من آثار هذه البنود طمس التمييز بين التحكيم الاستثماري والتحكيم التجاري. ويجوز وضع هذه المطالبات التعاقدية تحت حماية معاهدة وإحالتها إلى التحكيم الدولي. فالغرض من البند: رفع انتهاكات عقود الاستثمار إلى مستوى القانون الدولي.

سابعًا: معيار الوسائل الفعالة (Effective Meaning): تتضمن بعض معاهدات حماية الاستثمار التزامًا صريحًا بتوفير وسائل فعالة لإثبات المطالبات وإنفاذ الحقوق. وقد أدرج هذا المعيار في معاهدات الاستثمار الثنائية في عام ١٩٨٣م من قبل الولايات المتحدة الأمريكية. كما نصت اتفاقية الاستثمار الأوروبية في هذا الصدد على ما يلي: "يضمن كل طرف متعاقد أن يوفر قانونه المحلي وسائل فعالة لتأكيد المطالبات وإنفاذ الحقوق المتعلقة بالاستثمارات واتفاقيات الاستثمار وتصاريح الاستثمار". إذ يفرض هذا النوع من الأحكام التزامًا إيجابيًا على الدولة بتوفير سبل انتصاف قضائية فعالة أمام محاكم الدولة المضيفة.

ثامنًا: تحويل الأموال (Transfer of Funds): تُعَدّ شروط تحويل أموال المستثمرين إلى الدولة المضيفة ومنها مصدر قلق بالغ لكل من المستثمر والدولة المضيفة وعادةً ما يحتاج المستثمر إلى استيراد أموال إلى الدولة المضيفة لبدء الاستثمار أو لتوسيع نطاق أعماله. وغالبًا ما تمثل إعادة رأس المال بما في ذلك الأرباح إلى البلد الأم أو إلى بلد ثالث الغرض التجاري الرئيسي للاستثمار. سترغب الدولة المضيفة في إدارة عملتها واحتياطاتها الأجنبية ويجب مراقبة التحويلات النقدية الكبيرة إلى داخل البلاد وخارجها والتحكم فيها لحماية السياسات الوطنية. وقد أظهرت التجربة أن تدفقات رأس المال المفاجئة قصيرة الأجل وخاصة هروبها قد تؤدي إلى عدم استقرار في الأسواق المالية المحلية. وبالتالي غالبًا ما تتباين مصالح المستثمر الأجنبي ومصالح الدولة المضيفة في جواز التحويلات الأجنبية وعادةً ما تغطي معاهدات الاستثمار هذا الموضوع.

الفرع الثاني
دراسات القانون الدولي العام
Branch Two: Public International Law Studies

يبحث القانون الدولي العام في العلاقة بين دول أو أشخاص قانونية دولية، فالعقد الدولي يبرم بين شخصين لهما نفس الصفة. أما العلاقة بين أشخاص القانون الخاص أو بين شخص خاص ودولة أجنبية فتبحث في مواضيع القوانين الوطنية وقواعد التنازع الوطنية (والتي تتضمن في ذاتها قاعدة تنازع دولية معتبرة من قبيل: قواعد القانون الدولي العام، غير أنها باندراجها في التشريع الوطني إنما تتقوم به وتصبح جزءًا منه Ingredient thereof).

* **مناط خضوع العقد للقانون الدولي العام:** صدوره عن الأشخاص الدولية بهذه الصفة أي: بوصفها أشخاصًا دولية. وتستخلص هذه الصفة من ظروف التعاقد فالعقد الذي تبرمه الدولة مع أطراف دولية خاصة لمنح حق امتياز التنقيب عن الثروات داخل الدولة والمشاركة في الناتج لا يخضع لقواعد القانون الدولي العام. فالعقود من هذا النوع وما يماثلها كالعقد الذي تبرمه الدولة على ديونها مع شخص من أشخاص القانون الخاص لا تتبع قواعد القانون الدولي العام وفي نفس الآن ونظرًا لكون الدولة أحد أطرافه فبهذا يخرج العقد عن نطاق روابط القانون الخاص ويكون بمثابة (عقد شبه دولي) (Quasi-international contract) بحكم وقوعه تحت حماية قاعدة قانون دولي تقدم ضمانات ضد ما عساه يكون من معاملة تمييزية ضد الأجنبي أو تعسف أو انتهاك لقواعد الحد الأدنى. ومن ذلك أن يتعرض الأجنبي لمصادرة أمواله أو إلغاء العقد المبرم بغير تعويض عادل.

* **تعريف العقود شبه الدولية:** عقود أحد أطرافها أجنبي ينتمي لدولة أخرى ويثبت للتعاقد معه صفة (الدولية) (Internationality) نظرًا لطبيعة الطرف الآخر (وهو الدولة)، فإن كانت العقود المبرمة بين دولتين عقود دولية تخضع لقواعد المسؤولية المدنية الدولية المقررة طبقًا لقواعد القانون الدولي العام فطبيعة العقود شبه الدولية ترفعها إلى مصاف المعاهدات العقدية وتخضعها لحماية قواعد القانون الدولي، وتعمل فقط عند وقوع مساس بحقوق الأجنبي ذات الحماية بهذه القواعد الدولية على أساس انتهاك حقوقه المكفولة بالتزامات تلقيها قاعدة قانون دولي على عاتق الدولة المقررة بموجب معاهدة دولية أو بموجب القانون الدولي العرفي. والمرجع في هذه العقود لمعرفة القانون الواجب التطبيق المتعلق بالأداءات أو الالتزامات المتبادلة: للقانون الذي تقرره الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف العقد والتي تستشف من ظروف التعاقد. ومن هذا المنطلق هناك من يرى أن العبرة في تحديد طبيعة العقد لا تنطلق من تحديد أشخاص التعاقد (فالعقد الدولي ينعقد بين دولتين وشبه الدولي بين دولة وطرف من أطراف القانون الخاص) فهناك محددات تتعلق بطبيعة العقد وظروف التعاقد ونوع الصفقة هي التي تحدد في النهاية القواعد التي تنطبق على هذا العقد.

*** أقسام العقود في إطار القانون الدولي:**

١) عقود دولية

٢) عقود شبه دولية وهناك أيضًا

٣) عقود تبرم بين دول أو أشخاص دوليين وتكون في ذات الوقت موضوعًا لقانون خاص يتقرر بالقواعد المألوفة للقانون الدولي الخاص وتخضع لمحاكم محلية. وذلك بسبب تنامي نشاط الدول وممارستها للتجارة مع أفراد القطاع الخاص ودخولها هيئاتها في تعاقدات مع هؤلاء الأفراد.

٤) عقود مدولة: وهي التي يتفق طرفاها -صراحةً أو ضمنًا- على إخضاعها لقاعدة قانون دولي عام مثل: إخضاع العقد لمعاهدة سارية أو المبادئ العامة للقانون المعترف بها من العالم المتمدين وتسري هذه العقود بين الدولة وشخص أجنبي أو شخصين من أشخاص القانون الخاص. وهناك من يرى أن تدويل قواعد القانون الدولي العام لا يتاح إلا للأشخاص الدولية أما تطبيق أشخاص القانون الخاص له في عقودهم بمثابة قواعد عقدية وليست قواعد قانونية. فهدف التدويل هو استقرار العلاقة العقدية بين الدولة والشخص الخاص من خلال عدم التقيد بالقواعد القانونية للدولة المضيفة.

- قبل الانتقال إلى القسم الثاني من الدراسة، أود الإشارة إلى أن قواعد قانون الاستثمار الدولي (International Investment Law) تشرح ضمانات وحقوق المستثمرين وما يندرج من أحكامها في العقود الدولية بشكل يتقاطع ويتكامل مع القواعد الواردة في القانون الدولي العام ويمكن فهم هذا التداخل وهذه الضمانات من خلال معرفة أشكال الحماية المقررة في القانون الدولي للعقود خاصةً تلك التي تعقد بين الدول وأطراف القانون الخاص وأود ذكر بعض أشكال هذه الحماية.

*** أشكال الحماية المقررة في القانون الدولي العام للعقود:**

١) وجود رؤية دولية مفادها خضوع اتفاقات أو عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام ولمبدأ الوفاء بالعهد بحكم ما تنشئه من التزامات دولية وخروجها من نطاق الاختصاص القضائي الوطني. ففي قواعد القانون الدولي العام ما يكفي لمساءلة الدولة عن إلغائها للعقود أو إهدار شرط وبغير حسن نية أو لإعطاء مواطنيها ميزة خاصة تجعل الأجنبي في وضع (تمييز في المعاملة).

٢) مبدأ الحلول القانوني (Subrogation Clause). وهو مبدأ مستقر، ومن المبادئ التي يجري النص عليها في العقود الدولية كما أنه قد يضع مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار عما تبرمه من عقود في نطاق المسؤولية الدولية بما لها من أبعاد لا يستهان بها. يقيم نوعًا من التوازن في قوى العقد المبرم بين دولة ومستثمر من رعايا دولة أخرى.

٣) ضمانة الاعتراف للفرد بشخصية قانونية دولية لأغراض القانون الدولي العام ذي الصلة. حيث يمنح القانون الدولي العام للمستثمر الأجنبي المتعاقد قبل الدولة المضيفة للاستثمار اقتضاء حقوقه بدعوى مباشرة بغير وساطة دولته الأم. مستمدًا ذلك من اتفاقيةٍ دولية يعترف بها القانون الدولي العام. ما يتطلب الاعتراف له بنوع من الشخصية القانونية الدولية بالقدر اللازم لتحصيل مضمون الحق الذي تقرر له بأداة دولية. ومن هذا: الالتجاء للتحكيم. فالتحكيم في أصله اختياري. إلا إذا تناولته اتفاقية دولية ثنائية أو جماعية فيصبح إجباريًا كما هو الحال في اتفاقية (ICSID) والتي تطبق على المنازعات بين دولة متعاقدة طرف في الاتفاقية وبين الأجنبي المتعاقد معها والمنتمي لدولة أخرى طرف أيضًا في الاتفاقية. ويخضع التحكيم في إطار اتفاقية المركز إلى: أولًا) انضمام الدولة إلى المعاهدة، وثانيًا) تقديم طلب يعرب فيه ذوي الشأن عن قبول الخضوع للتحكيم.

وقد اعترفت اتفاقية (ICSID) في مادتها ٢٥ للشخص الطبيعي من دولة عضو في الاتفاقية في الاستفادة من الاختصاص القانوني للمركز واشترطت المادة ٣٦ تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام للمركز، ما يؤكد فكرة تمتع الفرد بنوع من الشخصية القانونية الدولية بالقدر اللازم لاقتضاء حق تقرر له بموجب أداة دولية. أما المواد ٥٣ و٥٤ تعتبر قرارات المركز ملزمة للأطراف في المنازعة. والخلاصة: قرارات التحكيم الصادرة عن المركز تخضع للقانون الدولي العام وترفع من شأن الأفراد الأجانب على نحوٍ يجعلهم يقفون على قدم المساواة مع الدولة العضو في اتفاقية المركز. كما أن للأفراد هذه الضمانة بدون اللجوء لحل دبلوماسي من دولتهم التي هي طرف في الاتفاقية.

٤) إعطاء الالتزامات التحكيمية قيمة قانونية دولية. فالتحكيم بالأساس طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، واتفاق التحكيم لا يتعلق بالنظام العام ومن ثم فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها[١١٦]. وقد أصدرت هيئة دولية اتفاقية بهذا الصدد وهي: اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية أقرها مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي المنعقد نيويورك في الفترة من ٣٠ مايو حتى ١٠ يونيو عام ١٩٥٨. هذه الاتفاقية لا تقتصر على التحكيم غير المؤسس (Ad. Hoc)، ولكن تعنى في ذات الوقت بالتحكيم الذي يعقد في إطار مؤسسة دولية أو هيئة دولية. وتقدم هذه الاتفاقية ضمانة لتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة بخصوص العقود المتضمنة لشروط تحكيمية كما أنها تسري في نفس الوقت على الروابط القانونية غير العقدية.

---

[١] وهو ما سبق أن أكدته المادة ٢(٣) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the "New York Convention"١٩٥٨) من وجوب أن تحيل المحاكم طرفي اتفاق التحكيم الصحيح إلى التحكيم بناءً على طلب من أحدهما، بمعنى أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها No ex officio referral.

على أن يكون للدولة العضو في الاتفاقية تحديد النطاق الإقليمي لسريان الاتفاقية على أرض الدولة أو الأقاليم التابعة لها. ويحق للدولة قصر تطبيق الاتفاقية على نوع من الروابط دون غيره كأن تشترط تطبيقه على الروابط العقدية التجارية -التي تعتبر كذلك- بموجب القانون الوطني للدولة.

وقد نظمت الاتفاقية شرط التحكيم وأوجبت فيه الكتابة واكتفت في استخلاصه بالبرقيات والخطابات المتبادلة. كما أوجبت الاتفاقية الاعتراف بحجية أحكام التحكيموالأمر بتنفيذها طبقًا لقواعد المرافعات في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقًا للإجراءات المنصوص عليها.

- **وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية**: (لما كانت المادة ٣١٠ من قانون المرافعات - والتي اختتم بها المشرع الفصل الخاص بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية - تقض بأنه إذا وجدت معاهدات بين مصر وغيرها من الدول بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية فإنه يتعين إعمال أحكام هذه المعاهدات وكانت مصر قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن أحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ وصارت نافذة ابتداءً من ٨ يونيو سنة ١٩٥٩ ومن ثم فإنها تكون قانوناً من قوانين الدولة واجبة التطبيق ولو تعارضت مع أحكام قانون المرافعات). (الطعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ ق، مكتب فني (سنة ٤١ - قاعدة ٢٤٥ - صفحة ٤٣٤)، جلسة ١٦ من يوليه سنة ١٩٩٠).

- **أما ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية فقرر**: (إن الدوائر القضائية في المحاكم الإدارية في ديوان المظالم لا تقوم بإعادة نظر الدعوى أو بحث موضوعها عند نظرها في طلب تنفيذ الأحكام الأجنبية بل يقف دورها عند مراقبة مدى توفر الشروط اللازمة لقبول تنفيذ الحكم وفقا للقواعد المقررة بهذا الشأن وبما لا يخالف قواعد الشريعة الإسلامية كما هو الثابت من ضوابط تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بقرار معالي رئيس ديوان المظالم رقم (١١٦) لعام ١٤٢٨هـ، وحيث إنّه من ضوابط تنفيذ الأحكام الأجنبية ما نصت عليه الفقرة الثانية من الضوابط حيث نصت على أنه: «يكون تنفيذ الأحكام الأجنبية بناء على اتفاقية مبرمة مع الدولة طالبة التنفيذ أو وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل». وحيث إن المدعية يقع عليها عبء الإثبات باعتبارها طالب التنفيذ، وحيث لم يقدم وكيل المدعي ما يثبت المعاملة بالمثل، وحيث اختل ضابط من ضوابط التنفيذ، مما يكون معه الحكم المطلوب تنفيذه غير صالح للتنفيذ ممّا لا تجد معه الدائرة سبيلًا لتنفيذ الحكم محل الدعوى). (القضية رقم ١٢٦٥ لعام ١٤٣٢ - ديوان المظالم - الدائرة الإدارية / المستأنفة بالقضية رقم ١٠٨٢ لعام ١٤٣٦).

٥) **قاعدة استقلال شرط التحكيم.** وهي قاعدة دولية مستقرة ومبدأ يمكن إيراده كشرط في العقود الدولية المنطوية على شروط تحكيمية ويعتبره البعض من القواعد القانونية الدولية نظرًا لكون شرط التحكيم حيلة قانونية لتدويل العقد ووسيلة قانونية لحسم النزاع في العقود الدولية ولو كان العقد الأصلي باطلًا أو عديم الأثر.

ولشرط التحكيم صورتان:

أ) صورة شرط في العقد الدولي بالخضوع للتحكيم

ب) صورة مشارطة تحكيم: وهي اتفاق مكتوب بين الطرفين بعد نشوء النزاع، يخضعون بموجبه للتحكيم.

- **وقد أوضحت محكمة النقض المصرية الفرق بين شرط التحكيم (clause compromissoire)، وعقد التحكيم أو مشارطة التحكيم:** فاتفاق التحكيم قد يكون سابقًا على نشوء النزاع بين الطرفين وهو ما يسمى بشرط التحكيم clause compromissoire وهو ولئن كان بندًا أو شرطًا من شروط العقد إلا أنه يعد في ذاته عقدًا مستقلًا داخل العقد الأصلي، له موضوعه وسببه المختلفان عن موضوع وسبب العقد الأصلي؛ فموضوعه هو تسوية النزاع بين الطرفين بطريق التحكيم، أما سببه فهو رغبة الطرفين في سلب النزاع من قضاء الدولة وتخويل سلطة الفصل فيه لقضاء التحكيم. وقد يكون اتفاق التحكيم لاحقًا على نشوء النزاع ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية، وهو ما يُسمى بعقد التحكيم أو مشارطة التحكيم compromis فيكون عقدًا حقيقيًا قائمًا بذاته. ولقد حرصت اتفاقية الأمم المتحدة للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها "نيويورك ١٩٥٨"، United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York ١٩٥٨)، على تجنب استعمال مصطلحي "شرط التحكيم" و"مشارطة التحكيم"، واستخدمت مصطلحًا واحدًا هو "اتفاق التحكيم" يستوعبهما معًا مع احتفاظ كل منهما بخصائصه المميزة. (الطعن رقم ٣٤٤٩ لسنة ٧٨ق، مكتب فني (سنة ٧١ – قاعدة ٢٠ – صفحة ١٤٠)، جلسة ١١ من فبراير سنة ٢٠٢٠) [١].

---

[١] وتقول محكمة النقض في نفس الحكم: (إذا كانت الطاعنة لم تودع قلم كتاب هذه المحكمة وقت تقديم صحيفة الطعن بالنقض – عملًا بالمادة ٢٥٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية – صورة من عقد النزاع المؤرخ ١/ ١/ ١٩٩٦ وترجمته الرسمية، مذيلة بعبارة "صورة لتقديمها لمحكمة النقض"، والذي تقول إن شرط التحكيم الذي تضمنه العقد خولها الحق في اللجوء إلى أي محكمة ذات اختصاص قضائي، حتى يمكن التحقق من صحة ما تنعاه على الحكم المطعون فيه، فإن نعيها في هذا الخصوص يكون مفتقرًا لدليله).

- إن ورود شرط التحكيم في العقد الدولي يثير البحث في صحة الشرط وصلاحيته ما يقتضي بحث: سلامة التراضي على الشرط أو أهلية الاتفاق عليه وقابلية المسألة أو الموضوعات محل الشرط للتحكيم وهي ما يطلق عليه (Arbitrability)، فهي شروط انعقاد وصحة مما يلزم توافرها في اتفاق التحكيم الذي يعتبر عقدًا في داخل العقد الأصلي.

فضلًا عن ذلك، فإن مؤدى اعتبار شرط التحكيم بمثابة عقد له ذاتيته داخل عقد تنظيم المصالح أو العقد الموضوعي هو أن يكون لشرط التحكيم استقلاله في مواجهة العقد الأصلي فلا يتأثر شرط التحكيم بما يعتور العقد الأصلي من عيوب.

وقد نصت المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، على أن: (يعتبر شرط التحكيم اتفاقًا مستقلًا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحًا في ذاته).

خاتمة القسم الأول من الدارسة

Conclusion of Section One

من الملاحظ أن تدريس قانون العقود في البلاد العربية يعتمد على النهج التقليدي المعروف بالقانون المدوّن (Doctrinal /Black Letter Law)، ويفتقر غالبًا لأسلوب الأسئلة السقراطية Socratic–questioning method والمناقشات التطبيقية (Tutorials) التي تُستخدم في دول القانون العام التي تنتج سهولة في الفهم والتطبيق واستحضار المسائل والتطبيق العملي على قضايا حقيقية.

إن مشكلة التدريس بالأسلوب القديم الجذرية هي فصل الجانب النظري عن العملي فحتى لو أدخلت الجامعات أشكال تطبيقية للتعليم القانوني كالعيادات القانونية Legal Clinics لن تجسر الهوة بين كلا الطريقتين في التدريس النظرية والعملية لقلة مساحة المناقشة والبحث والتطبيق. يضاعف من هذه المشكلة التركّيز على التصنيف الصارم حيث تُدَرّس كل مادة قانونية بشكل منفصل ومنعزل عن غيرها. فيُدَرّس القانون المدني مثلًا دون أي إشارة إلى مبادئ قانون المرافعات أو قانون العمل والطلاب الذين يتخرجون باستخدام هذه المناهج يجدون صعوبة مشهورة في الربط بين المواد الدراسية التي درسوها وتعتبر كجزر منفصلة وبين المشكلات المعقدة والفوضوية التي يواجهونها غالبًا في الواقع العملي[1] وهي المشكلة التي قد تواجه أي شخص درس القانون/ أو يدرسه حاليًا في بلادنا العربية حتى بعد قراءته للجزء الأول من هذا الدليل إذ لا يختلف في شيء عن كتب القانون التقليدية والشروحات المتعارف عليها.

ما أريد قوله إنه لا توجد حلول سحرية لفهم واستحضار هذه المسائل. وسيُعرض لاحقًا في القسم الثاني نصائح عملية تتعلق بالصياغة لكن تبقى تنظيمية لا تمس جوهر العمل القانوني. هناك دراسات تطرح حلول مختلفة مثل استخدام قائمة ببنود العقود ومواضيعها (Contract Checklist) وقد أوردت مثالًا عمليًا لها في نهاية هذه الدارسة، وهي ذاتها نصيحة الأستاذ/ محمد شوكت التوني –رحمه الله– عبر الاحتفاظ بأركان العقود في مذكرة منفصلة تسهل من عملية مراجعتها، كما وردت حلول منهجية للجامعات مثل:، إدماج أنشطة المسابقات الصورية للمرافعات (Mooting) والمحاكمات الصورية (Mock Trials) والتعليم القانوني العملي (Clinical Legal Education) وبرامج التدريب الخارجي (Externships) ضمن بنيتها المنهجية. لكن الحقيقة هذه المشكلة تحتاج لجهد منظم لحلها من الجامعات ومن المتعلمين أنفسهم.

[1] Teaching Contract Law Using Experiential Learning Methods Anida Mahmood, Ibtisam Ilyana Ilias, Zeti Zuryani Mohd Zakuan & Nurul Shuhada Suhaimi. International Journal of Academic Research in Progressive Education and Development. Vol. ١٢ No. ٢٠٢٣) ١): Volume ١٢, Issue ٢٠٢٣) ١).

ورؤيتي لحل المشكلة: أن تقوم بما لم تقم به الكليات القانونية من ربط الجانب النظري بالعملي، وهو -غالبًا- ما لن تفعله مكاتب المحاماة والشركات معك بالشكل المطلوب على الأقل. **لذا سواء كنت طالب تدرس القانون أو تخرجت أنصحك بالتالي:**

١. **محاولة فهم الأدوات التشريعية**: فهناك دستور ثم قانون ثم لائحة، ثم قرار- على اختلاف بين الدول في إضافة أو حذف أدوات أخرى أو تغيير ترتيبها. ينبغي أن تعرفها جيدًا وتطبق ما ستفهمه عنها على كافة فروع القانون. اسأل نفسك عند مراجعة أي عقد: ما هو مصدر حجية هذا الشرط؟ هل يستند إلى قانون إلى لائحة أم إلى عرف؟

- صدور نموذج من وزارة العمل -مثلًا- لعقد عمل يختلف في حجيته عن صدوره بموجب قانون العمل ذاته. فحجية القرارات التنفيذية أقل من حجية القانون ما لم ينص على أن هذا النموذج هو المعتمد وليس مجرد مثال. كذلك تقرير البنود الداخلية للعقد -وليكن مثلًا: تقرير بنود في عقد الوساطة العقارية بموجب قانونه أو تقرير أحكام في عقد المحاماة بموجب قانونه نُصَ عليها مباشرةً أو ضمنيًا- يعطيها من الأولوية عن صياغة هذه العقود ما يفوق غيرها.

- تساعد معرفة الأدوات التشريعية في جانب آخر مهم: التعرف على مرتبة القواعد الآمرة والمكملة الواردة في التشريعات، وما ينتج عن ذلك. **مثال عملي**:

* العرف في القانون التجاري كمصدر مكمل أقوى منه في القانون المدني.

* مثال آخر: لو قرأت مادة في نظام المعاملات المدنية تنص على أنه: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطا تعسفية؛ فللمحكمة أن تعدلها أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقتضيه العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[١١٨]) وأسندت إليك مهمة إعداد عقد من عقود الإذعان -في شركات المحمول أو الهاتف أو المياه مثلًا- ينبغي أن تعرف مسبقًا المرتبة الإلزامية التي يرتبها هذا النص: فتضمين العقد شروط تعسفية سيعطي للمحكمة سلطة تعديلها أو إعفاء المتضرر منها أمام المحكمة حسب الحال فضلًا عن أن الاتفاق مسبقًا على الإعفاء من هذا الحكم يعد باطلًا. فالمادة تخبرك مسبقًا بوضوح الأحكام التي ستنفذ على عقدك وينبغي أن تراعيها.

- يفهم مما سبق أن أي مختص يعمل على عقد معين يحتاج لجرد كافة التشريعات ذات الصلة بالعقد الذي يعمل عليه لاستخراج الأحكام المقررة فيها. فعقد البيع تمتد أحكامه إلى قوانين الشهر التسجيل بل لقوانين الأهلية والولاية خاصة إن كان هناك قصر. يضاف لذلك البحث في الأحكام القضائية عن سوابق تتعلق بالعقد الذي سيتعامل معه فربما قررت أمورًا جوهرية غير منصوص عليها في القوانين والأنظمة السارية.

[١] مادة (٩٦) من النظام.

٢. محاولة تفكيك الكتل الضخمة من التشريعات وفهمها في ترابط وفي سياق أبسط:
لقد حاولت -مثلًا- في بداية هذا الدليل تكرار الحكم الرئيسي للعقود في القانون المدني وشرح أبعاده وهو: أن التشريع الرئيسي في القانون الخاص القانون المدني وأن أحكامه العقدية تطبق على كافة العقود ما لم يستثن ذلك بنص خاص كالعقود التجارية -مثلًا-، والتي لا تزال أحكام القانون المدني مطبقة عليها في الجوانب التي لم يرد فيها حكم في قانون التجارة. كما حاولت التركيز على العقود المسماة وغير المسماة لبيان نفس الحكم وهو أن هناك قواعد عامة تطبق على كافة العقود وقواعد خاصة بعقود محددة وضعت لها خصيصًا، كما حاولت رسم خريطة نظرية لأحكام العقود في القانون المدني تبدأ بالأركان فالبطلان ثم الآثار وأخيرًا الزوال ولم تسعف الصفحات في عرض الآثار والزوال.

عند هذه المرحلة سينتهي دور الكاتب ويبدأ دور القارئ. دورك أن تحضر ورقة وقلم وتبدأ الكتابة كما كنت تفعل في الجامعة. ربما تستفيد من المكتوب في هذا الدليل، أو تستخدم مصادر تعليمية أقوى كشرح على القانون المدني -لا مشكلة في ذلك- تبدأ بتعريف العقد وأركانه وكيف ينظر القانون المدني إلى هذه الأركان، تبدأ بركن الرضا في التعاقد فهناك شروط جوهرية يقوم عليها هذا الركن بدونها يصبح العقد باطل وهناك شروط لازمة لصحة الرضا في العقد لكن غير لازمة لانعقاده قد ينعقد بدونها لكن يكون قابلًا للإبطال ثم تنتقل لركن السبب والمحل. وهكذا تكون تعرفت على أساس العقد وأركانه التي قرر القانون البطلان حكمًا على غيابها. ثم تنتقل لمعرفة آثار هذا العقد على المتعاقد ومن حوله من الناس، الخلف العام والخاص ثم بطلان العقد، وأخيرًا زواله. كل هذه المسائل -كما تعرف- قواعد تشريعية منصوص عليها لها حكم الإلزام بدون دخولها حيزك المعرفي وتفعيلها والتفكير فيها ستفتقد مساحة كبيرة من أدواتك العملية والمعرفية. يتبقى خطوة أخيرة.

٣. التوسع الأفقي: لو انتهيت من التعرف على كافة الأحكام المقررة قانونًا للعقود في القانون المدني وبطبيعة الحال ينطبق العام منها على كافة العقود يمكنك الانطلاق نحو العقود الخاصة كعقد العمل وعقد الشركة والعقود التجارية. فهذه العقود أيضًا لها أحكام خاصة مقررة بالإضافة للأحكام العامة السابقة التي تعرفت عليها في القانون المدني.

وختامًا، لن تجد معلومة جاهزة وكاملة لكن بالدراسة المتواصلة والاجتهاد ستصل لما تحتاجه حتى لو بدأت من الصفر. باختصار تجاوز الفجوة بين النظري والعملي يتطلب أن تجعل من النصوص القانونية أدوات يومية بين يديك تفككها وتعيد تركيبها في ضوء القضايا والعقود التي تعمل عليها وتنظر للأمور بنظرة هندسية وعملية لم تمنحك إياها الدراسة النظرية للقانون.

- اعذرني إن أكثرت الملاحظات لكن هذه الأخيرة- أعدك: مع تطور دور التكنولوجيا وتغول الذكاء الاصطناعي في الحياة العملية على نحو سيعيد تشكيل الواقع العملي أريد تذكارك بمعلومة مهمة: كمختص دورك البناء والهدم. فقد يسند إليك كتابة العقود ومراجعتها (وهي مرحلة أولية تجمع فيها النقاط لتشكل هيكل نهائي: أو ما أسميه مرحلة البناء)، وفي نفس الوقت قد يسند إليك واجبات مراجعة العقود والتقاضي بشأنها (وهي مرحلة عكسية لمرحلة البناء ما أسميه بالهدم). وسواء هدمت أعمالك أو أعمال غيرك ينبغي أن تمتلك المهارات والأدوات الأساسية للبناء والهدم. وهو ما حاولت تعريضك له في هذا الدليل. لو قفزت مباشرةً إلى التعامل مع برامج الذكاء الاصطناعي والتقنيات الجاهزة بدون فهم المطلوب منك وفهم أدواتك وكيف تستخدمها قد تجد نفسك أمام إشكالات عملية لا تدرك أصلها لأنك لا تعرف عن ماذا تبحث ولا كيف تنجزه. أما من يستخدم الذكاء الاصطناعي كمساعد له ويعرف كيفية تطويعه لخدمته فالمستقبل له.

إن تجاوز الفجوة بين النظرية والتطبيق مرهون بامتلاك أدوات الفهم القانوني والقدرة على توظيفها عمليًا، وهو ما حاول هذا الدليل وضع لبناته الأولى.

أتمنى لك التوفيق إن شاء الله في رحلتك مع العقود.

وإلى القسم الثاني من الدراسة: الأحكام الشكلية للعقود.

القسم الثاني

الأحكام الشكلية للعقود

تمهيد: مقدمة في الصياغة

أ) الصياغة بشكل عام في الواقع القانوني يقصد بها:

صياغة الوثائق القانونية كالمذكرات والعقود والوصايا والتسويات أو أي نص آخر ذو محتوى قانوني أو يخدم غرضًا قانونيًا.

*** عناصر الصياغة الممتازة:**

تتكون من عنصرين رئيسيين:

١. **الجوهر**: وهو ما يُدرج في العقد أي: الأحكام التي تُعزز مصالح العميل وتحميها.

٢. **الأسلوب**: وهو طريقة التعبير عن هذه الأحكام بوضوح بحيث تكون مفهومة وقابلة للتنفيذ على النحو المنشود.

وانطلاقًا من هذين العنصرين يُفترض أن يجيد جميع المحامين الصياغة القانونية باعتبارها أداة مركزية في عملهم. إذ يختلف أسلوب الصياغة القانونية عن كتابة رسالة يومية فلكل كلمة قيمتها ويجب اختيارها بعناية ويجب أن تكون كل عبارة مناسبة ويجب بناء كل جملة بدقة ما يعني أن عملية الكتابة ستكون أقل سلاسة. لذا تتضمن الصياغة مراحل من: التجربة والخطأ، والتعديل والتنقيح، حتى يصبح ما تنتجه صحيحًا.

كما ينبغي أن يعلم الكاتب أن أي مستند يكتبه يهدف إلى أداء وظيفة ما ينبغي معه التأكد من أداء الصياغة هذه الوظيفة على أكمل وجه. ولتحقيق ذلك يجب عند البدء في الكتابة، معرفة الغرض من المستند وما تريد قوله فيه تحديدًا وما النقاط التي تحتاج لإضافتها، ولمن كُتِب وما الأخطاء التي ينبغي تجنبها. فالهدف التعبير بدقة عما يجب قوله لا أكثر ولا أقل بأكبر قدر ممكن من الوضوح مع توازن مثالي بين الاكتمال والإيجاز كل ذلك ضمن هيكل منطقي.

يضاف إلى ذلك التمتع بجميع صفات الكتابة الجيدة من: وضوح النص ودقته فضلًا عن خلوه من أي أخطاء إملائية أو نقص في علامات الترقيم أو أخطاء نحوية أو لغوية.

وأخيرًا تقديمك لنفسك على أنك محام أو قانوني محترف ينبغي معه امتلاك مهارات وأدوات تعبر عن هذه الاحترافية. ينبغي أن تتقن اللغة التي تكتب بها وأن تفهم المعنى الدقيق لكل كلمة تستخدمها وأن تفهم بنية الجمل وكيفية ترقيمها، بالإضافة إلى القدرة على بناء حوار من خلال سلسلة من الفقرات. يجب أن تنقل المعنى والمنطق بكلمات دقيقة. إذا لم تفعل ذلك فلن تتمكن من تبرير تقاضي أجرك المهني.

إن محاولة هذا الدليل شرح بعض الأحكام العامة في قوانين العقود ومهارات الصياغة لا ينبغي أن يفهم معها إمكان تعلم الصياغة والكتابة القانونية بالتلقين. تعلم الصياغة يكون بالتجربة والممارسة. هناك طريقة واحدة فقط لتطوير مهاراتك في الصياغة: المحاولة والتجربة بنفسك. ما يبدو للوهلة الأولى صعبًا يصبح سهلًا نسبيًا مع الخبرة والممارسة. مهارات الصياغة الأساسية قابلة للتحويل - أي إذا كنت تجيد الصياغة كأداة أساسية يمكنك صياغة أي شيء. وإن كنت بارعًا في صياغة نوع معين من الوثائق يمكنك تطويره هذه الإمكانية في كتابة وثائق أخرى.

ب) الصياغة القانونية للعقود: في سياق العقود، فالصياغة هي التجسيد المادي للاتفاق أو صورته المادية. وقد عبر عنها Karl Llewellyn في كتابه المشهور The Bramble Bush بقوله:

("**الصياغة: لا أعرف فنًّا أشد صعوبة منها**". أعتقد من خلال الاستماع إلى سكوت برنهام وغيره يمكن أن ندرك أنه ما لم تكن شديد الدافعية والتركيز وتبذل جهدًا مكثفًا، فمن السهل ألا تكون صائغًا بارعًا. وكما هو حال هرقل في نظرية دوركين عن القانون العام والنظام القانوني، فإن **إتقان كتابة العقود يتطلب أن تكون بمثابة كائن خارق في الصياغة؛ إذ ينبغي أن تعيش في عالم مثالي تمتلك فيه معرفة كاملة بالعُرف التجاري العام، ومعرفة خاصة باستعمالات التجارة وبأعمال العميل، ومعرفة عميقة بكل جوانب القانون، فضلًا عن مهارات كتابية فائقة، وأن تكون خبيرًا في التحليل النفعي**). إن إتقان صياغة العقود يحتاج إلى التفوق في العالم الأكاديمي وعالم الممارسة.

ج) أشكال صياغة العقود: صياغة العقود قد تكون:

١ - **جامدة:** تعبر عن التزامات أطراف العلاقة بطريقة قطعية، ومحددة

٢ - **مرنة:** حيث يشتمل المستند على عناصر وأسس معينة يتم الوفاء بالالتزام التعاقدي بالقياس عليها.

٣- وقد تجمع بين الطريقتين: فيما يسمى **بالصياغة المختلطة للعقود.**

د) **أنواع صياغة العقود:** قد تكون:

١) **بالأغراض**: أي بذكر أهداف التعاقد في ديباجة العقد سواء بالنسبة للمتعاقدين أو لأي منهما.

٢) وقد ترد بعكس ذلك **عامة** من دون ذكر الأسباب فتكون:

أ) **نمطية**: تحيل إلى نموذج عقد أو شروط عامة

ب) **أو غير نمطية**: بحسب طبيعة المعاملة.

وفي جميع الحالات يتعين على المعهود إليه أمر الصياغة اختيار الطريقة المناسبة لظروف التعاقد وملابساته على أن تأتي عبارات العقد وألفاظه ترجمة لحقيقة الإرادة وإلا كانت الصياغة معيبة تثير مشكلات في تنفيذ العقد وتفسير بنوده.

* وقبل البدء في الكلام عن الأبعاد العملية في صياغة العقد (الشكلية خاصةً)أود إيراد نصيحة مهمة توضح جوهر اهتمام الصائغ عند كتابة العقد، للأستاذ/ محمد شوكت التوني -رحمه الله-، أوردها في كتابه (المحاماة فن رفيع).

الباب الأول

العبرة في كتابة العقود

بدء الأستاذ محمد شوكت التوني -رحمه الله- في كتابه (المحاماة فن رفيع) الكلام عن العقود بأن: (العبرة فيها ليس بعدد البنود ولا تعقيدها وهذا أمر خفي لا يدركه كثير من المحامين). فالحقيقة التي لا شك فيها أن: (أغلب المحامين يخطئون في كتابة العقود. وأساس هذا الخطأ هو التطويل والحشو والمبالغة والإسراف في وضع الجزاءات والإسراف في البحث عن الاحتمالات).

ثم ذكر -رحمه الله- كيف يمكن للمحامي كتابة العقود بشكل صحيح فقال: (والواجب أن يعرف المحامي موضوع العقد ثم شروطه المتفق عليها ثم يعد في مذكرة خاصة الأركان القانونية للعقد كأن يكون العقد عقد بيع أو إيجار أو بدل أو شركة... الخ. ثم يضع الشروط الجزائية المعقولة بلا مبالغة ولا إسراف لأن القضاء له دائمًا حق تعديل الجزاء. ولا يناقض مواد القانون سواء القانون المدني، أو العقوبات، أو التجاري، أو الإجراءات، أو المرافعات بشروط خاصة. ويُقَدّر الاحتمالات المعقولة، وهي: نكول أحد الطرفين، ويترك الظروف الطارئة والقوة القاهرة للقانون.

وعندما ينتهي من هذا كله، يكتب الشروط باختصار وبوضوح، وبعبارة سليمة صافية، لا تحتمل تأويلًا ولا تفسيرًا. (...) وأخيرًا: إنني أدعو المحامي إن لجأ إليه أحد الطرفين لكتابة عقد أن يحرره متضمنًا جميع الضمانات لكل من الطرفين، فالعقد ملك الطرفين، لا ملك أحد الطرفين، والمحامي وهو يحرر العقد إنما هو حَكَم عدل بين حقّين. ومن الأمانة أن يحفظ كل حق بذمة وإنصاف).

ومذهبه -رحمه الله- في الصياغة أنه ليس ممن يفضلون تطويل العقود، وإن كان لا يُرضِي الموكلين أن يكون العقد قصيرًا مختصرًا. فالعبرة بما تحفظه العقود من حقوق أطرافها، لا بكثرة عدد البنود. وفي المجمل، وإن اختلفنا مع بعض هذه النقاط، إذ تختلف ظروف التعاقد، إلا أن هذا لا يقدح في قيمة النصيحة، وعمليتها، وإمكان الاستفادة منها.

الباب الثاني

التفرقة بين مصطلحات أساسية في كتابة العقود

في الفصل الأول من كتابها Teaching Contract Drafting تحدثت Robin Boyle-Laisure عن الصعوبة التي واجهتها عندما التحقت بكلية الحقوق عام ١٩٨٠، فما من دورة تدريبية حول صياغة العقود. وكان الطلاب يتعرفون على الممارسات التعاقدية من خلال دورة تدريبية نظرية في العقود. أما اليوم تقوم كليات الحقوق بعمل أفضل في إعداد المحامين الناشئين لممارسة المهنة من خلال توفير دورات بعناوين مثل «صياغة العقود».

يتفق مع Robin محررو موقع (ABA)، في الدليل الصادر عنهم بعنوان: (Introduction to Contract Drafting) فصياغة العقود مهارة أساسية مطلوبة؛ ومع ذلك، فإنّ عددًا قليلًا نسبيًا من المحامين الممارسين يتلقون تدريبًا رسميًا في صياغة العقود كتخصص مُستقل. ويُفيد عددٌ أقلّ بأنّ التدريب الذي تلقّوه كان فعّالًا وكاف. تعلّم معظم المحامين ما يعرفونه عن صياغة العقود من المحامين الذين وظّفوهم بعد تخرجهم. وتطورت أساليب صياغتهم بناءً على ما اكتسبوه من خلال التعرّض المستمر للأعمال الجيدة والسيئة أو التي صاغها الآخرون بغير اهتمام. ولا يزال نقص التدريب الرسمي في صياغة العقود لدى الأجيال السابقة واضحًا في العقود التي يتعامل معها محامو المعاملات يوميًا.

وقد استوقفتني جملة عابرة ذكرتها Robin في الصفحة الأولى من كتابها: (لم يكن هناك دورة تدريبية واحدة تُعلِّم الطلاب الفرق بين الشرط «condition» والعهد «covenant»). فرغم وجودهما في القانون المدني نظريًا فلا تركز أدلة الصياغة القانونية عليهما لسبب مكرر غياب الربط الكافي بين السياق النظري والعملي وعدم استيعاب الأحكام في هيكل شامل. مؤلفات قليلة جدًا هي التي تحدثت في هذه النقطة مثل كتاب (Drafting Contracts: How and Why Lawyers Do What They Do) الذي يرى من الضروري لصياغة عقد استخدام مفاهيم العقد (contract concepts) التي تُشكّل أساس كل عقد. فهي اللبنات الأساسية التي تُعبّر عن صفقة عمل الطرفين عند تجميعها بشكل صحيح.

بمجرد فهم سبب استخدام هذه المفاهيم بطريقة محددة يمكن تعلم كيفية تجميعها لإنشاء عقد وكيفية التعبير عن بنود العقد بوضوح ودون لبس. وهي سبعة مفاهيم عند دمجها في أجزاء العقد تُنتج عقدًا:

الإقرارات (Representations)، والضمانات (Warranties)،
والعهود (Covenants)، والحقوق (Rights)،
والشروط (Conditions)، والسلطة التقديرية، (Discretionary authority)،
والإقرارات / أو التصريحات (Declarations).

* لذا سيرًا على نفس الطريقة أرغب في التفرقة بين عدة مصطلحات أساسية في صياغة العقود بإمكان الإلمام بها إنتاج عقد، على أن تقسم هذه المصطلحات إلى ٣ مجموعات، فتنفرد كل مجموعة بوظيفة:

أولًا: مصطلحات الالتزامات والتصريحات (Covenants and Representations):

١	البند (Clause)	٢	الشرط/ أو المدة (Term)
٣	التصريح أو الإقرار الواقعي (Representation)	٤	الإقرار الاتفاقي/ أو التصريح التفسيري (Declarations)
٥	الضمان (Warranty)	٦	التعهد (covenant)
٧	الشرط (condition)	٨	الالتزامات (Obligations)

ثانيًا: مصطلحات الأداء والإخلال والجزاءات (Performance Breach and Remedies):

١	الإخلال (Breach)	٢	التقصير (Default)
٣	وسيلة الانتصاف (أو الجزاء القانوني) (Remedy)	٤	التعويض/ أو تحمل الضرر (Indemnity)
٥	التعويضات (Damages)	٦	التنفيذ العيني (Specific Performance)

ثالثًا: مصطلحات النطاق والسلطة والإنهاء (Scope Authority and Termination):

١	أطراف العقد (Parties)	٢	الديباجة / المقدمة (Recital)
٣	السلطة التقديرية (Discretionary Authority)	٤	القوة القاهرة (Force Majeure)
٥	إنهاء العقد (Termination)	٦	التنازل عن الحقوق (Assignment)

المبحث الأول: مصطلحات الالتزامات والتصريحات (Covenants and Representations)

١) **البند (Clause)**: مصطلح عام يُطلق على أي فقرة أو حكم ضمن العقد. فالعقد إذا صيغ في وثيقة مكتوبة فإنه يتضمن بنودًا تعكس مضمون التعاقد. فهي الأداة التي تُفرغ فيها أحكام التعاقد.

ويهدف هذا الإفراغ في صورة بنود إلى: أن يكون العقد في هيكل مفهوم يتفق مع أغراض العقد، ويعزز فهم الغرض منه وتسهيل التنقل بين مشتملات العقد، بحيث تعبر كل مجموعة من البنود عن حكم معين، وتسهيل استخدام بعض البنود كما في العقود النموذجية، وإمكان فصل أحكام البنود عن بعضها وعن العقد نفسه.

* مثل:

أ) **بند الإنهاء (Termination Clause)**: وهو بند في العقد يسمح بإنهائه في ظل ظروف معينة. ويعرف أيضًا باسم (Termination Provision).

ب) **بند عدم المنافسة (Non-compete Clause)**: وهو بند في البيع التجاري يمنع البائع من ممارسة عمل تجاري مماثل في المنطقة المحددة لفترة زمنية معينة، عادة ثلاث سنوات.

ج) **بند التحكيم (Arbitration Clause)**: بندٌ ينصُّ على التحكيم الإلزامي حال وجود نزاع حول الحقوق أو الالتزامات بموجبه، ويكون غير نافذ إذا نصّ على استبعاد ولاية المحاكم بشكل مطلق دون الإبقاء على أي اختصاص لها.

٢) **الشرط/ أو المدة (Term)**: مصطلح قد يعني شرطًا تعاقديًا أو مدة زمنية للعقد.

فقد يعني:

أ) **مدة محددة أو ثابتة لشيءٍ ما من حيث الواقع أو الغرض مثل**: مدة العقد أو مدة شغل المنصب. (مثل: «مدة بالسنوات – Term of years»)

ب) **شرط أو بند من بنود اتفاقية مثل**: البنود التعاقدية (Contractual Terms).

= **تمهيدًا للانتقال للمصطلحات التالية نسأل: ماذا إذا احتاج أحد أطراف العقد إلى إدراج بيانات أو الحصول على إقرارات من الطرف الآخر كأن يطلب مشتري أرض غير مطوّرة من البائع أن يؤكد وجود إمدادات كافية من المياه.** هنا تبرز أهمية التمييز بين ثلاث مصطلحات: التصريح (Representation)، والإقرار (Declaration)، والضمان (Warranty).

٣) التصريح / أو الإقرار الواقعي (Representation): بيان من أحد الأطراف عن واقعة مادية أو قانونية يعتمد عليها الطرف الآخر عند التعاقد، ويترتب حق الفسخ أو التعويض إذا ثبت أن هذا التصريح أو الإقرار خاطئ.

* أو هو بيان يتعلق بواقعة ماضية أو حالية يقصد به دفع الطرف الآخر للتصرف[١] .

٤) الإقرار الاتفاقي/ أو التصريح التفسيري (Declaration): يعرف بأنه واقعة يتفق عليها الطرفان، وغالبًا ما يكون تعريفًا أو سياسة تتعلق بإدارة العقد. وفي بعض الأحيان، يعلق هذا الإقرار على تحقق شرط معيّن[٢] .

= **فالتصريح أو الإقرار (Representation)**: تصريح واقعي من طرف واحد لتأكيد حالة واقعية يعتمد عليها الطرف الآخر، ويجوز الفسخ أو التعويض إن كان كذبًا.

= **أما الإقرار (Declaration)**: بيان يتفق عليه الطرفان حول واقعة أو سياسة أو تعريف، ولا يترتب عليه التزام مباشر أو تعويض، بل يُستخدم كمرجعية تفسيرية.

٥) الضمان (Warranty): تعهد تعاقدي ملزم بأن أمرًا ما صحيح أو سيظل صحيحًا خلال مدة معينة. وإذا تبين أن هذا الأمر (أي الضمان) غير صحيح يحق للطرف الآخر طلب التعويض (indemnification) دون الحاجة إلى إثبات النية أو الخطأ.

* أو هو وعد بأنه إذا كان البيان الوارد في التمثيل خاطئًا فإن مُنشئ البيان سيعوض الطرف الآخر عن أي أضرار لحقت به بسبب البيان الخاطئ[٣].

لقد ابتكر المحامون الإنجليز الضمانات (warranties) قبل قرون كحل لمواجهة جمود القانون العام (common law). ففي ذلك الوقت لم تكن هناك صحيفة دعوى تعاقدية (writ) تُمكّن المدّعي من مقاضاة الطرف الآخر لعدم تنفيذه التزاماته بموجب العقد. وحلت المشكلة بتحويل عدم تنفيذ العقد إلى فعل تقصيري (tort) وتحديدًا دعوى خداع (deceit) التي تطلبت إثبات عنصر الاعتماد (reliance). ومع مرور الزمن، تطورت دعوى الإخلال بالضمان إلى دعوى (assumpsit) وهي دعوى تعاقدية.

= ويلاحظ أن كلا المصطلحين يُستخدم معًا في العقود التجارية الدقيقة: «The seller represents and warrants that...» لتوسيع نطاق الحماية القانونية للطرف المتلقي (عادة المشتري).

---

[١] A representation is a statement of a past or present fact made as of a moment in time to induce a party to act.

[٢] A declaration is a fact as to which both parties agree generally a definition or a policy for the management of the contract. Sometimes a declaration is subject to the satisfaction of a condition.

[٣] A warranty is a promise that if the statement in the representation is false the maker of the statement will indemnify the other party for any damages suffered because of the false statement.

٦) التعهد (Covenant): وعدٌ بفعل شيءٍ ما أو عدم فعله يُنشئ واجبًا يتحتم تنفيذه[١].

* أو هو اتفاق رسمي (مكتوب، موقّع ومختوم) ملزم قانونًا. أو بعبارة أخرى هو: وعد أو التزام يقطعه طرف في اتفاقية على نفسه بأن يقوم بأفعال معينة أو يمتنع عن القيام بأخرى. وغالبًا ما تتعلق التعهّدات بأحكام في العقود المالية مثل اتفاقية القرض التي تحدّد حدود استخدام مبلغ القرض وتقيّد المبالغ التي يمكن للمقترض إقراضها لشركاته التابعة. وبموجب هذه التعهّدات، يقدّم المتعهد (Covenantor) وعدًا إلى المستفيد من التعهد (Covenantee).

فهناك:

١. **التعهّد الإيجابي (Positive Covenant)**: أي وعد بالقيام بعمل ما.

٢. **التعهّد السلبي (Negative Covenant)**: أي وعد بالامتناع عن القيام بعمل ما.

* ويختلف مصطلح التعهد (Covenant) عن مصطلحي الاتفاق (Convention) والحق (Right):

* **فالاتفاق (Convention) في القانون المدني**: أوسع نطاقًا من العقد إذ يرى شراح القانون المصري (ومنهم السنهوري) أن كل عقد هو اتفاق ولكن ليس كل اتفاق عقدًا. ويُعرَّف الاتفاق: بأنه تلاقي إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. ومن ثم لا يكون الاتفاق عقدًا إلا إذا ترتب عليه إنشاء التزام أو نقله أما إذا اقتصر على تعديل الالتزام أو إنهائه فإنه يظل اتفاقًا لا عقدًا.

* **أما الحق (Right)**: الوجه المقابل للتعهد. إذ يُخول أحد الطرفين سلطة مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه[٢].

٧) الشرط (Condition): واقعة أو حدث يجب توافره قبل بدء الالتزام. ويُعَرّف في القانون المدني المصري بأنه: (أمر مستقبل وغير محقق الوقوع ويترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله).

وينقسم إلى نوعين: **الشرط الواقف (السابق) «condition precedent»**: يجب تحققه لنشوء الالتزام. **والشرط الفاسخ (اللاحق) «condition subsequent»**: الذي يؤدي تحققه لزوال الالتزام.

= والشرط بالمعنى السابق له أساس محدد في القانون المدني يختلف عن معان أخرى للمصطلح نذكر من بينها:

---

[١] **A covenant is a promise to do or not to do something. It creates a duty to perform.**

[٢] **A right is the flipside of a covenant. A right entitles a party to the other party's performance.**

أ) مصطلح الشروط العامة (**General Conditions**): فوفقًا لـ Black's Law Dictionary عادةً ما يتم تحديد شروط العقد في دفتر المواصفات أو في الرسومات المعمارية المرتبطة بالعقد، وتحدد هذه الشروط حقوق ومسؤوليات الأطراف المعنية بالإضافة إلى الحد الأدنى لمتطلبات أداء المقاول. وبالتالي يمكن تعريف شروط العقد (Conditions Of Contract) بأنها: شروط حقوق الأطراف عند توقيع العقد. فهناك شروط عامة وشروط خاصة أكثر تفصيلاً: ومن الشروط الخاصة (Special Conditions): الأحكام الواردة في العقد والتي تتعلق بمشروع قيد الدراسة ولا تندرج تحت أي شروط عامة أو تكميلية أخرى.

ب) الشرط المتعلق بالالتزام (**A condition to an obligation**):
حالة من الوقائع يجب أن تتحقق قبل أن يُصبح أحد الطرفين مُلزَمًا بالأداء[1] .

٨) الالتزامات (Obligations):

الالتزام في القانون المدني -كما عرفه السنهوري-: حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل. ومصدر الالتزام في القانون المدني هو السبب القانوني الذي ينشئه. فالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع والتزام المتسبب في ضرر بتعويضه مصدره العمل غير المشروع والتزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص في القانون. والعقد أحد مصادر الالتزامات القانونية الخمسة المنصوص عليها في القانون المدني كما ذكرنا أكثر من مرة.

لذا عمليًا يعد العقد التجاري: مجموعة من الوعود المتبادلة بين الأطراف –هذه الوعود يُقصد بها أن تكون ملزمة قانونًا. وتحدد هذه الوعود المتبادلة حقوق والتزامات الأطراف بموجب الاتفاقية والتي يجب إما تنفيذها أو إنفاذها قضائيًا. فالعقد يُشبه «قانونًا خاصًا» للأطراف إذ يسمح لهم بتحديد طبيعة علاقتهم عن طريق رسم الحدود للسلوك المقبول.

وإذا لم يقم أحد الأطراف بالوفاء بالتزاماته، أو جرى انتهاك حق من حقوق أحد الأطراف، على الأطراف اللجوء إلى المحاكم المختصة لطلب التنفيذ. وقد تُلزم المحاكم الطرف المُخلّ بأداء التزاماته المتفق عليها، و/ أو الحكم بالتعويض عن الإخلال.

---

[1] **A condition to an obligation is a state of facts that must exist before a party is obligated to perform.**

فعندما يدخل طرف مع آخر في علاقة تعاقدية تجارية يكون لكل منهما مجموعة من الالتزامات/ والحقوق التعاقدية: كأن يلتزم المشتري بدفع ثمن المبيع ويلتزم البائع بتسليمه هذا الشيء. **فحق أحد الأطراف في الوقت نفسه التزام الطرف الآخر.**

وهنا يظهر مصطلح الحق التعاقدي Contractual Right **في مقابل مصطلح الالتزام** Obligations: فإن كانت الالتزامات التعاقدية تقابل الحقوق في مصفوفة الحقوق والالتزامات. فالحقوق ما يضمنه كل طرف للآخر عند دخولهما في علاقة تجارية. وترتبط هذه الحقوق في الغالب بالشؤون التجارية مثل تقديم المنتجات والخدمات. والفرق بين الحقوق والالتزامات في العقد: أن الحقوق تمثل منفعة يجنيها أحد الأطراف من العقد، بينما الالتزامات تمثل واجبات أو مسؤوليات يتحملها الطرف الآخر أو تعهدًا بأداء معين.

وتشمل الالتزامات التعاقدية: دفع المبالغ المستحقة تقديم خدمات محددة توريد بضائع الالتزام بالجداول الزمنية أو معايير الجودة التعاون لتحقيق هدف مشترك أو أي وعد آخر يقطعه أحد الأطراف. وإذا أخلّ أحد الأطراف بالتزاماته، عُدّ ذلك إخلالًا بالعقد، ويحق للطرف غير المخلّ اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة.

أما الحقوق التعاقدية فقد تشمل:

١. **الحق في الحصول على المنتجات أو الخدمات المتفق عليها**
٢. **حق الأفضلية (Right of First Refusal)**
٣. **حق تعيين غالبية أعضاء مجلس الإدارة**
٤. **حق الإصلاح والصيانة**
٥. **الحق في استلام المدفوعات في مواعيدها**
٦. **الحق في تلقي إشعار مسبق بأي تغيير مقترح في شروط الاتفاق**
٧. **حق الحصرية**
٨. **الحق في التعويض عن عدم التنفيذ**
٩. **الحق في إنهاء الاتفاقية**

ويجب أن يحدد الاتفاق بشكل واضح حقوق ومسؤوليات كل طرف بما في ذلك الأنشطة المطلوب من كل طرف القيام بها والجداول الزمنية للتنفيذ وما إذا كان مسموحًا بتحويل الالتزامات إلى طرف آخر أم لا. ومن الأفضل أن تُفصّل الالتزامات قدر الإمكان لتحديد معايير واضحة للوفاء بها.

يُتوقع من كل طرف بمجرد إبرام العقد تنفيذ التزاماته. ويجب أن يفي كل طرف بما عليه من التزامات حتى يُعتبر العقد قد نُفّذ تنفيذًا صحيحًا. وإذا أخلّ أحد الأطراف بالتزاماته جاز للطرف الآخر اللجوء إلى الوسائل القانونية لفرض حقوقه. ومع ذلك قد تُؤخذ في الاعتبار أسباب الظروف التي أدت إلى الإخلال. وفي بعض الحالات إذا تم تنفيذ جزء كبير من العقد يمكن دفع مقابل ما أُنجز مع خصم قيمة الجزء غير المُنفذ. وهذا أبسط أسلوب للتعامل مع مثل هذه الحالات.

وأخيرًا: يمكن أن تكون الحقوق التعاقدية صريحة أو ضمنية. فبالإضافة إلى الحقوق المنصوص عليها صراحة في الاتفاقية قد توجد أيضًا حقوق ضمنية تستند إلى قانون العقود أو غيره من النصوص القانونية (مثل قوانين حماية المستهلك). وما من ضرورة لذكر هذه الحقوق ضمن كل اتفاق لأنها تُعتبر مُدرجة بموجب القانون. وإذا انتُهكت الحقوق التعاقدية لطرف ما جاز له إنفاذها أو رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال.

المبحث الثاني: مصطلحات الأداء والإخلال والجزاءات (Performance, Breach, and Remedies)

١) الإخلال (Breach):

يقصد به بشكل عام:

مخالفة القانون أو عدم الوفاء بالالتزام[١]. والإخلال بالعقد تحديدًا (Breach of contract) يقصد به: عدم الوفاء بوعد جوهري في العقد دون عذر قانوني. ويشمل الإخلال أيضًا رفض تنفيذ بنود الصفقة أو عرقلة تنفيذ الطرف الآخر لبنود الصفقة[٢].

٢) التقصير (Default):

يقصد به:

أ) الإخفاق في أداء واجب قانوني أو الالتزام بوعد أو الوفاء بالتزام.

– على سبيل المثال: يُستخدم المصطلح غالبًا للدلالة على الإخفاق في سداد دين عند حلول أجله.

ب) الإخفاق في اتخاذ إجراء مطلوب في دعوى قضائية، مثل: عدم تقديم مستند في الوقت المحدد.

– وقد يؤدي هذا النوع من الإخفاق إلى صدور حكم غيابي (Default Judgment) ضد الطرف الذي لم يقم بالإجراء.

---

[١] **Breaking a law or failing to perform a duty.**

[٢] **Failure without legal excuse to live up to a significant promise made in a contract. Breach also includes refusing to perform your part of the bargain or making it hard for the other person to perform his or her part of the bargain.**

٣) سبل الإنصاف/ أو المعالجة القانونية (Remedies).

* هي الوسائل التي بها ينفذ حق أو يحصل على تعويض عن ضرر وقع.
* أو هي الوسائل التي بها يمنع أو يصحح أو يعوض عن انتهاك للحقوق.

* **ولفهم أفضل لمصطلح سبل الإنصاف (Remedies) ينبغي معرفة:**

أن الإقرارات (representations) والضمانات (warranties) من مفاهيم القانون العام (common law) وتخضع لسبل الإنصاف/ أو المعالجة القانونية (أو الجزاءات القانونية) (Remedies) التي يقرها هذا النظام. ويمكن أن تؤثر الاختلافات في هذه السبل بشكل مباشر على تحديد الدعوى الأنسب للمدعي من حيث المصلحة.

* فالإنسان -بشكل عام- يصدر عنه ثلاثة أنواع من الإقرارات المضللة (misrepresentations):

١) **الكاذبة (innocent)**
٢) **أو الناشئة عن إهمال (negligent)**
٣) **أو الاحتيالية (fraudulent)**.

وترفع الدعاوى المتعلقة بأي من هذه التصريحات في نطاق المسؤولية التقصيرية (tort).

* **وتكون سبل الانتصاف من هذه الإقرارات المضللة وفق الأحكام التالية:**

أ) من التصريح الكاذب أو الناشئ عن إهمال عبر:

١) **إبطال العقد (الفسخ)**: إذ يتيح الإبطال للطرف المتضرر العدول عن العقد وإلغاؤه بأثر رجعي، وعادةً ما يُشار إليه بمصطلح الفسخ (rescission)،

٢) **أو التعويض**: برد ما تم استلامه: ما يتطلب أن يعيد كل طرف للآخر ما تسلّمه سواء عينًا أو – عند الاقتضاء – نقدًا.

ب) **سبل الانتصاف من الإقرار الاحتيالي**: – أي المتضمن بيانًا غير صحيح عرَف مُصدره أنه كاذب (يتوافر في حقه: عنصر النية في الغش – scienter) –:

يكون الطرف المتضرر بين خيارين:

١) **أن يُبطل العقد ويطلب رد ما تم استلامه**: تمامًا كما هو الحال في التصريحات الكاذبة أو الناجمة عن إهمال.

٢) **أو أن يُقرّ العقد (affirm the contract) ويحتفظ بمزاياه ثم يرفع دعوى بالتعويض**: استنادًا إلى دعوى تصريح احتيالي (fraudulent misrepresentation)، والتي تُعرف أحيانًا باسم دعوى الخداع التقصيرية (tort of deceit).

٤) التعويض/ أو تحمل الضرر (Indemnity):

واجب قانوني يقتضي جبر الضرر أو الخسارة أو المسؤولية التي يتحملها شخص ما بحيث يتحملها طرف آخر بدلاً منه. وقد ينشأ هذا الواجب بموجب عقد أو قانون أو بموجب قواعد الإنصاف (العدالة). والغرض من التعويض نقل كامل المسؤولية أو الخسارة من طرف إلى آخر.

* **أو يمكن تعريف التعويض أنه**: عقد لتعويض أو سداد شخص ما للخسائر المحتملة بطريقة معينة وهو نوع من التأمين. قد يكون هذا التعويض أو التغطية التأمينية مزدوجة (Double indemnity) إذ تُؤدي إلى تعويض مضاعف في حال حدوث أمر ما بطريقة معينة على سبيل المثال: دفع مبلغ عشرة آلاف دولار لتأمين على الحياة لوفاة شخص وعشرين ألف دولار لوفاته العرضية حيث يكون التعويض أو التأمين مضاعفًا في حالة وفاته العرضية.

٥) التعويضات (Damages):

أ) مبلغ من المال تأمر المحكمة بدفعه لشخص تضرر (أي لحق به ضرر أو خسارة)، وذلك من قِبل الشخص الذي تسبب في ذلك الضرر (أي من ارتكب انتهاكًا لحقوق ذلك الشخص).

ب) المطالبة التي يقدمها المدعي في صحيفة الدعوى للحصول على المبلغ المشار إليه في التعريف في البند (أ).

ويمكن أن تكون هذه التعويضات:

= تعويضات فعلية أو تعويضية (مرتبطة مباشرة بحجم الخسارة)،

= أو قد تكون أيضًا تعويضات نموذجية أو عقابية (مبالغ إضافية تُمنح لمعاقبة المدعى عليه وردع ارتكاب أفعال جسيمة مماثلة مستقبلًا).

= وقد تُمنح أحيانًا تعويضات اسمية (مبلغ رمزي صغير جدًا عندما يكون الضرر طفيفًا أو غير مثبت بشكل كافٍ).

٦) التنفيذ العيني (Specific Performance):

مصطلح (Performance) يعني أداء الالتزام أي: تنفيذ عقد أو وعد أو التزام آخر وفقًا لشروطه بحيث ينتهي بذلك الالتزام. وهو الطريق الطبيعي لإنهاء الالتزام. لكن لا تسير الأمور بهذه السلاسة دائمًا وهنا تظهر طرق أخرى للوفاء بالالتزام وهي:

أ) التنفيذ العيني (Specific Performance): يعني تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بالضبط، ويُعدّ أحد سبل الإنصاف التي قد تأمر بها المحكمة.

حيث تلجأ إلى إلزام الطرف الممتنع بالقيام بالتنفيذ العيني إذا كان مجرد التعويض المالي لا يكفي لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الآخر.

ب) التنفيذ الجزئي (Part Performance): هو تنفيذ جزء فقط من العقد أو القيام بفعل ما اعتمادًا على وعد من الطرف الآخر. ويكون التنفيذ الجزئي استنادًا إلى وعد معقول من الطرف الآخر قد يجعل ذلك الوعد غير قابل للإلغاء (Irrevocable).

المبحث الثالث: مصطلحات النطاق والسلطة والإنهاء (Scope, Authority, and Termination)

١) أطراف العقد (Parties):

مصطلح الطرف (Party) يطلق على:

أ) شخص معني أو مشارك في أي عقد أو مسألة أو شأن أو إجراء قانوني.

*** أنواعه:**

١) (الطرف المتعاون أو الضامن) (Accommodation party) أي: الذي يوقّع ورقة تجارية (مثل سند أو كمبيالة) كخدمة أو تفضُّل لشخص آخر دون أن يحصل على مقابل أو مصلحة مباشرة من الصفقة.

٢) **(الطرف الثالث) (Third party)**: شخص لا علاقة له مباشرة بصفقة أو دعوى قضائية أو واقعة ولكنه قد يتأثر بها.

مثال ذلك:

* **المستفيد من طرف ثالث (Third Party Beneficiary)**: شخص ليس طرفًا في العقد، ولكن أُبرم العقد لمصلحته المباشرة.

* **دعوى الطرف الثالث (Third Party Complaint)**: دعوى يرفعها المدعى عليه ضد شخص ليس طرفًا في الدعوى الأصلية لإدخاله في الدعوى لأن هذا الشخص قد يكون مسؤولًا كليًا أو جزئيًا عن المطالب التي يسعى المدعي للحصول عليها من المدعى عليه.

ب) **يطلق مصطلح (طرف) أيضًا على: الشخص الذي يكون إما مدعيًا أو مدعى عليه في دعوى قضائية إذ:**

١. **يُطلق مصطلح الطرف الحقيقي (Real party) على**: من يكسب أو يخسر شيء نتيجة مشاركته في القضية.

٢. **أما الطرف الشكلي أو الاسمي (Formal /Nominal party)**: فهو الذي تكون له مصلحة تقنية فقط أو مجرد وجود اسمي في القضية.

ج) **يطلق أيضًا مصطلح طرف على: الشخص الذي يجب ضمه إلى الدعوى القضائيةسواء كان مضمومًا حاليًا أم لا:**

١. إذا كان غيابه يمنع استمرار القضية، ويُعرف بالطرف الضروري الذي لا غنى عنه (Indispensable party)

٢. أو إذا كان من الأفضل ضمه- إن أمكن، ويُعرف بالطرف الضروري (Necessary party) – ويُستخدم هذا المصطلح أحيانًا بمعنى الطرف الذي لا غنى عنه.

٢) الديباجة / المقدمة (Recital):

أ) تصريح رسمي في مستند قانوني يوضح الأسباب أو الخلفية التي أدت إلى إصدار المستند أو إبرام التصرف القانوني المتعلق به. مثل: تمهيد العقد (حيثياته) ويشرح فيه: نية الأطراف وظروف التعاقد.

* أو هي:

ب) عرض رسمي لحقائق محددة أو قائمة بها. يُستخدم أحيانًا لذكر وقائع أو بيانات تم الاتفاق عليها كأساس للتصرف القانوني.

وهناك من يعرفها بأنها: (القصة حتى الآن). تتعلق هذه القصة بتعريف الأطراف ببعضهم البعض وتفكيرهم في إقامة علاقة تجارية والمناقشات التي دارت بينهم وأي تفاهمات أو وثائق مؤقتة أبرمت وانتهى الأمر في النهاية إلى توصل الأطراف إلى تفاهم لإبرام عمل مشترك.

تسرد هذه القصة في العقد من خلال ما يُعرف ببنود (حيث إن / المقدمة / الخلفية / الديباجة)، (The Whereas / Introduction / Background / Recital clauses).

وتأتي عادةً بنود الديباجة/ أو المقدمة بعد: عنوان الاتفاقية ووصف الأطراف/ تعريفهم.

* **أنواع الديباجات:**

تنقسم الديباجات إلى نوعين رئيسيين:

١. **سردية (Narrative)**: تلتقط تاريخ الأطراف، وأعمالهم، ومناقشاتهم السابقة.

٢. **تمهيدية (Introductory)**: تشرح سبب الاتفاق الحالي.

وأحياناً يمتزج هذان النوعان بحيث يصعب فصلهما.

٣) السلطة التقديرية (Discretionary Authority):

منح أحد الأطراف خيارًا أو إذنًا بالتصرف. وأحيانًا، تكون ممارسة السلطة التقديرية مشروطة باستيفاء شرط[١] .

---

[١] **Discretionary authority gives a party a choice or permission to act. Sometimes the exercise of discretionary authority is subject to the satisfaction of a condition.**

٤) القوة القاهرة (Force Majeure): يتضمن الأحداث الطبيعية والبشرية الخارجة عن الإرادة التي لا يمكن توقعها أو دفعها. كالزلازل والفيضانات والأوبئة (أحداث طبيعية) + الحروب والإضرابات والقرارات الحكومية (أحداث بشرية). فيُستخدم المصطلح للإشارة إلى أحداث خارجة عن إرادة الأطراف، والتي تمنع تنفيذ الالتزامات التعاقدية دون أن يكون هناك تقصير أو خطأ من أي طرف.

* ويتمايز مصطلح القوة القاهرة عن مصطلح الكارثة الطبيعية (Act of God) الذي يعني: حدث نتج بالكامل عن قوى الطبيعة وحدها دون تدخل بشري خاصة إذا كان كارثيًا مثل: الزلازل والأعاصير والفيضانات والانفجارات البركانية. عادةً ما يُستخدم في قوانين المسؤولية المدنية أو التأمين للإشارة إلى أحداث طبيعية لا يمكن نسبتها إلى خطأ بشري.

ففي حين أن مصطلح "Act of God" يشير تحديدًا إلى الأحداث الطبيعية فقط، فإن «Force Majeure» قد يشمل أيضًا أحداثًا بشرية لا يمكن تجنبها مثل: الحروب والإضرابات. ولا يوجد ما يمنع أن يكون حدث القوة القاهرة ناتج عن كارثة طبيعية. فكل Act of God يمكن أن يُصنّف كـ Force Majeure إذا أثّر على الالتزامات التعاقدية وليس كل Force Majeure هو Act of God لأن القوة القاهرة تشمل أحداثاً بشرية أيضاً.

٥) إنهاء العقد (Termination): أي نهاية تحدث سواء كانت قبل الموعد المتوقع أو كانت محددة وفقًا لنص قانوني معين. على سبيل المثال بموجب القانون التجاري الموحد (UCC) في الولايات المتحدة، فإن (الإنهاء) يشير إلى انتهاء العقد دون أن يكون هناك إخلال من أي من الطرفين.

* التفرقة بين مصطلحات "Termination" و"Cancellation" و"Rescission":

(Termination): يعني إنهاء العقد مع تنفيذ الالتزامات القائمة حتى لحظة الإنهاء.
(Cancellation): يعني قد يتضمن إلغاء العقد بأثر رجعي.
(Rescission): يعني إلغاء العقد وكأنّه لم يكن.

٦) التنازل عن الحقوق (Assignment):

يعني: نقل ملكية أو حقوق في الملكية أو مال إلى شخص آخر.

مثال ذلك:

Assignment of wages والذي يعني تحويل الأجور: أي دفع جزء من راتب الموظف مباشرةً إلى جهة معينة يدين لها الموظف.

(ومعظم الولايات تقيد هذا النوع من التحويلات).

Assignment of income والذي يعني تحويل الدخل: أي محاولة تحميل الضرائب على شخص آخر عبر تحويل الدخل أو مصدره له. (وغالبًا ما تمنع قوانين الضرائب هذا النوع من التحويلات للتهرب الضريبي).

٧) القانون الواجب التطبيق (Governing Law):

القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم تفسير وتنفيذ اتفاقهم.

* أو هو بند في العقد يحدد قوانين أي ولاية قضائية ستُطبّق في تفسير العقد وتسوية النزاعات. وفي العقود الدولية أو متعددة الجنسيات يضاف بند «Governing Law Clause» لتفادي النزاع حول أي قانون وطني يُطبق.

٨) مدة العقد وتجديده (Term / Duration and Renewal):

يحدد البداية والنهاية الأصلية للعقد (مثلًا: «يظل هذا العقد نافذًا لمدة ثلاث سنوات من تاريخ التوقيع»). فقد يكون العقد محدد المدة (كما هو الحال في عقود توريد السلع والخدمات أو التوظيف) وينتهي بانتهاء المدة المقررة، وقد يرتبط انتهاء العقد بالعملية أو المشروع موضوع العقد.

لذا يفضل اتباع التالي:

أ. **إذا قصد الأطراف تحديد مدة معينة لعلاقتهم فيجب النص على ذلك بوضوح.**

ب. **إذا كان لأحد الأطراف وحده الحق في إنهاء العقد فينبغي أن يُدرج ذلك ضمن أحكام العقد مع إضافة بند خاص بالإنهاء.**

ج. **إذا لم ينص على مدة محددة للعقد أو ربط باستكمال مشروع معين فيجب أن يؤخذ في الاعتبار: أن سريانه سيكون دائمًا وتظل أحكامه نافذة إلى أجل غير مسمى.**

تطبيقات عملية:

١. تبدأ مدة هذا العقد اعتبارًا من تاريخ نفاذه (Effective Date)، وتمتد حتى استكمال المشروع أو حتى ٣١ مارس ٢٠٢٧، أيهما أسبق، وذلك مع مراعاة أحكام الإنهاء المنصوص عليها في هذا العقد.

٢. يصبح هذا العقد نافذًا اعتبارًا من ١ أبريل ٢٠٢٧ ويستمر سريانه لمدة خمس (٥) سنوات من ذلك التاريخ، ما لم يتم إنهاؤه وفقًا لشروط هذا العقد.

٣. يسري هذا العقد اعتبارًا من ١٦ أبريل ٢٠٢٧ ("تاريخ النفاذ – Effective Date") ويظل ساريًا إلى أجل غير مسمى، ما لم يتم إنهاؤه من قبل الأطراف باتفاق متبادل، أو من قبل أي من الطرفين وفقًا للمادة ١٧ من هذا العقد.

*** الاختلافات بين بند مدة العقد وتجديده (Term / Duration and Renewal) عن بند تجديد / تمديد العقد (Renewal / Extension of the Agreement):**

بند تجديد / تمديد العقد (Renewal / Extension of the Agreement): قد ينص فيه على عملية محددة يجب اتباعها في حال رغبة طرف أو أكثر في تجديد أو تمديد العقد. وقد يتم التجديد / التمديد إما وفقًا للشروط والأحكام ذاتها الواردة في العقد الأصلي من خلال اتفاق تعديل (Amendment Agreement) أو خطاب جانبي (Side Letter). ففي هذا البند يحدد إمكانية استمرار العقد بعد انتهاء مدته الأصلية (عبر تجديد تلقائي، أو تجديد باتفاق مكتوب، أو تمديد لمرة واحدة ... إلخ).

أما بند مدة العقد وتجديده (Term / Duration and Renewal): يحدد البداية والنهاية الأصلية للعقد (مثلًا: «يظل هذا العقد نافذًا لمدة ثلاث سنوات من تاريخ التوقيع»).

ويلاحظ في بند تجديد / تمديد العقد (Renewal / Extension of the Agreement) أن: في الاستعمال الشائع، يُستخدم مصطلحا (التجديد) (Renewal) و(التمديد) (Extension) بشكل مترادف. إلا أن التمييز بينهما مهم:

١. فإذا لم يقم الأطراف بإعادة التفاوض بشأن شروط العقد واكتفوا بتمديد فترة الالتزام التجاري يُستخدم مصطلح «تمديد» (Extension).

٢. أما إذا أُعيد التفاوض بشأن الشروط فيُستخدم مصطلح «تجديد» (Renewal).

الباب الثالث

متطلبات الصياغة الشكلية للعقود

يلاحظ أن الصياغة المعيبة للعقود وغير الواضحة أو المعبرة عن الإرادة الحقيقية لطرفي العلاقة التعاقدية قد تؤدي إلى العديد من الإشكالات القانونية وتفتح الباب لمنازعات مستقبلية ويلزم لتجنب ذلك معرفة أهم المتطلبات التي تساعد على الصياغة كالاطلاع على ملف التعاقد قبل البدء في الكتابة ما يساعد الصائغ على معرفة حقوق والتزامات كل طرف وأبعاد العلاقة التعاقدية.

و يمكن تقسيم هذه المتطلبات إلى:

أ. متطلبات عملية تساعد الصائغ.
ب. متطلبات قانونية لشكل العقد.

أ). المتطلبات العملية التي تساعد الصائغ:

١ . الاطلاع على ملف العلاقة التعاقدية بين الطرفين

٢ . الرجوع إلى الأنظمة والتعليمات النافذة ذات الصلة بموضوع التعاقد

٣. توقع المشكلات المحتملة ووضع الحلول المناسبة لها

٤ . توافر عنصري العلم (بالقوانين) والمهارة (في الصياغة)

١ . الاطلاع على ملف العلاقة التعاقدية بين الطرفين:

وقراءته قراءة متفحصة ودقيقة بهدف التعرف على الإرادة التعاقدية الحقيقية ومحاولة إبرازها إلى حيز الوجود. وبخاصةً المذكرات والمستندات المعدة من قبل الطرفين وتحديد قيمتها القانونية. بالإضافة إلى توفير المعلومات الأساسية والبيانات التي يتم التعاقد على أساسها واستنادًا إليها.

٢. الرجوع إلى الأنظمة والتعليمات النافذة ذات الصلة بموضوع التعاقد:

وذلك حتى لا تصطدم العملية التعاقدية بقواعد قانونية آمرة، بل يسير التعاقد في انسجام مع الأحكام القانونية السارية. ونستحضر ها هنا نصيحة الأستاذ/ محمد شوكت التوني في كتابه (المحاماة فن رفيع)، عن العقود من أنه: (يجب أن يعرف المحامي موضوع العقد ثم شروطه المتفق عليها ثم يعد في مذكرة خاصة الأركان القانونية للعقدكأن يكون العقد عقد بيع أو إيجار أو بدل أو شركة... الخ).

فإعداد المعلومات بشكل جاهز في مذكرة خاصة بعقود معينة يسهل من عملية تحديد أركانها أو شروطها أو آثارها حال كتابة هذه العقود. ولا نكون قد ابتعدنا كثيرًا إن قررنا ها هنا إضافة أحكام المحاكم العليا (كمحكمة النقض المصرية) الواردة في شأن هذه العقود في هذه المذكرة بجوار الأركان والشروط والآثار. **لذلك من الأدوات التي قد تسهل على المحامي عمله: استخدام قوالب جاهزة في صياغة العقود.**

* استخدام القوالب الجاهزة في صياغة العقود:

يلاحظ تقديم خدمات مدفوعة تسهل عمل المحامين في صياغة العقود من خلال شركات تكنولوجية متخصصة، من بين هذه الخدمات: تقديم قوالب جاهزة للعقود. سنعود لاحقًا لمناقشة هذا الموضوع لكن أود الإشارة إلى أفضل الممارسات في صياغة العقود باستخدام بعض هذه المصادر[١].

* أفضل الممارسات لصياغة القوالب الجاهزة للعقود:

* إنشاء مكتبة بنود منظمة ومصنفة حسب نوع العقد والاختصاص القضائي ومستوى المخاطرة للوصول السريع إلى الفئة المعتمدة مسبقًا ما يقلل من وقت الصياغة وإصلاح التناقضات.

* توحيد التنسيق والبنية لتعزيز الوضوح والاحترافية وسهولة المراجعة والحد من سوء التفسير وتسريع الموافقات.

* تضمين خيارات البنود البديلة للمفاوضات المشتركة لتحسين المرونة مع ضمان الامتثال، والحد من التبادل غير الضروري للآراء.

[١] https: / /www.sirion.ai /library /contracts /contract-drafting-and-review.

* تحديث القوالب بانتظام لتعكس التغييرات التنظيمية وتحولات السوق ورؤى المفاوضات السابقة ومنع مخاطر الامتثال وعدم التوافق مع احتياجات العمل.

لذلك إذا قام المحامي بتجهيز البنود التعاقدية وفق الرؤية المسبقة سواء من خلال استخراج أحكامها من المصادر المتخصصة أو من عقود سابقة يكون بهذا وفر لنفسه مصدرًا يسهل عليه عملية الصياغة فضلًا عن توفير الوقت الذي قد يستخدم في أبعد ما هو من بناء العقود من الصفر مثل: ترجمة رغبات المتعاقدين إلى بنود واستقراء المخاطر ووضع حلول لها.

٣. توقع المشكلات المحتملة ووضع الحلول المناسبة لها:

بهدف ضمان التنفيذ الملائم للعقد وضرورة احترامها من قبل المتعاقدين والغير. فيلاحظ أحيانًا في عقود البيع بعد تمامها ظهور زوجة البائع بعد طلاقها ولها حق المسكن ما ينبغي معه إضافة بند في عقد البيع يخرج المشتري من هذه المشكلة حال حدوثها. حيث قد يحتال باستخدام حق الحضانة لعدم تمكين المشتري من سكن منزله الذي اشتراه أو عكس ذلك عبر محاولة تأجير منزل الزوجية / أو بيعه حتى لا تتمكن الحاضنة من شغله.

وفي هذا تقرر محكمة النقض المصرية: (إذا ثبت حيازة الحاضنة بموجب قرار من النيابة العامة بصفتها حاضنة لصغارها، وأنها تستمد حقها في الحيازة من القانون كحاضنته، فإن قيام المطلق ببيع هذا المسكن لا يؤثر ولا ينال من حقها الاستمرار في شغله باعتبارها خاصته لأولاده، وذلك ما لم يهيئ المطلق لها مسكن الحضانة بديل مناسب، ومن ثم فإن قرار الحضانة الصادر لها باستمرار شغلها لمسكن الحضانة يسري في حق المطلق ويسري في حق من تصرف إليه بعقد عرفي، باعتبار الأخير خلص خاص للبائع «المطلق»، وهذا الحق تستمده الحاضنة من القانون، وليس من مطلقها[1]) .

و يفضل تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع حول تنفيذ بنود العقد وبيان المحكمة المختصة على وجه الدقة مع مراعاة قواعد الاختصاص القضائي.

٤. توافر عنصري العلم (بالقوانين) والمهارة (في الصياغة): حيث يتعين على الصائغ حسن اختيار الكلمات والمصطلحات القانونية المناسبة وترتيبها ترتيبًا منطقيًا للدلالة على الحقوق والالتزامات التي تتضمنها بنود العقد.

---

[1] الطعن رقم ١٠٨٤ لسنة ٨٨ق، جلسة ٢٧/ ١١/ ٢٠١٨.
والطعن رقم ١٠٤٠٢ لسنة ٨٤ق، جلسة ١٥/ ٩/ ٢٠٢٠.

ب) المتطلبات القانونية لشكل العقد:

هناك عدة متطلبات شكلية يشترطها القانون لصحة العقد أو لنفاذه أو لإمكان الاحتجاج به من أبرزها: الكتابة ولغة التعاقد والشهود والتسجيل وإيراد بيانات إلزامية في عقود معينة.

تستمد هذه المتطلبات من:

أ) القواعد والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والكتابات الفقهية.

ب) اتفاق الأطراف حين يشترطون لأنفسهم ضوابط شكلية خاصة.

كما أن طبيعة بعض العقود تبرر فرض الشكلية مثل: العقود الناقلة للملكية العقارية التي لا تنعقد إلا بالتسجيل.

نذكر من بين هذه المتطلبات التالي:

١. الكتابة.
٢. التوقيع.
٣. الختم.
٤. تحديد لغة التعاقد.
٥. تبادل وثائق العقد.

١) الكتابة: خلافًا لما يعتقده الكثير من الناس فلا يشترط في العقود أن تكون مكتوبة. فالغرض من توثيق الاتفاق كتابة ليس جعله صحيحًا أو ملزمًا قانونًا وإنما تسهيل إثبات صحته. فوجود الكتابة يجعلها دليلًا يُستخدم أمام المحكمة – إذا لزم الأمر – على أن حدثًا ما قد وقع بالفعل أو أن وعدًا ما قد صدر بالفعل.

والقاعدة القانونية بهذا الصدد أن العقود الشفوية تكون نافذة بشكل كامل ما لم يتطلب القانون ضرورة أن تكون العقود مكتوبة أو إثبات العقد كتابةً. فقد اشترط القانون المدني المصري أن يتصرف في بعض العقود بمحرر رسمي مثل: عقد الهبة وإلا وقع باطلًا (م/ ٤٨٨)، وعقد الرهن الرسمي (م/ ١٠١٣)، كما اشترط الكتابة العادية في بعض العقود مثل: عقد الشركة التجارية (م/ ٥٠٧)، وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة (م/ ٧٤٣).

ووفقًا لمحكمة النقض: (عقد البيع انعقاده. توافق إرادتين متطابقتين ما لم يشترط إثباته بالكتابة. جواز إثباته إذا لم يكن مكتوبًا أو فقدت نسخته الأصلية بشهادة الشهود والقرائن والإقرار واليمين ما لم يوجد مانع من إثباته بهذه السبل).

(الطعن رقم ١٦٤٥٧ لسنة ٨٩ق، بتاريخ ٧-٣-٢٠٢٤).

ولا يشترط أن تكون الكتابة معقدة أو مطولة بل قد لا يشترط حتى أن تكون موقعة لتكون مفيدة. ففي بعض الأحيان يكفي وجود بيان مكتوب يمكن إثبات أنه صَدَر عن شخص بعينه. فإذا وعدك شخص بوعد تنوي الاعتماد عليه اطلب منه أن يكتبه. وإن رفض فاكتبه أنت بنفسك ودوّن التاريخ ووقّع عليه.

٢) **التوقيع**: يقصد بالتوقيع: وضع اسم الشخص أو رمزه في نهاية مستند ما لتأكيد صحة هذا المستند. ويجوز أن يكون الاسم مكتوبًا بخط اليد أو مطبوعًا أو مختومًا أو مكتوبًا على الآلة الكاتبة أو محفورًا أو مصورًا أو مقطوعًا من مستند ما وملصوقًا على مستندٍ آخر. كما يعد التوقيع المطبوع على مستند ما بطريقة الطباعة الحجرية أو الطباعة باستخدام الزنك كافيًا لغرض توقيع المستند. ولا يشترط في التوقيع أن يأخذ شكلًا معينًا، ويكفي أن يختار المرء أية علامة أو رمز أو شكل لاستخدامه نيابة عن اسمه. ويترتب على توقيع العقد إقرار المتعاقد بعلمه ببنود العقد ومن ثم التزامه بها. كما ينصرف التزامه إلى المستندات الأخرى التي يحيل إليها العقد.

٣) **الختم**: في المملكة المتحدة كان الوضع قبل سن قانون الملكية في عام ١٩٨٩: لكي يكون العقد نافذًا قانونًا إما أن يتضمن مقابلًا (Consideration)، أو أن يكون مختومًا (Under Seal) بمعنى أن: العقد المختوم لا يحتاج إلى مقابل ليكون نافذًا. وكان يقال إن الختم يعطي العقد شكلًا قانونيًا ومن ثم كان العقد المختوم يسمى (عقدًا رسميًا)، وغير المختوم (عقدًا بسيطًا).

أما في الولايات المتحدة لا يكون للتوقيع المختوم في حالة التعامل مع الأفراد أهمية كبيرة في بعض الولايات، ونادرًا ما يشترط أن يكون المستند مختومًا ليكون صحيحًا وملزمًا (مع أن صكوك العقارات غالبًا ما يجب أن تكون مختومة).

وفي ولايات أخرى للختم أثر مهم: فقد يسهل إثبات صحة العقد في المحكمة أو يمد فترة تقادم الدعوى (statute of limitations). غير أن مجرد استخدام كلمة seal قد لا يكفي؛ إذ تشترط بعض الولايات أن ينص العقد صراحة على نية الأطراف بأن يكون العقد مختومًا.

وقد قررت محكمة النقض المصرية أن: (النص في المادة ١٤/ ١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أن «يعتبر المحرر العرفي صادرًا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة»، يدل على أن الورقة العرفية حجة بما ورد فيها على من نسب إليه توقيعه عليها إلا إذا أنكر صراحةً ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة[١]).

كما ذكرت: (أن المقرر أيضاً في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بالجهالة ينصب على التوقيع الذي يرد على المحرر ولا شأن له بالتصرف المثبت به. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهم قد اقتصروا على الدفع بجهالة توقيع مورث مورثتهم على عقد البيع محل التداعي ولم يستطل دفاعهم إلى القول بوجود عبارات مضافة إلى صلب العقد مما كان يوجب على محكمة الموضوع أن تلتزم نطاق هذا الدفع فتقف في تحقيقه عند حد إثبات أو نفى حصول التوقيع ممن نسب إليه دون أن تتعداه لما شاب صلب العقد من إضافة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه في موضوع الطعن بالجهالة برد وبطلان عقد البيع سالف الذكر لوجود عبارات مضافة إلى صلب العقد رغم ما انتهى إليه تقرير خبير أبحاث التزييف والتزوير بمصلحة الطب الشرعي من أن البصمة المذيل بها عقد البيع سالف الذكر هي بصمة صحيحة ومأخوذة من قالب ختم مورث مورثة المطعون ضدهم فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع في الدعوى الذى أدى به إلى مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه في خصوص قضائه برد وبطلان عقد البيع المؤرخ ٧/ ٩/ ١٩٥٣ على أن يستتبع ذلك نقضه بالتبعية فيما تطرق إليه من قضاء في موضوع الدعوى باعتباره مؤسساً عليه وذلك دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن[٢]).

كما قررت أيضًا: (طلب الطاعنة إحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت عدم صدور العقد منها وتزوير بصمة الختم المنسوبة إليها عليه. طلب ينصب على واقعة عدم حصول التوقيع على العقد المنسوب إليها وفي حدود ما تنص عليه المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات من أن لا تسمع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع على الورقة المقتضي تحقيقها ممن نسبت إليه، وبالتالي فلا يعتبر هذا الطلب منها قبولاً لإثبات التعاقد ذاته – الذي تزيد قيمته على عشرة جنيهات – بالبينة.

---

[١] الطعن رقم ١٥٢٣٢ لسنة ٩٢ ق، جلسة ٢٦ / ١ / ٢٠٢٥.
[٢] الطعن رقم ٤٨٨٦ لسنة ٧٣ ق – جلسة ٢٠ / ٤ / ٢٠٠٦.

– مجال تطبيق نص المادة ١٢٣ من القانون المدني، الغلط في الحساب وغلطات القلم أي الأخطاء المادية التي تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد فلا يدخل في هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلاً من ختم آخر لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف نص المادة ٣٩٤ من القانون المدني التي تقضي بأن الورقة العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها.

– لئن كان التوقيع بختم خطأ بدلاً من ختم آخر واقعة مادية إلا أنه يحول دون إثباتها بالبينة أن إثباتها لا يكون إلا بإثبات رضاء الشخص الذي كان المقصود التوقيع بختمه بالتعاقد ومطابقة إرادته مع إرادة المتعاقد الآخر على انعقاده وهذا الإثبات لا يكون إلا بالكتابة إذا كانت قيمة الالتزام الناشئ عن العقد تزيد على عشرة جنيهات[1]).

في حالة الشركات (Corporations) يكون للتوقيع نفس تعامل الأفراد: حيث يمكن لها أن توقع تحت ختم أو بدونه. لكن ختم الشركة يحمل معنى أكبر من ختم الفرد. فبالإضافة إلى آثار ختم الفرد يخول ختم الشركة الأطراف الأخرى بالافتراض أن التوقيع تم بتفويض من مجلس الإدارة.

وبالنسبة للشكل: عادة ما تكون أختام الشركات مطاطية أو مكابس طباعة، لكن أي رمز يعتمده مجلس الإدارة بقرار رسمي يُعتبر ختمًا للشركة.

– **من المسائل المهمة في كتابة العقود: تحديد لغة التعاقد:** إما من خلال المعرفة الصريحة برغبة أطراف التعاقد أو استشفاف ذلك ضمنيًا من ظروف التعاقد ومن المستندات التي بين يدي الصائغ. ويجب عند اختيار لغة غير اللغة الرسمية في دولة التعاقد التأكد من موافقة هذا الاختيار للقوانين المعمول بها في الدولة. إذ تتطلب بعض القوانين أحيانًا أن تنعقد العقود باللغة الرسمية للدولة.

ففي قانون العمل المصري الجديد (قانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٢٥)، تنص المادة رقم ٨٩ على أن:

(يلتزم صاحب العمل بتحرير عقد العمل كتابة باللغة العربية من أربع نسخ، يحتفظ صاحب العمل بنسخة، وتسلم نسخة للعامل، وتودع الثالثة بمكتب التأمين الاجتماعي المختص، والنسخة الرابعة بالجهة الإدارية المختصة.

وإذا كان العامل أجنبيا ولا يجيد اللغة العربية يجوز أن يحرر عقد العمل باللغة العربية ولغة العامل، وفي حالة الاختلاف في التفسير يعمل بعقد العمل المحرر باللغة العربية).

[1] الطعن رقم ٤٥٧ لسنة ٣٤ ق – جلسة ١٦/ ١/ ١٩٦٩.

ووفقًا لنظام العمل في المملكة العربية السعودية رقم ٥١ لسنة ١٤٢٦هـ[1] في المادة (٩) فإن:

(اللغة العربية هي الواجبة الاستعمال في البيانات والسجلات والملفات وعقود العمل وغيرها مما هو منصوص عليه في هذا النظام، أو في أي قرار صادر تطبيقًا لأحكامه، وكذلك التعليمات التي يصدرها صاحب العمل لعماله.

وإذا استعمل صاحب العمل لغة أجنبية إلى جانب اللغة العربية في أي من الحالات المذكورة فإن النص العربي هو المعتمد دون غيره).

- **أخيرًا: تبادل وثائق العقد.** لا يعتبر التعاقد تامًا ملزمًا بمجرد تدوين نصوصه كتابةً ولو حصل التوقيع عليها ما لم يقم الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه وهو ما يقتضي تسليم السند المثبت للالتزام إلى صاحب الحق فيه بحيث لو تبين أنه لم يسلم إليه مطلقًا لما صلح هذا دليلًا على الالتزام. كذلك إذا تبين أنه قد حرر مكتوب بالتعاقد، ولكنه سلم لأمين، فإنه يتعين البحث في ظروف وشروط تسليم ذلك المكتوب للأمين.

(الطعن ٢٢٠ لسنة ١٨ق، جلسة ٢١/ ١٢/ ١٩٥٠).

وفي قضية أخرى قضت محكمة النقض المصرية أنه: إذا تبين أنه قد حررت ورقة بالتعاقد، ولكنها سلمت لأمين لحين است يفاء أمور أو تحقيق شروط معينة فإنه يتعين البحث في ظروف وشروط تسليمها للأمين، لأن حجيتها في الإثبات تقف في هذه الحلاة إلى حين استيفاء تلك الشروط. فإن تحقق الشرط أو تم تسليمها إلى الدائن اختيارًا استردت الورقة بذلك حجيتها في الإثبات، أما إذا لم يتحقق الشرط وتمكن الدائن من الحصول على الورقة دون استيفاء الشروط بغير إرادة المدين أو موافقته انتفت عنها تلك الحجية ولم يمكن من الجائز بالتالي الاحتجاج بما ورد فيها قبل المدين.

(الطعن ٦٤٨، لسنة ٥٧ق، جلسة ١٦/ ١٢/ ١٩٨٧م).

[1] الصادر بتاريخ ٢٣ / ٠٨ / ١٤٢٦ نشر بتاريخ ٢٥ / ٠٩ / ١٤٢٦ في أم القرى العدد ٤٠٦٨.

الباب الرابع

ضوابط الصياغة الشكلية للعقود

من أجل ضمان صياغة وإخراج العقد بأفضل صورة ممكنة يتوجب على الشخص المعني بالصياغة العقدية مراعاة عدة ضوابط تساعد في هذه العملية، هذه الضوابط هي:

١. الوضوح في الصياغة
٢. وحدة الموضوع والتسلسل في صياغة الأفكار
٣. الإيجاز في صياغة فقرات وبنود العقد
٤. التناغم والانسجام

١. الوضوح في الصياغة:

أن تكون العبارات المستخدمة في صياغة فقرات العقد واضحة ولا تثير الالتباس أو الغموض لأن من شأن ذلك إضعاف العقد عبر السماح بتأويل العقد وتفسيره على نحو لم يقصداه المتعاقدان. ويكون الوضوح في كل من:

أ) اللغة المستخدمة
ب) وفي القانون

أ) **الوضوح اللغوي**: بالاستخدام السليم والأمثل للمصطلحات والتراكيب اللغوية في بناء جمل وعبارات العقد على نحو يدلل على المقصود منها بشكل واضح لا غموض فيه مع مراعاة القواعد الإعرابية الصحيحة واستخدام الأفعال المناسبة في مواطنها الصحيحة. فالفعل الماضي يستخدم للدلالة على الأحداث التي تمت سابقًا والمضارع يستخدم للدلالة على الاستمرار والتجديد. كما يراعى استخدام علامات الترقيم لأنها تساعد في تقسيم بنود العقد وترتيب أحكامه وتساعد أطراف العقد في فهم الحقوق والالتزامات وآلية تنفيذها وتفيد سهولة فهم العقد واستيضاحه مواده من قبل القاضي.

ب) **الوضوح القانوني**: باستخدام عبارات قانونية واضحة في صياغة بنود العقد ما يلزم أن تكون معاني الألفاظ ومبانيها دالة على جوهر الإرادة الحقيقية ومطابقة للفكرة الكامنة المراد التعبير عنها. كما يلزم اختيار الكلمات والمصطلحات القانونية الدقيقة والمناسبة فلكل مصطلح قانوني معناه الخاص: فالفسخ غير الانفساخ والضمان غير التعويض. ويلاحظ أهمية استخدام الكلمات والعبارات المتداولة والمألوفة والابتعاد عن استخدام الكلمات التي تم هجرها. وهنا تظهر أهمية استخدام لغة بسيطة وواضحة تناسب الاستخدام اليومي واللغة القانونية الدارجة.

* **صفات الصياغة البسيطة والواضحة**: تتميز هذه الصياغة بالصفات التالية:

(أ) أنها واضحة جدًا

(ب) سهلة الفهم

(ج) تتجنب الكلمات الغامضة عندما تفي بالغرض الكلمات الشائعة

(د) تتجنب الكلمات العامية عندما تفي بالغرض الكلمات اليومية

(هـ) تُكتب في جمل قصيرة

(و) بسيطة هيكليًا

يتطلب الأمر بعض الممارسة لتعلم كتابة لغة بسيطة بسهولة وطلاقة ويتضمن ذلك: التخلص من بعض العادات السيئة التي اكتسبناها جميعًا عند الكتابة في سياق قانوني. وعادةً ما تستغرق الكتابة بلغة بسيطة وقتًا أطول من الكتابة بلغة قانونية لأننا نحتاج إلى تحقيق البساطة والوضوح دون التضحية بالدقة. من المهم أيضًا تذكر أنه على الرغم من أن استخدام لغة بسيطة قد يُنتج في كثير من الأحيان نصًا أقصر إلا أن هناك حالات تكون فيها النسخة البسيطة أطول. ويمكن إيراد بعض نصائح الصياغة البسيطة الواضحة كالتالي.

* **نصائح لصياغة بسيطة وواضحة:**

(أ) قسّم مسودتك إلى أكبر عدد ممكن من الفقرات والفقرات الفرعية. بشكل عام، يجب أن تحتوي كل فقرة على فكرة واحدة. إذا كانت الفكرة معقدة، يمكن وضع أجزاء مختلفة منها في فقرات فرعية منفصلة. استخدم مساحة كافية في الصفحة، ورقم كل فقرة فرعية. إذا كانت لديك تفاصيل كثيرة، فاذكرها. إذا كانت لديك الكثير من نقاط الضعف، فصنفها.

(ب) لا توجد قاعدة تنص على أن تحتوي كل فقرة على جملة واحدة فقط. إذا كان لديك أكثر من جملة فكر فيما إذا كان ينبغي عليك كتابة فقرتين أو استخدام فقرات فرعية. وإذا كانت الجملتان تنتميان بوضوح إلى الفقرة نفسها وليستا بطبيعتهما فقرتين فرعيتين منفصلتين من الأفضل تركهما كما هما، لا تعتقد أن عليك تحويلهما إلى جملة واحدة.

(ج) إذا كانت لديك فقرة طويلة تتكون من جملة واحدة فكّر جديًا في تقسيمها إلى جمل أقصر.

(د) استخدم المصطلحات القانونية الصحيحة عند الضرورة. ولا تستخدم المصطلحات غير الضرورية فقد تبدو حينها وكأنها مصطلحات عامية.

(هـ) تجنب اللغة والمفردات القديمة حتى لو كنت تحاول ضمان الدقة.

(و) استخدم التعريفات أينما كنت ستستخدم المصطلحات بشكل منتظم. فهذا يجنب الغموض ويجعل القراءة أوضح بكثير بمجرد وضع التعريف. وتأكد من اتساق مصطلحاتك.

(ز) حاول الحفاظ على البساطة في جميع الأوقات. عادةً ما تكون البساطة نتيجة تناول فكرة واحدة في كل مرة والتعبير عنها بدقة ثم الانتقال إلى الفكرة التالية. إذا بدت الجملة معقدة، فهناك دائمًا طريقة أبسط لطرح ما تقوله. المراجعة بعين انتقادية أفضل وسيلة.

(ح) تأكد من صحة قواعدك النحوية وتركيباتك اللغوية وعلامات الترقيم. إذا ارتكبت أخطاء نحوية أو في علامات الترقيم ستفقد الوضوح والدقة. من أكثر الأخطاء شيوعًا التي تُلاحظ في الصياغة:

(١) جملتان منفصلتان مفصولتان بفاصلة بدلًا من نقطة أو فاصلة منقوطة
(٢) جملة لا تحتوي على فعل رئيسي، أحيانًا لوجود نقطة حيث يجب وضع فاصلة
(٣) أفعال في زمن خاطئ
(٤) حذف أداة التعريف أو النكرة.

(ي) اختبر مسودتك بقراءتها بصوت عال. تُفهم اللغة البسيطة بوضوح وسهولة عند قراءتها بصوت عالٍ. فهي سهلة القراءة بصوت عالٍ. إذا وجدت صعوبة في القراءة بصوت عالٍ قد لا تكون اللغة واضحة. وإذا فقدت الفقرات الانسيابية في القراءة وسلاسة التنقل فهناك مشكلة في بساطة الفقرات واتصالها.

٢. وحدة الموضوع والتسلسل في صياغة الأفكار:

يقتضي حسن الصياغة تبويب موضوعات العقد وترتيب مسائله وأحكامه على نحو منتظم ودقيق فتوضع كل جزئية من أجزاء العقد في موضع محدد وتصاغ أحكامها بشكل كامل وواضح ليتسنى لأطراف التعاقد الرجوع للعقد وفهم شروطه وأحكامه بكل سهولة ما يساعد من حسن تنفيذه وتطبيقه بأقل الإشكاليات الممكنة.

فتصاغ الالتزامات في موضع واحد كأن يكون ذلك تحت بند التزامات البائع أو المشتري ما يقلل من الخلط بين موضوعات التعاقد وتأويل بنود وشروط العقد على غير ما ذهبت إليه الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

٣. الإيجاز في صياغة فقرات وبنود العقد:

دون الإخلال بالموضوع، عبر استخدام الجمل والعبارات القانونية الدقيقة المختصرة ذات المصطلحات والكلمات الصحيحة الدالة على المعنى المقصود بوضوح تام. ولا ينبغي أن تتفوق الرغبة في الإيجاز على التعبير عن أفكار وموضوعات العقد بوضوح فالأولوية لبيان أحكام العقد وتبسيط الأفكار المراد التعبير عنها ما قد يجعل تقسيم الفكرة إلى أقسام وتخصيص فقرة خاصة لكل قسم على نحو يجعل الفقرات المعبرة عن الأفكار متسلسلة وغير متداخلة منهجًا وسطًا بين الإيجاز والوضوح.

٤. التناغم والانسجام. ويقصد بذلك:

مراعاة التنظيم القانوني الموحد للعقد من جهة وانسجام أحكامه مع الأنظمة والقواعد القانونية في الدولة من جهة أخرى: بحيث يأتي ضمن منظومة موحدة كاملة ومتكاملة وغير متعارض مع النظام العام أو الآداب العامة.

كما يراعى الانسجام بين بنود العقد وفقراته: فتكون منسجمة مع بعضها البعض، وغير متناقضة، فلا يجوز النص على إلزام المشتري بدفع الثمن مباشرة عند قبض المبيع، والسماح له في نص آخر بتأجيل دفع الثمن إلى أجل آخر. كما يراعى التناغم والانسجام بين بنود العقد والقواعد الآمرة في القوانين التي وضعها المقنن لتنظيم المحل موضوع التعاقد بين الطرفين.

الباب الخامس

أصول الصياغة العقدية

الكلام عن الصياغة الشكلية للعقد ينبغي أن يذكر معه الأصول التي استقر الرأي على الالتزام بها. من هذه الأصول ما يتعلق بالتالي:

١. **بيانات العقد**
٢. **وكيفية تحرير شروطه**
٣. **والملاحق**
٤. **والتوقيع عليه**
٥. **وعدد النسخ**
٦. **والشهود**

١) بيانات العقد: يشتمل العقد عادةً على البيانات الآتية: الاسم والموضوع والتاريخ والأطراف وصفة الشخص في العقد عندما يكون أحد الأطراف وكيلًا لطرف آخر أصلي. وعادةً ما تكتب عبارة واحدة تشتمل على البيانات السابقة. كما يتم وصف التزامات الأطراف خصوصًا من حيث نوعها وطبيعتها. ثم توقيع الأطراف على العقد ثم يشار إلى عدد النسخ التي حرر منها العقد. وفي الصفقات الضخمة وعقود التجارة الدولية التي تشتمل على عبارات ومصطلحات قانونية يتضمن العقد عادةً ملاح لتفسير معاني المصطلحات المستخدمة كما يمكن أن يكتب فيها المواصفات الفنية والمسائل التفصيلية في التعاقد والجداول أو النماذج والمواعيد.

في الفصل التالي إن شاء الله ستعرض اتجاهات مختلفة في صياغة بنية العقد الشكلية، حيث يتضمن عرض كل اتجاه: البيانات التي يشتمل عليها العقد في هذه الحالة. وتتمثل هذه الاتجاهات في النقاط التالية:

١	الاتجاه المهني العملي (المحامين)
٢	الاتجاه الدولي (عقد البيع الدولي)
٣	الاتجاه النمطي المؤسسي (الاشتراطات والبنود (General Clauses) التي تتضمنها عقود الإنشاءات الدولية (Site Construction Contract) ولو كانت في إطار القانون العام)
٤	الاتجاه الأكاديمي المقارن (ما أوردته مؤلفات صياغة العقود الأجنبية)

٢) كيفية تحرير شروط العقد:

الأصل أن للمتعاقدين تحرير شروط العقد بأي طريقة بحروف كبيرة أو صغيرة مطبوعة أو غير مطبوعة فهي ملزمة طالما يمكن قراءتها عدا ما يتطلب المشرع إبرازه بشكل ظاهر.

ويلاحظ بخصوص شروط العقد: أن الموجه إليه الإيجاب قد يحتج بعدم قبول الشروط الموجهة إليه إما لمكان كتابة الشرط ذاته (Emplacement Typography) وإما لأنها ذكرت في ملحق العقد (Annexe) لا العقد الأصلي وإما لأنها ظهرت في مستند تعاقدي لم يتسلمه الموجه إليه الإيجاب إلا بعد أن أعطى قبوله للاتفاق.

على أنه لا يكفي استبعاد الشرط التعاقدي لمجرد طريقة صياغته أو لأنه ورد بمكان غير ظاهر أو بصورة غير مميزة إذا تبين أن أحد المتعاقدين نبه الآخر إلى ذلك وبأن الأخير قد وقع العقد فعلًا أسفل الصحيفة التي حرر فيها الشرط محل النزاع أو بأنه على بينة منه ويعرف تمامًا بماذا يلتزم. وقد تواتر قضاء النقض الفرنسي على استبعاد الشروط التي يتبين من مكان تحريرها أو كيفية صياغتها أنها ولدت الغلط في تقدير المتعاقد الآخر أو ترتب عليها عدم علمه بما تشتمل عليه من التزامات. فيتعين على قاضي الموضوع قبل الحكم بعدم انعقاد العقد للصياغة المعيبة أو الناقصة بيان العيب أو النقص المذكور ومدى تأثيره في إرادة المتعاقد.

٣) ملاحق العقد (Annexes):

إذا اشتمل العقد على مسائل فنية أو تفصيلية أو جداول بالمواصفات أو المقايسات أو الكميات أو المواعيد تعين على محرر العقد بيان ذلك في ملاحق والإشارة إليها في بنود العقد الأصلي. وتعد الملاحق المذكورة جزءًا لا يتجزأ من العقد يتعين حال النزاع في تفسيره أو تنفيذه الالتجاء إليها وتعتبر معاصرة لإبرام العقد نفسه وتسمى: (Schedules Annexes).

فالملحق (Annexure) ما يُرفق أو يُضاف أو يُلحق بمستند أكبر أو أكثر أهمية- أي: العقد محل بحثنا. **أما الجدول (Schedule)**: جدول أو قائمة أو فهرس يضم تفاصيل ثانوية نسبيًا تُرفق بشكل منفصل بدلًا من إدراجها ضمن صلب العقد (حتى لا تعيق سلاسته).

ويختلف كلا المصطلحين عن مفهوم "المستند المرفق" (Exhibit): فيقصد به نسخة مكررة أو مطابقة من مستند آخر مثل موافقة حكومية أو اتفاق مُبرم أو لائحة نظام أساسي لشركة وما إلى ذلك.

وتكمن الفائدة أن القارئ الذي يهمّه الاطلاع على الأحكام التنفيذية يمكنه متابعة قراءة العقد دون الحاجة إلى المرور على كامل الملاحق أو الجداول. وفي المقابل إذا كان مهتمًا بالمعلومات الواردة فيها فيمكنه الانتقال مباشرة إلى الملحق أو الجدول المعني. ما يعزز سلاسة النص التنفيذي للعقد.

وقد أوجب قانون التجارة المصري ضرورة اشتمال عقود نقل التكنولوجيا على بيان عناصر المعرفة الفنية وتوابعها وأجاز للأطراف ذكر هذا البيان مصحوبًا بدراسات الجدوى والتعليمات والتصميمات والرسومات الهندسية والخرائط والصور وبرامج الحاسب الآلي وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة في ملاحق ترفق بالعقد وتعد جزءًا منه (م/ ٧٤).

وينبغي الأخذ في الاعتبار إمكان قيام ملاحق العقد بإثبات الاتفاق على تعديل العقدأو تعديل بعض بنوده فقد يرى أطراف التعاقد بعد إبرام العقد والتوقيع عليه النص على إمكانية تعديل أو تغيير بنود العقد في مجملها أو في جزء منها إذا تغيرت الظروف. ولا يتسنى ذلك إلا بإثبات الاتفاق على التعديل في محرر ملحق بالعقد يسمى الملاحق اللاحقة على إبرام العقود والتي لا تختلف عن الملاحق المعاصرةمن حيث إنها جزأ لا يتجزأ من العقد تكتسب قوته الملزمة بما في ذلك خطاب التأكيد الذي جرت العادة في البيوع التجارية على أن قبوله من دون تحفظ يعني قبول المرسل إليه البيع وقبول الفاتورة من دون تحفظ يعني قبول المبيع والثمن.

* ما تتضمنه الملاحق أو الجداول عادةً من بين أمور أخرى:

١. **الإقرارات والضمانات**
٢. **خطة العمل**
٣. **تفاصيل المكافآت**
٤. **الجداول الزمنية**
٥. **الهيكل التنظيمي**
٦. **مسودات الاتفاقات أو المستندات الأخرى.**

٤) التوقيع على العقد. **الأصل**: أن التوقيع يعني قبول الموقع كل ما ورد بالعقد من بنود أو اشتمل عليه من شروط. ومن ثم يعد حجة عليه فيما يتضمنه ما لم يثبت عكس ذلك كتابةً.

ويلاحظ بخصوص بند التوقيع التالي:

١) أن مشروع العقد غير ملزم للطرفين ولا يصلح أن يكون مبررًا لتنفيذه عن طريق القضاء. ونتيجةً لذلك العبرة في الالتزام التعاقدي بالتوقيع على العقد النهائي أي: قبول الموقع للتعديلات الواردة على مشروع التعاقد.

٢) المشرع توخيًا لمشكلة التوقيع على العقد من دون العلم بما اشتمل عليه من بنود أو شروط أوجب كتابة بعض الشروط الجوهرية في العقد بحروف بارزة بحيث تلفت نظر المتعاقد إليها قبل التوقيع بما في ذلك: شرط المدة في عقد التأمين وشروط التحكيم والسقوط والبطلان ما يستلزم إلمامًا من الصائغ فالهدف ليس حماية المتعاقدين فحسب ولكن أيضًا تفادي الجزاء الذي يترتب على مخالفتها وهو: عدم احتجاج المتعاقد برغم التوقيع.

٣) إذا تم اكتشاف أي أخطاء طفيفة بعد طباعة المستندات أو وُجدت فراغات (بخصوص التواريخ أو الأرقام أو غيرها) فيمكن تصحيحها / ملؤها بالحبر على أن يضع جميع الأطراف أحرفهم الأولى بجانب تلك التصحيحات / الإضافات في الهامش. وأحيانًا تُذكر أيضًا أسماء الموقّعين المفوضين عن الأطراف.

٥) عدد النسخ:

عادةً ما يرغب كل طرف من أطراف الاتفاق في الاحتفاظ بنسخة أصلية لديه، وأحيانًا يحصل محامو طرف أو أكثر أيضًا على نسخة أصلية، وإذا كان الاتفاق خاضعًا لرسوم دمغة كبيرة فقد تُطبع نسخة واحدة من الاتفاق بورقة مدموغة بالرسوم المناسبة، بينما تُطبع النسخ الأخرى على ورق دمغة بقيمة رمزية وفي هذه الحالة إذا كان أحد الأطراف هو المسؤول عن دفع رسوم الدمغة فإنه يملك الحق في الاحتفاظ بالنسخة الأصلية التي سُدّدت عنها الرسوم الكاملة بينما يحتفظ باقي الأطراف بنسخ مدفوعة عنها رسوم دمغة رمزية. ومع ذلك ينبغي التحقق من الموقف القانوني الدقيق في هذا الشأن إذ قد يختلف من حالة إلى أخرى.

ويجوز للأطراف أن يوقعوا عددًا مناسبًا من النسخ في الوقت ذاته وفقًا لما يتم الاتفاق عليه. وأحيانًا عندما لا يوقع الأطراف في نفس المكان يجوز لهم التوقيع على نسخ مختلفة من الاتفاق وينبغي بيان الترتيب الذي اتفق عليه الأطراف بشكل واضح لتفادي أي لبس في هذا الصدد.

٦. الشهود:

في الهند لا يُشترط وجود شهود على الاتفاق لكي يكون نافذًا قانونًا ويكاد الوضع أن يكون مماثلًا في عدد من الدول الأخرى. ومع ذلك كثيرًا ما تطرأ خلافات بين الأطراف بعد التوصل إلى تفاهم تجاري وتوقيع الاتفاق وعادةً ما يلجأ الطرف الراغب في الخروج من الاتفاق إلى الدفع بأنه لم يوقّع الاتفاق أصلًا أو أن التوقيعات الواردة فيه مزوَّرة أو أنه وقّع تحت ضغط أو إكراه وما إلى ذلك.

ولهذا السبب، تصرّ السلطات في بعض الحالات على وجود نوع من التوثيق مثل: التصديق لدى كاتب العدل أو لدى نقابة المحامين أو التصديق الرسمي أو الإشهاد لبعض المستندات. فلكي تعوّل السلطات على أي مستند يتعين عليها أولًا أن تتأكد من أن الموقّع قد وقّع بالفعل على المستند وأنه يدرك محتوى ما يقدمه.

وفي حالة الاتفاقات تُعد وسيلة مماثلة للتحقق من صحة التوقيع أن يتم الإبرام بحضور أطراف مستقلين يشهدون على التوقيع. والغرض الجوهري من إجراء الإبرام بحضور شهود وتوقيعهم على الاتفاق علاوةً على ذلك هو: القيمة الإثباتية. فإذا وقع نزاع بين الأطراف وادعى أحدهم أنه لم يوقع على المستند يمكن للشهود أن ينهضوا بدور داعم للطرف المتضرر حيث يمكن استدعاؤهم للإدلاء بشهادتهم حول واقعة التوقيع.
إلا أن دور الشهود يظل محدودًا إذ لا يتجاوز تأكيد أن الموقّع قد وقّع بالفعل على الاتفاق بحضورهم. والشاهد غير ملزم بقراءة مضمون الاتفاق أو التحقق من معقوليته أو جدواه التجارية.

وينبغي دائمًا أن يتم توقيع الاتفاق بحضور الشاهد ماديًا (حضورًا شخصيًا). ويجب أن تكون بيانات الشاهد واضحة تمامًا فيوقع على الاتفاق ويكتب اسمه بالأحرف الكبيرة (Capital Letters) ويذكر عنوانه السكني كاملًا فضلًا عن تقديم إثبات هوية إضافي. والغرض من ذلك: هو ضمان إمكانية الوصول إليه واستدعائه للإدلاء بشهادته عند الحاجة مستقبلًا.

وللحد من التزوير بدأت العديد من سلطات التسجيل في التقاط صور فوتوغرافية للموقّعين وكذلك للشهود في مكاتبها وألزمت بإرفاق نسخة من وثيقة الهوية بالمستند ذي الصلة. وهذا يجعل العملية أقل عرضة للتلاعب أو انتحال الهوية.

الباب السادس

بنية العقد الشكلية (Contract Structure)

ربما يكون هذا من أهم فصول الدراسة بعد أركان العقد، نظرًا لتناوله حاجة عملية لأي مشتغل بالعقود وهي: معرفة البنود التي يحتاج لإضافتها في أي عقد -بشكل عام، أو في عقود محددة وكيف يكون الشكل النهائي للعقد. لذا يحاول هذا الفصل عرض أكثر من إجابة على هذا السؤال من زوايا مختلفة. ومن الضروري تقسيمه إلى مباحث محددة، وهي:

المبحث الأول: عن البنية الشكلية للعقد ويناقش في:

الفرع الأول: مكونات البنية الشكلية للعقد.

الفرع الثاني: وظائف الإطار الشكلي للعقد.

المبحث الثاني: الاتجاهات في صياغة بنية العقد الشكلية ويبحث النقاط التالية:

الفرع الأول: الاتجاه المهني العملي (المحامين)

* كمثال عملي: ما أورده المحامي، الأستاذ/ نور شمس الدين الحجاجي -رحمه الله- في ورقة منشورة بعنوان: (أبجديات العقود).

الفرع الثاني: (الصياغة الشكلية لعقد البيع الدولي)

* (مستفاد من كتاب/ العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، د/ محمود سمير الشرقاوي)

الفرع الثالث: الاتجاه النمطي المؤسسي (الاشتراطات والبنود (General Clauses) التي تتضمنها عقود الإنشاءات الدولية (Site Construction Contract) ولو كانت في إطار القانون العام)

* (مستفاد من كتاب: تأملات في العقود الدولية، المستشار/ محمد عبد المجيد إسماعيل)

الفرع الرابع: الاتجاه الأكاديمي المقارن
(ما أوردته مؤلفات صياغة العقود الأجنبية)

وأود قبل البدء في الفصل الأول الإشارة إلى الإضافة التي حدثت في القانون المدني الفرنسي بخصوص شكل العقد.

تمهيد
الإضافة التي حدثت في القانون المدني الفرنسي بخصوص شكل العقد

لم يشتمل التقنين المدني الفرنسي قبل تعديله في ٢٠١٦ على أي جزء مستقل مخصص لشكل العقد وكانت القواعد الخاصة بشكل العقد تظهر بشكل أساسي في الجزء الخاص بإثبات الالتزامات، كما يجري تناولها بمناسبة تنظيم أي عقد يتم النص بشأنه على ضرورة الشكل لصحته. لذا أدرج في التعديل الجديد مبحث مخصص لشكل العقد قسم إلى مطلبين: يتضمن الأول: الأحكام العامة لشكل العقد، ويتضمن الثاني: الأحكام الخاصة بالعقود التي تنعقد بالطريق الإلكتروني.

تضمن المطلب الأول: المخصص للأحكام العامة لشكل العقد مادتين: فنصت المادة (١١٧٢) على أن: (الأصل في العقود أنها رضائية.

وعلى سبيل الاستثناء، فإن صحة العقود الشكلية مرهونة بمراعاة الأشكال (الشكليات) التي ينص عليها القانون، وإلا كان العقد باطلًا، ما لم يكن من الجائز تصحيحه.

ومن ناحية أخرى، يجوز أن يعلق القانون انعقاد بعض العقود على تسليم شيء معين).

ونصت المادة (١١٧٣) على أن: (الشكليات المطلوبة لإثبات العقود أو لنفاذها لا أثر لها على صحتها).

ويستفاد من هاتين المادتين:

١. تكريس الفقرة الأولى/ من المادة ١١٧٢ مبدأ الرضائية بمعناه الراسخ وهو أن الأصل كفاية الرضا لانعقاد العقد من حيث المبدأ.

٢. تستطرد الفقرة الثانية/ من المادة ١١٧٢ بوضع استثناء أول على مبدأ الرضائية الذي يتعطل بالنسبة للعقود الشكلية فأوضحت أن صحة العقود الشكلية مرهون بمراعاة الأشكال (الشكليات) التي ينص عليها القانون وأن جزاء عدم مراعاة الشكل هو البطلان، ما لم يكن من الجائز تصحيح العقد، وحرصت على النص صراحةً أن اشتراط الشكل لصحة العقد مقرر على سبيل الاستثناء.

٣. ثم استطردت الفقرة الثالثة/ من المادة ١١٧٢ في فقرتها الثالثة واضعة استثناء ثان على مبدأ الرضائية الذي يتعطل بالنسبة للعقود العينية فأوضحت الفقرة الثالثة أنه يجوز أن يعلق القانون انعقاد بعض العقود على تسليم شيء معين.

٤. أما المادة ١١٧٣ ذكر الفرق بين الشكليات المطلوبة لصحة العقد والتي يترتب على مخالفتها البطلان والشكليات المطلوبة فقط بغرض إثبات العقد أو نفاذه والتي لا يترتب عليها البطلان بل مجرد تعذر الإثبات أو عدم نفاذ العقد.

المبحث الأول
عن البنية الشكلية للعقد
Section One: On the Formal Structure of Contracts

يشرح هذا المبحث نقطتين في فرعين هما:
الفرع الأول: مكونات البنية الشكلية للعقد
الفرع الثاني: وظائف الإطار الشكلي للعقد

الفرع الأول
مكونات البنية الشكلية للعقد
Branch One: Components of Contract Structure

تتكون البنية الشكلية للعقد من: الشروط الشكلية التي تتحول بها ورقة العقد من اتفاق لمحرر رسمي.

ومن قبيل هذا: أن يكون العقد مكتوبًا وموقعًا ومختومًا ومصدقًا عليه من الشهود.

ومحل الاختلاف في هذا الفصل عن سابقه: التركيز على العناصر والبنود المكتوبة وتسلسلها خلافًا للتركيز على عملية الكتابة ذاتها ومعاييرها وشروط صحتها في الفصل السابق.

الفرع الثاني
وظائف الإطار الشكلي للعقد
Branch Two: Functions of the Formal Framework of Contracts

تتنوع هذه الوظائف بين الإثبات والتحذير والتوجيه:

١) **وظيفة الإثبات (Evidentiary function)**: أوضح وظيفة للشكل القانوني للعقد وتتمثل في تقديم دليل على وجود العقد ومضمونه في حالة حدوث خلاف حوله.

٢) **وظيفة التحذير (Cautionary evidence)**: بهدف منع أي شخص من التسرع بإعطاء وعد قد لا يكون قادرًا على تنفيذه. وقد كان الختم في شكله الأصلي يلبي هذا الغرض تمامًا إذ أن بصم أو طباعة الختم الشمعي (وهو رمز في أذهان الناس للشرعية القانونية والأهمية الكبيرة) كان وسيلة ممتازة لإثارة الحذر الملائم في نفس من يدلي بوعد يتعلق بمستقبله.

٣) **وظيفة التوجيه (Channeling function)**: يقدم شكل العقد إطارًا قانونيًا يعبر فيه الأطراف بشكل ملزم قانونًا عن نواياهم. فالشكل معيار بسيط وخارجي لنفاذ العقد قانونًا.

* **أمثلة على البيانات الشكلية في العقد:** عنوان العقد والتعريفات وبيانات الأطراف والالتزامات ومدة العقد والقانون الواجب التطبيق وآلية فض النزاعات.

المبحث الثاني
الاتجاهات في صياغة بنية العقد الشكلية
Section Two: Trends in Drafting the Formal Structure of Contracts

هناك اتجاهات وآراء متعددة في هذا الموضوع، أورد منها اختيارات تعبر عن اتجاهات متعددة.

هذه الاتجاهات هي:

١	الاتجاه المهني العملي (المحامين)
٢	الاتجاه الدولي (عقد البيع الدولي)
٣	الاتجاه النمطي المؤسسي (الاشتراطات والبنود (General Clauses) التي تتضمنها عقود الإنشاءات الدولية (Site Construction Contract) ولو كانت في إطار القانون العام)
٤	الاتجاه الأكاديمي المقارن (ما أوردته مؤلفات صياغة العقود الأجنبية)

الفرع الأول
الاتجاه المهني العملي (المحامين)
(Branch One: Professional–Practical Approach (Lawyers

* **ما أورده المحامي، الأستاذ/ نور شمس الدين الحجاجي –رحمه الله– في ورقة منشورة بعنوان: (أبجديات العقود)**

* **ينقسم العقد إلى ثلاثة أقسام:**

القسم الأول: البنود الشكلية (Formal Clauses) وتتمثل في:

١) **عنوان العقد (Title)** مثل: عقد إيجار أو بيع أو شركة وغير ذلك

٢) **التاريخ (Date)** حسب النظام القانوني للدولة بالتقويم الهجري أو الميلادي لتحديد موعد بدء سريان العقد

٣) **أطراف التعاقد (The Parties)** مع ذكر بياناتهم وصفاتهم

٤) **التمهيد (Preamble)** وهو: بند غير مرقم يأتي بعد أسماء الأطراف يشمل البيانات التالية:

أ) العلاقة بين الأطراف وأهدافهم

ب) طبيعة المعاملة

ج) المستندات المتعلقة بالمعاملة وأي بيانات أخرى أو معلومات مهمة مرتبطة بالمعاملة د) في نهاية المعاملة نكتب الجملة الافتتاحية الممهدة لكتابة بنود العقود

٥) **البند الأول في العقد (First Article of the Contract)** وهو: تأكيد حكم التمهيد (Enforceability of Preamble) ويستخدم لتفسير نية المتعاقدين عند اللزوم ويدرج عادةً بعبارة: (يعتبر التمهيد السابق، وكما كافة المرفقات الملحقة بهذا العقد، جزأ لا يتجزأ من هذا العقد ومتممًا ومكملًا له).

* **وظيفة البنود الشكلية**: ضمان صحة الشكل الخارجي للعقد أمام الجهات الرسمية أو القضائية.

القسم الثاني: **صدر العقد (Whereas Clauses)** ويتمثل في: الشروط والأحكام العامة (General Terms and Conditions) وهي:

١) **موضوع العقد (Scope)**

٢) **التزامات أطراف التعاقد (Obligations)** فيجب أن تذكر كامل التزامات الأطراف بالتعاقد، وأن تكون الالتزامات متبادلة، ومتوازنة، ومن المفضل أن يكون هناك بند مستقل لالتزامات كل طرف.

٣) **السعر وشروط الدفع (المقابل)** (Consideration) (Price & Payment)

فيجب أن يتضمن السعر: القيمة بالأرقام والحروف ونوع العملة كما يجب أن تصف شروط الدفع طريقة السداد: مقابل فاتورة أم مقابل خدمة؟ وخلال كم يوم؟ ووسيلة السداد: نقدًا أو شيك أو تحويل بنكي؟ وهل هناك أقساط وما تواريخ استحقاقها أم أن البيع منجز؟ ما يشتمله السعر وما لا يشتمله؟ عبء سداد الضرائب على أي طرف؟

٤) **المدة والفسخ/ أو الإنهاء (Term and Termination)**

ويوضح فيه:

أولًا: الأسباب الأساسية لإنهاء أو فسخ التعاقد:

أ) **الإنهاء باتفاق الأطراف**: هنا يمكن تحديد مدة التعاقد وإعطاء طرف من أطراف التعاقد سلطة الفسخ أو الإنهاء في أي وقت

ب) الإنهاء لإخلال أي طرف بالتزاماته

ج) الإنهاء لأسباب أجنبية مثل: الإفلاس أو الإعسار أو تصفية الشركة أو اندماجها في أخرى أو تغيير النشاط أو تغيير إدارة الشركة

٥) **المعاينة (Inspection)**

القسم الثالث: البنود الإجرائية (Procedural Clauses)

وهي: التعديلات (Amendments) والإخطارات (Notices) والقانون واجب التطبيق (Governing law) وتسوية المنازعات (Dispute Resolution) ونسخ العقد (Counterparts) والتوقيعات (Signatures).

الفرع الثاني الاتجاه الدولي
(الصياغة الشكلية لعقد البيع الدولي)
Branch Two: Formal Drafting of International Sales Contract
(مستفاد من كتاب/ العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، د/ محمود سمير الشرقاوي)

* يتضمن عقد البيع الدولي عادةً/ أو يجب أن يتضمن الأمور الآتية:

١- **مقدمة:** تحتوي على تعريف محدد للاصطلاحات التجارية التي يتكرر استعمالها في العقد حتى لا يثور الخلاف بين المتعاقدين حول تفسير هذه الاصطلاحات خاصة إذا انتمى المتعاقدان إلى نظم قانونية متباينة.

٢- **قواعد انعقاد العقد** من خلال تحديد: وقت انعقاده والقيمة القانونية للمراحل السابقة على التعاقد باعتبارها منتهية ولا صفة إلزامية لها بعد إتمام التعاقد.

٣- **تحديد المبيع** من حيث: الصنف والصفات والخصائص ودرجة الجودة والمقدار أو الوزن أو عدد الوحدات.

٤- **طريقة التغليف:** إذا كانت البضاعة مما يجب تغليفها. ويجب أن ينص العقد على طريقة تغليفها ونوع الأغلفة والطرف الذي يتحمل نفقات التغليف.

٥- **موضوع تسليم البضاعة من البائع وتسلمها من قبل المشتري فيحدد العقد:** زمان التسليم ومكانه وهو أمر يختلف بحسب نوع أداة النقل ونوع العملية التجارية وهل يتم التعاقد على أساس (C.I.F) أو (C.F.R) أو (F.O.B).

ويرتبط بالتسليم: تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة هلاك البضاعة ومتى تنتقل هذه التبعة من البائع إلى المشتري، وهي مسألة تهتم بها العقود الدولي عادة، بينما لا ينصرف اهتمام معظم العقود الدولية إلى تحديد وقت انتقال ملكية المبيع، لأن المشتري يفيد بالمبيع بمجرد تسلمه له.

٦- **الوفاء بالثمن**: وينظم العقد الدولي عادةً طريقة سداد الثمن عن طريق فتح اعتماد من جانب المشتري أو من يعينه لمصلحة البائع. وقد يتفق المتعاقدان على حق البائع في زيادة الثمن أثناء فترة تنفيذ العقد إذا طرأت ظروف يحددها العقد تقتضي ذلك ويبين العقد عادةً في هذه الحالة طريقة حساب الزيادة.

٧- **حق المشتري في فحص البضاعة المبيعة**: والمدة التي يتم فيها ذلك، وحقه في إخطار البائع بعدم مطابقة البضاعة لما تم الاتفاق عليه، والأجل المحدد لهذا الإخطار والمدد الخاصة برفع الدعاوى أو توجيه المطالبات عما يحدث ممن مخالفات للعقد.

٨- **إذا كان المبيع أجهزة أو آلات أدوات**: فينص العقدة عادة على ضمان البائع للعيوب التي قد تظهر في المبيع ومدة التزام البائع بهذا الضمان.

٩- **أنواع الجزاءات التي يجب إعمالها عند مخالفة شروط العقد والالتزامات التي يضعها العقد على عاتق أطرافه**. وقد تتمثل هذه الجزاءات في التعويض أو الغرامة التي تفرض على المخالف أو إصلاح المبيع أو استبداله وقد يكون الفسخ هو الجزاء المقرر على مخالفة التزام معين.

١٠- **تحديد القوة القاهرة**: التي تؤدي إلى تحلل أحد الأطراف من التزامه أو وقف الالتزام حتى تزول القوة القاهرة.

١١- **وجود شرط التحكيم لحل المنازعات التي قد تثور بين المتعاقدين**: وطريقة تشكيل هيئة التحكيم والقواعد التي تتبع لإتمام التحكيم. وينص عادةً على اتباع قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس أو قواعد الأونسيترال كما قد ينص العقد على بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع في الأمور التي تنشأ بين المتعاقدين ولا يواجهها العقد.

الفرع الثالث

الاتجاه النمطي المؤسسي

Branch Three: Institutional–Standardized Approach

(الاشتراطات والبنود (General Clauses) التي تتضمنها عقود الإنشاءات الدولية (Site Construction Contract) ولو كانت في إطار القانون العام)

(مستفاد من كتاب: تأملات في العقود الدولية، المستشار/ محمد عبد المجيد إسماعيل)

١	التعريفات وقواعد التفسير Definitions interpretation	٢	الشروط الأساسية الواقفة Conditions Precedent
٣	ممثل صاحب العمل والمهندس الاستشاري المستقل Employer's Representative and Independent Consulting Engineer	٤	حوالة الحق والمقاولة من الباطن Assignment and subcontracting
٥	مستندات العقد Contract documents	٦	الالتزامات العامة للمقاول General obligations of the contractor
٧	التعويضات والتأمينات Indemnity and Insurance	٨	العمالة Labor
٩	التنفيذ والكشف والاختبار Execution Inspection and Testing	١٠	تعليق الأعمال Suspension of Works
١١	الوقف Termination	١٢	البدء، المواعيد، التأخير Commencement Time and Delays
١٣	اختبارات القبول Acceptance Tests	١٤	إمداد قطع الغيار Supply of Spare Parts
١٥	التسليم النهائي Taking Over	١٦	الأعمال المعيبة بعد التسليم النهائي Defective after Taking Over
١٧	الأوامر الإضافية Variations	١٨	سعر العقد والمدفوعات Contract Price and Payment
١٩	التغيير في سعر العقد Change in Contract Price	٢٠	الضمانات Guarantees
٢١	المصنع – الأعمال المؤقتة والمواد اللازمة[1] Plant Temporary works and materials	٢٢	القوة القاهرة Force Majeure
٢٣	تسوية المنازعات Settlement of Disputes	٢٤	الإخطارات Notices
٢٥	الضرائب، الجمارك، الغرامات[٢٥] Taxes Duties and Fines	٢٦	القانون الواجب التطبيق Governing Law
٢٧	نصوص عامة (متنوعة) General Miscellaneous	٢٨	شروط الثبات التشريعي وشرط ثبات العقد

[1] (وذلك في حالة إنشاء مصنع)

٢٩ أ) بعض الملاحق (**Appendices**) مثل:
١) السعر الإجمالي للعقد
٢) سعر الوحدة للأعمال الإضافية (Unit Rates for Extra Works)
٣) المدفوعات وفقًا لتقديم الأعمال (Progress Payment)
٤) زيادة سعر العقد (Increase Contract Price)
٥) الشهادة النهائية (Final Certificate).
ب) كما يتضمن ملاحق أخرى تعني عادة بالتالي:
١) ضمانات التنفيذ (Performance Guarantees)
٢) الاعتماد المستندي والضمانات (Letter of Credit and Guarantee).

الفرع الرابع
الاتجاه الأكاديمي المقارن
Branch Four: Comparative Academic Approach
(ما أوردته مؤلفات صياغة العقود الأجنبية)

* أوردت Robin Boyle–Laisure في كتابها Introduction to Teaching Drafting Contracts أن هيكل العقد يختلف من صفقة لأخرى لكن من العناوين العامة:

١. **عنوان العقد Title of the contract**

٢. **المقدمة Preamble**

٣. **الموجز التمهيدي / التمهيد (أو الديباجة / المقدمة) Recitals or background**

٤. **عبارات الاتفاق Words of agreement**

٥. **التعريفات Definitions**

٦. **أحكام تنفيذ محل العقد Subject matter performance provision**

٧. **قسم الإجراءات**[1] **(Action Section)**: ويشير إلى **صلب العقد** ويشمل:

الأحكام التالية التي قد تكون ذات صلة بالأطراف- وذلك بحسب موضوع الصفقة وهي:

١. ثمن الأصل أو قيمة الإيجار أو راتب الموظف

How much the asset costs, the amount of rent, or the salary of the employee

[1] وقد استخدمته Tina L. Stark في كتابها.

٢. مدة العقد The term of the contract

٣. أحكام الإقفال (إتمام الصفقة) Closing provisions

٤. الإقرارات والضمانات Representations and Warranties

٥. التعهدات Covenants

٦. الشروط Conditions

٧. أحكام إنهاء العلاقة التعاقدية (Endgame provisions)

٨. الأحكام العامة General provisions

وأخيرًا: تأتي صفحات التوقيع signature pages يتبعها المرفقات exhibits والجداول schedules – إن وُجدت.

الباب السابع

الصياغة بالاعتماد على نماذج عقود سابقة ونماذج قياسية في مقابل الصياغة الابتكارية (من الصفر)

تمهيد
مناهج صياغة العقود
Introduction: Drafting Methodologies

ذكر LARRY A. DIMATTEO وجود منهجين رئيسيين متقابلين لصياغة العقود:

١) منهج صياغة العقود القائمة على نماذج سابقة Precedent-Based Drafting
ويشير إلى استخدام مواد خارجية لا تتصل بالتعاقد.
وتشمل هذه المصادر الخارجية: العقود أو النماذج القياسية أو المستعملة سابقًا أو النموذجية Standard Previously-Used and Model Contracts or Forms

٢) منهج صياغة العقود من الصفر Zero-Based Drafting
أي: إنشاء بنود العقد انطلاقًا من خصائص المعاملة ذاتها والنصوص التشريعية والأحكام القضائية The Creation of Contract Clauses from The Particulars of the Transaction Statutes and The Case Law

* والسؤال: أي المنهجين يمكن اعتماده في الصياغة؟

المبحث الأول
منهج صياغة العقود القائمة على نماذج عقود سابقة
Section One: Precedent-Based Drafting

من الواضح هيمنة الصياغة القائمة على نماذج عقود سابقة أي استخدام نماذج قياسية معينة أو مواد داخلية سواء كانت صادرة عن المؤسسة نفسها مثل: العقود المستعملة في تعاملات سابقة أو تم الحصول عليها عبر بعض الأبحاث الأساسية التي تكشف عن عقود نمطية مستخدمة في صناعات محددة أو عبر شبكة الإنترنت.

الجانب الإيجابي في هذا النوع من الصياغة: استخدام النماذج أو العقود النموذجية وسيلة فعّالة من حيث التكلفة كما أن النموذج القياسي قد يكون معتمدًا على نطاق واسع في الصناعة. ففي مجال كالعقارات في الولايات المتحدة يوجد عقد قياسي للعقارات تعدّه هيئة السماسرة المحلية بالتعاون مع نقابة المحامين المحلية أو نقابة الولاية يمكن استخدامه. فبوجه عام يمكنك خدمة عميلك بشكل ملائم إذا استعنت بمثل هذا النموذج، وفي مجال كالعقارات فغالبًا ما تراعي العقود النموذجية مصالح المشتري والبائع.

الجانب السلبي في هذا النوع من الصياغة: أن الوثيقة السابقة (النموذج السابق) (precedent document) لا تكون جيدة إلا بقدر جودة مُحررها الأصلي وقد تكون قديمة وربما صيغت لصالح الطرف غير المناسب. ويمكن أن يستفيد الصائغ من نموذج في صالح العميل أو اتفاقًا سابقًا تمّت صياغته لصالحه في صفقة امتلك فيها قوة تفاوضية متفوقة.

إن معظم الشركات كبيرة كانت أم صغيرة قد مثّلت عملاء على جانبي المعاملة (مُقرض-مُقترض، ومؤجِّر-مستأجر، وبائع-مشتري، ومُحوِّل-مُحال إليه)، وطوّرت بمرور الوقت نماذج أو عقودًا نموذجية. إن على الصائغ بدء عمله باستخدام عقد قائم أو قالب معدّ سلفًا لا على أنه صيغة نهائية بل مسودة أولى للنموذج أو الاتفاق السابق. فبهذه الطريقة يمكنه أن يطّلع على التغييرات التي أُجريت أثناء صياغة الوثيقة السابقة ويحدد أسباب تلك التغييرات. ومثل هذه الدراسة لتطوّر العقد تكشف عن الإشكالات التي واجهها الصائغ عند كتابته. ما من شأنه أن يساعد الصائغ الحالي في تعديل العقد ليعكس الوقائع الخاصة بالمعاملة الجارية.

المبحث الثاني

منهج صياغة العقود الابتكارية (من الصفر)

Section Two: Zero-Based Drafting

الصياغة من الصفر أو الصياغة المخصَّصة توجّه الصائغ إلى الرجوع إلى القوانين السارية في المجال (الأحكام القضائية والنصوص التشريعية واللوائح) عند كتابة العقد. ويرى LARRY A. DIMATTEO أن هذا النهج لا يُمارس بما يكفي رغم إمكان تطبيقه بوضوح بل وينبغي اعتماده في أنواع معينة من البنود. وقد اختار شرط عدم المنافسة بوصفه مثالًا نموذجيًا يبيّن خطورة الاعتماد على أي نموذج جاهز يتضمن شرطًا نمطيًا لعدم المنافسة من دون تحليل مستقل وتخصيص مناسب. هذا النهج يتيح للصائغ تحديث العقد بما يتوافق مع التطورات التشريعية.

وتُعدّ الإشكالات الواردة في بنود مثل شروط عدم المنافسة وحظر التنازل والتعويضات الاتفاقية (انظر القائمة أدناه) من الموضوعات التي تدرس في السنة الأولى لمقرر العقود. وتخضع هذه البنود لتدقيق صارم بسبب اعتبارات متعلقة بالنظام العام، ومن ثمّ فإن الاعتماد على القانون المحلي (النصوص التشريعية والأحكام القضائية) أمر ضروري لصياغة بند قابل للنفاذ.

أما الجانب السلبي لهذا النوع من الصياغة: أنه ليس فعّالًا من حيث التكلفة، لذلك فإن الحل الأمثل يكمن في استخدام قالب عام ثم تخصيص بعض البنود الجوهرية على الأقل أي تلك التي تمثل أحكامًا تشغيلية أساسية وتخضع غالبًا لرقابة دقيقة من المحاكم.

المبحث الثالث

قائمة بأكثر البنود تعرّضًا للتدقيق في العقود

Section Three: Most Highly Scrutinized Clauses in Contracts

تشمل هذه القائمة البنود التالية:

١. شرط الجودة (Quality Term)

٢. شرط القوة القاهرة (Force Majeure)

٣. شرط السرية (Confidentiality Clause)

٤. شرط حظر التنازل (Anti–Assignment Clause)

٥. شرط التعويض/ الضمان (Indemnification)

٦. شرط اختيار القانون/ المحكمة المختصة (Choice of Law /Forum Clause)

٧. شرط التحكيم (Arbitration Clause)

٨. شرط الإعفاء من المسؤولية (Exculpatory Clause)

٩. شرط التعويضات الاتفاقية (Liquidated Damage Clause)

١٠. شرط اعتبار المواعيد جوهرية (Time is of the Essence Clause)

١١. شرط التجديد (Renewal Clause)

١٢. شرط عدم المنافسة (Covenant not to Compete)

المبحث الرابع
كيف تختار نماذج العقود السابقة؟
Section Four: Choosing Precedent Documents

من السهل العثور على نموذج على الإنترنت تبعًا لما إذا كانت الصناعة منظمة أو غير منظمة وما إذا كانت المعاملة محلية أو على مستوى الولاية أو وطنية أو دولية وكذلك بحسب ما إذا كانت العلاقة تعاقدية بين طرف واحد أو بين طرفين (على سبيل المثال غالبًا ما تُستخدم النماذج النموذجية من جانب كل من البائعين والمشترين في صناعة أو نوع معاملة معين).

*** لذا يقترح LARRY A. DIMATTEO اثنتي عشرة نصيحة في اختيار النماذج القياسية والنموذجية واستخدامها Selecting & Using Standard and Model Forms وهي:**

١. البحث عن النماذج الخاصة بالولاية Find state–specific forms

٢. البحث عن النماذج الخاصة بالصناعة Find industry–specific forms

٣. البحث عن النماذج المشروحة Find annotated forms

٤. مراجعة النموذج من حيث الأسلوب Revise for style

٥. تحدّيث النماذج من حيث المضمون والقانون

Update forms for substance and law

٦. الوضع في الاعتبار المسائل الخاصة بالصفقة

Take into account deal–specific issues

٧. سؤال العميل عن معنى المصطلحات غير المألوفة (سواء كانت اصطلاحًا تجاريًا أو مهنيًا)

(Ask client meaning of unfamiliar terms (business or trade usage

٨. السؤال دائمًا: ما هي الأحكام التي ينبغي إضافتها؟

Always ask: What provisions should be added?

٩. المقارنة بين النماذج الواردة من مصادر مختلفة

Compare forms from different sources

١٠. المقارنة بين المسودات المختلفة للنماذج الداخلية (من المسودة الأولى إلى النهائية)

Compare different drafts of internally-generated forms (from first to final drafts)

١١. عدم تغيّر اللغة داخل النموذج إلا إذا رغبت في تغيير المعنى في جميع أجزائه Never change your language within a form unless you wish to change its meaning throughout.

١٢. الوضع في الاعتبار دائمًا مصدر النموذج Always consider the source

المبحث الخامس

الشروط النمطية أو الشروط الجاهزة (Boilerplate) بين الصياغة القائمة على السوابق والصياغة الابتكارية (من الصفر)

Section Five: Boilerplate Clauses Between Precedent-Based and Zero-Based Drafting

أ) الشروط النمطية أو الشروط الجاهزة (Boilerplate) هي: البنود التي لا تحدد حقوقًا أو التزامات مباشرة لكن تُقر القواعد الإجرائية التي اتفق الأطراف على اتباعها في ظروف معينة وغالبًا ما تتكرر تقريبًا في كل عقد. فتُدرج بشكل شبه آلي في معظم العقود مثل: شرط القانون الواجب التطبيق وشرط القوة القاهرة وشرط التنازل وشرط الإخطارات وشرط الاتفاق الكامل.

* **نشأة مصطلح (Boilerplate)**: كانت في سياق إنتاج الصحف في الولايات المتحدة في القرن التاسع عشر إذ كانت الصحف المحلية تُدرج أقسامًا من الأخبار الوطنية التي تُرسل إليها بالقطار مطبوعة مسبقًا وجاهزة للنشر على أسطوانات معدنية وكانت هذه الأسطوانات المعدنية تُعرف باسم boilerplate ومن هنا أصبح النص الجاهز المطبوع يُسمّى boilerplate text أي النص القياسي الذي يُدمج في الصحيفة إلى جانب الأخبار المحلية المصاغة خصيصًا لها.

وقد استخدم مصطلح boilerplate في كتاب A–Z GUIDE TO BOILERPLATE AND COMMERCIAL CLAUSES بالمعنى الواسع ليشير إلى الشروط العقدية التي غالبًا ما توجد في الاتفاقات التجارية بغضّ النظر عن موضوع الاتفاق.

ب) الشروط القياسية أو الشروط المعتادة Standard Clauses هي:

البنود الشائعة في عقود معينة أو في صناعة معينة لأنها تعكس الممارسة العملية المتعارف عليها مثل: شرط الدفع خلال ٣٠ يومًا في عقود البيع أو شرط السرية في عقود العملأو شرط التسليم في عقود التوريد.

❋ أهمية الشروط النمطية أو الجاهزة (Boilerplate):

الشروط النمطية (Boilerplate clauses) غير جذابة. ففي خضم التفاوض على صفقة تجارية من غير المرجح أن يقضي رجال الأعمال وقتًا طويلًا أو يبذلوا جهدًا عاطفيًا كبيرًا في مناقشة صياغة بند "القوة القاهرة" أو بند "التنازل عن الحقوق" وبدلًا من ذلك يتركون التفاوض بشأن مثل هذه التفاصيل الجافة لمحاميهم غير أن المحامون المتمرسون لديهم فكرة واضحة أي الشروط النمطية مهم وكيف ينبغي أن يُصاغ.

عادة ما ترد هذه الشروط في نهاية الاتفاق بعد الشروط التجارية "المثيرة للاهتمام" التي تتعلق بالغاية الأساسية من الصفقة. أحيانًا تكون الشروط النمطية متصلة بتسيير الاتفاق كوثيقة قانونية (مثل شرط القانون والاختصاص القضائي وشرط الإخطار وشرط التفسير) وفي أحيان أخرى تبيّن هذه الشروط حقوق والتزامات الأطراف (مثل شرط القوة القاهرة وشرط التنازل وشرط التنازل عن الحق Waiver). وفي جميع الأحوال من المهم الوعي بغرض هذه الشروط وأثرها القانوني.

❋ ما الشروط النمطية الأكثر أهمية؟ الإجابة الآمنة هي أن: "الأمر يعتمد". مثلًا قد يُعتبر شرط القوة القاهرة جوهريًا في عقد يتعلق بدولة يُحتمل أن تشهد حربًا أهلية لكنه بلا جدوى في معظم العقود الخاصة بشراء سلع من متجر.

* **هل يلزم وجود الشروط النمطية دائمًا؟** الجواب: لا. يمكن أن توجد أو تغيب هذه الشروط أو تتدرج حسب الهدف من إضافتها. يمكن بيان حالات وجود وغياب الشروط النمطية وفقًا للتالي:

أ. غياب الشروط النمطية: مسألة واردة. فقد يُرَى أن أي لغة (قانونية) قد تكون غير مقبولة تجاريًا أو منفِّرة. وهذا قرار يخص العميل التجاري نفسه لا محاميه. لكن الواقع العملي يشهد بأن العقود المكتوبة بدون شروط نمطية تكون عادة وثائق قصيرة، وغالبًا تُصاغ دون استشارة قانونية.

ب. وجود الحد الأدنى من الشروط النمطية (Minimal boilerplate):

في بعض الأحيان قد تتمثل تعليمات العميل في الاكتفاء بالحد الأدنى من الشروط النمطية (**Minimal boilerplate**) كما في حال صياغة عقد قصير على شكل رسالة اتفاق. في هذه الحالة قد يرغب الصائغ غالبًا في إدراج الشروط النمطية التالية:

١. شرط الإخطارات (**Notices clause**)

٢. شرط القانون والاختصاص القضائي (**Law and Jurisdiction clause**)

٣. شرط يتعلق بقانون عقود حقوق الغير لعام ١٩٩٩ (**Contracts (Rights of Third Parties) Act ١٩٩٩ clause**)

ج. وجود شروط نمطية خفيفة (Light boilerplate):

تستخدم في العقود القصيرة والبسيطة. وقد يرغب الصائغ في إدراج الأحكام التالية- إضافة إلى ما سبق:

١. بعض أحكام التفسير الموجزة

٢. ربما وضع أي تعريفات في بند مستقل بعنوان (التعاريف) (Definitions clause)

د. وجود شروط نمطية متوسطة (Medium boilerplate):

عندما يتضمن العقد أحكامًا نمطية أكثر تفصيلًا لكن يُرَى أن من غير المناسب تضمينها كلها بالكامل. قد يرغب الصائغ في إدراج بعض أو كل الأحكام التالية- إضافة إلى ما سبق ذكره:

* أحكام تفسير أكثر تفصيلًا

More extensive Interpretation provisions

* بند الاتفاق الكامل والتعديلات

(Entire Agreement and Amendment clauses)[1]

- بند التنازل (Assignment clause).

- بند التنازل عن الحق (Waiver clause)

* بند الوكالة (Agency clause) و * بند القوة القاهرة (Force Majeure clause): وخاصة في العقود التي تتضمن برنامج عمل أو تعاون بين الأطراف.

* بند التعهدات الإضافية (Further Assurances clause): وبخاصة في العقود التي تنطوي على نقل ملكية (a transfer of property) أو منح حقوق متعلقة بالملكية (the grant of rights in property)

* بند القابلية للفصل (Severance clause) إذا كان هناك شك فيما إذا كانت بعض الأحكام ستقرها المحكمة أم لا وربما يُدرج أيضًا بند ينظم كيفية إصدار الإعلانات (Announcements)

* بند التعهدات الإضافية (Further Assurances clause): وبخاصة في العقود التي تنطوي على نقل ملكية (a transfer of property) أو منح حقوق متعلقة بالملكية (the grant of rights in property)

* بند القابلية للفصل (Severance clause): إذا كان هناك شك فيما إذا كانت بعض الأحكام ستقرها المحكمة أم لا وربما يُدرج أيضًا بند ينظم كيفية إصدار الإعلانات (Announcements)

[1] تعديل العقد (AMENDING A CONTRACT): أحيانًا يتوصل أطراف العقد إلى قناعة مفادها أن العقد لم يعد يعكس اتفاقهم ويحتاج إلى تعديل. ما لم يُنَصّ على خلاف ذلك في العقد الأصلي فإن تعديل العقد يُعد عقدًا قائمًا بذاته، ويجب أن يتضمن جميع العناصر.

ل. وجود شروط نمطية كاملة (Full-scale boilerplate):

في بعض الحالات يكون الهدف التجاري للعميل جعل العقد محكمًا إلى أقصى درجة ومجردًا من أي غموض ويقبل تضمين العقد شروطًا نمطية مطوّلة إذا كان ذلك سيحمي مصالحه. ولا يفرض العميل في هذه الحالة أي ضغط تجاري للحد من عدد هذه الشروط أو مداها.

*** ما مواضع البنود النمطية في الاتفاق (Location of clauses in an agreement)؟**

بوجه عام لا يوجد في القانون الإنجليزي ما يوجب أن يتبع العقد تنسيقًا أو ترتيبًا معينًا. ومع ذلك فإن أغلب العقود التجارية الحديثة تتبع هيكلًا مشابهًا. وهناك مزايا لاعتماد تنسيق معياري ومنظم منها: توفير إطار منطقي وواضح. والهدف تمكين العقد من أن يُصاغ ويُقرأ ويُفهم بسرعة وكفاءة (سواء من قبل المحامين أو من قبل أطراف العقد).

*** يمثل المقترح التالي أين يمكن أن تدرج هذه البنود عادة في الاتفاقات التجارية النموذجية وذلك باستخدام التصنيف المبين في العمود الأول من الجدول أدناه. حيث يبيّن الجدول- في العمود الأول: الأقسام المختلفة لأجزاء الاتفاق التجاري النموذجي، وفي العمود الثاني: الأحكام التي تُدرج عادة في كل من هذه الأقسام.**

* جزء الاتفاق Section of an agreement *	* البنود التي قد تظهر في هذا القسم Clauses that might appear in that section *
أعلى الاتفاق (Top of the agreement)	* الخضوع للعقد (Subject to contract) * تاريخ الاتفاق (Date of the agreement)
تاريخ الاتفاق (Date of the agreement)	* تاريخ بدء النفاذ (Commencement date) * الصكوك (Deeds – لتحديد أن الوثيقة صك/ Deed)
الأطراف (Parties)	* الأطراف (Parties) * الخلف القانونيون والمحال إليهم (Successors and assigns)
الديباجة (Recitals)	* الديباجة (Recitals)
التعاريف (Definitions)	* الشركات التابعة ونحوها (Affiliates etc.) * الرسوم (Charges) * تاريخ بدء النفاذ (Commencement date) * الإتمام (Completion) * التعاريف (Definitions) * حصري/ غير حصري/ منفرد (Exclusive non-exclusive and sole) عندما تكون لهذه الألفاظ معانٍ خاصة. * القوة القاهرة (Force majeure) * الملكية الفكرية (Intellectual property) * التفسير (Interpretation) * الأشهر (وأي تعبيرات زمنية أخرى) (Months and other expressions of time) * صافي قيمة المبيعات (Net sales value) * الأطراف (Parties) * السعر (Price – ويشير إلى شروط الدفع وبند الفوائد (Interest clause) * التعاقد من الباطن (Sub-contracting – مثل تحديد معنى مقاول فرعي معيّن) * الإقليم (Territory)

* جزء الاتفاق Section of an agreement *	* البنود التي قد تظهر في هذا القسم Clauses that might appear in that section *
التعاريف (Definitions)	* الإقرارات (Acknowledgements) – تدرج عادة ضمن بند آخر * التعيين (Appointment) – يدرج عادة ضمن بند آخر مثل "يعين X، Y للقيام بـ Z" * التدقيق والسجلات (Audit and records) – عادة ضمن بند المدفوعات. * بذل أقصى جهد / أو جهد معقول (Best and reasonable endeavors) – يدرج عادة ضمن بنود أخرى مثل "يلتزم X ببذل أقصى جهد لتقديم الخدمة Z إلى Y" * الإخلال (Breach) – يدرج عادة ضمن بند آخر مثل بيان نتيجة الفشل في تنفيذ التزام تجاري جوهري * تاريخ بدء النفاذ (Commencement date) – يدرج عادة ضمن بند آخر، مثل بند من الأحكام التجارية الرئيسية يحدد متى يبدأ التنفيذ. * الإتمام (Completion) – يدرج عادة ضمن بند آخر، مثل بند تجاري رئيسي يحدد متى تُستوفى شروط معينة ليتم التنفيذ. * الشروط السابقة واللاحقة (Conditions precedent and subsequent) – تدرج عادة ضمن بند آخر. * الموافقة (Consent) – تدرج عادة ضمن بند آخر. * التشاور (Consultation). * العملة (Currency) – يدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * الودائع والمدفوعات الجزئية (Deposits and part payments) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * حصري/ غير حصري/ منفرد (Exclusive non-exclusive and sole) – تدرج عادة ضمن بند آخر، مثل بند تجاري رئيسي يمنح X ترخيصًا حصريًا لـ Y لاستخدام المواد. * الفهرسة أو الربط بمؤشر (Indexation) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * الملكية الفكرية (Intellectual property) – تدرج عادة ضمن بند آخر، مثل بند تجاري رئيسي يتناول الترخيص، والاستخدام، وملكية حقوق الملكية الفكرية. * الفوائد (Interest) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * صافي قيمة المبيعات (Net sales value) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * الخيارات (Options). * شروط الدفع والفوائد (Payment terms and interest). * الإيصالات (Receipts) – تدرج عادة ضمن بند آخر مثل إقرار المُصنِّع باستلام المواد. * التقارير (Reporting). * الاحتفاظ بالملكية (Retention of title) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * المقاصة والاحتفاظ (Set-off and retention) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * التعاقد من الباطن (Sub-contracting) – تدرج عندما تكون هناك التزامات أو متطلبات خاصة بمقاول فرعي. * عنصر الوقت الجوهري في التعاقد (Time of the essence) – عادة يدرج ضمن بند آخر، مثل: بند تجاري رئيسي يحدد أن تسليم البضاعة أو الدفع في الموعد يعد جوهريًا للعقد. * الملكية والمخاطر (Title (or property) and risk) – يدرج عادة ضمن بند المدفوعات أو بند الاحتفاظ بالملكية. * ضريبة القيمة المضافة (VAT) – يدرج عادة ضمن بند المدفوعات.

* جزء الاتفاق Section of an agreement *	* البنود التي قد تظهر في هذا القسم Clauses that might appear in that section *
الأحكام التجارية الرئيسية Main Commercial Provisions	* الفهرسة أو الربط بمؤشر (Indexation) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. (يتبع ...) * الملكية الفكرية (Intellectual property) – تدرج عادة ضمن بند آخر، مثل بند تجاري رئيسي يتناول الترخيص، والاستخدام، وملكية حقوق الملكية الفكرية. * الفوائد (Interest) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * صافي قيمة المبيعات (Net sales value) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * الخيارات (Options). * شروط الدفع والفوائد (Payment terms and interest). * الإيصالات (Receipts) – تدرج عادة ضمن بند آخر مثل إقرار المُصنِّع باستلام المواد. * التقارير (Reporting). * الاحتفاظ بالملكية (Retention of title) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * المقاصة والاحتفاظ (Set-off and retention) – تدرج عادة ضمن بند المدفوعات. * التعاقد من الباطن (Sub-contracting) – تدرج عندما تكون هناك التزامات أو متطلبات خاصة بمقاول فرعي. (يتبع ...) * عنصر الوقت الجوهري في التعاقد (Time of the essence) – عادة يدرج ضمن بند آخر، مثل: بند تجاري رئيسي يحدد أن تسليم البضاعة أو الدفع في الموعد يعد جوهريًا للعقد. * الملكية والمخاطر (Title (or property) and risk) – يدرج عادة ضمن بند المدفوعات أو بند الاحتفاظ بالملكية. * ضريبة القيمة المضافة (VAT) – يدرج عادة ضمن بند المدفوعات.

* جزء الاتفاق Section of an agreement *	* البنود التي قد تظهر في هذا القسم Clauses that might appear in that section *
الأحكام التجارية الثانوية Secondary Commercial Provisions	* الإقرارات Acknowledgments تُدرج عادةً ضمن بند آخر. * بذل الجهود القصوى والمعقولة Best and reasonable endeavors تُدرج عادةً ضمن بنود أخرى — مثل: "على الطرف (س) أن يبذل أقصى الجهود لتقديم الخدمة للطرف (ص)" * الإخلال Breach تُدرج عادةً ضمن بند آخر — مثلًا ضمن أحكام الإنهاء أو الضمانات. * شهادة القيمة Certificate of value. * الأهلية القانونية Capacity تُدرج عادةً ضمن بند آخر — مثلًا ضمن بند الضمانات، لتحديد ما إذا كان للطرف الصلاحية أو الأهلية للدخول في العقد. * الإنجاز Completion تُدرج عادةً ضمن بند الإنهاء لتحديد متى يتم تنفيذ أنشطة معينة بشكل محدد. * الشروط السابقة واللاحقة Conditions precedent and subsequent تُدرج عادةً ضمن بند آخر. * السرية Confidentiality. * الموافقة Consent تُدرج عادةً ضمن بند آخر. * نتائج الإنهاء Consequences of termination تُدرج عادةً ضمن بند الإنهاء. * التشاور Consultation يدرج عادةً ضمن بند آخر. * التعهدات Covenants تُدرج عادةً مع بنود الضمانات أو الإعفاءات. * التعويضات التراكمية Cumulative remedies تُدرج عادةً ضمن بند آخر — مثلًا ضمن بنود الدفع أو الإنهاء. * إخلاء المسؤولية Disclaimers تُدرج عادةً ضمن بند الضمانات.

* جزء الاتفاق Section of an agreement *	* البنود التي قد تظهر في هذا القسم Clauses that might appear in that section *
الأحكام التجارية الثانوية Secondary Commercial Provisions	* بنود الإعفاء Exemption clauses تُدرج عادةً مع بنود مثل الضمانات والتعويضات. * الانقضاء والإنهاء حسب الرغبة Expiry and termination at will تُدرج عادةً ضمن بند الإنهاء. * القوة القاهرة Force majeure يُدرج أحيانًا ضمن بند الإنهاء أو بند مشابه لتحديد نتائج وقوع حدث قوة قاهرة. * التعويضات Indemnities تُدرج عادةً مع بنود الإعفاء والضمانات. * الإفلاس Insolvency تُدرج عادةً ضمن بند الإنهاء. * التأمين Insurance تُدرج عادةً مع بنود الإعفاء، الضمانات، والتعويضات. * الملكية الفكرية Intellectual property تُدرج عادةً ضمن بنود أخرى — مثلًا: ضمن بنود الضمانات (حيث تُمنح الضمانات المتعلقة بالملكية الفكرية)، والإنهاء (ما يحدث مع أي تراخيص للملكية الفكرية عند إنهاء العقد). * الإنهاء بسبب الإخلال Termination for breach. * الضمانات Warranties تُدرج عادةً مع بنود الإعفاءات، التعويضات، والتأمين.

* جزء الاتفاق Section of an agreement *	* البنود التي قد تظهر في هذا القسم Clauses that might appear in that section *
الأحكام النموذجية boilerplate	* الوكالة والشراكة أو إنكارهما Agency and partnership (denials of). * التعديلات أو التغييرات Amendment or variation. *الإعلانات Announcements. * التحكيم وADR (التسوية البديلة للنزاعات) Arbitration and ADR (sometimes with) Law and jurisdiction * التنازل والتناقل Assignment and novation. * الأهلية/ الصلاحية القانونية Capacity. * الرسوم Charges تضمن أحيانًا ضمن بند التنازل Assignment clause. * شهادة القيمة Certificate of value. * العقود (حقوق الأطراف الثالثة) Rights of Third Parties (Contracts). * التكاليف والنفقات Costs and expenses. * النسخ المتطابقة / المكررة duplicates or (Counterparts). * التعويضات التراكمية Cumulative remedies. * الاتفاق النهائي والشامل Entire and final agreement. * الحصرية وغير الحصرية Exclusive non-exclusive and sole. تُدرج عادةً ضمن بند التفسير. * القوة القاهرة Force majeure. تُدرج عادةً حيث توجد نصوص قصيرة. * التأكيدات الإضافية Further assurance .

* جزء الاتفاق * Section of an agreement	* البنود التي قد تظهر في هذا القسم * Clauses that might appear in that section
الأحكام النموذجية boilerplate	* التفسير Interpretation. * المسؤولية المشتركة والعقوبات Joint and several liability. * اللغة والقانون والاختصاص القضائي Language and jurisdiction. * الأشهر (وأي تعبيرات زمنية أخرى). (Months)and other expressions of time. تُدرج عادةً ضمن بند التفسير. * الإشعارات Notices. * وجود الشراكة (من عدمه). (Partnership) denial of تُدرج عادةً ضمن بند الوكالة والشراكة (إنكارها). * الاحتفاظ بالملكية، (إن لم يُدرج مع بند المدفوعات) Retention of title. * خصم والاحتفاظ Set-off and retention (إن لم يُدرج ضمن بند المدفوعات) * الفصل والبطلان Severance and invalidity. * ضريبة الدمغة Stamp duty * التعاقد من الباطن Sub-contracting (يدرج غالبًا مع بند التنازل والنقل لتحديد ما إذا كان مسموحًا بالتعاقد من الباطن) * الخلف القانونيون والمحال إليهم (Successors and assigns). * عنصر الوقت الجوهري في التعاقد Time of the essence (يُدرج عادةً ضمن بند الإشعارات أو الإشعار بضرورة الالتزام بالوقت) . * التنازل والإعفاءات Waivers and releases.

* جزء الاتفاق Section of an agreement *	* البنود التي قد تظهر في هذا القسم Clauses that might appear in that section *
قسم التوقيع Signature Section	* بنود التوثيق وصيغة الشهادة الختامية Attestation clauses and testimonium. * الأهلية القانونية Capacity * الوثائق Deeds (لتوضيح أن الوثيقة هي سند أو تم تنفيذها كسند)
قسم الجداول Schedules Sections	* يتضمن الجداول Schedules.

* **خاتمة:** من الواضح أن ما ورد في كتاب A–Z GUIDE TO BOILERPLATE AND COMMERCIAL CLAUSES عن الشروط النمطية أو الجاهزة (Boilerplate) أحد تمثلات صياغة العقود القائمة على نماذج سابقة Precedent–Based Drafting وفيها فائدة عملية تتمثل في تسهيل عمل المختص عبر ترك المساحة العملية للتركيز على صلب التعاقد بينما تكون هناك شروط ثابتة تتغير قليلًا حسب طبيعة الاتفاق.

لكن لا يخفى ما في هذا المسلك من وعورة إذ أن التراخي والاعتماد الكلي على البنود الجاهزة قد يحدث حالة من الكسل المعرفي تجعل الصائغ لا ينتبه لهذه البنود ولا يعيد التفكير فيها بينما خلاف ذلك هو المقصود، فالتسهيل ينبغي أن يصاحبه تركيز على رفع جودة هذه البنود مع ضرورة مراجعتها وتكييفها تبعًا لخصوصية كل عقد وقانونه الواجب التطبيق. قد يؤدي النقل الحرفي للبنود النمطية إلى إدخال التزامات غير مناسبة أو غير قابلة للتنفيذ. ومن هنا تأتي أهمية الصائغ المتمرس الذي يجمع بين الاستفادة من النماذج السابقة وبين النقد المستمر لها وصياغة بدائل أو تعديلات عند الحاجة.

وهذا ما عبر عنه Bhumesh Verma في كتابه Practical Guide to Drafting Commercial Contracts من أنه:

(أحيانًا تُدرج هذه البنود النمطية بشكل أعمى وغير ضروري في العقد بغض النظر عن كونها غير ذات صلة بموضوع الصفقة أو أن تعديلًا في القانون أو حكمًا قضائيًا قد جعلها باطلة أو غير قابلة للتنفيذ. لقد شاهدت حالات قام فيها صائغ ضعيف بإدراج مثل هذه البنود النمطية في المسودة الأولى المرسلة للطرف المقابل، رغم أن بعض هذه البنود قد تكون ضارة بمصلحة موكله نفسه.

التبرير المفضل لدى كل محامٍ أثناء التفاوض هو:

"هذه بنود نمطية، لا داعي للانشغال بها". فهم لا يشجعون على قراءتها أو مناقشتها، لأنهم غالبًا لم يخصصوا وقتًا لها بأنفسهم، ويخشون من أسئلة موكليهم أو الطرف الآخر. ومن الحجج الأخرى لعدم تعديل هذه البنود أنها موجودة منذ عقود، ولم تنشأ عنها أية مشكلات بين الأطراف (سواء نفس الأطراف أو غيرهم) حتى الآن. إلا أن الشيطان يكمن دائمًا في التفاصيل.

يمكن صياغة هذه البنود النمطية بطريقة تخدم أو تضر أيًا من الطرفين، والطرف الذي يقدّم المسودة الأولى يظل في موقع أفضلية. ولهذا، فمن الضروري فحص هذه البنود الواردة في ذيل العقود بعناية قبل التوقيع. إن النقل الأعمى للبنود النمطية من عقد إلى آخر، دون النظر بشكل مستقل في الآلية العملية لكل اتفاق، يمثل عنصرًا آخر من الخلل — وغالبًا ما لا يقدّره الصائغون، ما يؤدي إلى عواقب وخيمة).

الباب الثامن

تعلم الصياغة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية
Learn to draft in modern, standard English

في حال ما إذا كانت هناك حاجة للصياغة باللغة الإنجليزية فالأفضل تعلم الصياغة باستخدام اللغة الحديثة والمعيارية وليس من الصعب التعرف عليها. يمكن إيجادها في مقالات الصحف وفي الكتب الشعبية والأكاديمية في مختلف المجالات وفي تقارير الحكومات والهيئات العامة. وتمتاز بأسلوب مباشر وغني بالمعلومات وسهل القراءة.

يُعتبر الانتقال إلى اللغة الإنجليزية الحديثة والمعيارية أمرًا صعبًا للعديد من المحامين التقليديين يُجبرهم على إعادة التفكير وقد يستغرق ذلك وقتًا. في البداية يجب عليهم الانتقال من التراكيب المتصنعة والقديمة إلى مرادفاتها الاصطلاحية الحديثة. يمكن تقسيم عناصر الكتابة في العقود إلى النقاط التالية.

عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية:

١	هيكل الوثيقة (Document structure)	٢	التخطيط والتصميم (Layout and design)
٣	القوائم (Lists)	٤	استخدام جمل قصيرة موجزة (Short sense-bites)
٥	علامات الترقيم (Punctuation)	٦	التعريفات (Definitions)
٧	الجداول والمخططات والصيغ (Tables, plans and formulas)	٨	الملاحظات والأمثلة (Notes and examples)
٩	الخطوط العريضة المُبسّطة (Simplified outlines)	١٠	الحيثيات (Recitals)

العنصر الأول من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية
هيكل الوثيقة
Element One: Document Structure

يجب ترتيب محتويات الوثيقة القانونية منطقيًا، ليسهل قراءتها واستخدامها بسرعة وفعالية.

ويقصد بكلمة منطقيًا: من وجهة نظر القارئ لا الصائغ. يجب عرض كل بند وفقرة بطريقة منطقية ومفهومة للقارئ. ويتطلب ذلك من بين أمور أخرى تقديم البنود الأكثر أهمية على البنود الأقل أهمية **فيمكن أن يكون النمط العام للعقد كالتالي:**

* العنوان (Heading)
* التاريخ (Date)
* الأطراف (Parties)
* التعريفات (Definitions)
* جوهر الصفقة (الاتفاق) (The Heart of The Deal)
* الأمور المرتبطة بجوهر الصفقة (الاتفاق) (Things Associated with The Heart of The Deal)
* الترتيبات العامة (General Housekeeping) مثل:
- المدة (Duration)
- الالتزام (Assignment)
- أثر الوفاة أو الحل (Effect of Death or Dissolution)
* ماذا يحدث إذا ساءت الأمور، مثل:
- الإفلاس أو الإعسار (Bankruptcy or Insolvency)
- إنهاء العقد بسبب الإخلال (Termination for Breach)
- الغرامات التعويضية (Liquidated Damages)
- حل النزاعات (Dispute Resolution)
* الأحكام النموذجية (النمطية)، مثل:
- أثر الأحداث الخارجية (القوة القاهرة)
(Effect of Extraneous Events (Force Majeure
- إبلاغ الإشعارات (Service of Notices)
- القانون الحاكم (Governing Law)

= **يلاحظ التالي بخصوص هذا النمط في تقسيم هيكل العقد:**

١) ليس محددًا على سبيل الإلزام

٢) الأهم هو تحديد جوهر الصفقة والأمور المرتبطة به ووضعها في المقدمة

٣) الأخذ في الاعتبار أن البند الذي يحتوي على جوهر الصفقة يعمل كشكل من أشكال بنود الغرض العام أو بنود الهدف الذي يحكم بقية الوثيقة

٤) الأهم في التسلسل المنطقي للوثيقة: الترتيب المنطقي للقارئ وليس للمحرر.

فالسؤال المطروح: "ما الذي يريح العميل؟" وليس: "ما الذي يألفه المحامي؟".

تُصاغ الوثائق التقليدية في إطار مألوف للمحامي ومع ذلك لا تتطلب الفعالية القانونية الإطار المألوف الذي يعمل فيه المحامي. إجمالًا لا يوجد عائق قانوني أمام تقديم وثيقة تعكس أفكار العميل حول الصفقة. ينبغي على الصائغ محاولة استباق تلك الأفكار وبناء الوثيقة حولها. أو النقاش مع العملاء حولها وإفراغها في الشكل القانوني.

وأخيرًا: مع مراعاة القارئ –وكقاعدة عامة– ينبغي أن يقتصر كل بند رئيسي على مفهوم أساسي واحد. فدمج مفهومين أساسيين أو أكثر في بند رئيسي واحد يُضيف تعقيدًا لا داعي له. من المفيد مثلًا فصل مفاهيم مثل حل النزاعات عن الإشعارات المتعلقة بالإخلال.

العنصر الثاني من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية

التخطيط والتصميم

Element Two: Layout and Design

يتكامل استخدام اللغة الإنجليزية الحديثة المعيارية في كتابة العقود والهيكل المنطقي مع تخطيط وتصميم سهل الاستخدام. وفي هذا يقول آلان سيجل: (لا يقل التخطيط والتصميم الدقيق أهمية عن وضوح اللغة. إذا بدت الوثيقة مرعبة، فلا يهم مدى سهولة الكلمات: فلن تُقرأ أبدًا. التصميم الجيد يُحدد أسلوب الوثيقة، وينقل مقصدها تمامًا كما تفعل الكلمات. كما أنه يجعل الوثيقة أكثر فائدة، من خلال توجيه عين القارئ إلى المعلومات التي يريد معرفتها).

هناك طرقٌ عديدة لتحسين تخطيط وتصميم الوثائق القانونية التقليدية. بعضها ليس سوى استخدام للمنطق السليم؛ والبعض الآخر ثمرةُ بحثٍ في تصميم الوثائق. ولكن جميعها تُساعد على تحسين إمكانية الوصول إلى الوثائق القانونية.

إليك بعض الاقتراحات بخصوص التخطيط والتصميم الجيد:

أ) استخدام المساحات البيضاء (White space):

استخدم مساحات بيضاء واسعة يُتيح هذا للقراء صفحةً منظمة ويُشجعهم على التقدم في قراءة المستند.

عليك بالتالي:

١. تقسّيم أجزاء النص

٢. استخدام هوامش واسعة في جميع أنحاء الصفحة بما في ذلك أعلى وأسفل الصفحة. اترك هامشًا واسعًا على اليسار -على وجه الخصوص- للسماح بالملاحظات في مرحلة المسودة.

٣. استخدام مسافة مزدوجة بين جميع النصوص (أو استخدم مسافة ١,٥ على الأقل). المسافة المفردة مُزدحمة جدًا كما أنها تُصعّب وضع علامات على التعديلات في المسودات.

٤. استخدام مسافات واسعة بين الجمل

ب) استخدام العناوين (Headings):

استخدم عناوين كثيرة فهي بمثابة علامات إرشادية مفيدة للقارئ.

عليك بالتالي:

١. استخدم عنوانًا رئيسيًا عريضًا في بداية المستند لتحديد طبيعته (على سبيل المثال: "رهن عقاري" أو "نقل ملكية")، متبوعًا بعناوين عريضة (أحرف صغيرة ومائلة إلى اليسار) لعرض أقسام المستند المختلفة.

٢. أعطِ كل جملة رئيسية عنوانًا (عريضًا، أحرف صغيرة). إن أمكن، أعطِ أيضًا كل جملة فرعية عنوانًا (ولكن بخط مائل فاتح، لتمييزها عن عناوين الجمل الرئيسية).

٣. تأكد من عدم ترك عناوين "يتيمة" في أسفل الصفحة، معزولة عن الكلمات التي تتعلق بها.

ج) سهولة التنقل والقراءة (Navigation and ease of reading):

١. **استخدم تقنيات التوجيه إذا أمكن** مثل: استخدام عناوين رئيسية لكل صفحة وقوائم المحتويات والفهارس. بدأت هذه التقنيات تظهر الآن في التشريعات.

٢. **ضع مسافة بادئة للفقرات الفرعية**. استخدم المسافات البادئة باستمرار وتأكد من أن جميع النصوص داخل الفقرة المسننة تُحافظ على نفس المسافة البادئة.

٣. **استخدم خط serif (ذو الزوائد)**. تُظهر الدراسات عمومًا أن الخط المزود بزخارف صغيرة (serifs) أسهل في القراءة من الخطوط الخالية منها (sans-serif). ولإحداث تباين بصري يُفضّل استخدام الخطوط sans-serif للعناوين.

٤. **استخدم حجم خط مريح وكبير نسبيًا**.
تتفق الأدبيات المتخصصة في الطباعة والتصميم على أن حجم الخط الذي يتراوح بين ٩ و١٢ نقطة هو الأكثر وضوحًا وسهولة في القراءة لأغراض المطالعة العامة. ورغم أن حجم الخط بحد ذاته لا يؤثر في تفسير النصوص القانونية فقد عبّر بعض القضاة عن استنكارهم لاستخدام أحجام خطوط صغيرة جدًا في الوثائق القانونية.
وعلى الرغم من أن المحكمة في الغالب لن تُعفي طرفًا في العقد من المسؤولية لمجرد أن الخط كان صغيرًا لدرجة لا تُقرأ عمليًا إلا أن هناك أحكامًا أخذ فيها القضاة حجم الخط الصغير بعين الاعتبار عند الحكم بعدم قابلية شروط الإعفاء من المسؤولية للتنفيذ.

٥. **لا تقم بمحاذاة الهامش الأيمن**.
رغم أن المحاذاة الكاملة للهامش الأيمن أو تركه غير مضبوط (متعرجًا) لا تؤثر بشكل عام على قابلية القراءة، فإن الهامش الأيمن غير المحاذى يُضفي على الوثيقة طابعًا أكثر بساطة وراحة.

٦. **استخدم صفحة غلاف للوثائق التي تزيد عن عدد معين من الصفحات (مثلاً أكثر من خمس أو ست صفحات)**.
تمامًا كما هو الحال مع غلاف الكتاب، تتيح صفحة الغلاف معرفة طبيعة الوثيقة من الوهلة الأولى. أما الوثائق التي تُطوى بالطول، فقد يكون من المفيد أيضًا استخدام صفحة خلفية (back sheet). لكن احذر من وضع معلومات كثيرة على الغلاف أو الصفحة الخلفية، حتى لا يُستند إليها في تفسير أو تقييد مضمون الوثيقة نفسها.

د. استخدام نظام للترقيم (Numbering systems):

تستخدم الوثائق القانونية مجموعة متنوعة من أنظمة الترقيم بعض الأمثلة موضحة في الجدول. أحد الخيارات هو استخدام النقاط لحصر العناصر في قائمة.

Table 3 Numbering systems

Arabic/Roman	Decimal	Partial combination
1.	1.	1.
2.	2.	2.
3(1)	3.1	3.1
(2)	3.2	3.2
(3)(a)	3.3.1	3.3(a)
(b)	3.3.2	(b)
(c)(i)	3.3.3.1	(c)(i)
(ii)	3.3.3.2	(ii)
(iii)(A)	3.3.3.3.1	(iii)(A)
(B)	3.3.3.3.2	(B)
(C)	3.3.3.3.3	(C)

اختيار نظام الترقيم مسألة تفضيل شخصي فلا نظام أفضل من آخر، مع أن التوجه الحديث يتجه نحو النظام العشري (Decimal System).

وبغض النظر عن النظام المُختار يجب مراعاة ثلاثة أمور:

أولاً: تُصبح أنظمة الترقيم مُرهقة عندما تتجاوز ثلاثة مستويات. على المُحررين الذين يجدون أنفسهم يُقسّمون وثائقهم إلى مستويات فرعية أكثر من ذلك إعادة النظر في هيكلية وثيقتهم.

ثانياً: يُعدّ الاتساق في الترقيم أمرًا بالغ الأهمية. بعد اختيار نظام مُعين يجب على المحرر الالتزام به دون تردد.

ثالثًا: يجب أن يتوافق المعنى بدقة مع تصميم ومنطق المستويات المختلفة مع التمييز الدقيق بين النقاط الرئيسية والفرعية. لتوضيح هذه النقطة انظر إلى تصميم بند عقد الإيجار التالي.

لاحظ في المثال المرفق الموجود في الصفحة التالية كيف أن كل فقرة تُشكل جملة مستقلة:

*** إذا دُمّرت أو تضررت العقارات خلال مدة عقد الإيجار، فإنه:**
(أ) يجوز لأيٍّ من المؤجر والمستأجر إنهاء عقد الإيجار دون تعويض للطرف الآخر.
(ب) لن يؤثر الإنهاء على حقوق أيٍّ من الطرفين فيما يتعلق بالمسائل السابقة.
(ج) عند حدوث الضرر أو التدمير، يُخفض الإيجار بنسبة متناسبة.
(د) إذا رغب المؤجر في الهدم أو إعادة البناء إلى الحد الذي (في رأيه) يُقلل بشكل ملحوظ من حق المستأجر في التمتع الهادئ، فيمكنه إعطاء إشعار قبل ستة أشهر لإنهاء عقد الإيجار.

*** السؤال لك:** هل يجوز للمؤجر مطالبة المستأجر بالإخلاء بموجب البند ١١ (د) حتى لو لم يُدمر العقار أو يُتضرر؟ عُرض هذا السؤال التفسيري أمام محكمة أسترالية وقضت بـ"لا". كان من المفترض أن تُقرأ سلطة المؤجر بموجب البند ١١ (د) في سياق الكلمات الافتتاحية للبند ١١. أي أن هذه السلطة لا توجد إلا في حالة تدمير العقار أو إتلافه. لم تكن الفقرة (د) حقًا مستقلًا لمطالبة المستأجر بالإخلاء. ومن المفترض أن النتيجة كانت ستختلف لو أن واضع النص جعل الفقرة (د) بندًا مستقلًا تمامًا منفصلًا عن الكلمات الافتتاحية للبند ١١.

العنصر الثالث من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية
استخدام القوائم
Element Three: Use of Lists

أ) استخدامات القوائم: يتوقع القارئ أن تُقدّم المادة القانونية بصيغة سهلة الفهم. لذا يستخدم المحرر القوائم لتجزئة عناصر الجملة لتوضيح المعنى. إلا أن تجزئة الجمل (أو "التمزيق" 'shredding' كما يُطلق عليه أحيانًا) قد يكون مُبالغًا فيه. وقد يُصعّب فهم الجمل نظرًا لتمزيق مكونات أجزائها.

ب) وجود مقدمة للقائمة: يجب أن تنسجم كلمات كل بند مُدرج منطقيًا ونحويًا مع مقدمة القائمة. غالبًا ما يلتزم كاتب النص بهذا المبدأ في البند الأول أو البندين الأوليين ثم ينسى ذلك في البنود اللاحقة. قد يتمكن القارئ من استيعاب المعنى لكن المظهر يبدو غير متقن أو متناسق. يجب اختيار كلمات المقدمة بعناية. تكرار نفس الكلمة أو العبارة في بداية كل بند مؤشر جيد على إمكانية نقل الكلمة أو العبارة إلى المقدمة. لكن هذه ليست قاعدة مطلقة بأي حال من الأحوال.

ج) استخدام علامات الترقيم بعد المقدمة. الممارسة الجيدة هي:

أ. استخدام شرطة طويلة مباشرة بعد المقدمة إذا كانت الكلمات المدرجة تتدفق بشكل فوري وطبيعي كجزء من الجملة نفسها

ب. أو استخدام نقطتين إذا كانت القائمة ناتجة عن المقدمة.

فبدلًا من أن تقول:
١. يجوز للنائب ممارسة جميع صلاحيات الأصيل طالما -
(أ) وجد فراغ في منصب الأصيل ...
قل: ١. صلاحيات وواجبات الأصيل هي التالية:
(أ) إخطار المجلس ...

د) استخدام علامات الترقيم داخل القوائم: ليست ممارسى سهلة. ولا توجد ممارسة عامة أو طريقة صحيحة. في إنجلترا من المعتاد (والذي يبدو طبيعيًا تمامًا) التعامل مع المقدمة والقائمة كجزء من الجملة نفسها وبالتالي يبدأ كل عنصر مُدرج بحرف صغير (إلا إذا كانت الكلمة الأولى اسم علم) وتوجد نقطة واحدة فقط في نهاية القائمة (بافتراض أن الجملة لا تستمر بعد نهايتها).

عند بناء القوائم، تنشأ مشكلتان رئيسيتان: الأولى: ما يجب فعله في نهاية كل عنصر مُدرج. **والثانية** هي: ما يجب فعله عندما تبدأ جملة أخرى في منتصف عنصر مُدرج.
المشكلة الأولى: توجد ثلاث خيارات لعلامات الترقيم في نهاية كل عنصر في القائمة:
(١) عدم وضع أي شيء
(٢) أو وضع شيء ما حسب الظروف
(٣) أو وضع قواعد لوضع الشيء نفسه في نفس الظروف.

أحيانًا يكفي وضع فاصلة في نهاية كل جزء (فقرة) من القائمة. ولكن إذا استُخدمت الفواصل لفصل العناصر داخل أجزاء فرعية من القائمة فيُفضل استخدام فاصلة منقوطة في نهاية كل فقرة. هذا يُنشئ تمييزًا مفيدًا. على سبيل المثال:
(ب) التفاح، والكمثرى، والموز، والفاصوليا؛
(ج) الخضراوات الجذرية؛
(د) السلع القابلة للتلف الأخرى.

أما المشكلة الثانية: فعندما تبدأ جملة جديدة في منتصف بند مُدرج غالبًا ما يُصبح المنطق خاطئًا. يستخدم المُحررون الخاصون أحيانًا نقطةً ويبدؤون جملةً جديدةً داخل البند المُدرج لكنهم ينهون تلك الجملة بفاصلة منقوطة لأن القائمة تنتقل بعد ذلك إلى البند التالي. وهذا غير منطقي من الناحية النحوية. وبالطبع إذا كانت السياسة العامة للمُحرر هي "عدم استخدام علامات الترقيم في القوائم" فيجب التخلي عن هذه السياسة.

هناك ممارسات أخرى مثل:

* إعادة صياغة القائمة بحيث تصبح الجملة الجديدة بندًا منفصلًا أو حذفها بطريقة أخرى

* أو إعادة تشكيل القائمة إلى نوع مختلف، حيث يصبح كل بند موضوعًا مستقلًا يبدأ بجملة جديدة، مما يسمح بجمل جديدة داخلها

* أو وضع فاصلة أو فاصلة منقوطة أو نقطتين في نهاية كل بند ولكن بخلاف ذلك اتباع المبادئ نفسها (على سبيل المثال، يبدأ كل بند كمتابعة للمقدمة، بحرف أول صغير).

ر) **استخدام حروف العطف (Conjunctions):** عندما تُقرأ البنود (الفقرات) في قائمة ما على شكل حرف عطف (Conjunctively) أو حرف فصل (Disjunctively) فإنّ العرف هو إدراج كلمة الربط المناسبة ('and' or 'or') بين الفقرتين قبل الأخيرة والأخيرة فقط في القائمة. الممارسة الأفضل هي صياغة المقدمة بشكل يجنب الحاجة إلى استخدام أدوات الربط أصلًا.

العنصر الرابع من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية
استخدام جمل قصيرة موجزة
Element Four: Use of Short Sense-Bites

كثيرًا ما يُنصح صائغ النصوص المعاصر بكتابة جمل قصيرة.

النصيحة الأفضل هي: كتابة جمل قصيرة موجزة. فالالتزام الأعمى بسياسة الجمل القصيرة ليس دائمًا مناسبًا. مثلًا الجمل التي تُسرد سلسلة من الالتزامات أو الأحداث تكون طويلة حتمًا. لنأخذ تعهدات المستأجر في عقد الإيجار: عادةً ما تُبنى على شكل جملة واحدة تُستهل بكلمات مثل: "يلتزم المستأجر مع المالك بما يلي: ...". ثم يظهر كل تعهد كجملة فرعية منفصلة مثل: "دفع الإيجار"، و"دفع النفقات" وما شابه. الإصرار على أن يكون كل تعهد بجملةً منفصلة تبدأ بـ"يتعهد المستأجر مع المالك بـ..." أمر مزعج وسخيف. من الأفضل بكثير استخدام فقرات فرعية ومسافاتٍ بادئة لاختصار كل تعهد إلى فقراتٍ مفهومة يسهل على القارئ استيعاب معناها بسرعة.

العنصر الخامس من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية
استخدام علامات الترقيم في الكتابة
Element Five: Use of Punctuation

تستخدم الصياغة القانونية التقليدية علامات الترقيم باعتدال. وقد كانت هذه الممارسة سائدة منذ أقدم العصور. ويلاحظ أن الأسلوب الحديث في الصياغة القانونية يستخدم علامات الترقيم لنفس السبب الذي يستخدمه أي نثر دقيق آخر – وهو إعطاء توجيهات بشأن المعنى. وكما أشار اللورد شو في قضية هيوستن ضد بيرنز فإن علامات الترقيم جزء من تركيب اللغة وأحيانًا تكون بالغة الأهمية ولم ير أي سبب لحرمان الوثائق القانونية من الأهمية المرتبطة بعلامات الترقيم في كتابات أخرى.

على سبيل المثال يمكن استخدام الفواصل بنفس الطريقة المستخدمة في النثر العادي كوسيلة مساعدة على الفهم بل ينبغي استخدامها عند الضرورة لتوضيح المعنى. كما يمكن استخدام الأقواس لتمييز النصوص بين قوسين كما هو الحال في النثر العادي. تُستخدم هذه التقنية على نطاق واسع في القوانين وتنطبق أيضًا على الوثائق القانونية الخاصة.

العنصر السادس من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية
استخدام التعريفات
Element Six: Use of Definitions

للتعريفات دورٌ أساسي في الوثائق القانونية. يتمثل أهمها في: إعطاء معنى دقيق للكلمات والعبارات المستخدمة في الوثيقة. وباستخدامها بهذه الطريقة تُوفر التعريفات طريقةً مختصرةً للإشارة إلى كلمة أو عبارة مُحددة تتكرر في الوثيقة وهذا يُساعد في تقليل طول الوثيقة.

* أين يجب أن تظهر التعريفات في الوثيقة؟

أ) **الطريقة التقليدية وضعها في البداية:** وهذا منطقيٌّ. يواجه القارئ المعاني المعرّفة مُبكرًا قبل التعرّف على الأحكام الموضوعية للوثيقة وبالتالي يمضي قُدمًا مُدركًا أن الكلمات والعبارات المحددة يجب أن تُفهم بطريقة مُحددة

ب) **وضع التعريفات في نهاية الوثيقة:** وهو أسلوب آخر شائع في صياغة التشريعات. وهذا الأسلوب أيضًا منطقي بعض الشيء. يبدأ القارئ بالأحكام الموضوعية ثم ينتقل إلى التعريفات لاحقًا حيث يكون قد استوعب جوهر الوثيقة. لكن هذا الأسلوب غير فعال تمامًا عندما تُلحق الوثيقة جداول أو ملاحق إذ من المرجح ألا تكون التعريفات في بداية الوثيقة أو نهايتها بل في منتصفها مما يجعل العثور عليها أمرًا صعبًا.

ج) **بدء الوثيقة أو إنهاؤها بفهرس للمصطلحات المعرّفة مع توضيح أنها مُعرّفة في نقاط أخرى (محددة) فيها**. تظهر هذه التقنية أحيانًا في التشريعات. فهي تُتيح للقارئ الانتقال مباشرةً إلى الأحكام الموضوعية مُنبّهًا إلى أن بعض الكلمات والعبارات لها معانٍ مُعرّفة.

د) **إنشاء بند تعريفات منفصل للمسائل المهمة المترابطة**. وعند الرغبة تجمع تعريفات الوثيقة في قائمة أبجدية واحدة. قد تكون الممارسة الأفضل فصل التعريفات ذات الصلة إلى مجموعة فرعية بدءًا من العام إلى الخاص ثم إلى الأكثر تحديدًا. لتجنب تشتيت القارئ. والأفضل تجنب استخدام قوائم أبجدية طويلة للمصطلحات المعرّفة. فكلما طالت زادت احتمالية تداخلها - خاصةً عندما تصبح المصطلحات المرتبطة بالمعنى منفصلة بأحرف أبجدية عديدة. إذا اخترت تعريف كلمة أو عبارة فابذل قصارى جهدك لإظهار أنها تُستخدم بمعنى خاص (بشكل دقيق ودون إخلال بمعنى الجملة).

العنصر السابع من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية
استخدام الجداول والمخططات والصيغ
Element Seven: Use of Tables Charts and Formulas

تشهد الوثائق القانونية الحديثة اتجاهاً متزايداً نحو استخدام الجداول والمخططات والصيغ. وهي في يد الصائغ المتمكن تُعد أدوات لا غنى عنها لنقل المعلومات بكفاءة تفوق ما يمكن للكلمات وحدها أن تنقله.

أ) **الجداول**: يمكن استخدام الجداول (Tables) والتصنيفات (Tabulation) لتوضيح ترتيب خطوات المعاملة أو لترتيب البنود جنبًا إلى جنب لتسهيل المقارنة أو لعرض قوائم الأرقام. ويمكن ملاحظة فائدتها في الجدول المرفق المأخوذ من اتفاقية بيع قطعة أرض وبناء منزل عليها.

Table 4 Use of a table in a contract

Payment table

(a) The Purchaser will pay the Smiths:

Stage	Amount (£)	Triggering event	Date due in 2006
1	60,000	Completion of model transfer	3 July
2	30,000	At damp proof course	24 July
3	50,000	At wall plate level	1 September
4	50,000	When the roof of the dwelling is on and the dwelling is plastered out	30 September
5	60,000	On finish of the works	22 October

(b) The dates for stages 2, 3, 4 and 5 are estimates only, but the date at stage 1 is the contractual date for completion of the model transfer.

ب) المخططات (Plans): غالبًا ما تنقل المخططات المعلومات بفعالية أكبر من الكلمات. وتُستخدم عادةً لتحديد الأراضي في عقود نقل الملكية وعقود الإيجار ونقل ملكية جزء من الأرض في سند ملكية مسجل. وتناسب العديد من أنواع الوثائق القانونية بما في ذلك المرافعات (حيث تُستخدم أحيانًا) والوصايا (حيث نادرًا ما تُستخدم). وبالطبع لا ينبغي استخدام المخططات إلا إذا كانت دقيقة. فالمخططات غير الدقيقة مصدرٌ خصبٌ للتقاضي. وينطبق الأمر نفسه على المخططات التي تكون دقيقةً بما يكفي لبعض الأغراض ولكنها غير دقيقةٍ بما يكفي للمهمة المحددة.

ج) الرسوم البيانية ومخططات التدفق والتقنيات المشابهة (Graphs flow charts and similar techniques): يمكن أن تكون الرسوم البيانية والتقنيات المشابهة – مثل مخططات التدفق والمخططات الشريطية والمخططات الدائرية والرسومات التخطيطية – مفيدة في عرض الأفكار القانونية أو تفسيرها. وتُستخدم بالفعل في بعض الوثائق التجارية كملاحق أو جداول فنية حيث يعرض المتخصصون (مثل مهندسي الإنشاءات والعلماء والمعماريين) رسالتهم بطريقتهم الخاصة. ويمكن استخدامها بشكل أكبر في الوثائق القانونية بشكل عام.

في الواقع: الرسوم البيانية والمخططات أحيانًا الطريقة الوحيدة لتقديم المعلومات بدقة كافية. مثلًا تُعتبر أساسية في مجال براءات الاختراع. كما أنها مفيدة بشكل خاص في لوائح المرور. أما المخططات الانسيابية (Flow charts) قد تكون مفيدة بشكل خاص في الوثائق التجارية المعقدة إذ توضح أمورًا مثل الخطوات الواجب اتخاذها في معاملة ما أو هيكل الشراكة أو المشروع المشترك. وتُعدّ المخططات الانسيابية شائعة الاستخدام في التشريعات.

د) الصيغ أو المعادلات الرياضية (Formulas): عند استخدامها بشكل صحيحيمكن أن تحل محل الكلمات مما يُقلل من طولها ويُسهّل الفهم ويُجنّب الغموض. وهي بسيطة للغاية. ولا ينبغي أن يخشى واضعو العقود من معارضة القضاة لاستخدام الصيغ الرياضية. بل على العكس تمامًا: فقد شجع القضاة على استخدامها بشكل صحيح في الوثائق القانونية.

على سبيل المثال: في قضية شركة النقل الإقليمي في لندن ضد مجموعة خدمات ويمبي خلص القاضي هوفمان إلى حكمه قائلًا: وأخيرًا قد يُسمح لي بتقديم نصيحة لكل من المسّاحين ووكلاء نقل الملكية. أشك في أن الأخطاء التي أدت إلى هذه الدعوى كانت ستحدث لو تم التعبير عن صيغة المسّاحين جبريًا بدلًا من لفظيًا سواءً في المراسلات الأصلية أو في الاتفاقية. يمكن في كثير من الأحيان التعبير عن صيغ الإيجار بشكل أبسط وأكثر وضوحًا في شكل جبري وتُظهر هذه الحالة أن درجة متواضعة جدًا من المعرفة الحسابية يمكن أن توفر قدرًا كبيرًا من المال.

العنصر الثامن من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية
الملاحظات والأمثلة

Element Eight: Notes and Examples

هناك توجه متزايد في التشريعات لإدراج الملاحظات والأمثلة لمساعدة القراء على فهم أثر الأحكام ويمكن أن تكون هذه الأدوات مفيدة أيضًا في الوثائق القانونية الخاصة. قد تقدم الملاحظات ملخصًا أو لمحة عامة عن حكم معين كما قد توفر وسائل مساعدة مفيدة في التنقل مما يساعد القارئ على فهم الوثيقة من خلال الإشارة إلى أحكام أخرى يجب مراعاتها عند قراءة هذا الحكم.

أما الأمثلة قد تُقدم توضيحات مفيدة لأحكام مُعقدة. قد يتضمن بند مراجعة الإيجار في عقد الإيجار مثالاً عملياً على الطريقة التي يُراعي بها المقيّم العوامل المختلفة ذات الصلة بحساب الإيجار المعدل. من المفيد توضيح ما إذا كانت الملاحظات أو الأمثلة تُشكل جزءاً من الوثيقة لأغراض التفسير أو ما إذا كان الغرض منها هو تقديم تلميحات مُفيدة للقارئ دون أن تكون جزءاً منها لأغراض التفسير. وإلا فقد تنشأ (دعاوى قضائية) حول وظيفتها وحالتها الدقيقة. عادةً ما يُدرج المحررون الذين يُفكرون في مثل هذه الأمور إخلاء مسؤولية مُزدوج:

(١) الملاحظات أو الأمثلة هي للإعلام فقط، ولا يُقصد بها التأثير على تفسير الوثيقة؛
(٢) إذا تعارضت الملاحظة أو المثال مع النص الذي يتعلق به، يُعتد بالنص.

ينبغي مراعاة التالي عند استخدام الأمثلة:

١) الحرص على ضمان صحة الأمثلة فلا شيء أكثر عرضة للالتباس من مثال يتعارض مع نصه المُصاحب.
٢) استخدام الأمثلة فقط لتوضيح آلية عمل الأحكام المعقدة أو الصعبة. فالمثال الذي يُبين البديهيات يُسيء إلى ذكاء القارئ.
٣) عدم استخدام الأمثلة لتقديم مادة موضوعية. فالمكان المناسب لتلك المادة هو الأحكام الموضوعية نفسها.

٤) ألا تُوسّع الأمثلة نطاق النص الذي تهدف إلى توضيحه لأن هذا سيؤدي حتمًا إلى جدل حول ما إذا كان توسيع المعنى غرضًا مشروعًا (وفعالًا) لـ "المثال".

العنصر التاسع من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية
استخدام الخطوط العريضة المُبسّطة

Element Nine: Use of Simplified Outlines

هناك اتجاه آخر في صياغة التشريعات يتمثل في استخدام "الخطوط العريضة المبسّطة" أو "اللمحات العامة". فهي تُعطي القارئ لمحة عامة عما سيلي وقد تكون خطوطًا عريضة للقانون بأكمله أو جزءًا منه أو قسمًا مُحددًا. قد يكون من المفيد لواضعي الوثائق القانونية الخاصة النظر في هذه التقنية، لا سيما في الوثائق الطويلة أو المعقدة. يُعطي المخطط للقارئ نظرة شاملة على الوثيقة مُقدمًا النقاط الرئيسية والمفاهيم الأساسية في شكل مُلخّص. قد تكون اللغة عامية لأن المخطط لا يفترض تضمين أحكام موضوعية.

العنصر العاشر من عناصر الكتابة بلغة إنجليزية حديثة ومعيارية
الحيثيات

Element Ten: Recitals

تُعطي الحيثيات خلفيةً للوثيقة وتستخدم عادةً بصيغة "حيث" الشائعة. تُدرج أحيانًا بدافع العادة دون التفكير فيما إذا كانت تُحقق غرضًا من الوثيقة. وإذا لم تكن كذلك يُمكن التخلص منها بأمان. ومع هذا قد تُحقق الحيثيات غرضًا مفيدًا في أيدي مُحرري العقود ذوي الخبرة. أحيانًا تكون المعلومات الخلفية مفيدة في الوثيقة لإظهار من أين أتت الأطراف وما يعتزمون فعله. بهذه الطريقة يُمكن استخدام الحيثيات لتهيئة جوهر الصفقة لتكون بمثابة بيان للغرض وتُساعد في التفسير.

يمكن أن تخدم الحيثيات أيضًا أغراضًا أكثر تقنية ولا تقل من أهميتها. على سبيل المثال يمكن للحيثية أن تُنشئ حجة مانعة تمنع الطرف الذي أدلى بالبيان من إنكار حقيقة الأمر المذكور لاحقًا. يمكن أن تعمل الحيثية على نقل ملكية الأرض وهذا هو مبدأ "استكمال أثر الحجية المانعة" 'feeding the estoppel' ويحدث هذا عادةً عندما يذكر البائع الذي لا يملك سند ملكية أرض –والتي يُزعم أنه نقل ملكيتها بموجب صك نقل الملكية– في الصك أنه يملك سند الملكية. ووفقًا لهذا المبدأ إذا حصل البائع لاحقًا على سند ملكية الأرض فإن سند الملكية ينتقل إلى المشتري بموجب الحيثية دون الحاجة إلى أي نقل ملكية إضافي.

الباب التاسع

العيوب في الصياغة الشكلية للعقود

تتنوع عيوب الصياغة الشكلية للعقودومنها:

- قصور العقد أو بعض بنوده أو عدم كفايتها (Incompleteness or insufficiency of the contract or some of its clauses)
- الإسهاب والتكرار (wordiness and redundancy)
- اللغة الغامضة (obscure language)
- الإفراط في استخدام الفعل المساعد "shall" عند الكتابة بالإنجليزية (overuse of the modal verb 'shall')
- وجود أخطاء مادية وقانونية (Existence of material and legal errors)
- استخدام كلمات وعبارات محل نزاع مستمر في الدعاوى القضائية (constantly litigated words and phrases)

أقسام العيوب في الصياغة الشكلية

Sections of Defects in Contract Drafting Form

يمكن تقسيم عيوب الصياغة الشكلية إلى نقطتين يمكن مناقشتهما في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: العيوب الجوهرية في الصياغة (Substantive Drafting Errors)

وهي عيوب تمسّ مضمون العقد وفاعليته القانونية، وقد تؤدي إلى بطلانه أو نشوء نزاعات قضائية.

المبحث الثاني: العيوب الشكلية (أو الأسلوبية) (Formal or Stylistic Drafting Errors)

وهي عيوب لا تُبطل العقد عادة لكنها تؤثر على وضوحه وجودته وسهولة تفسيره.

العيوب الجوهرية في الصياغة (Substantive Drafting Errors):	
١	قصور العقد أو بعض بنوده وعدم كفايتها
٢	وجود أخطاء مادية وقانونية
٣	غموض بنود العقد وفقراته
٤	التناقض وعدم الانسجام

العيوب الشكلية (أو الأسلوبية) (Formal or Stylistic Drafting Errors):	
١	عيب الإسهاب والتكرار (wordiness and redundancy)
٢	الإفراط في استخدام الفعل المساعد "shall"
٣	استخدام اللغة الغامضة (obscure language)
٤	الترتيب غير المعتاد للكلمات (Unusual word order)
٥	استخدام كلمات وعبارات تثار حولها النزاعات القضائية بشكل متكرر. (constantly litigated words and phrases)
٦	استخدام جمل طويلة بلا مبرر (unduly long sense–bites)
٧	استخدام عبارات اسمية بدلًا من الأفعال (use of noun phrases in place of verbs)
٨	الإفراط في استخدام المبني للمجهول (Overuse of the passive)
٩	سوء استخدام التعريفات (Poor use of definitions)

المبحث الأول:
العيوب الجوهرية في الصياغة
Section One: Substantive Drafting Errors

١. قصور العقد أو بعض بنوده وعدم كفايتها:

فالصياغة عبارة ترجمة للأفكار الداخلية للمتعاقدين وتجسيدها من خلال استخدام الأدوات اللغوية في صورة أحكام وشروط ملزمة لطرفي التعاقد. وقد يحدث أن تأتي هذه الترجمة غير كاملة أو قاصرة ما يترتب عليه صياغة غير معبرة عن الإرادة الحقيقية لأحد المتعاقدين أو كليهما. فقد يأتي العقد غير شامل لجميع الأحكام والشروط التعاقدية التي يرغب الأطراف تضمينها في العقد حينها نكون أمام حالة قصور تؤدي إلى نزاعات مستقبلية كما هو الحال في عقود البيع التي تباع جاهزة في المكتبات التي لا تتضمن كافة البنود التي قد يحتاج أطراف العقد إلى الاستفادة من وجودها مستقبلًا.

٢. وجود أخطاء مادية وقانونية:

تؤثر على القيمة القانونية للعقد وعلى فعاليته في تحقيق الغرض المنشود. وغالبًا ما يكون مرد هذه الأخطاء إلى التسرع في صياغة بنود العقد وشروطه أو عدم إلمام الصائغ بالمبادئ الأساسية للعقود ومصطلحاتها القانونية. لذا على الصائغ التريث ومحاولة تقسيم عملية الصياغة إلى مراحل بحيث تكون مثلًا المرحلة الأولى لكتابة مسودة العقد والثانية لإعادة تنقيحها والثالثة لعرضها من هم أقدر منه على مراجعتها.

٣. غموض بنود العقد وفقراته:

يقصد بالغموض: عدم وضوح المعنى المراد من بنود العقد على وجه الدقة والتحديد. كاستخدام بعض الألفاظ والعبارات التي تحتمل التأويل على أكثر من معنى أو دلالة والذي قد يفتح الباب لمراجعة أحكام العقد في ضوء ظروف التعاقد وهو ما كان يمكن تجنبه من خلال الصياغة الواضحة غير المبهمة. يرجع الغموض إلى أمور عدة: كاستخدام عبارات مرنة تحتمل أكثر من معنى أو أن تأتي بعض فقرات البنود ناقصة أو متناقضة أو مشتملة على أخطاء مادية غير مقصودة تؤدي إلى غموض المعنى المراد منها أو الأخطاء في الترجمة أو في الصياغة اللغوية وغيرها.

٤. التناقض وعدم الانسجام:

كأن تأتي بعض بنود العقد وفقراته غير متجانسة أو متوافقة مع بعضها البعض أو مع بعض النصوص القانونية الآمرة. ولا شك في أن هذا التناقض من العيوب التي قد تشوب عملية الصياغة. لذا يتوجب على الصائغ مراعاة ذلك ومحاولة تناول صياغة بنود العقد ومحتوياته بدقة وعناية كبيرة وأن يكون لديه مهارة عالية واطلاع واسع على التشريعات القوانين والتشريعات التي تتناول تنظيم المحل موضوع العلاقة التعاقدية بين الطرفين.

المبحث الثاني
عيوب شكلية (أو أسلوبية)
Section Two: Formal or Stylistic Drafting Errors

تتمثل هذه العيوب في التالي:

١) عيب الإسهاب والتكرار (wordiness and redundancy):

فالعقل القانوني يجد جاذبية مغناطيسية في الإسهاب والمبالغة، وإن كانت تُضفي على الكتابة القانونية تميزها إلا أنها دائمًا غير ضرورية لغويًا وقانونيًا، إذ تؤدي إلى إضعاف القارئ. فالإسهاب ينبع من محاولة زائفة للدقة وإظهار الأهمية إذ يأمل واضع المسودة من خلال تكديس الكلمات أن يغطي كل ظرف يمكن تصوره كما لو أنه يضمن الدقة بثقل الكلمات لكن الحقيقة هي أنه يمكن التعبير عن المراد ببساطة أكبر وبنفس الفعالية.

٢. الإفراط في استخدام الفعل المساعد "shall":

يُعدّ استخدام "shall" السمة المميزة للكتابة القانونية التقليدية. فعندما يُريد المحامون التعبير عن آرائهم بأسلوب رسمي يُستخدَم القعل المساعد "shall". وتنتشر هذه الكلمة بكثرة في معظم كتب السوابق القضائية وتجد طريقها إلى الوصايا وعقود نقل الملكية وعقود الإيجار وجميع أنواع العقود.

٣. استخدام اللغة الغامضة (obscure language):

يدافع المحامون عن اللغة التي يستخدمونها بحجة أنها ضرورية للفعالية القانونية لكن الفعالية القانونية والغموض رفيقان غريبان وكذلك الغموض والدقة. في أغلب الأحيان يكون للغة البسيطة نفس التأثير القانوني للغة الغامضة ويمكن أن تكون دقيقة بنفس القدر. لتجنب الغموض يمكن حذف الكلمات والعبارات غير الضرورية في محاولة لكتابة لغة حديثة وواضحة.

٤. الترتيب غير المعتاد للكلمات (Unusual word order):

غالبًا ما يعتمد المحامون ترتيبًا غير معتاد للكلمات. فيما يلي بعض الأمثلة النموذجية المأخوذة من وثائق تُصاغ تقليديًا: حق الملكية المطلق أو التام (title absolute)، من وقت لآخر وفي جميع الأوقات خلال مدة الإيجار المذكورة، لإجراء إصلاحات كافية وكبيرة (from time to time and at all times during the said lease well and substantially to repair)، المستندات التي يُلزم القانون البائع بتقديمها (such documents as the vendor is required by legislation to furnish).

لا تُسبب مثل هذه الأمثلة أي إزعاج للمحامين، إذ يصبح عكس ترتيب الكلمات أمرًا طبيعيًا بالنسبة لهم. لكنها تُزعج غير المحامين غير المُلِمّين بمثل هذه التناقضات اللغوية.

٥. استخدام كلمات وعبارات تثار حولها النزاعات القضائية بشكل متكرر. (constantly litigated words and phrases):

هناك مخاطر للإفراط في الاعتماد على السوابق القضائية كوسيلة مساعدة للتفسير. يميل الصائغ التقليدي إلى افتراض ضرورة الاحتفاظ بالكلمات والعبارات التي تُثار حولها النزاعات القضائية بشكل جيد اعتقادًا منه أن الوثائق تستفيد من هذا النقد القضائي للمعنى. ومع ذلك من المنطقي أكثر أن نشك في الكلمات والعبارات التي تُثار حولها النزاعات القضائية بشكل متكرر لأن تكرار النزاعات القضائية يوحي بوجود مشكلة جوهرية في المعنى. يجب بالتأكيد تجنب أي كلمة أو عبارة تسببت في نزاعات قضائية متكررة. نستحضر مثالين مألوفين للجميع: (بذل قصارى الجهد) "best endeavours" و(على الفور) "forthwith".

استخدام عبارة (قصارى الجهد) "best endeavours" في المشاريع المهنية: خطير للغاية، نظرًا لما يُضفيه من غموض وانفتاح على الالتزام المتعهد به. لهذا السبب حذّرت نقابة المحامين في إنجلترا وويلز المحامين من إعطاء تعهد يتضمن "بذل أفضل الجهود".

أما عبارة (على الفور) "forthwith": مفتوحة للغاية بحيث لا تسمح باليقين. الاستنتاج بأن التفسير القضائي لمعنى كلمة أو عبارة يتطلب الاحتفاظ بها. في الواقع يكون العكس هو الصحيح. يجب على المحررين الحذر من الكلمات أو العبارات التي تُثار حولها نزاعات متكررة خشية أن يُدمجوا في وثائقهم نفس حالة عدم اليقين التي أدت إلى النزاع بشأنها.

٦. استخدام جمل طويلة بلا مبرر (unduly long sense–bites):

من سمات الصياغة القانونية التقليدية: وجود نصوص طويلة مترابطة وعندما يقترن ذلك بغياب متعمد لعلامات الترقيم وغياب الفقرات والمسافات البادئة ينتج نصًا غير مفهوم يُربك الفهم. تتوافر تقنيات لتقسيم النص إلى أجزاء سهلة الفهم مثل: استخدام جمل أقصر واستخدام نظام الفقرات والفقرات الفرعية والمسافات البادئة.

٧. استخدام عبارات اسمية بدلًا من الأفعال (use of noun phrases in place of verbs):

ففي اللغة القانونية: لا "يقرر" أطراف الوثائق القانونية القيام بشيء ما بل "يتخذون قرارًا". لا "يُحلون" الأمر بل "يُصدرون قرارًا". لا "ينهون" عقد ملكية مشترك بل "يُنفّذون فسخًا". قد يُعتقد أن هذه الممارسة في التسمية تُضفي طابعًا رسميًا على النبرة ولكنها تُضعف التواصل الفعال.

الأفعال: وخاصة الأفعال القوية، تُعزز التواصل وتُساعد على جعل الكتابة أكثر مباشرة.

وللمزيد حول الأسلوب الذي انتقل من اللغات الأجنبية إلى العربية وكيفية العودة إلى العربية الفصيحة بدلا من الهجينة برجاء مراجعة كتاب (العرنجية).

٨. الإفراط في استخدام المبني للمجهول (Overuse of the passive):

رغم أن جميع النصوص الكتابية – بما في ذلك النصوص القانونية - تشير إلى أن صيغة المبني للمعلوم تُوصل الرسالة بفعالية أكبر فالمبني للمعلوم أكثر مباشرة، ويُوصل الرسالة بوضوح. أما المبني للمجهول أقل مباشرة مما يُشوّش الرسالة. كما يُمكن أن تحجب صيغة المبني للمجهول هوية الشخص المُكلّف بفعل شيء ما مما يدفع الصائغ إلى إغفال أمور مهمة.

قد يُنَص على ما يلي: "يُدعى إلى اجتماع المجلس شهريًا"، والسؤال: من سيدعو إلى الاجتماع؟ لو صيغت هذه الفقرة بصيغة المبني للمعلوم لكان هذا السؤال واضحًا للصائغ. يشترط المبني للمعلوم على الصائغ تحديد الشخص الذي يملك ليس فقط الصلاحية بل أيضًا واجب الدعوة إلى الاجتماع. قد يكون ذلك مهمًا في تحديد ما إذا كانت الدعوة إلى الاجتماع صحيحة - أي من قِبل الشخص المناسب. يميل المحامون إلى استخدام صيغة المبني للمجهول غريزيًا. من الأفضل تجنب صيغة المبني للمجهول إلا إذا اتخذ الصائغ قرارًا مُبررًا باستخدامها.

٩. سوء استخدام التعريفات (Poor use of definitions):

من مشاكل سوء استخدام التعريفات:

أ) استخدام تعريفات مُوسّعة أو مبالغ فيها (Stretched definitions).

غالبًا ما تُوجد تعريفات مُوسّعة مع الأحكام الاعتبارية. ونعني بـ "الموسّعة" التعريفات التي تُعطي الكلمة معنى يتجاوز ما يتوقعه القارئ. هذه التقنية غير المجدية ضارة بشكل خاص عندما يكون للكلمة معنى عام مفهوم جيدًا. إن معظم الكلمات في الاستخدام اليومي تنقل جوهرًا مشتركًا من الفهم وتصبح مهمة القارئ أكثر صعوبة عندما يتم توسيع كلمة ذات جوهر مقبول من المعنى لتعني ما هو غير متوقع.

هناك أيضًا:

ب) مشكلة الإفراط في التعريف.

وهي منتشرة في الوثائق القانونية الحديثة. حيث يشعر واضعو النصوص القانونية بأنهم مُجبرون على تعريف كل مصطلح حتى المصطلحات التي تُستخدم مرة واحدة فقط أو في بند واحد فقط. والنتيجة هي صفحات متتالية من التعريفات. تصبح الوثيقة طويلة ومعقدة ويُجبر القارئ على التنقل بين الأحكام الموضوعية والتعريفات. يُعد التعريف غير ضروري إذا كان معنى الكلمة أو العبارة واضحًا أو يُمكن استنباطه بسهولة من السياق. كما أنه ليس من الضروري تعريف كلمة أو عبارة لمجرد أنها تقنية أو غير عادية. ومع ذلك إذا كان التعريف مطلوبًا حقًا فلا ينبغي تجنبه لمجرد استخدامه مرة أو مرتين فقط. لقد أُدينت هذه الممارسة ولكنها لا تستحق بأي حال من الأحوال الازدراء المُوجه إليها.

هناك مشكلة أخرى هي:

ج) **إخفاء عنصر فعال (التمويه أو الحشو).**

يعد تعريف "الحشو" شكلاً منحرفًا من التعريفات. ويقصد به: التعريف الذي يحمل عنصرًا فعالًا. مثال على ذلك مأخوذ من عقد بيع أرض: يعني "تاريخ الإتمام" ٣٠ يونيو/ حزيران ٢٠٠٦، وفي ذلك التاريخ: (يجب على المشتري دفع ثمن الشراء وإعفاء البائع من جميع الضرائب والرسوم المستحقة على العقار).

يتجاوز هذا مجرد تعريف مصطلح "تاريخ الإتمام". فباستخدامه كتعريف، يفرض التزامات تعاقدية. والنتيجة هي إخفاء الالتزامات الفعالة في جزء من الوثيقة لا يتوقع القارئ العثور عليها. لا تُبطل هذه التقنية الوثيقة، ولكنها تُزعج القارئ وتُعيق فهمه.

الباب العاشر

كيف تقرأ وتراجع عقدًا؟

يميل الناس إلى التردد في قراءة العقود لسبب وجيه إذ يبدو العقد في الغالب خصمًا مهيبًا. يتأمل القارئ صفوف الشروط والأحكام المنتظمة في صفوف محكمة يفكر في مهاجمتها ثم يقرر سريعًا التراجع. لا ينبغي أن يثير هذا دهشتنا إذ إن معظم الناس لا يعرفون كيف يقرؤون العقود. إنهم يعرفون القراءة في حد ذاتها غير أن البحث في عملية القراءة يخبرنا أن هناك قراءة تختلف عن قراءة. إن "البروتوكولات" - أي الإجراءات والمهارات - التي يوظفها القارئ عند قراءة رواية ليست ذاتها التي يستخدمها عند قراءة قصيدة أو قانون أو عقد. ورغم أننا يجب أن نعرف هذه البروتوكولات لقراءة كل نوع من النصوص، إلا أننا نادرًا ما نتعلمها صراحة.

عادةً ما يُقال ببساطة: "اقرأ العقد" ويُترك لنا التصرف. وبما أن الذين يعرفون كيف يقرؤون العقود يكونون غالبًا غير واعين بالبروتوكولات التي يوظفونها، فإن قيمتهم كمعلمين تكون محدودة. إنهم يعرفون كيف يقومون بذلك لكنهم لا يستطيعون أن يوضحوا لك كيف يفعلون ذلك. الهدف هنا شرح البروتوكولات الضمنية التي يستخدمها القارئ الخبير للعقود.

تقرأ العقود في سياقات متعددة، إلا أن البروتوكولات تبقى في جوهرها واحدة في كل السياقات. وهذه بعض النقاط قبل الكلام عن كيفية قراءة ومراجعة العقود.

أولًا: ما أوقات قراءة العقود؟

أ) قد تقرأ العقود أحيانًا بعد الواقعة: أي بعد أن تكون قد وافقت على الشروط. فمثلًا قد يُخرج المؤمن له عقد التأمين ليعرف ما إذا كان يملك حق المطالبة بعد وقوع خسارة، أو قد يشير العميل إلى بند معين لمحاميه ليتحقق مما إذا كان الطرف الآخر قد أخلّ بالشروط المتفق عليها.

ب) أحيانًا أخرى تقرأ قبل الواقعة: فمثلًا قد يقرأه المحامي لينصح عميله بالشروط التي يمكن التفاوض بشأنها أو قد يقرأه العميل ليقرر ما إذا كان سيوقعه. وأهمية تحديد وقت القراءة أنه عند القراءة بعد الواقعة غالبًا ما تبدأ بالبند محل النزاع ثم تعود إلى الوراء لتضعه في السياق العام للاتفاق. أما عند القراءة قبل الواقعة فغالبًا ما تفعل العكس: تبدأ بالموضوع العام للعقد لتضع البنود التفصيلية في إطارها.

ثانيًا: ما أهداف قراءة العقود؟

قد تختلف بحسب الموقف. فإذا كنت تقرأ عقدًا عبر الإنترنت فلن يكون لديك مجال للتفاوض بشأن شروطه. وقد يكون هدفك تحديد حقوقك والتزاماتك بموجب العقد المقترح لتقرر ما إذا كنت ستدخل في الصفقة أو - إن كنت قد قررت الدخول فيها على أي حال - أن تفهم على الأقل ما الذي التزمت به. أما إذا كنت محاميًا يقرأ عقدًا مقترحًا على عميل فقد يكون هدفك التفاوض على شروط تحمي مصالح عميلك. ولكن وبغض النظر عن توقيت قراءتك أو أهدافك منها، فإن البروتوكولات تقتضي أن تأخذ منظورين: منظورًا ضيقًا لفحص اللغة التفصيلية بدقة ومنظورًا واسعًا لرؤية هذه التفاصيل في سياق الصفقة وقانون العقود.

خصائص قراءة العقود

Features of Contract Reading

تشير الخصائص التالية إلى بعض الفروق الجوهرية بين قراءة العقود وأنواع أخرى من القراءة إذ تتميز قراءة العقود بالخصائص التالية:

١. أنها قراءة غير خطيّة (Nonlinear): لا تبدأ من البداية وتنتهي عند النهاية.

- عليك أن تتحرك بين أجزاء العقد المختلفة لجمع المعلومات وإدراك العلاقات بين أجزائه.

٢. أنها قراءة تخيلية (Imaginative): تتأمل المستقبل وكيف يمكن للنص أن ينظّم ذلك.

- العقود وإن كانت تُصاغ في الحاضر إلا أنها تحكم المستقبل. لذلك يجب أن تستخدم خيالك لتتوقع ما قد يحمله المستقبل وتقرر ما إذا كان العقد ينظّم ذلك.

٣. أنها قراءة غير حرفيّة (Nonliteral): تضف نصوصًا غير موجودة على الصفحة.

- مثل: قواعد قانون العقود واللوائح التنظيمية المطبقة والعرف والسوابق العملية، فكلها تشكل نصوصًا إضافية يجب أخذها في الاعتبار.

٤. أنها قراءة تحويلية (Transformative): تبحث عن الفرص لتغيير النص.

- فالنص ليس دائمًا ثابت قد تتاح لك الفرصة لتغييره من خلال إعادة الصياغة أو التفاوض.

٥. قراءة تكرارية (Iterative): تستكشف النص مرات عديدة لأغراض مختلفة.

– فالعقد نص معقد لا يمكن فهم دلالة كل شرط فيه من خلال قراءة واحدة فقط. سواء كنت تقرأ العقد قبل إبرامه أو بعده،

ومهما كان هدفك، فإن قراءة العقد تستلزم استكشاف النص مرات عديدة ولأغراض مختلفة.

الدخول للجانب العملي في هذا الفصل:

تنقسم عملية قراءة العقد (أو جولات القراءة والمراجعة) إلى خمس جولات (passes)، كل جولة منها هي بمثابة "تمشيط" للنص ولكل جولة غرض أساسي يميزها. إن الحدود بين هذه الجولات ليست صارمة هناك قدر كبير من التداخل بينها فخلال الجولات الأربع الأولى مثلًا ستجمع معلومات ستقوم بتقييمها في الجولة الخامسة.

الجولة الأولى

التوجيه (Orientation).

في هذه الجولة ستكتشف الموضوع العام للعقد وطبيعة العلاقة القانونية بين الأطراف. كما ستبدأ في ملاحظة البنية التي يقوم عليها العقد. بعد ذلك ستتوقف للتفكير في أهداف الأطراف وكيف يمكن أن تنعكس تلك الأهداف في العقد.

هناك ٣ خطوات تشكل هذه الجولة:

١) تحديد الموضوع العام للعقد:

الموضوع العام للعقد هو: طبيعة الصفقة والعلاقة القانونية بين الأطراف. على سبيل المثال: قد يكون عقد إيجار بين مالك ومستأجر لشقة سكنية أو عقد بيع بضاعة بين بائع تجاري ومشتري مستهلك.

لتتعرف على الموضوع العام للعقد ابحث عن الإجابة في المصادر التالية:

أ. وصف الصك / أو الأداة (Description of the Instrument)

ب. العنوان (Caption)

ج. الديباجة أو التمهيد (Recitals)

د. التبادل الأساسي للوعود (The primary exchange of promises)

٢) الكشف عن هيكل العقد:

لفهم العقد من المهم دراسة تكوينه.

قد تبدو العقود ككتلة صلبة لكن لها أنماط داخلية.

إدراك هذه الأنماط يميز القارئ المبتدئ عن الخبير.

أ. هل العقد تأسيسي (Foundation) أم عقد كبير وتفصيلي؟

* بعض العقود مجرد أساس: تبادل أساسي للوعود مع تفاصيل تضاف لاحقًا (النموذج الأوروبي/ الياباني).
* بعضها تفصيلي جدًا: يحاول معالجة كل احتمال (النموذج الأمريكي).

ب. هل العقد مرحلي (Stepping stone) أم اتفاق نهائي (Final agreement)؟

* قد تكون الاتفاقية مجرد خطوة أولى مثل مذكرة تفاهم أو خطاب نوايا.
* أو قد تكون اتفاقًا نهائيًا، حتى لو كان مختصرًا.

ج. ما الأجزاء المكوّنة للعقد؟ What are the parts of the contract?

قد تشمل هذه الأجزاء:

* وصف الصك (Description of the instrument)
* العنوان (Caption)
* الديباجة (Recitals)
* لغة الانتقال (Language of transition)
* التعريفات (Definitions)
* النصوص التشغيلية (Operative language)

- هي قلب العقد (التزامات المؤجر/ المستأجر، البائع/ المشتري...)

* البنود الشكلية/ النمطية (Boilerplate terms)

- هي القواعد العامة (مثل الاختصاص القضائي، القوة القاهرة، القابلية للفصل)

* الإقفال (Closing)

٣) النظر إلى المعاملة ضمن خلفية أوسع:

بعد تحديد الموضوع والهيكل توقف قليلًا للتفكير:

أ. **ما هي أهداف الأطراف؟ What are the goals of the parties?**

تخيّل: ما الذي يريده كل طرف؟ ماذا يحاول حمايته؟

يساعدك هذا على فهم البنود (التوقع <- المعالجة في العقد <- الحماية بالعلاج).

ب. **ما هي القواعد القانونية للعقود المطبقة؟**

What are the applicable rules of contract law?

القانون يضع "قواعد افتراضية" (Default rules) مثل إعدادات الكمبيوتر.

إذا لم ينص العقد على أمر يطبّق القانون.

مثال: إذا لم يدفع المشتري الثمن في الموعد، فإن القانون يمنح البائع حق رفع دعوى لاسترداد المبلغ.

ج. **هل هناك لوائح تنظيمية واجبة التطبيق؟**

Is there applicable regulation?

أحيانًا يفرض القانون أو يمنع شروطًا معينة.

مثل: قوانين الإيجار السكني تحدد كيفية الإخلاء بغض النظر عما ينص عليه العقد.

الجولة الثانية

التفسير (Explication).

في المراجعة السابقة (التوجيه) درست هيكل العقد وفصلتَ البنود النمطية عن بقية الالتزامات الجوهرية وفي هذه المرحلة ستقوم بما يلي:

- تحديد البنود الشكلية أو النمطية (**Boilerplate**).
- التركّيز على حقوق كل طرف وواجباته.
- استكشاف متى تكون هذه الحقوق والواجبات معلّقة صراحةً على تحقق حدثٍ معين.

هناك ٣ خطوات تشكل هذه الجولة:

١) تحديد البنود النمطية (Boilerplate terms):

قبل أن تنتقل إلى البنود التي تنظم العلاقة القانونية الجوهرية بين الأطراف في صفقة معينة من المفيد أن تعزل البنود النمطية أولًا. هذه البنود لا تحدد حقوقًا أو التزامات مباشرة لكنها تُقر القواعد الإجرائية التي اتفق الأطراف على اتباعها في ظروف معينة. وغالبًا ما تتكرر تقريبًا في كل عقد لكن:

* لا يمكن إهمالها لمجرد أنها "معتادة".
* عليك فحصها بعناية لمعرفة إن كانت مكتوبة بصيغتها التقليدية أو تم تعديلها لتناسب الصفقة.

من أمثلة هذه البنود: بند القوة القاهرة (Force Majeure):

في المعتاد: يعفي من التنفيذ عند وقوع أحداث غير متوقعة خارجة عن الإرادة. وأحيانًا: يحدد أحداثًا معينة.

وأحيانًا أخرى: يُغيّر القاعدة الافتراضية ليقرر أن "لا شيء" يعفي من التنفيذ.

* حتى لو بدت مملة، لا يمكنك تجاوز البنود النمطية.

ومن أمثلتها:

- شرط الدمج (Merger)

* يجيب هذا البند على سؤال: إذا قررنا تغيير العقد لاحقًا هل التعديل الشفهي يكفي؟

الصيغة المعتادة: "أي تعديل لا يكون نافذًا إلا إذا كان مكتوبًا وموقعًا من الطرفين".

الأفضل: أي وعود يجب أن تُكتب قبل التوقيع.

- التعديل (Modification)

* يجيب هذا البند على سؤال: أين يوجد اتفاقنا؟ وهل الالتزامات غير المكتوبة في العقد ملزمة؟

الأفضل: احرص دائمًا على كتابة التعديلات.

- التنازل والتفويض (Assignment and delegation)

* يجيب هذا البند على سؤال: هل يمكن للطرف أن يُحوّل التزاماته أو حقوقه لطرف ثالث؟

إذا كنت تريد التنفيذ من نفس الطرف المتعاقد معه، يجب النص صراحةً على عدم جواز التفويض.

- القوة القاهرة (Force majeure)

* يجيب هذا البند على سؤال: ماذا لو استحال التنفيذ بسبب أحداث خارجة عن الإرادة؟

- **قابلية الفصل (Severability)**

* يجيب هذا البند على سؤال: إذا كان جزء من العقد باطلًا هل يبقى الباقي ساريًا؟

- **العناوين (Headings)**

ينص على أن العناوين مجرد وسيلة تنظيمية ولا تؤثر على التفسير.

- **تسوية المنازعات (Dispute resolution) وتشمل غالبًا:**

* التحكيم (Arbitration)، لا يُفترض إلا إذا نُص عليه صراحةً.
* اختيار القانون الواجب التطبيق (Choice of law)، أي نظام قانوني يطبق؟
* اختيار المحكمة أو المنتدى (Choice of forum)، أين تُرفع الدعوى؟
* أتعاب المحاماة (Attorneys' fees)، القاعدة الافتراضية أن كل طرف يدفع لمحاميه لكن قد يُنص أن الخاسر يتحمل أتعاب الفائز.

٢) تحديد حقوق والتزامات كل طرف:

بعد فرز البنود النمطية حان وقت تحديد الحقوق والواجبات عبر:

- **تحديد الوعود (Identify promises)**

ابحث عن ألفاظ مثل: shall will must agrees to

مثال (إيجار سكني):

يدفع المستأجر ١٠٠٠ دولار في أول كل شهر
يلتزم بالعناية بالمكان
لا يستخدم العقار إلا للسكن العائلي
لا يغيّر الأقفال أو يضع مسامير

* يلاحظ أن كل التزامات المستأجر تقابلها حقوق للمالك.

- الانتباه إلى الوعود الخارجة عن الأعراف المعتادة

Watch for promises that are beyond customary norms

بعض البنود قد تكون غير قانونية أو "مجحفة" (Unconscionable).

مثال: عقد عمل يمنع الموظف من العمل في نفس المجال لـ ٣ سنوات بعد انتهاء العقد <- بند تقييدي يحتاج إلى مراجعة مشروعيته.

- **تحديد مدة العقد (Duration):**

* تحقق من تاريخ البداية والنهاية.
* راقب شروط التجديد.
* إذا لم يُحدد ميعاد الأداء، فالقانون يفرض "مدة معقولة".

- **تحديد الشروط المسبقة (Conditions).**

الشرط هو: حدث يجب أن يقع قبل استحقاق التزام. قد يكون الشرط:

* خارج سيطرة الطرفين (مثال: رفع حظر التصدير).
* بيد الطرف نفسه (مثال: شرط حصول المشتري على تمويل).
* بيد الطرف الآخر (مثال: تقديم إثبات وفاة لشركة التأمين).

= **أحيانًا يكون الشرط صريحًا (express)، وأحيانًا ضمنيًا (implied).**

* اسأل: من الذي يتحكم في وقوع الحدث؟
* لا أحد من الطرفين؟ * أم الطرف الذي يتوقف أداؤه على وقوع الحدث؟
* أم الطرف الآخر؟

٣) النظر في إنشاء رسم بياني / أو مخطط توضيحي (Consider creating a graphic).

* الرسوم البيانية أو الجداول تساعد على تصور "من عليه ماذا ومتى".

مثال: عقد سمسرة يوضح متى يستحق السمسار عمولته (عند إيجاد مشتري أو إتمام البيع بأي وسيلة أو بيع لاحق لمشتري قدمه السمسار).

* يمكن إعادة صياغتها كجمل شرطية (IF -> THEN).

الجولة الثالثة

الاستنباط (Implication)

في هذه الجولة، سَتُدخل إلى العقد شروطًا وأحكامًا غير منصوص عليها صراحةً فيه. وستواصل استكشاف العلاقات بين بنود العقد ولا سيما تلك العلاقات غير المصرح بها صراحة.

- إن تحديد التزامات الأطراف يكون أسهل عندما تُذكر الشروط صراحةً في العقدلكن من صعوبة قراءة العقود أن الشروط لا تظهر دائمًا بوضوح. فلماذا يستبعد الأطراف بعض الشروط من العقود المكتوبة؟

* قد يكون ذلك بسبب التسرّع أو الإهمال.
* أو لأنهم لم يرغبوا في الدخول في التفاصيل.
* أو لأنهم لم يتوقعوا كل الاحتمالات.
* وأحيانًا يكونوا قد توقعوها لكنهم تجنبوا إثارتها خوفًا من تعريض الصفقة للخطر.

ومن غير العملي ولا المرغوب فيه أن يُخطط العقد لكل ما يمكن أن يحدث. لكن عندما تعكس على أهداف الأطراف وتطرح أسئلة "ماذا لو"، قد تجد أن هناك شروطًا كان ينبغي إدراجها.

في هذه المراجعة، ستُدخل ثلاثة أنواع من الشروط غير المنصوص عليها في العقد:

القواعد الافتراضية (Default rules)

الشروط الضمنية (Implied conditions)

العادات التجارية وسوابق التعامل وأسلوب التنفيذ (Trade usage course of dealing course of performance).

*** هناك إذًا ٣ خطوات تشكل هذه الجولة:**

١) استحضار القواعد الافتراضية (Read in the default rules):

عندما يغفل الأطراف شرطًا ما، فإن قانون العقود عادةً ما يوفّر القاعدة الافتراضية التي تملأ هذا الفراغ.

* لتحديد القواعد الافتراضية:

- إذا كنت على دراية بالمجال، سيكون الأمر أسهل.
- إذا لم تكن مطلعًا على نوع المعاملة، قد تحتاج إلى بحث.

ثم تسأل:

- هل الشرط مفقود وبالتالي يجب إدخال القاعدة الافتراضية؟
- هل نصّ العقد أصلًا على القاعدة الافتراضية؟
- أم غيّر العقد القاعدة الافتراضية؟

مثال: العقد ينص على: "البائع يُسلم ١٠٠ قطعة في ١ يونيو".

لم يُحدد الجودة. القاعدة الافتراضية (وفقًا للقانون التجاري الأميركي U.C.C § ٢-٣١٤): التاجر يضمن ضمنيًا أن البضائع صالحة للغرض المعتاد. حتى لو لم يُذكر، يجب إدخال هذا الضمان.

إذا نص العقد: "البائع يعد بأن القطع صالحة للاستعمال" <- مجرد تكرار للقاعدة الافتراضية.

إذا نص: "البضائع تُباع كما هي (AS IS)" <- هنا غيّر العقد القاعدة الافتراضية وأسقط الضمان. على المشتري أن ينتبه لذلك عند التفاوض.

---

(١) الفرق بين الشروط الضمنية (Implied conditions) والقواعد الافتراضية (Default rules) من أهم ما يميز تحليل العقود المتقدم. فالقواعد الافتراضية (Default Rules) هي:

* قواعد يضعها القانون وتُطبق تلقائيًا على العقد إذا لم يتفق الطرفان على غيرها.

* يمكن للطرفين تجاوزها أو تعديلها بالاتفاق الصريح في العقد.

فلو نص القانون على وجوب التسليم خلال (مدة معقولة) واتفق الطرفان على مدة التسليم، غلب اتفاقهما نص القانون (أي: القاعدة الافتراضية).

* أما الشروط الضمنية (Implied Conditions) فهي:

* شروط لا ينص عليها صراحة، لكن يُفترض وجودها لأنها ضرورية لعمل العقد أو لتحقيق العدالة بين الأطراف.

* أحيانًا يستخلصها القاضي من طبيعة التعاقد أو من نية الطرفين أو من العرف.

* لا يمكن للأطراف دائمًا إلغاؤها إذا كانت مرتبطة بجوهر العقد.

* كما في عقد البيع، فهناك شرط ضمني أن المبيع صالح للاستعمال العادي، حتى لو لم يذكر في العقد.

٢) استحضار الشروط الضمنية (Read in the implied conditions)[١]:

في المراجعة السابقة، حددت الوعود. الآن، تسأل: هل العلاقة بين هذه الوعود تُشكل شرطًا ضمنيًا؟

الشرط هو حدث يجب أن يقع قبل أن يصبح الالتزام مستحقًا.

يمكنك تحديد الشروط الضمنية عبر الأسئلة التالية:

أ) **هل يُعد تنفيذ أحد الطرفين بالكامل شرطًا لتنفيذ الطرف الآخر بالكامل؟**

مثال: البائع يعد بتسليم السلعة.

المشتري يعد بدفع ١٠,٠٠٠ عند التسليم.

لا توجد شروط صريحة.

القاعدة الافتراضية: أداء أحد الأطراف مشروط بأداء الطرف الآخر.

إذا رفض المشتري الدفع عند التسليم، لا يلزم البائع بالتسليم.

ب) **من الذي يؤدي الالتزامات أولاً؟**

* إذا كان التنفيذ متزامنًا يمكن جعل الالتزامات مشروطة ببعضها.
* إذا نفذ طرف أولًا يصبح "دائنًا" للطرف الآخر ويخسر القدرة على تعليق تنفيذه.

مثال: البائع يُسلم السلعة الآن والمشتري يدفع بعد ٣٠ يومًا.

هنا التزام البائع مستقل وقدّم ائتمانًا للمشتري.

مثال آخر: **بناء منزل بـ ٣٠٠٫٠٠٠ القاعدة الافتراضية**: المقاول يبدأ أولًا لأنه يحتاج وقتًا للبناء. ويأخذ مخاطرة عدم الدفع.

ج) **هل قام الطرف الذي نفذ أولاً بحماية نفسه؟**

* إذا سلّم البائع السلعة قبل قبض الثمن يتحمل خطر عدم الدفع.
* لذلك قد يطلب:

- ضمانًا عينيًا (حق استرداد البضاعة إذا لم يُدفع الثمن).

الجولة الرابعة

المعالجة (Remediation).

غالبًا ما يهمل الأطراف بعض الشروط لأنهم معتادون على ممارسات شائعة في مجالهم التجاري، فيفترضون أنها جزء من العقد.

لكن هذه الافتراضات قد تكون خطيرة إذا:
* كان أحد الأطراف غير معتاد على هذه الممارسات.
* أو إذا أراد أحد الأطراف تغييرها.

= في هذه الجولة، ستتبيّن العواقب المترتبة على عدم تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم. بعض هذه العواقب منصوص عليها صراحة في الاتفاق بينما يجب استنتاج البعض الآخر.

عرفت في الجولة الأولى: جولة التوجيه (Orientation) أهمية تطبيق أسلوب "ماذا لو" (What-if) على العقد للتنبؤ بالمستقبل. هذه العملية بالذات تزداد أهمية في مجال المعالجة لأنك دائمًا بحاجة إلى أن تسأل: ماذا يحدث إذا لم يفعل أحد الأطراف ما وعد به؟

في هذه المرحلة سترى أن عدم التنفيذ ليس دائمًا إخلالاً بالعقد. لكن إن كان إخلالًا فإن سبل الانتصاف (remedies) التي يوفرها قانون العقود وأحكام العقد نفسها ستدخل حيّز التطبيق.

*** هناك ٣ خطوات تشكل هذه الجولة:**

١) هل يُعدّ عدم التنفيذ إخلالًا بالعقد؟
قد يُعفى عدم التنفيذ في الحالات التالية:
أ. تغير الظروف (Changed circumstances).
قد يُعفى عدم التنفيذ بسبب حدث غير متوقع مثل الكوارث الطبيعية (Act of God). تحقق من بند القوة القاهرة (Force Majeure) أو القواعد الافتراضية لمعرفة الحالات التي تعفي من عدم التنفيذ.

ب. التعديل أو التنازل (Modification or Waiver).

قد يعدل الأطراف العقد بحيث لا يكون هناك عدم تنفيذ وفقًا للشروط الجديدة. أما التنازل فقد ينشأ عن سلوك أحد الأطراف الذي يولّد اعتقادًا معقولًا لدى الطرف الآخر بأن عدم التنفيذ لا يُعد إخلالًا.

ج. عدم تحقق شرط من شروط العقد (Nonoccurrence of a Condition).

إذا كان الأداء مشروطًا بحدوث واقعة معينة ولم تحدث، فإن عدم التنفيذ يكون مبررًا.

د. العرف التجاري (Trade Usage).

قد يبرر العرف التجاري عدم التنفيذ. مثال: السماح بانحراف ٥٪ عن الجودة المحددة في تجارة معينة.

٢) إذا لم يكن عدم التنفيذ معفيّ فما الذي يحدث؟

في هذه الحالة تكون النتائج كالتالي:

أ. يجوز للطرف غير المخلّ أن يطالب بالتعويضات (Damages).

القاعدة الافتراضية: الطرف غير المخلّ يستحق التعويض الذي يضعه في الوضع الذي كان سيؤول إليه لو تم تنفيذ العقد.

ولتحديد التعويضات:

١. اسأل: ما الذي كان سيحصل عليه الطرف غير المخلّ لو تم تنفيذ العقد؟

٢. ابحث عن الشروط الصريحة المتعلقة بالتعويضات. يجب مراجعة هذه البنود وفهم علاقتها ببعضها.

ب. قد لا يكون الطرف غير المخلّ ملزمًا بتنفيذ التزامه المقابل.

ويتوقف ذلك على ما إذا:

١. لم يتم تقديم كامل الأداء.

٢. تم تقديم جزء من الأداء فقط.

٣. لم يتم تقديم الأداء في الوقت المحدد.

ج. أنشئ تمثيلًا بصريًا (مخططًا) لتوضيح ذلك.

٣) ابحث عن الشروط التي تتناول سبل الانتصاف/ أو المعالجة (remedies). وقد تشمل:

أ. التنفيذ العيني (Specific performance).

يعني: المطالبة بالأداء الفعلي بدلًا من التعويض المالي (مسموح به عادةً في العقارات والأشياء الفريدة).

ب. التعويضات الاتفاقية (Liquidated damages).

يقصد بها: تحديد قيمة التعويض مسبقًا بشرط ألا تكون جزائية.

ج. تقييد طرق المعالجة (Limitation of remedies).

مثل قصر التعويض على مبلغ محدد.

د. تسوية المنازعات (Dispute resolution).

مثل التحكيم أو تحديد القانون الواجب التطبيق

ر. تحديد المعالجة القانونية/ أو وسيلة الانتصاف (Specifying a Remedy):

النص صراحةً على أن إخلالًا معينًا يُعد جوهريًا ويعفي الطرف الآخر من الأداء.

- وبذلك تهدف هذه الجولة إلى تصور السيناريوهات المختلفة لعدم التنفيذ وتحليل ما إذا كان يشكل إخلالًا وما النتائج المترتبة عليه، سواء بالتعويضات أو بإعفاء الطرف الآخر من التزاماته، مع الانتباه للبنود الخاصة بالمعالجة في العقد.

الجولة الخامسة

التقييم (Evaluation).

في هذه الجولة، ستُجري أحكامًا معيارية (normative judgments) على شروط الاتفاق. فقد تجد نقاط ضعف في الصياغة أو شروطًا قاسية جدًا أو شروطًا ناقصة أو شروطًا قابلة للتفاوض.

حتى هذه المرحلة كنت تعمل بشكل رئيسي كمحقق تبحث عن المعلومات المتعلقة بالعقد وحيثما وجدت مشاكل كنت تؤجل إصدار حكمك. أما في هذه المرحلة فسوف:

* تجمع ملاحظاتك.
* تتحقق من اكتمال العقد.
* تكشف عن نقاط الضعف اللغوية.
* تستكشف فرص توسيع خبرتك.

هناك ٣ خطوات تشكل هذه الجولة:

١ . اجمع ملاحظاتك Assemble your concerns:

خلال المراحل السابقة ربما لاحظت بعض القضايا التي تريد أن يتناولها العقد.

لقد مارست دور "القانون الوقائي" من خلال أسلوب "ماذا لو" (What-iffing)

أي: محاولة التنبؤ بما قد يحدث والتأكد مما إذا كان العقد يعالج تلك الاحتمالات.

على سبيل المثال ربما دوّنت ملاحظاتك إما على مخطط العقد أو على العقد نفسه بشأن:

١ . الشروط المحذوفة (Omitted terms):

فهل ينبغي النص صراحة على الشروط المحذوفة؟

قد تلاحظ غياب بعض الشروط التي توقعت وجودها. إذا كان سبب غيابها أن القاعدة الافتراضية (default rule) واضحة، فقد لا ترغب في النص عليها. أما إذا كانت لديك شكوك حول مضمون القاعدة الافتراضية، فربما من الأفضل التصريح بها. كذلك، قد يشمل الغياب بعض الوعود الضمنية أو الشروط الضمنية، وهنا يجب أن تسأل نفسك: هل ترغب في ذكرها صراحةً داخل الاتفاقية؟

٢. الشروط المنصوص عليها.

هل تفهم وتوافق على جميع الشروط المنصوص عليها؟

بالنسبة للشروط الواردة في العقد، هل تم تحميلك مخاطر معينة؟ هل هناك شروط مرهقة أو بنود تمنح طرفًا مخرجًا من الالتزام؟ إذا لم تكن متأكدًا من دلالة شرط ما فاسأل نفسك: كيف يخدم هذا الشرط أهداف الأطراف؟ ولماذا يريده أحد الأطراف في العقد؟

٣. عواقب الإخلال.

هل تفهم وتوافق على عواقب الإخلال؟

قد لا تكون عواقب الإخلال مذكورة صراحةً. هل ترغب في توضيحها؟

مثلًا خلال اختبار "ماذا لو" هل لاحظت شرطًا تريد اعتباره جوهريًا (material) في حالة الإخلال أو شرطًا آخر لا تريد أن يُعتبر جوهريًا؟ أو ربما ترغب في وضع معيار يحدد ما يُعد جوهريًا.

٤. الشروط النمطية (Boilerplate terms).

هل ترغب في تعديل أي شروط نمطية (Boilerplate)؟

تذكر الشروط النمطية التي كنت قد أجلت تقييمها. هل ترغب في تكييف أي منها مع طبيعة هذه الصفقة؟

مثال: بند القوة القاهرة (Force Majeure) الذي قد يعفي البائع من المسؤولية عند حدوث "ثورات أو اضطرابات أو حروب أو أعمال عدائية أو حرائق أو فيضانات أو كوارث طبيعية" أو أحداث خارجة عن سيطرته.

لكن إذا كنت بائعًا قد تتخيل سيناريو إضراب عمال المصنع بدلًا من الجدال لاحقًا حول ما إذا كان ذلك عذرًا مقبولًا يمكنك أن تحدد صراحةً أن الإضراب يعد سببًا معفيًا.

٥. شروط ترغب في التفاوض بشأنها.

هل هناك شروط ترغب في التفاوض بشأنها؟

قد تكون رصدت في العقد أو المخطط شروطًا لا ترضيك. هذه الشروط قد تكون قابلة للتفاوض. وإذا كنت أمام عقد غير قابل للتفاوض فعليك أن تقرر ما إذا كنت ستدخل في الصفقة أصلًا فإذا كانت المخاطر محملة عليك فهل تستحق المجازفة؟

- الأسئلة التي قد تساعدك في هذا الجانب من الجولة:

أ. هل ينبغي النص صراحة على الشروط التي تم إغفالها؟

Should you expressly state omitted terms?

ب. هل تفهم وتوافق على جميع الشروط المنصوص عليها؟

Do you understand and agree with all the stated terms?

ج. هل تفهم وتوافق على عواقب الإخلال بالعقد؟

Do you understand and agree with the consequences of breach?

د. هل ترغب في تعديل أي من الشروط النمطية (Boilerplate terms)؟

Do you wish to alter any boilerplate terms?

س. هل هناك شروط ترغب في التفاوض بشأنها؟

Are there terms you wish to negotiate?

٢. تحقق من اكتمال المستند Check the document for completeness:

اسأل:

*** هل جميع الفراغات والتفاصيل قد مُلئت؟**

*** هل العقد مكتمل من الناحية الشكلية؟**

انتبه إلى العبارات مثل "مُدرج بالمرجعية" (incorporated by reference) والتي تعني أنه عليك البحث عن النصوص المشار إليها والتعامل معها وكأنها منصوص عليها صراحةً في العقد.

قد تكون هناك أيضًا إشارات إلى أطراف غير موقّعين على العقد. هؤلاء غير ملزمين به.

مثال: عقد بيع عقار ينص على أن طرفًا ثالثًا (وكيل الضمان - Escrow) سيقوم بمهام معينة. إذا لم يكن هذا الطرف قد وقّع، فلا بد أن يكون هناك عقد آخر يلزمه بهذه المهام.

وإذا كان العقد جزءًا من معاملة أكبر، فقد تحتاج إلى تنسيقه مع وثائق أخرى.

إن قراءة العقد تصبح أسهل إذا كان لديك خبرة بطبيعة الصفقة. فكيف تكتسب الخبرة؟ قد تساعدك النقاط التالية:

أ. ابحث عن نموذج حديث Find an up-to-date form.

قد يكشف لك عقد حديث قضايا غائبة عن عقدك مثال: عقد نشر كتاب قد يغفل النص على النشر الإلكتروني. إذا كنت على دراية بالمجال قد تسأل: ماذا لو أراد الناشر إصدار نسخة إلكترونية؟

ب. استعن بكتاب أو خبير في الموضوع Find a book or expert on the subject.

يمكنك استشارة متخصص يكشف لك الشروط القابلة للتفاوض. بعض البنود غير قابلة للتغيير (مثل نسبة حقوق المؤلف في عقد نشر) لكن يمكنك التفاوض بشأن الدفعة المقدمة وعدد النسخ المجانية أو ماذا يحدث إذا توقف الكتاب عن الطباعة.

٣. رصد مواطن الضعف في اللغة:

هل يجب أن يُكتب العقد بصيغته الحالية؟ العقود عادةً ما تتراكم عبر المعاملات وتحتوي على لغة غير واضحة. **مشاكل اللغة قد تشمل:**

أ. عدم استخدام اللغة البسيطة (Plain English).

برامج التدقيق اللغوي غالبًا تكشف ٤ مشاكل: طول الجمل، الكلمات متعددة المقاطع، المبني للمجهول، واللغة المميزة بالنوع (gender-specific). علاج هذه الأمور يجعل العقد مكتوبًا بلغة سهلة، وهو ما تطلبه بعض الولايات في عقود المستهلك.

ب. الغموض Ambiguity.

*** الغموض يحدث عندما يمكن تفسير كلمة أو عبارة بأكثر من معنى.**

مثلًا: "يلتزم البائع باستبدال السيارة إذا كان هناك مشكلة في استخدامها وقيمتها أو سلامتها."

الغموض هنا: هل الشرط هو (الاستخدام) و(القيمة أو السلامة) أم (الاستخدام والقيمة) أو (السلامة)؟

- حل الغموض مبكرًا يمنع النزاعات لاحقًا.

*** المبني للمجهول قد يخلق نفس المشكلة:**

"يجب أن تبقى العين المؤجرة بحالة جيدة".

من المسؤول: المؤجر أم المستأجر؟ حل ذلك يحسم الخلاف مسبقًا.

ج. التعريفات Definitions.

إذا كان هناك قسم للتعريفات في العقد فعليك استخدام المعنى الوارد فيه لا المعنى القاموسي. مثال: كلمة "نقل (Transfer)" قد تشمل البيع والرهن والتنازل... إلخ. وبالتالي فهي تمنع المساهم من رهن أسهمه إلا وفقًا للشروط المنصوص عليها.

– هذه المرحلة الأخيرة (التقييم) تهدف إلى مراجعة شاملة ونهائية للعقد للوقوف على: اكتماله وسلامة لغته ووضوح تعريفاته وقابلية بنوده للتفاوض ومدى تحمّلك للمخاطر.

ملحق

قائمة مراجعة بنود العقد (Contract Checklist)

أ) تعريف مصطلح قائمة مراجعة بنود العقد Definition of Contract Checklist:

يشير هذا المصطلح إلى: قائمة منهجية ببنود العقد الأساسية مرفقة بأسئلة أو نقاط تساعد المحامي أو المراجع على التأكد من استيفاء كل بند بشكل سليم من حيث الصياغة والمضمون والشرط القانوني.

* يرى LARRY A. DIMATTEO أن من الأصول المهمة في بناء بنود وعقود نموذجية عالية الجودة — يمكن استعمالها لاحقًا مع بعض التخصيص في صياغة العقود المستقبلية —: قائمة تحقق خاصة بالعقد أو بالبند التعاقدي. وتتكوّن هذه القوائم عادةً من صياغات تعاقدية استُعملت سابقًا ومن وقائع وإشكالات خاصة بالمعاملة. وفي الغالب ينبغي أن تتضمن قائمة التحقق سلسلة من الأسئلة التي يجيب عنها المحامي القائم بالصياغة.

ب) أنواع القوائم المضافة في هذا الملحق Types of Checklists:

١) **قائمة عملية قانونية/ عقدية**: ومستفادة من الشرح الوارد في هذا الملف للأحكام العامة للعقود في التشريع المدني المصري ونظام المعاملات المدنية، يمكن طباعتها واستخدامها كما هي، ويمكن التعديل عليها لتناسب فئة العقود التي تعمل عليها، أو المهام المطلوبة.

٢) **قائمة أخرى في عقود الـ IT مستفادة من كتاب A Guide to IT Contracting Checklists Tools and Techniques**: تركز على جمع المعلومات الأساسية عن الصفقة، كمثال عملي آخر لما يبحث عنه المختص في البيانات المتوافرة لديه، وكيفية تنظيمها وفهم دورها في البنية التعاقدية.

ج) الاستخدامات العملية لقائمة مراجعة بنود العقد Practical Uses of Checklists:

يمكن استخدام قائمة مراجعة بنود العقد (Contract Checklist) في حالتين رئيسيتين:

أولًا: إعداد العقد من نقطة الصفر (Contract Creation)

ثانيًا: مراجعة بنود العقد وتقييمها (Contract Review) كعملية عكسية للكتابة من الصفر. فالمختص منوط به البناء والهدم أي: كتابة العقد من الصفر وهدمه مرة أخرى عبر مراجعته أو إيجاد حلول لمشاكل فيه- بسبب نزاع قضائي مثلًا.

القائمة الأولى:

من واقع القانون المدني المصري، ونظام المعاملات المدنية قائمة عملية قانونية/ عقدية

Checklist One: Based on the Egyptian Civil Code and Civil Transactions Law

* معايير المراجعة: تنصب أسئلة المراجعة على جوانب محورية مثل:
- وضوح تعريف المصطلحات القانونية.
- تحديد الطبيعة القانونية لأطراف العقد (شركة/ فرد) وبياناتهم وصفاتهم.
- توازن الالتزامات المتبادلة بين الأطراف.
- وجود بند الفسخ وشروطه.
- تحديد القانون الواجب التطبيق.
- إدراج شرط التحكيم أو تسوية المنازعات.

وبذلك تُعد قائمة التحقق أداة عملية تسهم في رفع جودة الصياغة التعاقدية، سواء في مرحلة الإنشاء أو المراجعة، وتقلل من احتمالات وقوع أخطاء أو ثغرات قانونية.

	البند	نعم(✔)	لا (✘)	يحتاج تعديل
	أولًا: بنود تنصب على أطراف العقد وصفاتهم والغرض من التعاقد			
١	هل كتبت الأسماء القانونية الكاملة، وعناوين المتعاقدين، وصفاتهم، وبياناتهم؟			
٢	هل أحد المتعاقدين قاصر؟ أو يتوافر فيه عيب من عيوب الإرادة؟			
٣	إن كان أحد الأطراف شركة، هل هناك ممثل قانوني لها؟ وهل يتوافر له سند تفويض بالتوقيع؟			
٤	هل تم إضافة سبب التعاقد والغرض منه؟			
	ثانيًا: الالتزامات والحقوق والضمانات			
٥	هل تم إضافة التزامات وضمانات وحقوق كل طرف بما يناسب دوره في العقد؟			
٦	هل هناك عقوبات واضحة ومقررة حال الإخلال بالالتزامات أو عدم اكتمالها؟			

	البند	نعم(✓)	لا(✗)	يحتاج تعديل
	ثالثًا: حدود المسؤولية والعقوبات			
٧	هل هناك بند يوضح مسؤولية كل طرف حال الإخلال بالالتزامات أو الضمانات، وأحكام التعويضات جزاء هذا الإخلال بالمسؤولية؟			
	رابعًا: مدة العقد توقيت الدفع والمبالغ وغرامات التأخير			
٨	مدة العقد ومتطلبات ترتيبات التجديد والإنهاء؟			
٩	هل هناك بند يتضمن مدة الوفاء بالالتزام؟ وتواريخ الدفع؟ وأحكام الجزاءات وغرامات التأخير؟ وما إذا كان الجزاءات والتعويضات مرة واحدة جزاء الإخلال بكامل الالتزام؟ أو مرحلية؟			
١٠	بند طريقة الدفع (مثلاً، عبر التحويل المصرفي)؟ والضرائب والرسوم؟			
	خامسًا: السرية وعدم المنافسة والتعويض			
١١	هل هناك بند لحماية البيانات ومسؤوليات الأطراف عن الأضرار حال مخالفة أحكام السرية؟			
١٢	هل هناك بند بعدم المنافسة؟ وطبيعة هذا البند؟			
	سادسًا: آليات إنهاء العقد والفسخ			
١٣	شروط الفسخ، الشرط الجزائي، وتجديد العقد أو إنهائه؟			
١٤	إمكان التنازل، ونقل الالتزامات Assignment والحقوق؟			
١٥	بند القوة القاهرة حال وجود تأخيرات أو قيود في العمليات؟			

	البند	نعم(✔)	لا(✘)	يحتاج تعديل
	سابعًا: القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي			
١٦	هل تم تحديد النظام القانوني المختار وأحكام انعقاد الاختصاص القضائي؟ وآلية حل النزاعات (تحكيم/ محكمة)؟			
	ثامنًا: البنود التكميلية			
١٧	أحكام سرية المعلومات؟			
١٨	بند الاتفاق الكامل؟ جميع المواقع والوثائق التي تتضمن معلومات حول العقد؟ وقابلية الفصل (Severability)؟			
١٩	آلية تنفيذ العقد؟ وأحكام تغيير بنوده؟ وآليته؟			
٢٠	اللغة المعتمدة Governing Language؟			

القائمة الثانية:

قائمة جمع المعلومات الأساسية عن الصفقة في عقود الـ IT

Checklist Two: Basic Information Gathering in IT Contracts

	بند المراجعة (For Check)	الحالة
	المبادئ الأساسية	
١	☐ حصر المعلومات الأساسية	
٢	☐ ما قيمة الصفقة المقترحة؟	
٣	☐ ما مدة الاتفاق؟	
٤	☐ ما مدى أهمية التكنولوجيا للعمل التجاري؟	
٥	☐ هل هناك مسائل تنظيمية/ تشريعية خاصة؟	
٦	☐ أي معلومات تأسيسية أخرى؟	
٧	☐ إعداد وتوزيع "مذكرة الصفقة" (Deal Memo)	
٨	☐ إعداد وتوزيع "ورقة الشروط" (Term Sheet)	
	وصف الصفقة	
٩	☐ ما موضوع الصفقة؟	
١٠	☐ ما الميزة التجارية المتوقعة من العقد؟	
١١	☐ صياغة بلغة إنجليزية غير تقنية (واضحة ومباشرة)	
	العمر التشغيلي للعقد	
١٢	☐ ما المدة المتوقعة للعقد؟	
١٣	☐ ما الشروط المرغوبة للتجديد؟	
١٤	☐ ما مدة الخدمات المقدمة؟	
١٥	☐ هل الترخيص محدد بسنوات أم دائم؟	

	بند المراجعة (For Check)	الحالة
١٦	☐ حقوق التجديد	
١٧	☐ تكاليف التجديد	
	الرسوم المتوقعة	
١٨	☐ التعويض/ المقابل المادي للمورّد	
١٩	☐ تفصيل الرسوم للسنة الأولى: ❋ الترخيص ❋ الخدمات المهنية ❋ التنفيذ ❋ التخصيص/ التطوير الخاص ❋ الأجهزة ❋ الاتصالات	
٢٠	☐ في حال عدم وجود رسوم، تقديم تقدير حسن النية	
٢١	☐ متى يتم استخدام النموذج الخاص بالعميل؟	
	الأداء	
٢٢	☐ هل التطبيق موجه للعميل النهائي؟	
٢٣	☐ ما موقع تقديم الخدمة؟	
٢٤	☐ هل المورّد خارجي (offshore vendor)؟	
٢٥	☐ هل يستخدم المورّد شركاء أو فروعًا خارجية؟	
٢٦	☐ هل يستخدم المورّد مقاولين من الباطن؟ من هم؟	
٢٧	☐ ما موقع أداء المورّد للخدمات؟	
٢٨	☐ هل يقدم المورّد خدمات الاستضافة (Hosting)؟	

	بند المراجعة (For Check)	الحالة
	الملكية الفكرية	
٢٩	☐ هل يرغب العميل بامتلاك الملكية الفكرية التي أنشأها المورّد؟	
٣٠	☐ هل يُمنع المورّد من مشاركتها مع المنافسين؟	
٣١	☐ هل يُمنع المورّد من مشاركتها مع القطاع/ الصناعة؟	
٣٢	☐ هل لدى المورّد وصول إلى ملكية فكرية حساسة؟	
	البيانات الشخصية	
٣٣	☐ هل سيحصل المورّد على وصول إلى بيانات شخصية؟	
٣٤	☐ ما نوع المعلومات المعرّضة للمخاطر؟	
٣٥	☐ معلومات الحسابات المالية؟	
٣٦	☐ معلومات صحية؟	
٣٧	☐ أرقام الضمان الاجتماعي (أو ما يعادلها محليًا)؟	
٣٨	☐ ما هي المتطلبات القانونية والتنظيمية؟	
٣٩	☐ هل هناك نقل للمعلومات عبر الحدود الدولية؟	

	بند المراجعة (For Check)	الحالة
	أمن المعلومات	
٤٠	☐ هل سيحصل المورّد على وصول إلى بيانات حساسة للعملاء؟	
٤١	☐ هل الخدمة قائمة على الحوسبة السحابية؟	
٤٢	☐ هل يقدم المورّد خدمة استضافة (Hosting)؟	
٤٣	☐ هل المورّد هو الحافظ الوحيد لبيانات العميل؟	
	مسائل خاصة	
٤٤	☐ هل الوضع المالي للمورّد مريب/ مقلق؟	
٤٥	☐ هل المورّد طرف في دعاوى قضائية؟	
٤٦	☐ هل تعرض المورّد لاختراق أمني مؤخرًا؟	
٤٧	☐ هل هناك قيود على الأداء؟	
٤٨	☐ هل هناك مشكلات تنظيمية أو متطلبات امتثال كبيرة؟	
٣٨	☐ ما هي المتطلبات القانونية والتنظيمية؟	
٣٩	☐ هل هناك نقل للمعلومات عبر الحدود الدولية؟	

الخاتمة
Conclusion

لقد سعت هذه الدراسة إلى الجمع بين النهج الموضوعي والنهج العملي في تناول العقود. فالنهج الموضوعي أو الأكاديمي يمنح المختص الأساس المعرفي الذي لا غنى عنه إذ يزوده بالقواعد العقدية المستمدة من التشريعات والأحكام القضائية والتي تمثل المرجع الأول في الصياغة والتطبيق. فلكل عقد أركانه التي قد تكون عامة تسري على جميع العقود أو خاصة نص عليها القانون بعينها وهي عناصر يتعين على المحامي أو الممارس القانوني معرفتها والتأكد من توافرها قبل مباشرة أي عملية تعاقدية. كما أن للعقود شروطًا وآثارًا وطرقًا للتعديل أو الإلغاء حددها القانون ما يجعل الإلمام بها ضرورة عملية لا مجرد إطار نظري. ومن ثم فإن الجانب الموضوعي للعقود لا ينفصل عن الممارسة اليومية بل يمثل جزءًا أصيلاً من العمل القانوني.

أما الجانب العملي فيمثل الوجه الآخر لهذه المعرفة ويقوم على تحويل النصوص والقواعد إلى خطوات إجرائية واضحة. وفي هذا السياق تتجلى القيمة العملية للنصيحة التي أوردها الأستاذ/ محمد شوكت التوني حيث أكد أن: على المحامي البدأ بمعرفة موضوع العقد ثم يحدد شروطه المتفق عليها ثم يُعد مذكرة خاصة تتضمن أركانه القانونية بحسب نوعه (بيع، إيجار، شركة، مقايضة... إلخ). فإعداد مثل هذه المذكرات المسبقة يسهل على المحامي مهمة الصياغة ويجعله أكثر دقة ووعيًا بالآثار المترتبة على كل عقد.

وبذلك يتضح أن المحامي الناجح هو الذي يجمع بين الفهم النظري الدقيق والقدرة العملية الفاعلة فيجعل من النصوص القانونية مرجعًا حيًّا ومن التجربة العملية وسيلة لترسيخ تلك النصوص وتفعيلها في الواقع. إن العقود ليست مجرد أوراق تُكتب، بل هي التزام ومسؤولية وآثار تمتد بين الأطراف؛ ومن ثم فإن الجمع بين النظرية والتطبيق هو الطريق الأمثل لضمان سلامة التعاقد وصيانته وحماية مصالح المتعاقدين.

والحمد لله رب العالمين

المصادر

-حسب ترتيب الاستعانة بها في الكتابة-

أولًا: الكتب والدراسات:

١. الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل.

٢. د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. دار النشر للجامعات المصرية. (١٩٥٢).

٣. المستشار/ أنور العمروسي. الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية. دار العدالة للنشر والتوزيع. (٢٠٢٠).

٤. المستشار أنور طلبة. المطول في شرح القانون المدني. المكتب الجامعي الحديث.

٥. د/ رمضان محمد أبو السعود. شرح أحكام القانون المدني: العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى. (٢٠١٠).

٦. د/ سليمان مرقص. موجز البيع والإيجار. مطابع دار النشر للجامعات المصرية. (١٩٥٨).

٧. د/ محمد عبد الظاهر حسين. عقد الفندقة، دار النهضة العربية. (١٤١٧ه - ١٩٩٧م).

٨. د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري. شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات: نظرية العقد. الطبعة الثانية الجديدة. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. (١٩٩٨).

٩. الشيخ/ مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. دار القلم، دمشق. (١٤١٨ ه - ١٩٩٨ م).

١٠. المرحوم، الشيخ/ أحمد إبراهيم بك. المعاملات الشرعية المالية، الأعمال الكاملة. (١٣٥٥ ه - ١٩٣٦ م).

١١. المغفور له/ محمد قدري باشا. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان: في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائمًا لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية. الطبعة الأولى. المكتبة المصرية بالعشماوي بمصر. (١٣٣٨ه).

١٢. عناية/ بسام عبد الوهاب. المجلة: مجلة الأحكام العدلية (فقه المعاملات في المذهب الحنفي) معها قرار حقوق العائلة في النكاح المدني والطلاق النكاح - الافتراق. الطبعة الأولى. دار ابن حزم. (١٤٢٤ه - ٢٠٠٤م).

١٣. الشيخ/ أحمد بن عبد الله القاري. دراسة وتحقيق/ د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، و د. محمد إبراهيم أحمد علي. مجلة الأحكام الشرعية. مطبوعات تهامة. الطبعة الثالثة. (١٤٢٦ه-٢٠٠٥م). نقلًا عن الطبعة الأولى، (١٤٠١هـ - ١٩٨١م).

١٤. الدكتور/ محمد حسن قاسم. ترجمة قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية: المواد ١١٠٠ إلى ١٢٣١-٧ من القانون المدني الفرنسي. منشورات الحلبي الحقوقية. (٢٠١٨).

١٥. د/ أسامة أبو الحسن مجاهد. شرح قانون العقود الفرنسي الجديد. شرح لتعديل القانون المدني الفرنسي في ٢٠١٦ مقارنًا بالقانون المدني المصري في أهم المواضع. طبعة نادي القضاة. (٢٠٢٣).

١٦. د/ محمد لبيب شنب. دروس في نظرية الالتزام. مصادر الالتزام. دار النهضة العربية. (١٩٧٦ - ١٩٧٧).

١٧. د/ مصطفى العوجي. شرح القانون المدني: الجزء الأول: العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية.

١٨. د/ عبد الفتاح عبد الباقي. موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي. (١٩٨٤).

١٩. د/ غني حسون طه. الوجيز في العقود المسماة، الجزء الأول، عقد البيع. مطبعة المعارف، بغداد. (١٩٦٩م - ١٩٧٠م).

٢٠. وزارة العدل في المملكة العربية السعودية. المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا: من عام ١٣٩١ه إلى عام ١٤٣٧ه، (١٤٣٨ه).

٢١. تقريرات محكمة التمييز خلال خمسين عامًا. الإصدار الأول، المجلد الأول والمجلد الثاني. طبعة وزارة العدل.

٢٢. Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum, and Christoph Schreuer. Principles of International Investment Law. Third Edition. Oxford University Press. (٢٠٢٢)

٢٣. المستشار الدكتور/ سعيد عبد الغفار أمين شكري. القانون الدولي العام للعقود، الطبعة الأولى. (١٤٢٨ه - ٢٠٠٧م). دار الفكر العربي.

٢٤. الأستاذ/ محمد شوكت التوني. المحاماة فن رفيع. مكتبة النهضة المصرية. (١٩٥٩).

٢٥. د/ سميحة القليوبي. الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية. (٢٠١٢).

٢٦. د/ أحمد شرف الدين. أصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد). الطبعة الثالثة. دار نصر للطباعة الحديثة. (٢٠٠٨).

٢٧. محمود محمد علي صبره. صياغة العقود بالعربية والإنجليزية، وأثر ذلك في كسب الدعاوى.

٢٨. أ.د/ حمدي محمد مصطفى، أ.د/ ذكري عبد الرازق محمد خليفة، د/ محمود مصطفى حسن. الوجيز في القانون التجاري. (الأوراق التجارية- العمليات المصرفية- العقود التجارية- الإفلاس- القانون التجاري البحري- عقد النقل الجوي)، (٢٠١٩ - ٢٠٢٠).

٢٩. د/ محمود سمير الشرقاوي. العقود التجارية الدولية. دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع. الطبعة الثانية. دار النهضة العربية. (٢٠٠٢).

٣٠. د/ حسني المصري. العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن. الطبعة الأولى. مكتبة الصفار. (١٩٨٩-١٩٩٠).

٣١. د/ علي البارودي. العقود وعمليات البنوك التجارية. وفقًا لأحكام قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. دار المطبوعات الجامعية. (٢٠٠١).

٣٢. المستشار/ إبراهيم سيد أحمد. العقود والشركات التجارية فقهًا وقضاءً. الطبعة الأولى. دار الجامعة الجديدة للنشر. (١٩٩٩).

٣٣. د/ محمد بن حسن الجبر. العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية. الطبعة الثالثة. شركة المعرفة. (١٤٤٣هـ - ٢٠٢١م).

٣٤. الدكتور/ زهير عباس، والدكتور/ أحمد صالح. المدخل إلى النظام التجاري السعودي. مركز البحوث والدراسات، معهد الإدارة العامة. (١٤٤١هـ - ٢٠١٩م).

٣٥. د/ وائل حمدي أحمد. الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية. دار الفكر والقانون. (٢٠١٠).

٣٦. الأستاذ/ نور شمس الدين الحجاجي -رحمه الله-. أبجديات العقود، ورقة منشورة على الإنترنت.

٣٧. فضيلة القاضي/ أحمد محمد علي الحميدي السعدي. معايير دولية العقد، مقال منشور في: المجلة القضائية، الصادرة عن المكتب الفني للمحكمة العليا في سلطنة عمان. العدد السابع، (٢٠١٨).

٣٨. د/ الهادي أحمد الهادي. التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي مقارنًا بقانون المعاملات الإلكترونية العماني. مقال منشور في: المجلة القضائية، الصادرة عن المكتب الفني للمحكمة العليا في سلطنة عمان. العدد الثاني. (٢٠١١).

٣٩. أ.د/ محمد إبراهيم بنداري. نظرية الالتزام والإثبات. جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون بالدقهلية.

٤٠. أحمد بن جمعة بن علي المشرفي. القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون العماني والمصري. رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق. كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس. سلطنة عمان. سبتمبر، (٢٠٢٣).

٤١. د/ عدنان بن صالح العمر. أصول صياغة العقود والمرافعات والمذكرات القانونية، مدعمًا بالنماذج التطبيقية والقضائية. الطبعة الثانية. ١٤٤٢هـ-٢٠٢١م.

٤٢. المستشار/ د. محمد عبد المجيد إسماعيل. تأملات في العقود الدولية. وأثر العولمة على عقود الدولة. مع دراسة نقدية تحليلية لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ونظرات في قانون المناقصات والمزايدات المصري. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى. ٢٠١٠.

٤٣. د/ أحمد السعيد زقرد. نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد. مجلة الحقوق.

٤٤. David Emmet Drafting., ١٩ editions. Oxford.

٤٥. Peter Butt and Richard Castle. Modern Legal Drafting. A Guide to Using Clearer Language. Second Edition. Cambridge.

٤٦. Robin Boyle-Laisure. Introduction to teaching drafting contracts. Elgar Guides to teaching. ٢٠٢٣.

٤٧. ABA. Introduction to Contract Drafting.

٤٨. Tina L. Stark. Drafting Contracts: How and Why Lawyers Do What They Do. Second Edition. Wolters Kluwer.

٤٩. Daniel Oran and Mark Tosti. Orans dictionary of the law. West legal Studies.

٥٠. د/ خالد مشعل العتيبي. حكم الجمع بين العقود في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الكويتي. مجلة كلية الدراسات الإسلامية. العدد الخامس والثلاثون.

٥١. Scott J. Burnham, Larry A. DiMatteo, Kenneth A. Adams, J. Lyn Entrikin Goering, Transactional Skills Training: Contract Drafting – Beyond the Basics, ٢٠٠٩

٥٢. Scott J. Burnham. Drafting and Analyzing Contracts: A Guide to the Practical Application. Carolina Academic Press.

٥٣. Mark Anderson & Victor Warner. A-Z GUIDE TO BOILERPLATE AND COMMERCIAL CLAUSES. Second edition. Tottel Publishing.

٥٤. James C. Ray. The Complete Book of Business Legal Forms. PHINX PUBLISHING AN IMPRINT OF SOURCEBOOKS, INC.

٥٥. Bhumesh Verma, Practical Guide to Drafting Commercial Contracts. OakBridge.

٥٦. Michael R. Overly, Matthew A. Karlyn. A Guide to IT Contracting Checklists, Tools, and Techniques.

٥٧. المستشار/ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد. دار محمود.

٥٨. د/ سليمان مرقص. الوافي في شرح القانون المدني. الطبعة السادسة. تنقيح/ د. إبراهيم حبيب الخليلي. ١٩٨٧.

٥٩. د/ عياد بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية. سلسلة الدراسات الفقهية. الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية. الطبعة الأولى. دار كنوز إشبيليا. ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.

ثانيًا: التشريعات:

١. كود القانون المدني المصري (قانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨).

٢. كود نظام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية.
الصادر بالمرسوم الملكي م/ ١٩١ وتاريخ ٢٩-١١-١٤٤٤ هـ.

٣. نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي م/ ٩٣ وتاريخ ١٥-٠٨-١٤٤١ هـ.

٤. قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٧. (القانون التجاري).

٥. نظام المحكمة التجارية (النظام التجاري) لعام ١٣٥٠هـ.

٦. نظام العمل في المملكة العربية السعودية رقم ٥١ لسنة ١٤٢٦هـ.