

الفصل السابع  
الرؤية العامة للالتزام (العقود)  
بين التعريف والتقسيم



## المبحث الأول

### تعريف العقد<sup>(١)</sup>

للعقد تعريفاً مستقراً في فقه القانون الوضعي، كما أن لمبدأ سلطان الإرادة دوراً كبيراً فيه. ولذلك يكون من الأفضل أن نتناول في المطلب الأول تعريف العقد في القانون الوضعي وفي المطلب الثاني مبدأ سلطان الإرادة.

### المطلب الأول : تعريف العقد في القانون الوضعي :

العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين أيّ كان هذا الأثر القانوني، سواء أكان إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزام كما سبق وذكرنا. ولكي نكون بصدد عقد يخضع للنظرية العامة للعقود يجب أن يتوافر فيه الآتي :

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

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

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

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

على الرغم من أنها تشكل اتفاقاً، سواء بين الدول، أو بين الموظف والحكومة، وتهدف ترتيب أثر قانوني. وذلك كله لكونها تخرج عن نطاق القانون الخاص. وتخضع لقواعد القانون الدولي العام في حالة المعاهدات ولقواعد القانون الإداري في حالة علاقة الموظف بالدولة<sup>(١)</sup>.

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

هذا وإن كان البعض في الفقه لا يسلم بهذه الوجهة في النظر، بحجة أن تدخل القوانين في تنظيم الاتفاقيات لا ينفى عنها صفة العقود كعقد العمل. كما أنه ليس في قواعد القوانين ما يستلزم أن تكون الحقوق المتولدة عن العقود حقوقاً مالية<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني : مبدأ سلطان الإرادة<sup>(٣)</sup> :

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

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

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

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

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

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

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

## المبحث الثاني

### تقسيمات العقود

تنقسم العقود بالنظر لاعتبارات عدة : فتنقسم بالنظر لوجود تنظيم تشريعى إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وبالنظر إلى دور الإرادة فيها إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية وبالنظر لأثرها إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين، وعقود معاوضة، وعقود تبرع، وبالنظر لطبيعتها إلى عقود محددة وعقود احتمالية. والنظر إلى نفاذها إلى عقود فورية وعقود زمنية.

#### المطلب الأول : العقد المسمى والعقد غير المسمى :

يقصد بالعقد المسمى ذلك العقد الذى خصه المشرع باسم ووضع له تنظيماً معيناً ومنها عقد البيع وعقد الإيجار وعقد الشركة وعقد العمل، أما العقد غير المسمى فهو العقد الذى لم يحظ بتنظيم تشريعى. وكثيراً ما تنشأ العقود هذه النشأة نظراً لقلّة شيوعها ولقلّة أهميتها، إلا أنها سرعان ما تنتشر وتزداد أهميتها، فلا يجد المشرع بدأً من التدخل لتنظيمها فتنتقل بذلك من دائرة العقود غير المسماة إلى دائرة العقود المسماة.

#### أهمية هذا التقسيم :

والعقود المسماة تخضع للقواعد التشريعية التى وضعت لحكمها أما العقود غير المسماة فتخضع للقواعد العامة فى نظرية الالتزامات والقواعد الشرعية، وإلا فالقواعد أكثر العقود تشبهاً بها. فالعقود المسماة تخضع للقواعد الخاصة بها التى وضعت من أجلها. ويرجع وجود العقود غير المسماة إلى المبدأ الذى أشرنا إليه والذى بمقتضاه أن الإرادة حرة فى إنشاء ما شاء من العقود ما دامت تلتزم فى ذلك بمقتضيات النظام العام والأداب.

## المطلب الثاني : العقد الرضائي والعقد الشكلي<sup>(١)</sup> والعقد العيني :

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

والرضائية فى العقود هى الأصل، وذلك انطلاقاً من احترام مبدأ سلطان الإرادة ولا قيد عليها إلا اعتبارات النظام العام والآداب أما الشكلية فتزد على سبيل الاستثناء، وتأتى بهدف تحذير المتعاقد من خطورة العقد الذى يقدم على إبرامه أو إحاطة الغير علماً بهذا التصرف لأهمية ذلك بالنسبة له. والشكلية ليست فقط استثناء على مبدأ الرضائية بل أنها لا تغنى كلية عن الإرادة بل تضاف إليها، وهذا بعكس الشكلية قديماً التى كانت تغنى عن الإرادة كلية. حيث كان التعاقد مجرد ضيع و عبارات تردد بغض النظر عن اتجاه الإرادة إليها. أما العقد العيني فهو عقد لا يكفى التراخى لإبرامه. ولا يلزم لتمامه توافر شكل معين، بل يجب أن يعقبه تسليم المعقود عليه، والفكرة فى العقود العينية قد تقلصت أمام مبدأ الرضائية وكادت تنحصر فى هبة المنقول التى يمكن أن تتم بالقبض<sup>(٢)</sup>. وفى عقد العارية إذ نصت المادة ٦٣٥ من القانون المدنى «العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك.....».

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

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

وجدير بالذكر أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من جعل العقد الرضائي عقداً شكلياً، ذلك بالاتفاق على عدم تمامه إلا في شكل معين أو جعله عقداً عينياً وذلك بالاتفاق على عدم تمامه إلا بتسليم الشيء المتعاقد عليه<sup>(١)</sup>. وجدير بالإشارة أن الشكل الذي نتحدث عنه في العقود الشكلية يختلف عن وسائل الإثبات التي قد يستلزمها القانون لإقامة الدليل على وجود تصرف من التصرفات كما أنه يختلف عن طريق شهر بعض التصرفات القانونية على نحو يستلزم الإشارة إلى التمييز بين الشكل والإثبات والشكل وطرق الشهر.

### المطلب الثالث : العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم لجانبين :

العقد الملزم لجانب واحد هو ذات العقد الذي ينشئ التزامات على عاتق أحد الطرفين فيه دون الطرف الآخر. وبذلك يصير أحد المتعاقدين دائناً غير مدين والآخر مديناً غير دائن، كالوديعة بدون أجر حيث يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع دون أن يستحق أجراً. ويجب عدم الخلط بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف القانوني من جانب واحد. وذلك لأن العقد حتى الملزم لجانب واحد عبارة عن توافق إرادتين، أما التصرف القانوني من جانب واحد فهو تعبير عن إرادة واحدة، كالوصية والجماعة<sup>(٢)</sup>.

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

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

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

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

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

### المطلب الرابع : عقد المعاوضة وعقد التبرع :

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

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

ولقد أقام بعض الفقهاء تفرقة داخل عقود التبرع بين الهبات *Actes de libéralve* وعقود التفضل *Actes de bienfaisances*.

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

(١) انظر في ذلك بصورة تفصيلية: السنهوري الوسيط ج ١ ط ٣ فقرة ٤٩، ص ٢٠٢ BOLTARD, le Contrct de services gratuits. 1914.

### المطلب الخامس : العقد المحدد والعقد الاحتمالي :

العقد المحدد هو العقد الذى يعلم فيه كل متعاقد مقدار ما يعطى ومقدار ما يأخذ وذلك عند التعاقد، كعقد البيع الذى يعلم فيه البائع عند إبرامه قيمة المبيع وهذا يتمثل فى الأندية الرياضية عند بيع محلات تجارية تحيط بالنادى أو أصل من أصول النادى، ويعلم فيه المشتري مقدار ما يلتزم به من ثمن. وكذلك الحال فى عقد الإيجار والشركة والصلح وغيرها.

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

### المطلب السادس : العقد الفورى والعقد الزمنى :

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

أما العقد الزمنى فهو العقد الذى يعتبر الزمن عنصراً من عناصره، بحيث تتحدد الأداءات فيه بعامل الزمن كعقد الإيجار وعقد العمل ولا يؤثر على صف العقد بأنه فورى إرجاء تنفيذ بعض الالتزامات المتولدة عنه أو إرجاء تنفيذه كلية<sup>(١)</sup> كعقد البيع الذى يرجئ فيه البائع تسليم المبيع مدة من الزمن أو يرجئ فيه دفع الثمن، وذلك لأن حجم التزامات المشتري لا يتأثر بعامل الزمن فالزمن فى هذه الحالة عنصر عارض وليس عنصراً جوهرياً<sup>(٢)</sup>.

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

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

ويعتبر عقد الاحتراف الرياضى سواء كان اللاعب أو المدرب صورة من صور العقد الزمنى الذى يجب أن يكون محدد المدة الزمنية وذلك بعد موافقة الطرف الأول والمتمثل فى النادى أو الاتحاد والطرف الثانى المتمثل فى اللاعب أو المدرب. والعقد الزمنى إما عقد ذو تنفيذ مستمر وإما عقد دورى التنفيذ والعقد مستمر التنفيذ لا يتصور فيه الأداء إلا ممتداً فى الزمن كعقد العمل وعقد الإيجار. أما العقد دورى التنفيذ فإنه، بحسب أصله، من العقود الفورية، إذ ليس فى طبيعته ما يحول دون اعتباره كذلك، إلا أن أطرافه اتفقت على أن يتكرر تنفيذه خلال فترة زمنية محددة كعقد التوريد. وهذا العقد أيضاً يمثل صورة من صور العقود التى يتم إبرامها فى المجال الرياضى سواء كانت الأندية أو الاتحادات حيث توريد العديد من المتطلبات التى يتطلبها العمل فى المؤسسات الرياضية.

### المطلب السابع : عقد المساومة وعقد الإذعان (١) :

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

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

(١) انظر عقود الإذعان بصفة خاصة، رسالة أستاذنا الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة. عقود الإذعان فى القانون المصرى، القاهرة ١٩٤٦. ورسالة أستاذنا الدكتور ريج Rige بعنوان :

Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, STRASBOWRG, 1965; DEREUX, De la nature juridique des d'adhésion, Rev. trim. The droit civile 1910 pet.5.

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

ونظراً لهذا الوضع الخاص لعقود الإذعان، ينكر البعض في الفقه الصفة التعاقدية عنها، لأن الطرف المذعن لا تتوافر له الحرية والاختيار اللذان يعتبران من أهم سمات العقود.

ويعتقدون أنها عبارة عن مراكز قانونية أكثر منها مراكز عقدية<sup>(١)</sup> إلا أن الرأي الغالب يرى على العكس أن عقود الإذعان هي عقود في حقيقتها وأن الطرف المذعن له، الذي استقل بوضع شروط العقد، هو والمذعن طرفان في عقد حقيقي. ومن بين هذا الرأي الغالب من ذهب إلى القول بأنه ليس ثمة فرق بين عقد الإذعان والعقد العادي في أي وجه<sup>(٢)</sup> إلا أن هذا القول لم يرق للأعم الأغلب من الفقهاء، الذي يسلم بأن عقد الإذعان وإن كان عقداً حقيقياً إلا أنه ليس كالعقد العادي، بل هو عقد خاص يجب نظراً لخصوصيته أن يعامل معاملة خاصة. وفي خصائص عقود الإذعان أن الإيجاب فيها عاماً، يوجه إلى طائفة مفتوحة من الأشخاص وهو واحد في شروطه لا يتغير من شخص إلى آخر، وهو علاوة على ذلك، من صنع الطرف القوي لا يشاركه فيه العاقد الآخر، وانفراد طرف واحد من طرفي الإذعان بوضع شروطه، إنما يتأتى له لما يتمتع به من قوة اقتصادية ناتجة عن احتكار قانوني أو احتكار فعلي للسلعة أو الخدمة محل العقد على نحو يمثل تفاوتاً بين مراكز طرفي هذا العقد.

ويقرر الفقهاء بحق، أنه يندر أن يوجد عقد الإذعان في ظل المنافسة الحرة، حتى على فرض وجوده، فسوف يكون تأثيره غير محسوس، لأن الأفراد المحتاجين للسلعة أو الخدمة يجدون لها أكثر من مصدر يختارون من بينهم أفضلهم شروطاً، ومقدمو هذه السلعة أو الخدمة سوف يتنافسون بدورهم في تحسين شروطهم جلياً للملاء والحفاظ عليهم.

ومن خصائص عقود الإذعان أيضاً كما أشرنا حالاً، أنها تنصب على سلع أو مرافق ضرورية للمستهلك أخذاً في الاعتبار درجة المدنية التي يمر بها المجتمع فلقد

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

(٢) قضت محكمة القاهرة التجارية في ١٩٤٨/١٠/٣٠ بأن عقد الإذعان هو عقد حقيقي يم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود. مجلة المحاماة سنة ٢٨ ص ١٠٧٦ رقم ٤٤٣، أشار إليه عبدالحى حجازى المرجع السابق ص ٤٧٣ هامش ١٨.

أصبحت كثير من الخدمات والسلع التي كانت تعد كمالية في السابق من الضروريات التي لا غنى عنها<sup>(١)</sup>.

أهمية هذا التقسيم يرجع إلى أنه إذا كنا قد انتهينا إلى أن عقود الإذعان هي في حقيقة الأمور عقود عادية وأن الطرف المدعن فيها قد رضى بالتعاقد رضاً سليماً لا تشوبه شائبة، إلا أن ذلك لا يفي أن إرادته كانت أضعف من إرادة الطرف المدعن له وأن قبوله للتعاقد إما تم تحت ضغط الحاجة إلى الخدمة أو السلعة وهذه العوامل لا تثور بالنسبة لعقود المساومة الحرة أو الممارسة التي تتم نتيجة التقاضي الحر بين طرفين على قدم المساواة ومن ثم كانت عقود الإذعان، وبصفة خاصة مركز الطرف الضعيف فيها، محط اهتمام المشرع.

### المطلب الثامن : العقد الأصلي والعقد التابع :

#### العقد الأصلي :

هو ذلك العقد الذي يقوم بذاته غير مستند أو مرتكز على عقد آخر، فهو مستقل بين أطرافه لا تتأثر التزاماتهم فيه بالتزام آخر على أي من المتعاقدين، ويعبر عنه أحياناً بالعقد الذاتى نظراً لما يتمتع به من ذاتية مستقلة، ومنه عقد البيع والإيجار والشركة وغيرها من العقود وحكم هذا العقد أنه لا يتأثر بوجود عقد آخر أو بطلانه.

#### العقد التابع :

العقد التابع أو العقد التبعية هو العقد الذي لا يقوم مستقلاً بذاته بل ينشأ استناداً إلى عقد سابق فالتزام المتعاقد فيه إنما كان بمناسبة التزام سابق ومن ثم فهو يدور مع العقد الذي يتبعه وجوداً وعملاً وصحة وبطلاناً.

(١) ولقد جمعت محكمة الدرب الأحمر بالقاهرة كل خصائص الإذعان في حكم لها ورد بنصه في مجلة المحاماه سنة ٣٤ ص ٨٨١ رقم ٣٨٢. وعدد نفس الخصائص محكمة النقض المصرية في حكمها الذي صدر في إبريل يوم ٢٢ لسنة ١٩٥٤ وذلك في مجلة المحاماه سنة ٣٥ ص ١١٦٢ رقم ٥٣٥..

مثل ذلك عقد الصلح الذي يبرم بمناسبة عقد آخر، فيكون تابعاً له يعدل في أحكامه ويحسم مشاكل تعويضه، إلا أنه يظل مرتبطاً به فإذا أبطل الصلح بسبب أو لآخر فإن ذلك لا يؤثر على بقاء العقد الأصلي بذات أحكامه دون اعتبار للأحكام التي كان قد تضمنها عقد الصلح الذي فسخ أو أبطل<sup>(١)</sup>.

أما إذا حدث العكس، أي فسخ العقد الأصلي أو أبطل، فإن العقد التابع أو التابعى ينفسخ أو يبطل بدوره، فلا يتصور أن يظل قائماً رغم زوال سنده وركيزته التي يركز عليها.

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

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

ومن العقود التبعية بالمعنى السابق الرهن الرسمي والرهن الحيازي والكفالة فكلها عقود توجد بمناسبة التزام نشأ عن عقد أصلى ومن ثم فهي تتبعه وجوداً وعدمياً وصحة وبطلاناً، سواء أكانت مقدمة من المدين ذاته أو من شخص آخر يعرف بالكفيل العيني أو الكفيل الشخصى على حسب الأقوال<sup>(٣)</sup>. ومن العقود التبعية أيضاً ما يطلق عليه بالعقود من الباطن أو المقاوله من الباطن<sup>(٤)</sup>. فهي تستند إلى عقد الإيجار الأصلي أو عقد المقاوله الأصلي.

(١) نقض مندى ٢٥ مايو ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض ٢٩ - ١٢٢٨ - ٢٥٩.

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

(٣) انظر فى تبعية الرهن التأمينى: السهنورى الوسيط ج. ١٠ فقرة ١١٩ ص ٣٧٣.

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

## المطلب التاسع : العقد المدني والعقد الإداري :

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

ويعرف القانون الخاص بأنه ذلك الفرع من فروع القانون الذي ينظم العلاقات بين الأفراد أو بين الأفراد والدولة ليس باعتبارها ممثلة للسلطة العامة<sup>(١)</sup>.

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

وإذا اعتبر العقد من العقود الإدارية للسبب المشار إليه فإنه يخضع للأحكام الخاصة بالعقود الإدارية، وهي تختلف عن الأحكام التي تسود العقود المدنية في أكثر من موضع.

وكيفينا أن نشير فقط إلى أهم ما يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية وأهم ما تتميز به العقود الإدارية هو أن المنازعات المتعلقة بها لا يختص بها القضاء العادي، بل تدخل في اختصاص القضاء الإداري وذلك في الدول التي يوجد فيها بجانب جهة

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

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

القضاء العادى جهة أخرى للقضاء الإدارى كما هو الحال عندنا فى مصر وللعقد الإدارى بالمفهوم السابق تحديده مجموعة من المقومات :

- ١ - أن تكون جهة الإدارة طرفاً فيه ولا يكفى مجرد وجود جهة الإدارة طرفاً فى العقد لكى يوصف بأنه عقد إدارى بل يجب أن تكون كذلك باعتبارها ممثلة للسلطة العامة وهذا شرط منطقى إذ لا يمكن أن يوصف العقد بأنه عقد إدارى إذ لم تكن الإدارة طرفاً فيه، أو كانت طرفاً ليس باعتبارها صاحبة سيادة وسلطة.
- ٢ - ألا يكون الهدف من العقد تحقيق ربح مالى بل يجب أن يهدف العقد إلى تسيير مرفق عام أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فى ذلك.
- ٣ - أن ينطوى هذا العقد على تخويل الإدارة سلطات واسعة نتيجة شروط استثنائية غير معروفة فى نطاق القانون الخاص ومن هذه الشروط ما يعطى جهة الإدارة سلطة تعديل أحكام العقد أو إنهائه<sup>(١)</sup>.

### المطلب العاشر : العقد البسيط والعقد المركب :

العقد البسيط هو ذلك العقد الذى يقتصر على موضوع واحد. ومن ثم لا يأخذ إلا حكم عقد واحد ولو اشتمل على عدة أشياء<sup>(٢)</sup> كعقد البيع، فالبيع فيه هو محله من قبل البائع والثمن محله من قبل المشتري موضوعه واحد وهو نقل ملكية المبيع من

(١) نقض مدنى ١٩ إبريل ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨-١٩٥-١٧٠ ولقد استقر القضاء المصرى على القول بذلك يستوى فى ذلك القضاء العادى والإدارى .

انظر فى هذا الخصوص نقض مدنى ١١ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ١٠٤٨ - ١٦٣ ، نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٦٥ نفس المجموعة ١٦ - ١١٢٦ - ١٧٦ نقض مدنى ١٩٦٧/٣/٢٨ نفس المجموعة ١٨ - ٦٨٤ - ١٠٥ ، نقض مدنى ١٩٨٢/٤ فى الطعن رقم ٩٩١ سنة ٥١ ق.

وفى القضاء الإدارى انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩ فبراير ١٩٦٤ مجموعة أحكام الإدارة العليا ٥ - ٧٠٧ - ٥٩ ، ٨ يناير ١٩٦٦ نفس المجموعة ٧ - ٢٧٠ - ٣٢ ، وحكم محكمة القضاء الإدارى ١٩٥٦/١٢/٩ نفس المجموعة س ١١ ص ٢٤٥ .

وقد أورد أستاذنا الدكتور سليمان مرقص بعض هذه الأحكام بنصوصها كاملة فى المرجع السابق الإشارة إليه فقرة ٦٥ ص ٢٦ وما بعدها و ص ١٢٨ هامش ١١٤ .

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

البائع إلى المشتري. ويظل هذا هو موضوعه وإن تعدد المبيع لأنه حتى في حالة تعدد المبيع فإن يطبق على هذا العقد سوى أحكام عقد واحد هو عقد البيع لهذا سمي عقداً بسيطاً.

والعقد البسيط هو الأصل وهو الأكثر انتشاراً وقد يكون من العقود المسماة كما قد يكون من العقود غير المسماة<sup>(١)</sup>.

أما العقد المركب أو المختلط فهو عقد واحد يحقق بمفرده ما تحققه عقود كثيرة من أغراض. فهو عبارة عن أحكام عقود متعددة ضمها عقد واحد كعقد النزول في فندق، فهو يحقق الغرض الذي يقصد من عقد الإيجار بالنسبة للغرفة التي ينزل فيها النزيل والغرض الذي يحققه عقد العمل فيما يتعلق بالخدمة. وعقد الوديعة فيما يتعلق بأغراض النزيل الشخصية، ومن أمثلة العقد المركب أيضاً العقد الذي يضع شخص بمقتضاه أوراقه المهمة أو الأشياء الثمينة في إحدى خزائن البنوك. فهو عقد إيجار بالنسبة للخزينة ذاتها وعقد الوديعة بالنسبة للأشياء على خلاف في ذلك بين الفقهاء ليس هنا موضوعه. ومنها كذلك العقد بين صاحب المسرح والمشاهدين، فهو عقد إيجار بالنسبة للمشاهد فيما يتعلق بالمقعد الذي يجلس فيه وعقد مقاوله بالنسبة للممثلين. وفي ذلك إيضاح عقد البيع بثمن مقسط مع احتفاظ البائع بملكية المبيع لحين الوفاء بالقسط الأخير من الثمن. وهو ما يعرف بالبيع الإداري إذ يعد المشتري في حكم المستأجر للمبيع، والأقساط عبارة عن أجره أو مقابل الانتفاع بالمبيع إلى أن يفى بالقسط الأخير فتنتقل إليه الملكية. وقد ثار خلاف في الفقه هنا أيضاً حول تكييف هذا العقد وهل هو بيع أم إيجار، خلاف ليس هنا موضعه بل موضعه دراسة عقد البيع.

### أهمية هذا التقسيم :

وتتمثل أهمية هذا التقسيم، في أن العقد البسيط لا يثير صعوبة فيما يتعلق بتحديد الأحكام التي تطبق عليه، فهي أحكام موحدة ولو تعددت محاله أو موضوعه.

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

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

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

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

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