بحث بعنوان

وسائل الحد من البطلان

مقدم من

الدكتورة / إيناس محيى الدين عبدالمعطى

مدرس قانون مدنى بالمعهد العالى للادارة والسكرتارية

والمحاضر بكلية الحقوق جامعة مدينة السادات

والمحكم المعتمد بمركز القاهرة الاقليمى

المحام بالنقض والإدارية العليا

أولاً : المقدمة

يمكن تعريف العقد بأنه تطابق ارادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هى إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

تعريف العقد فى القانون المدنى المصرى :

مادة 89 – يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

مادة 90 – (1) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.

(2) ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

تعريف العقد فى القانون الفرنسى :

المادة 1101 من القانون المدنى الفرنسى تعرف العقد بأنه :

((اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص او اكثر نحو شخص او أكثر بإعطاء شئ او القيام بعمل او بالامتناع عنه))

ويعرف جمهور الفقهاء والاحناف العقد بمعنيين :

الاول : هو تعليق كلام احد المتعاقدين بكلام الآخر ، شرعاً ، على وجه يظهر أثره فى المحل .

الثانى : العقد هو ما يتم به الارتباط بين ارادتين ، من كلام وغيره ، ويترتب عليه التزام بين طرفيه ، فالعقد عند هؤلاء لا يكون الا فى ما يحدث بين اثنين من تعاقد او ارتباط بإرادتيهما

ويفهم من هذا التعريف أن العقد إرادتان متحدتان مرتبطتان لا إرادة واحدة . وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانونى يكون عقداً بل يجب ان يكون هذا الاتفاق واقعاً فى نطاق القانون الخاص وفى دائرة المعاملات المالية فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه وتوليه الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً ، إذ هى تقع فى نطاق القانون العام الدولى والدستورى والادارى . والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبنى فى الشرائع التى تجيزه اتفاق بين الوالد المتبنى والولد المتبنى ولكن هذه الاتفاقات لا تدعى عقوداً وان وقعت فى نطاق القانون الخاص لانها تخرج عن دائرة المعاملات المالية فإذا وقع اتفاق فى نطاق القانون الخاص وفى دائرة المعاملات المالية فهو عقد كالبيع والايجار والقرض والعارية والوكالة[1] .

فالعقد من حيث تكوينه اما ان يكون رضائياً او شكلياً او عينياً وهو من حيث الاثر اما ان يكون ملزماً لجانبين او ملزماً لجانب واحد ، وإما ان يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع ، وهو من حيث الطبيعة اما ان يكون عقداً فورياً او عقداً مستمراً ، واما ان يكون عقداً محدداً او عقداً احتمالياً[2] .

والعقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أ÷له الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل ، وحكم العقد الصحيح النافذ ان أثر حكمه يظهر فى المحل المعقود عليه فى الحال اى عند تمام العقد والعقد الصحيح اما ان

---

[1]- د/ عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقى البكرى ومحمد طه بشير ، ص 21 .

[2]- د/ عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقى البكرى ومحمد طه بشير ، المصدر نفسه ص 23 .

يكون لازماً او غير لازم . كما وهناك مصطلح العقد العينى والذى هو العقد الذى لا يكفى لتمامه مجرد تراضى الطرفين ، بل لا بد من قبض العين محل العقد ايضاً آنذاك يكون صحيحاً .

وأما العقد الموقوف هو بمقتضى قواعد الفقه ما اعتراه عيب من عيوب الارادة كالاكراه والغلط والتغرير مع الغبن او كان العاقد محجوراً عليه غير فاقد للاهلية . ووقف العقد معناه عدم إفادة حكمه فى الحال . أما حكم العقد الموقوف فهو للعاقد بعد زوال سبب الوقف ان ينقض العقد فيصبح باطلاً من المبدأ وله ان يجيزه فيصبح نافذاً من المبدأ بأثر رجعى .

أما العقد الصحيح اللازم وهو العقد الصحيح الذى ترتبت عليه كل آثاره والذى لا يستطيع احد الطرفين ان يستقل بفسخه كالبيع والاجارة والصلح والحوالة وواضح ان القوة الملزمة للعقد تبلغ هنا ذروتها[3] .

أما العقد الصحيح غير اللازم ويعبر عنه فقهاء المذهب الحنفى بالعقد الجائز . وهو العقد الصحيح الذى يستيطع أحد طرفيه او كلاهما فسخه وهذا الحق (اى حق الفسخ) اما ان يرجع الى طبيعة العقد كالوكالة والديعة والعارية او يرجع الى خيار من الخيارات . كالعقد الذى يلحقه خيار الرؤية او خيار الشرط او خيار التعيين او خيار العيب .

أما العقد الفاسد عند الحنفية هو ما شرع بأصله لا بوصفه . فالاصل سالم والفساد فى الاوصاف بسبب نهى الشارع فيراعى فى الحكم سلامة الاصل وفساد الوصف . ولم يأخذ المشرع المصرى بفكرة المذهب الحنفى عن العقد الفاسد فقد ساوى كقاعدة عامة بين فاسد العقد وباطله .

والعقد الباطل هو الذى لا يصح أصلاً أى بالنظر الى ذاته او لا يصح وصفاً اى بالنظر الى اوصافه الخارجية من هذا يتبين لنا ان اسباب البطلان شيئان : أما خلل فى ذات العقد ومقوماته اى فى ركن من اركانه . وأما خلل فى أوصافه الخارجية عن ذاته ومقوماته .

---

[3]- د/ عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقى البكرى ومحمد طه بشير ، المصدر السابق ، ص 114 .

فالاول : مثل ان يصدر الايجاب او القبول ممن ليس اهلاً للتعاقد او لا يوافق القبول الايجاب او ان يكون المحل مما لا يجوز التعامل فيه او ان يكون خالياً عن سبب او ان يكون السبب غير مشروع او ان يكون المحل والسبب مخالفاً للنظام العام والآداب فكل هذه الاخلال تمس بذات العقد ومقوماته .

الثانى : مثل ان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او ان لا يستوفى الشكل الذى فرضه القانون فيه كالكتابة فى عقد الشركة وعقد المرتب المقرر مدى الحياة والتسجيل لدى كاتب العدل فى بيع المكائن او رهنها والقبض فى العقود العينية وتسجيل بيع العقار فى دائرة التسجيل العقارى .

فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً ، هو منعدم الوجود ولا حاجة الى تقرير البطلان ، ويضاف لهذا النوع من بطلان العقد الذى لم يستوفى اركانه ، كانعدام تطابق الارداتين ، وانعدام المحل او السبب[4] .

فإن من شروط التراضى هى ان يصدر الرضا ممن بلغ سن التمييز ، وانه اذا صدر من عديم التمييز كان باطلاً بطلاناً مطلقاً ولو كان العقد لمصلحته ، وكذلك بالنسبة للمحل يجب ان يكون موجوداً او ممكن الوجود فى المستقبل واذا لم يكون موجوداً عند التعاقد بل كان قد هلك فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً واذ كان المحل مستحيل الوجود فى المستقبل استحالة مطلقة فإن العقد يكون باطلاً مطلقاً .

وكذلك من شروط المحل ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين والا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً . بالاضافة الى ذلك فإن المحل يجب ان يكون مشروعاً فإذا كان عكس ذلك فإنه – أى العقد – يكون باطلاً .

كما أن البطلان المطلق هو الذى يكون فيه العقد مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام[5] .

---

[4]- على فيلالى ، البطلان فى القانون المدنى الجزائرى ، بحث قانونى منشور فى موقع كنانة اونلاين ، 2004 .

ويكون العقد القابل للابطال او البطلان النسبى قائماً ولكن معيباً من عيوب الرضا وهى نقص أهلية المتعاقد المميز والغلط والتدليس والاكراه والاستغلال ، ويكون طلب ابطال العقد (الناقص) لمن عيب رضاه إن الابطال النسبى شرع لمصلحة المتعاقد الناقص الاهلية أو لمن وقع فى غلط او للمدلس عليه او المكره او لمن استغل فإن أحدهم أجاز العقد او تنازل عن طلب الابطال فيصح العقد ويبقى قائماً منتجاً لآثاره .

إلى جانب البطلان النسبى الذى تقرره القواعد العامة يوجد بطلان نسبى يقرره القانون فإذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فاللمشترى الحق أن يطلب ابطال البيع ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار اعلن او لم يعلن بيعه ، او فى كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً فى حق مالك الشئ المبيع ولو اجازه المشترى .

وأن اختلال الرضا ينتج عنه ان يكون العقد قائماً حتى يطلب من صدر منه الرضا حماية القانون وعندئذ يزول العقد وهذا هو البطلان النسبى فهو قائم وصحيح ومنتج للآثار غيرانه على خطر الابطال .

الاجازة تلحق العقد الباطل نسبياً فيزول حق الابطال بالاجازة الصريحة او الضمنية وهى تصرف قانونى من جانب واحد يزيل به احد المتعاقدين العيب الذى لحق العقد ومن ثم فيلزم ان تتوافر فيه شروط التصرف من حيث الاهلية وسلامة الارادة من العيوب .

والفرق بين الاجازة والاقرار ان الاخير يصدر من جانب واحد ويكون خارج عن اطراف العقد مثال إقرار المالك فى حالة التمسك بالابطال كناقص الاهلية بعد بلوغه وإن يكون العقد باطلاً نسبياً ، وأن يكون على علم بالعيب ويريد ان يجيزه أو أنها تصدر بعد زوال العيب فلا إجازة لقاصر او لمكره ولا اجازة الا بعد اكتشاف الغلط والتدليس ، وزوال ما يشوب الارادة

---

[5]- د/ مصطفى يخلف ، عرض حول بطلان العقد ، بحث قانونى منشور فى موقع مجلة القانون والاعمال المغربية .

وهى القوع تحت الاستغلال . إذا أجيز العقد الباطل بطلاناً نسبياً استقر وجوده نهائياً والاجازة لا تصحح العقد القابل للابطال لأنه صحيح قبلها ولكنها تزيل خطر الابطال وهى لا تدخل بحق الغير اذ لا يصح ان تضر بحق الغير ، ويقصد بالغير هنا الخلف الخاص للمتعاقد الذى له الحق فى الابطال . ويسقط البطلان النسبى بمرور مدة التقادم[6] .

مثال أن يرهن قاصر عقار (مثل هذا العقد قابل للبطلان) ثم يجيزه بعد بلوغه سن الرشد فالعقد الباطل نسبياً مهدد بالابطال لكن اذا مضت عليه المدة القانونية اصبح صحيحاً وسقط الابطال بالتقادم ، وتحسب المدة من يوم زوال العيب ويفسر انه امتناع عن إقامة الدعوى .

ويعتبر تصحيحاً لعقد البيع اذا بيع عقار بغبن يزيد عن خمس فاللبائع الحق فى طلب تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل .

وبقى ان نذكر أنه هناك من يضيف حالة ثالثة وهى حالة الانعدام ويذهب هذا الفريق من الفقهاء وهم اصحاب النظرية التقليدية الى انه اذا تخلف احد اركان العقد فالعقد يكون منعدماً ، واذا اختل المحل او السبب ، بأن كان المحل مستحيلاً او غير معين او غير مشروع ، او كان السبب غير مشروع ، فالعقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، واذا اختل الرضا يكون باطلاً بطلاناً نسبياً وتعرضت هذه النظرية الى انتقادات شديدة من غالبية الفقهاء[7] .

ومن هنا يتضح ما للعقد من أهمية في النشاط الاقتصادي والنشاط الاجتماعي والإنساني، لذا تتضح أهمية أي دراسة تتعلق بالعقد، سواء كانت تتعلق ببطلان العقد أو آثاره أو انعقاده، أو غير ذلك من المواضيع المتعلقة بنظرية العقد، ومن هنا فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد يقضي عدم جواز تجزئة العقد، فالعقد هو ارتباط أرادتين، لذا فإن كل متعاقد يلتزم بآثار العقد في حدود ما

---

[6]- د/ عبدالرزاق احمد السنهورى ، نظرية العقد ، الجزء الثانى ، 1998 ، ص 616 .

[7]- د/ عبدالمجيد الحكيم ، ص 264 .

اتفقا عليه المتعاقدان فالمتعاقد يجب أن ينفذ العقد بأكمله دون تجزئة، ولكن إذا كان العقد في جزء منه باطل، أو فيه شرط باطل مخالف للآداب أو مخالف للقانون، هل يؤدي ذلك إلى بطلان العقد بأكمله، وعندها نكون أمام تطبيق مبدأ عدم تجزئة العقد؟ ولكن تطبيق هذا المبدأ يكون بشرط أن يكون الشرط الباطل أو الجزء الباطل هو الدافع إلى التعاقد، أي تكون نية المتعاقدين هي الدافع إلى التعاقد وهذا ما نصت عليه المادة 143 من القانون المدني المصري[8] .

وطبقاً للقانون المدني المصري فالعقد يتم وقد عرفه الفقه المصري بأنه ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول العاقد الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه. أما المشرع فقد أشار إلى أنه ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن أرادتين م متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد. وقد حدث القانون المدني المصري على الوفاء فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد[9] . وقد حدث القانون المدني المصري على الوفاء بالعقود وأكد على القوة الملزمة للعقد في المادة (1/147) ((العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون))[10] .

يتحدد مضمون العقد بما أنشأ من حقوق وإلتزامات، سواء أتم ذكرها صراحة في العقد أم ضمناً، فإذا كان العقد صحيحاً نافذاً، ترتبت جميع آثاره، بينما لا يتحقق ذلك عندما يكون باطلاً، بأي سبب من أسباب البطلان، إذ يكون مصيره البطلان ويجب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. بينما في حالات أخرى يكون العقد مشوباً بعيب يجعله موقوفاً أو قابلاً للأبطال، وعندها يكون العقد أمام إحتمالين، فأما أن يتحقق بطلانه وأرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل

---

[8]- حيث نصت على ((إذا كان العقد في شق منه باطل أو قابل للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للأبطال فيبطل العقد كله)).

[9]- م. 89 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984 فلم يتضمن القانون المدني المصري على تعريف للعقد، لأن التعريفات هي من مهمة الفقه وليس المشرع.

[10]- أما المشرع الفرنسي فقد نص على ذلك في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي الصادر 1804

التعاقد، أو يكون مصيره " الصحة " عن طريق إجازته أو مضى المدة دون أن تصدر الأجازة أو النقض، وهذا يعني أن هذا العقد متردد بين الصحة والبطلان، وبذلك يكون مهدداً بالبطلان.

ومن أجل تفادي الآثار المترتبة على البطلان، أو التقليل منها، جاء المشرع بوسائل هدفها الحفاظ على العقد المشوب بعيب يبطله أو يهدد بالبطلان، والإبقاء على العقد نفسه بعد زوال البطلان أو التهديد به، عندها يصبح العقد صحيحاً بعد أن كان باطلاً، كلياً أو جزئياً، أو إستقراره صحيحاً بشكل نهائي بعد أن كان متردداً بين الصحة والبطلان. فتصحيح العقد[11] يدور حول فكرة واحدة هي تحول العقد نفسه من وصف البطلان إلى وصف " الصحة "، ومن عقد مهدد بالبطلان إلى عقد صحيح بشكل نهائي. وهذه الفكرة تترتب بوصفها أثراً لعدة وسائل تشريعية منها، إنتقاص العقد الباطل واستبعاد الجزء الباطل من العقد، والتغيير في عنصر من عناصره، أو الأجازة والتقادم في العقد الموقوف والعقد القابل للأبطال. فهذه الفكرة هي القاسم المشترك بين جميع هذه الوسائل وتطبيقاتها، ولا ينقص ذلك سوى البحث عنها ومحاولة ربطها في مفهوم واحد هو تصحيح العقد، بزوال البطلان أو التهديد به .

أهمية الدراسة ودواعي اختيارها

فإن للعقود أهمية كبيرة فى حياة الانسان ، حيث انه لا يمكنه العيش بمفرده ، فلابد له أن يتعاون مع أفراد المجتمع وذلك من أجل الحصول على الوسائل الضرورية للعيش ، ولتحقيق ذلك كان لابد من البحث عن طرق للتبادل وضمان الاستمرار ، ولعل العقد أهم هذه الوسائل التى من خلالها يستطيع الافراد إشباع حاجياتهم وتحقيق غاياتهم ومقاصدهم سواء كانت العقود مدنية او تجارية .

---

[11]- التصحيح لغة، يرجع إلى مادة (صحح): الصح والصحة والصحاح. خلاف السقم وذهاب المرض، وقد صح فلان من علته وأستصح، وصححه الله فهو صحيح، وصحاح بالفتح وكذا (صحيح) وصحاح بالفتح وكذا (صحيح).

فإن دلالة اهمية العقود تتجلى من خلال حرص التشريعات واعطائها اهمية كبيرة ، فهى تشترط فى العقد جملة من الاركان والشروط يتحقق بها وجوده ومتى توافرت خرج العقد من دائرة الفساد والبطلان ، ولكن متى اختل أحد الشروط او تخلف ركن من الاركان بطل هذا العقد او كان قابلاً للابطال .

تجنب البطلان في العقود يكون إذا ما كان البطلان في شق من العقد ويكون تغيير في عنصر من عناصر العقد المعيب يؤدي إلى جعله صحيحاً مرتباً لإثارة إذ يجب توافر ثلاث شروط حتى يتحقق التصحيح **وهذه الشروط هي** :

أولاً:- أن نكون أمام عقد معيب

ثانياً:- أن نكون مع تغيير في عنصر من عناصر العقد أو أركانه.

ثالثاً :- فهو يجب أن يبقى على نوعه دون تغيير

نطاق البحث

نتناول فى هذا البحث وسائل الحد من البطلان ، نظراً لاتساع نطاق المعاملات بين الناس وذلك لسهولة الاتصال بين الشعوب والدول يجعل هذه التصرفات أكثر عرضة للبطلان لتخلف أحد أركانها أو شروطها خاصة العقود التى تعتبر أهم هذه التصرفات، ولقد استعنا ببعض الفقه المقارن لتوضيح وسائل الحد من البطلان .

منهج البحث

المنهج الوصفى التحليلى المقارن لوسائل الحد من البطلان فى العقود ، وذلك فى مبحثين كل مبحث ينقسم الى مطلبين ويسبقهما مبحث تمهيدى ثم الخاتمة والتى تتضمن النتائج والتوصيات وقائمة المراجع .

وسنقسم البحث إلى :

مبحث تمهيدى : **نتناول فيه العقد المعيب ووسائل تصحيحه .**

المبحث الاول : عناصر العقد المعيب وينقسم الى مطلبين :

المطلب الاول : المقصود بالعقد المعيب .

المطلب الثانى : تمييز تصحيح العقد المعيب مع ما يتشابه معه من مفاهيم قانونية أخرى.

المبحث الثانى : **وسائل تصحيح العقد المعيب وينقسم الى مطلبين :**

المطلب الاول : سلطة القاضى فى الحد من البطلان .

المطلب الثانى : الوسائل القانونية للحد من البطلان .

ثم الخاتمة وتتضمن النتائج والتوصيات ، ثم قائمة بالمراجع .

مبحث تمهيدى

العقد المعيب ووسائل تصحيحه

الأصل أنه إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص قانونى او بالتراضى ، فيجوز تعديله باتفاق الطرفين أو لسبب يورده القانون وكذلك يجب على القاضى ان يتقيد باتفاق المتعاقدين ويتلزم يتطبيقه ويمنع عليه التغيير او التعديل فيه .

إلا أن هذا المبدأ لا يؤخذ به على الاطلاق .. إذ أجاز القانون للقاضى تعديل العقد فى حالات نص عليها القانون وعلى سبيل الاستثناء تعديل العقد بغية تحقيق العدالة التى يسعى المشرع الى تحقيقها بين المتعاقدين ، مثل تعديل العقد المشوب بعيب الاستغلال فيجوز أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول وذلك من خلال أنقاص الالتزامات المترتبة فى ذمة المتعاقد المغبون أو زيادة التزامات المتعاقد الغابن ليدفع عن المغبون الغبن الفاحش .

فيتضح ان المشرع قد منح القاضى سلطة إبطال العقد او إنقاص التزامات المتعاقد المغبون بناء على طلب الاخير عندما يطلب إبطال العقد لعيب الاستغلال ، فاللقاضى رفض طلبه ويقضى بإنقاص التزامات التعاقدية بدلاً من الابطال فيبقى العقد صحيحاً وبأثر رجعى ويكون تصحيحاً للعقد المعيب وليس تعديلاً له ، ويجوز إبطال العقد اذا رأى القاضى والذى له سلطة تقديرية فى ضوء الظروف المحيطة بالدعوى أن زيادة التزامات الغابن كافية لرفع الغين وإنقاذ العقد من البطلان . **وذلك كما جاء فى نص المادة رقم 129 من القانون المدنى :**

(1) إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

(2) ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة.

(3) ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الأبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

ولتصحيح العقد المشوب بعيب الاستغلال وبتحقق التصحيح نتيجة التغيير فى عنصر من عناصر العقد . الانقاص فى التزامات المتعاقد المغبون أو لزيادة فى التزامات المتعاقد الغابن وهنا يتم التصحيح وإنقاذ العقد عن طريق الحذف او الاضافة فى عنصر من عناصر العقد . وهناك فارق فى التصحيح والتعديل فالاول يرد على العقود المعيبة بينما التعديل لا يرد الا على عقد غير معيب .

فإن البطلان هو جزاء مخالفة القانون ينعدم فيه الاثر القانونى بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير فيعاد المتعاقدين الى الحالة الاولى قبل التعاقد ، إذ تختلف أحكام البطلان باختلاف القاعدة القانونية التى يترتب البطلان على الاخلال بها ، بحيث اذا كانت القاعدة القانونية تحمى المصلحة العامة كان البطلان مطلقاً فيصبح فى حكم العدم ، اما اذا كانت القاعدة القانونية تحمى مصلحة خاصة يكون البطلان نسبياً او قابلاً للابطال[12] .

من الآثار العرضية للعقد الباطل كذلك نظرية الخطأ فى تكوين العقد التى أتى بها الفقيه الالمانى ايهرنج ، مفادها ان المتعاقد الذى قام به سبب البطلان يلتزم بتعويض الطرف الاخر عن الضرر الذى اصابه جراء عدم اتمام العقد على اساس مسئولية عقدية فالمتعاقد يتعهد لطرف الآخر بصحة تصرفه وانه لن يكون هناك اى سبب للبطلان ، على هذا الاساس هو ملزم بالتعويض بمقتضى العقد الباطل . أول الامر لقيت هذه النظرية رواجاً كبيرا ، لكن سرعان مظهر فسادها لأن المسئولية فى هذا الخصوص لا تكون الا تقصيرية عند ثبوت الخطأ ، هذا ما

---

[12]- فضل منذر ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامى والقوانين المدنية العربية والاجنبية ، الطبعة الاولى ، دار تاراس للطباعة والنشر ، العراق ، 2006 ، ص 177 .

أخذ به تشريع الجزائى وفقاً لقاعدة لقاعدة أن لكل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض . محمد صبرى السعدى ، الواضح فى شرح القانون المدنى النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، 2012 ، ص 270 – 271.

ومتى ما اقترن العقد بشرط باطل أو كان شق منه باطل أي كنا أمام بطلان جزئي في جزء من العقد، وفقاً للقانون المدني المصري يمكن اللجوء إلى المادة (143) مدني وتقرير بتر الجزء الباطل أو الشق الباطل واعتبار العقد صحيحاً في المتبقي منه بعد بتر الجزء الباطل ولكن تجزئة العقد تكون مقيده بشرط أن يكون الجزء الباطل من العقد هو الدافع إلى التعاقد.. ويمكن تطبيق هذا الحكم والوصول إلى هذه النتيجة.

ولكننا لنأخذ الجانب الآخر من هذه المواد، عندها نكون أمام تطبيق لمبدأ عدم تجزئة العقد وبالتالي لا يمكن بتر وقطع الجزء الباطل من العقد إذا كان الجزء الباطل أو الشرط الباطل هو السبب الدافع إلى التعاقد، أي أن تطبيق مبدأ عدم تجزئة العقد في مجال البطلان يكون مقيد بقيد هو أن يكون الجزء الباطل هو الدافع إلى التعاقد عندها نكون أمام تطبيق لمبدأ عدم تجزئة العقد... وهذا الحكم مستخلص من المادة 143 من القانون المدني المصري، إذن وفقاً للقانون المدني المصري يمكن تطبيق مبدأ عدم تجزئة العقد ولكن تطبيق هذا المبدأ كان مقيداً بإنصراف إرادة المتعاقدين إلى ذلك. والمقصود بالشرط الذي يقترن بالعقد هو الشرط التقييدي فهو يختلف عن الشرط التعليقي، فالشرط التعليقي هو من الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام ويرد بأحد أدوات الشرط ويقصد منه تعليق تحقق العقد على تحقيق شيء آخر، أما ما نقصده هنا من اقتران العقد بشرط باطل وتطبيق مبدأ عدم تجزئة العقد فيه، فهو الشرط التقييدي، وهو الشرط الذي يقترن به العقد مؤكداً لمقتضاه أو ملائماً له أو يكون جارياً به العرف والعادة وعلى هذا إذا كان العقد في شق منه باطل أو شرط اقترن به وكان هذا الشرط باطلاً فإن هذا الشق أو الشرط وحده الذي يبطل دون بقية الأجزاء الصحيحة من العقد، أي يبقى العقد قائماً في شقه الصحيح ولكن هذا

الحكم مشروط بعدم تعارض بقاء العقد صحيحاً مع قصد الطرفين[13]. ويتبين مما تقدم بأنه إذا لم يقم من يدعي البطلان الكلي الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للأبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما ب قي من العقد صحيحاً" باعتباره عقداً مستقلاً ويقتصر البطلان هنا على الشق الباطل وحده[14].

وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري حيث يظل الجزء المعيب من العقد فقط بشرط أن لا يتعارض ذلك مع قصد الطرفين، أي ما لم تثبت الإرادة المخالفة للمتعاقدين[15]، وعلى العاقد الذي يتمسك بالبطلان الكلي إثبات الإرادة المخالفة للمتعاقدين، أي إثبات أنه الجزء المعيب من العقد هو الدافع إلى التعاقد[16] وعند إثبات ذلك نكون أمام مبدأ عدم تجزئة العقد والحكم بالبطلان الكلي. يتضح مما تقدم، بأن نظرية انتقاص العقد لا تتعارض مع حرية التعاقد أي من قصد المتعاقدين، أي أن الشق الباطل أو القابل للأبطال أو الجزء المعيب إذا كان جوهرياً في نظر المتعاقدين بحيث لا ينعقد العقد بدونه، فعندها لا يجوز تجزئة العقد، حيث يقضي بالبطلان الكلي وبالتالي لا يحكم بانتقاص العقد، لأن الشرط الباطل أو الجزء الباطل لا ينفصل على جملة التعاقد. وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأن الأحكام المذكورة أعلاه تعتبر تفسير لإرادة المتعاقدين[17].

([13]) د. عبد المجيد الحكيم/ الموجز في شرح القانون المدني العراقي / الجزء الأول في مصادر الالتزام/ الطبعة الخامسة، مطبعة نديم / بغداد/ 1977/ ص 211 و 212.

([14]) د. إسماعيل غانم/ النظرية العامة للالتزام / مصادر الالتزام/ مكتب عبدا لله هبة/ القاهرة/ 1966/ ص 295.

([15]) المادة 143 ق . م مصري.

([16]) المذكرة الايضاحية / للمادة 143 من القانون المدني المصري/ منشور من قبل جمال الدين العطيفي/ الجزء الأول/ مصادر الالتزامات / دار النشر للجامعات المصرية/ القاهرة/ 1949 / ص 268.

([17]) د. حلمي بهجت بدوي/ أصول الالتزامات/ الكتاب الأول/ نظرية العقد/ مطبقة نوري/ القاهرة/ 1943/ ص 237 – 238. حيث يذكر بهذا الخصوص ((كما أن المحاكم تقضي في بعض الأحوال بأبطال بعض أحكام العقد دون البعض الآخر وذلك بمقتضى حقها في الحكم بالبطلان، كلما خولفت قواعد النظام العام أو الآداب، فهي تقضي مثلاً بإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية في بعض العقود دون أن تبطل العقد بأكمله، فتظل بقية أحكامه صحيحة ويعتبر الشرط الباطل كأن لم يكن)).

وفقاً للمادة 143 ق. م مصري، الأصل أو القاعدة العامة هي تجزئة العقد في مجال البطلان الجزئي، اما الاستثناء على هذه القاعدة فهو مبدأ عدم تجزئة العقد والحكم بالبطلان الكلي ولكن أعمال هذا الاستثناء مقيد بقيد هو يجب إثبات من يدعي البطلان الكلي، انصراف إرادة المتعاقدين إلى كون العقد وحدة واحدة لا تتجزأ أي إثبات أن العقد ما كان ليبرمه أحد المتعاقدين بدون الشق الباطل لكون الأخير هو الدافع إلى التعاقد.

أما مع مبدأ عدم تجزئة العقد عندما نكون امام البطلان الكلى للعقد فهذا ما نصت عليه المادة 557 من القانون المدنى المصرى ، <u>حيث جاء فى الفقرة الاولى منها</u> :

1) الصلح لا يتجزء ، فبطلان جزء منه يقتضى ببطلان العقد كله .
2) على أن هذا الحكم لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد او من الظروف ان المتعاقدين قد اتفقا على أجزاء العقد مستقلة عن بعضها البعض .

يتبين من النصوص المتقدمة، أن عقد الصلح إذا شاب جزء منه سبب من أسباب البطلان المطلق لعدم مشروعية المحل أو أي سبب من أسباب البطلان النسبي كعيب من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال أو أي سبب آخر من أسباب البطلان النسبي فعندئذ وفقاً للفقرة الأولى من النصوص المتقدمة يكون العقد باطلاً بجميع أجزاءه ونكون أمام تطبيق لمبدأ عدم تجزئة العقد والحكم ببطلان العقد الكلي لعقد الصلح، إذن وفقاً لهذه الفقرة تكون أمام تطبيق لمبدأ عدم جواز تجزئة العقد.... ولكن هذا المبدأ (عدم جواز تجزئة العقد والحكم ببطلانه كلياً) لا يسرى أي يستبعد في حالة إذا كنا أمام انصراف عبارات العقد أو ظروف الحال إلى أن أجزاء العقد (عقد الصلح) مستقلة بعضها عن بعض أي كنا أمام تعدد في الصفقة يستنتج هذا التعدد من عبارات العقد أو من ظروف الحال أي انصراف أرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية إلى أن أجزاء عقد الصلح مستقلة بعضها عن البعض، وعلى هذا إذا شاب جزء من الأجزاء عيب تبقى الأجزاء الأخرى المستقلة صحيحة دون أن تتأثر بما أصاب ذلك الجزء من

عيب سواء كان ذلك عيب بتمثل بالبطلان المطلق أو البطلان النسبي. إذن هنا نكون أمام تعدد في الصفقة، لذا فالبطلان الذي يصيب أحدهما لا يؤثر على الباقي، لأن الأجزاء الباقية مستقلة عن الجزء الباطل.

ولكن هذا الأمر لا يعني أن كلاً من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري يعتبر عدم تجزئة الصلح عند بطلانه ليست من النظام لعام فهذا الأمر غير دقيق لأن قاعدة عدم تجزئة عقد الصلح عند بطلانه هي من النظام العام، والفقرة الأولى من المادة (557) من القانون المدني المصري[18]. لكن يجب أن تكون وحدة عقد الصلح أي وحدة الصفقة في الصلح أي اتفاق المتصالحين على وحدة الصفقة أي اتفاقهما على كون الصلح عقد واحد فعندها فإن هذا العقد لا يقبل التجزئة وبالتالي البطلان الذي يصيب أحد أجزائه يؤدي إلى بطلان العقد كلياً وبالتالي تكون أمام تطبيق لمبدأ عدم تجزئة العقد دون الحاجة إلى أن نشترط انصراف إرادة المتعاقدين إلى أن عقد الصلح لا يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً بل كل ما في الأمر يجب أن يكون أمام عقد واحد هو عقد الصلح وبالتالي سوف نكون أمام تطبيق لمبدأ عدم تجزئة العقد تطبيقاً مطلقاً دون قيد أو شرط. وعلى هذا الأساس فإن قاعدة عدم جواز تجزئة عقد الصلح لبطلان جزء من أجزائه، من الممكن أ، يستبعد تطبيقها إذا انصرفت إرادة المتعاقدين إلى استقلال أجزاء الصلح بعضها عن البعض أي تكون أمام انصراف إرادة المتعاقدين إلى تعدد في الصفقة وعندها يستبعد تطبيق مبدأ عدم تجزئة عقد الصلح أي يحكم بالبطلان الجزئي[19]. بعبارة أخرى فإن تطبيق مبدأ عدم تجزئة عقد الصلح يقتضي انصراف إرادة المتعادين إلى

([18]) لأن القول بعكس ذلك يعني أنه من الممكن الحكم بتجزئة العقد والحكم بالبطلان الجزئي حتى لو لم تثبت أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى اعتبار الجزء الباطل مستقلاً عن أجزاء الصلح الأخرى وهذا خلاف ما تقضي به المادة 2/720 من ق. م. ع والمادة 2/557 ق. م مصري.

([19]) المادة 2/57 من القانون المدني المصري.

وحدة عقد الصلح وبالتالي نكون أمام تطبيق للفقرة الأولى من المادة 557 من القانون المدني المصري..... أما استبعاد هذا المبدأ فيقتضي انصراف إرادة المتعاقدين إلى تعدد الصفقة واعتبار أجزاء العقد مستقلة بعضها عن البعض فعندها يستبعد تطبيق مبدأ عدم تجزئة العقد ومن نص الفقرة الثانية من المادة (557) من القانون المدني المصري [20]. يتبين مما تقدم أن عدم تجزئة عقد الصلح يعتمد على انصراف إرادة المتعاقدين إلى وحدة الصلح، سواء أكانت هذه الإرادة هي الإرادة الصريحة أو الضمنية، ألا أن عدم تجزئة العقد هو المبدأ أما الاستثناء فيكون التجزئة، وتطبيق المبدأ والاستثناء يعتمد على تفسير لإرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية، فالأصل أن يعتبر عقد الصلح باطلاً في مجموعه وبالنسبة لسائر الأشخاص المشتركين فيه، فإذا ثبت انصراف إرادة المتعاقدين إلى إبرام أكثر من صلح، فإن ذلك يفسر إمكانية تجزئة بطلان الصلح وبالتالي يستبعد تطبيق مبدأ عدم تجزئة العقد في مجال بطلان الصلح[21].

وأخيراً هل نكون في مجال عيوب الإرادة مع تطبيقات لمبدأ عدم تجزئة العقد دون الحاجة إلى إثبات انصراف ارادة الطرفين إلى عدم تجزئة العقد، أي أنصراف إرادتهم إلى الحكم بالبطلان الكلي للعقد؟.

الحقيقة أن الغلط كعيب من عيوب الإرادة يمكن أن يكون تطبيق لمبدأ عدم تجزئة العقد تطبيقاً مطلقاً دون أن يتطلب أي قيد أو شرط، والغلط لا يكون سبباً " لبطلان العقد إذا كان

([20]) د. عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني/ الجزء الخامس، دار النهضة العربية / القاهرة / 1962/ ص 550-553 حيث يستخلص مما ذكره الأستاذ الدكتور السنهوري ، بأن تطبيق مبدأ عدم تجزئة عقد الصلح يعتمد على اتحاد الصفقة وعندها يحكم ببطلان الصلح كله، أما إذا تفرقت الصفقة لم يعد مجال لتطبيق مبدأ عدم تجزئة العقد.

([21]) الدكتور السنهوري- الوسيط/ الجزء الخامس/ المصدر السابق/ ص 552 هامش (1).

جوهرياً" أي أنصب على صفة جوهرية للشيء محل العقد، بحيث تعتبر تلك الصفات الجوهرية دافعاً " لإبرام العقد[22]، وقد أشار التقنين المدني المصري إلى ذلك في المادة(121) منه إلى أن الغلط يكون جوهرياً :

"إذا بلغ حداً" من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهرياً" على الأخص :-

(أ) إذا وقع في صفة جوهرية للشيء في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية.

(ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد. وهذا المعيار الشخصي الذي ني طبه الغلط كان هو الذي انتهى إليه القضاء المصري قبل صدور التقنين المدني المصري[23].

فالغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يتصف بصفتين اثنتين أولهما يجب أن يكون جوهرياً وأن يكون متصلاً بعلم المتعاقد الآخر، والغلط الجوهري في نظر القانون هو الغلط الذي يبلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد من إبرام العقد لو لم يقع فيه أي يجب أن يكون الغلط دافعاً لرضا أحد المتعاقدين نحو أن يقبل التعاقد على نحو معين في عقد معين، بحيث يعتبر غلط جوهرياً إذا كان قد أدى بأحد المتعاقدين إلى أن يقبل شروطاً أقل نفعاً له عما كان يرتضيها لو

([22]) د. غازي عبد الرحمن ناجي/ من عيوب الإرادة / الغلط / دراسة مقارنة/ مجلة القانون المقارن / العدد 2001/30/ ص 21-22/ حيث يذكر الدكتور في هذا الصدد (تبعاً للمعيار الذاتي تكون العبرة بالأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص المكونة لمادة الشيء في ذاته)

([23]) جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري((ينبغي أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهرياً، ولا يحقق ذلك ألا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد، ومؤدي هذا أن يناط تقدير الغلط بمعيار شخصي، وقد انتهى القضاء المصري والقضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى تطبيق معيار شخصي بحت)) انظر جمال الدين العطيفي / المصدر السابق / 223-224.

علم بالحقيقة. فمقل هذا الغلط يعيب الإرادة حيث يعتبر غلط دافع للإرادة في حقيقة الأمر، فهو يكون الدافع الرئيسي للتعاقد بحيث أنه لم يكن ليبرم العقد لولا وقوعه في هذا الغلط .

وعلى هذا الأساس، فإن القاضي لا يجوز له إلا إبطال العقد كلياً عند توفر شروط الغلط المعيب للإرادة الذي يكون العقد موقوفاً أو قابلاً للإبطال، أي عندما يكون الغلط دافعاً لرضا المتعاقد، أي أن المتعاقد الذي وقع تحت تأثير الغلط لم يكن يرتضيه على النحو الذي أبرمه لو علم بالحقيقة، فليس أمامنا إلا البطلان الكلي للعقد أي سوف نكون أمام تطبيق لمبدأ عدم تجزئة العقد المعيب بالغلط ولا يمكن إلا الحكم بالبطلان الكلي، لذا لا يمكن الحكم بالبطلان الجزئي، بل أن البطلان المقضي به لمصلحة الواقع في الغلط هو بطلان كلي دائماً وبالتالي عدم تجزئة العقد دون الحاجة إلى إثبات انصراف إرادة المتعاقدين إلى ذلك، أي سنكون مع تطبيق لمبدأ عدم تجزئة العقد المشوب بعيب الغلط، دون قيد انصراف إرادة المتعاقدين إلى ذلك أي سوف نكون أمام تطبيق لمبدأ عدم تجزئة العقد ولكن يجب أن يكون العقد المشوب بالغلط عقداً واحداً أي يجب أن تتحدد في العقد الصفقة، لذا فلا تكون أمام تطبيق للمادة (143) من القانون المدني المصري في هذه الحالة.

القيود الارادية :

هذه القيود ليست من فعل المشرع ، كما انها ليست من مكونات النظام العام ، وإنما هى قيود من صنع الارادة الفردية ومن أطلاقات حريتها ، فاللارادة ان ترغب فيما تشاء وتحقق ما تريد وأن تشترط ما يحلو لها ، لا يحدها فى ذلك إلا ما يقابلها من إرادة مواجهة لها ، والتى توقفها عند حد معين لا تستطيع بعده ان تتزايد مطالبها .

ويدق الامر فى هذا المجال حين نكون بين طرفين متعاقدين ليسا على قدم المساواة ، فتكون العلاقة التعاقدية بينهما غير متكافئة ، فقد يتمتع احدهما بقوة اقتصادية كبرى بنفوذ او خبرة او سيطرة اقتصادية ، بينما لا تتوافر للثانى مثل ذلك .

فيعمد الاول الى فرض شروطه ومطالبه على الطرف الاضعف ، والذى لا يملك سوى الخصوع والتسليم بما أملى عليه من شروط ، والمثال البارز على ذلك هو عقود الاذعان .

فهذه القيود ترد على الحرية التعاقدية ، والتى لا تفترض اتزاناً فى العلاقة التعاقدية مقترناً بمساواة بين طرفى التعاقد ، فبمقتضى هذه القيود يطغى احدهما على الآخر ، فنحن نتناول الحرية التعاقدية عند لحظة لا يفترض فيها تحقق العدل بين الطرفين ، أى عند لحظة عدم توافق الارادتين المتقابلتين المتساويتين فى المركز التعاقدى مع بعضهما البعض .

وهذه القيود نسميها ايضا بالقيود الواقعية ، اى التى تفرضها الظروف ، سواء ظروف اقتصادية او اجتماعية او مهنية ، فهذه الظروف تدفع الارادة الى التفاعل معها ، والاستجابة لمتطلباتها ، والتمثل لتهديداتها ، ومن الظروف الاقتصادية والاجتماعية الضرورة او الحاجة الاقتصادية اللتين تدفع وطأتهما الى التعاقد ، مثل ظاهرة الاذعان ، التى فرضها الواقع ، والتى تهدد بإنشاء العلاقة التعاقدية ، فما يكون امام ارادة المتعاقد المذعن سوى الرضوخ لارادة المتعاقد الاقوى ، الذى يتمتع باحتكار قانونى أو فعلى[24] ، فيكون رضاء القابل للعقد ليس كاملاً ، حيث يفرض عليه التعاقد من الناحية الواقعية[25] .

---

[24]- د/ عبدالمنعم فرج الصدة ، عقود الاذعان ، فقرة 50 ، ص 70 وما بعدها ، د/ عبدالرزاق احمد السنهورى ، الوسيط ، العقد ، فقرة 116 ، ص 293 وما بعدها ، د/ على نجيدة ، مصادر الالتزام ، ص 52 وما بعدها ، د/ سليمان مرقس ، الوافى ، فقرة 63 ، ص 117 وما بعدها ، د/ حسام الدين كامل الاهوانى ، مصادر الالتزام ، المصادر الارادية ، 1991 ، 1992 ، فقرة 102 ، ص 78 ، د/ محمد حسين عبدالعال ، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ، ص 87 .

ومن القيود الواقعية فى تقديرنا ما تفرضه اتفاقيات العمل الجماعية التى تبرم بين هيئات مهنية او منظمات نقابية وبين اصحاب الاعمال ، من قيود تحرز للعمال شروطاً ومزايا أفضل[26] .

وبالجملة فإن التهديد الاقتصادى بإنشاء العلاقة التعاقدية ، بما يتضمنه من ضغط اقتصادى او واقعى يحرم الارادة جزئياً من حرية الاختيار والتقدير ، يتوافر كلما ضمرت حرية القبول فى عقد طالما تعلق الامر بسد حاجات اولية او ضرورية على نحو يكون عليه الموجب محتكراً او جاعلاً المنافسة محدودة النطاق .

كما أن الواقع الاجتماعى قد يفرض الدخول فى تعاقد لم يتنبأ له من قبل ، مثل الحاجة الى التعقاد مع طبيب تحت وطأة المرض ، والحاجة الى التعاقد مع محام تحت وطأة الحاجة اليه ، ومن الظروف المهنية مثلاً حالة الانضمام للنقابات المهنية كشرط لمزاولة المهنة ، فيترتب على ذلك ضرورة إبرام عقد التمرين ، كما هو الحال فى نقابة المحامين او نقابة التجاريين[27] .

---

[26]- نظم القانون اتفاقات العمل الجماعية فى المواد من 80 : 92 انظر فى ذلك د/ رضوان السيد راشد ، ص 286 .

[27]- د/ رضوان السيد راشد ، الاجبار على التعاقد ، ص 239 .

المبحث الاول

عناصر العقد المعيب

وينقسم الى مطلبين :

المطلب الاول : المقصود بالعقد المعيب .

المطلب الثاني : تمييز تصحيح العقد المعيب مع ما يتشابه معه من مفاهيم قانونية أخرى .

المطلب الاول

المقصود بالعقد المعيب

يقصد بالعيب هنا، هو أن يكون العقد قد شابه عيب من عيوب الإرادة بحيث أصبح موقوفاً على اجازة من وقع تحت تأثير العيب، ولكن هذه العيوب أي الإرادة.

في القانون المدني المصري فإن العيب الذي يكون مجالاً لتصحيح العقد المشوب به يكون في عيوب الإاردة ، في مجال الغلط والاستغلال حيث نصت المادة 124 من القانون المدني المصري الفقرة الثانية منها على " ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا ظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد " هذا في مجال الغلط الذي يعيب الإرادة .

ويبطل العقد لأسباب عديدة، بيد أن من الواجب التفرقة بين البطلان النسبي للعقد و البطلان المطلق للعقد. الأول ينتج عنه وجود عيوب في الرضا لدى المتعاقد كالإكراه، الغلط، الاستغلال، و التدليس و في هذا النوع من البطلان قد لا يؤثر في صحة العقد و مدى إلزامية العقد للتنفيذ طالما لم يتمسك المتعاقد المتضرر بوجود عيب نشأ في الرضا و بالتالي يبقى العقد

سارياً و لازماً. من جهة أخرى، البطلان المطلق للعقد ينشأ عن انعدام أحد أركان العقد الذي من شأنه يولد العلاقة التعاقدية بين الطرفين.

وأركان العقد هي : الرضا و المحل و السبب. **الرضا** هو الإرادة أي إلتقاء إرادتين و اتفاقها على كل بند من بنود العقد، **المحل** هو موضوع العقد كبيع سيارة أو إيجار شقة، **و أخيراً السبب** وهو بكل بساطة لماذا يريد الطرفان إبرام العقد، بحيث لو كان السبب مخالف للنظام العام و الآداب يعد العقد باطلاً بطلان مطلق و هذا يستتبع عدم صحة العقد ابتداءاً مما يجعله غير نافذ و لازم و بالتالي يجب فسخه و إعادة الحال الى ما كان عليه. علاوة على ذلك ، لا يجوز للطرفين عدم التمسك ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً فالقاضي له الحق بفسخ العقد اذا ما اتضح ان احد أركانه غير موجودة.

فالعقد الباطل يختلف عن العقد الناقص وكذلك عن العقد الفاسد وعن العقد الموقوق وكلاهم عقد معيب

فالعقد الناقص : هو عقد قائم ولكنه معيب بأحد عيوب الرضا وهى نقص أهلية المتعاقد المميز او الغلط أو التدليس او الاكراه او الاستغلال ، ويكون طلب إبطال العقد (الناقص) لمن عيب رضاه أن الابطال النسبى شرع لمصلحة المتعاقد الناقص الاهلية او لمن وقع فى غلط او للمدلس عليه او المكره او لمن استغل ، فإن أحدهم أجاز العقد او تنازل عن طلب الابطال فيصح العقد ويبقى قائماً منتجاً لآثاره[28] .

أما العقد الفاسد : وكما ورد فى مجلة الاحكام العدلية فهو مشروع اصلا لا وصفاً اى ان يكون منعقداً باعتبار ذاته ، غير مشروع باعتبار بعض اوصافه الخارجية ، وأبرز من دافع عن فكرة اختلاف الباطل عن الفاسد هم الحنفية بحيث عرفوا العقد الباطل بأنه فائت الاصل

---

[28]- شادرى قاسم ابو عرة ، مقارنة بين العقد الموقوف والعقد القابل للابطال ، بحث منشور فى شبكة الانترنت فى منتديات ستار تايمز .

والوصف اما العقد الفاسد فقد عرفوه بأنه عقد موجود الاصل فائت الوصف وان هذا التفريق لدى الحنفية اقتصر على المعاملات[29] .

أما العقد الموقوف (غير النافذ) : هو عقد انعقد وصح لتوافر ركنه وشروط انعقاده وصحته ولكن دخل عليه سبب من اسباب عدم النفاذ فتعلق نفاذ آثاره على إجازة من له حق الإجازة ، فإن أجازه نفذ وإن لم تلحقه الاجازة اعتبر كأن لم يكن .

أما العقد المفسوخ : فهو العقد الصحيح الذى تم حل الرابطة العقدية فيه وذلك لعدم التزام احد متعاقديه واهم مظهر لاختلاف العقد المفسوخ عن العقد الباطل يتمثل فى ان الفسخ لا يتصور الا فى العقود الملزمة للجانبين بعد ان نشأ صحيحاً ورتب آثاراً بين طرفيه منذ تكوينه فى حين ان البطلان يرد على عقود لم تنشأ منذ ابرامها نشأة سليمة فهو معاصر لتكوينها منذ وجوده .

أما في مجال الاستغلال فقد نصت المادة 129 على " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن".

يتبين من هذا النص بأن العقد إذا شابه عيب الغلط أو عيب الاستغلال فإنه يكون قابلاً للتصحيح . حيث يجوز للطرف المستغل أن يتوقى طلب المتعاقد المغبون.

إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، وبالتالي يقوم هذا الطرف المستغل بتصحيح العقد المعيب بتقديم ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

مما تقدم أن عيوب الإرادة التي تشوب العقد وتجعله معيباً لا تكون قابلة للتصحيح وفقاً للمعنى الضيق لمفهوم التصحيح، ولكن يمكن إجازتها لذا يكون العيب الذي يشوب العقد ويجعله قابلاً للتصحيح مقتصراً على حالة البطلان الجزئي الذي يشوف العقد، فإذا كان العقد في شق

---

[29]- مجلة البحوث الاسلامية ، العدد 95 ذى الفعدة 1432 هجرية ، الصفحة 225 ، المطلب الثانى ، منشور فى الانترنت فى موقع الرئاسة العامة للبحوث والافتاء ، المملكة العربية السعودية .

منه باطل أو جزء منه باطل فإنه يمكن أن يصحح العقد المعيب، فالعقد لا يبطل في الجميع بل يبطل منه ما لا يكون صحيحاً بالنظر إليه ويبقى عقداً مستقلاً صحيحاً بالنظر إلى ما كان صحيحاً فيه فكأنه جاء ابتداء ، عقداً مستقلاً به عملاً بقاعدة تصحيح العقود قدر الإمكان.

وكلك يكون التصحيح في العقد المعيب في القانون المدني في حالة القسمة الرضائية حيث إذا حصل في القسمة الرضائية غبن فاحش أصاب أحد الشركاء، فإنه من حق الشريك المغبون أن يطلب إبطال عقد القسمة أو إجازتها.

وتصحيح هذه العقود يكون عن طريق اجازتها من قبل الطرف الذي وقع تأثير العيب ، ففي القانون المدني المصري يمكن تصحيحها ويمكن اجازتها أيضاً[30] .

فقد نصت المادة (1077) من قانوننا المدني ،على انه ((يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي ، أذا أثبت أحد المتقاسمين ، أنه قد لحقه منها غبن فاحش ، ولاتسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة ، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته)).

[30]- الاستاذ محمد طه البشير، د. غني حسون طه/ الحقوق العينية/ الجزء الأول/ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – بغداد – ص 131-132

المطلب الثانى

تمييز تصحيح العقد المعيب مع ما يتشابه معه من مفاهيم قانونية أخرى

علينا أنه نميز بين التصحيح وبين ما يشبه به من مفاهيم قانونية أخرى ، فتصحيح العقد المعيب قد يختلط بإجازة العقد المعيب ، وقد يختلط التصحيح مع تحول العقد ، وأخيراً يختلط تصحيح العقد المعيب مع تعديله لذا علينا أن نبين أوجه التشابه والاختلاف بين تصحيح العقد المعيب من جهة وبين هذه المفاهيم من جهة أخرى .

يشترط لتصحيح العقد المعيب توافر شروط ثلاثة حتى يتحقق تصحيح العقد المعيب، حيث يترتب على توفر هذه الشروط الثلاثة ترتب آثار التصحيح والتي تكمن في أن العقد المصحح يرتب آثاره بأثر رجعي يمتد إلى يوم إبرامه وليس إلى وقت التصحيح[31] .

اجازة العقد المعيب تكون في حالة العقد الموقوف ، حيث يكون العقد الموقوف موقوفاً على اجازة المتعاقد الذي يحق له الاجازة أو النقص. فالعقد الموقوف هو العقد الذي لا يفيد حكمه في الحال وانما يتوقف حكمه على مصير الأجازة، فالعقد الموقوف لا ينتج حكمه في الحال منذ إنعقاده (بل أنه رغم انعقاده صحيحاً تكون آثاره الخاصة النوعية وسائر نتائجه متوقفة ولا تسرى لوجود مانع يمنع سريانها شرعاً). (فالعقد الموقوف في القانون المدني المصرى هو العقد الذي اعتراه عيب منه عيوب الإرادة كالإكراه والغلط والتغرير مع الغبن أو كان العاقد محجوزاً غير فاقد للأهلية كما يكون في بيع ملك الغير دون موافقة الأخير وكذلك في تجاوز الوكيل حدود وكالته).

يكون العقد هنا موقوفاً على إجازة من له حق الاجازة، أي موقوفً على اجازة ناقص الأهلية بعد بلوغه كمال الأهلية أو اجازة الولي أو الوصي وكذلك موقوفاً على اجازة الموكل في

---

[31]- د/ عبدالرزاق احمد السنهورى – نظرية العقد ، ص 502 .

حالة تجاوز حدود الوكالة، وكذلك في عيوب الرضا يكون العقد موقوفاً على اجازة من وقع تحت تأثير العيب ويجب استعمال الاجازة خلال ثلاثة أشهرمن تاريخ انكشاف الغالط أو تبين التغرير أو زوال الاكراه أو علم الولي بصدور العقد من ناقص التمييز .

لذلك اجازة العقد الموقوف تكون على عقد معيب وبهذا تشابه مع التصحيح فالتصحيح يرد على عقد معيب . وأن أثر الاجازة تكون بأثر رجعي يمتد إلى يوم ابرام العقد المعيب فإنه يؤدي إلى تصحيحه وترتيب آثاره من يوم ابرام العقد[32] .

المصحح وليس من وقت التصحيح أي أنه يؤدي إلى تصحيح العقد المعيب بأثر رجعي. هذه هي أوجه الشبه بين التصحيح وبين الاجازة أما الاختلاف فيكون من ناحية أن تصحيح العقد المعيب يكون بتغيير في عنصر من عناصر العقد المعيب يؤدي إلى تصحيح العقد المعيب بينما الاجازة لا تؤدي إلى تغيير في نصر من عناصر العقد وإنما تستبقى هذه العناصر على حالها دون تغيير بالرغم من أن الأجازة والتصحيح (لا تؤدي إلى تغيير في نوع وطبيعة العقد).

العقد شريعة المتعاقدين، ومعنى ذلك، أن ما أتق عليه المتعاقدين أي ما يدخل في العقد وفقاً لما تم الاتفاق عليه يكون ملزماً لمتعاقدين فلا يملك أحد المتعاقدين أن يغير العقد أو يعدله بإرادته المنفدردة ، إن سلطة القاضي في تعديل العقد هي سلطته في إجراء تعديلات معينة تتمثل في التغيير في بنود العقد فينزل منزلة المتعاقدمنه، ومن هنا يتبين التشابه بين تصحيح العقد المعيب وبين تعديل العقد ففي كل من المفهومين نكون أمام تغيير في العقد، ولكن يختلفان من حيث أن إرادة المتعاقد في تصحيح العقد تكون واضحة، فعمل القاضي في تصحيح العقد المعيب

---

[32]- مصطفى الزرقا/ الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد/ ج1 في المدخل الفهقي العام-/ط6/ مطبعة 415 – جامعة دمشق 1959 / ص 414

يكون مرهوناً بإرادة المتعاقدين في حين أن سلطة القاضي في تعديل العقد تحصل على الرغم من إرادة المتعاقدين أي جبراً على إرادتهما[33].

ويختلف تصحيح العقد المعيب عن تعديل العقد، من جهة أخرى، في أن تعديل العقد يكون في حالتين، فقد يكون في حالة العقد المعيب منذ نشأته كما في حالة تعديل العقد المشوب بعيب الاستغلال أو في عقد الإذعان، ويمكن أن يحصل تعديل العقد في حالة العقد الذي يكون صحيحاً منذ نشأته، كما في حالة استكمال القاضي للمسائل غير الجوهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدان (وكأنقاص الالتزام المرهق في نظرية الظروف الطارئ[34] .

من هذا يتبين بأن تعديل العقد من قبل القاضي يمكن أن يكون في العقد المعيب منذ نشأته، ويمكن أن يحصل في العقد الصحيح منذ البداية. وبهذا يختلف عن تصحيح العقد المعيب الذي لا يمكن أن يحصل إلا في حالة العقد المعيب منذ البداية.

ويمكن أن نستنتج فارق آخر بين تصحيح العقد المعيب من جهة وبين تعديل العقد بأن تعديل العقد لا يمكن أن يكون إلا من قبل القاضي فالمتعاقد لا يستطيع أن يعدل العقد بإرادته المنفردة ، بينما في تصحيح العقد المعيب. وفقاً للمفهوم الضيق له (يمكن أن يحصل تصحيح للعقد المعيب بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين كما في الغلط المعيب للإرادة حيث يمكن للمتعاقد تصحيح العقد المعيب بتقديم الشيء المتفق عليه وعندها لا يمكن للمتعاقد الذي وقع تحت تأثير الغلط أن يتمسك بإبطال العقد المعيب للغلط)[35] .

وبعد الانتهاء من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين مفهوم تصحيح العقد المعيب وبين ما يشتبه به من أوضاع، يتضح لنا مفهوم تصحيح العقد المعيب .

---

[33]- د/ عبد الرزاق احمد السنهورى – الوسيط – الجزء الاول – نظرية العقد – ص 502 .

[34]- د/ شمس الدين الوكيل – دروس فى العقد وبعض أحكام الالتزام ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص 137 .

[35]- د/ إياد عبد الجبار ملوكى ، تحول العقد ، بحص منشور فى مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية القانون ، بغداد ، المجلد السابع ، العدد الاول والثانى ، 1988 ، ص 183 .

المبحث الثانى

وسائل تصحيح العقد المعيب

وينقسم الى مطلبين :

المطلب الاول : سلطة القاضى فى الحد من البطلان .

المطلب الثانى : الوسائل القانونية للحد من البطلان .

المطلب الاول

سلطة القاضى فى الحد من البطلان

أولاً : نظرية الظروف الطارئة :

لم يكتف المشرع بالحد من حرية التعاقد فى مرحلة تكوين العقد وانشائه ، بل أعطى للقاضى سلطة استثنائية بالتدخل أيضاً فى العقود بعد إبرامها ، وأن يعدل احياناً من شروطها على حساب سلطان الارادة .

ومن الفقه من يجعل من حسن النية قيداً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، بخلاف قيد النظام العام والآداب الذى يعتبر قيداً عاماً على مبدأ سلطان الارادة بشقيه (مبدأ الرضائية ، والعقد شيعة المتعاقدين)[36] .

[36]- د/ رشوان حسن رشوان ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، ص 81 وما بعدها .

والواقع ان حسن النية بما يعنيه من الصدق والاخلاص يعد التزاماً على عاتق كل من المتعاقدين ، يقيد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بأن يكون التنفيذ وفقاً لحسن النية ، فيحد من اطلاق هذا المبدأ ، وقد سبق وأن أشرنا الى ذلك القيد .

والتدخل فى ظل نظرية الظروف الطارئة تكون بواسطة القاضى الذى يتولى التحقق من توافر تلك الظروف الملجئة والتحقق من توافر شروط النظرية .

فسياسة التدخل التى باشرتها الدولة منذ بدء القرن العشرين تحت تأثير اعتبارات اقتصادية واجتماعية وسياسية هى علة هذه القيود ، فمثلاً أثرت السياسة النقدية فى قيمة النقود وادى التضخم الى انخفاض القيمة الحقيقية للنقود وبالتالى الى انخفاض القيمة الحقيقية لمحل الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، وظهر ذلك بوضوح فى العقود المستمرة التى تمت قبل الحرب واستمر تنفيذها بعد الحرب مثل عقود القرض والايجار ، فعمدت الدول الى توجيه سياسيتها النقدية منذ الحرب العالمية الاولى واحاطت الالتزامات التعاقدية بعديد من القيود للحد من سلطان الارادة وفرضت السعر القانونى عقب إعلان الحرب العالمية الاولى وبمقتضاه يلتزم الدائن بقبول النقود الورقية كأداة لإبراء ذمة المدين ، كما فرضت السعر الالزامى وبمقتضاه يعفى بنك الاصدار من دفع مقابل الجنيه ذهباً ، كما حرمت الدولة شرط الذهب فحرمت التعامل بغير النقد الوطنى فى المعاملات الداخلية .

وفى مصر تأثرت القوة الملزمة للعقد تبعاً لانخفاض القيمة الحقيقية للنقد المصرى بسبب أعباء الحرب العالمية التى فرضها المستعمر لتموين قواته فى مصر على حساب قيمة الجنيه المصرى ، ففرضت الدولة السعر الالزامى ، مما أدى الى الانتقاص من الأثر الملزم للعقود ، لأن القيمة الحقيقية للنقود انخفضت بسبب الحرب[37] .

[37]- د/ محمد حسنى عباس ، العقد والارادة المنفردة ، ص 45 ، 46 .

وتتجلى أهمية نظرية الظروف الطارئة فى العقود التى يمتد أجل تنفيذها فترة من الزمن – عقود المدة – مثل عقود الايجار والتوريد لأجل ممتد ، وعقود التزام المنافع العامة كالكهرباء والمياه ، وعقود النقل المستمرة ، ففى أثناء تنفيذ مثل هذه العقود قد تتغير الظروف الاقتصادية على نحو غير متوقع ، بسبب قيام الحرب أو الحصار الاقتصادى الدولى ، او الازمات الاقتصادية الطاحنة بما يستتبع اختلاف عنه عند ابرام العقد ، مما يحدث اختلالاً فى التوازن المالى للعقد[38] .

وقد طبقت محكمة النقض المصرية نظرية الظروف الطارئة على العقود جميعها دونما تمييز بين العقود الفورية مؤجلة التنفيذ وتلك ذات المدة سواء ذات التنفيذ المستمر او الدورى ، فالنظرية تتطبق عندما يطرأ ظرف استثنائى قبل تنفيذ العقد كله او بعضه[39] .

تناول المشرع ذلك الاستثناء فى عجز المادة 2/147 من القانون المدنى ، فتنص على أنه : ((ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وغن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين ، بحيث يهدد بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)) .

الحادث الطارئ هو حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحدوث ، ينجم عنه اختلال بين فى المنافع المتولدة من عقد متراخى التنفيذ ، بحيث أن تنفيذه كما أوجبه العقد يرهق

---

[38]- د/ حمدى عبدالرحمن ، الوسيط فى النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، المصادر الارادية للالتزام ، العقد والارادة المنفردة ، ص 479 .

[39]- انظر فى ذلك احكام محكمة النقض بتاريخ 21 مارس 1963 مجموعة احكام محكمة النقض السنة 14 – 317 ، نقض مدنى بتاريخ 3 يناير 1963 مجموعة أحكام النقض السنة 14 – 37 ، راجع د/ حمد عبدالرحمن ، ص 490 ، 491 .

المدين إرهاقاً شديداً ، ولذا جاز للقاضى ان يوزع تبعة الحادث بين طرفى العقد وذلك برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

ولم يتقبل فقه القانون المدنى بادئ الامر تلك النظرية لكنها لاقت قبولاً لدى فقه القانون الادارى الفرنسى ، حتى أخذ بها القانون المدنى المصرى الصادر سنة 1984[40] .

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة والاستثنائية :

1) **أن يكون تنفيذ العقد لم يبدأ أو لم يكتمل** .

فإذا تم تنفيذ العقد فلا مجال لإعمال هذه النظرية ، وإذا كان هناك تنفيذ جزئى فإن هذه النظرية تنطبق على هذا الجزء .

2) **طروء حادث استثنائى عام ليس فى الوسع توقعه** .

ويقصد به أن يطرأ حادث نادر الوقوع ، وأن يكون غير قاصر على المدين فقط بل شاملاً لطائفة من الناس ، مثل الحرب والتسعير الجبرى ، وأن يكون من غير الممكن توقعه ، وبالتالى من غير الممكن دفعه .

3) أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين ويهدده بخسارة فادحة .

فإذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً كنا بصدد قوة قاهرة وليس حادث طارئ ، ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام

والارهاق الذى يعتد به فى هذا الشأن هوالارهاق الشديد الذى يجاوز الخسارة المألوفة فى التعامل ، ويقدر ذلك على أساس موضوعى ولا يعتد فيه بالظروف الشخصية.

---

[40]- د/ جميل الشرقاوى ، النظرية العامة للالتزام ، ص 334 ، 335 .

ويشترط وجود فاصل زمنى بين التعاقد والتنفيذ ، ولا يشترط أن يكون ذلك الفصل طويلاً أم قصير المدة ، ولا يشترط أن يكون ذلك الفاصل اتفاقى أوبسبب أجنبى ، ولكن يشترط ألا يكون راجعاً إلى خطأ المدين

ومتى توافرت شروط الحادث الطارئ جاز للقاضى ان يعدل العقد ، وذلك برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وذلك عن طريق :

1) إما أن يأمر بوقف تنفيذ العقد إذا كان الحادث مؤقتاً يرجى زواله .
2) وإما ان ينقص التزام المدين بتوريد كمية من صنف اقل يفى بالغرض او يحقق القسط المراد دفعه او تخفيض القسط المراد دفعه او تخفيض الفوائد .
3) وإما ان يزيد من التزام الدائن بمقدار ما يجاوز الزيادة المألوفة التى ينبغى على المدين ان يتحملها ، وله الجمع بين الوسيلتين الآخيرتين .

وقد طبق المشرع نظرية الظروف الطارئة فى حالات معينة مثل عقد الايجار وعقد المقاولة ، وحق الارتفاق[41] .

ثانياً : سلطة القاضى فى تعديل عقود الاذعان :

تعريف عقود الإذعان :

عقود الإذعان هي صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام أنموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون ان يكون له ان يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط

[41]- د/ حشمت ابو ستيت ، ص 320 .

والأحكام التي يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد، ومن هذا وصفت هذه العقود "بالإذعان". وقيل ان أول من سماها كذلك القانوني الفرنسي سالي في مطلع القرن العشرين .

مجالات عقود الإذعان :

أضحت اكثر معتقدات أن من العقود النمطية عقود الإذعان ، إذ ان هذه العقود يعدها طرف واحد ويضمنها الشروط المحققة لغاياته والمرجحة لمصلحته على مصالح الطرف الآخر. ويمكن القول بصفة عامة ان العلاقات التعاقدية بين الأفراد والشخصيات الاعتبارية تقوم جميعها على أساس صيغ جاهزة للعقود تعدها الشركات والمؤسسات والهيئات ولا تتضمن إمكانية المجاذبة على الشروط أو المراوضة على العقد. ولذلك كانت مجالات عقود الإذعان هي السلع والخدمات الاستهلاكية وكذلك عقود العمل والاستخدام التي يرتبط الفرد فيها مع مؤسسة أو جهة عامة. فالمعاقدات التي تجري بين فرد وشخصية اعتبارية سواء كانت خاصة أو حكومية هي في اغلب حالاتها محكومة بعقد جاهز (هو مظنة الإذعان).

أما المعتقدات التي تجري بين الشركات والحكومات أو الشركات والحكومات مع بعضها البعض فهي لما تزل معتمدة على المساومة والمناقشة والتراضي على الشروط في العقد في غالب أحوالها. إذا خلصنا إلى القول بان عقود الإذعان هي تلك التي تتضمن شروطاً ما كان للقابل لها إن يرضى بها لو كان له الحرية التامة في المساومة بشأنها. **يمكننا القول عندئذٍ إن مثل هذه العقود يكثر العمل بها في حالات معينة تتسم بما يلي :**

كون القوة التفاوضية بين طرفي العلاقة التعاقدية متفاوتة تفاوتاً عظيماً، مثال ذلك الفرد العادي أمام شركة عظيمة لا يمثل ما يشتريه ذلك الفرد منها إلا قدراً لا يكاد يذكر ولا تأثير له عليها.

كون السلع أو الخدمات محل العلاقة ضرورية بصفة عامة كخدمات الكهرباء والماء والهاتف أو كونها ضرورية عند توقيع العقد مثل الخدمات الطبية في الحالات الطارئة التي لا يكون للطرف القابل قوة تفاوضية حقيقية لحاجته الماسة للعناية العلاجية العاجلة.

شروط عقود الاذعان :

أ- اشتراط التنازل عن اللجوء إلى القضاء لفض النزاع:

كثيراً ما يرد في عقود النمطية شرط التنازل عن حق اللجوء إلى القضاء في حال الاختلاف أو المنازعة مع الطرف الآخر، وإذعان القابل لحكم هيئة صلح ينص غالباً على طريقة تكوينها في صلب العقد. ويقع ذلك أكثر ما يقع في عقود العمل، وفيها يوقع الموظف على موافقته ان تكون ما تتوصل إليه تلك الهيئة نهائياً يرضاه ولا يلجأ إلى المحاكم بعد ذلك. ولقطع طريق العامل الى المحاكم ينص في العقد على حرمانه من كافة حقوقه الباقية له بموجب العقد كالتقاعد ومكافأة نهاية الخدمة ونحوها اذا لم يلتزم بهذا الشرط. فيكون في لجوءه الى القضاء مخاطرة عليه.

ب- اشتراط ان دفاتر البنك هي البينة على الحسابات عند الاختلاف:

وهذا نص معتاد في اتفاقيات فتح الحسابات المصرفية، إذ يقر العميل بان قد رضي بما يكون مسجلاً في دفاتر البنك في حال الاختلاف، فإذا وجد حسابه ناقصاً وأخبره المصرف انه – أي العميل- سحب منه، بينما يقول هو انه لم يسحب كان الحكم في المسألة بناء على هذا الشرط لما يوجد في سجلات البنك فحسب.

ج- اشتراط سقوط حق المطالبة بعد مدة وجيزة:

من ذلك ما ينص في اتفاقيات فتح الحسابات المصرفية ان للعميل إذا تلقى كشف الحساب من البنك الاعتراض على ما يرد فيه من خطأ خلال 15 يوماً فإذا لم يفعل سقط حقه في الاعتراض على ما ورد في ذلك الكشف من اخطأ حتى لو انه لم يتسلم الكشف إلا متأخرة. وجلي ان هذه الأخطاء يترتب عليها ضياع لحقوق أو أموال صاحب الحساب. لذلك فان النص على موافقته على ما ورد في الكشف وسقوط حقه في الاعتراض عليه بعد هذه المدة يعني إقراره بما ورد في ذلك الكشف، والتزامه بما جاء فيه وسقوط حقه في الإعتراض مستقبلاً.

د- اشتراط ان مجرد إرسال الإشعارات إليه يعد تسلماً لها منه:

وهو نص يرد في العقود النمطية الخاصة بالخدمات وغيرها وينص على انه بمجرد تسليم "الإشعارات" والخطابات والفواتير إلى مكتب البريد يكون العميل قد تسلمها اذا كانت مرسلة الى العنوان الذي ذكره في العقد عند التعاقد. وليس له ادعاء عدم ذلك. وبهذا يسقط الطرف الأقوى المسؤولية عن نفسه بمجرد إيداعها في البريد. بما في ذلك ما يكون من مخاطبات تبلغه بتغيير رسوم الخدمات او إدخال التعديلات في شروط العقد...الخ. وكذا فواتير الخدمات إذ ان مجرد إرسالها يعد تسلماً لها من قبل العميل. ولذلك فان عدم تسديدها يعتبر مماطلة توجب الغرامات وقطع الخدمة وليس له الاعتذار بان الفاتورة لم تصل إليه.

و- جعل العقود جائزة في حق الطرف القوي:

ومنها اشتراط ان يكون العقد جائزاً من جهة الطرف القوي لازماً من جهة القابل به. فينص على حق فسخه في أي وقت بإرادة منفردة وكذا النص على حقه في تغيير شروط المعاقدة دون موافقة الطرف الآخر. من ذلك ما يرد في العقود النمطية للمصارف. "عند إصدار

بطاقات الائتمان ونصه : يحق للبنك إلغاء البطاقة الأساسية أو أية بطاقات إضافية تكون قد أصدرت عنها بدون إشعار العميل بإيقاف العمل بها"، ومنها "يحتفظ البنك بحقه في تعديل شروط وأحكام هذه الاتفاقية كلياً أو جزئياً وذلك بدون موافقة العميل وينطبق ذلك على جميع الرسوم الخاصة بالبطاقة."

عقود الإذعان من وجهة نظر الاقتصاديين:

شُغل الاقتصاديون – كما شغل أهل القانون - بالعلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الناس في مجال النشاط الاقتصادي، ومن ذلك العقود النمطية التي هي مظنة الإذعان. إلا ان الاقتصاديين مختلفون في نظرهم إلى عقود الإذعان عن أهل القانون حيث يرون ان الحكم بوجود الإذعان لا يمكن التوصل إليه بمجرد النظر في الصيغة التعاقدية وشروط العقد بل إلى لابد ان نأخذ في الاعتبار هيكل السوق الذي يستخدم فيه ذلك العقد. فإذا كانت السوق تنافسية لا يسيطر على العرض أو الطلب فيها منتج واحد او عدد قليل من الباعة، فإن العقود لا يمكن وصفها بإنها عقود إذعان حتى لو كانت نمطية لايتاح لأحد طرفيها المساومة على شروطها. لان القابل لها متاح له خيارات أخرى، حتى لو كان قام الطرف الأقوى بصياغة العقد بنفسه وعرضه على القابل به دون مجاذبة او مساومة.

فالقضية ترجع الى وجود الاحتكار، فإذا وجد وجدت عقود الإذعان أما إذا كانت السوق تنافسية بوجود عدد كافٍ من العارضين للسلعة أو الخدمة فإن ذلك يعني حرية التعاقد ويتحقق معه الرضا بصفة مباشرة عن طريق التفاوض بين الطرفين فإذا لم يوحد ذلك حصل الرضا بصفة غير مباشرة عن طريق ما تحدثه قوى العرض والطلب. وبهذا تخرج العقود التي لا يتوافر الطرف المعد لها على قوة احتكارية من تعريف عقود الإذعان، وتكون العقود التي يفرضها المحتكر على عملائه فقط مظنة الإذعان. لا ريب ان هذه المسألة واضحة بالنسبة

لعنصر الثمن حيث يسود في السوق التنافسية الثمن الأمثل. إلا ان الاقتصاديين يرون ان القوة المنافسة لا يتوقف تأثيرها الحسن على الثمن إذ انهم يقولون ان الشروط الأخرى في عقود المعاوضات لا تختلف عن الثمن. وبما ان الثمن في السوق التنافسية يتحدد بما يشبه المساومة الجماعية بين الباعة والمشترين بحيث يكون السعر السائد في السوق هو الذي يحقق مصالح الطرفين، كذلك الحال بالنسبة للشروط الأخرى في العقود.

خصائص عقود الاذعان :

1) أن يكون الموجب في مركز اقتصادي مُتفوق بحيثُ يجعله تفوقه قادرا من الوجهة العملية على فرض شروطه على المُتعاقد الآخر
2) أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تُعد من الضرورات الأولية بالنسبة إلى المستهلك أو المنتفعين
3) أن يكون الإيجاب عاما ودائما
4) أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي ويعرض الشروط ككل فإمّا أن ينبذها العاقد الآخر برمتها وإمّا أن يقبلها

فمن ثم القيد الثانى الوارد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هو سلطة القاضى فى تعديل عقود الاذعان كما كان للقاضى سلطة التدخل فى ظل الظروف الطارئة .

إن واجب القاضى فى العقد هو تقرير الحقوق الناشئة عن العقد ، وأن يعين أصحابها على الحصول عليها ، فالقاضى ملزم باحترام ارادة الطرفين ، المكونة لقانون العقد ، وليس من

سلطته اجراء تعديل فى الحقوق والالتزامات التى تترتب على العقد الا فى الاحوال التى يقررها القانون[42] .

فقد يبدو انه يمتنع على القضاء مراجعة مضمون العقود ، طالما كانت عبارات هذا العقد وشروطه واضحة وصريحة ولا غموض فيها ، وطالما كانت شروط العقد غير مخالفة للنظام العام أو للأداب العامة وهو ما يعد تطبيقاً واضحاً لمبدأ سلطان الارادة ولمبدأ الحرية التعاقدية ، واعمالا لصريح عبارة هذه النصوص ، وفى ظل هذه النظرة الضيقة لتلك النصوص ، فإن القضاة لا يملكون تعطيل تطبيق اى من شروط العقد بحجة تحقيق العدالة او السعى نحو تحقيق التوازن بين الالتزامات الا فى الحالات التى يسمح فيها القانون بذلك[43] .

فوفقاً للمادة 149 من القانون المدنى فإنه :

((إذا تم التعقاد بطريق الاذعان ، وكان قد تطلب شروطاً تعسفية ، جاز للقاضى ان يعدل هذه الشروط او ان يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك))

وهنا نجد سلطة تقديرية واسعة للقاضى فى تعديل الشروط التعسفية التى تحويها عقود الاذعان او يعفى الطرف المذعن منها .

وهذا من الخطورة بمكان لما فيه من معالجة وتناول للرابطة العقدية مباشرة ، ولما يترتب على ذلك من آثار اقتصادية للمتعاقدين فضلاً عن الضرورة المنادية باستقرار المعاملات

---

[42]- د/ جميل الشرقاوى ، النظرية العامة للالتزام فى قانون الجمهورية العربية اليمنية ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 1986 ، ص 331 . – د/ احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، ص 315 ، 316 . د/ حسن عبدالباسط جميعى ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ص 122 .

[43]- د/ حسن عبد الباسط جميعى ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية فى ظل انتشار الشروط التعسفية ، ص 121 ، ص 122 .

ومناط تدخل القاضى عموماً الاصل فيه انه لنصرة ما اشترعه المتعاقدان وما قصدا اليه من تعاقدهما .

فالقاضى قد يتدخل اذا ما أثيرت منازعة حول تنفيذ العقد فيبحث ما إذا كان قد صدر من احد المتعاقدين التفاف حول قصد المتعاقدين ، ويستشف ما خالط التنفيذ من حسن النية او سوءها ، فيوقف المسلك المنافى للغرض من التعاقد والمضر بمصلحة الطرف الآخر او يعوض الطرف المضرور عما أصابه[44] .

فتنص المادة 157 من القانون المدنى على أنه :

((فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد إعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض ...))

كما ان المادة 129 من القانون المدنى تخول للقاضى طبقاً لنظرية الاستغلال ان يبطل العقد او ان ينقص التزامات المتعاقد المغبون بناء على طلبه .

وقد يتدخل القاضى للظروف الاستثنائية التى تكون أملاً فى إعادة التوازن الى العلاقة العقدية .

[44]- فمهمة القاضى فى هذه الحالة تنحصر فى التوفيق فى حذر ودقة بين ما يقرره القانون من وجوب تنفيذ ما أراده المتعاقدان ، وبين ما تقتضيه العدالة من الا يلتزم المتعاقد بغير ما قصد فى الحقيقة إلزامه به ، وبين مقتضيات الضمان الاجتماعى واستقرار المعاملات من احترام ما اتفق عليه .. انظر حسين عامر ، ص 56 .

فبمناسبة قيام القاضى بتفسير نصوص العقد وتبين طبيعته ومستلزماته ، حينما تكون النية المشتركة للمتعاقدين غير واضحة ، ان يقوم بتصحيح ما استخدمه المتعاقدان من عبارات للتعبير عن ارادتيهما وصولاً لتعيين العقد وتعرف ماهيته[45] .

والاتجاه العام بصدد تفسير القاضى للعقد فى القانون المدنى هو الاعتداد بالارادة الظاهرة اكثر من كونه اتجاهاً الى الارادة الباطنة[46] ، وقد يعد ذلك تقييداً لحرية التعاقد إذا ما خالفت الارادة الظاهرة تلك الباطنة ، لذلك لا يحول الاتجاه سالف الذكر دون قيام القاضى بالخروج عليه متى تكشف له ان المتعاقدين قد قصدا بالمعنى الظاهر معنى آخر غير الذى يتبادر الى الذهن .

ويستعين القاضى ويستلهم قواعد العدالة ، فيما لا يطغى على إرادة المتعاقدين بحيث تكون مكملة لها ، فالاصل ان يتقيد بإرادة المتعاقدين ، ويتقصى مراميها ويتعرف على طبيعة المعاملة ، وذلك فى الامور التفصيلية ، فدور القاضى هو الموازنة بين المصالح المختلفة الخاصة بكل من المتعاقدين ، وامتثال احكام القانون وقواعد العدالة ومايقتضيه العرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان .

والقاضى حين يتدخل فى العقد وفقاً لنظرية الظروف الاستثنائية فإنه يفصل فيما اذا كان الشرط تعسفياً فيعدله او يلغيه ، ام ليس كذلك فيظل كما هو ، وله الخيار ايضا بين تعديل الشرط اذا كان تعسفياً او إلغائه كلياً .

---

[45]- حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، ص 20 ، د/ رشوان حسن رشوان ، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، ص 31 .

[46]- د/ عبدالرزاق احمد السنهورى ، الوسيط ، الجزء الاول ، المجلد الاول ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، بند 386 ، ص 766 ، د/ رشوان حسن رشوان احمد ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، ص 28 .

المطلب الثانى

الوسائل القانونية للحد من البطلان

أولاً : نظرية انقاص العقد :

يعد الانقاص من الاثار العرضية للعقد الباطل والذى ينتج آثاره باعتباره واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً بالرغم من أن العديد من الشراح لا يعتبرونه كذلك بل من الآثار الاصلية ، الا انه يختلف تعريف الانقاص فى الفقه القانونى عنه فى الفقه الاسلامى .

ولكن يذهب معظم فقهاء رجال القانون الى ان المقصود بفكرة انقاص العقد هو تجزئته بإبقاء الجزء الصحيح منه مع صرف النظر عن الجزء الاخر الباطل اذا لم تكن له اهمية فى العقد [47] .

شروط انقاص العقد :

1) بطلان شق من العقد :

يعتبر بطلان شق من العقد شرطاً اساسياً لاعمال نظرية انقاص العقد ، إذا كان العقد فى شق منه باطلاً او قابلاً للابطال فى شق منه فهذا الشق وحده الذى يبطل .

فقد يشمل البطلان كل العقد كما قد يكون فى جزء منه دون سائر اجزاء العقد ، وللحفاظ على الجزء الصحيح منه يتم إعمال إنقاص العقد ، وعليه فإن مجال إنقاص العقد هو البطلان الجزئى .

---

[47]- عبدالحكم فودة ، البطلان فى القانون المدنى والقوانين الخاصة ، الطبعة الثانية ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 1999 ، ص 63 .

2) قابلية العقد للانقسام :

تقضى عملية انقاص العقد ان يكون العقد قابلاً للتجزئة او الانقسام فإذا كان العقد لا يتجزأ فإنه يترتب على بطلان أو إبطال شق منه بطلان العقد بأكمله ، ذلك أن الهدف من الانقاص تطهير العقد من شائبة البطلان إذا أمكن ، أما إذا تبين ان العقد وحدة لا تتجزء بالنسبة للطرفين عندئذ يبطل العقد كله ويكون محلاً للتحول وليس للانقاص .

3) عدم تأثير الشق الباطل على العقد :

يجب أن لا يكون الشق الباطل او الشق المعيب هو الدافع الى التعاقد بمعنى آخر يبقى العقد قائماً فى شقه الصحيح ولكن بشرط عدم تعارض بقاء العقد صحيحاً مع قصد المتعاقدين فتطبيق انقاص العقد فى مجال البطلان يكون مقيداً بقيد ان لا يكون الجزء الباطل هو الدافع الى التعاقد[48] .

أولا : البطلان الجزئي (إنقاص وتصحيح العقد)

هناك حالات لا يقتصر سبب البطلان فيها على جزء من العقد دون إن يصيب كل العقد ، إي إن مخالفة القانون لا تشمل العقد بأكمله بل تنحصر في شق أو شرط منه ، **هنا يلجأ المشرع إلى أحد أسلوبين :**

أولا : البطلان الجزئي أو إنقاص العقد ، حيث يتم إستبعاد الجزء الباطل ، ويظل الباقي صحيح باعتباره عقد مستقل ويتحقق ذلك في الغرض الذي لا يكون العقد فيها باطلا بأكمله ، وإنما يكون باطلا أو قابلا للبطلان في جزء منه وصحيح في الجزء الآخر.

---

[48]- جميل الشرقاوى ، نظرية بطلان التصرف فى القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1965 .

ثانياً : تصحيح البطلان ، حيث يتم إبطال الحكم المخالف للقانون في العقد وتصحيحه بما يتفق مع الحكم الآمر الذي نص عليه المشرع .

أ) **البطلان الجزئي أو الانقاص :**

إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين إن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا ، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله..

يعتبر ذلك الحكم عن فكره البطلان الجزئي أو إنتقاص العقد فالبطلان هو جزءا على مخالفة القانون ، ومن ثم يتعين إكماله في إطار الهدف ، ويجب بالتالي إن يقتصر البطلان على الشق المخالف للقانون في التصرف القانوني ، فإذا تضمن التصرف أو العقد شقا أو شرط غير مشروع ، فإن ذلك الجزء هو الذي يبطل ويظل الباقي منه صحيح ويرتب آثاره.

والهدف من ذلك هو الرغبة في إنقاذ العقد وتفادي البطلان الكلي بقدر الإمكان ، فإبقاء العقد خير من إبطاله ويساهم ذلك في استقرار المعاملات واقتصاد الجهد والنفقات ولكن يشترط لأعمال تلك النظرية شرطان.

أولا : قابلية العقد أو التصرف للتجزئة:

يشترط لإبطال العقد في شق منه مع بقائه قائم ثم قي باقي أجزائه . أن يكون المحل مما يقبل القسمة أو الانقسام بطبيعته ومعنى ذلك إذا كان محل العقد لا يقبل للانقسام بطبيعته فانه يترتب على بطلان جزء منه بطلان لعقد بأكمله.

يتضح مما سبق إن يشترط لإكمال نظرية البطلان الجزئي إن يكون الجزء المتبقي من العقد باطلا للوجود المستقل ، فيجب إن تتوافر آخر فيه العناصر القانونية الأساسية اللازمة لوجوده ويجب إلا يترتب على إستبعاد الجزء الباطل حدوث تغيير في تكيف العقد ، فإذا حدث مثل هذا التغيير نكون بصدد تحول العقد..

ثانيا : عدم تعارض الإنقاص مع إرادة المتعاقدين:

يقوم البطلان الجزئي على أساس تفسير إرادة المتعاقدين بمعنى عدم وجود مانع لديها مع الإبقاء على الجزء الصحيح في العقد ،إن انتقاص العقد مشروط بألا يتعارض مع قصد الطرفين ، حتى لا يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد ، فإذا تبين إن أحد المتعاقدين لم يكن ليرضي إبرام العقد بغير الشق المعيب امتد البطلان إلى العقد بأكمله..

ويتحقق ذلك في الحالات التي يكون الشق الباطل هو الباعث الدافع إلى التعاقد ولا يشترط إن يكون الشق الباطل دافعا لكل من المتعاقدين ، بل يكفي إن يتضح إن أيا من العاقدين ما كان ليقبل بغير الشق المصيب ، فإذا تبين إن الجزء أو الشرط الباطل هو الباعث الدافع لأحد المتعاقدين فإن العقد يبطل بكامله بشرط إن يكون في إمكان المتعاقد الآخر إدراك ذلك وذلك إكمالا لمبدأ الثقة المشروعة كأساس لمقتضيات استقرار التعامل.

ويجب على القاضي إن يتحرى إرادة الأطراف ليتبين عما إذا كان سيتم إبرام العقد لو لم يوجد الشق الباطل ، والإرادة المقصودة هي الإرادة المحتملة لأنه في الغالب لا يدور بذهن المتعاقدين توقع البطلان ، فإذا تبين علم الأطراف ساعة إبرام العقد ببطلان شق أو شرط منه كان قرينه على ارتضاء البطلان الجزئي..

ويقع عبء الإثبات : على من يتمسك ببطلان العقد بأكمله ، فإذا تبين للقاضي إن سبب البطلان قاصر على شرط أو شق منه فإن على القاضي إن يعمل إحكام البطلان الجزئي.

ب) تصحيح البطلان أو تصحيح العقد المعيب :

يضع المشرع ، أحيانا ، بعض القواعد القانونية التي تتعلق بالنظام العام الحمائي ويرمي هذا النظام إلى توفير الحماية لبعض الفئات الضعيفة التي يقتضى مركزها الاقتصادي غير المتوازن مع الطرف الآخر وضع شروط وضمانات معينة تكفل حمايتها ، مثل العامل

والمستأجر ، فإذا تم إبرام العقد بالمخالفة لتلك الضمانات والشروط تعرض للبطلان ، ولكن البطلان هنا يقتصر على الأجزاء المخالفة ، وتحل النصوص الآمرة محل الشروط الباطلة ، ومن ثم يتم تصحيح العقد واستبقائه ، ولا يجوز الإبطال الكلي للعقد لان ذلك يؤدي إلى تفويت المصلحة المقصودة.

فإذا تم إبرام عقد عمل باجر يقل عن الحد الأدنى الذي فرضه المشرع ، هنا يتم إبطال بند الاتفاق على تحديد الأجرة ، والبطلان هنا مطلق لتعلق الأمر بالنظام العام الحمائي ، ويظل عقد العمل صحيحا قائما بشرط تصحيح ذلك الشق بما يتفق مع إحكام القانون ، إي رفع الأجر إلى القدر الذي يتمشى وصحيح القانون وكذلك الحال إذا تضمن عقد إيجار الشقة شروطا أو تحديدا للأجرة بالمخالفة للنصوص الآمرة التي قررها المشرع في قانون إيجار الإمكان ، هنا يتم تصحيح العقد بما يتفق وصحيح القانون .

وكذلك الحال عندما يضع المشرع حدا أقصى لأحد الالتزامات الناشئة عن العقد . ويوجب تخفيض الاتفاق المخالف إلى هذا الحد وإعادة ما دفع زائدا عليه ، كوضع حد أقصى لسعر الفائدة ، فإذا اتفق على فوائد تزيد عن هذا الحد وجب تخفيضها ورد ما دفع زائدا على هذا القدر ، وإذا اتفق على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات أنقصت المدة إلى خمس سنوات . وإذا اتفق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة تزيد على خمس عشر سنة أنقصت المدة إلى خمس عشر سنة..

يتضح مما سبق إن تصحيح العقد يختلف عن الانقاص أو البطلان الجزئي من عدة وجوه :

1 . يتم التصحيح في بعض حالات البطلان المطلق لشرط في العقد لمخالفته للنظام العام ، إما الأنقاص أو البطلان الجزئي فيتحقق غالبا في حالات القابلية للإبطال (البطلان النسبي) بالإضافة إلى بعض حالات البطلان المطلق.

2 . يقتصر البطلان الجزئي على إستبعاد الشق الباطل مع بقاء الشق الآخر صحيحا ، إما تصحيح العقد فيتم عن طريق التعديل إي استبدال الشروط الباطلة بشروط صحيحة متفقة مع نصوص القانون وليس مجرد الإنقاص ، هذا بالإضافة إلى إعادة ما تم دفعه بالمخالفة للقاعدة الأمرة التي وضعها المشرع.

3 . يشترط لإعمال البطلان الجزئي إلا يكون متعارضا مع قصد إي من المتعاقدين ، إما التصحيح فيقع بقوة القانون دون النظر إلى ما كانت ستتجه إليه إرادة المتعاقدين ، ويجب على القاضي إجراء التصحيح حتى لو تبين إن المتعاقد ما كان ليبرم العقد بغير الشق أو الشرط الذي وقع باطلا وتم تعديله..

موقف القضاء الفرنسى :

طبق الانقاص على كل من التبرعات والمعاوضات ، وذلك باعتناق معيار الشرط الدافع إلى التعاقد فى تحديد مدى ونطاق البطلان . وبذلك يمكن إبطال الشرط وحده فى المعارضات دون أن يؤثر ذلك على التصرف نفسه وذلك إذا لم يكن هذا الشرط الباطل ، دافعاً إلى التعاقد .

أما بالنسبة للتبرعات يمكن انقاص الشرط الباطل دون أن يؤثر على التصرف نفسه ، إذا لم يكن الشرط الباطل دافعاً للتبرع[49] . وبذلك توحدت القاعدة بفضل معيار الشرط الدافع للتعاقد ، لا فرق فى ذلك بين المعاوضات والتبرعات .

وأيضاً بطلان أى شق فى التصرف القانونى ، سواء تمثل الشق الباطل فى شرط أو غير ذلك ، فإن الجزء المتبقى من التصرف له ذاتيته المستقلة وقيمته القانونية . وبذلك يطبق الانقاص ، فى حالة المغالاة فى بعض الشروط ، وحالة بطلان التصرف فى مواجهة شخص وصحته فى مواجهة آخرين وذلك بالنسبة للتصرفات القانونية البسيطة .

وأخيراً يطبق الانقاص فى حالة بطلان إحدى العمليات القانونية التى يتضمنها تصرف قانونى مركب .

---

[49]- راجع " مازو " دروس فى القانون المدنى ج2 رقم 329 ، ص301

ثانيا : نظرية تحول العقد :

المقصود بتحول العقد.

هو استبدال عقد جديد بعقد قديم باطل . فالتصرف الباطل أو القابل للإبطال يمكن أن يتحول إلى تصرف آخر صحيح إذا توافرت شروط العقد الصحيح فى إنقاص العقد الباطل ، وثبت أن نية الطرفين الفرضية كانت تتجه إلى إبرام العقد الآخر الصحيح فيما لو علما بالبطلان

إذا كان هناك تصرف باطل ، ويتضمن عناصر تصرف آخر صحيح ، هذا يتحول التصرف الباطل إلى هذا التصرف الصحيح ، إذا تبين إن إرادة المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ، وبعبارة آخرى إذا لحق البطلان العقد ، إما لأنه نشأ باطلا ، أو قابلا للإبطال ثم تقرر إبطاله وتبين إن هذا العقد يتضمن عناصر عقد آخر صحيح لم يقصده المتعاقدان ، هنا يقوم هذا العقد على إنقاص العقد الباطل ، أو أن العقد الباطل يتحول إلى العقد الصحيح مثال ذلك : بطلان الكمبيالة التي لا تستوفي شروطها الشكلية حيث تتحول إلى سند دين عادي ، كذلك إذا لم تتوافر شروط المحرر الرسمي في ورقة ، فإنها تتحول من محرر رسمي باطل إلى ورقة عرفية متى استوفت شروطها ، وبصفة خاصة إذا توافر لها شرط التوقيع وتظهير الكمبيالة لنقل ملكيتها إذا وقع بطلان لنقص بياناته فانه يتحول إلى تظهير توكيلي بقبض قيمة الكمبيالة . وإذا تم إبطال القسمة التي ترد على التمليك بسبب نقص أهلية أحد الشركاء ، فان هذه القسمة تتحول إلى قسمة مهيأة ، أي قسمة انتفاع إذا كان المتقاسم ناقص الأهلية مأذونا له في الإدارة ، وإذا كان هناك عقد بيع مدون في ورقة رسمية وكان الثمن فيه تافها إلى الحد الذي يجعل البيع باطلا لتخلف ركن الثمن ، ففي هذه الحالة يتحول البيع إلى هبه صحيحة لتوفر عناصره[50] .

---

[50]- عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتى دراسة مقارنة ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، المجلد الثانى ، المطبوعات الجامعية الكويت ، ص 19 .

ولا يتم إعمال فكرة تحول العقد إلا في حالة وجود مجال لإعمال البطلان الجزئي ، **ويتم ذلك في حالتين:**

الأولى : إذا كان البطلان قد شمل العقد بأكمله ، **والثانية :** إذا كان هناك شق باطل في العقد ويترتب على إستبعاده عدم توافر أركان العقد المقصود أصلا ، أو كان من شأن إستبعاد هذا الشق الباطل تغيير طبيعة العقد أو تكييفه.

والواقع إن التحول وسيلة فنية تستهدف الإبقاء على الرابطة العقدية الباطلة في ثوب جديد مختلف عن العقد المقصود أصلا ، فالتحول يرد على وصف العقد أو تكييفه وطبيعته إما البطلان الجزئي فيرد على كم العقد دون المساس بطبيعته

أ) يلزم لتحول العقد توافر الشروط الثلاثة الآتية :

1) بطلان العقد الاصلى برمته :

فإذا لم يكن العقد الاصلى باطلاً فإنه يجب احترامه ، وإذا اقتصر البطلان على جزء منه ، يتم تطبيق نظرية انقاص العقد لا تحوله .

2) أن يشمل التصرف الاصلى الباطل على عناصر التصرف الاخر الذى نريد التحول اليه :

مثال ذلك أن أبيعك سيارتى بجنيهان ، فهذا الصمن التافه حكه حكم الثمن المنعدم ، والثمن ركن فى عقد البيع ، فيبطل البيع وينقلب إلى هبة منقول إذا كنت قد سلمت السيارة إليك .

3) انصراف ارادة المتعاقدين الى التصرف الآخر الذى نريد تحويل العقد الاصلى اليه :

فلو كان المتعاقدان وقت ابرام التصرف الاصلى قد علما ببطلانه ، كان من المحتمل أن يريدا هذا التصرف الآخر ، فإذا كان هذا محتملاً تحول العقد ، وإلا بطل ، فالتحول يقوم على

إرادة مفروضة لا على إرادة حقيقية ، ويستطيع القاضى الكشف عن هذه الارادرة المفروضة بالقرائن القضائية فيمكن ان يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره ، أو من استمرار تنفيذهما العقد الاصلى ان نيتهما المحتملة قد انصرفت الى التحول ، حتى لو نازع احدهما فى ذلك بعدئذ .

بطلان التصرف الأصلي : يجب إن يكون التصرف باطلا أو قابلا للإبطال ثم يقضي ببطلانه فالتحول لا يرد على العقد الصحيح ، فإذا كان التصرف صحيحا فلا يجوز إن يتحول إلى تصرف آخر ولو تضمن أركانه ، حتى لو تبين ان العاقدين كانا يفضلانه على العقد الأصلي لو تبينا حقيقة امره ، فالهبه الصحيحة لا تتحول الى وصية حتى لو تضمنت فى نفس الوقت شروط الوصية ، ولو تبين ان المتعاقدين يفضلان الوصية على الهبه.

ويجب ان ينصب البطلان على كل العقد او على شق منه لا يقبل الانفصال عن جملة التصرف ، فإذا كان من الممكن فصل الشق الباطل دون تغيير طبيعه العقد فإنه يتم إنتقاص العقد اي اعمال البطلان الجزئي وليس التحول.

تضمن التصرف الأصلي لجميع عناصر تصرف آخر : يجب ان يشتمل التصرف الأصلي على جميع العناصر اللازمة لقيام التصرف الآخر . فالتصرف الباطل يضم بين طياته أركان تصرف آخر صحيح.

يجب استيفاء أركان العقد الجديد من خلال العقد الباطل وليس من خارجه ، فلا يجوز إجراء التحول إذا كان العقد الجديد يقتضي ادخال عنصر خارجي غير موجود بالعقد الأصلي ، فالعقد الباطل يجب ان يتضمن جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول اليه فلو اشترى شخص منزلا تبين انه تهدم ووقع البيع باطلا لانعدام المحل ، فلا يجوز تحول العقد الى منزل آخر يملكه البائع حتى لو تبين ان ذلك يتفق مع قصد المتعاقدين لو تبينا ذلك..

ويشترط فى التحول عدم إجراء اي تغيير فى المتعاقدين ، ذلك ان فكرة تحول العقد الباطل الى عقد صحيح تفترض قيام العقد الجديد بين نفس العاقدين بصفاتهما التي اتصفا بها فى العقد القديم ، فليس فى سلطة القاضي إجراء اي تغيير فى هذه الصفات لخروج ذلك عن نطاق التحول ، لذلك فان تحول العقد يكون ممتنعا إذا كان ذلك يستلزم ادخال متعاقد جديد لينعقد العقد

يؤدي التحول الى ظهور تصرف آخر مغاير للتصرف الأصلي فى الطبيعه والآثار ، فالبيع فى مرض الموت يمكن ان يتحول الى وصية ، والرهن الباطل يمكن ان يتحول الى حق حبس.

إتجاه نية المتعاقدين المحتلمة إلى التصرف الجديد : لا يتم التحول إلا إذا قام الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو تبينا ما بالعقد الاصلى من أسباب البطلان.

وليس المقصود هنا الإدارة الحقيقة لأن هذه الإدارة انصرفت فى واقع الأمر إلى العقد الأصلى الباطل . ولكن يكفي هنا الإدارة المحتملة أى نية الطرفين الاحتمالية ، أى أنه يكفي مجرد احتمال هذا الرضاء ، فالقاضى يستخلص من ظروف الحال أنه كان من المحتمل رضا الطرفين بالعقد الجديد إذ كان التصرف الجديد محققاً للغاية العملية التى يهدف إليها المتعاقدان.

والتعرف على هذه الإدارة الاحتمالية يعد من مسائل الواقع التى بتقديرها قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك متي أقام قضاءه على أسباب سائغه .[51]

---

[51]- د/ عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، الجزء الاول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الطبعة الثالثة ، 2000 .

ويظهر التشابه بين الانقاص والتحول فى أن كلا منهما يفترض تصرفاً قانونياً معيباً يوجب تدخل القاضى لتصحيحه ، كما أن كلا من التحول والانقاص يقوم على إرادة تصورية للطرفين[52] .

فعندما يكون جزءاً فقط من التصرف باطلاً أو قابلاً للإبطال فى الانقاص ، يشترط فى التحول بطلان التصرف كلية ونتيجة التحول إذن تصرف آخر جديد يختلف عن التصرف القديم الباطل . أما فى الانقاص يظل التصرف قائماً فى شقه الصحيح بعد اسقاط الشق المعيب . وبذلك نواجه مع الانقاص تصرفاً جديداً ولا تتغير بذلك الطبيعة القانونية للتصرف ، بينما نواجه مع التحول تصرفاً جديداً يختلف فى طبيعته عن التصرف القديم الباطل وأن اتحدا فى الغرض الاقتصادى[53] .

وبينما لا يخرج انقاص العقد عن كونه مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين ، فتحول العقد ليس مجرد تفسيراً لإرادة الطرفين بل القاضى يحل نفسه محلهما ويبدلهما من عقدهما القديم عقداً جديداً .

ولذا فالعبرة فى التحول بالغاية العملية للتصرف وليس بالإرادة القانونية التى عبرا عنها بهذا العقد الباطل أى أن التحول ليس إلا مجرد الكشف عن مقاصد المتعاقدين مأخوذ من التعبير عن إرادتهم .

---

[52]- إذا كان للقاضى سلطة معينة بالنسبة لتحول التصرفات فليس لهذه السلطة من مصدر سوى حقه فى تفسير التصرفات . ذلك أن الواجب عند تفسير التصرفات ، ألا يكون رائدنا هو الغرض القانونى الذى لم يخرج عن كونه شكلاً أو وسيلة فنية خاصة وإنما الغرض الاقتصادرى الذى يرمى إليه الطرفان والذى ترمى الوسيلة الفنية الخاصة – أى صورة التصرف – إلى تحقيقه (د/ حلمى بهجت بدوى)

[53]- د/ احمد يسرى فى تحول التصرفات القانونية

ومن حيث التكييف : فى الانقاص ، يظل التكييف القانونى للتصرف كما هو دون تغيير ، حتي مع إدخال أو تغيير فى بعض عناصره غير الجوهرية بينما فى التحول تبقى عناصر التصرف القاديم كما هى دون تغيير ويقتصر دور القاضى على تغيير التكييف القانونى للتصرف[54] .

الانقاص والاجازة

يترتب على الاجازة تصحيح التصرف من العيب الذى يلحقه فهى لا ترد على التصرفات الباطلة بطلاناً مطلقاً[55] . وإنما يقتصر مجالها على التصرفات القابلة للإبطال أو الباطلة بطلاناً نسبياً . فكلاً من الانقاص والاجازة يرد على تصرفات قانونية معيبة جزئياً أو نسبياً فالاجازة مجالها التصرفات القانونية الباطلة فقط بالنسبة لأحد طرفيها بينما تكون صحيحة بالنسبة للطرف الآخر والانقاص متجاله التصرفات القانونية المعيبة فى شق منها فقط بينما هى صحيحة فى شقها الآخر .

ويترتب على كل من الاجازة والانقاص تصحيح التصرف القانونى ليصبح نافذاً فى مواجهة الجميع بالنسبة للاجازة وانحسار البطلان عن الشق الصحيح من التصرف بالنسبة للانقاص .

---

[54]- ومن ثم لا يعد تحولاً ما نصت عليه المادة 124 مدنى مصرى حيث تقرر " ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية ، ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد " فالشخص الذى اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أيرى يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائغ أن يعطيه الشئ الأثرى الذى قصد شراءه وليس فى هذا تحول إلى بيع شئ أثرى لأن البيع الثانى أدخل عليه عنصراً جديداً لم يكن موجودا فى البيع الأول وهو الشئ الأثرى بالذات

[55]- وهذا وفقاً للاتجاه السائد الذى يرى أن البطلان المطلق لا ترد عليه الاجازة فمنها اتسعت دائرة التنازل عن التمسك به فإن هذا التنازل لا يفيد الاجازة نظراً لبقاء حق القاضى دائماً ورود الاجازة على البطلان المطلق وجدير بالذكر أن الإقرار يرد على تصرفات صحيحة بين عاقديها ولكنها فى ذات الوقت غير سارية فى حق الغير ، وفى ذلك يختلف الإقرار عن الاجازة التى لا ترد إلا على صرفات قابلة للإبطال أى الباطلة بطلاناً نسبياً

وتتفق الاجازة مع الانقاص فى أن دور أيهما على التصرف القانونى لا يترتب عليه تغيير فى تكييف التصرف بل يبقى التصرف كما هو بنفس تكييفه .

فلكل من الانقاص والاجازة أثر فى تصحيح التصرف **فالانقاص** يتضمن تصحيح التصرف عن طريق اختفاء سبب البطلان الذى كان يتهدده ، وهو العيب الذى شاب الشق الذى انتقص منه .

أما الاجازة فلا يترتب عليها تصحيح التصرف ذاته وإنما يقتصر أثرها على تنازل المجيز عن حقه فى التمسك بالعيب المبطل للتصرف .

فبينما نجد الاجازة تصرف إرادى بحت يتم بإرادة منفردة ويتسم بالشخصية[56] ، وأن الانقاص وإن كان يستند إلى إرادة المتعاقدين إلا أن هذه الارادة فى الواقع ليست إرادة حقيقية وإنما هى إرادة تصورية افتراضية[57] .

ان الذى يجرى الانقاص هو القاضى وليس أحد المتعاقدين كما هو الأمر فى حالة الاجازة ، إذ يصدرها أحد المتعاقدين وهو من تقرر الابطال لصالحه الأمر الذى يبعد الانقاص عن الصفة الشخصية التى تتمتع بها الاجازة ، إذا الارادة مع الاجازة تكفى وحدها لتصحيح التصرف ونفاذه فى مواجهة المجيزة ، أما إرادة أحد الطرفين وحدها لا تكفى لايقاع الانقاص .

فإذا كان الانقاص لا يحتاج لارادة جديدة للمتعاقدين اكتفاء بالارادة القديمة **فإن الاجازة** لابد معها من إعلان إرادة جديدة سواء تم ذلك صراحة أو ضمناً[58] .

---

[56]- وفى ذلك تتفق الاجازة مع الاقرار إذ يميز كل منهما بالصفة الشخصية البحتة لاعتمادها كلية على إرادة المجيز أو المقر راجع فى ذلك دى بيرون

[57]- د/ جميل الشرقاوى رسالته صـ388 الذى يرى أن الاجازة لا يترتب عليها تصحيح العقد إنما هى فقط تكشف هذه الصحة وتؤكد سبق وجودها ، إذ يقتصر أثرها لديه على بيان أن صحة التصرف القائمة يجب ألا يكون موضع شك ويصح التصرف فى نفوذ آثاره كأى تصرف لم يقم حوله شك منذ البداية

ثالثاً : الغبن :

ويُعرف الغبن بأنه ((عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه أو بأنه الضرر المادي الذي يقع على أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين مايأخذه وما يعطيه))[59] .

فالغبن يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة[60] ، فهو يتنافى مع مبدأ المساواة فيما تقضي به العقود من الأخذ والعطاء ، فهو يقوم على التفاوت في قيمة الالتزامات المتقابلة على طرفي العقد ، فعقود التبرع لا محل للكلام فيها عن الغبن[61].

وعليه ، فالغبن يعد عيباً موضوعياً في العقد نفسه ، وليس عيباً شخصياً يتعلق بالمتعاقد ، ومن ثم لايعد ، في ذاته ، عيباً في الرضا ، فهو غبن يتجرد عن التغرير والاستغلال ، لذا لايترتب عليه أثر الا في بعض العقود التي خصها المشرع بذلك وبالشروط التي قررها ، وهذا الغبن الذي يعتد به في هذه العقود ينظر اليه طبقاً لمعايير يحددها المشرع ، فهو يعتد به في عقد القسمة إذا جاوز الخمس ، وإذا جاوز الربع في عقد القسمة وسبعة اجزاء من اثني عشر في عقد

---

[58]- انظر ما تقرره محكمة النقض المصرية " طعن رقم 11 لسنة 37 ق جلسة 1973/4/21 م . م . ف سنة 24 جـ649 حيث تقرر " يشترط لابطال العقد فى شق منه بالتطبيق للمادة 143 من القانون المدنى مع بقائه قائماً فى باقى أجزائه ألا يتعارض هذا الانقاص مع قصد المتعاقدين بحيث إذا تبين أن أى منهما ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب ، فإن البطلان أو الابطال لابد أن يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده وإذا كانت الاجازة تقتضى بعكس الانقاص إعلان إرادة جديدة فهى فى ذلك تتفق مع الاقرار .

[59]- الدكتور عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني/الجزء الاول/مصادر الالتزام /الطبعة الخامسة / مطبعة نديم/بغداد/1977/ص168 ، وفي المعنى نفسه ، الفقيه الفرنسي المطول في القانون المدني/تكوين العقد/ترجمة منصور القاضي /الطبعة الأولى/المؤسسة الجامة للدراسات والنشر والتوزيع/2000/ص858.

[60]- ويُنظر الى عدم التعادل بين العوضين عند ابرام العقد ، فأذا كان التعادل موجوداً في هذا الوقت ، ثم أختل بعد ذلك ، فلا يتحقق الغبن . انظر في ذلك ، قرار محكمة تمييز العراق 283 /هيئة عامة اولى /1977 /في 1977/12/3 ، المنشور في مجموعة الاحكام العدلية /ع4،3،2/ السنة الثانية/1977/ص66.

[61]- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / نظرية الالتزام بوجه عام / الجزء الاول/ القاهرة/ مطبعة جرينبرغ /1952ص364، جاك غستان /تكوين العقد/ مصدر سابق/ص858-859 ، د. عمر السيد مؤمن /التغرير والغبن كعيبين في الرضاء /دار النهضة العربية /1997/ص124.

بيع العقار في القانون المدني الفرنسي ، أما في قانوننا المدني ، فأنه يعتد بالغبن في عقد القسمة اذا كان فاحشاً ، وهناك معياران للتحديد وكلا المعيارين مادي ، الاول يحدده بنسبة معينة من قيمة الشيء ويتحدد بين الثلث وربع العشر ، والثاني يحدده بما لايدخل في تقويم المقومين .

والغبن المجرد الذي يعتد به ، قد يجعل العقد باطلاً ، وقد يجعله مهدداً بالبطلان ، ويتحقق في الحالة الاولى ، عندما يكون المغبون محجوراً أو وقفاً أو مال مملوك للدولة ، والحكمة من بطلان العقد لمجرد الغبن دون أن يصحبه تغرير أو استغلال، هي المحافظة على هذه الاموال ، الا أن المشرع في هذه الحالات، لم يجعل العقد قابلاً للتصحيح ، فالأثر الذي يترتب على الغبن الفاحش هنا بطلان العقد . بينما في حالات أخرى يؤدي الغبن المجرد الى جعل العقد مهدداً بالبطلان، أي صحيحاً مرتباً لآثاره ، إلا إنه متردد بين الصحة والبطلان ، ومن تلك الحالات ، عقد القسمة الذي يكون فيه أحد المتقاسمين قد لحقه غبن فاحش .

تعريف الغبن الاستغلالي :

هو أن يرى أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً في أمر من الأمور، بحيث يحجب هذا الطيش أو الهوى فيه ملكة الموازنة، وبالتالي يستغله لجره إلى عقد يغبنه فيه بحيث لا تتوازن فيه التزاماته الناتجة عن العقد مع ما أفاد، أو مع التزامات الطرف الغابن، ولم يكن الطرف المغبون ليبرم هذا العقد لولا هذا الاستغلال من الطرف الآخر. ومثال ذلك أن يتزوج رجل مسن من امرأة في مقتبل شبابها، فتعمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى، فتدفعه إلى إبرام عقد معها أو مع أولادها. وكذلك لو تزوجت امرأة مسنة غنية من فتى شاب عن ميل وهوى، فعمد الزوج إلى استغلال هواها لابتزاز مالها عن طريق عقود يستكتبها.

الطيش البين والهوى الجامح:

الطيش هو خفة وقلة اتزان في أعمال الإنسان وأوضاعه، كشاب يبدد الثروة التي ورثها. والهوى هو ميل نفس إلى ناحية تغلب فيه العاطفة الإرادة، كرجل مسن متزوج من صبية استغلت هواه لها وحملته على إبرام عقود لمصلحتها. والقصد من وصف الطيش بالبين والهوى بالجامح، أن يكونا قويين متجاوزين الحدود التي ترى في كثير من الأفراد بدرجة عادية لا تجعل من الشخص ميداناً لاستغلال ذوي الأطماع. وهذا أمر موضوعي يدخل ضمن نطاق سلطة القاضي التقديرية.

معيار الغبن:

أ- في الفقه: هناك نظريتان:

النظرية الأولى مادية وتقوم على قيام تعادل بين ما أعطاه المتعاقد وما أخذه، أو عدم قيامه. حيث إنها تنظر إلى قيمة الشيء في حد ذاته وتحدده تبعاً لقانون العرض والطلب، وتنظر إلى درجة الإخلال بالتعادل. أما النظرية الثانية فهي شخصية تنظر إلى قيمة الشيء لا بحد ذاته وإنما في اعتبار المتعاقد. ولا تحدد هذه النظرية رقماً لدرجة الغبن بل الأمر متروك لظروف الواقعة.

عنصر موضوعي وهو عدم تعادل الالتزامات المتقابلة في العقد. وعنصر نفسي وهو استغلال الطرف الآخر في العقد طيشاً بيناً أو هوى جامحاً لدى المغبون.

الغبن المجرد والاستغلال المجرد:

الغبن المجرد هو الضرر المادي الذي يسببه العقد لأحد المتعاقدين، والناجم عن عدم تعادل قيمة الآدائين. وهو يختلف عن الاستغلال في نقاط عدة، وهي: لايكون الغبن إلا في عقود المعاوضات المحددة، أما الاستغلال فيقع في جميع التصرفات، ومعيار الغبن هو مادي، في

حين أن معيار الاستغلال هو شخصي. والغبن عيب في العقد، أما الاستغلال فهو عيب في الإرادة.

ولا يكفي الغبن المجرد وحده لأن يورث العقد عيباً، فلا يحمي القانون منه. وذلك لأن القانون لا يحرص على إقامة توازن اقتصادي بين المتعاقدين، وإنما يقوم بإقامة توازن قانوني بينهما (كمال الأهلية، وسلامة الرضا). ومن حيث المبدأ لا يتدخل القانون السوري للحماية من الغبن المجرد، **ولكن استثنى من ذلك بعض الحالات وهي:**

أ- الغبن في بيع عقار القاصر:

((1- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فاللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. 2-ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع)).

ب-الغبن في تجاوز الحد القانوني للفائدة:

((1- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على معدل آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد. على ألا يزيد هذا المعدل على تسعة في المئة فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا المعدل وجب تخفيضها إلى تسعة في المئة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار.

2- وكل عمولة أو منفعة، أياً كان نوعها. اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة، تكون قابلة للتخفيض إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة)).

ج-الغبن في أجرة الوكيل:

((1- الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل. 2- فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة)).

د-الغبن في قسمة المال المشترك:

((1- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. 2- ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته)).

وبالمقابل فإن الاستغلال المجرد عن الغبن وعيوب الإرادة الأخرى لا يؤثر في العقد.

4:- حد الغبن:

في الحالات الاستثنائية التي يحمي منها القانون الشخص من الغبن المجرد، يحدد للغبن الممنوع حداً يعده هو الحد الفاحش. أما الغبن الاستغلالي فلم يضع له القانون حداً، وإنما اشترطت المادة 130 من القانون المدني عدم التعادل البتة بين التزامات الطرفين، أو مع الفائدة التي حصل المغبون من العقد. وهذا الأمر يعود إلى تقدير القاضي الذي يستطيع أن يستعين بالخبرة في هذا المجال .

5:ً- العقود التي يجري فيها عيب الغبن الاستغلالي:

المجال الطبيعي للغبن الاستغلالي كعيب للرضا هو عقود المعاوضات المحددة. وقد بينا عندما ميزنا بين العقود الاحتمالية والعقود المحددة، بأن هذه الأخيرة هي التي يعرف فيها كل

من المتعاقدين مقدار ما يأخذ وما يعطي بالعقد على وجه التحديد عند التعاقد، كالبيع والإجازة. أما العقود الاحتمالية، كعقد التأمين، وكذلك عقود التبرع فليست مجالاً طبيعياً لهذا العيب.

ولكن يمكن أن يجري الغبن الاستغلالي في العقود الاحتمالية إذا كان اختلال التعادل فيها مفرطاً ما دام يصحبه الاستغلال. وكذلك الحال بالنسبة للتبرع، فمن الممكن تصور هذا الاستغلال فيه. مثال ذلك هبة شخص لزوجته الجديدة، يكون ذلك نتيجة استغلال الزوجة الجديدة لهواه.

حكم الغبن الاستغلالي:

يحق للطرف الذي استغل طيشه أو هواه استغلالاً دفعه للتعاقد الذي غُبن فيه أن يطلب إبطال العقد إذا تبين أنه لولا استغلال هذا الطيش أو الهوى لما أقدم على إبرام العقد. ولكن لا يلزم الإبطال هنا القاضي، بل له أن يكتفي بالنقص من التزامات المتعاقد المغبون حتى يقيم التوازن. وهذا الخيار الذي منح القانون للقاضي يستلزم نتيجتين، وهما: يحق للمغبون أن يطلب مباشرة تعديل التزاماته ونقصها، دون أن يطلب إبطال العقد. . ولا يستطيع القاضي في هذه الحال إبطال العقد. ويحق للطرف الغابن أيضاً أن يتوقى إبطال العقد، ولو طلبه المغبون، وذلك بأن يعرض الغابن ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن وإعادة التوازن.

يتبين من أحكام الغبن أن المشرع قد ضيق من نطاق عيب الاستغلال، ويتضح ذلك من خلال:

حصر العنصر النفسي في حالتي الطيش البين والهوى الجامح، واستبعد حالتي عدم التجربة والحاجة المنصوص عليهما في مشروع القانون. واعتبر مدة رفع دعوى الإبطال مدة سقوط ، وجعلها تبدأ من تاريخ العقد وليس من تاريخ زوال العيب. ولم يقيد القاضي بطلب

المغبون بإبطال العقد. وأخيراً إعطاء الغابن حق التخلص من إبطال العقد بعرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

- متى يجب أن ترفع دعوى الإبطال في حال الغبن الاستغلالي؟

أوجب القانون رفع الدعوى خلال سنة واحدة من تاريخ العقد، أو من وقت تمامه، وذلك تحت طائلة سقوط هذا الحق بالإدعاء. وهذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، فلا تخضع للوقف والانقطاع كما هو عليه الحال بالنسبة للتقادم.

رابعاً : الآثار القانونية التى تترتب عن تصحيح العقد المعيب :

أولاً : آثار إنقاص العقد :

إن النتيجة الطبيعية للبطلان هى عدم نفاذ التصرفات القانونية وانهيارها ، الا ان هذا الامر يهدد ويزعزع استقرار جميع العقود والتصرفات القانونية ، وعليه سعت كل التشريعات للبحث على ما يضمن هذا الاستمرار والاستقرار ، فأخذوا بنظرية انقاص العقد التى تقتضى بطلان جزء او شق من العقد واستمرار هذا العقد بالشق الذى بقى صحيحاً ، وعليه لاعمال انقاص العقد أثرين محتومين مهمين خاصة فى ظل النظم الحالية وهما إبطال الشق المخالف وتنفيذ باقى العقد .

1) ابطال الشق المخالف :

فالانقاص يرد على عقد باطل اما بطلاناً مطلق او بطلان نسبى اذ يعتبر شرطاً أساسياً لانقاص العقد ، فإذا فرضنا ان الهبة اقترنت بشرط غيرمشروع او ان بيعاً ورد على عدة اشياء ووقع احد المتعاقدين فى غلط جوهرى بشأن شئ منها ففى كلتا الحالتين لا يصيب البطلان الا

الشق الباطل ، فيبطل الشرط المقترن بالهبة بطلاناً مطلقاً اما فيما يتعلق بالبيع فيبطل بطلاناً نسبياً .

ومما لا شك فيه ان منطق البطلان يقضى بانعدام الاثر بالنسبة للعقد الباطل ، ويستورى فى ذلك ان يكون العقد باطلاً او قابلاً للابطال والذى قضى بإبطاله فهو والعدم سواء ، كذلك بعد الانقاص يزول هذا الشق ويصبح فى حكم العدم[62] .

إذن بعد إعمال نظرية انقاص العقد ينتقص الشق الباطل ويبطل سواء كان باطلاً بطلاناً مطلق او باطل بطلاناً نسبى يزول هذا الشق المخالف ويصبح فى حكم العدم فيزول هذا الشق بالنسبة للمتعاقدين كما يزول بالنسبة للغير ، ولا ينقلب هذا الشق مع الزمن صحيحاً بل لا يرتب أى أثر قانونى ، إذ يعتبر كأ، لم يكن فهو والعدم سواء لا وجود له منذ البداية .

2) <u>تنفيذ باقى العقد :</u>

بعد انقاص الشق الباطل تبقى الاجزاء الصحيحة المتبقية من العقد تشكل نفس العقد ، فلا يتغير نوع العقد ولا يتحول الى عقد جديد بل يبقى العقد كما هو اى العقد الاول الاصلى فيرتب كافة آثاره القانونية الاصلية باعتباره تصرفاً قانونياً لا باعتباره واقعة مادية ، وهى الآثار الجوهرية التى يولدها العقد لو كان صحيحاً[63] . يظل الشق الصحيح المتبقى من العقد بطبيعته التى كان عليها قبل الانقاص ولا يتغير ، ومثال ذلك ابرام عقد ايجار بأجرة تزيد عن الحد

---

[62] - لعصامى الوردى ، نظرية بطلان العقد فى التقنين المدنى الجزائرى ، دراسة مقارنة بحث لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ، 2001 ، ص 11 .

[63] - د/ عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، الجزء الاول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبى الحقوقية ، لبنان ، 2000 ، ص 548 .

الاقصى المقرر قانوناً بعد انقاص المدة الزائدة على الحد المقرر قانوناً وينفذ جميع البنود المتبقية فى العقد[64] .

هذا ما يميز انقاص العقد عن تحوله ، فالتحول يرد على وصف العقد أو تكييفه وطبيعته إذ يتغير طبيعته ووصفه ، اما الانقاص او البطلان الجزئى فيرد على نفس العقد دون المساس بطبيعته ، ففى حالة استبعاد الشق الباطل من العقد وتغيير من طبيعة العقد وتكييفه فى هذه الحالة يتم اعمال تحول العقد بدل الانقاص .

فإن الانقاص هو وسيلة قانونية قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها من الانظمة يملك القاضى بمقتضاها تصحيح العقد الذى شابه عيب جزئى ، لذا فإن الاثر الاساسى لانقاص العقد يتمثل فى إسقاط الشق الباطل منه بقصد الابقاء على الشق الآخر صحيحاً نافذاً ، وعليه فإن جوهر الانقاص وأثره يكمن فى تصحيحه للعقد ، بحذف الشق الباطل فى بعض الحالات وتخفيض بعض الشروط فى الحالات الأخرى ، وعليه فإن الهدف الاساسى هو تصحيح العقد[65].

تطبيقات إنقاص العقد :

من الامثلة او التطبيق المعروف بكثرة لدى التشريعات فى تناولها للنص العام لانقاص العقد ما تضمنته المذكرة الايضاحية للقانون المصرى فيما يخص نص المادة 143 التى تتناول فيه الانقاص بصفة عامة فقد جاء فى المذكرة الايضاحية إثر تعرضها لانقاص العقد مثالين يظهر فيهما الانقاص بشكل واضح احدهما عن الهبة التى تقترن بشرط غير مشروع ، والثانى عن بيع ورد على عدة اشياء ووقع العاقد فى غلط جوهرى بشأن شئ منها ففى كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق والنسبى الا الشق الذى قام به سببه فيبطل الشرط المقترن بالهبة بطلاناً

---

[64]- مصطفى جمال ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1999 ، ص 188 .

[65]- إيمان طارق الشكرى ، منصور حاتم محسن ، تصحيح العقد المعيب ، فى القانون المدنى العراقى ، جامعة بابل – العراق ، ص 14 – 15 .

مطلق ، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشئ الذى وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً ويظل الجزء المتبقى من العقد صحيحاً ومرتباً كافة آثاره ، هذه الامثلة المطبقة بكثرة لانقاص العقد فى التطبيقات التشريعية للانقاص بصفة عامة[66]

ثانياً : آثار تحول العقد :

بعد إعمال نظرية تحول العقد الباطل يصبح الاخير معدم الوجود ويعتبر كأن لم يكن ، أما العقد الجديد وهو العقد الصحيح فيرتب جميع آثاره ، الا ان هذه الاثار تختلف طبيعتها فى ظل النظم والقوانين المختلفة تبعاً للاختلاف الذى تقوم عليه تلك النظم من حيث اعتبار ارادة المتعاقدين او التخفيف منها او التضييق عليها وحتى عدم الاعتداد بها .

فأصحاب النظرية التقليدية يرون ان الارادة هى التى ترتب آثار التحول ، وهذا فى ظل القوانين التى تعتمد المعيار الذاتى اى ان منشأ الالتزامات يرجع للارادة الحرة فالمفروض ان جميع الالتزامات أريدت جميعها من المتعاقدين ، اما فيما يخص التضامن الاجتماعى وقواعد العدالة والنظام العام فلا يجب ان تضيق من حرية المتعاقدين فى انشاء العقود وترتيب آثارها القانونية[67] .

اما الاتجاه الثانى فيقلل من شأن الارادة ، إذ يروى اصحابه ان القول بأن الارادة هى التى تخلق العقد وتحدد آثاره قول غير صحيح ، لأن أكثر آثار العقد يرتبها القانون بنفسه ولا يفكر المتعاقدين فى ذلك ، فكثيراً ما يعقد الطرفان العقد دون ان يدركا طبيعة العقد والآثار التى تترتب عليه ومع ذلك يتحمل جميع نتائج وآثار هذا التصرف ، كما ان المتعاقدين بعد ان يتفقا

---

[66]- أنور طلبة ، انحلال العقود ، المكتب الجامعى الحديث ، الاسكندرية ، مصر ، 2004 .

[67]- صاحب عبيد الفتلاوى ، تحول العقد دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الاردن ، 1997 .

على الشئ الجوهرى يتركان الامر للقانون وهو الذى يرتب جميع آثاره ولكن مراعياً فى ذلك مصلحة المجتمع وقواعد العدالة والنظام العام .

أما بالنسبة لآثار العقد الجديد فى ظل النظام الاقتصادى الموجه فقد عمدت كثير من القوانين الى التقلل من شأن الارادة وقيدتها ، لأن العقد فى ظل هذا النظام يحقق متطلبات النظام القانونى وخطة التنمية الذين يشكلان فعلا اساس وجود وصحة العقد الجديد بالاعتماد على سياسة قانونية للمحافظة على الآثار التى تتلاءم مع أغراض النظام العام لا يوجد سبب لبطلانها.

وعليه فإن على العقد ان يؤدى وظيفة اقتصادية واجتماعية ولا يجب ان يخرج عن هذا النطاق او ينافى الغاية او ان يكون أداة للاضرار بالاقتصاد .

آثار تحول العقد من حيث الزمان :

إن العقد الجديد من حيث الزمان يحمل تاريخ العقد المراد أصلاً ، اى ان اثر تحول العقد الباطل يقع عادة من وقت ابرامه ، بعبارة اخرى فإن التحول ينتج أثره بأثر رجعى وليس بأثر الحال . وحتى الذى أراد تجنب هذا المبدأ كقاعدة عامة فقد سلم بأن التحول يقع بصفة عامة بأثر رجعى . وعليه فإن العقد الجديد يحل محل العقد الباطل بأثر رجعى ويكون صحيحاً دون الحاجة الى اضافة عمل جديد من جانب المتعاقد ، اذ انه هوالرابطة الوحيدة التى تقوم بين الطرفين وانما يمكن انهاؤه او تعديله عن طريق اتفاق عكسى .

آثار تحول العقد من حيث الاشخاص :

إن صحة التصرف الجديد لا تسرى بين المتعاقدين فقط بل تمتد او تتعدى الى الغير ، والطرف الذى يتمسك بالتحول لا يتحمل عبء اثبات وجود شروطه . انما اللازم فقط هو

ضرورة اقناع القاضى دائماً بتوفر هذه الشروط ، وعليه فما على العاقد الا ضرورة اقناع القاضى بتوفر هذه الشروط ، غير ان هناك من يعتمد بأن الذى يتميك بالتحول يكون مع ذلك ملزماً بالاثبات ، ولما كان التصرف الجديد يصح بقوة القانون فمن الواجب على القاضى مراعاة امكان التحول فى الدعوى من تلقاء نفسه ، ولكن هناك من ينفى إمكانية أن يعمل القاضى التحول من تلقاء نفسه ، ويحتج لذلك بأن التحول إنما يخدم فى المحل الاول حاجة المتعاقد ، ولذلك فإن إعماله ضد إرادة ذلك الذى كان من الواجب ان يساعده سوف يتعارض مع هذا الغرض[68] .

تطبيقات تحول العقد :

مثل تحول الكمبيالة ، تحول البيع فى مرض الموت إلى وصية ، تحول الوكالة إلى فضالة ، كذلك البيع بثمن تافه فهو باطل لتفاهة الثمن ينقلب الى هبة صحيحة ، كذلك تحول عقد القسمة إذا كان باطلاً من قسمة عادية الى قسمة مهيأة (انتفاع) ، وكذا تحول عقد القرض البحرى الباطل الى عقد قرض عادى صحيح .

[68]- ابراهيم عبدالرحمن بن سعد السحيلى ، تحول العقد المالى وأثره ، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ، المملكة العربية السعودية ، 1994 – 1995 .

الخاتمة

وتتضمن النتائج والتوصيات ثم قائمة بالمراجع :

أولاً : النتائج والتوصيات :

وفي نهاية بحثنا هذا أتضح لنا بانه لكي نكون امام تصحيح للعقد المعيب يجب توافر الشروط التالية :

1) يجب ان يكون العقد معيباً وليس باطلاً بطلاناً مطلقاً ، اي يجب ان لا يكون العقد باطل بطلاناً كلياً، لذا يقصد بالعيب الذي يشوب العقد ويجعله قابلاً للتصحيح هو العيب الذي يؤدي الى جعل العقد موقوفاً او قابلاً للابطال (كما هو في حالة تصحيح عقد القسمة) ، وكذلك يشمل العيب الذي يؤدي الى جعل العقد خاضعاً لنظرية انتقاص العقد .
2) لكي يحصل التصحيح يجب ان يكون هناك تغيير في عنصر من عناصر العقد وهي غالباً ما تكون في الرضا والمحل. وهذا التغيير الذي يؤدي الي تصحيح العقد المعيب قد يكون بأبدال عنصر من عناصر العقد المعيب او تكملة هذا العنصر او بالانتقاص فيه.
3) لكي يصبح العقد المعيب قابلاً للتصحيح يجب ان يبقى العقد المصحح على نوعه وتكييفه دون ان يتغيير الى نوع آخر. فاذا صحح عقد البيع يجب ان يبقى بعد التصحيح عقد بيع ايضاً. لذلك يخرج تحول العقد الباطل عن مفهوم التصحيح .

والتصحيح وفقاً لهذه الشروط هو تصحيح العقد وفقاً للمفهوم الضيق له الذي يكون بتغيير في عنصر من عناصر العقد بحيث يجعله عقداً صحيحاً منتجاً لآثارة بأثر رجعي الى وقت ابرام العقد المصحح .

ولكن هناك طرق اخرى لتصحيح العقد المعيب لاتكون بتغيير في عنصر من عناصر العقد المعيب وبالتالي لايدخل ضمن مفهوم التصحيح وفق الشروط المتقدمة ، لذا فقد يصحح العقد المعيب دون تغيير في عنصر من عناصر العقد المعيب وهذا مايحصل باجازة العقد المعيب حيث تتحقق نفس النتيجة وهي تصحيح العقد المعيب للتقليل من حالات البطلان .

لذا فالاجازة تعتبر طريق من طرق تصحيح العقد المعيب وفقاً للمفهوم الشامل لتصحيح العقد. وتصحيح العقد المعيب وفقاً للمفهوم الضيق له الذي يكون بتغيير في عنصر من عناصر العقد يتحقق في حالة الانتقاص وكذلك يتحقق في حالة تكملة ما نقص من حصة الشريك المغبون نتيجة القسمة الاتفاقية .

واذا وقع التصحيح في هذه الحالات عند توافر شروطه فان التصرف المعيب سيكون صحيحاً بعد اجراء التصحيح باثر رجعي، اي سوف تترتب آثار العقد المصحح بأثر رجعي من وقت ابرامه .

وعلى هذا فإن لتصحيح العقد مفهومان : **الاول** شامل يدخل في نطاقه كل وسيلة تؤدي الى جعل العقد المعيب صحيحاً مرتباً لأثاره بأثر رجعي، **والثاني** ضيق يشمل وسيلة واحدة هي التغيير في عنصر من عناصر العقد المعيب ليجعله صحيحاً مرتباً لاثاره بأثر رجعي يمتد الى وقت ابرام العقد المعيب .

ثانياً : قائمة المراجع :

1) د/ عبدالمجيد الحكيم ، والاستاذ/ عبدالباقى البكرى ، والاستاذ/ محمد طه بشير ، القانون المدنى وأحكام الالتزام ، الجزء الثانى .
2) د/ عبدالمجيد الحكيم ، الموجز فى شرح القانون المدنى العراقى ، الجزء الاول فى مصادر الالتزام ، الطبعة الخامسة ، مطبعة نديم ، بغداد ، 1977 .
3) الاستاذ / محمد طه البشير ، د/ غنى حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الاول ، وزارة التربية والتعليم والبحث العلمى ، بغداد .
4) على فيلالى ، البطلان فى القانون المدنى الجزائرى ، بحث قانونى منشور فى مقوع كنانة أونلاين ، 2004 .
5) د/ مصطفى يخلف ، عرض حول بطلان العقد ، بحث قانونى منشور فى موقع مجلة القانون والاعمال المغربية .
6) د/ عبد الرزاق احمد السنهورى ، نظرية العقد ، الجزء الثانى ، 1998.
7) د/ عبدالرزاق احمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الخامس ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1962 .
8) د/ عبدالرزاق احمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، المجلد الاول ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية .
9) د/ عبد الرزاق احمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، الجزء الاول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الطبعة الثالثة ، 2000 .
10) موسوعة القانون المدنى المصرى ، والقانون المدنى الفرنسى .
11) موسوعة احكام محكمة النقض .

12) د/ فضل منذر ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامى والقوانين المدنية العربية والاجنبية ، الطبعة الاولى ، دار تاراس للطباعة والنشر ، العراق ، 2006 .

13) د/ اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتب عبدالله هبة ، القاهرة ، 1966 .

14) د/ جمال الدين العطيفى ، الجزء الاول ، مصادر الالتزامات ، دار النر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1949 .

15) د/ حلمى بهجت بدوى ، اصول الالتزامات ، الكتاب الاول نظرية العقد ، مطبق نورى ، القاهرة ، 1943 .

16) د/ غازى عبد الرحمن ناجى ، من عيوب الارادة ، الغلط ، دراسة مقارنة ، مجلة القانون المقارن ، العدد 30 ، 2001 .

17) د/ عبد المنعم فرج الصدة ، فى عقود الإذعان .

18) د/ على نجيدة ، فى مصادر الالتزام .

19) د/ سليمان مرقس ، فى الوافى .

20) د/ حسام الدين كامل الاهوانى ، فى مصادر الالتزام ، المصادر الارادية ، 1991 ، 1992 .

21) د/ محمد حسين عبدالعال ، فى الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام .

22) د/ رضوان السيد راشد ، فى نظم القانون واتفاقات العمل الجماعية ، وفى الاجبار على التعاقد .

23) مجلة البحوث الاسلامية ، العدد 95 ذى القعدة 1432 هجرية ، المطلب الثانى ، منشور فى الانترنت فى موقع الرئاسة العامة للبحوث والافتاء ، المملكة العربية السعودية .

24) د/ مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد ، الجزء الاول ، فى المدخل الفقهى العام ، الطبعة السادسة ، مطبعة 415 ، جامعة دمشق ، 1959 .

25) د/ شمس الدين الوكيل ، دروس فى العقد وبعض احكام الالتزام ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية .

26) د/ إياد عبد الجبار ملوكى ، تحول العقد ، بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية القانون ، بغداد ، المجلد السابع ، العدد الاول والثانى ، 1988 .

27) د/ رشوان حسن رشوان ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد .

28) د/ محمد حسنى عباس ، العقد والارادة المنفردة .

29) د/ حمدى عبد الرحمن ، الوسيط فى النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، المصادر الارادية للالتزام ، العقد والارادة المنفردة .

30) د/ جميل الشرقاوى ، النظرية العامة للالتزام فى قانون الجمهورية العربية اليمنية ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 1986 .

31) د/ جميل الشرقاوى ، نظرية بطلان التصرفى فى القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1965 .

32) د/ احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد .

33) د/ حسن عبدالباسط جميعى ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية فى ظل انتشار الشروط التعسفية .

34) د/ حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد .

35) د/ عبدالحكم فودة ، البطلان فى القانون المدنى والقوانين الخاصة ، الطبعة الثانية ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 1999 .

36) د/ عبدالحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتى ، دراسة مقارنة ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، المجلد الثانى ، المطبوعات الجامعية الكويتية .

37) د/ احمد يسرى ، فى تحول التصرفات القانونية .

38) د/ عمر السيد مؤمن ، التغرير والغبن كعيبين فى الرضاء ، دار النهضة العربية ، 1997 .

39) لعصامى الوردى ، نظرية بطلان العقد فى التقنين المدنى الجزائرى ، دراسة مقارنة بحث لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ، 2001 .

40) د/ مصطفى جمال ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية 1999 .

41) إيمان طارق الشكرى ، منصور حاتم محسن ، تصحيح العقد المعيب ، فى القانون المدنى العراقى ، جامعة بابل ، العراق .

42) د/ أنور طلبة ، انحلال العقود ، المكتب الجامعى الحديث ، الاسكندرية ، 2004

43) صاحب عبيد الفتلاوى ، تحول العقد دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الاردن ، 1997 .

44) د/ ابراهيم عبد الرحمن بن سعد السحيلى ، تحول العقد المالى وأثره ، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ، المملكة العربية السعودية ، 1994 ، 1995 .

45) مازو، دروس في القانون المدني – العقود الرئيسية ، الجزء الأول ، البيع والمقايضة ، باريس 1979 .

46) الفقيه الفرنسى المطول فى القانون المدنى ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضى ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع ، 2000 .

47) جاك غستان ، فى تكوين العقد .