عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

تحول و إنقاص و تجديد العقد

" دراسة تحليلية مقارنة "

داليا عوني محمد رجعي

رسالة ماجستير

القدس – فلسطين

1445هـ - 2023م

تحول وإنقاص وتجديد العقد

" دراسة تحليلية مقارنة "

إعداد

داليا عوني محمد رجعي

بكالوريوس فقه وقانون – جامعة الخليل / فلسطين

المشرف الرئيس : الدكتور ياسر زبيدات

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات نيل درجة الماجستير في برنامج القانون الخاص من كلية الدراسات العليا/ جامعة القدس

القدس – فلسطين

1445هـ - 2023م

جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

القانون الخاص

إجازة الرسالة

تحول وإنقاص وتجديد العقد

" دراسة تحليلية مقارنة "

اسم الطالبة : داليا عوني محمد رجعي

الرقم الجامعي : 22012344

المشرف : الدكتور ياسر زبيدات

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2023/9/2م من لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتواقيعهم :

1. رئيس لجنة المناقشة: الدكتور ياسر زبيدات التوقيع: .....
2. ممتحناً داخلياً: الدكتور محمد خلف التوقيع: .....
3. ممتحناً خارجياً: الدكتور أشرف ملحم التوقيع: .....

القدس – فلسطين

1445هـ/2023م

بسم الله الرحمن الرحيم

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلْقِسْطِ [1]

صدق الله العظيم

[1] سورة الحديد ، الايات :25.

الإهداء

إلى من يرافقني حديثه و يتحمل عني أعباء الحياة ، لمن اعتنى بي في صغري وشبابي صاحب الصدر الوسيع وجرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب ، لمن حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريقي ، سندي و مثلي الأعلى

الجبل الكبير الذي أفتخر دائماً أنني ابنته

" أبي أطال الله في عمره "

إلى من غمرتني بحبها و حنانها والتي كان دعائها سر نجاحي ، التي رسمتني ولونتني ، صاحبة القلب الصابر المثابر ، قرة عيني ومهجة قلبي وسيدة عمري العظيمة

" أمي الحبيبة حفظها الله "

الى كتفي و ضلعي الحامي ، لمصدر قوتي و عزوتي و ذخري لوقت كبري

" شقيقا قلبي ، نور الدين و محمد "

إلى من ضحوا بحريتهم من أجل حرية غيرهم " أسرانا البواسل فك الله قيدهم "

إلى من أكرم منا مكانة " الشهداء رحمهم الله "

لكل من علمني حرفاً وساندني بالعلم والمعرفة

إليهم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع.

الإقرار

أقر أنا معدة الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس ، لنيل درجة الماجستير ، و أنها نتيجة أبحاثي الخاصة ، باستثناء ما تم الإشارة إليه حيثما ورد ، وأن هذه الدراسة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل درجة عليا لأي جامعة أو معهد آخر.

الاسم: داليا عوني محمد رجعي

التوقيع : داليا عوني الرجعي

التاريخ : 2023/9/2م.

الشكر والتقدير

الشكر لله سبحانه وتعالى أولاً وآخراً ، ومن ثم أتقدم بالشكر والثناء للدكتور المشرف ياسر زبيدات ، وإلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الكرام.

والشكر موصول إلى جامعة القدس التي أتاحت لي الفرصة لنيل درجة الماجستير فيها ، وإلى كل من ساهم في إتمام هذا العمل ، وأشكر كل من قدم لي العون ، وأسدى إلي بنصيحة ، أو أبدى رأياً أو مشورة لانجاز هذا البحث ، والتمس العذر لمن فاتني أن أشكرهم واسأل الله أن يجزيهم عني خير الجزاء.

والله ولي التوفيق ،،،،،

الباحثة

داليا الرجعي

ملخص الدراسة:

تناولت الدراسة موضوع العقد , حيث عرف العقد بأنه ارتباط الإيجاب والقبول والموافقة على الإرادة، وبأنه أيضاً توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أمر قانوني. وهذا يعني أن الإرادة هي جوهر العقد أي أنه لا ينعقد العقد بدونها ، وبالتالي فالعقد ينعقد مجرد الإيجاب والقبول إلا إذا تقرر في القانون شكل آخر لانعقاده. والأصل في إبرام العقود وجود الأهلية اللازمة لإبرامها اعتباراً بأن الرضا وهو ركن التعاقد الذي لا يصح العقد من غيره والذي يجب أن يصدر عن إرادة واعية. للعقود قوة ملزمة تقضي بوجوب تنفيذ أطراف العقد للالتزامات وتنفيذ ما احتوته هذه العقود وما تتجه إليه إرادة المتعاقدين ، والقوة الملزمة للعقود تتوفر في حال كان العقد مستوفي لشروطه وأركانه لأن لكل عقد أثر يظهر في محل العقد والعقود هي السبب المنتج لتلك الآثار ، ويتم تحديد مدى أثر العقود في مجالين أحدهما يسمى بالأثر الملزم للعقد ويكون هذا الأثر داخل حيز الإرادة التي نشأ العقد منها , أما الأثر الآخر فيسمى بمجال سريان العقد والاحتجاج به ويكون خارجاً عن حيز الإرادة.

وأوضحت الرسالة أن بطلان العقد يجعل من العقد وكأنه لم يكن وبالتالي لا يرتب آثاره ، فإن أراد المتعاقدين تحقيق غرض التعاقد والعقد وجب عليهم إما إنشاء عقد جديد أو تطهير العقد الموجود من مسببات البطلان ، فإذا كانت الالتزامات لم تنفذ فلا يجب تنفيذها عكس إذا كانت قد تنفذت لأنه من الواجب رد المتعاقدين إلى ما كانوا عليه ، وإذا تصرف طرف دون الآخر من المتعاقدين في حق من حقوق التعاقد المترتبة لهما بموجب العقد الذي بطل فتصرفه باطل. ودرجة البطلان تختلف باختلاف القاعدة التي تم خرقها ولم يتم مراعاتها عند إنعقاد العقد , فإذا كان ركن يكون البطلان مطلق أما إذا تخلف شرط فيكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً ولا بد من التمييز بين البطلان الكلي والبطلان الجزئي للعقد الذي بدوره يؤثر على نفاذ بعض الحقوق والالتزامات للأطراف المتعاقدة وبالتالي يتم إخضاع بعض الأنظمة التي تعيد التوازن للعقد على حالات البطلان ومن هذه النظريات نظرية تجديد العقد ، ونظريتا إنقاص وتحول العقود.

يعتبر تجديد الالتزام هو أحد أسباب انقضاء الالتزام وفي نفس الوقت سبباً من أسباب إنشاء الالتزام فهو ينهي التزام وينشئ غيره في آن واحد شرط أن يكون الالتزام الجديد يختلف في عناصره الجوهرية عن ذاك القديم. وإرادة الأطراف المتعاقدة في تجديد العقد هي التي تحدد مصير الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد القديم وإن كانت هذه الإرادة تتجه لإنهاءها أو إنشاء بديل لها أي إحداث أثر جديد ، ويكون تجديد العقد إما في محله أوفي مصدره أو في سنده القانوني. فالتجديد يكون فقط بإضافة عنصر جوهري يؤثر في العقد. وشرط التجديد وجود نية

صريحة وواضحة وتراضي ليتحقق التجديد ، وينتج عن هذا التجديد تجديد للالتزامات والحقوق أيضاً. وما يطرأ على وأوضحت الرسالة أن العقد القديم ما هو إلا تعديل للعقد وليس إنهاء له , و التجديد يأتي بصورة اتفاق بين أطراف العقد على إنهاء الالتزام الأول القديم وإنشاء عقد جديد يحل محل القديم . ولا يطرأ التجديد إلا على الالتزام الصحيح النافذ ، فالتجديد لا يقبل التعليق لحين الإجازة وإن وجد التعليق فلا يوجد تجديد ، لأن التجديد يظهر بصحة الالتزام وإجازته ونفاذه ، وللقاضي سلطة تقدير مدى وضوح إرادة الأطراف ومدى توجهها لتجديد العقد .

ويعتبر التجديد من التصرفات القانونية التي تدور بين النفع والضرر بين أطرافه وبما أنه من أعمال التصرف فإن ولاية الإرادة لا تكفي فيه فلا يجوز للوصي على القاصر الاتفاق على التجديد بدون إذن من المحكمة ، نظراً لأن الإرادة في التجديد لا تكون صحيحة إلا إذا صدرت من طرف ذو أهلية ، لأن الأهلية شرط من شروط تحقق التجديد في العقود .

أما بالنسبة لنظريتا إنقاص وتحول العقود فإن العديد من التشريعات الغربية والعربية تقر وتعتمد هذه النظريات من أجل ضمان استقرار العقود واستمرارها قدر الإمكان فكلاهما يقومان على فكرة استثمار العقد والمحافظة عليه وهذا يتفق وغرض المتعاقدين. فالعقد الباطل بطلاناً كاملاً أو بطلاناً نسبياً في جزء منه هو عقد موجود قانونياً ومنتج لآثاره القانونية لحين أن يطلب شخص ذو مصلحة إبطاله فيتقرر إبطاله إتفاقاً أو عن طريق القضاء فيزول هذا العقد.

إن كلا النظريتان تقومان على وجود بطلان في العقد فنظرية التحول أساسها وجود بطلان في العقد كله و أن يحمل هذا العقد الباطل في طياته عقد آخر صحيح. والتكييف القانوني لتحول العقد يكون من منطلق التفسير فالقاضي الذي يحكم بتحول العقد يحكم بذلك بعد تفسير نية المتعاقدين بالتحول من عقد باطل إلى عقد صحيح ، ففي العقد المحول لا يوجد إلا تصرف واحد هو الصحيح وهو التصرف الجديد لأن العقد القديم قد بطل وزال مما يستدعي اعمال قواعد التفسير والتكييف لإثبات ذلك. أما نظرية الإنقاص فيكون البطلان في جزء معين أو عدة أجزاء من العقد في حال إمكانية التجزئة في العقد وعدم الترابط بين الجزء الباطل والصحيح ، ويلاحظ أن العقد المنتقص باعتباره تصرف قانوني ينتج أثر أصلي وليس عرضي على عكس العقد المتحول والذي يكون أثره عرضياً لا أصلياً لاعتباره واقعة. فالإنقاص يستهدف حصر البطلان في الشق المعيب من العقد دون مده للشق الصحيح ، وهذه النظرية تبقي العقد نفسه مع معالجة للبطلان دون أن ننتقل لعقد آخر ، فالإنقاص يصحح العقد مع الإبقاء عليه دون أن يغير في نوع العقد أو تكييفه بعد زوال البطلان الذي كان يوصف به العقد ، ويتثمل هذا التغيير باستبعاد أو إسقاط الجزء الباطل ، إلا إذا كان الجزء الباطل هو الدافع للتعاقد ، فلا يتصحح العقد بالإنقاص فيتجه القانونيين إلى عدم الإلتفات لإرادة المتعاقدين في بعض الحالات ، ويكون التصحيح هنا بحكم القانون و القضاء.

Contract conversion, reduction and renewal.

Prepared by : Dalia Awni Mohammad Rejee.

Supervisor : Dr. Yassir Zbedat.

Abstract :

A contract is defined as an association of offer, acceptance, and approval of the will, and also as the agreement of two or more wills to create a legal matter. This means that the will is the essence of the contract, meaning that the contract cannot be concluded without it, and therefore the contract is concluded merely by offer and acceptance unless another form of its conclusion is established in the law.

The basis for concluding contracts is the presence of the necessary qualifications to conclude them, given that consent is the cornerstone of the contract without which a contract is not valid and which must come from a conscious will. Contracts have a binding force that stipulates that the parties to the contract must implement their obligations and implement what these contracts contain and what the will of the contracting parties is directed towards. The binding force of contracts is available if the contract fulfills its conditions and elements because every contract has an effect that appears in the place of the contract and contracts are the cause producing those effects, and the extent of the effect is determined. Contracts are in two areas, one of which is called the binding effect of the contract, and this effect is within the scope of the will from which the contract arose, while the other effect is called the scope of the contract's validity and invocation, and it is outside the scope of the will.

Invalidation of the contract makes the contract as if it did not exist and therefore does not regulate its effects. If the contracting parties want to achieve the purpose of the contract and the contract, they must either create a new contract or purify the existing contract of the causes of invalidity. If the

obligations have not been implemented, they must not be implemented, unlike if they have been implemented because it is necessary. Restoring the contracting parties to what they were. If one party acts without the other party in one of the contracting rights accruing to them under the invalid contract, then its action is invalid. The degree of invalidity varies according to the rule that was violated and was not observed when concluding the contract. If it is a pillar, the invalidity is absolute, but if a condition is failed, then the contract is relatively invalid. It is necessary to distinguish between total invalidity and partial invalidity of the contract, which in turn affects the enforcement of some rights and obligations of the contracting parties. Consequently, some systems are subject to the contract's rebalancing in cases of invalidity, and among these theories are the contract renewal theory, and the contract reduction and transformation theories.

Renewing an obligation is one of the reasons for terminating an obligation and at the same time one of the reasons for creating an obligation. It terminates an obligation and creates another at the same time, provided that the new obligation differs in its essential elements from the old one. The will of the contracting parties to renew the contract is what determines the fate of the rights and obligations arising from the old contract, even if this will is directed towards terminating it or creating an alternative to it, that is, creating a new effect. The renewal of the contract shall be either in its place, in its source, or in its legal basis. Renewal can only be done by adding a fundamental element that affects the contract. The condition for renewal is the existence of a clear and clear intention and mutual consent for the renewal to be achieved, and this renewal results in a renewal of obligations and rights as well. What happens to the old contract is only an amendment to the contract and not an end to it, and renewal comes in the form of an agreement between the parties to the contract to terminate the first old obligation and create a new contract to replace the old one. Renewal only applies to a valid and

enforceable obligation. Renewal does not accept suspension until approval. If there is suspension, there is no renewal, because renewal shows the validity, approval, and enforcement of the obligation. The judge has the authority to estimate the clarity of the will of the parties and the extent of their intention to renew the contract.

Renewal is considered one of the legal transactions that revolve between benefit and harm between its parties, and since it is an act of disposal, the guardianship of the will is not sufficient in it. It is not permissible for the guardian of a minor to agree on the renewal without permission from the court, given that the will to renew is not valid unless it is issued by a party with authority. Eligibility, because eligibility is one of the conditions for achieving renewal in contracts.

As for the theories of contract reduction and transformation, many Western and Arab legislations recognize and adopt these theories in order to ensure the stability and continuation of contracts as much as possible. Both of them are based on the idea of investing in the contract and preserving it, and this is consistent with the purpose of the contractors. A contract that is completely invalid or partially invalid is a contract that exists legally and produces its legal effects until a person with an interest requests its invalidation, in which case its invalidation is decided by agreement or through the judiciary, and this contract ceases to exist.

Both theories are based on the existence of invalidity in the contract. The theory of transformation is based on the existence of invalidity in the entire contract and that this invalid contract carries within it another valid contract. The legal adjustment to the transformation of the contract is from the standpoint of interpretation. The judge who rules the transformation of the contract rules so after interpreting the intention of the contracting parties to transform from an invalid contract to a valid contract. In the transformed contract, there is only one action that is correct, which is the new disposition,

because the old contract has been invalidated and removed, which requires the implementation of the rules. Interpretation and adaptation to prove this. As for the theory of diminution, the invalidity occurs in a specific part or several parts of the contract in the event of the possibility of dividing the contract and the lack of connection between the invalid and the valid part. It is noted that the diminished contract, as a legal act, produces an original and not an incidental effect, unlike a transformed contract, whose effect is incidental, not original, because it is considered a fact. . The reduction aims to limit the invalidity to the defective part of the contract without extending it to the correct part. This theory keeps the contract itself while dealing with the invalidity without moving to another contract. The reduction corrects the contract while maintaining it without changing the type of the contract or adapting it after the disappearance of the invalidity with which the contract was described. This change is represented by excluding or dropping the invalid part, unless the invalid part is the motivation for the contract, in which case the contract is not corrected by reduction, so jurists tend not to pay attention to the will of the contracting parties in some cases, and the correction here is by rule of law and the judiciary.

المقدمة :

حظيَّ العقد على مر التاريخ باهتمام كبير نظراً لتأصله في حياة الإنسان أمام القانون فوجد بموجب نص "العقد هو قانون الأطراف". فالعقد هو أحد مصادر الالتزم الذي ينشأ عن اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ، وإذا استوفى العقد أركان انعقاده وشروط صحته صار نافذاً ومرتباً لجميع آثاره.

ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة هو أساس الالتزام العقدي , والوسيلة الأولى لحماية حرية الأفراد هي إرادتهم بحيث لا يلزم أي فرد إلا بما يرضاه وبما تخضع له إرادته وهذا يعني أن الإرادة هي أساس الالتزام بالعقد وأن الفرد مقيد بما قرر في التعاقد وبما اتجهت له إرادته فحرية الانسان لا تقيد إلا عن طريقه نفسه أو بالتزام صادر منه تحت إطار القانون الذي يضمن تنفيذه[2]. ولا يجوز التعاقد بدون الإرادة الصحيحة فلا يعقل أن يتم انعقاد عقد تحت أي عيب من عيوب الإرادة كالإكراه مثلاً ؛ لأن أساس التعاقد هو حرية إرادة المتعاقدين ، والعقد شريعة المتعاقدين. وهي المرجع الذي يتوجهان له في حال نشأ خلاف بينهم أو في حال قررا تعديل العقد أو تغيره أو التغير منه.

ويعرف مبدأ سلطان الإرادة بأنه: حرية إرادة المتصرف القادرة على إنشاء التصرف والأثر القانوني الخاص به والنتائج المترتبة عليه ، ويعني أيضاً: قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يرتضيان به من العقود وتحديد آثارها حسب رغبتهم عن طريق الآثار التي تغير في الآثار الموضوعة للعقد[3]، وعرف أيضاً بأنه: إمكانية الإرادة على إنشاء ما ترغب من العقود والتصرفات القانونية حيث تحدد إطار العقد وآثاره أو حتى تنهيه[4].

كما أن العقود تخضع في إبرامها وتكوينها وتنفيذها لضوابط والتزامات معينة يحددها القانون ومن أهم هذه الضوابط مبدأ حسن النية الذي أخذ به المشرع الفلسطيني كمبدأ عام في التصرفات القانونية حيث نص مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع حسن النية[5]", وهذا المبدأ يضبط سلوكيات المتعاقدين أو حتى المتفاوضين في المراحل السابقة على التعاقد ، فهذه الضوابط والالتزامات تساعد في توجيه وضبط سلوكيات وتصرفات أطراف العقد بصورة لا تؤدي إلى اختلال في التوازن العقدي ، فكيف يمكن أن يتحقق التوازن التعاقدي بين الأطراف ؟ وما المقصود باختلال التوازن التعاقدي فيما بينهم ؟ وما هي الطرق التي

---

[2] نقلاً عن سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مصدران جديدان للالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 ، ص10.

[3] الصديق محمد الأمين الضرير ، الغرر واثره في العقود في الفقه الإسلامي ، ط2 ، مجموعه دله البركة ، جدة ، السعودية ، 1995 ، ص21.

[4] علي عبد الحميد فودة ، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ص14.

[5] مشروع القانون المدني الفلسطيني , المادة 148.

تساهم في إعادة التوازن للعقود ؟ وهل من العدل لتحقيق ذلك أن يتدخل القاضي في تعديل العقود أو إرادة الأطراف وتغييرها ؟

من المفترض أن يظل العقد مصدراً لتحقيق التوازن التعاقدي فيما بين المتعاقدين منذ إنشاءه حتى تنفيذه للحصول على المنفعة المبتغاه لكل طرف ، ويكون كذلك إذا حقق المنفعة المبتغاه منه للأطراف المتعاقدة ، فليس من العدل أن يفي متعاقد بما تعهد به دون أن يحصل على ما ابتغاه من العقد وبالتالي يحق للمتعاقد الذي غاب السبب الذي من أجله التزام بالعقد أن يتمسك بكل ألية قانونية تحقق وتعيد التوازن للعقد مع إبرام العقد لكل طرف من الأطراف ، حيث يستمر التوازن التعاقدي بين الأطراف إلى ما بعد الإنشاء ، ويقصد بتوازن العقد بأنه: وصول كل متعاقد في العقد للغاية المطلوبة من العقد وحصوله على المنفعة المقصودة التي يرغب في تحقيقها بما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر، فالتوازن في العقود لا يعني المساواة بالضرورة[6].

ويكمن الدور الذي يلعبه القاضي في العقود في مرحلتين ، المرحلة الأولى: وهي مرحلة إبرام العقد وانعقاده وهي مرحلة غير مجازية تظهر أهميتها عند رفع أمر العقد للقاضي بعد حدوث نزاع بشأن أمر يتعلق بإنشاء العقد وتكوينه ، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة تنفيذ العقد فدور القاضي يكمن فيها لمواجهة الظروف المتغيرة و التقلبات الاقتصادية والتي بسببها ينشأ اختلال ميزان العقد وقد تكون رقابة القاضي على التنفيذ أو حسن التنفيذ أو الإخلال بالتنفيذ[7].

أما بالنسبة للبطلان فالأصل أن البطلان هو جزاء لأطراف العقد الذي اختل ركن من أركانها أو شرط من شروط انعقادها بغض النظر إذا كانت ملزمة لجانبين أو جانب واحد , إلا أن درجة هذا البطلان تختلف باختلاف القاعدة التي تم خرقها ولم يتم مراعاتها عند إنعقاد العقد , فإذا كان ركن يكون البطلان مطلق , أما إذا تخلف شرط فيكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً ولا بد من التمييز بين البطلان الكلي والبطلان الجزئي للعقد الذي بدوره يؤثر على نفاذ بعض الحقوق والالتزامات للأطراف المتعاقدة وبالتالي يتم إخضاع بعض الأنظمة التي تعيد التوازن للعقد على حالات البطلان ومن هذه النظريات نظرية تجديد العقد , ونظريتا إنقاص وتحول العقود.

وتنفيذ العقد يكون طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية من الأطراف للمحافظة على الاستقرار القانوني للمعاملات بالإضافة الى أن الفقه الحديث يرى أن العقد يجب أن يتمتع بنوع من المرونة حتى يتكيف مع مستجدات المجتمع المعاصر ، وتترجم هذه المرونة بالسماح بوجود استثناءات يخول فيها

---

[6] أميرة صخري ، تعديل القاضي للعقد : تعد على الإرادة ام تكريس لعدالة العقد ، أطروحة دكتوراه ، جامعة باجي مختار عنابة ، الجزائر ، 2019 ، ص767.

[7] اياد محمد جاد الحق ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الفلسطيني الجزء الأول مصادر الالتزام ، ط3 ، 2013 ، ص288.

للأطراف و للقاضي تعديل العقد. والتعديل في العقد قد يكون بتجديده أو تحوله أو إنقاصه ، ولا شك أن تعديل العقد يختلف نطاقه ضيقاً واتساعاً حسب طبيعة العقد[8].

بدأ ظهور نظرية تجديد العقد عند الرومانيين قديماً ، ولكن بعض التشريعات العربية لم تطرق لذكر نظرية تجديد العقد بل اكتفت بنظام الوفاء بمقابل بدل التجديد ، والبعض الآخر لم يعط تعريفاً له لترك المجال للإجتهاد والفقهاء لتعريفه كالقانون المصري والعراقي فإهتم القانون المصري بتجديد العقد وأطلقوا عليه مصطلح تجديد الإلتزام دون تحديد مفهوم خاص له ولكنهم حصروا ذكره في مجموعة من النصوص وهي المواد 352–359 من قانونهم ، من خلال توضيح للحالات التي ينشأ خلالها العقد الجديد والتي نصت على أن الالتزام يتجدد بإتفاق بين الأطراف من خلال تغيير أحد عناصره ، بينما حصر المشرع العراقي تجديد العقد في أربع مواد تبدأ من المادة 401 من القانون المدني العراقي بدون ذكر صريح لتعريف العقد ، وكذلك حذا حذوهم معظم التشريعات العربية[9].

أما نظريتا إنقاص العقد وتحول العقد نظريتان تقوما على فكرة أساسية مفادها إنقاذ العقد الباطل واستبقاءه إلى أكبر قدر ممكن طالما مازال متفقاً مع إرادة المتعاقدين وهدفهما من التعاقد ومع أحكام القانون ، حيث أن كلاهما يعتمد على المعيار الذاتي الذي يعطي حرية التصرف والنزعة الفردية في إبرام التصرفات القانونية للعقود بين الأفراد. وللمتعاقدين التمسك في صحة أو بطلان العقد لمن له مصلحة ، أي الأشخاص ذوي الحقوق القانونية الذين قد يتأثرون بصحة هذا العقد أو بطلانه. وحرصاً على ضمان استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية من بطلان العقد مما استدعى من بعض القوانين المدنية ترتيب بعض الآثار العرضية للحد من الأثر الرجعي للبطلان ، ومن أهم هذه الآثار تبني نظرية انقاص العقد ونظرية تحول العقد في حالة ما إذا كان العقد باطلاً أو موقوفاً[10].

أهمية الدراسة :

الأهمية العلمية :

يكتسي الموضوع أهمية بالغة تكمن في إيجاد الحلول القانونية التي تنقذ العقد من الانهيار والمتمثلة في تطبيق نظريات تجديد وانقاص وتحول العقود ، للتأكد من صحة العقد الذي يشوبه عيب من عيوب البطلان أو الموقوف ، باعتبار أن العقد هو أحد أهم الموضوعات القانونية التي عكف عن دراستها العديد من الباحثين ، ولأهميتها ؛ نظراً لأن العقد شريعة المتعاقدين ليس له نظام موحد بل يتبع لعدة أنظمة قانونية يقررها المتعاقدين.

---

[8] البنا محمود عاطف ، العقود الإدارية ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2007 ، ص225.

[9] وليد العنكز ، تجديد العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2018 ، ص126.

[10] رشيد العنب ، بطلان العقد بين مبدأ لزوم التصرف واستقرار المعاملات ، بحث قانوني ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، اكادير ، 2023.

الأهمية العملية :

إن بحثنا قد تطرق وبالنظريات التي تنقذ العقد من البطلان وتعيد له التوازن العقدي في حالة حدوث أي خلل فيه ، فتبرز أهمية الدراسة في ضرورة التعرف على أثر إعمال هذه النظريات ونطاق إعمالها في العقود ابتداءً ، وماهية قواعد تعامل المتعاقدين والقانون والقضاء معها ، والنتائج المترتبة على تطبيق وإعمال هذه النظريات.

أهداف الدراسة :

أولاً : توضيح المقصود بالعقود وما هو الغلط في تكوينها ومدى صلاحيات القاضي في تكييفها.

ثانياً : التعرف على نظريات تحول وإنقاص وتجديد العقود وما هو دورها في المحافظة على العقد وحمايته من البطلان من خلال الإلمام بمدى إمكانية تطبيقها على العقد.

ثالثاً : التفرقة بين هذه النظريات من حيث المعنى والمضمون والآثار المترتبة على تطبيقها على العقود.

رابعاً : معرفة موقف المشرع في إعمال نظريات التجديد والتحول والإنقاص على العقود.

الدراسات السابقة :

بعد البحث في الكتب والمجلات التي اطلعت الباحثة عليهملم تجد دراسة مستقلة تجعل محل إهتمامها موضوع العقود والنظريات التي تطبق عليها في حالة الإخلال فيها أو في جزء منها لتصحيحها أو حمايتها من البطلان المترتب عليها , إلا أنها وجدت بعض الدراسات التي إختصت بدراسة جزيئات معينة من هذا الموضوع ، أوجزتها فيما يلي :

الدراسة الأولى : البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الإنقاص ، لجنة التأليف والتعريب والنشر ، جامعة الكويت ، ط 1، 1998م.

تناولت الدراسة إشكالية مهمة تمثلت بالإجابة عن التساؤلات المحيطة بحدود إنقاص العقد وما إذا كان القانون قد وفر تأصيلاً قانونياً لهذه النظرية أم لا ، وكذلك التعرض للتشريعات المقارنة إزاء هذا الموضوع لا سيما موقف كل من القانون العربية.

الدراسة الثانية : تحول العقد ، صاحب الفتلاوي ، دراسة مقارنة ، ط1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1997م.

تطرقت الدراسة إلى دراسة الإطار القانوني لنظرية التحول في العقود وتحديد آليات تطبيقها في الواقع العملي وشروط إعمالها على العقود.

الدراسة الثالثة : تجديد العقد ، وليد العنكز ، دراسة مقارنة بين الفقه الغربي والقوانين العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1، 2018م.

تطرقت الدراسة إلى النطاق القانوني لإعمال نظرية التجديد في العقود وبيان الالتزامات المترتبة عنها من جانب و تطرقت لبيان اختلاف التجديد عن ما يشابهه من الأنظمة القانونية المختلفة من خلال الطبيعة القانونية للعقود وفقاً للقواعد التقليدية أو الطبيعة الخاصة للعقد من جانب آخر وذلك من خلال التأصل القانوني لنظام العقد والشروط اللازمة لتطبيقه وأحكامه المعمول بها.

التعليق على الدراسات السابقة :

تتفق الدراسة الحالية مع الدراسات السابقة في تناول نفس المواضيع في نظريات التجديد والتحول والإنقاص ، ولكنهم يختلفون من حيث موضوع البحث ، فالدراسة الحالية ملمة في جميع هذه النظريات وليس في موضوع واحد فقط على عكس الدراسات السابقة والتي لا تجمع بين النظريات ولا توضح التشابه والفرق بينهم ، ومن ناحية أخرى اختلاف الإمتداد الزمني بينهم فالدراسة هذه موضوع البحث جرت في عام 2023م.

إشكالية الدراسة :

يعالج هذا البحث دور النظريات في المحافظة على العقود وما مدى إمكانية تطبيق هذه النظريات في العقود ومدى سعي المشرع للحفاظ على هذه العقود والمحافظة على النظريات ؟

منهجية الدراسة :

اعتمدت الباحثة في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن حيث حاولت وصف الموضوع وبيان مدى تنظيم التشريع الإسلامي والقانون لمحل الدراسة لهذا الموضوع بما يتناسب وقيمته ، بوصف وتحليل النصوص القانونية في ضوء المعايير والمفاهيم الموضوعية المستقرة فقهاً والمقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون المطبق ، وتقويم ذلك والوقوف على مواطن القوة والضعف وصولاً لأفضل النتائج في هذا الشأن.

و بالتالي تم تقسيم البحث بالطريقة التالية :

الفصل الأول : التعريف بماهية العقد وماهية نظرية تجديد العقد.

المبحث الأول : ماهية العقد.

المطلب الأول : التعريف بالعقد.

المطلب الثاني : نظرية الخطأ في تكوين العقد وصلاحيات القاضي في تكييف العقود.

المبحث الثاني : نظرية تجديد العقد.

المطلب الأول : ماهية تجديد العقود.

المطلب الثاني : الأثر المنشئ والأثر المسقط لتجديد العقد.

الفصل الثاني : نظريتا إنقاص وتحول العقد.

المبحث الأول : نظرية إنقاص العقد.

المطلب الأول : ماهية نظرية إنقاص العقد.

المطلب الثاني : تطبيقات على إنقاص العقد.

المبحث الثاني : : ما هي نظرية تحول العقد.

المطلب الأول : التعريف بتحول العقد وشروط التحول.

المطلب الثاني : تمييز التحول عن الأنظمة المشابه له.

الفصل الأول:

التعريف بماهية العقد وماهية نظرية تجديد العقد :

تمهيد و تقسيم :

للعقود أهمية بالغة في حياة الناس لأن أساس حياتهم التعامل والمعاملات ولا تخلو حياتهم اليومية منها وهذا التعامل يتم عن طريق إبرام وإيفاء العقود وقد أمرنا الله عز وجل بالإيفاء بالعقود فقال : " يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود[11] "، وبالتالي فإيفاء العقود يعتبر متصلاً اتصالاً كاملاً بحياة الفرد والجماعات ، ويجب الإشارة إلى أن العقد يجب أن يكون الباعث له الدافع للتعاقد مشروعاً أي سبب العقد ، فلا يعقل إبرام عقد بدافع غير مشروع و إلا كان العقد باطلاً.

الأصل في العقود الصحة متى اشتملت على أركانها وشروطها وتحققت عناصرها التي تتفق والقانون والآداب والنظام العام ، وهذا يعني أنها لا تحتاج القضاء لإثبات صحتها أو صحة ما جاء فيها إلا في حالة إنكارها أو مخالفتها أو النكول عنها ، فالمنازعات التي تكون في إنعقاد العقود والتي تكون الإرادة طرف فيها أو في تنفيذها أو الالتزام بشروطها أو حتى فسخها تكون منازعات حقوقية اختصاص المحاكم العادية ، فالعقد هو شريعة المتعاقدين يلتزم بموجبه كلا المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الناشئ عنه.

ويلعب القضاء دوراً مهما في إنعقاد العقود من خلال السلطة الممنوحة للقاضي الذي يعرض عليه النزاع في تكييف العقود وإنقاذها من البطلان ، بحيث إن ثبت عدم وجود إرادة متعاقدين عادلة وجب التدخل القضائي لتصحيح هذه الإرادة واستبادلها بوسيلة أكثر عدالة وهي الوسيلة القضائية تحل محل إرادة المتعاقدين ، فيسقط الالتزام التعاقدي ويحل محله التزام جديد مصدره القانون من خلال الحكم الذي ينطق به القاضي[12]. وقد يلحق بالعقد بطلان كجزاء على عدم استيفاء أركان إنعقاده ، وقد يلحق به عيب قد يجعله باطلاً أو موقوفاً. خاصةً إذا كان هذا العيب من عيوب الإرادة التي استقر عليها الفقه والقضاء كالإكراه مثلاً.

---

[11] الآية الأولى من سورة المائد.

[12] عبد العزيز مرسي حمود ، نظرية انقاص التصرف القانوني ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ص352.

المبحث الأول: ماهية العقد:

تعتبر العقود من أهم الوسائل القانونية التي تهدف إلى تنظيم معظم العلاقات والحقوق بين الأشخاص باعتبار أنها الركائز الأساسية للمعاملات الشخصية ، فاعتبرت معظم القوانين العقد بأنه الرابط بين الإيجاب والقبول بكامل الإرادة ، ونصت مجلة الاحكام العدلية على أن: "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهم أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول" ، وعلى أن: "الإنعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثرهما في متعلقهما أو المعقود عليه[13]".

ويعتبر العقد الذي يبرم وفقاً لما تتجه إليه إرادة أطرافه مصدراً من مصادر الالتزام ، حيث يرتب حقوق وينشئ التزامات لأطرافه متى ما أبرم صحيحاً. ويعتبر العقد ترجمة عملية تبلور جدية أطرافه في أن يبادر كل واحد منهم إلى تنفيذ ما التزم به للطرف الآخر فيه ، وهو بذلك يعتبر بمثابة قانون ينظم العلاقة العقدية بين أطرافه ويحكمها كما يصار إلى تطبيق شروطه عند حدوث نزاع بينهم من قبل المحكمة ، ولذلك وحتى يتمكن العقد من تحقيق ما سعى أطرافه إلى بلوغه بواسطته ، نجده يتمتع بقدرة إلزامه لأطرافه على تنفيذ ما رتبه عليهم من آثار والتي تعهدوا بتنفيذها طائعين.

يحتل العقد مكانة بارزة ضمن إطار التصرفات القانونية حيث يعتبر الأداة التي يستند إليها لتسهيل المعاملات ما بين الأشخاص سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ، وتنقسم العقود من حيث اللزوم وعدمه إلى عقود لازمة لا يجوز لأحد الطرفين أن يستقل بفسخها كالبيع و الإجارة ، وعقود غير لازمة يجوز لأحد الطرفين أن يستقل بفسخها كالشركة و الوكالة ، فالعقد أخذ معنى قوته الإلزامية عن القانون الروماني الذي جعل المدين يرتبط بدائنه حتى يقوم بما التزم به[14].

ونجد أن المبدأ العام أن الالتزامات الناشئة عن العقد تعتبر داخل حيز التنفيذ من وقت انعقاد العقد ، مع الإشارة إلى أن هناك حالات في العقود يلزم فيها التنفيذ بعد الانعقاد حيث يكون التنفيذ فيه مستقبلي أو حتى قبل الانعقاد ويسمى بالرجعية لتفيذ العقد ويتم الاتفاق عليه صراحة بين الأطراف ولكنه يتعارض مع مبدأ النظام العام والآداب لاعتباره لا يخلو من الإحتيال على القانون ولوجود مبدأ عدم مس الرجعية لحقوق الغير في عدة قوانين[15].

---

[13] مجلة الاحكام العدلية , المادة 103 , المادة 104

[14] عامر حسين , القوة الملزمة للعقد ، ط ١، مطبعة مصر ، القاهرة ، 1949 , ص٩-١٠.

[15] د.حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزامات ، ص404.

المطلب الأول : ماهية العقد وماهية أركانه وشروط انعقاده :

تكمن أهمية العقد في تأصله في حياة الإنسان حيث كان موجوداً بموجب نص "العقد هو قانون الأطراف". حيث أدت المعاملات بين الأشخاص ، والتي تعتبر أنها الركائز الأساسية للمعاملات الشخصية ، إلى اهتمام كبير بالتشريعات الخاصة بإبرام العقود بجميع أنواعها. ووفقاً للقاعدة العامة ، يرتب العقد كل آثاره بعد إبرامه الصحيح ، على عكس العقد الباطل الذي يمكن أطراف العقد الاتفاق على إقالة هذا العقد فيما بينهم دون اللجوء إلى القضاء. فالعلاقة القانونية الملزمة للأطراف تطلب الدخول في اتفاق مع أحد الأطراف بطريقة تثبت صحة وإلزامية الاتفاق ، فإذا تخلف ركن الانعقاد أو أحد شروط صحة العقد بطل العقد ، وبالتالي يترتب على بطلان العقد أن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ، والأصل أن بطلان العقد لا يقتصر على المتعاقدين بل يمتد إلى الغير أيضاً ، وهذا يعني أن أثر البطلان يمتد لكل من تتأثر حقوقه أو مصالحه بصحة العقد أو بطلانه حتى وإن لم يكن طرفاً في العقد.

الفرع الأول : التعريف بالعقد :

أولاً : تعريف العقد لغةً :

تنصب معاني العقد في أغلب المعاجم لمعنى التوثيق ، الربط ، التوكيد ، الإلزام ، سواء في الأمور المحسوسة أم في الأمور المعنوية ، والعقود جمع عقد ، كما يقال وعقده تعقيداً أي جعل له عقداً ، وعقدت الحبل عقداً ، فالعقد و العقدة موضع العقد من النظام ونحوه[16]. وكلمة عقد مأخوذة من عقَدَ أي الجمع بين الأجزاء جمعاً خاصاً، فيقال عقدت الحبل إذا جمعت أجزاءه ويقال عقدت الحبل ، والعقدة ما يمسكه ويوثقه مثل عقدت البيع وعقدت اليمين[17].

ويعرف العقد أيضاً بأنه: العهد ، والعقد هو: اتفاق بين طرفين أو أكثر يلزم بمقتضاه الأطراف بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه. وفي اللغة يطلق العقد على كل ما يقيد الالتزام سواء من طرف واحد كان أو من طرفين ، والعقد هو نوع خاص من الاتفاقات بخصوص شي معين إما ينشئ أو ينهي أو يعدل أو يزيل التزاماً أو أكثر[18].

ثانياً : تعريف العقد اصطلاحاً شرعياً :

هو الربط بين كلاميين أو ما يقوم مكانهما يلزمان أحد الأطراف أو كليهما بحكم شرعي مثبت ، وعرفه فقهاء المسلمين بأنه: ما يعزم المرء على فعله عقداً سواء بإرادة واحدة أو كلا الإرادتين

---

[16] ابي عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي ، سلسلة المعاجم ، كتاب العين ، ج1 ، بدون دار نشر ، بدون مكان نشر ، 175هـ ، ص140.

[17] عامر حيدر ، لسان العرب ، ط1 ، ج3 ، ص: حرف الدال ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.

[18] موريس نخلة ، روحي البعلبكي ، صلاح مطر ، القاموس الثلاثي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2002 ، ط1 ، ص1171.

للمتعاقدين ، وكان رأي الحنابلة والشافعية والمالكية أن تلك التصرفات تكون تحت إطار العقود نظراً للعزم والنية والإرادة[19]، ولكن الأحناف لم يؤيدوهم في الرأي وعرفوا العقد بأنه: ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهم حيث ينشئ منهم أثر شرعي[20].

ثالثاً : تعريف العقد في الشريعة الاسلامية :

فقهاء الشريعة عرفوا العقد بأنه: كل تصرف صادر من طرف واحد أو كلا الأطراف ويترتب عليه حكم شرعي ، وعرفه آخرون بأنه: التزام يصدر من طرفين لأن الالتزام الصادر من طرف واحد عند أهل هذا التعريف ليس عقداً بل تصرفاً.

وعرفه آخرون بأنه: ارتباط إرادة بأخرى على وجه يترتب عليه التزام مشروع[21]. وعرف أيضاً بأنه: ضرب من تصرفات الإنسان معتبراً أن العقد يندرج تحت مسمى تصرف الإنسان والقصد هنا بالتصرف ما يفعل الإنسان بإرادته[22].

رابعاً : تعريف العقد في القانون :

عرفت مجلة الأحكام العدلية العقد بأنه: "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول[23]" أي توافق الإيجاب من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[24]، كما عرفه السنهوري بأنه: توافق إرادتين لإحداث أمر قانوني سواء كان إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه[25].

وعرف القانون المدني الأردني العقد بأنه: ارتباط إيجاب صادر من طرف متعاقد بقبول من آخر متعاقد حيث يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب التزام على المتعاقدين. وانتقد هذا التعريف فاعتبره بعض القانونين تفسيراً للعقد وليس تعريفاً دقيقاً له[26].

وعرف العقد بأنه: الرابط بين الإيجاب والقبول والموافقة على الإرادة[27]. وبأنه: الدخول في اتفاق مع أحد الأطراف بطريقة تثبت صحة الإتفاقية والحث على الالتزام بالطرف على أنه إنشاء علاقة قانونية ملزمة للأطراف لتنظيم حقوق الأشخاص. ويعرف العقد بأنه: توافق إرادتين أو أكثر

---

[19] أبو البركات ، كشف الاسرار شرح المصنف على المنار مع شرح نور الانوار على المنار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ص22.

[20] أبو السعود ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة ، الدار الجامعية ، ط1 ، 1990 ، ص33.

[21] وليد العنكز ، تجديد العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2018 ، ص44.

[22] الشيخ مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ص379.

[23] مجلة الأحكام العدلية , المادة 103.

[24] محمد قدري باشا ، مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، ط2 ، المطبعة الاميرية الكبرى ، القاهرة ، مصر ، 1891 ، المادة 262.

[25] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000 ، ص150.

[26] المادة 87 من القانون المدني الأردني وهذا مشابه لتعريف العقد في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، على غرار القانون المدني المصري الجديد على خلاف القديم حيث ترك تعريفه للفقه، وعرفه القانون المدني الكويتي في المادة 31 منه بأنه: ارتباط الايجاب بالقبول لإحداث أثر قانوني. وعرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من التقنين المدني الجزائري بأنه: اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة اشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.

[27] مرشد الحيران مرجع سابق , ص168.

لإحداث أمر قانوني وهذا يعني أن الإرادة هي جوهر العقد ولا ينعقد العقد بدون الإرادة والحرية التعاقدية ، وأن كل اتفاق يحدث أثر قانوني هو ليس عقد. وأن الاتفاق يختلف عن العقد ، وأن الاتفاق يخضع لإطار قانوني خاص به. وينعقد العقد بمجرد الإيجاب والقبول إلا إذا تقرر في القانون شكل معين آخر لانعقاده ، والعقد يحتاج لنية. أي اتجاه الإرادة للانعقاد والنية هي اعتقاد العقل بفعل شيء وعزمه عليه دون تردد[28]، فالاثار التي يرتبها العقد على المتعاقدين من حقوق أو التزامات تقتصر عليهم نفسهم دون غيرهم إلا في حالات معينة[29]، ويطلق على هذا قوة العقد الملزمة للأشخاص ، أما الالتزامات والحقوق فهي تعرف بالقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع[30].

وحيث أن معنى العقد يتفق في مدلوله مع اصطلاح الإتفاق[31]، وأن الاتفاق والعقد أصبحا في لغة القانون والقضاء والفقه مصطلحين مرادفين لبعضهما البعض[32]، فيجدر بنا ذكر أن المرحلة السابقة للتعاقد تقسم على ثلاث أقسام وهي: فترة المفاوضات وفترة الإتفاق وفترة مجلس العقد الذي يكون إما مجلس حقيقي بحضور المتعاقدين أو مجلس حكمي أي بين غائبين ، والتفاوض في العقود هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص قبل آخر بالبدء في التفاوض أو في متابعته بشأن عقد معين لإبرامه[33]، وعرفت محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية (C.C.I) الاتفاق بأنه: عقد يتعهد طرفاه بالتفاوض أو المتابعة لإبرام عقد ما لم يتم تحديد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي لانعقاده , حيث يتم اتفاق إرادة الأطراف لإنشاء الإتفاقية إما بإرادة صريحة أو ضمنية أو مفترضة ، وإرادة لا تخالف النظام العام [34].

لا يجوز لأحد المتعاقدين نقض العقد أو تعديله بدون موافقة الطرف الآخر ، ويجوز تعديل العقد بموافقة الطرفين أو نص القانون[35]، ويجب على القاضي التقيد باتفاق المتعاقدين إلا في حالات معينة نص عليها القانون[36]، وقد منح القانون العراقي القاضي سلطة تغيير العقد المشوب بعيب الاستغلال حيث يستطيع القاضي الانقاص في الالتزامات أو حتى الزيادة بما يرفع من الغبن في حال وجد.

---

[28] روزان السويطي ، مبدأ حسن النية في ابرام العقد وفق احكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الاحكام العدلية ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس ، 2018 ، ص5.

[29] القانون المدني الأردني رقم 43 سنة 1976 , المادة 207 , المادة 206.

[30] القانون المدني الأردني , المادة 199.

[31] الحنفي ، نور الانوار في شرح الانوار ، تحقيق حافظ الزاهدي ، الجامعة الإسلامية ، الباكستان ، 1998 ، ص33.

[32] عبد المجيد الحكيم ، ،مصادر الالتزام ، ج1 ، ص31.

[33] د الصادق ضريفي ، العقود والاتفاقات التمهيدية ، المركز الاكاديمي للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، ص18

[34] د عبد العزيز حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنوفية ، مصر ، العدد 20 ، 2001 ص231.

[35] السنهوري ، مصدر سابق ، ص625

[36] د عبد المنعم صدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، مكتبة المحكمة العليا ، ص476.

الفرع الثاني : أركان العقد وشروط انعقاده :

إن العقد الموقوف أو الباطل نسبياً يحدد مفهومه من خلال التمييز بين شروط الإنعقاد وشروط الصحة فيكون العقد موقوفاً إذا توافرت أركانه وشروطه ولكن ركن الرضا اختل فيه ، أو كان أحد المتعاقدين فيه ناقص الأهلية كالصبي المميز ومن في حكمه كالسفيه أو المحجور ، أو إذا كان رضا أحد الأطراف يشوبه عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال.

تعتبر الأهلية والرضا أهم شرطين من شروط الصحة في ركن التراضي والانعقاد لاعتبار العقد صحيحاً مرتباً لآثاره , ولكن في حال اختلت أحد هذه الشروط فمن حق العاقد من أن يطلب الحماية من القانون إن رغب في ذلك وله أن يطلب إبطال العقد وله إجزاته أيضاً إن كان موقوفاً ، وهذا يعني أن العقد الموقوف هو عقد نافذ منتج لآثاره حتى يتم إبطاله من من له مصلحة في ذلك ، فالعقد يمر في مرحلتين أولهما : المرحلة التي تكون قبل أن يتحدد إن كان العقد مصيره الإجازة أم البطلان ويكون للعقد في هذه المرحلة وجود قانوني كامل و أثر قانوني كما ولو كان العقد صحيحاً ، أما المرحلة الثانية: فالعقد هنا يكون أمام تلقى مصير الإجازة أو التقادم ، فيزول البطلان ويستمر العقد صحيح منشئ لآثاره أو يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني وتزول آثاره[37]. وهذا يعني أن البطلان ليس له مراتب فلا يوجد بطلان مطلق أو نسبي بل أن البطلان يكون على درجة واحدة[38].

شروط و أركان العقد :

لكل عقد شروط معينة تختلف عن الآخر شروط تختص به دون غيره حسب نوعه ومسماه فعقد الزواج شروطه الشهود على عكس غيره من العقود ، والعقود العينية لا تنعقد بمجرد الإيجاب والقبول بل يتوجب تسليم محل العقد لانعقاده وترتيب آثاره كعقد الهبة والإعارة والرهن والايداع والقرض ، وهذا يعني أن هناك شروط خاصة مضافة للشروط العامة يجب توافرها لانعقاد العقد بشكل صحيح[39] , أما بالنسبة للسبب فالسبب يعتبر مصدر الالتزام والمنشئ للعقد , أي الباعث للعقد والدافع لإنشاءه ، ويجب أن يكون هذا السبب مشروعاً و إن أثبت عكس ذلك بطل العقد ، ولا يشترط ذكر السبب في العقد[40].

كما أن المتعاقدين يجب أن تتوافر فيهما الشروط والصفات المقررة التي تسمح لهما بمباشرة العقد بشكل صحيح ومشروع وتثبت أهليتهما بالعقل والتمييز وتعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص بالإلزام والإلتزام[41]. وتقسم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء ، ويقصد بأهلية الوجوب صلاحية

---

[37] منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ص62.

[38] السنهوري ، مرجع سابق ، ص626.

[39] مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي ، ص430

[40] السنهوري ، مرجع سابق ، ص626.

[41] محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص302.

المكلف لوجوب الحقوق الشرعية له وعليه ، أما أهلية الأداء فهي صلاحية المكلف لصدور الفعل منه على وجه يؤخذ به شرعاً[42], ونظراً لأن العقل هو مناط التمييز فالمجنون مثلاً لا إرادة له لاختلالٍ في عقله ، أما التمييز فيقصد به الإدراك والفهم الذي يرتب الإلتزامات على المتعاقد وهذا يعني أن الصبي غير المميز لا يصح عقده إلا باذن وليه[43].

أما المحل فيقصد به ما يجب على المدين أن يقوم به من أداء لصالح الدائن ، ويكون إما بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عنه ، ويجب أن يكون هذا المحل موجداً وممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعين ومشروعاً قابلاً للتعامل فيه[44]. ويجب أن يكون المعقود عليه مشروعاً فلا داعي لانعقاد عقد شراء بضاعة غير مشروعة كالأسلحة أو المخدرات مثلاً فهذا العقد ولو تم لا يرتب آثاره[45]. ويجب أن يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي لأنه يكون غير مشروع من أصله لمخالفته للنظام العام[46] سواء أكان هذا النص تحت طائلة البطلان في نص صريح أو حتى استنتاجاً أو قياساً.

ويجدر بنا الإشارة إلى أن الرضا هو الركن الوحيد في العقد فلا يعقل انعقاد العقد بدون رضا الأطراف ، ويتوفر هذا الركن متى ما تواجد تطابق لإرادتين أو أكثر , وهذا الركن يكفي لنشوء العقد لا لصحته ، بل يجب أن تكون هذه الإرادة صحيحة غير شائبة بعيوب الإرادة ليكون العقد صحيحاً. فالتراضي هو تطابق الايجاب بالقبول لإحداث أثر قانوني , لذلك فإن التراضي هو الركن الذي يقوم عليه العقد[47].

الفرع الثالث : فكرة تكملة العقد :

يعتبر إكمال العقد وسيلة معالجة للنقص الذي يوجد في العقد ويشوب مضمونه , ويتم إكمال العقد بإضافة بعض الالتزامات إلى مضمونه الأصلي لتنظيم المسائل المختلفة التي غفل عنها المتعاقدين بشكل تفصيلي , أو ليكون تنفيذ العقد مناسباً ومتفقاً مع مبدأ حسن النية الذي يقضي بالأمانة في التعامل[48].

ويقصد بتكملة العقد : قيام القاضي بإضافة بعض الالتزامات المفصلة التي لم يتم الاتفاق عليها من قبل المتعاقدين إلى الالتزامات الأصلية الموجودة فيه[49], يعتبر إكمال العقد من ضمن صلاحيات

---

[42] التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح ، ص161

[43] عثمان بن علي الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ص191

[44] محمد طه البشير ، عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج1 ، مصادر الالتزام ، بدون دار نشر ، بغداد ، 1980 ، ص95.

[45] احمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد ، ص158

[46] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ص149

[47] عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 ، بغداد ، 1980 .

[48] سلام عبد الله الفتلاوي , إكمال العقد : دراسة مقارنة , المؤسسة الحديثة للكتاب , لبنان , الطبعة الأولى , 2012 , ص24.

[49] حميد بن شنيتي , سلطة القاضي في تعديل العقد , جامعة الجزائر , 1997 , ص12.

القاضي الذي يتمتع بها , فيقضي في تطبيق هذه الفكرة وفقاً للقانون والعرف حسب نوع العقد أو طبيعة الالتزام[50], باعتبارها من مستلزمات العقد التي تساعد في تحقيق هدف التعاقد , فيتدخل القاضي لإضافة التزامات لم يقم الأطراف بالاتفاق عليها في محتوى العقد بسبب الإهمال أو عدم الدراية , فإذا تبين للقاضي أن المتعاقدين قد علقا انعقاد العقد على اتفاقهما على المسائل التفصيلية فلا مجال لتدخله لتكملته. ويشترط أن لا يكون المتعاقدان قد علقا انعقاد العقد على الاتفاق على هذه المسائل التي وجدت من خلال إكمال العقد[51].

يتشابه إكمال العقد مع نظريتا إنقاص وتحول العقد اللتان سنتعرف عليهما في الفصل الثاني من هذا البحث في كون إكمال العقد يشابه انتقاص العقد في اتحاد نوع الشرط محل الإكمال أو الإنقاص , وأيضاً من حيث قصد المتعاقدين , فهذا الشرط لا يجب أن يكون جوهرياً في العقد , فمحل الإكمال يكون في الشروط التفصيلية لا الجوهرية. ويتشابه إكمال العقد مع نظرية التحول في عدم جواز تغيير صفة التعاقدين أو إضافة متعاقدين جدد إليه أثناء إكماله.

ويجدر الإشارة إلى أن الالتزام ما هو إلى أثر يترتب على العقد نظراً لأن طبيعة الالتزام وطبيعة العقد يسمحان للقاضي بمعرفة جوهر العقد ليستطيع إكمال ما نقص من بنود تفصيلية في العقد حسب الالتزام الأصلي فيه , أي يجب أن تكون هذه الالتزامات متفقة مع غرضه الأصلي[52].

المطلب الثاني : نظرية الخطأ في تكوين العقد وصلاحيات القاضي في تكييف العقود :

بطلان العقد يجعل من العقد وكأنه لم يكن ، لا يرتب أثر ولا التزامات ، فإن أراد المتعاقدان تحقيق الغرض المقصود من التعاقد والعقد وجب عليهم انشاء العقد من جديد أو تطهيره من العيوب التي سببت بطلانه ، فإن كانت الالتزامات لم تنفذ فلا يجب تنفيذها عكس إذا كانت قد تنفذت لأنه من الواجب رد المتعاقدين إلى مركزهما قبل التعاقد أي إلى ما كانا عليه ، أما إذا كان قد تصرف طرف دون الاخر من المتعاقدين في حق من حقوق التعاقد المترتبة لهما بموجب العقد الذي بطل فتصرفه باطل[53].

إن البطلان يرتب آثار قاسية مما يستدعي من المشرع محاولة تفاديه أو التقليل من البطلان ومن آثاره عن طريق اسقاط أو إزالة الجزء الباطل مع بقاء الجزء الاخر صحيحاً مرتب لآثاره. ويعتبر العقد الباطل مبدأياً هو والعدم سواسية فهو لا وجود له من الناحية القانونية ولا يترتب عليه أثر

[50] Samir TANAGHO : De l'obligation judiciaire, thèse pour le doctorat en droit, présente et soutenue le 19/02/1964, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p 132

[51] التقنين المدني الجزائري , المادة 65.

[52] سلام الفتلاوي , مرجع سابق , ص89.

[53] علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، 2021 ، ص251.

ولكن قد يترتب على بطلان هذا العقد ضياع الحقوق وعدم استقرار المعاملات وهو الهدف السامي الذي يتجه إليه كل تنظيم للعقود[54].

وقد ينتج البطلان أثار عرضية أي آثار غير مباشرة مترتبة على اعتبار العقد عمل مادي وذلك بأن يكون هناك خطأ في تكوينه ويعرف الخطأ بأنه: اعتقاد أحد المتعاقدين وبنية حسنة بصحة العقد مع إخلال المتعاقد الاخر بالتزاماته الناشئة عن العقد ، وهذه النظرية مؤداها أن يتسبب في إنشاء عقد يطمئن إليه العاقد الاخر فيلتزم بتعويضه على أساس إفتراض عقد ضمان ضمني (مسؤولية التعويض)، ولكن هذه النظرية لا تقوم على أساس قانوني سليم[55].

وتعرف المسؤولية بشكل عام بأنها حالة شخص ارتكب أمراً لزم مؤاخذته ، ووجب إلزامه بتعويض عن الضرر الذي سببه للغير ، والمسؤولية المدنية تقسم إلى قسمين مسؤولية تقصيرية تقوم في حال الإخلال بواجب قانوني ، ومسؤولية عقدية تقوم في حال الإخلال بالتزام عقدي ، وتعتبر المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالتزام ناشئ بين المسؤول والمضرور ، ومعنى ذلك أن المسؤولية العقدية تقوم في حال وجود عقد صحيح وجب تنفيذه وأن يكون الضرر الحاصل ناشئ من عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي[56].

الفرع الأول : نظرية الخطأ في تكوين العقد وبعض النظريات المشابهة لها :

الخطأ العقدي هو الخطأ الذي يكون بحد ذاته إخلال بالالتزام التعاقدي ويعني أيضاً عدم التزام المدين بالقيام بتنفيذ التزامه العقدي ، ويكون هذا الإخلال بالإمتناع عن تنفيذ أو بالتعدي أي القيام بعمل ما كان ينبغي القيام به أو الامتناع عن القيام بعمل[57]. ويعرف الخطأ العقدي بأنه: عدم تنفيذ المدين لالتزامه الذي نشأ عن العقد مما يجعله مخطئ ويوجب عليه مسؤولية تعاقدية وتعويض للدائن عن ما أصابه من ضرر[58].

أخذ المشرع الأردني بفكرة إقامة المسؤولية التقصيرية على المتعاقد الذي يخل بالتزامه قبل إبرام العقد مما يرتب على العقد البطلان والضرر للطرف المتعاقد الآخر ، وجاء القانون المدني الأردني بأن: كل إضرار بالغير يلزم من قام به بالتعويض ولو كان غير مميز[59] , ويجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة تتحدث عن المسؤولية التقصيرية لا العقدية , وهذا يعني أن العقد تقوم عليه المسؤولية التقصيرية لا العقدية وحتى لو كان المتعاقد هو الذي سبب الضرر، فالقانون الأردني اعتبر العقد

---

[54] جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، ص343.

[55] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام ، ج1 ، ص486.

[56] العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ، ج1 ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ، ص264.

[57] السنهوري ، مرجع سابق ، ص487.

[58] بسام محتبس الله ، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق ، ط2 ، 2006 ، ص123.

[59] القانون المدني الأردني , المادة 256.

الباطل ليس له أي أثر قانوني وهذا دليل أنه يترتب عليه مسؤولية تقصيرية لا عقدية[60]. وجاء القانون المصري مؤيداً للقانون الأردني فهما يريان أن أساس التعويض عن الخطأ الناشئ في تكوين العقد هو المسؤولية التقصيرية وليس العقدية ، فكل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بضمان الضرر[61]، والتعويض في هذه يكون عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة[62].

كما أن القانون المصري يأخذ بالخطأ في تكوين العقد[63] وقد ألزم القانون المصري المدين بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من تقصير المدين في العقد، فالغلط ركن من أركان المسؤولية العقدية، فكل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من يرتكبه بالتعويض وهذا ما جاءت به قرارات محكمة التمييز الأردنية أيضاً[64].

اختلف الفقهاء في الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الذي يصادف الأطراف في العقد في حالة البطلان في مراحله المختلفة ، فجاءت نظرية تثبت بأن العقد هو الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض في مرحلة تكوين العقد ، وجاء أن العقد الضمني هو الأساس القانوني للتعويض في مرحلة التكوين , أي أن الخطأ عند تكوين العقد أي الخطأ في الفترة السابقة للتعاقد سواء بطل العقد أو انعقد هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق من ارتكب الخطأ ويرى أنه وجب عليه إعلام الطرف الثاني بالبطلان ، ويجب عليه تعويض الطرف المتضرر ، وأن العقد ولو كان باطلا فإنه ينشيء التزاماً بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية ، لافتراضه وجود عقد ضمني مقترن بالتعاقد ، والمبدأ العام يقضي بأنه لو كان المتعاقد المتسبب بالضرر حسن النية أو لا قد قام بإيجاد بيئة تعاقدية تطمئن الطرف الثاني رغم بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر يلتزم بالتعويض[65].

ولكن هذا الرأي قد واجه عدة انتقادات أوجزت بأنه وجب على المتعاقدين انشاء العقد بينهم ضمنياً قبل إبرامه لأن المتعاقد لا يكون ملزم أثناء فترة التفاوضات بإبرام العقد لأن الهدف من المفاوضات هو التوصل لرضا الأطراف بالعقد كاملاً فلا يوجب على أي طرف إبرام العقد ما لم يرغب بالمضي فيه أثناء مرحلة التفاوضات لسبب ما ، وليس على الطرف المتعاقد في مرحلة التفاوض التعويض لو أخل بالالتزامات وقيام الطرف الملزم بالتعويض بانفاء المسؤولية عن نفسه صعبة في مرحلة التفاوضات أي ما قبل التعاقد.

وجاء في رأي اخر أن أساس هذه النظرية التعويض عن الخطأ في تكوين العقد هو الإخلال بالتزام ضمني يقضي بضمان صحة العقد من أي سبب يؤدي لبطلانه ، وهذا الرأي قريب ومتشابه للرأي

---

[60] القانون المدني الأردني , المادة 1/168.

[61] القانون المدني الأردني ، المادة256.

[62] عبد الحكيم المجيد ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص227.

[63] عبد الحميد الشواربي ، المشكلات العملية في تنفيذ العقد ، دار المطبوعات ، الإسكندرية ، مصر ، 1998، ص.375

[64] القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 , المادة 163.

[65] اهرنج ، اعماله المختارة الترجمة الفرنسية ، ج2 ، ص7-8.

السابق. وهذا يعني أن العقد قد يكون باطلاً ويمكن أن يكون أحد أسباب البطلان جاء من المتعاقدين وبالتالي فإن المتعاقد الآخر قد يعتقد صحة العقد ويبني التعاقد على هذا مما قد يسبب له ضرر وبالتالي فان الطرف المتسبب بالضرر وجب عليه التعويض. وكانت الانتقادات على هذا الرأي تتمثل في أنه من الصعب إثبات المسؤولية التعاقدية في المرحلة التمهيدية وحتى وإن ثبت الخطأ فيها فإنه لا مجال للإعمال بها كون العقد باطل لا وجود ولا أثر له.

وجدت عدة نظريات مشابهة لنظرية الخطأ عند تكوين العقد مما وجد إختلاط في تحديد مفهوم تلك النظرية وتميزها عن غيرها من النظريات المشابهة ، مما استدعى منا ذكر بعض النظريات بشكل مختصر وسريع والتي جاءت على الشكل التالي :

أولاً : نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة في تكوين العقد :

يعد العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن لأي طرف التدخل لتعديله إلا أن نظرية الظروف الطارئة متى ما تحققت شروطها فإنها تعطي الحق للقاضي لتعديل العقد ، وهذا يعني أن نظرية الظروف الطارئة هي حالة استثنائية وخارقة لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

وتعرف هذه النظرية بأنها ظروف تخل بالتنفيذ في العقود ولا تكون بالحسبان ولا يكون من الممكن توقعها فتجعل الالتزام مرهق للمدين ويسبب له خسارة فادحة[66]. والعبرة أن يكون هناك وقت متفق عليه بشكل صريح أو ضمني بين انعقاد العقد وتنفيذه تسمح بوقوع الظروف الطارئة ، ويكفي أن يصبح التزاماُ واحد من بين الالتزامات التعاقدية مرهقاً للأطراف لإعمال هذه النظرية.

أقرت معظم القوانين المدني الحديثة بنظرية الظروف[67]، واكتفت بوضع أمثلة تطبيقية على نظرية الظروف الطارئة دون وضع تعريف واضح لها كالحرب والوباء والهلاك أو غير ذلك من الظواهر الطبيعية [68]، وعرفت الظروف الطارئة بأنها: الحادث الذي طرأ بصورة نادرة الزلزال أو وباء أو ارتفاع باهض في الأسعار أو نزول فاحش يطرأ على العقد عند ابرامه دون توقعه أو التحرز منه [69]، وعرفه أيضاً بأنه: كل حدث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول على المتعاقد تختل المنافع بسببه ويرهق المدين تنفيذ التزامه ويسبب خسارة تجارية فادحة خارجة عن المألوف[70].

وحيث تعرف الظروف الطارئة بأنها: حادث غير متوقع أو مستحيل تجعل المتعاقدين غير ملزمين بالعقد. وبلا شك أن العقد يجب أن يكون عند نشوئه صحيحاً حتى يرتب أثره ولا يتصور ترتب

---

[66] حمدي محمد سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص230.

[67] القانون المدني المصري لسنة 1949 وكذلك القانون االمدمني السوري ، وقانون المعاملات المدنية السوداني وقانون المعاملات الامراتي والقانون المدني القطري.

[68] حسب الفزاري ، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، 1979 ، ص9.

[69] السنهوري ، الوسيط ج1.

[70] رشيد قباني ، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بيروت ، لبنان ، 2002 ، ص131.

الأثر على العقد الباطل الذي لا يمكن تصحيه بتحوله لعقد صحيح أو بإخراج جزء منه وهذه قاعدة عامة[71]، ولكن هذا لا يعني أنه لا يوجد على هذه القاعدة استثناء وخروج عنها ، فهناك بعض الحالات التي يعتبر فيها العقد الباطل مرتباً لآثاره الأصلية باعتباره عقداً لا باعتباره واقعة مادية كما في الأثر العرضي ، فيكون هو والعقد الصحيح سواء ، وهذه الحالات الإستثنائية وجدت لحماية العقود والإستقرار في المعاملات ومثال ذلك الشركات التي لا تستوفي شروط إنشاءها ولكن عقدها التأسيسي صحيح فهذا العقد يعتبر مرتب لآثاره ، فالشركة هنا رغم البطلان تنتج آثارها [72].

لم تذكر نظرية الظروف الطارئة في مجلة الأحكام العدلية الفلسطينية ، وقضت محكمة النقض الفلسطينية بقولها أن نظرية الظروف الطارئة التي استندت إليها محكمة الإستئناف لتعويض المطعون ضدها لم تكن من النظريات المعمول بها زمن نفاذ مجلة الأحكام العدلية[73].

أخذ القانون المدني الأردني في نظرية الظروف الطارئة وسنداً للفقه الإسلامي كمبدأ فسخ الإجارة بالأعذار ، وجاء القانون الأردني بأنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إرهاق الالتزام التعاقدي للمدين بسبب الاستحالة في التنفيد ويهدد بخسارة جاز للمحكمة رد الالتزام للحد المعقول ، ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك[74]". ويجب العلم نظرية الظروف الطارئة تطبق على العقود طويلة المدى المتمثلة في عقود المدة والعقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل مما يؤدي لظهور ظروف استثنائية مختلفة تستدعي وجود الأعمال بنظرية الظروف الطارئة.

فالقانون الأردني أخذ بنظرية الظروف الطارئة وأسند النظرية في مذكراته الإيضاحية إلى الفقه الإسلامي وخاصة مبدأ فسخ الإجارة بالأعذار التي توسع فيها الفقه الحنفي وجوائح الثمار التي جاءت في الفقه المالكي والحنبلي ونظرية الظروف الطارئة التي أخذت بها معظم القوانين المدنية العربية السارية اشترط لها عدة شروط .

أما القانون المدني المصري فقد جاء بأنه: إذا طرأت ظروف لم يكن من الممكن توقعها ولا يد لمانح الالتزام فيها و أدت إلى خلل في التوازن المالي للإلتزام أو لتعديل كيانه الإقتصادي كما كان وقت منح الالتزام وجاز لمانحه تعديل قوائم الأسعار ، وإذا تطلب الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة للقدر المقبول ، والقضاء الإداري المصري عمم أحكام هذه النظرية على جميع العقود الإدارية.

---

[71] السنهوري ، مرجع سابق ، صص488.

[72] د عباس العبيدي ، الاكتتاب في رأس مال الشركة المساهمة ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، 1990 ، ص31.

[73] نقلاً عن دار منظومة القضاء والتشريع في فلسطين , الطعن رقم 3 لسنة 2004 ، المحكمة العليا بغزة بصفتها محكمة نقض ، المقتفي .

[74] القانون المدني الأردني , المادة 205.

ثانياً : نظرية الغلط في التعاقد :

إن الغلط في العقود يقيم المسؤولية التعاقدية على الشخص الغالط ، ويلزم الغالط بالتعويض تبعاً لمقدار الضرر وليس لدرجة الغلط[75]، ويكون الغلط إما غلطاً عمداً تعمد مرتكبه حصول الضرر أو غلط لا يمكن تجنبه وهو سلوك مقصود يقوم به المتعاقد لاستغلال مبدأ التعويض عن الضرر ، والغلط الجسيم الذي يكون نتيجة عدم بذل العناية المطلوبة أو نتيجة الإهمال ، ويقتصر التعويض في نطاق المسؤولية التعاقدية على الضرر الناتج ، ويكون الغلط في التعاقد على عدة أشكال[76], منها :

أولاً : الغلط في ذات العقد : ومن صوره الغلط بوصف محل العقد مما يجعل العقد غير لازم وللمتعاقد الخيار بإتمام التعاقد أم لا ، أو الغلط بالمعقود عليه نفسه حيث يبطل العقد لأن محل العقد غير موجود أثناء التعاقد عند بعض الفقهاء وصحيح عند بعضهم نظراً لقبول العاقد ورضاه.

ثانياً : الغلط في الشخص : يكون هذا النوع في أحد المتعاقدين أو في صفاته ، مثل عقد الشفعة فالغلط في الشفيع يبيح فسخ العقد.

ثالثاً : الغلط في التعبير : وهو أن يصدر قول من أحد المتعاقدين لا يقصد أو غير المقصود ، فيكون عقد المعاوضات باطل[77].

ويجب أن يكون الغلط جوهرياً يبلغ حده حد الجسامة ، والغلط الجوهري هو الغلط الذي دفع المتعاقد إلى الرضا بالعقد بما لم يكن ليرضى لولا وقوعه بالغلط[78]، ويقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الصفة هي السبب في التعاقد، والغلط هنا يكون جوهرياً ويتم النظر لحسن نية الاطراف[79]، إن المعيار في التعرف على الغلط المعيب للإرادة هو معيار ذاتي[80].

ويكون الغلط إما في جوهرية العقد أو في شخص المتعاقد أو في القيمة أو الباعث ، ويمكن التمسك بإبطال العقد عندما يكون الغلط مشتركاً سواء كان بغلط المتعاقدين أو بعلم متعاقد بغلط الآخر بحيث لا يكون التمسك يعارض حسن نية الأطراف ، لأن إقرار نظرية الخطأ جاء لحماية إرادة الأطراف وليس سنداً للتعسف[81].

ثالثاً : نظرية تصحيح العقد :

---

[75] إبراهيم الدسوقي ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، دراسة تحليلية ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1995 ، ص23.

[76] الدسوقي ، الشرحالكبير ، ج3 ، ص140

[77] الحسيني الواسطي ، محب الدين مرتضى ، تاج العروس ، دار الفكر ،ج3 ، ص13 .

[78] محمد بوادلي ، عيبا الغلط والتغريز"التدليس" في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، عمان ، 1989، قاعدة المنظومة للرسائل الجامعية ، ص31.

[79] محمد بوادلي ، مرجع سابق ، ص46.

[80] فرج توفيق حسن ، النظرية العامة للالتزام ، ط2 ، 1980.

[81] فرج توفيق حسن , مرجع سابق.

تصحيح العقد هو الإبقاء على العقد بعد زوال البطلان الذي يهدد العقد بالإنهيار على الرغم من كونه عقداً صحيحاً فالعقد الموقوف مثلاً هو عقد صحيح ولكنه غير نافذ فإن أجيز أصبح عقداً صحيحاً نافذاً مرتباً لآثاره وإن لم يُجز بطل[82], وبالتالي لا يترتب عليه أي آثار سواء بالنسبة لأطراف العقد أو للغير , وهذا يعني أن الإجازة في العقود هي وسيلة يتم بها إنقاذ العقد من البطلان، ويعرف العقد المهدد بالبطلان بأنه: عقد مشوب بعيب ما يجعله دائراً بين الصحة والبطلان[83].

يفترض في تصحيح العقد بقاء العقد القديم الأصلي مع إزالة الضرر أو العيب اللاحق به ، ويكون التصحيح بتغير في عنصر من عناصر العقد إما بإدخال عنصر جديد أو بزيادة عنصر أو الإنقاص منه ، فالتصحيح هو مزيج تصرف إرادي مع عمل مادي ويعتبر صحيح من وقت نشوءه لا من وقت تصحيحه. والتصحيح يكون بدون تغيير في طبيعة التصرف ويتم لتقليل حالات البطلان والحد من أثر البطلان ويكون بإرادة المتعاقد الذي له مصلحة في التصحيح أو بحكم القانون[84].

هناك فرق بين تعديل العقد وتصحيحه , فالتصحيح يكون على العقود المشوبة بعيب يؤدي للبطلان أو حتى يجعل العقد موقوفاً ، أما التعديل فيكون في العقود التي لا يوجد فيها عيب من عيوب الإرادة ، ولكن التصحيح والتعديل يشتركان في تغيير عنصر من عناصر العقد إما بإضافته أو إنقاصه ، ورغم ذلك كان هناك خلط بين التصحيح والتعديل مما يستدعي تدخل القاضي للتفرقة بين التعديل والتصحيح وفقاً لإرادة المتعاقدين.

قاعدة تصحيح العقود قدر الإمكان تجعل العقد مستقلاً وصحيحاً بالنظر إلى ما كان صحيحاً فيه وفي ذات الوقت تبطل ما لا يكون صحيحاً فيه، حيث أن العقد لو كان في شق منه باطل دون باقي العقد وجب بطلان الشق وحده دون باقي العقد ، واعتبار باقي العقد صحيحاً باعتباره عقد مستقل عن جزء البطلان إلا إذا تبين أن العقد لا يتم إلا بالشق الباطل وهذا ما يسمى بالإنقاص قي العقود والذي يعد من أحد صور تصحيح العقد ، وسنتطرق لهذه النظرية في هذا البحث لاحقاً وبشكل أوسع.

إن هدف تصحيح العقد أن يزول التهديد بالبطلان ثم يستقر العقد صحيحاً ، لأن العقد المهدد بالبطلان هو عقد صحيح يشوبه عيب قد يؤدي إلى بطلانه وقد يتم ذلك بدون تغيير عنصر من عناصر العقد لأن الإجازة في العقد والتقادم لا تعد تغيراً في العقد رغم أنها إحدى وسائل تصحيح العقد لأنها تزيل التهديد بالبطلان وتجعل العقد مستقراً دون المساس في جوهره[85].

---

[82] عبد الرزاق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969 ، ص24.

[83] منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ص48.

[84] السنهوري ، الوسيط في مصادر الالتزام , ج1 ، ص550.

[85] عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد البشير ، مرجع سابق ، ص125.

أما بالنسبة للإقرار وارتباطه في تصحيح العقد فالإقرار أثره أبعد من الأجازة فهو لا يقتصر فقط على تصحيح العقد بين الأطراف بل ويجعل غير ذلك العقد ساري في حق المالك الأصلي وينقل الملكية للمشتري ليصبح العقد صحيحاً في حق المشتري من وقت صدوره مع الاحتفاظ بالأثر الرجعي[86]، وأُعتبر هذا من التطبيقات التي تزيل البطلان وتصحيح العقد.

وتصحيح العقد هو زوال البطلان الذي يهدد العقد ، أي أن العقد الموقوف بعد التصحيح لا يبقى موقوفاً[87]، ومعنى ذلك أن التصحيح لا يرد إلا على العقود المهددة بالبطلان و أن التصحيح يقتصر على نوع واحد من العقود مما أوجد انتقادات لهذا الرأي نظراً لمخالفته لرأي القانونين في القوانين المختلفة[88].

ترى الباحثة أن تعريف تصحيح العقد يجب أن يكون شاملاً لجميع صور التصحيح فالإنتقاص والإضافة والإبدال أو حتى التخفيض من العنصر القديم هي صور من صور تصحيح العقد المختلفة ، وهذا يعني أن التصحيح في العقود لا يرد فقط على العقود الباطلة أو الموقوفة ويمكن أن يرد أيضاً على عقود أخرى صحيحة ، وجميع هذه الصور ما هي إلا تطبيقات تشريعية أساسها ومصدرها القانون بهدف تقليل البطلان للمحافظة على الرابطة التعاقدية واستقرار المعاملات ، مما يجعلنا نعرف العقد بأنه طريقة يقوم بهاء الأطراف بهدف إزالة البطلان أو القابلية له من العقود المبرمة بإرادته الكاملة التي تجعل من العقد صحيحاً مرتباً لآثاره.

الفرع الثاني : : صلاحيات القاضي في تكييف العقود :

يلعب القضاء دوراً مهماً في التعاقد والمحافظة على العقد وإنقاذه من البطلان وفي تسهيل تنفيذه لتحقيق الهدف المتجه إليه لإبرامه ، ومن أهم سلطات القاضي إنقاص التزامات المتعاقدين واقتطاع الجزء الباطل للمحافظة على صحة العقد أو تحويل العقد من عقد باطل لآخر صحيح إذا ما توافرت فيه أركان العقد الصحيح وكانت نية الأطراف تتجه له ، واستثناءاً يستطيع القاضي استخدام سلطاته في تحول العقد وانتقاصه في الحوادث الإستثنائية الطارئة غير المتوقعة أيضاً من خلال تنظيم العقد في حال غاب عن المتعاقدين الإتفاق عليها.

---

[86] السنهوري ، مرجع سابق ، ص298.

[87] د عبد العزيز مرسي حمود ، نظرية انتقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دراسة تحليلية وتاصيلية مقارنة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، عين شمس ، مصر ، 1988 ، ص17.

[88] التصحيح يشمل العقد الموقوف في القانون المدني الأردني والمصري وقد أخذ بالعقد الموقوف كلاً من القانون الأردني والقانون اليمني , أما العقد القابل للأبطال فقد أخذت به القوانين المتأثرة بالفقه الغربي كالقانون المصري والسوري والليبي واللبناني والكويتي .

من سلطات القاضي على العقود في حالة النزاع تدخله لتكييف العقد بتحديد طبيعته ونوعه وإعطاءه وصف قانوني متوافق مع إدارة المتعاقدين [89]، والتكييف واجب على القاضي وليس خياراً متروكاً له ، والقاضي يخضع في تكيفه لرقابة محكمة النقض [90].

يتطلب التحول أن يكون العقد الجديد الذي تم إنشاؤه لنفس الأطراف المتعاقدين بنفس صفاتهم وبنفس خصائص العقد القديم. ولا يكون للقاضي هنا دور في إدخال أطراف اخرين، ويشترط اتجاه نية أطراف العقد لإبرام عقد جديد ، وحتى لو كانت النية محتملة ويكفي أن تكون إمكانية الموافقة أو احتمال الرضا موجودة ، ويستنتج القاضي هنا من وقائع القضية وظروف الحال إحتمالية موافقة الأطراف على عقد أو نية جديدة ، أي أن إمكانية رضا الأطراف بالعقد الجديد يعود تقديره للقاضي[91].

من أهم الطرق التي تحدد الطبيعة القانونية لتحول العقد هو الدور الذي يمارسه القضاء في إعمال التحول حيث يقوم القاضي بتكييف وتفسير العقد ، فالقاضي عندما يحكم بتحول العقد الباطل إلى صحيح يقوم بتفسير نية المتعاقدين ، وأن العقد الذي ينتج الأثر القانوني هو العقد الصحيح الجديد وليس الباطل بمقتضى سلطة القاضي في التفسير[92]".

قد يلحق بالعقد بطلان كجزاء على عدم استيفاء أركان انعقاده ، وقد يلحق به عيب يجعله باطلاً أو موقوفاً خاصة إذا كان هذا العيب من عيوب الإرادة التي استقر عليها الفقه والقضاء كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال. والقاضي هنا يقوم بتكييف العقد بإعطاءه وصف صحيح يمكن به تجاوز البطلان. مما قد يعرض القاضي لمشكلة التكييف التي تنعدم أو تختفي في حالة البطلان النسبي[93].

يعزز دور القاضي الإيجابي من خلال إخراج دوره من خلال غايات التطبيق الحرفي للنصوص لصياغة تقديرية مرنة تعطي القاضي دور فعال ومؤثر في تكييف العقد تكييف يواكب التغيرات والتطور لإكمال نطاق العقد. فإذا ثبت للقاضي عدم وجود إرداة متعاقدين عادلة وجب التدخل القضائي لتصحيح هذه الارادة واستبدال محل إرادة المتعاقدين بالوسائل القضائية ، فيسقط الالتزام التعاقدي ويحل محله التزام جديد مصدره إرادة القاضي من خلال الحكم الذي ينطق به[94]. وهذا يعني أن الحكم القضائي يلغي الالتزامات التعاقدية وحكم القاضي يكون منشئ للالتزام الجديد

---

[89] بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، التصرف القانوني ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1990 ، ص243.

[90] مصطفى الجمال ، شرح احكام القانون المدني ، مصادر الالتزام ، 1991 ، ص221.

[91] مرام الخاروف ، تدخل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح ، فلسطين ، 2020 ، ص15.

[92] د عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ط 2 ، بيروت ، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 1998 ، ص636.

[93] علي كاظم الشيباني ، تحول العقد في نطاق القانون المدني ، ط1 ، بيروت ، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2015 ، ص89.

[94] عبد العزيز مرسي حمود ، نظرية انقاص التصرف القانوني ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ص352.

ويحول الإنتقاص في العقود لتجديد جبري ضروري ، وهذا يعني أن انتقاص العقد تعديل قضائي له، وهذا يكون إعمال لسلطة القاضي التقديرية ، والقاضي عند إعمال الإنتقاص يتعين عليه إحترام إرادة المتعاقدين إذا انصرفت لإبقاء العقد في شقه الصحيح أم لا.

أما في حالة كان العقد معيباً بالإكراه فالقاضي له سلطة تقدير الإكراه والرهبة الناشئة عنه حيث يختلف نسبة الإكراه حسب إختلاف جنس المكره أو سنه أو حالته الإجتماعية أو الصحية أو حتى أي ظرف آخر قد يؤثر في نسبة الإكراه ، مع الإشارة إلى أن القاضي يأخذ في سلطته التقديرية للظروف الملابسة لوقوع الإكراه[95]، وسلطة القاضي في تحديد الإكراه سلطة واسعة باعتبارها مسألة واقعية لا رقابة عليها من سلطة النقض إلا من حيث سلامة التسبيب[96].

أما في حالة كان العقد معيباً بعيب التدليس فالتدليس يقوم على عنصر مادي وهو الوسائل الإحتيالية وعلى عنصر معنوي وهو أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد وسلطة القاضي التقديرية هنا تتمثل في استخلاص عناصر التدليس فإن وجدت يجوز إبطال العقد وللقاضي تقدير ثبوتها ، فهي من المسائل التي يستقل بها أيضا دون رقابة محكمة النقض ما دام هناك أسباب صحيحة تقضي بالتدليس[97]، وللقاضي في التدليس تقدير العنصر النفسي في التدليس باتباع المعيار الذاتي أو الشخصي ، ويقوم القاضي أيضاً بتقدير الحيل المتبعة في التدليس وتقدير ما إذا كانت تؤثر في التعاقد أم لا.

وبالنسبة لعيبي الاستغلال والغبن فللقاضي سلطة التدخل خروجاً عن مبدأ إلزامية العقد إما لتقدير العرض الكافي لإزالة الغبن الواقع على أحد المتعاقدين ، أو لتعديل العقد بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون ولكن ضمن شروط معينة تتمثل في :

أولاً : توفر العنصر المادي أو الموضوعي في الاستغلال ، ويتمثل العنصر المادي في إختلال التوازن بين الأداءات المتقابلة أو انعدامه عند عدم وجود مقابل ، وهذا العنصر هو الذي يكشف عن العنصر النفسي ، حيث تقل قيمة المنفعة التي يحصل عليها المتعاقد المغبون عن قيمة الفائدة أو المقابل الذي حصل عليه المتعاقد الآخر.

ثانياً : العنصر النفسي للاستغلال ، ويتمثل في استغلال حالة من حالات الضعف في المتعاقد المغبون ، ولا يكتفي هنا بالإختلال بين الأداءات وحده بل لا بد منو توافر حالة من حالات الضعف التي نص عليها القانون. ويقع على المتعاقد المغبون عبء الإثبات. لأن الأصل في الصفات العارضة العدم.

---

[95] برنابا كورينا لوبنق ، السلطة التقديرية للقاضي المدني (في نطاق الرابطة العقدية والاثبات القضائي) ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، جامعة النيلين ، الخرطوم ، السودان ، 2017 ، ص110.

[96] دعاء موسى برهم ، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الازهر ، غزة ، فلسطين ، 2019 ، ص51.

[97] احمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دار النهضة العربية ، 1988 ، ص186.

ثالثاً : المعيار الذاتي ، ويتمثل في أن يكون التغرير (التدليس) هو الدافع للتعاقد ، ويجب أن يكون المغبون قد أبرم العقد تحت تأثير هذا الاستغلال ، ويجوز هنا الإثبات بكافة الوسائل لأنه يقع على وقائع مادية[98].

وللقاضي تقدير ما إذا كان هو الباعث للتعاقد أم لا ، وبدون رقابة محكمة النقض ، وسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن يكمن في الغبن الاستغلالي وليس الغبن فقط بتوافر الشروط المطلوبة وبناءً على طلب المغبون فيقوم القاضي بإبطال العقد أو تعديله بإنقاص التزامات هذا المغبون إلى الحد الذي يزول معه الغبن الفاحش حسب تقدير الظروف[99]، أو أن يرفع المستغل دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافي لرفع الغبن ويكون القاضي هنا غير ملزم بقبول هذه الدعوى حتى وإن وجدت كافة الشروط التي يقام عليها الاستغلال[100].

ويجوز للقاضي إجابة طلب الدعوى إذا تبين أن إرادة المغبون قد فسدت إلى الحد الذي يدعو لقبول الدعوى ، وله إذا ما استجاب إنقاص التزامات المغبون للحد الذي يراه كافي لإزالة الغبن إذا رأى أن إرادتهم لم تفسد للحد الذي يبطلها ، كما أن من سلطة القاضي العدول عن الإبطال والإكتفاء بالتعديل حسب وقائع وملابسات القضية أو إذا رأى أن الزيادة في الثمن التي عرضها المشتري تكفي لرفع الغبن ويكفي أن تكون هذه الزيادة معقولة بحيث لا يصل الغبن لدرجة الغبن الفاحش ويتحمله البائع ، ولا يوجد رقابة من محكمة النقض ما دام التسبيب كافي ووافي على قرار القاضي [101].

ولا يجوز للقاضي أن يقضي بأكثر من ما يطلبه الخصوم ، فلا يجوز له الحكم بالبطلان إذا كان ما يطلبه الخصوم هو الإنقاص في الالتزامات فقط نظراً لأن البطلان يهدد استقرار المعاملات ، أي أن القاضي مقيد بمبدأ الطلب القضائي ، وإلا أُعتبر القاضي هنا قضى بأكثر من ما هو مطلوب منه ، ولا يجوز للقاضي أيضاً أن يرفع التزامات الطرف المستغل حتى ولو كان هذا الرفع بناء على طلب المغبون[102]، وهذا ما عالجته نص المادة 128 من القانون المدني الفلسطيني. وفي نطاق التحول وكما ويتبين في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري المدني أن القاضي في حكمه بتحويل العقد وكأنه يحل مكان المتعاقدين فيجعل لهم عقداً جديداً ضمن شروط محددة [103]. وهذا يعني أن القاضي له سلطة تعديل العقد الناتج عن الغبن والتغرير.

---

[98] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، 2007 ، المرجع السابق ، ص207.

[99] عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، 1998 ، ص229.

[100] محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراة ، جامعة الحاج لخضر ، الجزائر ، 2012 ، ص119.

[101] عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص309.

[102] محمد بوكماش ، مرجع سابق ، ص212.

[103] رمضان جمال ، الموسوعة الحديثة في البطلان ، ط1 ، 2007 ، ص672.

ترى الباحثة أن دور القاضي في تكييف العقود واجب مفروض عليه وليس خياراً متروكاً له ، وقد يترتب على تكييف العقود تكييف الدعوى القضائية ، وعملية تكييف القاضي للعقود عملية مستقلة عن سلطان إرادة الأطراف فلا يتقيد القاضي بتكييف المتعاقدين للعقد ولكن يأخذ بنية الأطراف في التعاقد لأن تكييف العقد مهمة القاضي وسلطة مخولة له ويقوم بها القاضي من تلقاء نفسه حتى لو لم يطلبها الأفراد ويخضع التكييف لرقابة محكمة النقض نظراً لأن التكييف مسألة قانونية.

المبحث الثاني: نظرية تجديد العقد:

الأصل في إبرام العقود وجود الأهلية اللازمة لإبرامها إعتباراً بأن الرضا يجب أن يصدر عن إرادة واعية كما ذكرنا والتجديد عبارة عن عقد[104]، والعقد لا ينعقد إلا بصحة أركانه. ومن الشروط المهمة لتحقق تجديد العقد هو انشاء الالتزام الجديد انشاء صحيحاً خالي من أسباب البطلان ومستوفي لجميع أركانه وعناصر صحته وإحلاله محل ذاك القديم ، ويكون مصدر الالتزام الجديد هو التجديد ذاته. وقد يبطل الالتزام ببطلان العقد السابق ، فلا يعقل صحته إذا كان الأصل باطلاَ ، وقد يسقط الالتزام السابق القديم بالدفع بالتقادم.

إن إرادة المتعاقدين في تجديد العقد هي التي تحدد مصير الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد القديم وإن كانت هذه الإرادة تتجه لإنهاءها أو إنشاء بديل لها ، فيكون الالتزام الجديد مختلفاً عن الالتزام القديم أو مغايراً له ويكون تجديد العقد إما في محله أو مصدره أو سنده القانوني ، وعلى ضوء ذلك أُعتبِر تجديد الالتزام هو أحد أسباب انقضاء الالتزام وفي نفس الوقت سبباً من أسباب إنشاء الالتزام فهو ينهي إلتزام وينشئ غيره في آن واحد شريطة كون الالتزام الجديد يختلف في عناصره الجوهرية عن ذاك القديم.

لا يتم تجديد العقد إلا بوجود المتعاقدين وقد يكون المتعاقد شخص واحد أو أكثر أصلي أو مناب وقد يكون الطرفان أحدهم أصيل والثاني مناب ، ويتم العقد بمجرد الإيجاب والقبول حيث ينصرف أثره للعاقدين ، وإضافة عناصر غير جوهرية للعقد لا يعتبر تجديد له فالتجديد يكون فقط بإضافة عناصر جوهرية تؤثر في العقد.

المطلب الأول : ماهية تجديد العقود :

يلزم لصحة تجديد العقد صحة أركان العقد المدني والتي سنتطرق لها لاحقاً في هذا البحث ، ويلزم لإنشاءه أن تتجه نية الأفراد للعقد الجديد المستبدل ، وتعديل العقد لا يعني استبدال العقد فلو فرضنا أن المتعاقدين قاما بتعديل بند في العقد فهذا لا يعني استبدال العقد لأن نية الأطراف لم تتجه للاستبدال أو التجديد بل اتجهت للتعديل خاصة و أن شرط التجديد وجود نية صريحة وواضحة وتراضي لتحقق التجديد في العقود واستبدال محلها أو سندها القانوني أو حتى طرفيها[105]، وينتج عن هذا التجديد تجديد للالتزامات والحقوق سوياً.

---

[104] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1966 ، ص171.

[105] رضا متولي ، مرجع سابق ، ص320.

يعتبر تجديد العقد تصرف قانوني لأنه عقد و اتفاق في آن واحد[106]، و الأصل أن تجديد الالتزام ينشأ عن طريق تجديد يحدث على العقد الأصلي ويجدد الحقوق والالتزامات حيث يكون هذا التجديد على شكل اتفاق على إنهاء الالتزام الأول وإنهاء العمل به أو على شكل عقد ينشئ التزاماً جديداً يحل محل القديم المنتهي[107].

إن ما يطرأ على العقد القديم ما هو إلا تعديلات وليس إنتهاء للعقد ولكن الإختلاط في نص المادة كان بسبب تشابه انقضاء الالتزام الأول وإنشاء التزام جديد في ذات العقد وكان تبرير هذا الرأي أن الالتزام الأول ما إنتهى إلا لإنشاء التزام جديد يحل محله ولكن بشكل آخر مختلف في حقيقته عن الأول ، فالأصل أن تجديد الالتزام الجديد يكون كتحول الالتزام ولا يعترض عليه أحد لأنه لا يتم إلا بإرادة الأطراف ورضاهم[108]. أي أن التجديد يأتي بصورة اتفاق بين أطراف العقد على إنهاء الالتزام الأول القديم وإنشاء عقد جديد يحل محل القديم[109].

يتصل تجديد العقد اتصالاً مباشراً بمبدأ حرية التعاقد وبمبدأ سلطان الإرادة نظراً لأنه من العقود الإرادية والرضائية في ذات الوقت وعلى ذلك فإن مصدر التجديد هو الإرادة فهي التي تدفع الأطراف للتعاقد ، وإرادة التجديد إرادة عقدية وتصرف قانوني يحدث أثراً وهو إنشاء عقد جديد يحتوي على عناصر العقد القديم ، وليكون التجديد منتج آثاره يجب أن تكون الإرادة صحيحة ، حيث أن لا عبرة لإرادة عديم الأهلية ، ولا تكفي الإرادة وحدها بل وجب أن يكون قصد المتعاقد إحداث أثر جديد[110].

كما أن إرادة التجديد تصرف نافذ فلا يطرأ التجديد إلا على الإلتزام الصحيح النافذ ، فالتجديد لا يقبل التعليق لحين الإجازة وإن وجد التعليق لا يوجد تجديد ، لأن التجديد يظهر بصحة الالتزام وإجازته ونفاذه ، وللقاضي سلطة تقدير مدى وضوح إرادة الأطراف ومدى توجها لتجديد العقد[111].

يعتبر التجديد من التصرفات القانونية التي تدور بين النفع والضرر بين أطرافه وبما أنه من أعمال التصرف فإن ولاية الإرادة لا تكفي فيه فلا يجوز للوصي على القاصر الإتفاق على التجديد بدون إذن من المحكمة ، نظراً لأن الإرادة في التجديد لا تكون صحيحة إلا إذا صدرت من طرف ذو أهلية ، لأن الأهلية شرط من شروط تحقق التجديد في العقود[112].

---

[106] زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقد اللبناني، ج6 ، 2006 ، ص240.

[107] خليل جريح ، النظرية العامة للموجبات ، ج4 ، المنشورات الحقوقية ، بيروت ،2004 ، ص25.

[108] زهدي يكن ، في تفسير المادة 320 من القانون اللبناني ، مرجع سابق ، ص240.

[109] خليل جريح ، النظرية العامة للموجبات ، ج4 ، المنشورات الحقوقية ، بيروت ، 2004 ، ص25.

[110] عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص458.

[111] مرام الخاروف ، تدخل القاضي في العقود المدنية ضمن التشريعات الفلسطينية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح ، فلسطين ، 2020 ، ص8.

[112] عبد المجيد الحكيم ، القانون المدني ، مرجع سابق ، ص312.

الفرع الأول : التعريف بتجديد العقد:

أولاً : التجديد لغة :

يقال للشيء جد أي قطع ، وجداداً فهو مجدود وجديد ، وجد ثوباً أي لبس ثوباً جديداً ، ويقال أيضاً جد يجد فهو جديد واجده وجدده واستجده ، وتجدد الشيء أي صار جديدا[113]. ويقال تجدد الشيء أي تغير، أي حل مكان القديم شيء جديد[114]، ومنه تجدد الشيء أي صار جديد [115]. ويأتي التجديد من الجدة وهي مصدر الشيء الجديد ، ويقال جدد ، وجدد الشيء أي صار جديداً ، وأجده وجدده ، واستجده أي صيّره جديداً[116].

ثانياً : تجديد العقود في الشريعة الإسلامية :

جاءت كلمة جديد في القرآن الكريم في عدة آيات وفي الأحاديث الشريفة وهذا يعني أن أصل فكرة التجديد وجدت في الشريعة الإسلامية بمعنى إبدال شيء مكان شيء آخر يختلف عنه لأنه لو كان نفسه فلا قيمة للتجديد ، وذكر التجديد أيضاً في القرآن بمصطلح آخر وهو الاستبدال.

لم يوجد في الفقه الإسلامي نظام مستقل بتجديد العقد ، بل أشارت إليه بعض النصوص الفقهية في قول الله سبحانه وتعالى : " إن يشأ يذهبكم ويأت بخلق جديد "[117]، كما وذكر الإسلام تجديد العقود في تطبيقات عديدة كالاستبدال والعوض وانتقال الحق وانتقال الدين (حوالة الحق وحوالة الدين) وهذا يعني أن تجديد العقد الفقه الإسلامي هو استبدال شي مكان شيء آخر، وجاء في المذاهب الفقهية أن التجديد هو وليد الإرادة فهو تصرف إرادي بحتي ينشأ باتفاق الأطراف.

يرى بعض الفقهاء أن التجديد يكون أثر لتصرف تعاقدي ونتيجة للتصرف القانوني ويرى آخرين باعتباره مصدر لنشوء الالتزام أو انقضاءه أنه تصرف قانوني محض يتطلب اتفاق صريح ليحل العقد الجديد مكان القديم فافتراض النية لا يؤخذ بها في تجديد العقد ، فالتجديد عقد غايته إنشاء التزم جديد وإبراء المدين من العقد القديم[118].

ثالثاً : تجديد العقود في القانون :

بدأ ظهور التجديد قديماً عند الرومانيين حيث لم يكن عندهم أي وسيلة لإبطال الرابطة التعاقدية والالتزامات بين الأطراف فقد كان الالتزام لا ينتهى إلا بوفائه أو الإبراء منه أو عن طريق التقادم المسقط ، ونظراً للتطور والتغيير المستمر في حياتنا فقد كان من الضروري أن يوجد التجديد

---

[113] أحمد حسن الزيات ، إبراهيم مصطفى ، حامد عبد القادر ، المعجم الوسيط ، ج1 ، مادة الفعل جد ، دار الدعوة للطباعة والنشر والتوزيع ، إسطنبول ، تركيا ، 1998 ، ص109ط

[114] الفخر الرازي ، مختار الصحاح ، الدار الحديثة للطباعة والنشر ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص803.

[115] أحمد حسن الزيات ، المعجن الوسيط ، ج1 ، دار الدعوة للطابعة والنشر والتوزيع ، إسطنبول ، تركيا ، 1998 ، ص109.

[116] جمال الدين بن مكرم الانصاري ، لسان العرب ، ص82.

[117] سورة فاطر ، الاية 16.

[118] عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات ، ج2 ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1988 ، هامش 2 ، ص281.

والتبديل في المعاملات المدنية والتجارية بين الناس وفي الالتزامات القائمة بينهم لينشئوا التزام آخر جديد في أطرافه أو في محله[119]. مما استدعى القوانين والشرائع القديمة بنظام التجديد وذكرت هذه النظرية في القانون الروماني واللاتيني فمنهم من أخذ به بشكل موسع وشمل كل ما يخصه ومنهم من أخذ به بشكل ضيق وجعله قاصراً على بعض الحالات فقط ، ومنهم من ذكره بصورة خاصة وفي نظام خاص ، وهذا يعني أن القوانين القديمة أقرت نظرية التجديد وقننوه في نصوص ونظام خاص نظراً لما يتمتع به من أهمية كبيرة في المجال العلمي والتطبيقي[120].

وجاء التجديد في القانون قديماً بشكل عقد لفظي أو كتابي ، وقد كان التجديد بشكل حوالة حق (حيث يتم تغيير الدائن) أو بشكل حوالة دين (فيتم تغيير المدين) أي التجديد كان يغني عن الحوالتيين، وكان يتم باستبدال عنصر غير جوهري في الالتزام الموجود كإضافة أجل أو توثيق الدين بضمان أو استبدال الدين الطبيعي بآخر مدني أو بإحلاله[121]. ثم بدأت بعد ذلك القوانين اللاتينية والجرمانية تأخذ بالتجديد ووضع أحكام خاصة له تحت مسمى استبدال الدين بغيره.

تعددت التعريفات القانونية لتجديد العقد فوجدت نصوص عرفت التجديد صراحة ، وأخرى تناولت الشروط الواجب توافرها لقيام التجديد في العقد. وقد عرف القانون الفلسطيني تجديد العقد وتناوله بشرح عام فعرف تجديد العقد بأنه استبدال دين جديد بدين قديم فيكون سبباً في انقضاء الدين القديم ونشوء الدين الجديد[122]، وهذا التعريف يبين لنا أن تجديد العقد ينهي التزاماً وينشئ التزاماً آخر بدلاً عنه وإنهاء الالتزام يعتبر اتفاق ما بين المتعاقدين أما الالتزام الجديد الذي ينشئ بإنتهاء القديم يعتبر عقداً ذو أثر يشترط توافق الإرادتين ورضا الأطراف وأهليتهما مما يستوجب وجود أهلية تصرف للدائن وأهلية تعاقد للمدين لإعتبار أن التجديد ما هو إلا التزام من المدين أمام الدائن بدين جديد ، وتنازل من الدائن أما المدين عن الدين القديم[123].

وقد عرف أيضاً بأنه: اتفاق يقضي على العلاقة القانونية القائمة ويستبدلها بثانية. وبتعريف آخر أنه: اتفاق على إنشاء تصرف يتم بمقتضاه التبديل بين المتعاقدين ، أو يمكننا تعريفه بأنه تصرف يتم بإرادة أطراف العقد لإبرام عقد جديد[124]، ينشئ العقد الجديد بإرادة أطراف الالتزام[125]. وعرف أيضاً بأنه: تبديل الدين والحق القديم بدين وحق جديد مختلف في صفاته الجوهرية أو موضوعه أو اطرافه[126]. وهذا التبديل يتم باتفاق كلا الطرفين ورضاهم. وهذا يعني أن التجديد هو عمل أو

---

[119] رضا متولي وهدان ، النظام القانوني في تجديد الالتزام ، دار الفكر والقانون ، 2008 ، ص34.

[120] رضا متولي ودهان ، تجديد الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1999 ، ص44.

[121] صوفي أبو طالب ، القانون الروماني ، احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1965 ، ص11.

[122] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص813.

[123] مصطفى الزرقا ، نظرية الالتزام العامة ، مرجع سابق ، ص216.

[124] رشدي شحاتة أبو زيد ، انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، دار النهضة العربية ، 1998 ، ص415.

[125] انظر المادة 250 من مرشد الحيران.

[126] جورج سيوفي ، النظرية العامة لموجبات العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 1994 ، ص244.

تصرف قانوني يتم بإرادة أطراف العقد المؤهلين ويجب أن تكون إرادتهم خالية من أي عيب من عيوب الإرادة ، ويجب أن تتوافر في التجديد أركان العقد في أي عقد رضائي ، ولا بد فيه أن يتم استبدال الالتزام القديم بالتزام جديد يحل محل ذاك القديم.

وقد عرف البعض التجديد أيضا بأنه: عملية قانونية يهدف من خلالها الأطراف إلى إسقاط التزام قائم بينهما ليحل مكانه التزام جديد له صلة بالأول الذي سقط ، فالعلاقة العقدية السابقة تزول ببروز العلاقة الجديدة[127]. وهذا يعني أن التجديد هو أحد أسباب سقوط الالتزام الأصلي الذي يسمح بسقوطه أن يحل مكانه موجب جديد.

وعرفه آخرون بأنه: تصرف قانوني يتم بموجبه الإتفاق على إنهاء حق قديم وإنشاء حق جديد يحل مكانه ويكون ذلك بتغيير إما الدين أو الدائن أو المدين ، ويعتبر التجديد طريقة من طرق انقضاء الحق ، ومصدراً لإنشاء الحق في وقت واحد[128]. ويجدر بنا الإشارة إلى أن هذا التعريف جاءت به كلمة حق بدل التزام أو دين كغيره من التعريفات التي وردت في النصوص القانونية والفقهية ، وهذا يبين لنا أن الفقه أجمع على أن التجديد هوعبارة عن استبدال التزام أو موجب أو دين أو حق قديم بالتزام أو موجب أو دين أو حق جديد.

أما المشرع المصري فإنه لم يعرف تجديد العقد بالنص الصريح ولكنه إهتم بتجديد العقد وأطلق عليه مصطلح " تجديد الالتزام " وخصص له مجموعة نصوص قانونية تنحصر في ستة مواد تبدأ بالمادة 352 وتنتهي بالمادة 359، وقد ذكر القانون المصري الحالات التي ينشئ من خلالها تجديد العقد في المادة 352 من القانون المدني المصري ، أي بالشروط المباشرة والصريحة لتجديد العقد[129]، وهذه الشروط وجدت على الشكل التالي[130] :

أولاً : تغيير الدين إذا اتفق الأطراف على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف في المحل والمصدر.

ثانياً : تغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون الأجنبي مدين مكان المدين الأصلي مما يبرأ ذمة المدين القديم ، ولا حاجة لرضى المدين عن المدين الجديد ، أما الدائن فوجب رضاه عن المدين الجديد.

ثالثاً : تغيير الدائن إذا اتفق الدائن و المدين و الدائن الجديد على ذلك.

وهذا يعني أن القانون المصري جاء بأن الالتزام يتجدد بإتفاق بين أطراف العقد على التغيير في أحد عناصر العقد سواء أكان هذا التغيير في أطراف العقد أو في محل الالتزام. كما أن المشرع

---

[127] مصطفى العوجي ، القانون المدني ، الموجبات المدنية ، المركز العربي للمطبوعات ، بيروت ، 2011 ، ص373.

[128] عبد المنعم البدراوي ، احكام الالتزام ، ج1 ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1986 ، ص404.

[129] برهام عطاالله ، أساسيات نظرية الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية للنشر ، 1992 ، ص277.

[130] مجموعة الاعمال التحضيرية ، المادة رقم 352 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 ، مطبعة احمد مخيمر ، ج3 ، من دون سنة نشر ، ص241.

المصري قد تأثر بالمشرع الفرنسي إلى حدٍ ما[131]، فالقانون الفرنسي قد اهتم بنظام التجديد بشكل خاص كما والتقنيات اللاتينية على عكس التقنيات الجرمانية التي رفضت هذا النظام كما فعل القانون الألماني[132].

ويجدر الإشارة إلى أن القانون النمساوي والقوانين الجرمانية قد أهملت نظام التجديد في العقود واستبدلته بنظام الحوالتين (أي حوالة الحق وحوالة الدين)، ومع أن القوانين الأخرى أقرت بالحوالتين إلا أنها اهتمت في إيجاد نظام التجديد واهتمت به[133], وعلى ضوء ذلك سارت معظم التشريعات العربية مسيرة القوانين الجرمانية التي لم تطرق لذكر نظرية تجديد العقد بل اكتفت بنظام الوفاء بمقابل بدل التجديد كالقانون الأردني الذي اعتبر تجديد العقد حالة من حالات الوفاء بالالتزام والذي أخذ بمفهوم حوالة الحق بدلاً عن التجديد ، والمعظم الآخر لم يعط تعريفاً له لترك المجال للإجتهاد والفقهاء لتعريفه كالقانونين المصري والعراقي فإهتم القانون المصري بتجديد العقد واعتبره حالة من حالات انقضاء وأطلق عليه مصطلح تجديد الالتزام دون تحديد مفهوم خاص له مع حصر ذكره في مجموعة من النصوص وهي المواد 352–359 من قانونهم ، من خلال توضيح للحالات التي ينشأ خلالها العقد الجديد والتي نصت على أن الالتزام يتجدد باتفاق بين الأطراف من خلال تغيير أحد عناصره ، بينما حصر المشرع العراقي تجديد العقد في أربع مواد تبدأ من المادة 401 من القانون المدني العراقي بدون ذكر صريح لتعريف العقد ، وكذلك حدا حذوهم معظم التشريعات العربية[134]. أما التقنين البولوني فقد أخذ به في حالة تغيير الدين في نص المادة 263.

وعرف القانون الفرنسي التجديد بأنه: إتفاق يستبدل به الالتزام ويسقطه التزام مختلف ينشئه[135]، وأطلق عليه الفقه الفرنسي مصطلح الاستبدال وعرفه بعض الفقهاء الفرنسيين بأنه: إتفاقية مسقطة ينشئ على أثرها التزام جديد يستبدل به الطرفان الالتزام القديم ويتحقق الاستبدال بثلاث أشكال إما عن طريق تغيير الدين. أو تغيير المدين. أو تغيير الدائن[136]، وقد عرفه بعض مشرعين القانون الفرنسي بأنه: انشاء التزام جديد بدل الالتزام القديم المنقضي ويعوض عنه.

---

[131] جاءت المادة 401 في القانون المدني العراقي ، والمادة 381 من القانون المدني القطري ، والمادة 350 من القانون المدني السوري، والمادة 356 من القانون المدني الجزائري ، والفصل 347 من القانون المدني المغربي تقابل المادة 352 من القانون المدني المصري وتؤيد ما جاء فيها.

[132] محمد حسين منصور ، احكام الالتزام ، الدار الجامعية للنشر ، الإسكندرية ، 2000 ، ص443.

[133] مصطفى إبراهيم الزلمي ، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، 2011 ، ص449.

[134] وليد العنكز ، تجديد العقد ، مرجع سابق ، ص126.

[135] بيار كتالا ، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي ، الموسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2009 ، ط1 ، ص194.

[136] جاك ميتر عمانوئيل بوتمان مارك بيو ، المطول في القانون المدني ، قانون التامينات العينية العام ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2006 ، ط 1، ص358.

أما القانون اللبناني فقد استبدل كلمة الالتزام بكلمة موجب وقد عرف التجديد بأنه: استبدال الموجب الأول بجديد وتجديد الموجب لا يقدر وجوده بل يستفاد من العقد صراحة[137]. وهذا القانون عرف التجديد صراحة خلافاً لمعظم القوانين التي اكتفت بذكر شروط تجديد العقد دون تعريفه[138]. ويعتبر تجديد العقد أحد صور انقضاء الالتزام حسب ما جاء في القانون اللبناني لأنه ينهي الالتزام الأول ويحل محله التزام جديد باتفاق الفقهاء[139].

إذاً يتبين لنا أن أغلب التشريعات العربية لم تذكر تجديد العقود بهذا الإسم واقتصرت تسميته عندهم على إسم تجديد الالتزام أو تجديد الموجب ، واعتبرت تجديد الالتزام سبب من أسباب انقضاء العقد وسبباً من أسباب إنشاءه في ذات الوقت حيث أن تجديد العقد يكون سبباً مباشراً في قيام التزام جديد مسقط ومنهي للالتزام الأول شرط أن يكون مغايراً له في عناصره الجوهرية.

إذاً يتبين لنا أن بعض التشريعات العربية لم تذكر تجديد العقود في نصوص مقننة ولم تتكلم عنه بل اكتفت بنظام الوفاء بمقابل بدلاً من تجديد العقود كالقانون الألماني بصورة خاصة والقانون المدني الأردني وغيرهم من القوانين. وهناك تشريعات أخرى تركت تعريف تجديد العقد للفقه والإجتهاد كالقانون المصري والقانون العراقي المدنيين اللذان اقتصران على ذكر شروط التجديد في العقود دون التطرق لتعريف التجديد.

ترى الباحثة أن ما يطرأ على الالتزام القديم ليس تعديلاً له بل تجديد , لأنه أنتج التزاماً جديداً له عناصر جوهرية جديدة مختلفة عن الأولى. فالتعديل لا يغير من جوهر العقد ولا محله على عكس التجديد الذي قد ينشئ محلاً جديداً ولأن الالتزام الأول ما إنتهى إلا ليتكون شكل جديد ، وترى الباحثة أن إرادة الأطراف في الشكل الجديد للعقد هي التي تحدد إن كان العقد قد تجدد أو تعدل.

الفرع الثاني : شروط و أركان تجديد العقد :

يجب أن يتوافر في التجديد أركان ومقومات وعناصر العقد الصحيح ، ويجب أن تتجه إرادة الأطراف في التجديد إلى الاستبدال الذي يعتبر أهم أثر قانوني ينتج عن تجديد العقود فإذا وقع الاستبدال تجدد العقد أي نشأ التزام آخر جديد أي نشأ تصرف قانوني وجب أن تتوافر فيه أركان وشروط صحته.

إن نظام تجديد العقد هو نظام مستقل بذاته يمتاز عن غيره من التصرفات القانونية بعدة أوصاف إما عقدية أو غير عقدية تتمثل في أن تجديد العقد ذو طبيعة مزدوجة ينهي التزام وينشىء غيره في آن

---

[137] قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 9 اذار 1932 , المادة 320.

[138] الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، ج3 ، احكام العقد ، من دون دار نشر ، من دون مكان نشر ، 2003 ، ص26.

[139] زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني ، ج6 ، انتقال الموجبات وسقوطها ، 2006 ، 240.

واحد وأيضاً هو تنفيذ صوري نظراً لظهور الالتزام الأصلي بصورة حق جديد[140]، فتجديد العقد يمتاز بأوصاف عقدية تجعله كغيره من العقود والأنظمة القانونية تتمثل في ما يلي :

أولاً : التجديد عقد رضائي[141]: وهذا يعني أن التجديد يتم بمجرد توافق الإرادتين على العقد ، أي يتطلب اتفاق ورضى الأطراف[142].

ثانياً : التجديد عقد تبعي : وهو العقد الذي يتكون نتيجة وجود علاقة قانونية سابقة على إنشاءه ، ويقتضي هذا العقد وجود إرادتين سابقتين موافقتان على نشوء الرابطة القانونية التي تنشئ التجديد ، لأن تجديد العقد لا يكون في حيز الوجود نظراً لأنه يكون مكوناً بذاته وقائماً ويظهر نتيجة وجود عمل إرادي سابق على التجديد[143].

ثالثاً : التجديد عقد معاوضة : وهو عقد المقابل الذي ينشى التزامات متقابلة في ذمة أطرافه[144]، وهو ملزم للجانبين ويستطيع كلا الطرفان أن يحددان مقدار المنافع والتضحية التي نتتج عن العقد.

رابعاً : التجديد عقد زمني : ويسمى بعقد المدة أيضاً وهذا يعني أنه ليس عقداً فورياً ، والعقد الزمني هو عقد يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه خلاف العقد الفوري الذي لا يكون الزمن عنصر جوهري فيه[145].

أولاً : شروط تجديد العقد :

كما ذكرنا سابقاً فالتجديد هو استبدال التزام قديم بالتزام جديد يختلف عنه في عناصره الجوهرية ، ولإعمال نظرية التجديد في العقود يجب أن يتوافر في العقد شرطين أساسيين يتطلبهم تجديد العقد يتمثلان في :

أولاً : وجود التزامان متزامنان :

يجب أن يكون الالتزام الجديد الذي يحل مكان الالتزام القديم متزامناً معه ، أي إذا تم الإتفاق على إنهاء الالتزام في فترة ما وجب إنشاء التزام جديد يحل محله في ذات الفترة التي يتم الإتفاق فيها على تجديد العقد ويجب أن يكون كلا الالتزامين حقيقيين وليس صوريان وخاليين من أسباب البطلان ؛ كون أحدهما باطل فإن الالتزام لا ينشأ ولا يحكم بوجوده[146].

وهذا يعني أن شرط إنشاء أي التزام يجب أن يكون هذا الالتزام صحيحاً وموجوداً ، وأن يكون مالكه قادراً على تسليمه لمن له مصلحة في إنشاءه ، وأن تجديد العقد يتطلب وجود التزام قديم والتزام جديد صحيح لقيام التزامن بينهما ، فتجديد العقد ينشأ عندما يكون الالتزام القديم غير موجود

---

[140] زهدي يكن ، مرجع سابق ، ص240.

[141] طارق كاظم عجيل ، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية ، ص209.

[142] A. Laude. La reconnaissance par le juge de i'existence d'un contrat. Aix-Mareseill.1992,n30.

[143] محمد لبيب شنب ، موجز في مصادر الالتزام ، المصادر الارادية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1970 ، ص38

[144] محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر ، الأردن ، 1999 ، ص34

[145] محمد إبراهيم أبو العينين ، مبادئ القانون ، الناشر تهامة ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، 1981 ، ط 1، ص376.

[146] وليد بسيم عبود العنكز ، تجديد العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2018 ، ص232.

ولكنه لا ينشأ إذا كان هذا الالتزام معدوماً فلا يصح أن يقع الالتزام الجديد على محل ليس له وجود أثناء وقت التجديد وإلا بطل الالتزام[147].

في حال كان الالتزام باطلاً بطلاناً مطلقاً فلا يصح إنشاء التزام جديد لأن الالتزام الباطل لا ينشئ آثار قانونية[148]، وحتى لو كان البطلان نسبي فالعقد الباطل يزول ويتم إعادة الحال لما كان عليه في السابق لأن البطلان له أثر رجعي[149]. وفي حال كان العقد القديم موقوفاً وأن من له الحق بالتمسك في البطلان قد أقدم على تجديد العقد في حالة علمه بالبطلان فالتجديد يعد صحيحاً ويعتبر أنه الطرف الذي يملك حق التمسك بالبطلان قد تنازل عن دعوى الإبطال التي شرعت لمصلحته[150]. أما إذا كان لا يعلم بالبطلان ولم يقصد إجازة العقد الباطل فيكون له خيار نقض العقد أو إجازته ، والتجديد يبطل حتى لو كان.

وقد جاء المشرع المصري بأنه: أولاً : لا يتم إعمال التجديد في حال كانا الالتزامان خاليان من أسباب البطلان[151]، ثانياً : إذا كان الالتزام القديم ينشأ عن عقد قابل للإبطال فالتجديد يكون غير صحيح إلا في حالة أن يكون القصد من الالتزام الجديد إجازته وأن يحل محله[152]. وجاء في قرار صادر عن محكمة التمييز المدنية الفرنسية في سنة 1995 في القرار رقم 387 أن تجديد العقد لا يتم إذا كان الالتزام القديم صحيحاً وليس به أي سبب من أسباب البطلان المطلق[153]، وقابل ذلك القانون السوري في المادة 351 والفصل 359 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ، وجاء في القانون الفرنسي في المادة 1174 أنه: يبطل كل التزام يعقد بشرط إرادي من الملتزم ، وفي نص المادة 1267 على أن التجديد لا يحدث إلا إذا كانا الالتزامين صحيحين ما لم يكن موضوعهما استبدال تعهد معيوب بآخر صحيح[154]. ونصت المادة 84 من القانون اللبناني بأن: الالتزام يبطل إذا كان موقوفاً على إرادة الملتزم وحدها ، وهذا يعني أن للقاضي سلطة إبطال أي إتفاق يرد على شرط إرادي[155]، وهذا يتطلب وجود التزام قديم منقضي ليحل محله التزام جديد[156].

وكما ذكرنا فإن الالتزام الجديد يجب أن يكون صحيح خالي من أسباب البطلان مستوفي جميع عناصر صحة العقد وأركان العقد المتعارف عليها ، وحسب ما صدر عن محكمة النقض الفرنسية

---

[147] رضا متولي ودهان ، مرجع سابق ، ص205.

[148] حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر واحكام الالتزام والاثبات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2005 ، ص45.

[149] مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج1 ، العقد ، دار الخلود للصحافة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1999 ، ط2 ، ص498.

[150] حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، احكام الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2007 ، ط2 ، ص301.

[151] القانون المدني المصري , المادة 353.

[152] قابل هذا الرأي المشرع القانون اللبناني في المادة 322 ، والقانون السوري في المادة 351 ، والمادة 341 من القانون الليبي.

[153] الياس أبو عيد ، قانون الموجبات والعقود ، ج1 ، مرجع سابق ، ص22.

[154] بيار كتالا ، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2009 ، ط1 ، ص195.

[155] Cass. Civ francaise , 1re , 15 December 2005 , Bull. Civ , 2005, I,n 489,p.411 | Cass. Com. Francaise , 3 November 1992, Bull. Civ. ,1992, IV ,n 339, p.242.

[156] علي كحلون ، النظرية العامة للالتزامات ، احكام الالتزام ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس ، 2009 ، ص.221

في سنة 1983 من قرار جاء فيه أنه: إذا كان اتفاق التجديد باطلاً في حال استبدال التزام قديم بآخر جديد فإن الالتزام القديم يستعيد قوته ، وجاء في قرار آخر عام 1975 أنه: إذا زال الالتزام الجديد سواء بالإلغاء أو البطلان سقط التجديد باعتباره لم يكن ويبقى الالتزام الأول بقوته[157].

يتطلب تجديد العقد وجود أهلية تصرف عند الدائن وأهلية التزام عند المدين تخول الأول اسقاط حق قديم وتجيز للثاني الالتزام أمام الدائن ، ويجب أن يكون مصدر التزامهما الجديد هو العقد المبرم بينهما أي التجديد ، وقد يسقط الالتزام في حال دفع أحد الأطراف بالتقادم ولو لم يتمسك الطرف ذو المصلحة بمرور الزمن فإن الالتزام الأصلي لا يسقط وبالتالي فإن التجديد يكون صحيحاً.

فالتجديد يبقى صحيحاً حتى يقضى بالبطلان فيصبح التجديد باطلاً ، وإذا كان الالتزام الجديد قد أنشئ من عقد قد قضي بفسخه فالتجديد هنا يزول لأن الفسخ كالبطلان يقضي التزامات العقد بأثر رجعي[158]، أما إذا كان التجديد معلق على شرط واقف أو فاسخ وتخلف فالتجديد لا يحدث ويبقى الالتزام القديم على حاله[159].

ترى الباحثة أنه من الصعب إنشاء عقد جديد بدون سبب موجود أنشأ العقد على أثره فالالتزام السابق المعدوم أو المنقضي يعدم الالتزام الجديد لأن الالتزام الجديد هو تابع للأصل وإن انعدم الأصل انعدم التابع.

ثانياً : نية تجديد العقد :

نية الأطراف هي السبب الأول لسريان التجديد بصورة صحيحة ويقصد بالنية القصد المصمم على الفعل[160]، ويقال أن النية هي إرادة الفعل ، وتعرف في اللغة أنها نوم من العزم والإرادة ، وتعرف أنها القصد ، وهذه النية واضحة وصريحة الإفصاح ، فإن كان فيها لبس أو غموض فتعتبر غير صريحة ووجب على القاضي التحقق من مدى وجودها ويجب التأكد أن نية الأطراف اتجهت لتجديد العقد أم لا، لأن أي تغيير يجريه الأطراف لا يندرج تحت مقصد توافر النية ولا يكفي للدلالة على توافرها ، وتثبت النية من خلال الرجوع للقواعد العامة للإثبات. والمحاكم تؤكد ضرورة وجودها في التجديد والبينة تقع على من ادعى توافرها ، مع الإشارة إلى أهمية توافر النية وضرورة أن تثبت هذه النية في ببينة خطية ولا يصح فيها النية الشفوية خاصة في المسائل المدنية ، أما بما يخص المسائل التجارية فيجوز فيها الإثبات بكافة الطرق الممكنة[161].

---

[157] الياس أبو عيد ، قانون الموجبات والعقود ، ج1 ، مكتبة سلطانة القانونية الجديدة ، لبنان ، 2011 ، ص23.

[158] حسين علي الذنون ، شرح القانون العراقي ، مرجع سابق ، ص401.

[159] منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، منشورات اراس ، ارابيل ، 2006 ، ط1 ، ص661.

[160] ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، ج1 ، دار ابن كثير ، دمشق ، 2008 ، ص89.

[161] حسن الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مرجع سابق ، ص458.

وكان رأي المشرع المصري أن التجديد لا يفترض ويجب أن يتم الإتفاق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف[162]، وأكد على ذلك القانون الفرنسي والقانون اللبناني ، ومعنى هذه النصوص أن نية التجديد وجب أن تكون مؤكدة لا إحتمالية ولا يجوز افتراضها ، لأن تجديد العقد لا يفترض بل يجب الإتفاق عليه صراحة أو استخلاصه من الوقائع المادية المجردة[163].

لا يشترط في النية استخدام ألفاظ معينة ويكفي استخدام عبارات تبين نية الدائن في إبراء المدين من التزامه القديم وإنشغال ذمته بالتزام جديد بدلاً عنه[164]، ويكون عبء الإثبات على من يدعي التجديد ، ويكون للقاضي المختص دور في تقدير هذه المسائل لتحديد إن كان هناك تجديد أم لا ، وتكون سلطته مطلقة بدون رقابة محكمة التمييز ، وقد يلزم تفسير العقود في حال كان المعنى الصريح الموجود في العقد قد شوه[165].

كما أنه يجدر العلم بأن إثبات النية في التجديد أمر يخضع للقواعد العامة. ولا يمكن افتراضه أو الأخذ بالظن فيه ويجب أن يكون التعاقد في التجديد صريحاً وإلا لا يصح ، ويجب التمييز بين وجود التجديد واستخلاص وجوده سواء من العقد أو من الظروف التابعة له[166].

لا يستخلص التجديد من موقف مبهم وغير واضح [167]. ويجب الإشارة إلى أن كل إنشاء التزام جديد ليس تجديد فقد تكون التصرفات عبارة عن إنشاء التزامات من دون وجود ما يدل على ذات التجديد خاصةً إذا كانت نية الأطراف لا تتجه للتجديد ، ويكون الإثبات في التجديد إما بإعتباره تصرف قانوني كإنشاء الحق في التعاقد ويخضع هذا النوع من الإثبات للقواعد العامة ، أو بالإعتبار في قصد التجديد أي نية الأطراف وهو جائز الإثبات بكافة الطرق ويستخرج من الظروف التي وجدت في العقد[168].

ثانياً : أركان تجديد العقد :

يعتبر التجديد عقداً لا يقوم إلا بقيام أركانه وشروط صحته ، ولا ينعقد إلا برضا الأطراف وتطابق إرادتيهما[169] حيث تكون إرادة الأطراف بالتعبير عنها بالإيجاب والقبول مما يحدث أثراً ثانونياً[170], فيتكون العقد بين طرفين (الدائن والمدين) تحت مبدأ أن الشخص لا يلتزم بشيء اتجاه آخر إلا بإرادة منه أو بحكم القانون[171]. ويجب أن تكون إرادتهما خالية من عيوب الرضا.

---

[162] القانون المدني المصري , المادة 354.

[163] الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص287.

[164] رضا متولي ودهان ، تجديد الالتزام ، مرجع سابق ، ص325.

[165] قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية لدى الغرفة المدنية الأولى في 11 شباط 1986 ، منشور لدى القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، دالوز ، مرجع سابق ، ص1238.

[166] الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ص287.

[167] عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات ، احكام الالتزام ، مطبعة الفالجة ، مصر ، 1954 ، ص281.

[168] وليد بسيم عبود العنكز ، مرجع سابق ، ص257.

[169] فايز محمد حسين ، أحمد أبو الحسن ، الموجز في نظرية الالتزامات ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ط1 ، ص44.

[170] جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2010 ، ط2 ، ص92.

[171] عاطف النقيب ، النظرية العامة للموجبات ، مصادر الموجبات ، المنشورات الحقوقية ، بيروت ، 2004 ، ص35.

بما أن تصرف المتعاقدين في التجديد هو تصرف دائر بين النفع والضرر فيجب أن تتوفر أهلية التعاقد أو التصرف لا أهلية التبرع ، ولا يكفي وجود أهلية الاداء أو أهلية الإرادة دون أهلية التعاقد، فتعاقد القاصر قابل للإبطال حسب مصلحة القاصر في التجديد ولا تكفي ولاية الإدارة في وليه للقيام بالتجديد ووجب أن يتمتع بأهلية التصرف في مال الغير[172].

فالأهلية المطلوب تواجدها في التجديد هي أهلية الأداء لأن التجديد واقع على التزام سابق أي موجود أصلاً ويتم إعمال نظرية التجديد لاستبداله وإقامة التزام ثانٍ جديد يحل محله ، وتكون أهلية الأداء اللازمة في إمكانية الشخص في التعبير عن إرادته بنفسه تعبيراً قانونياً[173]، ويشترط أهلية الأداء الكاملة المتمثلة في العقل والبلوغ والرشد.

والركن الذي لا يتم التجديد بدونه هو التراضي فهو مصدر العلاقة القانونية فلا تقوم الرابطة القانونية بدون التراضي بين الأطراف ، والتجديد لا يتم إلا بمجرد توافق إرادة الأطراف عليه فيظهر بشكل عقد في حال إنشاء الالتزام الجديد وبشكل اتفاق ينهي الالتزام القديم ، ويجب أن تكون إرادة الأطراف في التوجه للتجديد في العقود إرادة سليمة وجدية[174].

وفي حالة تغيير المدين لا بد من رضا الدائن نظراً لأن الإتفاق الجديد سيتم بين الدائن والأجنبي وكذلك الأمر في حال تغيير الدائن ، لأن التجديد يعتير عقد رضائي يتطلب اتفاق الأطراف عليه وهذا يجعل منه عقداً ملزماً للجانبين ومنشئاً للالتزامات المتقابلة [175].

ويكون محل التجديد محلاً مركباً يتضمن إنهاء العقد القديم وإنشاء آخر جديد يحل محله في آن واحد ويجب أن يكون محل التجديد معلوماً وموجوداً وممكناً كأي عقد صحيح ، ويمكن أن يكون المحل قابلاً للوجود أيضاً. وهذا يعني أن محل العقد يجب أن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة واضحاً غير مبهم ومشروعاً غير مخالف للقانون والنظام العام أو الآداب العامة.

أما بالنسبة للسبب فهو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقدان الوصول له من خلال التزامهما ويكون سبب الالتزام غير سبب العقد ، وسبب الالتزام في العقود التبادلية هو الالتزام الآخر المقابل، ويشترط في السبب أن يكون موجوداً وصحيحاً لأن السبب الغير الصحيح لا يقوم عليه الالتزام.

ترى الباحثة أن تجديد العقد لا يتحقق إلا بوجود سبب لإعماله ويظهر هذا السبب من خلال نية الأطراف للتجديد ، ونية الأطراف لإدخال تغيرات جوهرية على العقد القديم ، أما التغيرات الغير جوهرية والتي يقوم الأطراف بإضافتها للالتزام الأصلي فلا تغير من جوهر العقد وبالتالي لا يقوم

---

[172] رشدي شحاتة أبو زيد ، انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1999 ، ص423.

[173] جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 1989 ، ط1 ، ص28.

[174] وليد بسيم عبود العنكز ، مرجع سابق ، ص261.

[175] سليمان مرقس ، حبيب إبراهيم الخليلي ، الوافي في شرح القانون المدني ، ص9.

التجديد في هذه الحالة ؛ لأن سبب التجديد يقوم على استبدال عنصر جوهري في الالتزام الأصلي بعنصر جوهري آخر ينتج التزام جديداً بين المتعاقدين يحل محل الالتزام القديم.

المطلب الثاني : الأثر المنشئ والأثر المسقط لتجديد العقد :

للعقود قوة ملزمة تقضي بوجوب تنفيذ أطراف العقد للالتزامات وتنفيذ ما احتوته هذه العقود وما تتجه إليه إرادة المتعاقدين ، والقوة الملزمة للعقود تتوفر في حال كان العقد مستوفي لشروطه وأركانه لأن لكل عقد أثر يظهر في محل العقد أي في المعقود عليه والعقود هي السبب المنتج لتلك الآثار[176].

ينتج العقد أثره في مواجهة الأطراف المنشئين له والملتزمين به من خلال اتجاه إرادتهم له[177]، وبما أن تجديد العقد عقد رضائي ملزم للجانبين فتطبق هذه المبادئ عليه فتحدد آثار التجديد وفقاً لما تتجه إليه إرادة المتعاقدين ، ويتم تحديد مدى أثر العقود في مجالين أحدهما يسمى بالأثر الملزم للعقد ويكون هذا الأثر داخل حيز الإرادة التي نشأ العقد منها أما الأثر الآخر فيسمى بمجال سريان العقد والإحتجاج به ويكون خارجاً عن حيز الإرادة[178].

ويقصد بمحل الالتزام الموضوع الذي ينشئ الالتزام من أجله وقد يكون عملاً معين ينحصر بنقل أو إنشاء شيء أو امتناع عن عمل ويكون محل الالتزام الدين الملزم للمدين للوفاء به لمصلحة الدائن.

ويترتب على اتفاق الأطراف على التجديد إنهاء الالتزام الأصلي ونشوء آخر جديد ، ويعتبر هذا الإنشاء الجديد هو الأثر الذي يعد جوهر التجديد حيث ينفرد به التجديد عن باقي العقود فيعطي للأطراف خيار إنشاء تأمينات وضمانات جديدة لأنه ينشئ التزام جديد.

إن تجديد العقد يسقط الالتزام أصلاً وفرعاً فتسقط التأمينات سواء العينية أو الشخصية بسقوطه ، وقد يكون التجديد قد تم بتغير مصدر الدين أو محله دون تغير الأطراف فتبقى التأمينات ضامنة في الدين الجديد شريطة أن لا يضر ذلك الغير ، أما إذا كان التجديد يغير من شخص الأطراف فإن نقل التأمينات العينية لا يتم إلا بإتفاق الأطراف (الدائن والمدين الجديد) دون الحاجة لموافقة المدين القديم[179].

---

[176] محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربي للطباعة ، القاهرة ، 1975 ، ص220.

[177] عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1984 ، ص569.

[178] رضا متولي وهدان ، تجديد الالتزام ، مرجع سابق ، ص364.

[179] عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص285.

بما أن التجديد يؤدي إلى انقضاء الدين الأصلي القديم وينشئ دين جديد يحل محل الأول في ذات الوقت فهذا يعني أن التجديد يرتب آثار ويكون هذا الأثر هو هدف المتعاقدين في أغلب العقود الرضائية[180]، ويقصد بالأثر الحكم على أعمال التصرف أو النص[181].

ويتميز تجديد العقد عن باقي التصرفات القانونية الأخرى بأن تجديد العقد يترتب عليه أثر مزدوج يكون أحدهما إنشائي ويطلق عليه الأثر المنشئ لتجديد العقد ، أما الأثر الثاني فهو أثر انقضائي يسمى بالأثر المسقط لتجديد العقد ، نظراً لأن تجديد العقد هو سبب لإنقضاء الالتزامات القديمة وإنشاء التزامات جديدة في ذمة أطرافه تحل محل القديمة. وسنقوم بتوضيح معنى الأثر المنشى والأثر المسقط من خلال ما يأتي :

الفرع الأول : الأثر المنشئ لتجديد العقد :

ينشئ الالتزام الجديد في التجديد كأصل عام يحل محل القديم وبدون نشوءه لا يعتبر التجديد قائماً ، وهذا يعني أن نشوء الالتزام الجديد متعلق بانقضاء الالتزام القديم حتى وإن لم يتم تنفيذ الثاني شرط أن يكون قد غير في جوهر العقد الأصلي كتغيير في شخص المتعاقدين أو محل الدين.

ويفترض في التغيير الشخصي لأحد أطراف العقد دخول شخص جديد أجنبي في العقد سواء أكان هذا الأجنبي دائناً أو مديناً بموافقة الدائن ، ويكون هذا التغيير هو سبب من أسباب إنقضاء الالتزام فالأصل أن الالتزام ينقضي بالوفاء به ولكن قد ينقضي بالإستبدال الشخصي أي باتجاه إرادة الأطراف كإتفاق الدائن مع أجنبي على تغيير المدين القديم بمدين آخر جديد يتحمل الدين ، أو قد يتفق الأطراف على تغيير الدائن القديم بآخر جديد في مواجه المدين الأصلي[182].

إن استبدال شخص الأطراف وإيفاءهم للدين يتم كان الأشخاص الأصلين قد أوفوا به ولو أن الذي أوفى به هو شخص أجنبي ، والاستبدال لأشخاص العقد لا يتم إلا بتغيير طرف واحد فلا يتغيير طرفي الالتزام في وقت واحد ، فيستبدل طرف ويبقى الطرف الآخر القديم ، فإما يستبدل المدين القديم مع إبقاء الدائن الأصلي أو يستبدل الدائن مع بقاء المدين الأصلي لأن استبدال الطرفين ينشئ التزام مستقل عن الالتزام القديم مما ينفي التجديد فنكون هنا أمام عقد جديد وليس نظرية تجديد[183].

---

[180] عبد الناصر ترفيق العطار ، احكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، ج1 ، اتحاد مكتبات الجامعة المصرية ، الإسكندرية ، 1977 ، ص41.

[181] رضا متولي ودهان ، تجديد الالتزام ، مرجع سابق ، ص344.

[182] رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص293.

[183] وليد بسيم عبود العنكز ، مرجع سابق ، ص293.

ويتم الاستبدال في أشخاص العقد بتلاقي الإرادتين في الإنشاء والإنهاء والتعديل أو التجديد لإحداث أثر قانوني فيحكم هذا الاستبدال الإتفاق الذي تم بين أطراف العقد ويأخذ هذا العقد شكلاً من أشكال العقود المسماة[184].

إن المدين لا يستطيع أن يحتج على الدائن الجديد بالدفوع التي كان يمكن له أن يتمسك بها أمام الدائن القديم ويرد على هذا استثناء وقيد في حالة البطلان الذي يعطي الحق للمدين بالدفع به أو حتى ولو كان العقد موقوفاً و كان إبطاله من مصلحة المدين فله أن يطلب بطلانه لأن التجديد يسقط تبعاً للبطلان ، ولو كانت نية المدين في الالتزام الجديد تتجه لتنازله عن حقه في البطلان[185].

ويظهر الالتزام الجديد مجرد من الضمانات القديمة التي كانت في الالتزام الأصلي إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك[186]، فإذا تم تجديد الالتزام سقط الإلتزام القديم وحل محله التزام جديد[187]، أما القانون المدني المصري فقد جاء بأنه: يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام القديم بتوابعه وأن ينشئ مكانه التزاما جديد[188].

إن التجديد الموضوعي ما هو إلا استبدال دين قديم بذمة المدين بآخر جديد يحل محله أو تغيير سبب وجود هذا الدين بسبب آخر ، فاستبدال محل الدين القديم ينشئ التزام جديد يختلف عن الالتزام القديم في عنصر من عناصره الجوهرية وهو تبديل محل الدين أو سببه أو حتى مصدر وجوده[189]، ويكون هذا التجديد بتغيير محل الالتزام القديم وموضوعه مع الإبقاء على أطرافه ، والتبديل يقع على المعقود عليه. أما بالنسبة للاستبدال الموضوعي فقد جاء في القانون المدني المصري أن التجديد يتم بتغيير الدين إذا اتفق الأطراف على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد مختلف في مصدره ومحله[190].

الأصل أن التأمينات لا تنتقل للدين الجديد لأن التجديد ينهي الالتزام الأصل بتوابعه ولكن يجوز نقل هذه التأمينات للالتزام الجديد باتفاق الاطراف[191]، فالقواعد العامة تنص على أن لكل التزام تأميناته الخاصة به ، أما هذا الإنتقال في التجديد قد تحكمه بعض الضروريات[192]، فالأثر الخطير للتجديد هو ضياع التأمينات التي تضمن الدين الأصلي ووجد هذا الإستثناء لحماية التأمينات من الضياع.

---

[184] وليد بسين عبود العنكز ، مرجع سابق ، ص294.

[185] عيد الحي حجازي ، مرجع سابق ، ص313.

[186] جور سيوفي ، مرجع سابق ، ص249.

[187] القانون المدني المصري , المادة 352 , وقابلها القانون المدني العراقي في المادة 304, وجاءت المادة 354 من القانون المدني السوري والمادة 343 من القانون المدني الليبي والمادة 419 من القانون المدني الكويتي مقابلات لهذه المادة.

[188] القانون المدني المصري , المادة 356.

[189] رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص256.

[190] تقابل المادة 352 من القانون المدني المصري ، المادة 339 فقرة 1 من القانون المدني الليبي 2009 ، والمادة 381 الفقرة 1 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 ، والمادة 287 من القانون الجزائري 1998.

[191] شمس الدين الوكيل ، نظرية التامينات في القانون المدني الجديد ، ج1 ، موسسة المعارف للطباعة والنشر ، بيروت ، 1959 ، ص332.

[192] وضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص377.

رغم تغير الالتزامان في التجديد إلا أن هناك عناصر مشتركة تبقى موجودة ، ومن الناحية العملية فالدائن في الأغلب لا يقبل بتجديد العقد إلا إذا كان في التجديد فائدة له قد تكون بإبقاء التأمينات ، وبقاء التأمينات ليس فيه ضرر للمدين لان المدين قد وافق واتفق عليها سابقاً ولا يوجد ضرر من انتقالها لكفالة الالتزام الجديد[193].

وانتقال التأمينات يتم باتفاق خاص ومعين وشروط جديدة و إن لم يوجد هذا الاتفاق انقضت التأمينات وفقاً لإنقضاء الدين القديم فلا تنقل للدين الجديد ، ولنقل التأمينات يجب توافر الشروط الآتية :

أولاً : أن يكون الدين الجديد لا يلحق الضرر بالغير وأن يكون أقل من الدين القديم :

في حالة كان التجديد بتغيير الدين يجوز للدائن و المدين في هذه الحالة أن يتفقا على انتقال التأمينات شرط أن لا يلحق هذا الإنتقال ضرراً بالغير ، وبدون زيادة في عبء الدين فإذا كان الدين الجديد أكبر من الدين القديم فإن التأمين لا يضمن من الجديد إلا مقدار الدين القديم لحماية الدائنين الأخرين[194].

ثانياً : استيفاء التأمينات باتفاق الدائن و المدين الجديد وبدون رضا المدين القديم :

في حالة كان التجديد بتغيير المدين فيجوز للدائن و المدين الجديد الإتفاق على استيفاء التأمينات العينية دون رضا المدين القديم و المدين القديم لا يتم إبراءه من الدين كله في هذه الحالة بل يبقى ملتزماً وفق الرهن على العقار ويكون كفيلاً عينياً للمدين الجديد[195].

ثالثاً : تنتقل التأمينات العينية التي قدمت من قبل المدين لكفالة الالتزام الجديد باتفاق الأطراف :

فإذا كان التجديد بتغيير الدائن فيجوز للمدين و الدائنين القديم والجديد الإتفاق على أن تبقى التأمينات العينية التي قدمها المدين لكفالة الالتزام القديم كافلة للالتزام الجديد.

والتأمينات لا تنتقل للالتزام الجديد بدون الإتفاق ولو لم يتفق الأطراف على انتقالها تنقضي بإنقضاء الالتزام القديم مما ينهيها فلا يمكن بعد ذلك أن يستعيدها الأطراف. ويقدم الغير تأمينات لضمان وتدعيم وثبات الالتزام وتقويته تختلف عن التأمينات التي يقدمها المدين ، ومن أنواع هذه التأمينات: التأمينات العينية كالرهن ، والتأمينات الشخصية كالكفالة[196].

ويمكن أن يكون الالتزام تضامنياً بين المدينين وقام الدائن بتجديد الدين مع واحد من المدينين فينتج الأثرين المنشئ والمسقط على ذلك المدين الذي قبل التجديد دون باقي الدائنين فباقي الدائنين يسرى

---

[193] السنهوري ، مرجع سابق ، ص848.

[194] عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص286.

[195] رشدي أبو زيد ، مرجع سابق ، ص487.

[196] نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص29.

عليهم الأثر المسقط فقط ، ولا يلتزم باقي المدينين بالدين الجديد إلا إذا توافر الرضا فيسري عليهم الأثر المنشئ أيضاً ، ويصبح هذا نقلاً للتضامن من الالتزام القديم إلى الإلتزام الجديد[197].

وفي حال رفض المدينين الضامنين للتجديد فإن ذمتهم تبرأ من الدين القديم ولا يلتزمون بالدين الجديد ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه فيكونوا ملزمين بالدين القديم مع اقتطاع حصة المدين الذي إتفق على التجديد وبالتالي لا يسرى عليهم الأثر المسقط ولا المنشئ. ويجب أن يكون رضا الكفيل العيني في حالة نقل التأمينات الشخصية في التجديد ثابت التاريخ رسمياً ليكون حجة ودليل في مواجهة الغير الذي له المرتبة الثانية وهو الدائن المرتهن[198].

فالإتفاق الذي يحدث بين الدائن والمدين لنقل التأمينات من الدين القديم للدين الجديد يكون في التأمينات العينية الواقعة على مال المدين ، فالتأمينات المقدمة من الغير سواء شخصية أو عينية تستلزم موافقة الغير ليتم نقلها ، وقد يتم الإتفاق على نقل تأمينات المدين في نفس وقت التجديد بدون أثر رجعي فالتأمينات التي تنقل من المدين تشترط أن تنقل وقت التجديد لإتمامها ، بينما التأمينات الشخصية قد يصدر الرضا بنقلها في وقت لاحق على التجديد[199].

الفرع الثاني : الأثر المسقط لتجديد العقد :

عندما ينقضي الالتزام الأول بتوابعه وتنقضي مع كل التأمينات التي تكفلته وتضمنته فإن الأثر المسقط يتحدد ، ويجوز نقل هذه التأمينات استثناءً إلى الالتزام الجديد ، فالتجديد ينهي الالتزام الأصلي عن طريق تجديد الرابطة التعاقدية مما يسقط الالتزام الأصلي ، حيث جاء القانون المدني الفرنسي مشيرة إلى أثر التجديد حيث كانت تنص على أن: سقوط الالتزام القديم على جميع ملحقاته وضماناته يمتد ما لم يكن هناك رضا صريح من الأطراف للإحتفاظ بها[200]، وذكر المشرع اللبناني بأن التجديد يسقط الالتزام أصلاً وفرعاً اتجاه الجميع ويستطيع الكفلاء وسائر المرحل عليهم الدخول برضاهم لأحكام الموجب الجديد[201]، أما القانون المدني العراقي فجاء بأن: الالتزام الأصلي يسقط إذا جدد الالتزام وحل محله التزام جديد[202].

لتجديد العقد أسباب تميزه عن غيره حيث أن التجديد عندما يقوم بإنهاء الالتزام الأصلي ينشئ في ذمة للمدين التزام جديد ويعتبر هذا الأثر المسقط وهو الأثر المباشر لهذه الأنظمة القانونية ، وهذا

---

[197] رشدي أبو زيد ، مرجع سابق ، ص486.

[198] رشدي أبو زيد ، مرجع سابق ، ص487.

[199] رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص292.

[200] القانون المدني الفرنسي . المادة 1271.

[201] نص المادة 325 من القانون المدني اللبناني، وقابلت هذه المادة المادة 356 من القانون المدني المصري والمادة 354 من القانون المدني السوري، والمادة 419 من القانون المدني الكويتي، والمادة 367 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

[202] القانون المدني العراقي ,المادة 403.

يعني أن الأثر المسقط يزول فيه الالتزام الأصلي عند تجديد العقد ويحل محله التزام جديد ، ويجب أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم باختلاف في العناصر الجوهرية[203].

يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في اختلاف أحد أطرافه أي الدائن أو المدين وهذا ما يطلق عليه السقوط الشخصي ، فالالتزام القديم يسقط باستبدال أحد أطرافه ، فالتجديد قد يحدث باستبدال الطرفيين الأصليين في الالتزام القديم بشخص آخر أجنبي بدلاً عن واحد منهما دون التغير في محل الالتزام ، فيتجدد العقد باستبدال أحد أطراف الالتزام القديم[204].

ويجب العلم أن الالتزام القديم ينقضي بقوة القانون إن تبرأت ذمة المدين الأصلي عند استبدال الدين، ولا يمكن للدائن الرجوع على المدين القديم لاحقاً إلا إذا كان المدين موافقاً على الالتزام بالدين الجديد وفي هذه الحالة يكون المدين القديم كفيلاً للمدين الأصلي ونصبح أمام صورة من صور الكفالة حيث يمكن الإتفاق على استيفاء الضمانات القديمة عن طريق نقلها للالتزام الجديد ويجب الإتفاق على ذلك صراحة[205].

وقد تنشأ تأمينات جديدة تختلف عن القديمة لأن معظم مزايا وعيوب الدين القديم تنتهي وتقسط بسقوطه وتختفي معه ، وهذا يعني أن التجديد يسقط الالتزام القديم أصلاً وفرعاً[206].

وفي حال عدم تنفيذ الالتزام الجديد وكان الأطراف متفقين صراحة على إبقاء الالتزام القديم في حالة التجديد وعدم التنفيذ يعود الالتزام الجديد لقوته ، لأن التجديد يقصد به إنهاء التزام قديم وإنشاء التزام جديد يحل محله بحيث لا يوجد ضرر من تنفيذ هذا الجديد أم لا ، مع الإشارة إلى أن القصد في التجديد يكون بنشوء الالتزام لا بتنفيذه [207]. ويجب العلم أن التسوية التي يقوم بها الدائن مع المدين تكون حالة من حالات تجديد الالتزام ويقصد بهذا أن تنتهي الديون القديمة وتحل مكانها ديون جديدة بمقدار جديد والتزام جديد يبدأ من عقد التسوية[208].

إن الأثر المسقط من ناحية الجانب الشخصي للتجديد يكون في تغيير شخص الدائن أو المدين بشخص أجنبي عن العقد ، ويعتبر هذا الاستبدال فقدان العقد لعنصر جوهري من عناصره ، مما يسقط الالتزام الأصلي ، وفي حالة استبدال شخص المدين في العقد وقبول الدائن استبداله فان ذمته تبرأ من الدين الأصلي ويعتبر استبداله وكأنه أوفى بالتزامه نظراً لمرافقة الدائن على استبداله ولا يمكن للدائن الرجوع له في حالة إعسار المدين الجديد[209].

---

[203] محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج2 ، احكام الالتزام ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1974 ، ص236.

[204] رضا متولي وهدان ، تجديد الالتزام ء مرجع سابق ، ص351.

[205] رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص352.

[206] رضا متولي , مرجع سابق . ص353.

[207] عبد المجيد حكيم ، احكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص435.

[208] قرار محكمة التمييز العراقية رقم 988 لسنة 1972.

[209] محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ج2 ، أحكام الالتزام ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1974 ، ص236.

وفي حالة استبدال الدائن الأصلي بآخر أجنبي فكأنه استوفى دينه من المدين ويخرج من العلاقة العقدية و القانونية التي تربط بينه وبين المدين الأصلي ، فتبديل الدائن يعني استيفاء المدين الأصلي لدينه من الدائن القديم[210].

وهذا يعني أن التغيير في شخص الدين دون المحل يسقط الالتزام الأصلي ليحل محله التزام جديد يقع على أشخاص العقد الأصلي. فالأثر المسقط لتجديد العقد يزول به الالتزام الأصلي كإستيفاء دين العقود العادية مع الإشارة إلى أن هذا الأثر لا يوجد إلا في حال وجد الأثر المنشئ للتجديد لأن الأثرين مرتبطين في بعضهما في حالة الوجود وفي حالة العدم ، فالأثر المسقط لا وجود له بدون إنشاء الالتزام الجديد والالتزام الجديد لا وجود له بدون الأثر المسقط[211].

إذا لم يكن الالتزام الجديد مختلف عن الالتزام القديم في أحد عناصره الجوهرية فالالتزان القديم يبقى على حاله ويبقى أثره قائم لأن الالتزام قد ينتهي بالوفاء أو ما يعادله أو بالمقاصة أو بإبراء ذمة المدين من الالتزام نهائياً بدون مقابل ، فالتجديد يختلف عن هذه الأنظمة بالأثر المسقط أو المبرء والمكسب أو المنشئ[212].

والسقوط الموضوعي يحدث بتغيير محل الدين ، وتغييير محل الالتزام الأصلي بالتزام جديد يؤدي لتجديد العقد باعتبار أن المحل عنصر جوهري فيه فيسقط الالتزام القديم وينشأ التزام جديد ، وتنحصر صور التجديد هنا باسقاط المحل الأصلي القائم واستبعادهم دائرة الالتزام فينتج أثر السقوط ويتبدل الالتزام الأصلي بالتزام ثاني جديد[213].

في حال وجدت دعوى فسخ محلها الالتزام الأصلي فإن الدعوى تنتهي باسقاط الالتزام القديم لإنعدام المحل[214]، أما إن لم ينشئ التزام جديد أو نشأ وكان باطلاً أو حتى أبطل لسبب من أسباب البطلان فلا ينقضي الالتزام القديم ولو لم يحصل تنفيذ للالتزام الجديد الذي حل محله ، أي أنه قانونياً لا يتوقف إبقاء التجديد وإنتاج الأثر عنه على التنفيذ الفعلي للالتزام الثاني الصحيح ، فإن كان غير صحيح بسبب نقص أهلية الأطراف أو لعيب من عيوب الرضا وقضي بالبطلان أو وجب وجود المحل الجديد في التجديد فلا ينقضي الالتزام الأصلي[215].

أما التأمينات التبعية فهي ضمانات تدعم قوة الالتزام القديم وتنشئ لذلك فالحق العيني الأصلي يكون مستقلاً بذاته ولا يحتاج لوجود حق آخر لإسناده وينتهي بالتجديد ، ولكن قد تنشأ حقوق تابعة للحق

---

[210] رضا متولي وهدان ، تجديد الالتزام ، مرجع سابق ، ص251.
[211] وليد بسيم عبود العنكز ، مرجع سابق ، ص280.
[212] رضا متولي وهدان ، تجديد الالتزام ، مرجع سابق ، ص251.
[213] رضا متولي وهدان ، تجديد الالتزام ، مرجع سابق ، ص251.
[214] محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2007 ، ص15.
[215] رضا متولي وهدان ، تجديد الالتزام ، مرجع سابق ، ص350.

القديم وتكون غير مستقلة بذاتها وتتبع حق شخصي تضمن الإلتزام به كالرهن الرسمي وحقوق الإختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز[216].

والأصل في التجديد سقوط الضمانات ولكن استثناء على ذلك قد يتفق المتعاقدان على إبقاء الضمانات وقد تكون هذه الضمانات عبارة عن تأمينات يتقي بها الأطراف خطراً معيناً ويضمن بوجدها تنفيذ الالتزام لأنها وسيلة حماية الأفراد من الأخطار الإقتصادية[217]وخطر إعسار المدين[218] والتأمينات التبعية هي تأمينات شخصية كالتضامن والكفالة[219]، وتعرف الكفالة بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فيصبح الالتزام أقوى مما سبق ، وتعد الكفالة والتضامن من التأمينات العينية[220] والشخصية[221]، و قد تنقضي هذه التأمينات بصورة تبعية بانقضاء الدين[222]، كما أن التأمينات تنقضي بصورة أصلية[223] تبقي الدين على حاله.

ويجدر الإشارة إلى أن التأمينات قد تكون عامة يشترك فيها كل الدائنين ، أو خاصة يختص فيها دائنين دون غيرهم[224]، وتنقضي هذه التأمينات تبعاً لانقضاء الدين أو زواله بأي طريقة من طرق انقضاء الالتزام كتجديد العقد[225]، وتتأثر التأمينات بتجديد العقد فيتغير مركزها القانوني. ويعتبر الرهن من التأمينات التي تضمن دين الدائن.

رأى بعض فقهاء القانون أن من سلبيات التجديد ضياع التأمينات لأنها تضمن الوفاء بالدين الأصلي مما يقتضي وجوب التأكد من اتجاه نية الأطراف إلى التجديد أم عدمه[226]، ورأى آخرون أن ضياعها ليس من سلبيات التجديد لأن الأطراف يستطيعان إنشاء تأمينات جديدة مشابهة للقديمة بدل التي زالت بانقضاء الدين الأصلي فيستطيع الدائن الإستناد لها في حالة إعسار مدينه أو تخلفه عن التزامه[227].

وتعرف التأمينات الشخصية بأنها تعهد من شخص الملتزم الوفاء بالدين الأصلي للدائن في حال عدم وفاء الموفي به ، أي ضم ذمة أو أكثر لذمة المدين الأصلي فيصبح للدائن مدينان أو أكثر في وقت واحد أو على فترات ويكونوا ملزمين بالدين بدل المدين الأصلي ويستطيع الدائن الرجوع على واحد

---

[216] سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998 ، ص322.

[217] أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، أحكام مسؤولية الأمين في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006 ، ص15.

[218] محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1991 ، ط2 ، ص7.

[219] عبد الستار أبو غدة ، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ، ج7 ، شركة التوفيق ، السعودية ، 2006 ، ط1 ، ص255.

[220] سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1973 ، من دون دار نشر ، ط1 ، ص18.

[221] نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق للعينية الاصلية في القانون المصري واللبناني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003 ، ص7.

[222] حسين عبد اللطيف حمدان ، التامينات العينية ، الدار الجامعية للنشر ، القاهرة ، 1995 ، ص562.

[223] محمد كامل مرسي باشا ، الحقوق العينية الاصلية ، المطبعة العالمية ، مصر ، 1952 ، ط2 ، ص151.

[224] محمد طه البشير ، مرجع سابق ، ص341.

[225] أدوار عيد ، التامينات العينية ، مطبعة نمتم ، بيروت ، 1978 ، ط2 ، ص460.

[226] رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص357.

[227] عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه بشير ، القانون المدني ، ج2 ، احكام الالتزام ، ط4 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2010 ، ص285.

منهم أو على الجميع لاستيفاء حقه ، ومن أهم أنواع التامينات الشخصية الكفالة و التي تعرف بأنها عقد يلتزم بموجبه شخص اتجاه الدائن بتنفيذ المديونية إذا لم يقم هذا المديون بالتنفيذ[228].

فإن تم التجديد بطريقة غير صحيحة فإن الدين الأصلي ينقضي بتأميناته فالدين المكفول ينتهي وفقاً لانقضاء الكفالة ويحل دين جديد وحق جديد ، ولا تنتقل التأمينات التي كانت تكفل الدين الأصلي لتكفل الدين الجديد إلا إذا نص القانون على غير ذلك أو تبين أن انصراف نية الأطراف تنصرف لذلك[229]. وهذا يعني أن الشخصية و العينية لا تنتقل في التجديد إلا برضى الكفيل.

ترى الباحثة أن نية الأطراف إذا كانت متجهة في اتفاق التجديد إليه ولتغير عنصر من عناصره الجوهرية ينقضي الالتزام القديم ليحل محله الجديد ولو كان استيفاء الالتزام مستقبلياً ، وهذا يجعل الأثر المسقط هو أساس إنهاء الالتزام الأصلي مما يمكن من تجديد العقد بالتزام جديد.

[228] أحمد محمود سعد ، عقد الكفالة ، ط1 ، دار النهضة العربية للطبع والتوزيع ، القاهرة ، 1994 ، ط1 ، ص31.
[229] عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص44.

الفصل الثاني :

نظريتا إنقاص وتحول العقد :

تمهيد وتقسيم :

الأصل أن العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، ولا يترتب عليه كقاعدة عامة أي أثر. فالنتيجة لفكرة العيب أو البطلان هي عدم نفاذ التصرف وعدم ترتيبه لأية آثار قانونية ، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى إهدار التصرفات القانونية بصفة عامة ، والعقود بصفة خاصة ، فكانت نظرية إنقاص العقد التي تتعارض مع هذه النتيجة، وعليه فإن العديد من التشريعات الغربية[230] والعربية[231] تقر وتعتمد نظرية إنقاص العقد من أجل ضمان استقرار العقود واستمرارها قدر الإمكان فكلاهما يقومان على فكرة استثمار العقد والمحافظة عليه وهذا يتفق وغرض المتعاقدين[232].

فالعقد الباطل بطلاناً كاملاً أو بطلاناً نسبياً في جزء منه هو عقد موجود قانونياً ومنتج لآثاره القانونية لحين أن يطلب شخص ذو مصلحة إبطاله فيتقرر إبطاله اتفاقاً أو عن طريق القضاء فيزول هذا العقد بآثاره ويعتبر كأنه ما كان[233]. أي أن كلا النظريتان تقومان على وجود بطلان في العقد فنظرية التحول أساسها وجود بطلان في العقد كله و أن يحمل هذا العقد الباطل في طياته عقد آخر صحيح، بينما نظرية الانتقاص يكون البطلان في جزء معين أو عدة أجزاء من العقد في حالة إمكانية التجزئة في العقد وعدم الترابط بين الجزء الباطل والصحيح. ويلاحظ أن العقد المنتقص باعتباره تصرف قانوني ينتج أثر أصلي وليس عرضي على عكس العقد المتحول والذي يكون أثره عرضياً لا أصلياً لاعتباره واقعة [234].

ويعرف تحول العقد بأنه استبدال للعقد الباطل بعقد جديد صحيح كان موجود بين طيات العقد القديم، أما بالنسبة لإنتقاص العقد فهو بقاء نفس العقد مع بتر الجزء الباطل منه إذا كان هذا العقد قابلاً

---

[230] يعد التقنين المدني الألماني اول تشريع غربي قنن فكرة انقاص العقد حيث خصه في المادة (139) منه.

[231] تبنى القانون المدني الجزائري فكرة انقاص العقد في المادة (104) منه نقلا عن التقنين الألماني مع اختلاف في الصيغة حيث نصت المادة على انه "اذا كان العقد باطلا او قابلا للابطال في شق منه فهذا الشق وحده الذي يبطل الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا او قابلا للابطال فيبطل العقد بأكمله" .

[232] جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1956 ، ص80.

[233] جاءت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي منتقدة لتسمية البطلان النسبي ، فالعقد هنا ليس باطلا ما دام لم يبطل فهو قائم ومنتج لاثاره ما دام لم يقضى بابطاله .

[234] إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي ، تحوب العقد المالي واثره ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية ، المملكة العربية السعودية ، 1425هـ ، ص53.

للانقسام ، فكلاهما يعتمد على المعيار الذاتي الذي يعطي حرية التصرف والنزعة الفردية في إبرام التصرفات القانونية للعقود بين الافراد[235].

يترتب على البطلان انهيار التصرفات ومن هنا جاءتا فكرتا التحول والإنتقاص. وتشابه الإنقاص والتحول لا يعني عدم وجود اختلافات وفارق جوهري بينهم يجعل من كل نظام مستقلاً بطبيعته وشروطه وآثاره ، وعلى ذلك سنقوم بتقسيم هذا الفصل لمبحثين لبيان معنى إنقاص العقد واختلافه عن معنى التحول في العقد وسيكون تقسيم خطة البحث في هذا الفصل بالشكل الآتي: المبحث الأول نظرية إنقاص العقد والمبحث الثاني نظرية تحول العقد.

المبحث الأول : نظرية إنقاص العقد:

يعتبر البطلان الجزئي للعقد ليس سوى أثر من الآثار الأصلية المترتبة على العقد الباطل حيث يكون العقد باطلاً في جزء منه وليس في مجمله ، فيؤدي ذلك إلى سقوط الجزء الباطل من العقد دون سقوط الجزء الصحيح باعتباره عقداً مستقلاً بذاته ، وقد عرف بعض فقهاء القانون البطلان الجزئي بالعقد بأنه وجود جزء باطل وجزء صحيح في ذات العقد حيث يستبعد الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح قائماً باعتباره مستقلاً بذاته وهذا ما يطلق عليه انقاص العقد[236].

تطبق نظرية إنقاص العقود إذا لم يكن العقد قابلاً للانقسام فيترتب على بطلان شق منه بطلان العقد كاملاً وأخذت بهذه النظرية بعض القوانين المدنية العربية[237]، فمثلاً لو اقترن عقد هبة بشرط غير مشروع ولم يكن هذا الشرط هو الدافع الباعث للهبة فالعقد ينتقص منه هذا الشرط الغير مشروع وحده وباقي العقد يبقى صحيحاً ، عكس إذا كان هذا الشرط هو الدافع والباعث للهبة فيبطل العقد كاملاً أو يتم تحويله إلى عقد آخر وهذا ما يسمى بتحول العقود إذا توفرت شروط هذا العقد ، ويجدر العلم أن البطلان يرتبط بفكرة مخالفة القانون وذلك يجعل البطلان نتيجة لمخالفة قواعده ، فهناك تلازم بين البطلان ومخالفة قواعد القانون أو عدم توفر الشروط التي يتطلبها القانون في تكوين العقد ، فالعقد الذي لا يراعي في تكوينه القانون هو عقد باطل لا ينشئ أثر قانوني ولا ينشئ عنه حق ولا يترتب عليه التزام [238].

الأصل أن العقد الباطل عديم الأثر ولكن هذه القاعدة غير مطلقة فالإنقاص والتحول يرتبان أثراً على بطلان التصرف ، ويعرف بعض الفقهاء إنتقاص العقد بأنه: "استبعاد الالتزام المعيب فيه أو

---

[235] بوهالي جميلة ، انقاص العقد ، رسالة ماجستير ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2017 ، ص14.

[236] د. عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والمصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971 ، ص363.

[237] أخذ التشريع الجزائري بالمعيار الذاتي الذي يأخذ بإرادة المتعاقدين التي من الواجب مراعاتها لتكوين أو إنهاء أو تعديل التصرفات القانونية الخاصة بالعقد الباطل ويظهر ذلك من خلال المادة 104 والتي تقابلها المادة 143 من القانون المدني المصري

[238] د. جميل الشرقاوي ، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، 1956 ، ص94.

استبعاد العناصر المعيبة لهذا الالتزام و استبقاء الالتزامات الصحيحة أو الأجزاء الأخرى الصحيحة من الالتزام الذي يشكل أساس[239]، إلا أن بعض الفقهاء وجدوا أن هذا التعريف قد يسبب خلطاً بين معنى تحول العقد ففرقوا بين النظريتان من خلال ذكر استخدام الإنقاص بالنسبة للعقد الباطل فهو يستخدم في معنيان ولتحقيق غرضين: أولهما أنه يستخدم لاستبعاد الجزء المعيب من العقد ولكن ليس كلياً كما في الحالة الأولى ، مثال ذلك الاتفاق الباطل في ميدان التجارة لعدم صحته يحول إلى تعهد صحيح[240].

يترتب الإنقاص بحكم القانون والآثار المترتبة عليه مصدرها القانون وليس التصرف القانوني ، فالالتزامات التي يفرضها القانون في حالة الإنقاص لم تتجه إليها إرادة المتعاقدين بل اتجهت لغيرها ، وهذا يكيف الإنقاص بأنه تعديل قانوني عن طريق استحداث التزامات جديدة مصدرها القانون تحل محل القديمة الباطلة أو تعديل قضائي وسيلته التجديد الجبري للالتزام القديم باستناده لحكم قضائي[241].

من آثار إنقاص العقد أن يبطل الشق الباطل وينعدم كأنه لم يكن ولا يرتب أي أثر ، وبالتالي جعل القانون الوضعي قضية الإنقاص تقوم على معيار ذاتي يهتم في معرفة نية المتعاقدين وإرادتهم في الانعقاد بغير الشق الذي بطل وهذا يعني البحث في الإرادة غير الظاهرة ، بينما اتجه الفقه الإسلامي[242] ليجعله قائماً على المعيار الموضوعي كما ذكرنا سابقاً ولكن دون إهمال لإرادة المتعاقدين أيضا فأعطى المتعاقدين الخيار في إكمال العقد أم لا. فالشريعة الإسلامية والقانون ذكرا أن العقد إذا كان قابلاً للانقسام يسقط الجزء الباطل منه ولا ينال من تكييف هذا العقد ولا يغير من طبيعته القانونية أو من آثاره المنتجة ، فعندما لا يكون هذا الجزء الباطل هو الدافع للتعاقد أو الذي حمل المتعاقد على ابرامه ولا يؤثر على رضى المتعاقدين فهنا يمكن استثناءه.

المطلب الأول : ماهية نظرية إنقاص العقد:

إن الإنقاص من العقود ما هو إلا تعديل لهذه العقود ومصدر هذا التعديل هو القانون فهذا التعديل يرتب التزامات جديدة تحل محل القديمة الباطلة أو يرتب تجديداً للالتزامات القديمة ، فالالتزامات التي تترتب على العقد الباطل بعد إنقاص الشق الباطل منه ليس مصدرها إرادة المتصرف بل مصدرها القانون فهو يفرضها لتحل محل الالتزامات القديمة [243]، كما أن فكرة الإنقاص في العقود

---

[239] الأستاذ Mp Fumstom في تعريف انتقاص العقد.

[240] صاحب عبيد فتلاوي في التفرقة بين تحول العقد وانقاصه.

[241] إبراهيم أبو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانتقاص ، ط1 ، الكويت ، 1998 ، ص61.

[242] أ سعد سعيدة ، الآ ثار العرضية للعقد الباطل ، رسالة ماجستير ، عقود ومسؤولية ، البويرة ، 2014 ، ص9 .

[243] جميل الشرقاوي ، نظرية البطلان ، ص83.

تؤول لتكيفها بأنها تجديد جبري أكثر صحة من الالتزام العقدي السابق ، فإنقاص العقد ما هو إلا تعديل قضائي للعقد يقوم به القضاء وفقاً لسلطته التقديرية [244].

فالإنقاص يعتبر وسيلة قانونية متميزة ومنفردة عن غيرها من الأنظمة بما لها من استقلالية يصحح القاضي بمقتضاها العقد المعيب في شق منه باستئصال هذا الشق مع الإبقاء على ما تبقى من العقد صحيحاً ، ويقضي به القاضي وفق الأصول والقانون ، أي أن القانون قد يتولى بنفسه تصحيح أو استبعاد الجزي الباطل في العقد بغض النظر عن ما تتجه له إرادة الأطراف مع مراعاة أن القانون هنا كاشف وليس منشئ للتصحيح [245].

يتميز الإنقاص في العقد عن تعديل العقد بأنه لا يرد إلا على عقد أو تصرف قانوني باطل بطلان جزئي كعقد الهبة المقترن بشرط غير مشروع يتم في هذه الحالة إنقاص الشرط واستمرار العقد بدونه ، أما تعديل العقد فهو لا يرد إلا على عقد صحيح غير معيب كما في عقود العمل حيث يجوز لرب العمل نقل العامل وتشغيله في عمل غير عمله المتفق عليه في العقد في حالات معينة وتحت قيود معينة فهذا التبديل لا يخل بصحة العقد ، وهذا يعني أن الإنقاص هو استثناء على مبدأ عدم قابلية العقد للتجزئة يقوم على نية أطراف التعاقد وإرادتهم بعكس التعديل الذي هو ضد إرادة أحدهما وعدم عدالته للطرف الآخر[246]. وفكرة الإنقاص لا تطبق إذا كان العقد باطلاً في جزء منه ولكن العقد لا يجزء إما لطبيعة المحل أو لانصراف نية المتعاقدين ، أو أنه لا يتم إلا بصحة الشق الباطل منه ، فهنا يكون العقد باطلاً لعدم قابليته للتجزئة.

ويعتبر الإنقاص مرادفاً للبطلان الجزئي فكلاهما يؤديان لنفس النتيجة وهي حذف الشق الباطل والإبقاء على الصحيح الآخر ، فالإنقاص هو صورة خاصة ترتب بعض الآثار الأصلية في العقد دون بعضها الآخر رغم بطلانه [247]، ويرى بعض الفقهاء أن إنقاص العقد ما هو إلا مجرد تطبيق من تطبيقات البطلان الجزئي[248].

إن فكرة الإنقاص تحدد نطاق البطلان على ما عاب من العقد وقصره عليه دون باقي العقد ، فالإرادة في الإنقاص هي إرادة مفترضة وليست حتمية فهي تأتي وقت النزاع لا الإبرام ، فالقانون الألماني جاء بأن من يرغب من الأطراف بإنقاص العقد بدلاً من البطلان عليه أن يثبت أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت لتصحيح العقد بإبقاء الشق الصحيح لو علم بالشق المعيب وقت الإبرام ولو عجز عن ذلك بقي البطلان هو المتجه إليه في العقد. نجد هنا أن القانون الألماني فرض عبء

---

[244] د. سمير عبدالسيد تناغو ، الالتزام القضائي ، رسالة دكتوراه ، باريس 1965 ، ص82 .

[245] منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد ، ص104.

[246] إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص62.

[247] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والمصري ، دار النهضة ، القاهرة ، 1971 ، ص363.

[248] جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الاتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ، ص254.

الإثبات على الأطراف على المتمسك بالإنقاص من خلال إثبات انعدام مصلحة الطرف الآخر في التمسك في البطلان.

الفرع الأول : مفهوم إنقاص العقد وشروط الإنقاص :

أولاً : الإنقاص لغة :

قبل أن ندخل في موضوع إنقاص العقد سنتناول مفهوم اللفظ في المعاجم العربية لكي نوضح مفهومها اللغوي فقد جاء في معجم لسان العرب بأن النقص : الخسران في الحظ و النقصان يكون مصدراً ويكون قدر الشيء الذاهب من المنقوص ، ونقول نقص الشيء ينقص نقصاً ونقصاناً ونقيصة ، ونقيصة هو، يتعدى ولا يتعدى ، وانقصه لغة ، وانتقصه وتنقصه : أخذ منه قليلاً قليلاً على حد ما يجيء عليه هذا الضرب من الأبنية بالاغلب ، وانتقص الشيء نقص[249].

ثانيا : تعريف نظرية إنقاص العقد في الفقه الإسلامي :

وجدت نظرية الإنقاص في الفقه الإسلامي وأقرها معظم المذاهب الإسلامية وجاءت فكرة إنقاص العقد عند فقهاء المسلمين بما يعرف بتفريق الصفق فسبقوا فقهاء القانون في إيجاد هذه النظرية[250] ويكون الإنقاص في الفقه الإسلامي في حال تضمنت الصفقة أو العقد شرطاً فاسداً إذا ينقص هذا الشرط وحده ويصح الباقي[251] ، فعرف تفريق الصفقة عند الحنفية بتفريق العقد أي أن يوجب الملك في بعض المبيع دون الآخر[252] ، ولم يخرج عن ذلك إلا الإمام زفر والذي يرى بأن إنقاص العقد غير جائز في أي حالة كانت لأن العقد ضمن مجموعة والمجموعة لا تتجزأ[253]، تقوم هذه النظرية على أساس موضوعي قوامه بيان العوض أو عدمه سواء أكان الشق المراد إنقاصه باطلاً أو موقوفاً.

لم ينفرد فقه مذهب من المذاهب الإسلامية في تقريرها بل أكثرها مقر لها ، فقد جاء في الفقه الحنفي بأن من جمع بين حر وعبد ، أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما ، وإن جمع بين عبد ومدير أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف ، صح في القين وعبده والملك ، أما الأول فالمذكور على اطلاقه قول أبي حنيفة ، وعندهما أن بين ثمن كل واحد منهما ، جاز في العبد والذكية وإلا فلا ، لأنه إذ بين ثمنها صار صفقتين فيقرر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمناً لأنه يبقى بيعاً بالحصة ابتداءً وهو لا يجوز وله أن الصفقة متحددة فلا يمكن وصفها

---

[249] أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ، ج 7 ص 100-101 ، ط بيروت 1956م – 1375ه.

[250] صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص105.

[251] عصام أنور سليم ، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1994 ، ص256.

[252] ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ص604.

[253] عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج4 ، 1957 ، ص153.

بالصحة والفساد فتبطل وهذا لأن الحر والميت لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطاً لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل ، أما الثاني فهو قول علماءنا الثلاثة ، وقال زفر: لا يصح لأن محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحو كام الولد والمكاتب قد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في المال فيسفسد كالفصل الأول ، والفرق بين الفصلين لأبي حنيفة مطلقاً ولهما إذا لم يفصل الثمن ، أن المدبر ونحوه يدخل تحت المبيع ثم ينقص في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد ، وفي الفصل الأول الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلاً ، فلو حاز البيع في ما ظم إليه لكان بيعاً بالخصة ابتداءً، فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد. والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل أن القاضي لو قضى بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاء في الأصح وفي عبد الغير بإجازة مولاه ولولا أنهم ما لم يدخلو في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة وإنما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم في المدبر وأم الولد والمكاتب وفي عبد الغير لأجل مولاه فلا يكون بيعاً بالحصة ابتداءً بل في حالة البقاء يفسد ، وفيما إذا جمع بين ملك ووقف روايتان وفي رواية يفسد في الملك لأن البيع لا ينعقد على الوقف لأنه صار محرزاً عن الملك والتملك وصار كما لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه أبو الليث في نوازله والأصح أنه يجوز في الملك لأن الوقف مالاً ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال غير أنه لا يباع لاحل تعلق حق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدبر ونحوه[254].

ومن هذا المثال يظهر لنا أن الحنفية يبنون أراءهم على ما يلي :

أولاً : إذا كان العقد في جزء منه صحيح وفي الجزء الاخر باطلاً لا يدخل في العقد إلا الجزء الصحيح لأن العقد لا ينعقد في الجزء الباطل واعتبروه عقديين مستقليين لكل عقد آثاره الخاصة به[255].

ثانياً : يسقط من العقد الجزء الباطل ويبقى باقي العقد صحيحاً إلا إذا كان هذا الجزء لا يتجزء من العقد.

ثالثاً : قد ينتقص من العقد إذا كان فيه شقين واحد صحيح وآخر باطل ، فإذا كان الجزء الباطل موقوفاً ولم يجزء هذا الشق الباطل بقي الجزء الصحيح صحيحاً لأن الحنفية يذهبون لاعتبار العقد الموقوف من اقسام العقد الصحيح وإن عده البعض من أقسام العقد الباطل[256].

---

[254] محمد بن احمد أبو بكر شمي الائمة السرخسي ، المبسوط ، ج13 ، ص3-5 ، والبحر الرائق ، ج6 ، ص90-91 ، وتبين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي بن محمد الزيلعي ، ج4 ، ص60-61 ، والهداية ، ج2 ، ص50-51 لعلي بن ابي بكر المرغيناني ، والاختيار لتعليل المختار لعبدالله بن محمود بن مودود الموصلي ، ج1 ، ص196.

[255] أسعد سعيدة ، مرجع سابق ، ص9.

[256] أسعد سعيدة ، مرجع سابق ، ص9.

كما ذكر إنقاص العقد في الفقه الشافعي الذي جاء بأن العقد باطل في الشقين لجمعه حلالاً وحراماً فيغلب التحريم ، أي أن إنقاص العقد يسقط به الجزء الباطل ويبقى الثاني صحيح ، وجاء في الفقه المالكي أيضاً في رأي أنه يبطل في شقيه إنوجد شق باطل وفي رأي اخر أنه ينتقص فيسقط الشق الباطل ويبقى الباقي صحيح. وكذلك الأمر في الفقه الشافعي وفقه الإمامية الإثني عشرية وفقه أهل الظاهر، ومما تقدم نجد أن نظرة الفقهاء لهذه النظرية قائمة على أساس معيار موضوعي في إنقاص العقد في جزء منه دون النظر للاخر ، وهنا يظهر شمول الفقه لهذه النظرية حتى ولو كانت لم تأخذ هذه الصياغة صراحة[257].

ثالثا : تعريف نظرية إنقاص العقد في القانون :

وجد مصطلح تفريق الصفقة في مجلة الأحكام العدلية في الفصل السادس منها في بيان خيار العيب، ووجد هذا المصطلح في باقي القوانين بإسم نظرية إنقاص العقد حيث عرف القانونيين هذه النظرية بأنها: عقد يتضمن مجموعة من الشروط بعضها صحيح وبعضها باطل إما لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة أو لأن أركان العقد لم تستوف الشروط المطلوبة لصحة العقد[258]، واختلف فقهاء القانون في تكييف نظرية إنقاص العقود بأنها إما تعديل قانوني لإنشاء التزامات جديدة مصدرها القانون وتحل هذه الالتزامات مكان الالتزامات القديمة الباطلة ، أو بأنها تعديلات قضائية نظراً لاعتبار الإنقاص تطبيق من تطبيقات القضاء يقضي بتعديل العقد وتعديل التزاماته وإنشاء التزامات جديدة من خلال حكم قضائي ، وتكون وسيلة هذا التعديل القضائي هي التجديد الجبري للالتزام الباطل وفق حكم قضائي [259].

ذهب جانب من فقهاء القانون إلى القول بأن الانقاص هو بطلان جزئي للعقد[260]، فهنـــاك من يراه مجرد تطبيق من تطبيقات البطلان الجزئي إذا لا يتحقق انقاص العقد إلا إذا كانت مكوناته مغالى فيه، كمحل العقد أو ثمنه أو مدته فيتم تخفيضها إلى الحد المقرر قانوناً ، كما ذهب اتجاه آخر من الفقهاء ، إلى اعتبار الإنقاص هو نفسه بطلان جزئي وليس تطبيقاً من تطبيقاته ، إذ يرد على العقد فيبطل جزءاً من دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحاً ومرتباً لكل آثاره ، في الواقع أن هـــذا الرأي رغم تحقيقـــه قـــدراً من الإجماع ، إلا أنـــه لا يخلو من النقـــد لأنـــه يتعـــارض مع جوهر الإنقاص وغـــايتـــه ، فلو فرضنا أن الإنقاص يعادل البطلان الجزئي فإن ذلك يعني أن العقد كان صحيحاً قبل إنقاصه فيأتي هذا الأخير فيبطله جزئيا ، وهذا يتعارض مع نظام إنقاص العقـــد ، والـــذي يترتـــب كـــأثر البطلان الجزئي حيث يكون هذا البطلان بالفرض متحققاً فيأتي الانقاص

---

[257] عصام أنور سليم ، مرجع سابق ، ص256.

[258] السنهوري ، مصادر الحق ، ص100.

[259] إبراهيم أبو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية (دراسة تحليلية تطبيقية نظرية الانتقاص) ، الطبعة الأولى ، الكويت ، 1998 ، ص61.

[260] جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1956 ، ص82.

بعد ذلك لتقيد نطاقه والاحتفاظ بالشـــق الصحيح ، فهو حل يفيد التخفيف من الجزاء المتمثل في البطلان الكلي للعقد الذي كان سيترتب تلقائياً لولا إنقاصه ، ويرى البعض الآخر أن المقصود من الإنقاص هو تصحيح العقد ، فالتصحيح بمعناه الضيق يكون بتغيير في عنصر من عناصر العقد المعيب دون أن يتغير تكييف العقد إلى نوع آخر، إذ يحصل التغيير في مضمون التصرف وليس في طبيعته وتكييفه[261].

وهناك من يرى بأن إنقاص العقد ما هو إلا صورة خاصة يرتب فيها العقد بعض الآثار الأصلية دون البعض الآخر بالرغم من بطلانه ، لأننا بصدد عقد إما يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال في جزء منه صحيحاً في الجزء الآخر وهذه الحالة يستبعد الجزء الباطل أما الباقي فيظل صحيحاً عندئـــذ يبطل الباطل ويبقى الآخر سليماً وهو بذلك يرتب آثاراً أصلية وليست عرضية[262].

وعرفت نظرية إنقاص العقد بأنه: إلغاء جزء من العقد لبطلانه أو عدم نفاذه وبقاء الجزء الآخر صحيحاً متى كان التصرف القانوني قابل للإنقسام مع تحديد العوض لكل جزء من العقد[263]. يعتبر إنقاص العقود نظام مستقل بذاته أخذ بالمعيار الذاتي في أحكامه بهدف تقييد البطلان بحيث يحافظ على بقاء جزء من العقد بدل ابطلاه كله ، أي أن فكرة الإنقاص لا تطبق إلا في حالة وجود شق باطل وقابل للتجزئة[264].

ظهرت نظرية إنقاص العقد في القوانين الغربية واستقاها المشرعين العرب من هذه القوانين ومن المشروع المصري خاصة باعتبار أنه أثر من آثار العقد الباطل ، كما وجاء في مشروع القانون المدني الفلسطيني بأنه : " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله[265] ".

كما نص القانون الأردني على أنه: " 1- إن كان العقد في شق منه باطل بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فانه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي. 2- إذا كان العقد في شق منه موقوفاً ، توقف في الموقوف على الإجازة فإن أجيز نفذ العقد كله ، وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض ويبقى في النافذ بحصته [266]". وقد تناولت هذه المادة صورتين لإنقاص العقود الأولى إذا كان العقد باطل في شق منه وفي الآخر صحيح ، والثانية إذا كان العقد نافذ في شق منه وفي الآخر موقوف ، وهذا يعني أن نظرية إنقاص العقود في القانون

---

[261] السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص501.

[262] د عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص363.

[263] بلقيس حدادين ، نظرية انتقاص العقد في القانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير ، جامعة اليرموك ، الأردن ، 2014.

[264] د عبد المجيد الحكيم واخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1987 ، ص125.

[265] مشروع القانون المدني الفلسطيني , المادة 141.

[266] القانون المدني الأردني ، المادة ١٦٩.

الأردني تهدف إلى تقييد بطلان العقد المعيب وقصره على شقه الباطل بدلاً من أن يشمل البطلان العقد كله طالما يمكن ذلك بعدف استقرار التعامل بالإبقاء على جزء من العقد بدل من هدمه [267].

وقد جاء ذكر هذه النظرية في قرار لمحكمة التمييز الأردنية استناداً للمادة السابقة والذي نص على: " اعتبار اتفاقية البيع باطلة لبطلان شق منها والمتعلق بالباقي لأنه لا يجوز بيعه خارج دائرة التسجيل ولأن الاتفاقية لم تحدد ثمناً لكل صنف من الأصناف المباعة بموجب العقد موضوع الدعوى [268]".

ووجد مفهوم هذه النظرية في القانون المدني المصري المأخوذة من التقنيات الجرمانية والتي نصت على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله[269]".

وجاء في هذا الصدد بأنه لا يوجد ثلاث أحوال للعقد مستقلة ببعضها عن البعض الآخر ، الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق بل توجد حالتان الصحة والبطلان المطلق ، والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان ، ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان [270].

وجاء القانون العراقي مشابهاً لما جاء به القانون المصري في تعريف هذه النظرية حيث نص القانون المدني العراقي على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً[271]. والمقصود به هو تجزئة العقد إذا لم يكن التصرف باطلاً كله بل في جزء منه فهذا الجزء وحده من يبطل وباقي العقد يبقى صحيحاً مستقلاً له أثره. واستمد هذا القانون نظرية البطلان من الفقه الإسلامي الذي ساوى بين العقد الباطل والفاسد.

بينما جاء أيضاً تعريف لهذه النظرية في القانون الجزائري على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فيبطل العقد كله ، والمقصود بنظرية إنقاص العقد هو إنقاص

---

[267] مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام المصادر الارادية للالتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة) ، دار الكتب القانونية ، 2005 ، ص 436.

[268] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 80 لسنة 1990 ، تمييز حقوق ، منشورات عدالة .

[269] ورد هذا النص في المادة 303 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض التعديلات وأصبح رقم المادة 147 في المشروع النهائي ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ عدل مرة أخرى بانتقاص جملة يصبح النص المذكور أعلاه ولتصبح رقم المادة 134 من المشروع النهائي ، ووافق مجلس الشيوخ عليها وأقرتها اللجنة في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 3 ص 259-261.

[270] السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1 ، ص 538 ، هامش 2 نقلا عن نظرية العقد للمؤلف ص 618 ، هامش1.

[271] القانون المدني العراقي ، المادة ١٣٩.

شقه الباطل وإبقاء العقد صحيحاً بشقه الآخر وتسمى هذه العملية كذلك بالبطلان الجزئي حيث يبطل جزء من العقد دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحاً ومرتباً لكل آثاره[272]".

وذكر إنقاص العقد في القانون المدني السوداني حيث نص على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو موقوفاً فهذا الشق وحدة هو الذي يبطل أو يقف إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو موقوفاً فيبطل العقد كله وهذا يعني اعتبار إنقاص العقد فيتم النظر للعقد فإن كانت الصفقة يمكن تجزئتها صح الجزء الصحيح وإذا كانت لا يمكن أن تتجزأ صارت الصفقة كلها باطلة[273]".

ويعرف إنقاص العقد بأنه جزاء يلحق في بعض الأحيان العقود الباطلة إذا كانت باطلة في شق منها فقط كانقاص الفائدة الاتفاقية إذا تجاوزت السعر القانوني ، وتقضي هذه النظرية بأن بطلان أحد أجزاء العقد لا يجعله باطلاً بأكمله بل في جزء منه فيزول هذا الجزء ويبقى العقد صحيحاً .

ترى الباحثة أن إنقاص العقد ما هو إلا تصحيح للعقد الباطل عن طريق استبعاد الجزء المعيب الذي لا يتجزأ من هذا العقد شريطة أن لا يكون هو الدافع من التعاقد وإن هذا التصحيح لا يكون إجباري وتكون إرادة المتاعقدين تتجه للعقد الجديد المصححص وشريطة عدم التغيير في وصف العقد القانوني.

الفرع الثاني : شروط إنقاص العقد :

العقود تلزم المتعاقدين وقد ينصرف أثر التعاقد إلى الغير باعتبار وجود أثر نسبي للعقود متى يقع العقد صحيحاً ولازماً منتجاً لآثاره باستيفاءه لأركانه كاملة والأصل أن البطلان هو جزاء لأطراف العقود التي اختل ركن من أركانها أو شرط من شروط انعقادها بغض النظر إذا كانت ملزمة لجانبين أو جانب واحد فقط ، إلا أن درجة هذا البطلان تختلف باختلاف القاعدة التي تم خرقها ولم يتم مراعاتها عند انعقاد العقد ، فإذا كان ركن يكون البطلان مطلق أما إذا تخلف شرط صحة فيكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً وقد ينفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون إذا أصبح تنفيذ التزام أحد أطراف العقد مستحيلاً لسبب أجنبي فيسقط الالتزام[274].

فإذا كان العقد معيباً في شق منه حيث يكون باطلاً أو موقوفاً وصحيحاً في شق آخر فالشق المعيب هو الذي يبطل فقط ويبقى باقي العقد صحيحاً ومنتج لأثره شرطة أن لا يكون ذلك الشق الباطل شق مهما في العقد لم يكن ليبرم لولاه وإلا بطل العقد كاملاً وتقوم هذه النظرية على إحترام إرادة

---

[272] القانون المدني الجزائري ، المادة ١٠٤.

[273] القانون المدني السوداني ، المادة ٩٤.

[274] السنهوري ، نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص801.

المتعاقدين وإنقاذ ما يمكن إنقاذه من الإرادة وليس مخالفتها حتى ولو كان الشرط الباطل هو الباعث في تطبيق هذه النظرية[275].

يتم انقاذ العقد من البطلان بوساطة إنقاصه ، فالإنقاص يستهدف حصر البطلان في الشق المعيب من العقد دون مده للشق الصحيح[276] ، وهذه النظرية تبقي العقد نفسه مع معالجة للبطلان دون أن ننتقل لعقد آخر ، فالإنتقاص يصحح العقد بالابقاء عليه دون أن يغير في نوع العقد أو تكيفه بعد زوال البطلان الذي كان يوصف به العقد ، فما البطلان إلا تغير في عناصر العقد ويتثمل هذا التغيير باستبعاد أو اسقاط الجزء الباطل ، إلا إذا كان الجزء الباطل هو الدافع للتعاقد ، فلا يتصحح العقد بالإنقاص فيتجه القانونيين إلى عدم الالتفات لإرادة المتعاقدين في بعض الحالات ، ويكون التصحيح هنا بحكم القانون والقضاء[277].

ونظرية إنقاص العقد تعتمد في تكوينها على المعيار الذاتي وهو إحترام إرادة المتعاقدين وإنقاذ الممكن من إرادتهم فهي الأساس المنشئ للعقد وتحدد شروطه وآثاره ، أما بالنسبة للمعيار الموضوعي فيتلخص في البحث في نية المتعاقدين إذا كانت متجهة لإنقاص الشق الباطل والإستمرار في العقد بدون هذا الشق أو ابطال العقد كامل[278].

ويعرف الشرط بأنه : الأمر العرضي المستقبلي غير محقق الوقوع والذي لا يعتبر تصرف قانوني ولكن يمكن اعتباره وصفاً للرضا ، وقد يظهر هذا الشرط بصورة عبء أو قيد على التصرف أي أن الشرط تعني التقييد وليس التعليق ، ويعتبر جزء من التصرف عند البعض أي أنه لا يعتبر شرطاً بمعنى الكلمة ولا يكون واقعة خارجية يعلق عليها الالتزام والرضا[279].

الفكرة الرئيسية التي يقام عليها الإنقاص هي بطلان شرط في التصرف لأن التصرف يحقق وجوده الذاتي باستقلالية دون الشروط المطلوبة في العقود كشروط الإنعقاد أو الصحة أو النفاذ[280]، ولتطبيق إعمال نظرية إنقاص العقد يتطلب قيام شروط خاصة واتباع إجراءات محددة إن قامت قام التصرف صحيحاً ، ومن هذه الشروط الجوهرية والمتعارف عليها :

أولاً : أن يكون العقد باطلاً في شق منه فقط وليس كاملاً :

يعتبر هذا الشرط أساسياً في اعمال نظرية الإنقاص فقد يبطل العقد كاملاً أو يبطل في جزء منه دون باقي الأجزاء وللحفاظ على الجزء الصحيح منه يتم إعمال هذه النظرية لأن العقد الباطل كاملاً

---

[275] بوهالي جميلة، مرجع سابق ، ص14.

[276] د احمد يسري ، تحول التصرف القانوني ، دراسة مقارنة للمادة 144 من القانون المدني المصري على أساس المادة 140 من القانون المدني الألماني ، رسالة دكتوراة ، جامعة هيدلبرج ، المانيا ، مطبعة الرسالة ، مصر ، 1958 ، ص36.

[277] السنهوري ، مرجع سابق ، ص501.

[278] ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج1 ، مصادر الحقوق الشخصية ، المجلد الأول ، نظرية العقد ، ط1 ، وائل للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2000 ، ص179.

[279] محمد شتا أبو سعد ، المعاني المختلفة للشرط ، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية ، القاهرة ، عالم الكتب ، 1981 ، ص18.

[280] أسعد سعيدة ، مرجع سابق ، ص11.

يطبق عليه نظرية التحول وليس الانتقاص[281]، وهذا يعني أن نظرية انتقاص العقد لا يعتد فيها إلا إذا وجد بطلان في جزء من أجزاء العقد أو كان هذا العقد متضمن لشق مخالف للقانون أو شق غير مشروع.

ثانياً : أن يكون العقد قابلاً للإنقسام والتجزئة :

أي يمكن الفصل في العقد بين الشق الباطل والشق الصحيح لإنقاذ العقد من البطلان ، لأن العقد الغير قابل للإنقسام يبطل بأكمله ، فإذا تبين أن العقد لا يقبل الإنقسام وأنه وحدة واحدة لا تتجزأ فيبطل كاملاً ومن يتمسك بصحة ما تبقى من أجزاء العقد يقع عليه عبءالإثبات ، أو يكون محلاً لتطبيق نظرية تحول العقد عليه وليس الإنقاص ، وعلى أثر ذلك لا يمكن إنقاص العقد إلا إذا كان العقد ينقسم ويتجزأ إلى أجزاء مستقلة ، فالعقد يقبل التجزئة إذا كان استبعاد الشق الباطل لا يغير من تكييف العقد شيئاً ولا يغير من طبيعته القانونية[282].

ثالثاً : أن يكون الشق الباطل غير مؤثر في العقد وأثره :

وبمعنى آخر أن لا يكون الشق الباطل جوهرياً دافعاً للتعاقد ، فيبقى العقد قائماً في شقه الصحيح إن كان هذا الشق لا يتعارض مع الشق الباطل[283].

رابعاً : عدم تعارض الإنقاص مع إرادة المتعاقدين :

وبالتالي يجب أن لا يكون الإنقاص يتعارض مع قصد الأطراف أو مبدأ حرية التعاقد ، فإن كان أحد الأطراف لا يرضى إبرام العقد بغير الشق الباطل إمتد البطلان للعقد كاملاً[284].

ولكن لا يكفي لإعمال الإنقاص أن يكون التصرف قابل للإنقسام بل يجب أن يكون الجزء المتبقي صحيحاً قابل للوجود الذاتي المستقل شرط أن يكون الجزء الباطل من التصرف ليس شقاً جوهرياً ولا مرتبطاً بالجزء الصحيح من العقد ، ويجب أن لا يكون هذا الشق دافعاً للتعاقد وإلا بطل التصرف كله[285].

عرف التصرف الجوهري بأنه الجزء الذي ما كان العقد ليتم بدونه ، وعرفه المشرع الكويتي بأنه الشق الذي لا يبرم العقد بغيره ، ومن خلال التعريفين نستنتج أن المشرع جعل فكرة الشرط الدافع أو الشق هما معياراً البطلان. ويجدر الإشارة إلى أن فكرة الشق أو الشرط الباطل باعتبارهما معياراً للإنقاص ما هما تعبير إلا عن نية المتعاقدين وقصدهم ، فإذا لم يكن الشق أو التصرف هو الدافع للتعاقد فإن بطلانه لا يؤثر في إرادة الأطراف[286].

---

[281] علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، الجزائر ، 2008 ، ص281،

[282] انظر الدكتور علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد.

[283] محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، 2012 ، ص87.

[284] حنان زغاري ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجزائر ، 2008 ، ص46.

[285] حسن علي الذنون ، أصول الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1970 ، ص122.

[286] محمد بوكماش ، مرجع سابق ، ص87.

إن نظرية الإنقاص كأي نظام قانوني لها معايير أساسية تستند عليها في تكوينها إما تكون معايير ذاتية أساسها إرادة الأطراف أو موضوعية ، وهذا يعني أن هناك شروط معينة يجب توافرها لإعمال نظرية الإنقاص[287] ومن هذه الشروط : قابلية التصرف للإنقسام والتجزئة ، وأن لا يكون الشق الباطل هو الدافع لإبرام التصرف:

أولاً : قابلية التصرف للإنقسام :

أساس فكرة الإنتقاص أن يكون العقد قابلاً للإنقسام والتجزئة ولا مجال لإعمال النظرية إذا كان العقد لا يجزء وتعود قابلية العقد للإنقسام لمحله ولطبيعته القانونية فهناك عقود لا تقبل التجزئة ، وهناك عقود تقبل التجزئة وتنقسم إنقساماً مادياً وموضوعياً[288]، فطبيعة التصرف إن كانت تجيز اعمال نظرية الإنقاص فالإنقسام المادي يكون حسب محل العقد وكان الجزء الآخر مستقل ، وهناك عقود لا يتصور أن تكون مجزئة لأنها إما تكون صحيحة بأكملها أو تبطل بأكملها ، ويجب التنويه بانه لا يمكن اعتبار التصرفات صحيحة بالنسبة لأحد الأطراف وباطة لآخر[289].

ثانياً : عدم جوهرية الشق الباطل :

ويقصد بها أن لا يكون هذا الشق الباطل هو الدافع للتعاقد[290]، وفكرة عدم الجوهرية في الجزء الباطل مرتبطة بنية الأطراف فمتى وجد البطلان افترضت عدم القابلية للإنقسام في نية الأطراف ، وهذا يعني أن نية الأطراف يجب أن تتجه للتجزئة ، فإن أثبت أحد الأطراف أو كلاهما أن العقد وحدة واحدة لا يتجزأ لارتباط الجزء الباطل بالجزء الصحيح فلا يتم فصل التصرف لاعتبار جوهرية الجزء الباطل والصحيح ، بحيث أن القسمة لا تتم في جزء دون الثاني[291]، ومن الصعب أن نحكم إن كان التصرف يقبل القسمة أم لا لأن رغبات الأطراف تختلف من شخص لآخر والحكم في هذه المسالة هو تقدير خاص بالقاضي لبيان أهمية وجوهرية الجزء الباطل حسب ظروف التعاقد وملابسات الموضوع[292]، وعبء إثبات جوهرية الشق يقع على من يتمسك بالبطلان[293].

---

[287] علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص281.

[288] عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص293.

[289] عبد العزيز المرسي ، مرجع سابق ، 399.

[290] علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص 283.

[291] السنهوري ، مرجع يابق ، ص549.

[292] عبد العزيز مرسي ، مرجع سابق ، ص402.

[293] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ط2 ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية ، 2008 ، ص77.

المطلب الثاني : تطبيقات على انقاص العقد :

على الرغم من أن بعض المشرعين نظموا فكرة الإنقاص في العقد باعتبارها نوع من أنواع مصادر الالتزام إلا أنهم اهتموا في بيان أن فكرة الإنقاص لا تقتصر على العقود فقط بل تشمل التصرفات القانونية جميعها ، فأي تصرف معيب في جزء منه دون الآخر وجب إعمال الإنقاص فيه إذا استدعى الأمر ، وهذا يعني أن كل اتجاه إرادة ينتج أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر عبارة عن إنشاء التزام أو حق أو انهاءه أو تعديله فيمكن اعمال نظرية الانقاص فيما يخصه[294].

إن النتيجة الطبيعية للبطلان هي إنهيار العقد ، ولكن وجود البطلان ينذر بالخطر الذي قد يهدد قيام العقد ووجوده ، لذلك تحاول معظم التشريعات إيجاد نظام الإنقاص الذي يضمن هذه الاستمرارية والاستقرار ، فإعمال هذه النظرية يلغي جزء أو أكثر من العقد بهدف استمراره ، ولكن يتعين على إعمال هذه النظرية تحديد نطاق الإنقاص ومداه من خلال جزء العقد الباطل لاختلاف العقود وأنواعها الإنقاص الذي يمكن أن يتطلبه العقد ليصح[295].

ويجدر الإشارة إلى أن التصرفات القانونية المعيبة بعيب من عيوب البطلان هي تصرفات صحيحة لحين الحكم ببطلانها ولا يمكننا اللجوء للإنقاص قبل الحكم ببطلانها لأن التصرف يفترض أن يكون صحيحاً قبل ذلك. ويجب الاستناد للمعيار الحقيقي المتمثل في إرادة المتعاقدين لإعمال الإنقاص بدلاً من المعيار الافتراضي[296].

الفرع الأول : إنقاص التصرفات والالتزامات :

أولاً : إنقاص محل التصرف :

وضع فقهاء القانون حدوداً للتصرف ومحله يتقيد بها الأطراف فإن خالفوا ذلك فلا يبطل التصرف كاملاً بل يتم اعمال نظرية الإنقاص ويصبح البطلان في الجزء الذي زاد عن الحد الذي فرضه المشرع ، أي يزول الطرف الزائد عن التصرف المقيد في حدود الزيادة ومثال على ذلك الوصية فالوصية لا يمكن أن تكون أكثر من ثلث التركة[297] فإن أوصى أحد بأكثر من الثلث فإن الموصى له لا يستحق إلا الثلث فتنتقص الوصية لتصبح في حدود الثلث.

ثانياً : إنقاص مدة التصرف :

---

[294] بوهالي جميلة ، مرجع سابق ، ص22.

[295] إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مرجع سابق ، ص108-110.

[296] إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص59.

[297] ثبت عن الصحيحين أن سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه أراد ان يوصي بشطر ماله فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم وقال له: " الثلث والثلث كثير او كبير .."وقوله عليه السلام : " ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند مماتكم" وهذا يدل على انه لا شي له في الزائد عليه.

يفرض فقهاء القانون حدوداً في مدة التصرفات ففرضوا حداً أقصى للتصرف ، فإذا أبرمت التصرفات لمدة أكثر من المدة المشروعة بطل التصرف ولا تنفذ هذه التصرفات في حدود تتجاوز المدة المقررة ، ومثال على ذلك عقد تأجير أملاك الدولة لمدة لا تزيد عن عشر سنوات فلا يمكن للأطراف الاتفاق على عقد تأجير لمدة أكثر من ذلك[298].

ثالثاً : إنقاص مقابل التصرف :

ويعني بمقابل التصرف الثمن أو الإيجار أو القسط أو ما شابه ذلك الأصل أن المقابل يترك دائماً لاتفاق الأطراف إلا أنه في بعض الحالات لا يتم ذلك بل يتدخل المشرع ويفرض مقابل معين يجب التقيد به ، كوضع مقابل معين لآجار المباني لا يمكن التعسف في الاتفاق على أعلى منه ، أو قسط التأمين الاجباري في مسؤولية حوادث السير ، ويمنح القاضي سلطة تقديرية مقابل التصرف في بعض الحالات إن كان مغالى فيه أم لا ليمنع الغبن والاستغلال في التعاقد ، مما يمكننا من إبطال الجزء المغالى فيه وإنتقاصه من العقد بدلاً من إبطاله[299].

رابعاً : إنقاص الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) :

الأصل في الشرط الجزائي في الاتفاق التعويض نتيجة الإخلال بالالتزام وعدم قابلية هذا الشرط للتعديل لا بالزيادة ولا بالنقصان ، إلا أن المغالاة جاءت بصورة تعسفية في بعض الحالات مما جعل المشرع يسمح بالإنقاص عن طريق سلطة القاضي التقديرية لرفع المغالاة مع التنفيذ الجزائي للتصرف المنتقص بصورة صحيحة[300].

خامساً : إنقاص آثار التصرف :

ويقصد به التعديل الذي يحدثه القاضي على الآثار التي يرتبها التصرف القانوني دون المساس في مضمون التصرف ، أي لا يمس شكله فقط آثاره ، فيتم اقتطاع جزء غير محسوس من التصرف يغير في آثاره[301]، ومن تطبيقات هذه الحالة :

أولاً : إنقاص شروط عدم المسؤولية أو الإعفاء منها في العقد ، فالانقاص هنا لا يكون صحيح إلا بالخطأ اليسير أما الخطأ الجسيم أو العمد لا إنقاص فيه[302]، وقد يحدث أن يتفق الأطراف على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على تصرف ما في حدود الخطأ اليسير.

---

[298] جاء القرار بقانون رقم 43 لسنة 2021 في نص المادة 8 من ذات القانون بشأن إدارة أملاك الدولة ينص على ان عقد تاجير أملاك الدولة يجوز ابرامه بقرار من من رئيس سلطة الأراضي بناءً على توصية لجنة إدارة أملاك الدولة لغايات زراعية او تجارية او صناعية او تطويرية لمدة لا تزيد عن 10 سنوات وتتحدد مدة عقد التأجير وفقا لتقديرات اللجنة.

[299] إبراهيم أبو الليل ، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات وفقا للقانونية المصري والكويتي ، دار النهضة العربية ، 1982 ، ص169.

[300] إبراهيم أبو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانتقاص ، مرجع سابق ، ص124.

[301] مرجع سابق ، ص179.

[302] الراهيم أبو الليل ، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي ، دراسة للالتزام بالسلام في النقل البري والجوي والبحري ، دار النهضة العربية ، 1980 ، ص280 .

ثانياً : إنقاص آثار شروط عدم ضمان العيوب الخفية ، وهذه الشروط لا أثر لها بالنسبة للعيوب المعلومة أو التي يفترض علمه بها نظراً لخبرته[303].

ثالثاً : إنقاص آثار شرط عدم المنافسة ، إذا أدرج هذا الشرط في عقد ما بدون نطاق زمني معين له فالشرط يكون صحيحاً لمدة زمنية معينة ثم يصبح غير مشروع ، وهذا الشرط لا يمكن تحديد أن كان صحيحاً كله أو حتى باطلاً كله ، ولا يمكن للقاضي تعديل النطاق الزمني له لأنه يشترط أن يتحدد برقم معين فيتعين على القاضي الحكم في الآثار الناتجة عن عدم تحديد النطاق الزمني فلا تصح هذه الآثار إلا لفترة يحددها القاضي[304].

سادساً : إنقاص عنصر جوهري في التصرف القانوني :

يترتب على تخلف العنصر الجوهري عدم صحة التصرف وبالتالي فلا يترتب أثر ، أي أن تخلف العنصر الجوهري لا يؤثر في أركان التصرف أو غايته أو شكله بل يمتد أثر التخلف لشروط صحته وإرادة أطرافه ، والأصل أن البطلان في عنصر جوهري لا يجعل للإنقاص مجالاً للإعمالللأن بطلانه يمتد للعقد كله فلا يقام التصرف ، ولكن هناك استثناء بأن هناك حالات تجعل العيب أو البطلان الذي قد يوجد في عنصر جوهري لا يعيب العقد كله ويؤثر في قدره ومداه فقط أي أن العنصر المعيب موجود وجود جزئي ومعيب جزئياً ويمكن استبعاده مما يعطي المجال لإعمال الإنقاص كعدم اتباع إجراءات التسجيل[305].

سابعاً : إنقاص التصرفات القانونية المركبة :

المقصود بالتصرف القانوني المركب هو تصرفات عدة أو عدة عمليات قانونية ، أي عقد يحتوي على أكثر من تصرف واحد ولكن شكله واحد بسيط ، أي تصرف واحد ذو متعدد المحل[306] . ومثال على التصرفات المركبة عقد التأجير التمويلي[307]وهو عبارة عن مؤسسة إئتمان مالي تمول العقد بشراء معدات للتأجير للطرف الثاني للعقد. وهذا يعني أن هذا العقد يتضمن عقد شراء وتمويل وإيجار ووكالة وإئتمان في صورة عقد واحد[308].

هذا العقد يكون أكثر عرضة للإنقاص في أحد التصرفات التي يحتويها في داخله إلا أنه في ذات الوقت قد يقابله عائق مهم وهو عدم قابلية معظم التصرفات للإنقسام وإنفصالهم عن جملة العقد ، مما يجعله غير قابل للإنقسام فإما يبرم العقد ويصح بكل ما يحتويه من تصرفات أو يستبعد كله في حالة إبطال شق منه[309].

---

[303] إبراهيم أبو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانتقاص ، مرجع سابق ، ص180.

[304] إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص180.

[305] إبراهيم الو الليل ، مرجع سابق ، ص111.

[306] إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص97.

[307] إبراهيم أبو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الانتمائية الأخرى ، الكويت ، 1984 ، ص31.

[308] إبراهيم أبو الليل مرجع سابق ، ص317.

[309] إبراهيم أبو الليل مرجع سابق ، ص98.

أما في عقد الإيجار المتضمن وعداً بالبيع فانه يحتوي على عقد إيجار وعقد وعد بالبيع ويتصف كلا العقدين باستقلاليتهم فإذا إجتمعا معاً في عقد مركب واحد فنكون أمام عقد إيجار محدد العين والأجرة من جهة وأمام وعد المؤجر ببيع المستأجر العين خلال فترة محددة[310]، وهذا التصرف يبطل الوعد بالبيع مما يستعدي الرجوع لفكرة الإنقاص باسقاط هذا الوعد لإبقاء الإيجار صحيحاً إذا اتجهت له إرادة الأطراف ، وبدون إرادتهم وجب الإنقاص ويبطل التصرف بأكمله[311].

ثامناً : إنقاص المغالاة بالتصرف (الإنقاص بالتعديل) :

إن الجزء المغالى فيه وجب إنقاصه باعتباره عيباً لحق بالعقد ، ولكن في الأصل أن عيب التصرف في المغالاة هو مخالفة المغالاة لرقم معين وضعه الشارع مما يوجب الإنقاص ، فوضع الفقهاء في القانون حداً لا يمكن تجاوزه ويجب الرجوع إليه في حال تم تجاوزه ، وتحديد المغالاة سلطة تقديرية تعود للقاضي فينتقص العقد إن وجدت نية للمتعاقدين في ذلك[312].

الفرع الثاني : إنقاص شروط التقيد وشروط التعلق :

إنقاص شروط التقيد :

تعرف شروط التقيد بأنها تلك الشروط الزائدة عن أصل التصرف يتفق عليها المتعاقدون وتأخذ شكل بنود التعاقد وتكون على شكل أعباء أو التزامات معينة تفرض على متعاقد أو على كلا المتعاقدي ، ويمكن اعتبارها شروط تبعية ملحقة للشروط الخاصة بالإنعقاد والصحة للعقد ، وتؤثر على أثر التصرف وحكمه وبالتالي يترتب على عدم إكتمالها عدم قيام التصرف أو إنعدامه[313].

تختلف شروط التقييد عن شروط التعليق فهي شروط لا تجعل التصرف القانوني موصوف أو معلق إذا كانت هذه الشروط زائدة عن الأصل أو تابعة له، كإيجاز الواهب أن يفرض على الموهب له التزام ما ، فالتزامه هنا يعتبر شرط من شروط التقيد ، فإن كان هذا الشرط مستحيل أو غير مشروع زال الشرط وصحة الهبة إلا إذا كان الشرط هو الدافع للهبة فتبطل[314].

ترى الباحثة أن شرط التقيد ما هو إلا عبء يضاف للتصرف وأن هذا الشرط لا يعتبر شرطاً بالمعنى الدقيق لاعتباره أمر مستقبلي عارض قد يتحقق وقد لا يفعل مما يرتب على ذلك نفاذ التصرف أو زواله ، وفي حالة بطلان هذا الشرط يبطل هو فقط دون الباقي إلا إذا كان هو سبب العقد فيبطل الشرط متبعاً له إبطال العقد.

---

[310] Thirion : Le bail avec promesse de vente , Nancy , 1930.

[311] إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص99.

[312] إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص161.

[313] إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص123.

[314] المادة 669 من القانون المدني المصري ولكنها الغيت مكتفي القانون والقواعد العامة التي تقررها نفس المادة كما جاء بالاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.

ولبيان مدى تأثير بطلان هذه الشروط على التصرفات المقترنة بها ولبيان حالات بطلان هذه الشروط سنتحدث عن بعض شروط التقيد ونبين أثر بطلانها على التصرف ، والتي تتمثل فيما يلي:

أولاً : الشرط المانع من التصرف :

الأصل حرية المالك في التصرف في ممتلكاته إلا أنه وجد استثناء يمنع ويقيد المالك من التصرف فيما يملك وتكون هذه الشروط موجود في المنع من التصرف وإلا كان اشتراطه باطلاً وتتمثل هذه الشروط بالباعث والمصلحة والمدة[315]. يرى فقهاء القانون أن بطلان هذا الشرط يكون للشرط وحده دون التصرف الأصلي إذا ما كان هو الدافع للعقد[316]. وجاءت مجلة الأحكام العدلية تدعم هذا الرأي فنصت على أنه إذا زال المانع عاد الممنوع أي أن إزالة الشرط الباطل المانع للتصرف من العقد يعيد العقد لما كان عليه.

ثانياً : الشرط الجزائي :

ويعرف هذا الشرط بأنه نص يبند في التصرفات القانونية المختلفة لتنفيذها[317]، وهذا يعني أن الشرط الجزائي هو مجرد بند أي ليس عنصر أو ركن بل هو شرط ثانوي يلحق بالتصرف ولا يؤثر على العقد، أما إذا كان الشرط الجزائي هو شرط جوهري دافع للتعاقد فبطلانه يعني بطلان العقد كله لأن العقد لا يتحقق الا بتحقق الشرط الجزائي مع أنه في الواقع من الصعب أن يكون هذا الشرط هو الدافع للتعاقد لأنه لا يخرج عن كونه اتفاق على التعويض في حالة وقوع الضرر عند الإخلال بتنفيذ الالتزام ، إذاً فالقاعدة العامة أن بطلان الشرط الجزائي لا يستوجب بطلان التصرف الذي يلحق به. وهذه القاعدة تعد تطبيقاً على إنقاص العقود فالشرط الجزائي ينتقص من العقد ويسقط وحده مع بقاء العقد صحيح ومنتج[318].

ويجدر الإشارة إلى أن مجلة الأحكام العدلية سكتت عن تنظيم الشرط الجزائي ولكنها احتوت على قواعد فقهية ونصوص قانونية تصلح للاعتراف به في نصها ، على عكس القانون المدني الفلسطيني النافذ في غزة الذي نظم الشرط الجزائي والذي يحافظ على معيار التناسب بين الضرر والتعويض وليس التساوي الذي تتبناه المجلة[319].

ثالثاً : شرط الأسد :

يعرف شرط الأسد أو الشرط الأسدي بأنه إعفاء لأحد الشركاء في عقد الشركة من تحمل الخسائر مهما كان مركزه المالي ، أو استئثار أحد الشركاء بالربح كلها أو بالقسم الأعظم منها ، وهذا الشرط

---

[315] أبو زيد عبد الباقي مصطفى ، دراسة حول شروط المنع من التصرف ، مجلة المحامي الكويتية ، 1984 ، ص9.

[316] السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق ، ص171.

[317] إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية وفقا للقانونين المصري والكويتي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 ، ص 44.

[318] إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص50.

[319] محمود سلامة ، إبراهيم يحيى ، القواعد الناظمة للشرط الجزائي وضوابط تطبيقه في التشريع الفلسطيني ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، 2021 ، ص579.

باطل ولا يعمل به لأنه يخالف غاية عقد الشركة المتمثلة في مشاركة الأرباح والخسائر ، ولكن بطلان هذا الشرط لا يؤدي لبطلان عقد الشركة[320]. وفكرة اسقاط شرط الأسد هنا هي إعمال بعملية الإنقاص إلا أن بعض الفقهاء أخذو بأن بطلان شرط الأسد يؤدي لبطلان عقد الشركة وكان هذا الرأي هو السائد[321]، فإذا اتفق الشركاء على شرط الأسد جاز فسخ عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذي حرم من الأرباح أو على طلب أي شريك يقع عليه عبء الخسائر[322]. واتجه الفقهاء لتأييد البطلان للعقد الذي يحتوي على شرط الأسد. أما المشرع الفلسطيني في القرار بقانون رقم 42 لسنة 2021 بشأن الشركات فقد نص على بطلان شرط الأسد في عقد الشركة مما يستدعي استبعاده من العقد أي الإنقاصه لاستمرار العقد.

وهذا يعني أن شرط الأسد إن كان هو الدافع للتعاقد إذا بطل بطل العقد برمته[323]، وهذا يعني أن العقد الذي يحتوي على شرط الأسد بطلانه يكون بطلان غير مطلق بل إن وجود شرط الأسد يجعله قابلاً للإبطال لصالح الطرف المتضرر إذا تمسك بالبطلان ، إلا إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت من البداية استمرار العقد حتى ولو بطل شرط الأسد فلا مانع من إنقاص شرط الأسد واستبعاده وإكمال العقد بإرادة الشركاء[324]. ويجدر الإشارة إلى أن مجلة الأحكام العدلية عدت شرط الأسد شرطاً باطلاً يستبعد من العقود ويعاد تقسيم العقد بعدها.

رابعاً : شرط الذهب :

ويعرف شرط الذهب بأنه يشترطه الدائن على المدين ليلتزم بالوفاء بالتزامه ذهباً أي ما يعادل قيمة الذهب ، وقد حظر هذا الشرط في عدة دول مثل مصر حيث حظرت هذا الشرط بموجب مرسوم سنة 1914 وجعلته باطلاً بطلان مطلق نظراً لتعلقه بالنظام العام ، وقد حظر هذا الشرط لحماية النظم الإقتصادية والنقدية في الدول المختلفة[325].

اعتبر القضاء الفرنسي شرط الذهب عنصر جوهري في التصرف أي أن بطلانه يبطل التصرف لتعلقه بالثمن والمقابل ، فلا يعقل قيام عقد بيع مثلا بدون تحديد للثمن ، ولكن سرعان ما تدارك الفقهاء الفرنسيون هذا الخطأ وعدم صحته باعتبار أن الثمن ليس من الضروري أن يتحدد تحديداً نهائياً ، ويكفي أن يكون قابل للتحديد وقت التعاقد ، ولكن إذا ثبت أن شرط الذهب هو الدافع للتعاقد

---

[320] نقض تجاري 22 مارس 1955 ، مجموعة محكمة النقض 1955-3 رقم 104 ، ص83 ، محكمة السين 1950/2/9 ، الأسبوع القانوني 1950 رقم 5799 – عرائض فرنسي 11 سبتمبر 1940 ، داللوز الانتقادي 1942 ص116.

[321] ومن التشريعات التي أخذت بهذا الرأي القانون الأردني في قانون الشركات الأردني رقم 1964 الذي نص على ان بطلان شرط الأسد يؤدي الى بطلان العقد، وكذلك القانون المصري والقانون السوري واللبناني والجزائري والمغربي والتونسي، على خلاف القانون الكويتي الذي رأى في نص المادة رقم 13 من قانون الشركات التجارية

[322] إبراهيم تلدسوقي أبو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، مجلس النشر العلمي ، لجنة التاليف والتعريب والنشر ، مطبوعات جامعة الكويت ، ط1 ، 1998 ، ص127.

[323] أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص66.

[324] سميحة القليوبي ، الشركات التجارية وفقا للقانون الكويتي ، مذكرات غير مطبوعة لطلبة كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 1976 ، ص57.

[325] إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص131.

فبطلانه يعني بطلان العقد بأكمله وهذا يعني أن البطلان يقتصر على الشرط فقط مما يمكننا من تطبيق فكرة الإنقاص[326].

خامساً : شرط تملك العقار المرهون وشرط الطريق الممهد :

شرط تملك العقار المرهون يعني تملك الدائن للمال المرهون في حالة عدم استيفاء دينه وقت حلول أجله ، أما شرط الطريق الممهد فهو الشرط الذي يعطي الدائن حق بيع المال المرهون في حالة عدم السداد دون اتباع الإجراءات القانونية ، ويعتبر هاذين الشرطين هما شرطين باطلين ومحظوران. رغم أن القانون الفرنسي القديم كان يبطل العقد الذي يحتوي على شرط من الشرطين السابقين ، إلا أن القانون الفرنسي الحالي قد أخذ بفكرة الإنقاص ما لم يكن أحدهما هو الدافع للتعاقد ، وأيد ذلك الفقه المصري[327].

سادساً : شرط عدم المنافسة :

وهو شرط يوضع في بعض العقود كعقد العمل وعقد بيع المحل التجاري ، ولا يكون هذا الشرط صحيحاً إلا بقيود معينة وبدونها يبطل الشرط ، كما في عقد العمل حيث يكون فيه شرط عدم المنافسة هو عبارة عن اتفاق بين رب العمل والعامل يتعهد بموجبه العامل بعدم منافسة رب العمل بنفس نوعية العمل أثناء تنفيذ العقد أو بعد انقضاء عقد العمل[328].

سابعاً : شرط عدم المسؤولية وعدم الضمان :

لا يترتب بطلان العقد ببطلان هذه الشروط إلا إذا كانت جوهرية أو دافعة للتعاقد ، وغير ذلك يتم إعمال فكرة الإنقاص ويبطل الشرط دون العقد.

ثامناً : شرط التحكيم :

أكد القضاء الفلسطيني على حظر الإتفاق على التحكيم في بعض العقود كعقد العمل الفردي بسبب مخالفته للنظام العام[329] حيث اعتبر شرط التحكيم باطلاً لأنه يتعلق بحقوق العامل والتي تعتبر من النظام العام وشرط التحكيم هنا ينتقص من هذه الحقوق ، وقد ميزت المحكمة بين كون التحكيم في هذا العقد شرط تحكيم وارد في العقد الأصلي المبرم وهنا يعتبر باطل كونه يخالف النظام العام ، وبين مشارطة التحكيم أي وجود اتفاق منفصل عن العقد الأصلي للجوء للتحكيم لتسوية النزاعات ،

---

[326] السنهوري ، مرجع سابق ، ص425.

[327] حسام الدين الاهواني ، التامينات العينية في القانون المدني الكويتي ، ج1 ، ص369.

[328] شواخ بن محمد الأحمد ، اتفاق او شرط عدم المنافسة في عقد العمل بين حماية مصالح صاحب العمل المشروعة وحق العامل في العمل ، دراسة تحليلية مقارنة ، مجلة كلية القانون الكويتية ، مجلد9 ، 2021 ، ص33.

[329] انظر القرارالصادر عن محكمة صلح رام الله بتاريخ 2014/2/27 والقاضي برد طلب قدم لها بعد بعدم قبول دعوى رفعت للمطالبة بحقوق عمالية بذريعة وجود شرط تحكيم في العقد الموقع بين العامل ورب العمل.

فاتفاق مشارطة التحكيم هنا إذا كان متزامن مع توقيع العقد أو أثناء سيرانه فيأخذ حكم الشرط في العقد الأصلي من ناحية البطلان[330].

إنقاص شروط التعليق:

يعرف شرط التعليق بأنه الشرط الذي يلحق عنصراً من عناصر الالتزام أو الإرادة المولدة لهذا الالتزام مما يحقق الالتزام ويوجده أصلاً ومثال على ذلك عقد البيع بشرط التجربة ، فهذا الشرط قد يكون واقفاً أو فاسخاً ، في بعض الحالات إذا كان باطلاً فلا يترتب عليه بطلان التصرف المعلق عليه ، أما في حالات أخرى ينتقص الشرط من التصرف أي أن الشرط يبطل دون بطلان العقد[331].

وقد يكون شرط التعليق باطلاً إذا كان غير مشروع أو مستحيلاً أو مخالفاً للنظام والآداب العامة ، أو إذا كان قد تم بإرادة الأطراف الكتملة في حالات محددة فيكون هذا الشرط في هذه الحالة شرطاً واقفاً بمحض إرادة المدين ، لأن الشرط الإرادي المحض يعتبر صحيحاً إذا تعلق بإرادة الدائن سواء كان شرطاً فاسخاً أو موقوفاً ، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً فاسخاً أو واقفاً ولكنه مترتب على عقد ملزم للجانبين[332].

ويتمثل أثر شرط التعلق الباطل على الشكل التالي :

الشرط الواقف :

وهو التصرف الذي يعلق الأطراف التزامهم على شرط واقف مستحيل أو مخالف للنظام والآداب العامة فهذا الشرط يكون باطل لاستحالته أو عدم مشروعيته ومثال على ذلك العقد بين تاجر المخدرات والمشتري ، فيمتد البطلان للعقد مما لا يجعل مجالاً للإنقاص ، وإن كان الشرط الواقف هو الدافع للتعاقد فالالتزام والتصرف باطلين. حيث اشترطت مجلة الاحكام العدلية على أن يكون المبيع موجوداً مقدور التسليم ومتقوماً ومعلوماً عند المشتري[333]، وفي الغالب يكون هذا الشرط هو الدافع للتعاقد ولكن يجدر بنا البحث في نية الأطراف للتاكد من إذا كان دافعا او لا.

الشرط الفاسخ :

الشرط الفاسخ المستحيل يعتبر شرطاً باطلاً ولكن بطلانه لا يؤثر على العقد فالتصرف يبقى صحيحاً ويستمر وينفذ حتى وإن بطل الشرط ، أما كان هذا الشرط باطلاً لعدم المشروعية ، فإن كان هذا الشرط هو الدافع للتعاقد يبطل العقد أما إن لم يكن فلا يبطل التصرف بل يبطل الشرط فقط

---

[330] المحامي د. إيهاب عمرو ، التحكيم الالكتروني كوسيلة لفض النزاعات الناشئة عن معاملات التجارة الدولية عموما والتجارة الالكترونية خصوصا ، دار كمبرج للنشر ، بريطانيا ، 2019.

[331] د عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص144.

[332] إبراهيم أبو الليل ، مرجع سابق ، ص140.

[333] مجلة الأحكام العدلية ، المواد ١٩٧-٢٠٠.

ويبقى العقد صحيح. وجاءت مجلة الأحكام العدلية في المادة 187 والذي يعطي الحق للبائع في فسخ العقد إذا لم يف المشتري بهذا الشرط لأن الشرط مؤيد للتسليم وهذا هو هدف العقد، وفي هذا الصدد جاء القانون المدني الأردني في المادة 398 حيث بأنه: "لا ينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد إلا إذا تحقق الشرط" والمادة 400 التي جاء فيها أن "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"[334]. وجاء في قرار محكمة النقض المصرية أن الشرط الفاسخ يكون صحيحاً إلا إذا كان يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء ودون حاجة لحكم قضائي[335].

وقد يتبين من إرادة الطرفين أن العقد الذي فيه شرط معلق كان سيستمر ولو أن الشرط لم يتحقق أي أن الشرط لم يكن جوهراً في التعاقد فهنا الشرط الباطل ينقص من التصرف ما لم يكن شرطاً دافعاً ، لأن وجود الشرط الدافع يرفض فكرة الإنقاص لتخلف الشرط الجوهري.

اختلف القانونيون على أن شروط التعليق فرأى بعضهم بأنها لا يتصور أن تكون شروط جوهرية دافعة للتعاقد[336]، ورأى الآخر أن شروط التعاقد لا يمكن أن تكون دافعة أو غير دافعة للتعاقد لأنها وإن عدت كذلك تكون عناصر جوهرية. وشروط التعليق تعد شروطاً عرضية لا تدخل ضمن التصرفات أو أهداف التعاقد ، وشرط التعلق ما هو إلا وسلة لتعليق تصرف قانوني قائم مكتمل العناصر فلا يكون الشرط لازم لوجود التصرف ويقوم بدونه[337].

ترى الباحثة أن بطلان شروط التقيد لا يؤدي إلى بطلان العقد إلا في حالة كان هذا الشرط مستحيلاً أو غير مشروع. فإنقاص العقد من هذا الشرط الباطل يكون بإبطال الشرط فقط دون أن يمتد البطلان للعقد نفسه ويبقى العقد صحيحاً مرتباً لأثره ، أما بطلان شروط التعليق فنكتفي بإعمال القواعد العامة الخاصة بالإنقاص أي أن هذا الشرط الواقف وجوده يؤدي لبطلان العقد أو عدم قيام التصرف المعلق عليه ، والشرط الفاسخ فلا تأثير له على التصرف ، أما الشرط الفاسخ غير المشروع فيستدعي التمييز إن كان هذا الشرط دافعاً للتعاقد فيبطل التصرف وإن لم يكن دافعً للتعاقد ففي هذه الحالة لا يؤثر على التصرف.

---

[334] القانون المدني الأردني المادة 398 والمادة 400.

[335] المادة 158 من القانون المدني المصري.

[336] إسماعيل غانم ، احكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص212.

[337] محمد شتا أبو سعد ، مرجع سابق ، ص209.

المبحث الثاني: ماهية نظرية تحول العقد :

نظرية التحول في أصلها نظرية المانية[338] أوجدها المشرعين الألمان في القرن التاسع عشر وطبقوها كقاعدة عامة ، فجاءت في المادة 104 من القانون الألماني على الشكل الآتي: "إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني اخر فيؤخذ بهذا العمل القانوني الباطل في حال كانت إرادة المتعاقدين تتجه له ولو كانا يعلمان بالبطلا".

تتشكل أهمية هذه النظرية في دورها الكبير في إنقاذ العقود من البطلان للحفاظ على استقرار العلاقات العقدية ، مما جعل لهذه النظرية محض إهتمام كبير على المستوى القانوني والاجتماعي مع الإختلاف في أشكال تبني المشرعين لهذه النظرية ، لأن أساس اعمال هذه النظرية إرادة الأطراف مهما كانت والمعرفة بإرادة الأطراف تحتاج لجهد كبير على المستوى القضائي والاجتماعي لإظهار النية المخفية وتحصيل النية الظاهرة ضمن شروط قانونية مستوجبة التطبيق بالطريقة المطلوبة[339].

تعد نظرية تحول العقود نظرية في غاية الأهمية لا يمكن تجاهلها للإستفادة من العقود وتحقيق غاياتها وتطبيقها على بعض الحالات الضرورية ، مما استدعى تبني الكثير من القوانين لها ، لأن نظرية التحول قائمة على مبدأ سلطان الإرادة أي أنها تدعم وتؤيد إرادة المتعاقدين وتوجه ارادتهم ليصبح العقد الباطل ذا أثر بالنسبة لأطرافه الذين فشلوا في تحقيق الغاية القانونية من العقد ، لذلك جاءت القوانين بنصوص يكشف القاضي من خلالها عن نية المتعاقدين المفترضة في التحول.

ويعتبر البطلان أساس تطبيق نظرية التحول حيث أن البطلان يجعل القاضي في مساعي لتكوين عقد جديد بشرط الرجوع للعقد الأصلي ، وعلى القاضي أن يتحقق من البطلان الكامل في العقد كخطوة أولى للحكم بالتحول [340] لأن بطلان جزء في العقد لا يستدعي إعمال نظرية التحول بل يتم تطبيق نظرية الإنقاص ، والعقد الصحيح لا يتحول لعقد آخر لأن تطبيق نظرية التحول لا تطبق على العقود الصحيحة بل يلزم البطلان لإعمال النظرية[341].

وقد نادت المذاهب الفردية في الرأس مالية بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح السيطرة المطلقة لهيكل العقد[342]، وعلى هذا الأساس اعتمد المعيار الذاتي أساساً لتحول العقد لتنصرف نية المتاقدين لعقد آخر ومعنى ذلك أن المتاقدين لم يريدان ما انصرفت له ارادتهم في التحول أصلاً بل معناه أنهم

---

[338] د حلمي بهجت بدوي ، اثار التصرفات الباطلة ، القسم الأول ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثالث ، السنة الثالثة ، 1933 ، ص408.

[339] صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص13.

[340] امال سليم تحول العقد في القانون المدني ، رسالة ماجستير في العقود والاستثمارات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المنار ، تونس ، 2006 ، ص1.

[341] سوالم سفيان ، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري ، مجلة دراسات وابحاث ، العدد 2017/12/29 ، السنة التاسعة ، جامعة سوق اهراس ، ص141.

[342] السنهوري ، مرجع سابق ، ص153.

أرادا التصرف الأول ولكن لم يستطيعا تحقيقه في العقد فانصرفت إرادتهم لتصرف آخر جديد يحقق الغاية العلمية والإقتصادية للعقد.

المطلب الأول : التعريف بتحول العقد وشروط التحول :

إن التشريعات القانونية التي نصت على نظرية التحول عرفتها بأنها ظهور عقد آخر يولد على إنقاص العقد الأول فيحل محل العقد الأول الباطل ، مع الإشارة إلى أن التحول لا يحدث إذا كان العقدان يشكلان وحدة واحدة أو كانت عناصرهما تغطي بعضها البعض حيث يتقرر صحة العقد الجديد بتفسير العقد القديم ، فالعقد الباطل لا يتضمن في ذاته شيء صحيح ، والعبرة ليست بموضوع اختلاف التصرف الثاني عن الأول بل بكون الصورة الجديدة للتصرف تساعد المتعاقدين بالحصول على النتيجة المطلوبة بصورة أسرع من التصرف الأصلي[343].

تتميز نظرية العقد عن ما يشابهها من النظم القانونية من خلال النظر للدور الذي وجد التحول من أجله نظراً لتشابه هذه النظرية مع بعض الأنظمة في شروطها. فتحول العقد بشكل عام هو استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل ، وفي التحول لا يكون للتصرف الباطل أي صحة إطلاقاً والتصرف الجديد يقوم على إرادة المتعاقدين عن طريق النص الخاص بالتحول[344].

إن الهدف من إيجاد نظرية تحول العقد محاولة المحافظة على إلزامية النصوص الآمرة بالإضافة للمحافظة على المصالح لافتراض وجود متعاقد حسن النية فحاول الفقهاء إيجاد تعريف مناسب لهذه النظرية، فعرفت بأنها: ظاهرة قانونية تقلب العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح عند توفر شروطه الصحيحة بحيث يكون لنفس السبب المرغوب من قبل المتاقدين[345].

نظرية تحول العقد مرتبطة بمسألة الإبقاء والحفاظ على العقد والعلاقة التعاقدية ولكن في شكل آخر غير الذي اتفق عليه المتعاقدين ابتداءً وهذا الشكل تم التوجه له تحت خلل معين استدعى وجوده لإنقاذ العقد بسبب اختلال اركان العقد الأصلي ، فالعقد كان باطلاً أو موقوفاً إلا أنه توافرت فيه شروط عقد آخر أمكن المتعاقدين من انتشال عقدهما من الإنهيار، وعلى هذا الأساس يمكننا تعريف نظرية تحول العقد بأنها: ظاهرة قانونية تقلب العقد الباطل لعقد صحيح شريطة توفر العقد الصحيح داخل هذا العقد الباطل وأن يكون هذا الجديد يحقق الغاية من العقد الباطل القديم.

ويجدر بنا الذكر أن التحول في العقد يكون على نوعين اثنين ، أولاً، التحول في موضوع العقد. ثانياً، التحول في صفة العقد ، ويتم التحول في صفة العقد بتحول أثر من آثاره.

---

[343] صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص 21.

[344] د احمد يسري ، تحول التصرف القانوني ، دراسة مقارنة ، مطبعة الرسالة ، 1958 ، ص229.

[345] Philippe Simler, la nullité partielle des actes juridique, thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris 1969/ p13

الفرع الأول : تعريف التحول وشروطه :

التحول لغة:

ومعناه الزوال عن الشيء إلى غيره، تحول عن الشيء أي زال عنه وانصرف إلى غيره ، وحال الرجل يحول أي تحول من موضع إلى آخر[346]، والتحول يعني أيضا تغير الحال من وضع لآخر.

التحول في الشريعة الإسلامية :

وجدت فكرة تحول العقد في الشريعة الإسلامية قبل وجودها في القانون فقد استند الفقهاء في معاملاتهم لمبدأ أن "إعمال الكلام أولى من اهماله ولكن إذا تعذر إعمال الكلام ، يهمل"، وهذا يؤكد أن الشريعة الإسلامية اوجدت هذه النظرية قبل القانون الوضعي واخذت بها ولكن تحت مسمى اخر [347] ، فقد عرف تحول العقد عند الفقهاء المسلمين بانقلاب العقد ، ويقصد بانقلاب العقد بأن العقد الباطل في موضوعه المتفق عليه قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتعارض مع غاية المتعاقدين فينصرف إليه [348]. وعرف انقلاب العقد أيضا بأنه: الانتقال والتبديل والتغيير من عقد لآخر متى تحقق أحكامه التي تتباين بتباين موطنه أو موضوعه [349].

لم يهتم فقهاء المسلمين في تعريف التحول كما أن هذا المصطلح حديث الوجود ، ولكن عرفت نظرية تحول العقد في الفقه الإسلامي بأنه انقلاب العقد من خلال القاعدة الفقهية "العبرة في العقود للمقاصد لا للألفاظ والمباني[350]" على اعتبار أن انقلاب العقد ما هو إلا أثر استثنائي للعقد الباطل. حيث أقاموا التحول على أساس موضعي وليس ذاتي ، لأن مقتضيات العقد من اعمال الشارع وليس المتعاقد [351]، أي أن مصطلح التحول ظهر حديثاً إذ لم يضع فقهاء المسلمين تعريفاً محدد لتحول العقد رغم أنه كان دارجاً في الاستخدام في المعاملات العقدية بينهم وقد عرف بينهم بانقلاب العقد وانتقاله وبدله من عقد لآخر.

وجاء تطبيق حي على نظرية التحول في الفقه الإسلامي حيث ذكر الفقهاء أن العاقدان إذا قصدا إبرام عقد ما ولم يصح جاز لهما تحوله لعقد اخر كتحول الكفالة لحوالة حيث يشترط في هذا العقد براءة الكفيل فتتحول الكفالة لحوالة والعكس يشترط عدم براءة المحيل فتتحول الحوالة لكفالة[352].

---

[346] جمال الدين أبو الفضل ، لسان العرب ، ج2 ، دار الحديث ، مصر ، ص195.

[347] إبراهيم السحيلي ، تحول العقد المالي واثاره ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية ، السعودية ، 1994 م – 1995 م ص 23.

[348] مصطفى احمد الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ج 1 ، 1961 م ، ص677.

[349] عبد الحميد محمود بعلي ، دراسة تمهيدية في تحول العقد في الفقه والقانون ، الامارات ، 2009 ، ص 4.

[350] مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣.

[351] اسعد سعيدة ، الاثار العرضية للعقد الباطل ، رسالة ماجستير ، جامعة اكلى محند اولحاج ، الجزائر ، 2014 ، ص37،

[352] السنهوري ، مصادر الحق ، ص269-270.

مما استدعى إهتمام الفقه الإسلامي بضرورة الاستفادة من العقد الباطل في الحدود التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية ولا تخل بميزان العدالة[353]. ولم يقف الأمر عند الفقهاء المسلمين عند حد إقرار نظرية تحول العقد من خلال تطبيقاتها ، بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك عندما أقاموا تحول العقد على أساس موضوعي بدلاً من الأساس الذاتي الذي اعتمده القانون الوضعي ، فالإرادة لديهم تنشئ العقد فقط ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد ، كما بلغ تطبيق تحول العقد أعلى درجات التنظيم ، فنجد الأمثلة العملية كثيرة مثبوتة في كتب الفقهاء وبخاصة في كتب المعاملات ، وهذا يدل على حرص الشريعة الإسلامية على تصحيح العقود بقدر المستطاع.[354]

التحول في القانون :

ونظرية تحول العقد تعني أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر صحيح، فيتحول التصرف الذي قصده المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى التصرف الذي توفرت عناصره وهو التصرف الصحيح ، وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً وليس أثراً أصلياً. وفيما يتعلق بتبديل العقود جاء في مشروع القانون المدني الفلسطيني بأنه: إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإلغاء ، أو كانت له متطلبات تعاقدية أخرى ، فإذا ظهرت المتطلبات التعاقدية يعتبر العقد صحيحاً عند استيفاء هذه المتطلبات إذا كانت نية الطرفين هي إبرام هذا العقد [355].

لم يرد مصطلح التحول في التشريعات الفلسطينية ولا في الإجتهادات القضائية ، ولكن وجدت تعريفات عديدة لتحول العقد في التشريعات الأخرى وكان من هذه التعريفات تعريف الفقهاء القانونيين له بأنه: عملية قانونية لإعادة الاعتبار للعقود الباطلة تتمثل في اخراج العقد الصحيح من العقد الباطل ، يمكن إرجاعه له باعطاءه مفعولاً إذا توافرت عناصره مع نية الأطراف المتعاقدة [356]، وتعريف آخرين منهم بأنه: عملية قانونية بمقتضاها يستوفي العقد الباطل الشروط والعناصر القانونية لعقد آخر تكون له أن يحقق الغاية المرجوة من قبل أطراف العلاقة العقدية حيث يصبح العقد صحيحاً وينتج آثاره [357] ، وعرفت هذه النظرية بأنها: "نظرية تتلخص في أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر، فيتحول العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل ، إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح ، وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج آثاره القانونية[358] "، وهذا يدل على أن تحول العقود نظام قانوني قائم بذاته له دور كبير في انقاذ العقود

---

[353] أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، المملكة الهاشمية الأردنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص١٦٨.

[354] نريمان خمار، تحولالعقد في القانون المدني الجزائري، جامعة الاخوة منتوري، .رسالة ماجستير ٢٠١٧ ، ص١١.

[355] مشروع القانون المدني الفلسطيني , المادة 142.

[356] محمد فخري عزام ، التحول في العقد ، رسالة دكتوراة ، الجامعة الأردنية ، الأردن ، 2000 م ، ص7.

[357] عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ، ص 189 .

[358] د عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 634.

من البطلان شريطة أن يكون هذا العقد الأول باطلاً وأيضاً أن تنصرف إرادة المتعاقدين لهذا العقد الجديد.

لم يذكر في القوانين المعمول فيها في فلسطين تعريفاً محدداً لتحول العقد بل اكتفى المشرع الفلسطيني بذكر حال العقد وشروط تحول هذا العقد ، فقد جاء في مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة 142 على أنه: " اذا كان العقد باطلا ً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه وإذا تبين أن نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام هذا العقد[359]".

أما بالنسبة للقانون الأردني فلم يتبنى نظرية تحول العقود[360]، على عكس القانون المدني المصري الذي نص في المادة 144 على أنه: " إذا كان العقد باطلاً أو موقوفاً وتوافرت فيه أركان عقد أخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا كانت نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام هذا العقد "، وهذا النص هو الذي حدد هذه النظرية على العقد الباطل بدون ذكر للتصرفات الإنفرادية الأخرى والتي لا تقل عن التصرفات العقدية خاصة في المعاملات التجارية إذا تم تحديد سبب البطلان كفقدان الأهلية مثلا [361]، وقابلت هذه المادة مادة اعتبرت بمثابة أساس قانوني لنظرية تحول العقد في قانون الالتزامات والعقود المغربي نصت على أنه: "إذا بطل الالتزام باعتباره ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام اخر جرت عليه القواعد المقررة للالتزام الآخر" وهذا يبين لنا أن المشرع المصري كان أدق في صياغته لنظرية تحول العقد من المشرع المغربي ولكن كلا المشرعان لم يضعا تعريفاً محدداً لهذه النظرية تاركين المجال للفقه لإيجاد التعريف المناسب لها[362].

إن فكرة تحول العقود تلعب دوراً كبيراً في المحافظة على استقرار التعاقد ، فهذه الفكرة تقوم في مضمونها بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح عن طريق استبدال هذا العقد الباطل بعقد صحيح بدون الإخلال في جوهر العقد القديم ولإنقاذه من البطلان ولتترتب نفس الآثار التي ينتجها العقد القديم في شكل عقد آخر يحمل نفس العناصر والأركان في مضمونه ، فقد يتضمن العقد الباطل في طياته أركان عقد آخر فيتحول لعقد جديد صحيح تتوفر فيه جميع هذه الأركان إذا انصرفت إرادة المتعاقدين المحتملة الى هذا العقد الجديد ، أي أنه يفترض قيام العقد الجديد بين نفس المتعاقدين

---

[359] القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والمصدر بقوة المادة 41 من القانون الأساسي لسنة 2003.

[360] وحالفه القانون الاماراتي أيضاً فلم يتبن نظرية التحول في العقود.

[361] د جميل شرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص374.

[362] جاءت المادة 104 من القانون المدني العراقي بأنه: "إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف لابرام هذا العقد"، وقد عالجت بعض القوانين المدنية العربية هذه النظرية في موادها كالمادة 373 من المشروع العراقي والمادة 145 من القانون السوري والمادة 144 من القانون الليبي والمادة 105 من القانون الجزائري والمادة 191 من القانون الكويتي والمادة 123 من القانون البحريني والمادة 167 من القانون القطري والمادة 127 من القانون العماني والمادة 95 من القانون السوداني والمادة 205 من القانون اليمني والمادة 322 من القانون الموريتاني.

بصفاتهما التي اتصفا فيها في العقد القديم ، ومن الجدير بالذكر أن تحول العقد لا يسري فقط في حدود القانون المدني بل يمتد لقوانين أخرى كالقانون التجاري خاصة في تداول الأوراق التجارية .

فيعرف بعض الفقهاء تحول العقد بأنه وسيلة هدفها المحافظة على الرابطة التعاقدية الباطلة في شكل عقد جديد مختلف عن العقد المراد ، فهو يرد على وصف العقد أو تكييفه أو طبيعته[363]، ويعرفه آخرون بأنه استبدال عقد قديم باطل بعقد جديد صحيح بدون إضافة عناصر جديدة ويكون هذا العقد الجديد صحيحاً[364]، وكلمة استبدال هنا تبين أن العقد أصلاً يحمل في طياته عقدان اثنان أحدهم صحيح والثاني باطل ومتى ظهر العقد الباطل يتم العمل بالعقد الصحيح ويتم ذلك بدون استبدال لعناصر العقد الموجود لأن استبدال عناصر العقد يتطلب تكييف جديد للعقد الباطل وينفي شرط من شروط إعمال نظرية تحول العقدالأساسية ، لأن فكرة تحول العقد تكمن في استبدال عقد قديم باطل بعقد جديد صحيح دون أي تغيير أو إضافات على ذلك القديم. يعتبر مبدأ تحول العقد استثناء عن الأصل ولا يوجد ما يمنع تطبيق فكرة تحول العقد ضمن القيود المطلوبة والشروط القانونية المخصصة لإعمال هذه النظرية واعماله في الدول سلطة متروكة للقاضي ، فيقوم بتحويل كل تصرف قانوني باطل إلى تصرف صحيح مغاير له في الخصائص والطبيعة القانونية[365].

كما يعرف تحول العقد بأنه: تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتب جميع آثاره بالرغم من البطلان الذي شابه عندما كان على وضعه الأصلي ، ويعرفه أيضاً بأنه: نوع من تأويل العقد بما يرجع إلى تحقيق المقصود منه ويصبح بذلك التزاماً غير الذي اقتضاه ظاهر التعبير[366].

يرى البعض أن تحول العقد هو أثر عرضي للعقد الباطل باعتباره واقعة مادية تتضمن أركان عقد آخر لها أثر عرضي وليس أثر عقد ، ويرى آخر أن أثره استثنائي يحدث في ظروف معينة ويستوجب نمط معين في التعامل مع هذا النوع من العقود تحت شروط محددة[367].

ويجدر بنا العلم أن العقد وجب أن يكون باطلاً لتطبيق نظرية التحول[368]، فالتحول في العقود لا يرد على العقد الصحيح حتى لو تضمن هذا العقد أركان العقد الثاني ، بل يرد على عقد باطل يتضمن في طياته عقد صحيح مثل أن يتفق شخصان على انشاء كمبيالة وكانت هذه الكمبيالة غير مستوفية لشروط صحتها ولكن مستوفية لعناصر السند العادي فيتم هنا إعمال نظرية التحول[369]. ومن الأمثلة أيضا على هذه النظرية اتفاق شخصان على أن يرث أحدهم من الآخر فهذا العقد باطل ولكن يمكن أن يتحول الى وصية.

---

[363] محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزامات " مصادر الالتزام " ، 2006 ، ص284.

[364] أنور السلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج1 ، مصادر الالتزام ، مصر ، 1998 ، ص317.

[365] سوالم سفيان ، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري ، مجلة دراسات وابحاث ، 2017 ، ص144

[366] عبد الحميد محمود البعلي ، دراسة تمهيدية حول تحول العقود في الفقه والقانون ، دراسة مقارنة وموازنة ، دبي ، 2009 ، ص28.

[367] مصطفى الزرقا ، القانون المدني السوري نظرية الالتزام العامة ، ص288.

[368] د احمد يسري ، مرجع سابق ، ص229.

[369] حمدي عبد الرحمن وسهير منتصر ، مبادئ القانون نظرية الحق – مصادر الالتزام واحكامه ، دار الفكر العربي ، ص196.

وجدت تطبيقات واضحة لنظرية تحول العقد في قوانين أوروبا الشرقية في قانون التجارة التشيكوسلفاكي رقم 101 لسنة 1963 الذي أكد بأن الوجود القانوني للعقد هو شرط أساسي لاكتساب الملكية وانتقالها وأن الملكية تكتسب استثناءً بناء على عقد باطل بالاستناد لأحكام القسم 704 بتقديم مكتسب الملكية الجديد تعويض للمالك السابق في حالة وجود عقد باطل، وفي القسم 722 ذكر تحول التصرف الباطل لالتزام آخر لتصحيح ما فسد وإزالة الضرر حسب القسم 37 من نفس القانون خلافاً للقاعدة العامة والتي تقضي بأن العقد الباطل لا يرتب أي أثر قانوني[370].

ذهب جانب من الفقه الألماني أيضاً لإعتبار تحول العقد الباطل استثناء على القاعدة العامة مما يجعل هذا الإستثناء يرتب أثراً إيجابياً على التصرف ويعطيه صورة تصرف آخر تترتب عليه أحكام وشروط جديدة ، وجاء جانب آخر بإعتبار هذه النظرية ليست استثناء من الأصل بل أصل جديد[371].

شروط تحول العقد :

كما ذكرنا سابقا ففكرة تحول العقد تكمن في استبدال عقد قديم باطل بعقد جديد صحيح دون أي تغيير أو إضافات على ذلك القديم ، أما تصحيح العقد فهو بقاء العقد الأصلي القديم مع إزالة العيب اللاحق له[372]. وهي وسيلة فنية تستهدف الابقاء على الرابطة العقدية الباطلة في ثوب جديد مختلف عن العقد المقصود أصلاً فالتحول يرد على وصف العقد أو تكييفه وطبيعته ، أما البطلان الجزئي فيرد على كم العقد دون المساس بطبيعته ، ولا يتم الاعمال في فكرة تحول العقد إلا في حالة وجود مجال لاعمال البطلان الجزئي. ولكي يتم تحول العقد لعقد جديد ينبغي توفر شرطين ليتحول العقد من باطل لعقد آخر صحيح ولنطبق على هذا العقد نظرية تحول العقود ، ومن أهم هذه الشروط :

أولاً : بطلان العقد الأصلي بطلان مطلق [373] :

البطلان المطلق جزاء ينص عليه المشرع ويترتب بقوة القانون ولا ينتج أثر كإبرام العقد مع شخص معدوم الأهلية ، أما البطلان النسبي فهو جزاء مترتب على عدم توافر شروط صحة التصرف كصدور التصرف من شهص ناقص الأهلية [374].

العقد الصحيح لا يتحول لعقد آخر وإن تضمن أركان هذا العقد ، ويكون التصرف الباطل يضم بين طياته تصرف آخر صحيح ويجب أن يكون العقد الأصلي باطلاً كلياً وليس في شق منه فلو كان البطلان في شق منه فتطبق هنا نظرية إنقاص العقد وليس تحوله.

---

[370] صاحب الفتلاوي ، تحول العقد ، دراسة مقارنة ، ط1 ، 1997 ، دار الثقافة ، عمان ، ص24.

[371] مصطفى الزرقا ، امرجع سابق ، ص288.

[372] عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للالتزامات ، ج1 ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، أربيل ، 2011 ، ص334.

[373] جلال علي العدوي ، أصول احكام الالتزام والاثبات ، منشاة المعارف ، 1998 ، ص206.

[374] رمضان جمال ، مرجع سابق ، ص446.

ثانياً : أن يتضمن العقد الأصلي لأركان عقد آخر صحيح [375]: فيجب توفر جميع أركان العقد الجديد لكي يتحول العقد ، فلا يجوز التحول في العقد إذا كان العقد الجديد يقضي بإدخال عنصر خارجي جديد ، فإذا توفر في العقد بعض أركان العقد الجديد فهنا نطبق نظرية إنقاص العقد أيضاً.

ثالثاً : يشترط عدم اجراء أي تغير بين المتعاقدين : فالتحول يشترط لقيام العقد الجديد قيام نفس المتعاقدين بنفس صفتاهما التي كانا في العقد القديم.

رابعاً : اشتراط اتجاه نية المتعاقدين المحتملة لإبرام العقد الجديد [376]: ويكفي هنا نية الطرفين المحتملة ويكفي مجرد إحتمال الرضا.

وهذا يعني أن مقتضى تحول العقد أن التصرف الباطل قد يحمل في طياته عناصر تصرف آخر صحيح ، فيتحول التصرف المعقود أصلاً ، وهو التصرف الباطل ، إلى التصرف الصحيح الذي توافرت فيه العناصر المطلوبة لصحته ، شريطة تبين اتجاه نية المتعاقدين إلى إبرام هذا التصرف الصحيح وإلا لا يتم التحول ويبطل العقد ويزول[377].

الفرع الثاني : أثر التحول في بعض الأنظمة :

الأصل أن العقد الباطل لا يرتب أي أثر لاعتبار أن العقد الباطل لا وجود قانوني له ، وعند ظهور عقد جديد بعد تطبيق نظرية التحول يتم التساؤل عن دور هذا العقد في إخضاع العقد الباطل للقانون والنظام العام ، ولأن الأثر المترتب يخضع لمبدأ ثابت يتعلق أساساً بوظائف العقد وجد استثناء على الأصل باعتبار العقد الباطل واقعة مادية تنتج اثراً قانونياً لا عقداً بين أطراف فقط.

ويمكن للعقد أن يبطل لعدم توافر شروطه أو أركانه ولكن رغم هذا البطلان قد يحتوي هذا العقد على العناصر الكافية لقيام عقد صحيح ثاني مما يجعل العقد الأول الباطل منتجاً لأثر قانوني وهو العقد الجديد ولكن هذا الأثر يكون اثراً عرضياً وليس اصلياً. وقد تترتب آثار أصلية ونزولاً عن إرادة المتعاقدين استثناء عن العقد الباطل وكأنه عقد صحيح لضمان استمرار المعاملات واستقرارها وتكون هذه الآثار ناتجة عن العقد الباطل في معظم الحالات بالنسبة للغير الحسن النية[378].

---

[375] عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة ، 1998 ، ص329.

[376] عبد العزيز اللصاصمة ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دار رند للنشر والتوزيع ، عمان ، ص151.

[377] د نبيل إبراهيم سعد ، التنازل عن العقد ، دار الجامعة ، 2004 ، ص 258.

[378] د. غني حسون طه ، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي ، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الثالثة ، العدد الثاني ، يونيو 1978 ، ص292.

آثار التحول في الشريعة الإسلامية :

القاعدة العامة الفقهية في الإسلام تقول أن العقد شريعة المتعاقدين والمتعاقدين عند شروطهم شرط أن لا يكون هذا قد حرم حلالاً أو حلل حراماً. اعتمدت الشريعة الإسلامية المعيار الموضوعي لا الذاتي أساساً لتحول العقد الباطل مما أثر بشكل مباشر على آثار التحول في تنظيم التعاقد من جديد بين الأطراف بما يتفق مع النظام القانوني للإسلام الذي يهدف لإشباع حاجات الأفراد وتحقيق مصالحهم ، وهذا يعني أن التشريع الإسلامي هو الذي يتحكم بآثار العقد الثاني إلا إذا كان الأطراف قد اتفقا على آثار لا تتعارض والشريعة الإسلامية. وهذا يعني أن الشريعة الإسلامية تنشئ أحكام العقد وآثاره لا العقد نفسه ، فالعقد ينشئه الأطراف وتكون إرادته في حدود تكوين العقد لا في أحكامه وآثاره وهذا يعني أن مقتضيات العقود ليست من أعمال العاقد بل تكون من أعمال المشرع[379].

ويجدر الإشارة إلى أن العقود لا يحرم فيها إلا ما تحرمه الشريعة الإسلامية ، والوفاء بما دون ذلك واجب لإيجاب الشارع[380]. والمسببات تختلف عن الأسباب وقد تكون موجودة بالعقد ولا تكون أسباباً إلا لمسببات ، وأن الذي وضع الأسباب قد وضعها لحدوث المسببات وأن الأسباب مقصودة الوضع تلزم المسسببات أيضاً[381].

وهذا يعني أن العقود إن كانت صحيحة أو باطلة آثارها في الشريعة الإسلامية لا تخضع لإرادة المتعاقدين وتخضع لأحكام الشارع ولأحكام الشريعة وإلا كانت باطلة لا قيمة لها مما يجعل صعوبة في التحول لعدم جدواها ، والأصل في العقود رضا الأطراف والشريعة الإسلامية لا تغض الاعتبار عن إرادة المتعاقدين لأن رضاهم في العقود محمي بقوة سلطان الإرادة إلا أن الإرادة في الشريعة الإسلامية تستخلص من الشارع[382]، أي أن المتعاقدين لهم الإرادة بما لا يخالف الاسلام[383].

يرى بعض المشرعين أنه من الضروري الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في التحول لأن أحكامها تنقل إلى القانون المدني[384]. مما جعل معظم المحاكم تأخذ بهذا الرأي وتطبق أحكامه ، كما أن النظام العام والآداب العامة تخضع للشريعة الإسلامية مما لا يجعل أي تعارض بينهم ، والأصل في

---

[379] د محمد زكي عبد البر ، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي ، مجلة إرادة قضايا الحكومة ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، 1964 ، ص5.

[380] أبو العباس تقي الدين احمد بن عبد الحليم ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى – قدم له وعرف به حسنين محمد مخلوف ، ج3 ، دار الكتب الحديثة ، بدون سنة طبع ، ص485.

[381] انظر للشاطبي في كتابه الموافقات.

[382] محمد أبو زهرة ، مصدر سابق ، ص222 .

[383] فخر الدين حسين بن منصور الفرغاني الحنفي ، الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية ، ج3 ، ط2 ، المطبعة الاميرية الكبرى ، مصر ، 1310 هـ ، ص239.

[384] احمد نجيب الهلالي ، شرح القانون المدني في العقود ، ج1 في البيع والحوالة والمقايضة ، مطبعة الاعتماد ، 1925 ، ص245.

التعاقد الحرية في حدود النظام العام والنظام العام يكون في حدود الشريعة الإسلامية وكثرة القواعد في النظام العام تقيد هذه الحرية[385].

آثار التحول في القوانين الوضعية :

الإرادة تكون في محل العقد حسب النظرية العامة أي على آثار العقد والالتزامات الناشئة عن العقد والمفروض في أي عقد الإرادة عند تكوينه فالإرادة هي التي توجد العقد والتزاماته ومن المفروض أن آثار التحول لا تكون إلا بإطار هذه القاعدة[386].

وهذا يعني أن الإرادة هي من ترتب آثار التحول وهي منبع الالتزامات وتفسر العقد وترتب النتائج القانونية عليه[387]، وهناك آراء تعتبر أن آثار الالتزام لا تكون للأطراف فقط لأن النتيجة تنفيذه والتنفيذ يمتد للهيئة الاجتماعية التي تخلق من الاتفاق لتلزم المتعاقدين بتنفيذه وأن العقد ليس سبب الالتزام بل هو الأساس المهيء لوجوده ، وحجتهم وجود التزامات مترتبة على العقد غفل الأطراف عنها وأن معظم العقود قد أبرمت دون علم الأطراف بطبيعتها وما ترتبه من آثار ومع ذلك يتحمل المتعاقدين النتائج[388].

ويجدر الإشارة إلى أن أغلب آثار التعاقد يرتبها القانون فيتفق الأطراف على الشيء الجوهري ويتركون الباقي للقانون الذي يأخذ في قواعده قواعد العدل لا إرادة الأطراف ويفترض المصلحة العامة للجميع ، والقاضي يعتبر في تفسيره للعقود أن إرادة المتعاقدين اتجهت لتنظيم كامل التفاصيل فلا يعقل أن يستعين بالارادة المخفية أو الموهومة لأنها قد تكون مخالفة لإرادة المتعاقدين ، وهذا يعني أن تفسير القاضي للعقود وفقا للأحكام العامة ترتب اثاراً لا تخضع لإرادة المتعاقدين. وفي الواقع إن القواعد العامة أغلبها تأتي لتحمي استغلال الطرف الضعيف[389].

وهذا يعني أن التحول يتم بقوة القانون فالقاضي لا يقوم بتلقاء نفسه بتطبيق نظرية التحول ، ولكن يحكم به إذا توافرت الشروط المطلوبة لاعمال هذه النظرية ، ومعنى هذا أن التحول لا يكون قضائي لأنه يستند للقانون بتقدير من القاضي ، أي أن حكم القاضي ليس منشئاً بل مقرر أي لا يبدأ بإعمال التحول بل يقرر أن التحول قد تم.

وإن وقع التصرف الجديد بعد التحول بقوة القانون يقع بعد حصول التحول وثبوت آثاره شرط اتجاه نية الأطراف له ، ونظرية سلطان الإرادة هنا تقلل من القيود التي وضعت على المتعاقدين حيث أن

---

[385] السنهوري ، مرجع سابق ، ص343.

[386] د حلمي بهجت بدوي ، اثار التصرفات الباطلة ، أصول الالتزامات ، الكتاب الأول ، القسم الأول ، نظرية العقد ، مطبعة فوزي ، القاهرة ، 1943 ، ص415.

[387] C.V.Sampson , Printing and Numerical Registering , 1875 , p. 465.

[388] د حلمي بهجت بدوي ، مرجع سابق ، ص415.

[389] السنهوري ، مرجع سابق ، ص104،

دائرة النظام العام والآداب قد تتسع وتضيق حسب متطلبات الحالة ، وأنها قد شرعت لإشباع حاجات الأطراف الفردية ليس إلا.

آثار التحول في ظل النظام الإقتصادي المبرمج :

يكون العقد في الإقتصاد المخطط صاحب وظيفة اقتصادية واجتماعية تكمل في تبادل وتدوال الأموال والخدمات وإلا أصبح بدون حماية قانونية ، فلا يجوز أن يتحول العقد لسبب ضرر بالإقتصاد الوطني أو لوسيلة استغلال الأطراف أو الآخرين ، مما لا يرتب الآثار التي اتجهت نية المتعاقدين لها في حالة البطلان ولكن يجوز أن تترتب الآثار التي أوجدها القانون[390].

وتقتضي مصلحة المجتمع تنفيذ العقد وفق النظام والاداب العامة ووفق النظام الإقتصادي للدولة ، ولا يقتصر القانون على تحديد المشرع لمضمون العقد وفقاً للحالة الإقتصادية بل يمتد لتنظيم الجزاء ، فالبطلان يعتبر جزاء تقليدي للعقد الغير مشروع وقد وجد جراء جديد يخضع العقد للمتطلبات الإقتصادية لأن البطلان التقليدي لا يكفي لما يتطلبه وقتنا الحالي في مواجهة الظروف الاقتصادية المرنة ، أي أن العقد يجب ان يخضع كمبدأ عام للقواعد العامة والظروف الاقتصادية[391].

والنظام الإقتصادي لا يبطل العقود التي تخالفه بل يغير فيها لتتوافق معه للإستفادة من آثارها إقتصاديا للنمو والتطور ، مما يتطلب تكييف العقد حسب الأهداف الإقتصادية ، فيعطي هذا النظام التحول للعقود كوسيلة قانونية تحميه من البطلان الذي يهدده ، لأن هذا النظام يعمل على خطة تنمية ونظام قانوني يعد أساساً لوجود العقد وصحته[392].

وهذا النظام يخضع العقود الفردية له لأنها أكثر العقود بحاجة لتوجيهه لأنه يعمل على الإلمام بكافة أوجه النشاء الإقتصادي مما يجعل من هذه العقود مقيدة في خطط هذا النظام لينسجم ومتطلبات هذا النظام[393]، فالعقد لا يكون نافذ إلا عندما يكون متفقا مع خطة الدولة الإقتصادية[394].

ويعتبر البطلان هو الجزاء على العقد الذي لا يستجيب للتطور الإقتصادي والإجتماعي أو لا يهدف لتلبية مقتضيات خطة التنمية القومية ، ويترتب البطلان أيضاً على العقود التي تخالف القانون أو تحايله أو التي تسبب خسائر للدولة أو تلحقق ضرر بها[395].

---

[390] المادة 374 من مشروع القانون المدني العراقي،

[391] د .عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص60.

[392] صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ، 133.

[393] قانون خطة التنمية رقم 89 لسنة 1977 ،المادة ٥ والمادة ٩

[394] Magdi Sobhy Khalil , Le dirigisme les contrats, Etude de droit compare France , Egypte , U.R.S.S , Paris , 1967 , p44.

[395] صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص134.

آثار التحول من حيث الزمان والمكان :

القاعدة العامة أن التحول يكون وقت إبرام العقد ، والعقد المتحول يكون أثره بأثر رجعي لا حالي ، والأثر الرجعي للبطلان متعلق بالأثر الرجعي للتحول ، وعقود المدة يكون أثر التحول فيها حالي لا رجعي لإعتبار أن هذه العقود يكون الزمن هو العنصر الجوهري فيها وهذا يعني أنها لا تعتبر إستثناء على القاعدة العامة[396].

آثار التحول من حيث الأشخاص :

بطلان العقد وصحته يسري أثره بين المتعاقدين والأطراف الأجنبية ، وهناك من يرى أن من يتمسك بالتحول ليس عليه عبء اثبات الشروط بل يمكن أن يكتفي بإقناع القاضي بها ، ويرى آخرون أن من يتمسك بالبطلان يقع عليه عبء الاثبات[397].

آثار التحول في قرارات القضاء :

إن ما يحكم أطراف الدعوى العلاقة الإتفاقية التي تمت بينهم بما حوته من شروط ملزمة للأطراف لأن العقد ما هو إلا إنشاء علاقة قانونية ملزمة تخول الأطراف مسائلة بعضهم في حالة الإخلال بالالتزامات المتفق عليها والأصل أن التمديد في العقد الذي تم شفاهةً ليس محل اعتبار ولا يرتب التزامات بين المتعاقدين ، وعلى القاضي تفسير العقد واستخلاص ما اتجهت له نية المتعاقدين فيحكم بما ينسجم وطبيعة العقد[398].

فالتحول ما هو إلا تصحيح للتسمية الخاطئة وما هو إلا عملية قانونية إجتهادية تقع على عاتق القاضي لتفسير الإرادة الحقيقة للأطراف لاخراج هذه الإرادة غير الواضحة إلى الوجود ، والعبرة هنا ليست بإسم التصرف بل بمضمونه فتغير الإسم ليس إلا تفسير لإرادة الأطراف بالتصرف والتحول ما هو إلا كشف عن الإرادة الغير حقيقية والمحتملة المفترضة والمتصورة[399].

اختلاف الآثار العرضية عن الآثار الأصلية للعقد الباطل :

تتعلق الآثار العرضية والآثار الأصلية بالعقد الباطل حيث يرتبان آثاراً على العقد ، ويجدر بنا العلم أن الآثار العرضية والأصلية الفارق بينهم يتقلص عند الإبتعاد عن مبدأ سلطان الإرادة أساس التحول ، وتختلف الآثار العرضية عن الآثار الأصلية في ما يلي :

---

396 د أحمد يسري مرجع سابق ، ص189.

397 د أحمد يسري ، مرجع سابق ، ص210.

398 صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ، 249.

399 د. أحمد يسري ، مرجع سابق ،ص٢٣٠

أولاً : الآثار العرضية أو الثانوية هي التي تترتب على العقد الباطل في حالة التحول أما الآثار الأصلية أو الجوهرية هي التي تكون للعقد الباطل دون تحوله[400].

ثانياً : تعتبر الآثار العرضية في حالة التحول واقعة قانونية أو مادية ، أما الآثار الأصلية تعتبر تصرف قانوني وعقد وليس واقعة مادية[401].

ثالثاً : يرتب القانون الآثار الأصلية حيث أنها تتولد من العقد الباطل باعتباره تصرف قانوني ، أما الآثار العرضية فهي تنشئ من خلال نية المتعاقدين المحتملة في التصرفات[402].

ترى الباحثة أن العقد الذي ينتج الآثار القانونية هو العقد الصحيح الثاني الذي نتج عن إعمال نظرية التحول وليس العقد الأول الذي يشوبه البطلان ، لأن هذا العقد قد تحول بإرادة الأطراف ومعنى ذلك أن الآثار القانونية الجديد المترتبة على التحول استندت في تواجدها لنية الأطراف الجديدة.

المطلب الثاني : تمييز التحول عن الأنظمة المشابه له :

نظراً لأهمية نظام تحول العقد أصبح هذا النظام قانوني قائم بذاته على خلاف الأنظمة القانونية الأخرى التي يتشابه معها سواء في شروطهما أو آثارها لما يلعبه من دور كبير في الحد من حالات البطلان للحفاظ على العلاقات التعاقدية واستمرارها ، فهذا النظام لا يمكن تطبيقه إلا بتوافر معايير معينة وشروط نص القانون على إعمالها لهدف التطبيق الصحيح والملائم لحالات البطلان المختلفة وبهدف الإبقاء على هذا النظام مستقلاً ذو كيان في ظل الأنظمة القانونية المختلفة المشابهة له سواء المتواجدة في ضوء النظرية التقليدية أو الحديثة التي تؤثر بمقتضاها على هذه الأنظمة وطريقة إعمالها في الحياة اليومية مما استدعى من المشرعين تقنين هذه النظرية وفق إطار معين وأحكام خاصة به. تم اعتبار تحول العقد الباطل لعقد صحيح هو نوع من أنواع تفسير العقد من مهمات القاضي يقوم به في حالات النزاع القائمة بين الأطراف بالإستناد لنية الأطراف الحقيقة[403] وباعتبار أن إرادة الأطراف اتجهت للعقد الصحيح وليس العقد الباطل الأول[404].

إن التكييف القانوني لتحول العقد يكون من منطلق التفسيير فالقاضي الذي يحكم بتحول القعد يحكم بذلك بعد تفسير نية المتعاقدين بالتحول من عقد باطل إلى عقد صحيح ، ففي العقد المحول لا يوجد إلا تصرف واحد هو الصحيح وهو التصرف الجديد لأن العقد القديم قد بطل وزال مما يستدعي إعمال قواعد التفسير والتكييف لإثبات ذلك[405].

---

[400] د. حشمت أبو ستيت ، مصادر الالتزامات ، ط2 ، مطبعة مصر ، 1954 ، ص269.

[401] د. حشمت أبو ستيت ، مرجع سابق ، ص269.

[402] د. حشمت أبو ستيت ، مصادر الالتزامات ، ط2 ، مطبعة مصر ، 1954 ، ص269.

[403] السنهوري ، مرجع سابق ، ص637.

[404] علي كاظم الشباني ، تحول العقد في نطاق القانون المدني ، ط1 ، بيروت ، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2015 ، ص53.

[405] السنهوري ، مرجع سابق ، ص638.

ترى الباحثة أنه قد يختلط على المتعاقدين أو القضاء التغيير الذي يحدث في العقد إن كان تحولاً أم نظرية مشابهة له مما يوجب على القاضي تكييف وتفسير العقد لبيان ما إذا كانت النظرية الواجبة التطبيق هي التحول في العقود أم نظام آخر مشابه لهذه النظرية.

الفرع الأول : تمييز تحول العقد عن ما يشتبه به :

تعتبر النظرية التقليدية للبطلان أن العقد الباطل لا يترتب عليه أثر وبالتالي لا يمكن استخراج عقد جديد من العقد القديم فالعقد الباطل في هذه النظرية هو والعدم واحد وهذه النظرية تتعارض مع معنى التحول ، فجاءت النظرية الحديثة بأن البطلان في العقود ينتج عنه آثار، وقد جاء بعض الفقهاء بأن نظرية التحول تصنف من آثار العقود الباطلة العرضية مما جعل الفقهاء يدرسون هذه النظرية تحت مبحث الآثار العرضية[406].

فتحول العقد قد يتشابه وأنظمة قانونية أخرى تعطي القاضي سلطة التغيير في مضمون العقد أو في عنصر من عناصره أو في التفسيير والتكييف ، حيث يعطى للقاضي دور في رسم وتحديد اختلاف نظام التحول عن الأنظمة المشابهة له[407].

تمييز تحول العقد عن إنقاص العقد :

يعرف إنقاص العقد بأنه: استبعاد الالتزام أو العناصر المعيبة في العقد لإبقاء الالتزامات الصحيحة لتشكيل أساس العقد[408] ، ويبدو أن المعرف قد خلط بين إنقاص العقد وتحوله لأن الإنقاص يستخدم لاستبعاد الجزء الباطل من العقد وبقاء باقي العقد صحيحاً نافذاً. ويرى بعض القانونين أن الإنقاص يسمح به في حالة العقود المركبة بحجة أنها عقود عديدة داخل عقد واحد فينفذ الإنقاص بدون تعديل للعقد أو اضافة فيه[409] ،ويرى آخرون أن الإنقاص ما هو إلا صورة لترتب الاثار الأصلية حيث يكون باطل في جزء وصحيح في جزء مما يستدعي استبعاد الجزء الباطل ويبقى الباقي صحيح[410].

فمن الأنظمة التي يختلط التمييز بينها وبين نظام التحول هو إنقاص العقد ومدى صلاحيات القاضي في إزالة الجزء الباطل الذي يهدد العقد بالبطلان منه وتصحيح العقد وإمكانيته في إضافة عنصر

---

[407] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص361.

[408] Serverance means the rejection from a contract of objectionable Promises or the ob-jectionable elements of aparticular promise, and the retention of those Promises or of those parts of aparticular promise that are valid. Op. Cit. -p.393.

[409] J.C. smith, M.A. LL.B & J.A.C. Thomas, M.A, LL.B – acase book on contract – Fi – fth edition – sweet & Maxwell – London 1973 – p.576.

[410] د .عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، 363.

جديد للعقد يحوله من عقد باطل لعقد صحيح. فالتحول كما ذكرنا سابقاً من الآثار العرضية المترتبة على العقد الباطل بطلاناً كاملاً باعتباره واقعة مادية ، أما الانتقاص فيعتبر صورة خاصة يترتب بسببها على العقد آثار أصلية دون غيره ، وهذا يعني أن التحول يرد عقد باطل بطلان كامل أما الإنقاص فيرد على جزء باطل في العقد دون غيره ، وينتج عن التحول وبطلان العقد كله عقد جديد بختلف عن القديم ويمنح تكييف جديد مع مراعاة الهدف الأساسي من التحول وليس الإرادة التي وجدت فيه[411].

ويجدر الإشارة إلى أن العقد إذا كان يحتوي ع جزء باطل فلا مجال لإعمال نظرية التحول هنا بل نطبق نظرية الإنقاص فيزول الجزء الباطل ويبقى العقد صحيحاً مع احتفاظ العقد بطبيعته القانونية وبدون تغيير مع اكتفاء القاضي بتفسير إرادة المتعاقدين وتطبيق القواعد العامة التي تخص هذا النظام فإذا كان العقد في شق منه باطل أو موقوف فهذا الشق يستبعد ويبطل وحدة دون باقي العقد[412].

تمييز تحول العقد عن تفسيره :

لا يعتبر تحول العقد مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين ، فالقاضي يضع نفسه مكانهما ويبدل عقدهما الأصلي القديم إلى عقد جديد ومتحوّل ، وذلك بسبب بطلان العقد القديم ، وهنا يعد الشبه بين تحوّل العقد وتفسيره هو أن القاضي يكون في كلا العقدين هدفه التوصل إلى نية وإرادة المتعاقدين في إرادتهما ، إما في تبدل الغموض الذي شاب الإرادة ، أو ببيان أسباب إعادة العقد ، والفرق بين تحول العقد وتفسيره يكون في أن القاضي عند تطبيقه لعملية التحول يسعى إلى معرفة إذا كانت إرادة الأطراف تتجه إلى تصحيح العقد المتضمن عقداً باطلاً ، وإزالة البطلان منه أو نحو الإرادة المحتملة للأطراف ، أما في تفسير العقد فإن القاضي لا يواجه بالبطلان ، بل يصحح عن طريق البحث بإرادة الأطراف الحقيقية ، وليس الاحتمالية ، والتي يعبر عنها الأطراف بشكل واضح دون غموض ، لأن القاضي ليس من دوره تفسير العقد بالبحث عن عناصره ، فرضاً أن العقد صحيح أصلاً[413].

---

[411] صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص103.

[412] بوشعرة مونية ، انتقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2016 ، ص16.

[413] - د. محمد عمار تراكمية غزال، الإشكاليات التطبيقية في نظرية التحول دراسة مقارنة، مجلة كلية أحمد بن محمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية، ص 63،

تمييز تحول العقد عن تكييفه :

من أدوار القاضي في تحوّل العقود تكييف العقد وتحديد الالتزامات التي يتضمها العقد ، وتفسير العقد واستخلاصه لإرادة الأطراف المتعاقدة ، وذلك لإعطاء حكماً قانونياً من المجريات المعروضة أمامه ، لاستخراج التسمية القانونية الصحيحة له ، وهذا يجعل من المفهومين (التكيف والتحول) مختلطان على الأطراف المتعاقدة والآخرين ، ولكنهما يتميزان عن بعضهما في أن عملية تحوّل العقد تغير وصفه بطلب من الأطراف ، فالقاضي لا يستطيع أن يقوم به لوحده ، ويجب توافر العناصر المكونة للتحول والشروط المطلوبة له من أجل إبدال وتحوّل العقد القديم بالعقد الجديد[414].

أما بالنسبة للتكييف فالعقد الأصلي بأصله صحيحاً ، وهذه القاعدة العامة ، إلا أن القاضي من صلاحياته تغيير اسم العقد بتفسير ألفاظه المستخدمة في غير معناها ، ويتضح لنا هنا أن الفارق بين التكييف والتحول يكون في الآثار التي تنتج عن تحوّل العقد ، وهي آثار عرضية ، لا تكون في العقد الأصلي ولا يرتبيها ، على أساس أنه عقد باطل ، فلا يبقى بشكله ولا مضمونه ، أما العقد المتحول الجديد هو الذي ينتج الجديد ، وتكون هذه الآثار آثاراً أصلية ، لأن الأصل باقي في أصله ووصفه وليس في مضمونه ، وتكييف العقد هي من مراحل تحويل القاضي للعقد ، فيستعرض الوقاع الموجودة والألفاظ المستخدمة وينظر إلى إرادة الأطراف لتحديد إمكانية تكييف العقد بموجب العقد الباطل ، دون إضافة أي عنصر من عناصر العقد القديم[415].

الفرع الثاني : تطبيقات على التحول :

في حال كان يتضمن العقد في ثناياه عناصر عقد آخر صحيح تتوافر له حال الإنعقاد ولكن بشرط أن يكون هناك دليل قائم على أن نية المتعاقدين اتجهت إلى الإرتباط بالعقد الجديد بمجرد معرفتهم ببطلان العقد الأصلي ، وإن القاضي هنا هو من يحل محل المتعاقدين عندما يقوم بإبدال العقد إلى عقد جديد بشرط قيامه بين نفس المتعاقدين ، كما ويشترط أن يطلب أحد الخصوم هذا التحويل لأنه غير متعلق بالنظام العام ولا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء ذاته ، كما ويشترط أن لا يكون العقد باطلاً بطلان كلي وأن يثبت المتعاقدان أن نيتهما كانت تنصرف وقت إبرام العقد إلى إبرام العقد الجديد[416]. ومن التطبيقات العملية التي تتم على تحوّل العقود في ظل النظم الإقتصادية والإجتماعية المختلفة والتي تدل على آثارها ما يلي :

---

[414] صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص117.

[415] محمد عمار تراكمية غزال، مرجع سابق، ص 72.

[416] أحمد طالب سويطي ، عثمان التكروري ، مصادر الالتزام ، المكتبة الأكاديمية ، الخليل ، 2016 ، هامش ١٠ ، ص٣٠٢.

التطبيق الأول : تصرفات الفضولي ودور التحول فيها :

جاء في مجلة الأحكام العدلية أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير دون إذنه ، ولا يجوز التصرف في مال الغير دون إذن أو ولاية[417]، وهذا يعني أنه ليس لأحد استعمال مال الغير أو بيعه ، أو التصرف دون إذن الولي الشرع ، وأي تصرف مخالف لهذه القاعدة لا يكون صحيحاً في الأحوال والشروط الاستثائية[418].

إذا لم يقصد الفضولي التدخل بشأن غيره ، فلا تتحقق الفضالة ، مثال على ذلك أن يعتقد الشخص أن البيت يحتاج لإصلاح شيء تالف فيه فيقوم بذلك فتسري أحكام الإثراء على هذا المثال ، ويسترد الفضولي ما دفعه من المالك الحقيقي لأن الفضالة تقيد بقواعد معينة ، وهي أن يكون العمل لصالح غيره من قبل الفضولي ، أما إذا كان هذا الشخص ملزم بتولي الغير فنحن أمام حالة وكالة وليس حالة فضالة ، ويكون الشخص نائباً لا فضولياً[419].

فيترتب على الفضالة الالتزامات على عاتق الطرفي فالفضولي يلتزم بالمضي بالعمل وبذل عناية وتقديم شأن الوكيل على شأنه ، أما النائب فيلتزم بتعويض الفضولي ولو لم تتحقق النتيجة ، وهذا الفرق ما بين الفضالة والإثراء ، فتصرفات الفضولي تسري عليها بعض القوانين الحديثة ، وكانت محلاً للمناقضات الفقهية ، فيفسر نص القانون على التسليم بالتحول في هذه العلاقة ، فالتعويض هنا ليس إلا نتيجة العقد القائم ، لأنه عقد منشأ للالتزامات ، وتكون المسؤولية في هذا التعويض مسؤولية تعاقدية.

وينتج عن نظرية التحول في هذا المجال وفق المعيار الموضوعي الحد من حالات التصرف في أملاك الآخرين ، لأن المتصرف سيلجأ للتعويض عن ما قام به ، وسيكون للقضاء دور في تطبيق نظرية التحول في هذا المجال بتطبيق حالات التحول ، فالتعرض لتصرفات الفضولي تعتبر نوعاً من الجزاف ينتج عن عدم الاستقرار في المعاملات ، مما لا يرضي المشرع ، فيقوم المشرع بإعمال نظرية التحول.

التطبيق الثاني : تحول الشركات التجارية :

يبطل عقد الشركة إذا كان محلها أو سببها غير مشروع أو إذا اشتملت على شرط الأسد ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك في البطلان أو أن تقضي المحكمة به من تلقاء نفسها ، ويتقصد بتحول

---

[417] مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٩٦.

[418] د. صبحي محمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، ج 2، ط 2، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1972، ص 63.

[419] صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص136.

الشركة قلب شركة خاضعة لنظام قانوني ما لنظام آخر إما بتغيير نوعها أو بتغيير جنسيتها من خلال نص قانوني أو من خلال نص الشركة الأساسي الخاص بها.[420]

ويجوز تحويل الشكل القانوني للشركات التجارية من شركة إلى أخرى ما عدا شركة المساهمة العامة إلى شركة عادية ولا يشترط في التحويل موافقة الدائنين ويبقى الشركاء محدودي المسؤولية الذين كانوا شركاء عامون قبل التحول مسؤولين بالتضامن والتكافل بأموالهم الشخصية عن ديون الشركة والتزاماتها التي كانت موجودة قبل تاريخ تسجيل التحول لمدة ٥ سنوات من تاريخ تسجيل التحول.[421]

التطبيق الثالث : تحول عقد العمل :

يمكن تطبيق نظرية التحول في عقد العمل المحدد المدة إذا ما خالف المتعاقدين شرط من شروطه كانعدام المدة في العقد مثلاً أو بتحول العقد من عقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة حيث جاءت قانون العمل بأنه : "إذا استمر طرفا عقد العمل المحدد المدة في تنفيذه بعد انقضاء مدته اعتبر العقد غير محدد المدة"[422].

ويتقرر كذلك نفس الجزاء إذا ما اشتمل عقد العمل محدد المدة على بنود تشكل في الأساس عقد غير محدد المدة كالبند الذي يسمح بفسخ عقد العمل لمدة محددة بصفة انفرادية من قبل الأطراف بشرط توجيه إنذار قبل الفسخ ، فهنا يعاد تكييف العقد من محدد المدة إلى عقد عمل غير محدد المدة وفقاً لأحكام إنهاء عقد العمل غير محدد المدة الواردة في قانون العمل ، وذلك من باب تفادي مشاكل الإبطال الكلي والمصاريف وإهدار الوقت.

كما أنه وبالرجوع إلى قانون العمل وفيما يتعلق بفترة التجربة فإنه إذا ما إنتهت الفترة و استكملالعقد فإنه وبهذه الحالة يتحول العقد إلى عقد عمل غير محدد المدة وفق ما نص عليه القانون.

---

[420] صاحب عبيد الفتلاوي ، تحول العقد ، مرجع سابق ، ص٢٠٦.

[421] قرار بقانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٢١ بشأن الشركات.

[422] قانون العمل الفلسطيني رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ ، المادة ٢٦.

الخاتمة :

استهدفت الباحثة من خلال هذه الدراسة ، الكشف عن نظرية تحول وإنقاص وتجديد العقد سواء من حيث أصولها التاريخية ، وأسُسها القانونية التي تحظى بإهتمام متزايد من طرف رجال القانون ، والإقتصاد معاً ، ومنبع هذا الاهتمام هو التطورات الإقتصادية المطردة التي شهدتها كل المجالات وما صاحب ذلك من تأثير على القانون والتشريع بشكل عام.

ومن ثم تم توضيح مدى إمكانية تدخل القاضي في العقود المدنية ، ومدى أهمية تدخله في هذه العقود، لن نستطع نكران ما لسلطة القاضي من دور في تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العقد ، وتحقيق الحماية للطرف الضعيف ، خاصة في ظل التزايد الكبير لعقود الإذعان وما تتضمنه هذه العقود من شروط تعسفية ، أو من غبن أو شروط جزائية تثقل كاهل أحد الأطراف. لم تقف سلطة القاضي عند حد التعديل ؛ بل توسعت سلطته إلى حد تمكنه من تصحيح العقد أو تحويل العقد المعيب إلى عقد صحيح ، مما أدى إلى حماية العقود من البطلان والحفاظ على استمرارها واستقرار المعاملات.

ولأهمية العقود في حياة الأفراد لم يقتصر انعقادها على القانونيين فقط ، بل شملت جميع فئات المجتمع ، الأمر الذي كان سببًا في إغفال بعض المسائل التفصيلية ، وبالتالي فقد اتجهت بعض التشريعات الي تقنين هذه النظريات في قوانينها وكما أنها مركز إهتمام لدى الفقهاء ، وأيضاً الدور الأكبر يكمن في دور القاضي بموجب صلاحياته في تصليح العقد للحفاظ على العقود وتمكينها من مواكبة التطورات الإقتصادية والإجتماعية.

النتائج :

1. توصلت الباحثة إلى أن السبب الرئيسي الذي يدفع القانون والقضاء التدخل في حال وجود إرادة الأطراف في التعاقد هو اختلال التوازن العقدي لإعادة التوازن للعقد لتحقيق الغاية التعاقدية.
2. توصلت الباحثة إلى أنه من الصعب إنشاء عقد جديد بدون سبب موجود أُنشأ العقد القديم على أثره فالإلتزام السابق المعدوم أو المنقضي يعدم الإلتزام الجديد لأن الإلتزام الجديد هو تابع للأصل وإن انعدم الأصل انعدم التابع.
3. توصلت الباحثة إلى أن العقد الباطل قد يتحول إلى عقد صحيح في حال وجود نية الأطراف المتجهة إلى التجديد ، ولتغير عنصر من عناصره الجوهرية ، فينقضي الإلتزام القديم ليحل محله الجديد ولو كان استيفاء الإلتزام مستقبلياً ، وبالتالي فالأثر المسقط هو أساس إنهاء الإلتزام الأصلي مما يمكننا من تجديد العقد الباطل.
4. أظهرت الدراسة أن الإنتقاص هو بتر الشرط الباطل من التصرف، وذلك للحفاظ على العقد صحيحاً، لأن إنتقاص العقد ما هو إلا تصحيح للعقد الباطل شريطة أن لا يكون هذا الشرط هو الدافع للتعاقد ولا يكون التصحيح إجباري بل تكون إرادة المتاعقدين تتجه للعقد الجديد المصححص شرط عدم التغيير في وصف العقد القانوني.
5. توصلت الباحثة إلى أنه قد يختلط على المتعاقدين أو القضاء التغير الذي يحدث في العقود في حالة البطلان ، مما يستدعي ضرورة تكييف وتفسير العقد نظراً لتشابه النظريات التي قد تطبق عليه لتصيحه واسخراج البطلان منه.

التوصيات:

1. نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة الإقرار والإعمال بالقانون المدني الفلسطيني 2012 كما وهو الحال في قطاع غزة لما يحمله هذا القانون من مواد ونصوص مهمة لإستخدامها كمرجع في معاملاتنا المختلفة.
2. نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة صياغة قانون خاص بإطار العقود يحتوي على نصوص مقننة تخص نظريات الإنتقاص والتحول والتجديد لتطبيقها على العقود بالشكل الدقيق.
3. نوصي وبعد ترك الحرية المطلقة لإرادة المتعاقدين وترتيب آثارها وإدراج ما يشاؤون ، ودون مس يالمصالح العامة والخاصة إلى ضرورة تطبيق القضاء لنظريات التجديد والتحوّل والإنتقاص انسجاماً مع مصالح الأفراد وتحقيق أهداف أصحاب العلاقة التعاقدية، لتحقيق الغايات من إبرام العقد.
4. نوصي بضرورة اعتبار نظريات التحول والإنتقاص والتجديد في العقود مادة قانونية مهمة وحلول واجبة التطبيق لإعادة التوازن التعاقدي وتفادياً للبطلان مع التأكيد على أنها ليست مجرد نظريات.
5. نوصي بالعمل على إيجاد محاكم مختصة بالعقود وبالنزاعات التي تخصها ، بالإضافة لعقد دورات تدريبية للقضاة في هذا المجال لتخريج قضاة على دراية بالأحكام الخاصة بالعقود ومختصين في نزاعاتها على إختلاف أنواعها.

قائمة المصادر والمراجع:

القران الكريم.

أ) المصادر :

- مجلة الاحكام العدلية.
- مرشد الحيران .
- قانون الشركات التجارية الكويتي رقم 15 لسنة 1960.
- قانون خطة التنمية رقم 89 لسنة 1977 .
- القانون المدني الاردني.
- التقنين المدني الجزائري.
- القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، دالوز ، ترجمة : جامعة القديس يوسف ، بيروت ، 2009 ، طبعة 208 ، ص1005.
- قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966.

ب) الكتب :

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية وفقا للقانونين المصري والكويتي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 .
- إبراهيم أبو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية (دراسة تحليلية تطبيقية نظرية الانتقاص) ، الطبعة الأولى ، الكويت ، 1998.
- إبراهيم أبو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانتقاص ، ط1 ، الكويت ، 1998.
- إبراهيم أبو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمائية الأخرى ، الكويت ، 1984 .
- إبراهيم أبو الليل ، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات وفقا للقانونية المصري والكويتي، دار النهضة العربية ، 1982 .
- إبراهيم الدسوقي ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، دراسة تحليلية ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1995 .
- إبراهيم مصطفى ، المعجم الوسيط ، ج1 ، دار الدعوة ، إسطنبول ، تركيا ، 1998.

- ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، ج1 ، دار ابن كثير ، دمشق ، 2008 .
- ابن نجيم ، الاشباه والنظائر على مذهب الامام ابي حنيفة النعمان.
- أبو البركات ، كشف الاسرار شرح المصنف على المنار مع شرح نور الانوار على المنار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- أبو العباس تقي الدين احمد بن عبد الحليم ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى – قدم له وعرف به حسنين محمد مخلوف ، دار الكتب الحديثة ، بدون سنة طبع.
- أبو السعود ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة ، الدار الجامعية ، ط1 ، 1990.
- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب، ط بيروت 1956م – 1375ه.
- احمد حسن الزيات ، إبراهيم مصطفى ، حامد عبد القادر ، المعجم الوسيط ، دار الدعوة للطباعة والنشر والتوزيع ، إسطنبول ، تركيا ، 1998 .
- احمد حسن الزيات ، المعجم الوسيط، دار الدعوة للطابعة والنشر والتوزيع ، إسطنبول ، تركيا ، 1998.
- احمد محمود سعد ، عقد الكفالة ، ط1 ، دار النهضة العربية للطبع والتوزيع ، القاهرة ، 1994 ، ط1.
- احمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دار النهضة العربية ، 1988.
- احمد نجيب الهلالي ، شرح القانون المدني في العقود ، ج1 في البيع والحوالة والمقايضة ، مطبعة الاعتماد ، 1925.
- احمد يسري ، تحول التصرف القانوني ، دراسة مقارنة ، مطبعة الرسالة ، 1958.
- أدوار عيد ، التامينات العينية ، مطبعة نمتم ، بيروت ، 1978 ، ط2 .
- أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، احكام مسؤولية الأمين في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006.
- أنور السلطان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مصر ، 1998 .
- اهرنج ، اعماله المختارة الترجمة الفرنسية.
- إياد محمد جاد الحق ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الفلسطيني الجزء الأول مصادر الالتزام ، ط3 ، 2013.
- إيهاب عمرو ، التحكيم الالكتروني كوسيلة لفض النزاعات الناشئة عن معاملات التجارة الدولية عموما والتجارة الالكترونية خصوصا ، دار كمبرج للنشر ، بريطانيا ، 2019.

- برهام عطاالله ، أساسيات نظرية الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية للنشر، 1992.
- بسام محتبس الله ، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق ، ط2 ، 2006.
- بلحاح العربي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، التصرف القانوني ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1990.
- بيار كتالا ، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2009 ، ط1.
- بيار كتالا ، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي ، الموسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2009 ، ط1.
- ج.س.شيشير ، س،ه،فيفوت ، م،ب،نيرمستون ، أسباب انقضاء العقد ، ترجمة هنري رياض ، ط9 ، 1976 ، مكتبة خليفة عطية ، الخرطوم ، مصر،
- جاك ميتر عمانوئيل بوتمان مارك بيو ، المطول في القانون المدني ، قانون التامينات العينية العام ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2006 ، ط1.
- جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2010 ، ط2.
- جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 1989 ، ط1.
- جلال علي العدوي ، أصول احكام الالتزام والاثبات ، منشاة المعارف ، 1998.
- جلال وقاء محمدين ، المبادئ العامة في القانون التجاري ، الدار الجامعية.
- جمال الدين أبو الفضل ، لسان العرب ، ج2 ، دار الحديث ، مصر.
- جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الاتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 .
- جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1956 .
- جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، 1956.
- جميل شرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993.
- جورج سيوفي ، النظرية العامة لموجبات العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 1994.
- حسام الدين الاهواني ، التامينات العينية في القانون المدني الكويتي.

- حسام الدين الاهواني ، النظرية العامة للالتزامات .
- حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر واحكام الالتزام والاثبات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2005 .
- حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، احكام الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ، 2007 ، ط2.
- حسين عبد اللطيف حمدان ، التامينات العينية ، الدار الجامعية للنشر ، القاهرة ، 1995.
- الحسيني الواسطي ، محب الدين مرتضى ، تاج العروس ، دار الفكر.
- حشمت أبو ستيت ، مصادر الالتزامات ، ط2 ، مطبعة مصر ، 1954.
- حلمي بهجت بدوي ، اثار التصرفات الباطلة ، أصول الالتزامات ، الكتاب الأول ، القسم الأول ، نظرية العقد ، مطبعة فوزي ، القاهرة ، 1943.
- حمدي عبد الرحمن وسهير منتصر ، مبادئ القانون نظرية الحق – مصادر الالتزام واحكامه ، دار الفكر العربي.
- حمدي محمد سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 .
- خليل جريح ، النظرية العامة للموجبات ، ج4 ، المنشورات الحقوقية ، بيروت ، 2004 .
- خليل جريح ، النظرية العامة للموجبات ، ج4 ، المنشورات الحقوقية ، بيروت ،2004.
- رشدي شحاتة أبو زيد ، انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1999.
- رشدي شحاتة أبو زيد ، انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، دار النهضة العربية ، 1998.
- رشيد قباني ، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بيروت ، لبنان ، 2002 .
- رضا متولي ودهان ، تجديد الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1999.
- رضا متولي وهدان ، النظام القانوني في تجديد الالتزام ، دار الفكر والقانون ، 2008.
- رمضان جمال ، الموسوعة الحديثة في البطلان ، ط1 ، 2007 .
- زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقد اللبناني، ج6 ، 2006 .
- سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1973 ، من دون دار نشر ، ط1.
- سلام عبد الله الفتلاوي , إكمال العقد : دراسة مقارنة , المؤسسة الحديثة للكتاب , لبنان , الطبعة الأولى , 2012.

- سميحة القليوبي ، الشركات التجارية وفقا للقانون الكويتي ، مذكرات غير مطبوعة لطلبة كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 1976.
- سميحة القيلوبي ، الموجز في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1976.
- سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998.
- سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مصدران جديدان للالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000.
- السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نقلا عن نظرية العقد للمؤلف .
- السنهوري ، الوسيط في مصادر الالتزام.
- شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد ، موسسة المعارف للطباعة والنشر ، بيروت ، 1959.
- صاحب الفتلاوي ، تحول العقد ، دراسة مقارنة ، ط1 ، 1997 ، دار الثقافة ، عمان.
- الصادق ضريفي ، العقود والاتفاقات التمهيدية ، المركز الاكاديمي للنشر ، الإسكندرية ، مصر.
- الصديق محمد الأمين الضرير ، الغرر واثره في العقود في الفقه الإسلامي ، ط2 ، مجموعه دله البركة ، جدة ، السعودية ، 1995.
- صوفي أبو طالب ، القانون الروماني ، احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1965.
- عاطف النقيب ، النظرية العامة للموجبات ، مصادر الموجبات ، المنشورات الحقوقية ، بيروت ، 2004.
- عامر حيدر ، لسان العرب ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
- عبد الحميد الشواربي ، المشكلات العملية في تنفيذ العقد ، دار المطبوعات ، الإسكندرية ، مصر ، 1998.
- عبد الحميد محمود البعلي ، تحول العقد وإعادة تكييفها واثر العوارض الطارئة في ذلك ، دراسة مقارنة .
- عبد الحميد محمود البعلي ، دراسة تمهيدية حول تحول العقود في الفقه والقانون ، دراسة مقارنة وموازنة ، دبي ، 2009.
- عبد الحميد محمود بعلي ، دراسة تمهيدية في تحول العقد في الفقه والقانون ، الامارات ، 2009.

- عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات ، احكام الالتزام ، مطبعة الفالجة ، مصر ، 1954.
- عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات ، ج2 ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1988 ، هامش 2 .
- عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي ، سلسلة المعاجم ، كتاب العين ، ج1 ، بدون دار نشر ، بدون مكان نشر ، 175هـ .
- عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1966،
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000.
- عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج4 ، 1957.
- عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ط 2 ، بيروت ، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 1998.
- عبد الرزاق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969.
- عبد الستار أبو غدة ، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، شركة التوفيق، السعودية ، 2006 ، ط1.
- عبد السلام ذهني ، القانون التجاري ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، 1927.
- عبد العزيز اللصاصمة ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دار رند للنشر والتوزيع ، عمان.
- عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1984 .
- عبد المجيد الحكيم واخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1987 .
- عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، بغداد ، 1980 .
- عبد المنعم البدراوي ، احكام الالتزام ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1986.
- عبد المنعم صدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، مكتبة المحكمة العليا.

- عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، 1998 .
- عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والمصري ، دار النهضة ، القاهرة ، 1971.
- عبد الناصر ترفيق العطار ، احكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، اتحاد مكتبات الجامعة المصرية ، الإسكندرية ، 1977.
- عصام أنور سليم ، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون ، منشأة المعارف، القاهرة.
- عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للالتزامات ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، أربيل ، 2011 .
- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ط2 ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية ، 2008.
- علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، الجزائر ، 2008 .
- علي كاظم الشيباني ، تحول العقد في نطاق القانون المدني ، ط1 ، بيروت ، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2015 .
- علي كحلون ، النظرية العامة للالتزامات ، احكام الالتزام ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس ، 2009 .
- فايز محمد حسين ، احمد أبو الحسن ، الموجز في نظرية الالتزامات ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ط1 .
- الفخر الرازي ، مختار الصحاح ، الدار الحديثة للطباعة والنشر ، مصر ، بدون سنة نشر.
- فخر الدين حسين بن منصور الفرغاني الحنفي، الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية، ط2 ، المطبعة الاميرية الكبرى ، مصر ، 1310 هـ.
- فرج توفيق حسن ، النظرية العامة للالتزام ، ط2 ، 1980.
- القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والمصدر بقوة المادة 41 من القانون الأساسي لسنة 2003.
- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 80 لسنة 1990 ، تمييز حقوق ، منشورات عدالة .
- القواعد لابن رجب ، القاعدة الثانية والخمسين .
- كمال أبو السريع ، القانون التجاري ، العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1980.
- مجموعة الاعمال التحضيرية ، المادة رقم 352 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 ، مطبعة احمد مخيمر ، من دون سنة نشر.

- محسن شفيق ، القانون التجاري المصري، ط1 ، دار نشر الثقافة ، الإسكندرية.
- محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربي للطباعة ، القاهرة ، 1975.
- محمد بن احمد أبو بكر شمس الأئمة السرخسي، المبسوط.
- محمد حسين منصور ، احكام الالتزام ، الدار الجامعية للنشر ، الإسكندرية ، 2000.
- محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2007.
- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزامات " مصادر الالتزام " ، 2006.
- محمد شتا أبو سعد ، المعاني المختلفة للشرط ، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية ، القاهرة ، عالم الكتب ، 1981.
- محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1991 ، ط2.
- محمد طه البشير ، عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج1 ، مصادر الالتزام ، بدون دار نشر ، بغداد ، 1980.
- محمد قدري باشا ، مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، ط2 ، المطبعة الاميرية الكبرى ، القاهرة ، مصر ، 1891.
- محمد كامل مرسي باشا ، الحقوق العينية الاصلية ، المطبعة العالمية ، مصر ، 1952 ، ط2.
- محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، أحكام الالتزام ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1974.
- مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، 2011 .
- مصطفى احمد الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، 1961 م.
- مصطفى الجمال ، شرح احكام القانون المدني ، مصادر الالتزام ، 1991 .
- مصطفى الزرقا ، القانون المدني السوري نظرية الالتزام العامة، ط 1.
- مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج1 ، العقد ، دار الخلود للصحافة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1999 ، ط2.
- مصطفى العوجي، القانون المدني ، الموجبات المدنية ، المركز العربي للمطبوعات ، بيروت ، 2011.
- مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام المصادر الارادية للالتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة) ، دار الكتب القانونية ، 2005 .
- مصطفى كمال طه ، أصول القانون التجاري ، دار الفمر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.

- منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، منشورات اراس ، ارابيل ، 2006 ، ط1.
- منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر.
- موريس نخلة ، وروحي البعلبكي ، وصلاح مطر ، القاموس الثلاثي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2002 ، ط1 .
- نبيل إبراهيم سعد ، التنازل عن العقد ، دار الجامعة ، 2004 .
- نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق للعينية الاصلية في القانون المصري واللبناني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003.
- نبيل إبراهيم سعد ، مصادر الالتزام ، ج1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2001.
- وليد العنكز ، تجديد العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2018 .
- الياس أبو عيد ، قانون الموجبات والعقود ، مكتبة سلطانة القانونية الجديدة ، لبنان ، 2011.
- الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، ج3 ، احكام العقد ، من دون دار نشر، من دون مكان نشر ، 2003 .
- ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ، المجلد الأول ، نطرية العقد ، ط1 ، وائل للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2000 .

ج) الرسائل والبحوث الجامعية :

- إبراهيم السحيلي ، تحول العقد المالي واثاره ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية ، السعودية ، 1994 م – 1995 م .
- إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي ، تحوب العقد المالي واثره ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية ، المملكة العربية السعودية ، 1425هـ .
- أبو زيد عبد الباقي مصطفى ، دراسة حول شروط المنع من التصرف ، مجلة المحامي الكويتية ، 1984.
- احمد يسري ، تحول التصرف القانوني ، دراسة مقارنة للمادة 144 من القانون المدني المصري على أساس المادة 140 من القانون المدني الألماني ، رسالة دكتوراة ، جامعة هيدلبرج ، المانيا ، مطبعة الرسالة ، مصر ، 1958 .

- اسعد سعيدة ، الاثار العرضية للعقد الباطل ، رسالة ماجستير ، جامعة اكلى محند اولحاج ، الجزائر ، 2014.
- امال سليم تحول العقد في القانون المدني ، رسالة ماجستير في العقود والاستثمارات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المنار ، تونس ، 2006.
- امال سليم تحول العقد في القانون المدني ، رسالة ماجستير في العقود والاستثمارات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المنار ، تونس ، 2006.
- اميرة صخري ، تعديل القاضي للعقد : تعد على الإرادة ام تكريس لعدالة العقد ، أطروحة دكتوراه ، جامعة باجي مختار عنابة ، الجزائر ، 2019.
- برنابا كورينا لوبنق ، السلطة التقديرية للقاضي المدني (في نطاق الرابطة العقدية والاثبات القضائي) ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، جامعة النيلين ، الخرطوم ، السودان ، 2017.
- بلقيس حدادين ، نظرية انتقاص العقد في القانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير ، جامعة اليرموك ، الأردن ، 2014.
- بوشعرة مونية ، انتقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2016.
- بوهالي جميلة ، انقاص العقد ، رسالة ماجستير ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2017.
- جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1956.
- حسب الفزاري ، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، 1979.
- حلمي بهجت بدوي ، اثار التصرفات الباطلة ، القسم الأول ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثالث ، السنة الثالثة ، 1933 .
- حنان زغاري ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجزائر ، 2008 .
- الحنفي ، نور الانوار في شرح الانوار ، تحقيق حافظ الزاهدي ، الجامعة الإسلامية ، الباكستان ، 1998.
- دعاء موسى برهم ، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الازهر ، غزة ، فلسطين ، 2019 .
- رشيد العنب ، بطلان العقد بين مبدأ لزوم التصرف واستقرار المعاملات ، بحث قانوني ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، اكادير ، 2023.

- روزان السويطي، مبدأ حسن النية في ابرام العقد وفق احكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الاحكام العدلية ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس ، 2018 .
- ريم حمزة ، القوة الملزمة للعقد ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، 2017 ، جامعة النيلين.
- سمير عبدالسيد تناغو ، الالتزام القضائي ، رسالة دكتوراه ، باريس 1965 .
- سوالم سفيان ، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري ، مجلة دراسات وابحاث، العدد 2017/12/29 ، السنة التاسعة ، جامعة سوق اهراس .
- سوالم سفيان ، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري ، مجلة دراسات وابحاث، جامعة سوق اهراس ، العدد 2017/12/29 ، السنة التاسعة.
- شواخ بن محمد الأحمد ، اتفاق او شرط عدم المنافسة في عقد العمل بين حماية مصالح صاحب العمل المشروعة وحق العامل في العمل ، دراسة تحليلية مقارنة ، مجلة كلية القانون الكويتية ، مجلد9 ، 2021 .
- عباس العبيدي ، الاكتتاب في رأس مال الشركة المساهمة ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد، 1990.
- عبد العزيز حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنوفية ، مصر ، العدد 20 ، 2001.
- عبد العزيز مرسي حمود ، نظرية انتقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وتاصيلية مقارنة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، عين شمس ، مصر، 1988.
- عبد العزيز مرسي حمود ، نظرية انقاص التصرف القانوني ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، القاهرة.
- علي عبد الحميد فودة ، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة.
- غني حسون طه ، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي ، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الثالثة ، العدد الثاني ، يونيو 1978.
- محمد بوادلي ، عيبا الغلط والتغريز"التدليس" في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، عمان ، 1989 ، قاعدة المنظومة للرسائل الجامعية.

- محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، 2012 .
- محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراة ، جامعة الحاج لخضر ، الجزائر ، 2012 .
- محمد زكي عبد البر ، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، مجلة إرادة قضايا الحكومة، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، 1964.
- محمد عمار تراكمية غزال، الإشكاليات التطبيقية في نظرية التحول دراسة مقارنة، مجلة كلية أحمد بن محمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية.
- محمد فخري عزام ، التحول في العقد ، رسالة دكتوراة ، الجامعة الأردنية ، الأردن ، 2000
- محمود سلامة ، إبراهيم يحيى ، القواعد الناظمة للشرط الجزائي وضوابط تطبيقه في التشريع الفلسطيني ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، 2021 .
- منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد .
- نريمان خمار، تحول العقد في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، 2017.

د) مراجع اجنبية :

- C.V.Sampson , Printing and Numerical Registering , 1875.
- Cass. Civ francaise , 1re , 15 December 2005 , Bull. Civ , 2005, I,n 489,p.411| Cass. Com. Francaise , 3 November 1992, Bull. Civ. ,1992, IV ,n 339, p.242
- J.C. smith, M.A. LL.B & J.A.C. Thomas, M.A, LL.B – acase book on contract – Fi – fth edition – sweet & Maxwell – London 1973.
- Laude. La reconnaissance par Ie juge de i'existence d'un contrat. Aix-Mareseill.1992,n30.
- Magdi Sobhy Khalil , Le dirigisme les contrats, Etude de droit compare France , Egypte , U.R.S.S , Paris , 1967.
- Philippe Simler, la nullité partielle des actes juridique, thèse, Librairie générale de droit et jurisprudence, paris 1969.
- Samir TANAGHO : De l'obligation judiciaire, thèse pour le doctorat en droit, présente et soutenue le 19/02/1964, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p 132

- Serverance means the rejection from a contract of objectionable Promises or the ob-jectionable elements of aparticular promise, and the retention of those Promises or of those parts of aparticular promise that are valid. Op. Cit.
- Thirion : Le bail avec promesse de vente , Nancy , 1930

فهرس الموضوعات:

الإقرار .....أ

الشكر والتقدير ..... ب

ملخص الدراسة:.....ج

ABSTRACT : .....ه

المقدمة : 1

أهمية الدراسة :..... 3

أهداف الدراسة:..... 4

الدراسات السابقة :..... 4

منهجية الدراسة : 5

إشكالية الدراسة : 5

الفصل الأول: التعريف بماهية العقد وماهية نظرية تجديد العقد: 7

تمهيد وتقسيم :..... 7

المبحث الأول : ماهية العقد: 8

المطلب الأول : ماهية العقد وماهية أركانه وشروط انعقاده: 9

الفرع الأول: التعريف بالعقد: 9

الفرع الثاني : أركان العقد وشروطه انعقاده: 12

المطلب الثاني : نظرية الخطأ في تكوين العقد وصلاحيات القاضي في تكييف العقود: 14

الفرع الأول: نظرية الخطأ في تكوين العقد وبعض النظريات المشابهة لها: 15

الفرع الثاني : صلاحيات القاضي في تكييف العقود:..... 21

المبحث الثاني: نظرية تجديد العقد: 26

المطلب الأول: ماهية تجديد العقود: 26

الفرع الأول : التعريف بتجديد العقد:..... 28

الفرع الثاني: شروط وأركان تجديد العقد: 32

المطلب الثاني: الأثر المنشئ والأثر المسقط لتجديد العقد:..... 38

الفرع الأول : الأثر المنشئ لتجديد العقد:..... 39

الفرع الثاني: الأثر المسقط لتجديد العقد:..... 42

الفصل الثاني: نظريتا إنقاص وتحول العقد: 47

تمهيد وتقسيم:..... 47

المبحث الأول : نظرية انقاص العقد: 48
المطلب الأول: ماهية نظرية انقاص العقد:..... 49
الفرع الأول: مفهوم انتقاص العقد وشروط الانقاص: 51
الفرع الثاني : شروط انتقاص العقد:..... 56
المطلب الثاني : تطبيقات على انتقاص العقد: 60
الفرع الأول : انقاص التصرفات والالتزامات:..... 60
الفرع الثاني : انقاص شروط التقيد وشروط التعلق: 63
المبحث الثاني: ماهية نظرية تحول العقد: 69
المطلب الأول: التعريف بتحول العقد وشروط التحول:..... 70
الفرع الأول : تعريف التحول وشروطه: 71
الفرع الثاني : أثر التحول في بعض الأنظمة: 76
المطلب الثاني: تمييز التحول عن الأنظمة المشابه له:..... 81
الفرع الأول : تمييز تحول العقد عن ما يشتبه به: 82
الفرع الثاني: تطبيقات على التحول:..... 84
الخاتمة: 87
النتائج :..... 88
التوصيات:..... 89
قائمة المصادر والمراجع:..... 90