

عرض البراءة من الالتزامات

مؤلف

البراءة من الالتزامات

**اعداد مصطفى علاوي المستشار
بمحكمة الاستئناف بفاس**

الإطار القانوني لانقضاء الالتزامات

الإطار القانوني لانقضاء الالتزامات

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

القسم السادس: انقضاء الالتزامات

الفصل 319

تنقضي الالتزامات بما يأتي:

1 - الوفاء؛

2 - استحالة التنفيذ؛

3 - الإبراء الاختياري؛

4 - التجديد؛

5 - المقاصة؛

6 - اتحاد الذمة؛

7 - التقادم؛

8 - الإقالة الاختيارية.

الباب الأول: الوفاء

الفرع الأول: الوفاء بوجه عام

الفصل 320

ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقا للشروط التي يحددها الاتفاق أو القانون.

الفصل 321

وينقضي الالتزام أيضا إذا رضي الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه، شيئا آخر، غير الشيء الذي ذكر في الالتزام. وهذا الرضى يفترض موجودا إذا أخذ الدائن، بدون تحفظ شيئا آخر غير الذي كان محلا للالتزام.

الفصل 322

المدين الذي يؤدي، على سبيل الوفاء، لدائنه شيئاً أو ديناً له على آخر أو حقا معنويًا يلتزم بنفس الضمان الذي يتحمل به البائع، سواء من أجل العيوب الخفية في الشيء أو من أجل عدم كفاية الحجة.

ولا تطبق هذه القاعدة على التبرعات وغيرها مما ليس فيه عوض.

الفصل 323

تخصم المدفوعات من الدين الذي يعينه المدين عند الدفع. فإذا سكت المدين، بقي له الحق في تعيين الدين الذي قصد وفاءه وعند الشك يقع الخصم من الدين الذي للمدين إذ ذاك مصلحة أكبر في أدائه، والأولى أن يكون من الدين الذي حل أجله، فإن تعددت الديون الحالة، وقع الخصم من الدين الذي يكون فيه ضمان الدائن أقل من ضمانه في غيره، فإن تساوت الديون في الضمان، وقع الخصم من أكثرها كلفة على المدين؛ وإن تساوت في كلفتها على المدين، وقع الخصم من أقدمها تاريخاً.

الفصل 324

إذا قبل المدين بعدة ديون توصيلاً قد عين الدائن بمقتضاه الدين الذي يخصم منه ما قبضه، فلا يجوز للمدين أن يطلب وقوع الخصم من دين آخر، مادام الخصم المذكور في التوصيل متفقاً مع مصالحه.

الفرع الثاني: الوفاء بطريق الشيك 1

الفصول 325 إلى 2334

الباب الثاني: استحالة التنفيذ

الفصل 335

ينقضى الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلًا، استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مَطْل.

الفصل 336

إذا كانت الاستحالة جزئية لم ينقض الالتزام إلا جزئياً. فإذا كان من طبيعة هذا الالتزام أن لا يقبل الانقسام إلا مع ضرر للدائن، كان له الخيار بين أن يقبل الوفاء الجزئي وبين أن يفسخ الالتزام في مجموعه.

الفصل 337

إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه، بغير خطأ المدين فإن الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشيء المستحق والعائدة للمدين تنتقل منه للدائن.

1 - انظر المادة 239 وما بعدها من مدونة التجارة.

2 - ألغيت الفصول من 325 إلى 334 بمقتضى الفصل 76 من ظهير 19 يناير 1939، الذي تضمن تشريعاً جديداً خاصاً بالمدفوعات عن طريق الشيكات، وذلك قبل أن يتم نسخ ظهير 19 يناير 1939 بمقتضى المادة 733 من مدونة التجارة.

الفصل 338

إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى سبب خارج عن إرادة المتعاقدين وبدون أن يكون المدين في حالة مَطْل، برئت ذمة هذا الأخير، ولكن لا يكون له الحق في أن يطلب أداء ما كان مستحقا على الطرف الآخر.

فإذا كان الطرف الآخر قد أدى فعلا التزامه، كان له الحق في استرداد ما أداه، كلاً أو جزءاً بحسب الأحوال، باعتبار أنه غير مستحق.

الفصل 339

إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل الدائن أو إلى أي سبب آخر يعزى إليه بقي للمدين الحق في أن يطلب تنفيذ الالتزام بالنسبة إلى ما هو مستحق له على شرط أن يرد للطرف الآخر ما وفره بسبب عدم تنفيذ التزامه أو ما استفاده من الشيء محل الالتزام.

الباب الثالث: الإبراء من الالتزام

الفصل 340

ينقضي الالتزام بالإبراء الاختياري الحاصل من الدائن الذي له أهلية التبرع. والإبراء من الالتزام ينتج أثره مادام المدين لم يرفضه صراحة.

الفصل 341

يمكن أن يحصل الإبراء صراحة، بأن ينتج عن اتفاق أو توصيل أو أي سند آخر يتضمن تحلل المدين من الدين أو هبته إياه.

كما يمكن أن يحصل الإبراء ضمناً، بأن ينتج من كل فعل يدل بوضوح عن رغبة الدائن في التنازل عن حقه.

إرجاع الدائن اختياراً إلى المدين السند الأصلي للدين يفترض به حصول الإبراء من الدين.

الفصل 342

إرجاع الدائن الشيء المقدم على سبيل الرهن لا يكفي لافتراض حصول الإبراء من الدين.

الفصل 343

لا يكون للإبراء من الالتزام أي أثر إذا رفض المدين صراحة قبوله ولا يجوز له رفضه:

1 - إذا كان قد سبق له أن قبله؛

2 - إذا كان الإبراء قد تم بطلبه.

الفصل 344

الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة.

الفصل 345

الإبراء الذي يمنحه المريض في مرض موته لغير وارث يصح في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته.

الفصل 346

الإبراء أو التحليل³ من كل دين على العموم ودون تحفظ لا يصح الرجوع فيه وتبرأ به ذمة المدين نهائياً⁴، ولو كان الدائن يجهل المقدار الحقيقي لدينه أو اكتشف سندات كانت مجهولة لديه، إلا إذا كان الإبراء حاصلًا من الوارث في دين موروثه وثبت حصول الغش أو التدليس من جانب المدين أو من جانب أشخاص آخرين متواطئين معه.

الباب الرابع: التجديد

الفصل 347

التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله. والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه.

الفصل 348

يلزم لإجراء التجديد:

1 - أن يكون الالتزام القديم صحيحاً؛

2 - أن يكون الالتزام الجديد الذي يحل محله صحيحاً بدوره.

الفصل 349

لا يمكن حصول التجديد إلا إذا كان الدائن أهلاً للتفويت والمدين الجديد أهلاً للالتزام، ولا يجوز للأولياء والوكلاء ومن يتولون إدارة أموال غيرهم إجراء التجديد، إلا في الأحوال التي يجوز لهم فيها إجراء التفويت.

الفصل 350

يحصل التجديد بثلاث طرق:

1 - أن يتفق الدائن والمدين على إحلال التزام جديد محل القديم الذي ينقضي، أو على تغيير سبب الالتزام القديم؛

3 - وردت في النص الفرنسي عبارة "libération"، بمعنى التحرير أو الإبراء المطلق.

4 - قارن مع الفقرة الثانية من المادة 73 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: « يعتبر باطلاً كل إبراء أو صلح، طبقاً للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه. » وكذا الفقرة الثانية من المادة 76 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: « يعتبر الإبراء أو الصلح، طبقاً للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، مجرد وثيقة بالمبالغ المبينة فيها. ».

2 - أن يحل مدين جديد محل القديم الذي يحلله الدائن من الدين ويجوز أن يحصل هذا الإحلال من غير مشاركة المدين القديم؛

3 - أن يحل، نتيجة تعهد جديد، دائن جديد محل القديم الذي تبرأ ذمة المدين بالنسبة إليه.

مجرد تعيين المدين شخصاً يلتزم بأن يقوم بالوفاء بالدين مكانه لا يؤدي إلى التجديد. كما لا يؤدي إلى التجديد مجرد تعيين الدائن شخصاً للاستيفاء عنه.

الفصل 351

إحلال شيء محل الشيء المبين في الالتزام القديم يمكن أن يعد تجديداً إذا كان من شأنه أن يلحق بالالتزام تعديلاً جوهرياً، أما تغيير مكان التنفيذ أو التعديلات الواردة على شكل الالتزام أو على القيود المضافة له كالأجل والشروط والضمانات فلا تعد تجديداً إلا إذا كان المتعاقدان قد قصداه صراحة.

الفصل 352

الإنابة التي بمقتضاها يعطي المدين للدائن مديناً آخر غيره يلتزم تجاهه بأن يدفع له الدين تؤدي إلى التجديد، إذا صرح الدائن بأنه يقصد إبراء ذمة مدينه الذي أجرى الإنابة وبأنه يتنازل عن كل حق له في الرجوع عليه.

الفصل 353

في الحالة المنصوص عليها في الفصل السابق، يترتب على الإنابة براءة ذمة المُنيب ولا يكون للدائن أي رجوع عليه، ولو أصبح المدين المُناب في حالة عُسر، ما لم يكن عُسرُه هذا واقعاً بالفعل عند حصول التجديد، بدون علم من الدائن.

الفصل 354

ليس للمدين الذي يقبل الإنابة أن يتمسك، في مواجهة الدائن الجديد حسن النية، بالدفع التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي مع بقاء حقه في الرجوع على هذا الأخير. ومع ذلك، يسوغ له أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفع المتعلقة بالأهلية الشخصية، إذا كانت هذه الدفع مبنية على أساس وقت قبوله الإنابة، ومجهولة عندئذ منه.

الفصل 355

الامتيازات والرهن الرسمية الضامنة للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذي يحل محله، إلا إذا احتفظ بها الدائن صراحة.

الاتفاق الذي من شأنه أن ينقل الضمانات العينية من الدين القديم إلى الجديد لا ينتج أثراً بالنسبة إلى الغير، إلا إذا أبرم في نفس الوقت الذي يتم فيه التجديد وكان وارداً في رسم ثابت التاريخ.

الفصل 356

بالتجديد ينقضي الالتزام القديم نهائياً، إذا كان الالتزام الجديد الذي حل محله صحيحاً ولو لم يقع تنفيذ الالتزام الجديد.

بيد أنه إذا كان الالتزام الجديد معلقا على شرط واقف، فإن أثر التجديد يتوقف على تحقق الشرط، فإذا لم يتحقق هذا الشرط، اعتبر التجديد كأن لم يكن.

الباب الخامس: المُقاصة

الفصل 357

تقع المُقاصة إذا كان كل من الطرفين دائنا للآخر ومدينا له بصفة شخصية. وهي لا تقع بين المسلمين، عندما يكون من شأنها أن تتضمن مخالفة لما تقضي به الشريعة الإسلامية.

الفصل 358

ليس للقاضي أن يعتد بالمُقاصة، إلا إذا حصل التمسك بها صراحة ممن له الحق فيها.

الفصل 359

المدين الذي قبل بدون تحفظ الحوالة التي أجراها الدائن لأحد من الغير ليس له أن يتمسك في مواجهة المحال له بالمُقاصة التي كان يمكنه، قبل وقوع القبول منه، أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي. وليس له إلا الرجوع بدينه على المحيل.

الفصل 360

ليس للشريك في شركة أن يتمسك في مواجهة دائئه بالمُقاصة بما هو مستحق على هذا الدائن للشركة وليس لدائن الشركة أن يتمسك في مواجهة الشريك بالمُقاصة بما هو مستحق له على الشركة. كما أنه ليس له أن يتمسك في مواجهة الشركة بما هو مستحق له على أحد الشركاء شخصيا.

الفصل 361

لا تقع المُقاصة إلا بين دينين من نفس النوع، وعلى سبيل المثال، بين الأشياء المنقولة المتحددة صنفا ونوعا⁵ أو بين النقود والمواد الغذائية.

الفصل 362

يلزم، لإجراء المُقاصة، أن يكون كل من الدينين محدد المقدار ومستحق الأداء، ولا يلزم أن يكونا واجبي الأداء في نفس المكان. وسقوط الأجل الناتج عن عُسر المدين وعن افتتاح التركة⁶ يجعل الدين قابلا للمُقاصة.

الفصل 363

لا يسوغ التمسك بالدين الذي انقضى بالتقادم من أجل إجراء المُقاصة.

الفصل 364

5 - وردت في النص الفرنسي عبارة "espèce et qualité" "نوعا و صنفًا" بدل "صنفا ونوعا" كما جاء في الترجمة العربية.

6 - مع ملاحظة أن المشرع المغربي ألغى مسألة حلول الدين بالوفاء، طبقا لظهير 19 يوليوز 1922 الذي ألغى الفصل 140 من قانون الالتزامات والعقود.

يسوغ وقوع المُقاصة بين ديون مختلفة في أسبابها أو في مقاديرها وعند اختلاف الدينين في المقدار تقع المُقاصة في حدود الأقل منهما.

الفصل 365

لا تقع المُقاصة:

- 1 - إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها؛
- 2 - ضد دعوى استرداد شيء نزع من صاحبه بدون وجه حق إما بالإكراه أو بالغش، أو ضد دعوى المطالبة بحق ناشئ عن جريمة أو شبه جريمة أخرى؛
- 3 - ضد دعوى استرداد الوديعة أو عارية الاستعمال، أو ضد دعوى التعويض الناشئة عن هذين العقدين في حالة هلاك الشيء المستحق؛
- 4 - إذا كان المدين قد تنازل من بادئ الأمر عن التمسك بالمُقاصة أو كان العقد المنشئ للالتزام يمنعه من التمسك بها؛
- 5 - ضد حقوق الدولة والجماعات المحلية من أجل الضرائب والرسوم ما لم يكن حق من يتمسك بالمُقاصة واجبا على نفس الصندوق الذي يطالب بالضريبة أو الرسم.

الفصل 366

لا تقع المُقاصة إذا كان فيها إضرار بالحقوق المكتسبة للغير على وجه قانوني صحيح.

الفصل 367

يترتب على المُقاصة، عند التمسك بها، انقضاء الدينين، في حدود الأقل منهما مقدارا، ابتداء من الوقت الذي وجدا فيه معا مستوفيين للشروط التي يحددها القانون لإجراء المُقاصة.

الفصل 368

إذا تعددت على نفس الشخص ديون قابلة للمُقاصة طبقت في شأنها القواعد المقررة في خصم المدفوعات.

الباب السادس: اتحاد الذمة

الفصل 369

إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين لنفس الالتزام، نتج اتحاد في الذمة يؤدي إلى انتهاء علاقة دائن بمدين.

ويسوغ أن يكون اتحاد الذمة كلياً أو جزئياً، حسبما يكون متعلقاً بالدين كله أو بجزء منه.

الفصل 370

إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، عاد الدين بتوابعه في مواجهة جميع الأشخاص، واعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن أبداً.

الباب السابع: التقادم

الفصل 371

التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام.

الفصل 372

التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به. وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه.

الفصل 373

لا يسوغ التنازل مقدما عن التقادم، ولكن يسوغ التنازل عنه بعد حصوله.
... 7.

الفصل 374

يسوغ للدائن ولكل شخص آخر له مصلحة في التمسك بالتقادم، كالكفيل، أن يتمسك به ولو تنازل عنه المدين الأصلي.

الفصل 375

لا يسوغ للمتعاقدين، بمقتضى اتفاقات خاصة، تمديد أجل التقادم إلى أكثر من الخمس عشرة سنة التي يحددها القانون.

الفصل 376

التقادم يسقط الدعاوى المتعلقة بالالتزامات التبعية في نفس الوقت الذي يسقط فيه الدعوى المتعلقة بالالتزام الأصلي، ولو كان الزمن المحدد لتقادم الالتزامات التبعية لم ينقض بعد.

الفصل 377

لا محل للتقادم إذا كان الالتزام مضمونا برهن حيازي على المنقول⁸ أو برهن رسمي.

الفصل 378

لا محل لأي تقادم:

7 - مقارنة مع النص الفرنسي، سقطت الفقرة الثانية لهذا الفصل من الترجمة العربية؛ وبذلك يمكن صياغة الفصل 373 أعلاه كالآتي:

لا يسوغ التنازل مقدما عن التقادم، ولكن يسوغ التنازل عنه بعد حصوله.
ومن ليست له أهلية التبرع ليس له ترك الحق الحاصل من التقادم

On ne peut d'avance renoncer à la prescription. On peut renoncer à la prescription acquise.

Celui qui ne peut faire de libéralité ne peut renoncer à la prescription acquise

8 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "gage"، دون تخصيص بالمنقول كما جاء في الترجمة العربية.

1 - بين الأزواج خلال مدة الزواج-9-؛

2 - بين الأب أو الأم وأولادهما؛

3 - بين ناقص الأهلية أو الحُبس أو غيره من الأشخاص المعنوية والوصي أو المقدم أو المدير مادامت ولايتهم قائمة ولم يقدموا حساباتهم النهائية.

الفصل 379

لا يسري التقادم ضد القاصرين غير المرشدين وناقصي الأهلية الآخرين إذا لم يكن لهم وصي أو مساعد قضائي أو مقدم، وذلك إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو ترشيدهم أو تعيين نائب قانوني لهم.

الفصل 380

لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها، وبناء على ذلك لا يكون للتقادم محل:

1 - بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط، حتى يتحقق الشرط؛

2 - بالنسبة لدعوى الضمان إلى أن يحصل الاستحقاق أو يتحقق الفعل الموجب للضمان؛

3 - بالنسبة إلى كل دعوى تتوقف مباشرتها على أجل إلى أن يحل ذلك الأجل؛

4 - ضد الغائبين إلى أن يثبت غيابهم ويعين نائب قانوني عنهم ويعتبر في حكم الغائب من يوجد بعيدا عن المكان الذي يتم فيه التقادم؛

5 - إذا وجد الدائن بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم.

الفصل 381

ينقطع التقادم:

1 - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مَطْل لتتفيذ التزامه، ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضي ببطانها لعيب في الشكل؛

2 - بطلب قبول الدين في تفليسة المدين -10-؛

3 - بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات.

9 - قارن مع المادة 195 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه « يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت »

10 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 116 أعلاه حول مساطر معالجة صعوبة المقاولات التي عوضت نظام الإفلاس.

الفصل 382

وينقطع التقادم أيضا بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين أو أدى المدين قسطا منه وكان هذا الأداء ناتجا عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجلا للوفاء، أو قدم كفيلا أو أي ضمان آخر، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين.

الفصل 383

إذا انقطع التقادم بوجه صحيح، لا يحسب في مدة التقادم الزمن السابق لحصول ما أدى إلى انقطاعه، وتبدأ مدة جديدة للتقادم من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع.

الفصل 384

انقطاع التقادم ضد الوارث الظاهر أو غيره ممن يحوز الحق، يسري على من يخلفه في حقوقه.

الفصل 385

يسوغ التمسك بانقطاع التقادم في مواجهة ورثة الدائن وخلفائه.

الفصل 386

يحسب التقادم بالأيام الكاملة لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الذي يبدأ التقادم منه في الزمن اللازم لتمامه.

ويتم التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل.

الفصل 387

كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة.

الفصل 388

(معدل بظواهر 8 أبريل 1938 و6 يوليوز 1954 و2 أبريل 1955)

تتقادم بخمس سنوات: دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع بسبب التوريدات التي يقدمونها لغيرهم من التجار أو الموردين أو أرباب المصانع من أجل حاجات مهنتهم.

تتقادم بسنتين:

1 - دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والبيطرة من أجل ما يقومون به من زيارات ويؤدونه من عمليات، وكذلك من أجل ما يوردونه من أشياء وما يقدمونه من نقود ابتداء من تاريخ حصوله؛

2 - دعوى الصيادلة من أجل الأدوية التي يوردونها، ابتداء من تاريخ توريدها؛

3 - دعوى المؤسسات الخاصة أو العامة المخصصة لعلاج الأمراض البدنية أو العقلية أو لرعاية المرضى، من أجل العلاج المقدم منها لمرضاها والتوريدات والمصروفات الحاصلة منها لهم، ابتداء من تاريخ تقديم العلاج أو حصول التوريدات؛

4 - دعوى المهندسين المعماريين وغيرهم من المهندسين والخبراء والمساحين من أجل مواصفاتهم أو عملياتهم والمصروفات المقدمة منهم ابتداء من تاريخ تقديم المواصفة أو إتمام العمليات أو إجراء المصروفات؛

5 - دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع من أجل التوريدات المقدمة منهم للأفراد لاستعمالهم الخاص؛

6 - دعوى الفلاحين ومنتجي المواد الأولية من أجل التوريدات المقدمة منهم، إذا كانت قد استخدمت في الأغراض المنزلية للمدين، وذلك ابتداء من يوم وقوع التوريدات. تتقادم بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً:

1 - دعوى المعلمين والأساتذة وأصحاب المؤسسات المخصصة لإقامة التلاميذ العامة منها والخاصة، من أجل أتعابهم المستحقة على تلاميذهم وكذلك من أجل التوريدات المقدمة منهم إليهم، وذلك ابتداء من حلول الأجل المحدد لدفع أتعابهم؛

2 - دعوى الخدم 11 من أجل أجورهم وما قاموا به من مصروفات وغير ذلك من الأداءات المستحقة لهم بمقتضى عقد إجازة العمل، وكذلك دعوى المخدمين ضد خدامهم من أجل المبالغ التي يسبقونها لهم على أساس تلك الرابطة؛

3 - دعوى العمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين وندوبي التجارة والصناعة 12، من أجل رواتبهم وعمولاتهم، وما أدوه من مصروفات بسبب وظائفهم، وما يستحقونه من عطلة سنوية مؤدى عنها أو ما يعوضها وذلك عن السنة الجارية وعند ثبوت الحق في عطل مجتمعة، عن السنة أو السنتين الماضيتين؛

دعوى أرباب الحرف من أجل توريداتهم ومياوماتهم وما أنفقوه بسبب خدماتهم؛

دعوى المخدم أو رب العمل من أجل المبالغ المسبقة للعمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين والندوبيين من أجورهم أو عمولاتهم أو المبالغ التي أنفقوها بسبب خدماتهم؛

4 - دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم، من أجل الإقامة والطعام وما يصرفونه لحساب زبائنهم؛

5 - دعوى مكري المنقولات من أجل أجرتها.

الفصل 389

11 - قارن مع الأجل الوارد في المادة 395 من مدونة الشغل الذي ينص على أنه « تتقادم بمرور سنتين كل الحقوق الناتجة عن عقود الشغل الفردية، وعن عقود التدريب من أجل الإدماج المهني، وعن عقود التدرج المهني، وعن الخلافات الفردية التي لها علاقة بهذه العقود، أيا كانت طبيعة هذه الحقوق، سواء كانت نابعة عن تنفيذ هذه العقود أو عن إنهائها. »

12 - قارن مع الأجل الوارد في المادة 395 من مدونة الشغل الذي ينص على أنه « تتقادم بمرور سنتين كل الحقوق الناتجة عن عقود الشغل الفردية، وعن عقود التدريب من أجل الإدماج المهني، وعن عقود التدرج المهني، وعن الخلافات الفردية التي لها علاقة بهذه العقود، أيا كانت طبيعة هذه الحقوق، سواء كانت نابعة عن تنفيذ هذه العقود أو عن إنهائها. »

(ظهير 8 أبريل 1938 وظهير 17 فبراير 1939).

تتقدم أيضا بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوما:

1 - دعوى وكلاء الخصومة، من أجل الأتعاب، والمبالغ التي يصرفونها وذلك ابتداء من الحكم النهائي أو من عزلهم من الوكالة¹³؛

2 - دعوى الوسطاء من أجل استيفاء السمسرة، ابتداء من إبرام الصفقة؛

3 - دعوى المتعاقدين ضد الأشخاص المذكورين فيما سبق، من أجل ما سبقوه لهم، لأداء ما أئيط بهم من أعمال، وذلك ابتداء من نفس التاريخ المقرر لكل طائفة منهم؛

4 - الدعاوى التي تثبت من أجل العوار والضياح والتأخير وغيرها من الدعاوى التي يمكن أن تنشأ عن عقد النقل، سواء أكانت ضد الناقل أو الوكيل بالعمولة أو ضد المرسل أو المرسل إليه، وكذلك الدعاوى التي تنشأ بمناسبة عقد النقل.

وتحسب مدة هذا التقدم، في حالة الهلاك الكلي، ابتداء من اليوم الذي كان يجب فيه تسليم البضاعة، وفي غير ذلك من الأحوال، ابتداء من يوم تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عرضها عليه.

الأجل لرفع كل دعوى من دعاوى الرجوع هو شهر، ولا يبدأ هذا التقدم إلا من يوم مباشرة الدعوى ضد الشخص الذي يثبت له الضمان.

في حالة النقل الحاصل لحساب الدولة، لا يبدأ التقدم إلا من يوم تبليغ القرار الإداري المتضمن للتصفية النهائية أو للأمر النهائي بالأداء.

الفصل 390

يسري التقدم المنصوص عليه في الفصولين 388 و389 السابقين ولو حصل الاستمرار في التوريدات أو التسليم أو الخدمات أو الأعمال.

(ظهير 6 يوليو 1954) ومع ذلك يحق للأشخاص الذين يحتج ضدهم بالتقدم المنصوص عليه في الفصولين 388 و389 المذكورين أنفا أن يوجهوا اليمين للأشخاص الذين يتمسكون به، ليقسموا أن الدين قد دفع فعلا، ويسوغ توجيه اليمين لأرامل هؤلاء ولورثتهم ولأوصيائهم إن كانوا قاصرين ليصرحوا بما إذا كانوا لا يعلمون بأن الدين مستحق.

الفصل 391

الحقوق الدورية والمعاشات وأكرية الأراضي والمباني والفوائد وغيرها من الأداءات المماثلة تتقدم في مواجهة أي شخص كان بخمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط.

13 - قارن مع الفقرة الأخيرة من المادة 50 من القانون المنظم لقانون المحاماة التي تنص على أنه « تتقدم جميع الطلبات والمنازعات المتعلقة بالأتعاب بمرور خمس سنوات من انتهاء تاريخ انتهاء التوكيل. »؛ القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لقانون المحاماة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.08.101 صادر بتاريخ 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008)، الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044.

الفصل 392

جميع الدعاوى بين الشركاء بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الغير بسبب الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة، تتقادم بخمس سنوات، ابتداء من يوم نشر سند حل الشركة، أو من يوم نشر انفصال الشريك عنها.

وإذا كان حق دائن الشركة لا يحل أجله إلا بعد النشر فإن التقادم لا يبدأ إلا بعد هذا الحل. وذلك كله دون إخلال بما يقرره القانون من تقادم أقصر في موضوع الشركة.

الباب الثامن: الإقالة الاختيارية

الفصل 393

تتقضي الالتزامات التعاقدية، إذا ارتضى المتعاقدان عقب إبرام العقد، التحلل منها وذلك في الحالات التي يجوز فيها الفسخ بمقتضى القانون.

الفصل 394

يجوز أن تقع الإقالة ضمنياً، كما هي الحال إذا قام كل من المتعاقدين بعد إبرام البيع بإرجاع ما أخذه من مبيع أو ثمن للآخر.

الفصل 395

تخضع الإقالة من حيث صحتها للقواعد العامة المقررة للالتزامات التعاقدية.

الأوصياء والمديرون وغيرهم من الأشخاص الذين يعملون باسم غيرهم لا يسوغ لهم أن يتفائلوا إلا في الحالات ووفقاً للإجراءات الواجبة للقيام بالتفويضات التي تخولها لهم ولايتهم، وبشرط أن تكون هناك منفعة للأشخاص الذين يعملون باسمهم.

الفصل 396

لا أثر للإقالة:

1 - إذا كان محل العقد شيئاً معيناً بالذات، وهلك أو تعيب أو حصل له بصنع الإنسان تغير في طبيعته؛

2 - إذا استحال على المتعاقدين، لأي سبب آخر، أن يرجع أحدهما للثاني ما أخذه منه بالضبط، إلا إذا اتفق المتعاقدان في الحالتين السابقتين على تعويض الفرق.

الفصل 397

يترتب على الإقالة عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت إبرام العقد.

ويجب على المتعاقدين أن يرجع كل منهما للآخر ما أخذه منه بمقتضى الالتزام الذي وقعت فيه الإقالة.

كل تعديل يجرى على العقد الأصلي يفسد الإقالة ويحولها إلى عقد جديد.

الفصل 398

الإقالة الاختيارية لا تضر بالغير الذي اكتسب بوجه صحيح حقوقا على الأشياء التي هي محل الإقالة.

صور انقضاء الالتزام على ضوء قانون الالتزامات والعقود

يكون انقضاء الالتزام extinction de l'obligation عموماً، إما بتنفيذه عيناً بالوفاء به، أو بما يعادل الوفاء بالمقاصة أو اتحاد الذمة أو بالوفاء بمقابل أو بالتجديد أو الإنابة، أو من دون الوفاء به :

بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم المسقط. و هو ما نص عليه قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 319 من القسم السادس منه على ما يلي
تنقضي الالتزامات بما يأتي:

- 1 - الوفاء؛
- 2 - استحالة التنفيذ؛
- 3 - الإبراء الاختياري؛
- 4 - التجديد؛
- 5 - المقاصة؛
- 6 - اتحاد الذمة؛
- 7 - التقادم؛
- 8 - الإقالة الاختيارية.

1- الوفاء: paiement

جاء في الفصلين 320 و 321 من قانون الالتزامات و العقود المغربي.
ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقاً للشروط التي يحددها الاتفاق او القانون.
وينقضي الالتزام أيضاً إذا رضي الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه، شيئاً آخر، غير الشيء الذي ذكر في الالتزام. وهذا الرضى يفترض موجوداً إذا أخذ الدائن، بدون تحفظ شيئاً آخر غير الذي كان محلاً للالتزام.

والإبراء من الدين الحاصل للمدين يبرئ ذمة الكفيل، ولكن الإبراء الحاصل للكفيل لا يبرئ ذمة المدين. والإبراء الحاصل لأحد الكفلاء، بدون موافقة الآخرين يبرئ هؤلاء في حدود حصة الكفيل الذي حصل الإبراء لصالحه. الفصل 1154 من قانون الالتزامات و العقود المغربي.

الباب الأول: الوفاء

الفرع الأول: الوفاء بوجه عام

الفصل 320

ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقا للشروط التي يحددها الاتفاق أو القانون.

الفصل 321

وينقضي الالتزام أيضا إذا رضي الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه، شيئا آخر، غير الشيء الذي ذكر في الالتزام. وهذا الرضى يفترض موجودا إذا أخذ الدائن، بدون تحفظ شيئا آخر غير الذي كان محلا للالتزام.

الفصل 322

المدين الذي يؤدي، على سبيل الوفاء، لدائنه شيئا أو ديناً له على آخر أو حقا معنويا يلتزم بنفس الضمان الذي يتحمل به البائع، سواء من أجل العيوب الخفية في الشيء أو من أجل عدم كفاية الحجة.

ولا تطبق هذه القاعدة على التبرعات وغيرها مما ليس فيه عوض.

الفصل 323

تخصم المدفوعات من الدين الذي يعينه المدين عند الدفع. فإذا سكت المدين، بقي له الحق في تعيين الدين الذي قصد وفاءه وعند الشك يقع الخصم من الدين الذي للمدين إذ ذاك مصلحة أكبر في أدائه، والأولى أن يكون من الدين الذي حل أجله، فإن تعددت الديون الحالة، وقع الخصم من الدين الذي يكون فيه ضمان الدائن أقل من ضمانه في غيره، فإن تساوت الديون في الضمان، وقع الخصم من أكثرها كلفة على المدين؛ وإن تساوت في كلفتها على المدين، وقع الخصم من أقدمها تاريخا.

الفصل 324

إذا قبل المدين بعبء ديون توصيلا قد عين الدائن بمقتضاه الدين الذي يخصم منه ما قبضه، فلا يجوز للمدين أن يطلب وقوع الخصم من دين آخر، مادام الخصم المذكور في التوصيل متفقا مع مصالحه.

الباب الثالث: الحلول

الفصل 211

الحلول محل الدائن في حقوقه يقع إما بمقتضى الاتفاق، وإما بمقتضى القانون.

الفصل 212

يقع الحلول الاتفاقي إذا أحل الدائن الغير محله، عند قبضه الدين منه في الحقوق والدعاوى والامتيازات والرهن الرسمية التي له على المدين. ويجب أن يقع هذا الحلول صراحة، وأن يتم في نفس الوقت الذي يحصل فيه الأداء.

الفصل 213

يقع الحلول الاتفاقي أيضا عندما يفترض المدين الشيء أو المبلغ الذي يكون محل الالتزام بقصد قضاء الدين، ويحل المقرض في الضمانات المخصصة للدائن ويحصل هذا الحلول بغير رضى الدائن. فإذا رفض الدائن استيفاء الدين تم الحلول إذا قام المدين بالإيداع على وجه صحيح.

ولكي يقع هذا الحلول صحيحا يلزم:

- 1 - أن يكون كل من عقد القرض والتوصيل مدرجا في محرر ثابت التاريخ؛
- 2 - أن يصرح في عقد القرض أن المبلغ أو الشيء قد اقترض لوفاء الدين وفي التوصيل أن الوفاء قد وقع بالنقود أو الشيء المقدم من الدائن الجديد لهذا الغرض. وفي حالة الإيداع، يجب ذكر البيانات السابقة في التوصيل المدفوع من أمين الودائع؛
- 3 - أن يحل المدين صراحة الدائن الجديد محله في الضمانات المخصصة بالدين القديم.

الفصل 214

الحلول بمقتضى القانون يقع في الحالات الآتية:

- 1 - لفائدة الدائن، الذي يفي بدين دائن آخر، ولو كان لاحقا في التاريخ إذا كان هذا الدائن مقدما عليه، بسبب امتياز أو رهن رسمي أو رهن حيازي لمنقولات سواء كان ذلك الدائن الذي يفي مُرْتَهِنًا رهنًا رسميا أو مُرْتَهِنًا رهنًا حيازيا أو مجرد دائن عادي؛
- 2 - لفائدة مكتسب العقار، في حدود ثمن اكتسابه، إذا كان هذا الثمن قد استخدم في الوفاء بديون الدائنين المُرْتَهِنِينَ للعقار رهنًا رسميا؛

3 - لفائدة من وفى دينا كان ملتزما به مع المدين أو عنه، كمدين متضامن أو كفيل يفي عن المدين أو كفيل يفي عن غيره من الكفلاء، أو وكيل بالعمولة؛

4 - لفائدة من له مصلحة في انقضاء الدين من غير أن يكون ملتزما به شخصيا وعلى سبيل المثال، لمن قدم الرهن الحيازي لمنقول أو الرهن الرسمي.

الفصل 215

الحلول المقرر في الفصول السابقة يقع ضد الكفلاء وضد المدين على السواء. والدائن الذي يستوفي جزءا من دينه يشترك مع الغير الذي وفاه له في مباشرة حقوقهما ضد المدين كل بقدر حصته في الدين.

الفصل 216

يخضع الحلول بالنسبة إلى آثاره للقواعد المقررة في الفصول 190 و193 إلى 196 و203 السابقة.

2 - قد ينقضي الالتزام كذلك بما يعادل الوفاء:

وله أربع صور هي الوفاء بمقابل، والتجديد والإنابة، والمقاصة، واتحاد الذمة.

- أما الوفاء بمقابل: *datation en paiement*:

فهو أن يقبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً يعوضه من الشيء الذي استحق له، وتسري عليه أحكام البيع ولاسيما ما يتعلق فيها بأهلية المتعاقدين وضمنان الاستحقاق وضمنان العيوب الخفية كما تسري عليه أحكام الوفاء، ولاسيما ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات، وذلك لأنه يقضي الدين.

الوفاء بالتجديد و الإنابة

القرار 823 الصادر بتاريخ 3 أبريل 1985 ملف مدني 96175

إنذار ... شروط التجديد ... رفضها ... سقوط الحق إذا اقترح المكري على المكثري في الإنذار بالإفراغ قيمة كراء جديدة فإن عدم الالتجاء إلى مسطرة الصلح يحمل كقرينة على أن المكثري قد قبل تجديد العقد بتلك الشروط.

لكن إذا رفض المكثري في نفس الوقت تلك الشروط فإنه يكون قد أسقط عن نفسه تلك القرينة و بذلك ينتهي عقد الكراء و يصبح محتلا للمحل بدون سبب مشروع يختص قاضي المستعجلات بطرده .

823-1985

القرار 1346 الصادر بتاريخ 29 مارس 1995 ملف مدني 92 4682 - الوفاء
بالواسطة الفصل 182 من القانون التجاري. - انتقال الالتزام 217 و 219 ق م. -
التجديد الفصول 347 - 350 - 352 ق م. - الوفاء موضوع الفصل 182 من
القانون التجاري المحتج بخرقه، مقيد بوجوب إجراء البروتستو غداة آخر يوم يقبل
فيه.

- أوراق الملف تثبت أن التنازل و عقد تحمل (شركة) بديون (شركة 2) - أداء
بواسطة - كان في تاريخ لاحق لتاريخ حلول الكمبيالات ز

القرار المطعون فيه الذي لم يعتمد عقدي التفويت و التنازل الواقعين بعد ذلك لم
يخرق مقتضيات الفصل المذكور زو كانت وسيلة الطعن فيه غير مبنية على أساس

القرار عدد 153 المؤرخ في : 2006/3/8 الملف الشرعي عدد: 2003/1/2/651
حق الهواء - بناء - إذن بالبناء في الملك المشاع - تنازل الشركاء (لا)

القاعدة المستمدة من مفهوم المخالفة للفصل 963 من قانون الالتزامات والعقود أن
الشريك الذي يجري تجديدا في الجزء الشائع بإذن من الشركاء، تصبح هذه
التجديدات مالا مشاعا لجميعهم و يكون له الحق في اجبارهم على المشاركة في
نفقاتها باعتباره في حكم الوكيل عنهم ، و لا يعتبر إذن بعض الشركاء بالبناء في
العقار المشاع تنازلا عن حقوقهم و انما يجعل الباني حسن النية ، و المحكمة لما
اعتبرت ادن الشركاء بالبناء تنازلا عن حقهم فانها قد خرقت القانون و عرضت
قرارها للنقض.

قرار عدد 153 المؤرخ في : 2006/3/8 صادر عن المجلس الأعلى (محكمة
النقض) في الملف الشرعي عدد : 2003/1/2/651

حق الهواء - بناء - إذن بالبناء في الملك المشاع - تنازل الشركاء (لا) القاعدة
المستمدة من مفهوم المخالفة للفصل 963 من قانون الالتزامات والعقود -14- أن

- 14 -

قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الباب الأول: الشيع أو شبه الشركة

الفصل 963

الشريك الذي يجري تجديدا في الجزء الشائع بإذن من الشركاء، تصبح هذه التجديدات مالا مشاعا .

153-2006

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

- التزامات المكتري

الفصل 663

يتحمل المكتري بالتزامين أساسيين:

أ - أن يدفع الكراء؛

ب - أن يحافظ على الشيء المكتري وأن يستعمله بدون إفراط أو إساءة وفقا لإعداده الطبيعي أو لما خصص له بمقتضى العقد.

الباب الرابع: التجديد من قانون الالتزامات و العقود

الفصل 347

التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله.

والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه.

الفصل 348

يلزم لإجراء التجديد:

1 - أن يكون الالتزام القديم صحيحا؛

2 - أن يكون الالتزام الجديد الذي يحل محله صحيحا بدوره.

ليس لأي واحد من المالكين على الشياح أن يجري تجديدا على الشيء المشاع بغير موافقة الباقيين. وعند المخالفة، تطبق القواعد الآتية:

أ - إذا كان الشيء قابلا للقسمة، شرع في قسمته، فإن خرج الجزء الذي حصل فيه التجديد في نصيب من أجراه، لم يكن هناك رجوع لأحد على آخر. أما إذا خرج في نصيب غيره، كان لمن خرج في نصيبه الخيار بين أن يدفع قيمة التجديدات وبين أن يلزم من أجراها بازالتها وإعادة الأشياء إلى حالتها؛

ب - إذا كان الشيء غير قابل للقسمة، حق لباقي المالكين على الشياح أن يلزموا من أجرى التجديدات بإعادة الأشياء إلى حالتها على نفقته وذلك مع التعويض إن كان له محل.

الفصل 349

لا يمكن حصول التجديد إلا إذا كان الدائن أهلا للتفويت والمدين الجديد أهلا للالتزام، ولا يجوز للأولياء والوكلاء ومن يتولون إدارة أموال غيرهم إجراء التجديد، إلا في الأحوال التي يجوز لهم فيها إجراء التفويت.

الفصل 350

يحصل التجديد بثلاث طرق:

- 1 - أن يتفق الدائن والمدين على إحلال التزام جديد محل القديم الذي ينقضي، أو على تغيير سبب الالتزام القديم؛
 - 2 - أن يحل مدين جديد محل القديم الذي يحلله الدائن من الدين ويجوز أن يحصل هذا الإحلال من غير مشاركة المدين القديم؛
 - 3 - أن يحل، نتيجة تعهد جديد، دائن جديد محل القديم الذي تبرأ ذمة المدين بالنسبة إليه.
- مجرد تعيين المدين شخصا يلتزم بأن يقوم بالوفاء بالدين مكانه لا يؤدي إلى التجديد. كما لا يؤدي إلى التجديد مجرد تعيين الدائن شخصا للاستيفاء عنه.

الفصل 351

إحلال شيء محل الشيء المبين في الالتزام القديم يمكن أن يعد تجديدا إذا كان من شأنه أن يلحق بالالتزام تعديلا جوهريا، أما تغيير مكان التنفيذ أو التعديلات الواردة على شكل الالتزام أو على القيود المضافة له كالأجل والشروط والضمانات فلا تعد تجديدا إلا إذا كان المتعاقدان قد قصدها صراحة.

الفصل 352

الإنابة التي بمقتضاها يعطي المدين للدائن مدينا آخر غيره يلتزم تجاهه بأن يدفع له الدين تؤدي إلى التجديد، إذا صرح الدائن بأنه يقصد إبراء ذمة مدينه الذي أجرى الإنابة وبأنه يتنازل عن كل حق له في الرجوع عليه.

الفصل 353

في الحالة المنصوص عليها في الفصل السابق، يترتب على الإنابة براءة ذمة المُنيب ولا يكون للدائن أي رجوع عليه، ولو أصبح المدين المُناب في حالة عُسْر، ما لم يكن عُسْره هذا واقعا بالفعل عند حصول التجديد، بدون علم من الدائن.

الفصل 354

ليس للمدين الذي يقبل الإنابة أن يتمسك، في مواجهة الدائن الجديد حسن النية، بالدفع التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي مع بقاء حقه في الرجوع على هذا الأخير. ومع ذلك، يسوغ له أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفع المتعلقة بالأهلية الشخصية، إذا كانت هذه الدفع مبنية على أساس وقت قبوله الإنابة، ومجهولة عندئذ منه.

الفصل 355

الامتيازات والرهن الرسمية الضامنة للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذي يحل محله، إلا إذا احتفظ بها الدائن صراحة.

الاتفاق الذي من شأنه أن ينقل الضمانات العينية من الدين القديم إلى الجديد لا ينتج أثرا بالنسبة إلى الغير، إلا إذا أبرم في نفس الوقت الذي يتم فيه التجديد وكان واردا في رسم ثابت التاريخ.

الفصل 356

بالتجديد ينقضي الالتزام القديم نهائيا، إذا كان الالتزام الجديد الذي حل محله صحيحا ولو لم يقع تنفيذ الالتزام الجديد.

بيد أنه إذا كان الالتزام الجديد معلقا على شرط واقف، فإن أثر التجديد يتوقف على تحقق الشرط، فإذا لم يتحقق هذا الشرط، اعتبر التجديد كأن لم يكن.

الإبراء من المدين

الإبراء من المدين أو الإبراء أو الصلح -15- كالبيع يخضع لأحكام قانون الالتزامات و العقود -16-

15 _

باب فريد: الصلح

الفصل 1098

الصلح عقد، بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان 15 قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معيناً أو حقاً.

الفصل 1099

يلزم لإجراء الصلح، التمتع بأهلية التفويت بعوض في الأشياء التي يرد الصلح عليها.

الفصل 1100

لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكن يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ من الجريمة.

الفصل 1101

لا يجوز الصلح بين المسلمين على ما لا يجوز شرعا التعاقد عليه بينهم.

غير أنه يسوغ الصلح على الأموال أو الأشياء، ولو كانت قيمتها غير محققة بالنسبة إلى الطرفين.

الفصل 1102

لا يجوز الصلح على حق النفقة 15، وإنما يجوز على طريقة أدائه أو على أداء أقساطه التي استحققت فعلا.

الفصل 1103

يجوز تصالح الورثة على حقوقهم في التركة بعد أن تثبت لهم فعلا، في مقابل مبلغ أقل مما يستحقونه فيها شرعا وفقا لما يقضي به القانون بشرط أن يكونوا على بينة من مقدار حقهم فيها.

الفصل 1104

إذا شمل الصلح إنشاء أو نقل أو تعديل حقوق واردة على العقارات أو غيرها من الأشياء التي يجوز رهنها رهنا رسميا، وجب إبرامه كتابة ولا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يسجل بنفس الكيفية التي يسجل بها البيع.

الفصل 1105

يترتب على الصلح أن تنقضي نهائيا الحقوق والادعاءات التي كانت له محلا، وأن يتأكد لكل من طرفيه ملكية الأشياء التي سلمت له والحقوق التي اعترف له بها من الطرف الآخر. والصلح على الدين في مقابل جزء من المبلغ المستحق، يقع بمثابة الإبراء لما بقي منه، ويترتب عليه تحلل المدين منه.

الفصل 1106

لا يجوز الرجوع في الصلح، ولو باتفاق الطرفين، ما لم يكن قد أبرم باعتباره مجرد عقد معاوضة 15.

الفصل 1107

يضمن كل من الطرفين للآخر الأشياء التي يعطيها له، على أساس الصلح. وإذا سلم الشيء المتنازع عليه لأحد الطرفين بمقتضى الصلح، ثم استحق منه أو اكتشف فيه عيب موجب للضمان ترتب على ذلك إما فسخ الصلح كليا أو جزئيا وإما دعوى إنقاص الثمن، حسبما هو مقرر بالنسبة للبيع.

وإذا قام الصلح على منح منفعة شيء لأجل محدد، فإن الضمان الذي يتحمل به أحد العاقدين للآخر، هو الضمان المقرر لكراء الأشياء.

الفصل 1108

يجب تفسير الصلح في حدود ضيقة كيفما كانت عباراته. وهو لا يسري إلا على المنازعات والحقوق التي ورد عليها.

الفصل 1109

من تصالح على حق له، أو على حق تلقاه بناء على سبب معين، ثم كسب هذا الحق ذاته من شخص آخر أو بناء على سبب آخر، لا يكون، بالنسبة لهذا الحق الذي كسبه من جديد، مرتباً بالصلح السابق.

الفصل 1110

إذا لم ينفذ أحد الطرفين الالتزامات التي تعهد بها بمقتضى الصلح، حق للطرف الآخر أن يطلب تنفيذ العقد، إن كان ممكناً، وإلا كان له الحق في طلب الفسخ مع عدم الإخلال بحقه في التعويض في كلتا الحالتين.

الفصل 1111

يجوز الطعن في الصلح:

أولاً: بسبب الإكراه أو التدليس؛

ثانياً: بسبب غلط مادي وقع في شخص المتعاقد الآخر، أو في صفته أو في الشيء الذي كان محلاً للنزاع؛

ثالثاً: لانتفاء السبب إذا كان الصلح قد أجري:

أ - على سند مزور؛

ب - على سبب غير موجود؛

ج - على نازلة سبق فصلها بمقتضى صلح صحيح أو حكم غير قابل للاستئناف أو للمراجعة كان الطرفان أو أحدهما يجهل وجوده.

ولا يجوز في الحالات السابقة، التمسك بالبطلان، إلا للمتعاقد الذي كان حسن النية.

الفصل 1112

لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون، ولا يجوز الطعن فيه بسبب العُين إلا في حالة التدليس.

الفصل 1113

إذا تصالح الطرفان بوجه عام على جميع ما كان بينهما من القضايا فإن المستندات التي كانت مجهولة منهما حينذاك، والتي اكتشفت فيما بعد، لا تكون سبباً لإبطال الصلح، ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الآخر.

ولا يسري هذا الحكم، إذا كان الصلح قد أجري من النائب القانوني لناقص الأهلية، وكان النائب قد ارتضاه نتيجة عدم وجود المستند، ثم عثر عليه فيما بعد.

الفصل 1114

الصلح لا يقبل التجزئة فبطلان جزء منه أو إبطاله يقتضي بطلانه أو إبطاله كله.

ولا يسري هذا الحكم:

أولاً - إذا تبين من العبارات المستعملة أو من طبيعة الاشتراطات أن المتعاقدين قد اعتبروا شروط الصلح أجزاء متميزة ومستقلة بعضها عن البعض الآخر؛

ثانياً - إذا نتج البطلان عن عدم توفر الأهلية لدى أحد المتعاقدين.

وفي هذه الحالة لا يستفيد من البطان إلا ناقص الأهلية الذي تقرر لصالحه ما لم يكن قد اشترط صراحة أنه يترتب على فسخ الصلح التحلل من حكمه بالنسبة إلى المتعاقدين جميعاً.

الفصل 1115

فسخ الصلح يعيد المتعاقدين إلى نفس الحالة القانونية التي كانا عليها عند إبرامه وبخول كلا منهما حق استرداد ما أعطاه تنفيذاً للصلح، مع عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة على وجه صحيح وعلى سبيل المعاوضة من طرف الغير حسني النية. وإذا أصبحت مباشرة الحق الذي حصل التنازل عنه متعذرة، وقع الاسترداد على قيمته.

الفصل 1116

إذا كان الاتفاق الذي سمي صلحاً، يتضمن في الحقيقة، وبرغم العبارات المستعملة، هبة أو بيعاً، أو أي علاقة قانونية أخرى، وجب أن تطبق على ذلك الاتفاق بالنسبة إلى صحته وآثاره، الأحكام التي تنظم العقد الذي أبرم تحت اسم الصلح.

16 _

الباب الثالث: الإبراء من الالتزام

الفصل 340

ينقض الالتزام بالإبراء الاختياري الحاصل من الدائن الذي له أهلية التبرع.

والإبراء من الالتزام ينتج أثره مادام المدين لم يرفضه صراحة.

الفصل 341

يمكن أن يحصل الإبراء صراحة، بأن ينتج عن اتفاق أو توصيل أو أي سند آخر يتضمن تحلل المدين من الدين أو هبته إياه.

كما يمكن أن يحصل الإبراء ضمناً، بأن ينتج من كل فعل يدل بوضوح عن رغبة الدائن في التنازل عن حقه.

إرجاع الدائن اختياراً إلى المدين السند الأصلي للمدين يفترض به حصول الإبراء من الدين.

الفصل 342

إرجاع الدائن الشيء المقدم على سبيل الرهن لا يكفي لافتراض حصول الإبراء من الدين.

الفصل 343

لا يكون للإبراء من الالتزام أي أثر إذا رفض المدين صراحة قبوله ولا يجوز له رفضه:

1 - إذا كان قد سبق له أن قبله؛

2 - إذا كان الإبراء قد تم بطلبه.

الفصل 344

الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة.

الفصل 345

الإبراء الذي يمنحه المريض في مرض موته لغير وارث يصح في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته.

الفصل 346

الإبراء أو التحليل

من كل دين على العموم ودون تحفظ لا يصح الرجوع فيه وتبرأ به ذمة المدين نهائياً16، ولو كان الدائن يجهل المقدار الحقيقي لدينه أو اكتشف سندات كانت مجهولة لديه، إلا إذا كان الإبراء حاصلًا من الوارث في دين موروثه وثبت حصول الغش أو التدليس من جانب المدين أو من جانب أشخاص آخرين متواطئين معه.

قارن مع الفقرة الثانية من المادة 73 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: «يعتبر باطلا كل إبراء أو صلح، طبقاً للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه.» وكذا الفقرة الثانية من المادة 76 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: «يعتبر الإبراء أو الصلح، طبقاً للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، مجرد وثيقة بالمبالغ المبيّنة فيها.»

- قارن مع المادة 119 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: « لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة.

إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها، وجبت النفقة على أبيهم، دون مساس بحقه في الرجوع عليها.»

- إن عبارة "عقد معاوضة" الواردة في آخر النص قد يفهم منها أي عقد معاوضة ولو كان هذا الأخير من عقود الغرر، والحال أن المقصود في النص هو العقد المحدد الذي لا غرر فيه.

اجتهادات محكمة النقض

تسجيل عقد الصلح مشروط ليرتب آثاره في مواجهة الغير، أما في مواجهة أطرافه يكون مرتباً لجميع آثاره بمجرد تمامه.

القرار عدد 3602 المؤرخ في : 2012/08/28 ملف مدني عدد 2012/2/1/4252

يعتبر عقد الصلح ملزماً لأطرافه و لا يمكن لي منهما أن يتحلل من التزاماته المتفق عليها بمقتضى العقد.

القرار عدد 847 المؤرخ في 2011-03-01 ملف مدني عدد 1147 / 2009/6/1/

بمجرد إبرام صلح تنقضي نهائياً جميع الحقوق و الادعاءات التي كان من الممكن إقامتها من طرفيه، و لا يصح الرجوع فيه.

2007-10-31 محكمة النقض مدني - عقد الصلح - لا يجوز الرجوع في الصلح بين أطرافه ما لم يثبت إبرامه كمجرد عقد معاوضة (نعم).

قرار محكمة النقض عدد 3575 المؤرخ في : 31102007 ملف مدني عدد 957112006 5547

محكمة النقض - مدني - الصلح - يعتبر العقد الذي يتفق بموجبه الطرفان على أن احدهما يقابل الآخر بتنازله عما أداه له من ثمن البيع مقابل تنازل الآخر عن تنفيذ حكم قضائي عقد إقالة لا عقد صلح (نعم).

قرار محكمة النقض عدد : 2954 المؤرخ في : 2006-1110 ملف مدني عدد : 2004-414512

محكمة النقض - المدني - العقود المسماة - الصلح - عقد الصلح معاوضة كالبيع ينعقد بتراضي الطرفين على محل الصلح وتحديد تحديداً ينفى عنه الجهالة في معرفة الشيء المتصالح عليه.

محكمة النقض - مدني - الصلح - لا يعتد بعقد الصلح إذا ثبت أن إرادة المطلوبة كانت مشوبة عند إبرامه بعيب الإكراه (نعم).

يشار الى أن المادة 73 من مدونة الشغل تنص على أنه: «يعتبر باطلا كل إبراء أو صلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه.» وكذا الفقرة الثانية من المادة 76 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: «يعتبر الإبراء أو الصلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، مجرد وثيقة بالمبالغ المبينة فيها».

الوفاء بالمقاصة

الحكم الإداري عدد 3 الصادر في 21 شعبان 1387 الموافق 24 نونبر 1967 بين مكتب (.....) و بين معالي وزير (.....) 1 - دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة - عدم قبولها ضد مقرر صادر عن جمعيات الملاكين المنكوبين ب(.....). 2 - المقاصة - شروط صحتها.

لا تصح المقاصة إلا إذا كان كل واحد من الطرفين دائنا للآخر و مدينا له بصفة شخصية و لهذا تكون مخاللة للقانون المقاصة التي أجريت من طرف المندوب السامي لإعادة بنا (....) بين من هو مستحق لمكتب (...) من طرف بعض الملاكين و ما هو مستحق عليه لفائدة ملاكين اخرين إذ أن المندوب السامي المذكور ان هو الذي قام بالوفاء عن الملاكين بصفته الاذن الرئيسي إلا أنه ليس دائنا و لا مدينا بصفة شخصية لمكتب (...) .

1967-3ا

القرار (.....) الصادر بتاريخ(.....) ملف مدني (.....) الاستئناف الطلبات الجديدة .. المقاصة .. مسطرة الأمر بالأداء،،، يطبق الفصل 143 من ق.م.م الذي يجيز تقديم طلب المقاصة أمام محكمة الاستئناف بالنسبة لجميع الدعاوى حتى و لو تعلق الأمر بدعوى رفعت في نطاق مسطرة الأمر بالأداء. لهذا يكون قضاة الموضوع قد أساؤوا تطبيق القانون حينما رفضوا طلب المقاصة المقدم من طرف المستأنف للأمر بالأداء بعلّة أن مسطرة الأمر بالأداء لها إجراءات استثنائية و أن طلب المقاصة يجب أن يقدم بدعوى جديدة أمام المحكمة الابتدائية .

....

أ982-1181

القرار (.....) الصادر بتاريخ(.....) ملف مدني (.....) الاستئناف ... الطلب الجديد لا يمكن تقديم أي طلب جديد أثناء مرحلة الاستئناف إلا طلبات المقاصة أو كون الطلب لا يعدو أن يكون دفاعا في الدعوى الأصلية "ف 143 من ق م م". إن الطلبات الجديدة التي يمكن للمدعي عليه تقديمها أمام محكمة الاستئناف هي التي ترمي إلى رفض الدعوى الأصلية كليا أو جزئيا و ان طلب اتمام البيع الذي قدمه المحكوم عليه ابتدائيا بالتخلي لا يهدف الى رد دعوى المدعي فهو بذلك يكون غير جائز تقديمه في مرحلة الاستئناف

1331-1983

القرار 1442 الصادر بتاريخ 28 مايو 1986 ملف مدني 92280 استئناف ... الطلب الجديد ... السبب... لا لا يجوز تقديم أي طلب جديد أثناء النظر في الاستئناف باستثناء طلب المقاصة أو كون الطلب الجديد لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع . يعد جديدا كل ما من شأنه أن يحوز موضوع النزاع أو يدخل زيادة عليه أو يحدث تعديلا في صفة الخصوم .

لا يعد جديدا الطلب المترتب مباشرة عن الطلب الأصلي و الذي يرمي الى نفس الغاية رغم انه أسس على أسباب أو علل أخرى

و عليه فإن تغيير سبب الدعوى من المسؤولية التفصيلية الى العقدية مع بقاء موضوعها على حالته لا يعد طلبا جديدا يمنع تقديمه في المرحلة الاستئنافية .

1442-1986

الباب الخامس: المُقاصة من قانون الالتزامات والعقود المغربي

الفصل 357

تقع المُقاصة إذا كان كل من الطرفين دائنا للآخر ومدينا له بصفة شخصية. وهي لا تقع بين المسلمين، عندما يكون من شأنها أن تتضمن مخالفة لما تقضي به الشريعة الإسلامية.

الفصل 358

ليس للقاضي أن يعتد بالمُقاصة، إلا إذا حصل التمسك بها صراحة ممن له الحق فيها.

الفصل 359

المدين الذي قبل بدون تحفظ الحوالة التي أجراها الدائن لأحد من الغير ليس له أن يتمسك في مواجهة المحال له بالمُقاصة التي كان يمكنه، قبل وقوع القبول منه، أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي. وليس له إلا الرجوع بدينه على المحيل.

الفصل 360

ليس للشريك في شركة أن يتمسك في مواجهة دائئه بالمُقاصة بما هو مستحق على هذا الدائن للشركة وليس لدائن الشركة أن يتمسك في مواجهة الشريك بالمُقاصة بما هو مستحق له على الشركة. كما أنه ليس له أن يتمسك في مواجهة الشركة بما هو مستحق له على أحد الشركاء شخصيا.

الفصل 361

لا تقع المُقاصة إلا بين دينين من نفس النوع، وعلى سبيل المثال، بين الأشياء المنقولة المتحدة صنفا ونوعا-17 - أو بين النقود والمواد الغذائية.

الفصل 362

يلزم، لإجراء المُقاصة، أن يكون كل من الدينين محدد المقدار ومستحق الأداء، ولا يلزم أن يكونا واجبي الأداء في نفس المكان. وسقوط الأجل الناتج عن عُسر المدين وعن افتتاح التركة-18 - يجعل الدين قابلا للمُقاصة.

الفصل 363

لا يسوغ التمسك بالدين الذي انقضى بالتقادم من أجل إجراء المُقاصة.

الفصل 364

يسوغ وقوع المُقاصة بين ديون مختلفة في أسبابها أو في مقاديرها وعند اختلاف الدينين في المقدار تقع المُقاصة في حدود الأقل منهما.

الفصل 365

17 - وردت في النص الفرنسي عبارة "espèce et qualité" "نوعا وصنفا" بدل "صنفا ونوعا" كما جاء في الترجمة العربية.

18 - مع ملاحظة أن المشرع المغربي ألغى مسألة حلول الدين بالوفاة، طبقا لظهير 19 يوليوز 1922 الذي ألغى الفصل 140 من قانون الالتزامات والعقود.

لا تقع المُقاصة:

- 1 - إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها؛
- 2 - ضد دعوى استرداد شيء نزع من صاحبه بدون وجه حق إما بالإكراه أو بالغش، أو ضد دعوى المطالبة بحق ناشئ عن جريمة أو شبه جريمة أخرى؛
- 3 - ضد دعوى استرداد الوديعة أو عارية الاستعمال، أو ضد دعوى التعويض الناشئة عن هذين العقدين في حالة هلاك الشيء المستحق؛
- 4 - إذا كان المدين قد تنازل من بادئ الأمر عن التمسك بالمُقاصة أو كان العقد المنشئ للالتزام يمنعه من التمسك بها؛
- 5 - ضد حقوق الدولة والجماعات المحلية من أجل الضرائب والرسوم ما لم يكن حق من يتمسك بالمُقاصة واجبا على نفس الصندوق الذي يطالب بالضريبة أو الرسم.

الفصل 366

لا تقع المُقاصة إذا كان فيها إضرار بالحقوق المكتسبة للغير على وجه قانوني صحيح.

الفصل 367

يترتب على المُقاصة، عند التمسك بها، انقضاء الدينين، في حدود الأقل منهما مقدارا، ابتداء من الوقت الذي وجد فيه معا مستوفيين للشروط التي يحددها القانون لإجراء المُقاصة.

الفصل 368

إذا تعددت على نفس الشخص ديون قابلة للمُقاصة طبقت في شأنها القواعد المقررة في خصم المدفوعات.

اتحاد الذمة

الباب السادس: اتحاد الذمة من قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفصل 369

إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين لنفس الالتزام، نتج اتحاد في الذمة يؤدي إلى انتهاء علاقة دائن بمدين.

ويسوغ أن يكون اتحاد الذمة كلياً أو جزئياً، حسبما يكون متعلقاً بالدين كله أو بجزء منه.

الفصل 370

إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، عاد الدين بتوابعه في مواجهة جميع الأشخاص، واعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن أبداً.

التقادم المسقط للدين

ينقطع التقادم :

1 - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مَطْل لتنفيذ التزامه، ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضي بطلانها لعيب في الشكل؛

2 - بطلب قبول الدين في تفييسة المدين

3 - بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات.

مع مراعاة المادة 195 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه «يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت»

وينقطع التقادم أيضاً بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين أو أدى المدين قسطاً منه وكان هذا الأداء ناتجاً عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجلاً للوفاء، أو قدم كفيلاً أو أي ضمان آخر، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين.

والسبب الأجنبي هو ما لا يكون بخطأ المدين أو تقصيره وإلا فلا ينقضي، وينقلب تنفيذ الالتزام عيناً إلى تنفيذه بطريق التعويض.

واستحالة التنفيذ -19- وفق ما تقدم قد تكون في إجارة الصنعة وإجارة الخدمة
تنقضيان:

أولاً: بانتهاء الأجل المقرر أو بأداء الخدمة أو الصنع الذي كان محلاً للعقد؛

ثانياً: بالفسخ المحكوم به من القاضي في الحالات التي يحددها القانون؛ . -20-

ثالثاً: باستحالة التنفيذ الناشئة إما بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة وإما بسبب وفاة مؤجر الصنعة أو الخدمة، مع مراعاة ما يقضي به القانون من استثناءات بالنسبة إلى الحالة الأخيرة، ولا تنفسخ الإجازتان بموت السيد أو رب العمل وبانقضاء الالتزام ينقضي الالتزام التبعية.

- انقضاء الالتزام بالتقادم:

التقادم نوعان

الباب الثاني: استحالة التنفيذ

الفصل 335

ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلًا، استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مَطْل.

الفصل 336

إذا كانت الاستحالة جزئية لم ينقض الالتزام إلا جزئياً. فإذا كان من طبيعة هذا الالتزام أن لا يقبل الانقسام إلا مع ضرر للدائن، كان له الخيار بين أن يقبل الوفاء الجزئي وبين أن يفسخ الالتزام في مجموعه.

الفصل 337

إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه، بغير خطأ المدين فإن الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشيء المستحق والعائدة للمدين تنتقل منه للدائن.

الفصل 338

إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى سبب خارج عن إرادة المتعاقدين وبدون أن يكون المدين في حالة مَطْل، برئت ذمة هذا الأخير، ولكن لا يكون له الحق في أن يطلب أداء ما كان مستحقاً على الطرف الآخر. فإذا كان الطرف الآخر قد أدى فعلاً التزامه، كان له الحق في استرداد ما أداه، كلاً أو جزءاً بحسب الأحوال، باعتبار أنه غير مستحق.

الفصل 339

إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل الدائن أو إلى أي سبب آخر يعزى إليه بقي للمدين الحق في أن يطلب تنفيذ الالتزام بالنسبة إلى ما هو مستحق له على شرط أن يرد للطرف الآخر ما وفره بسبب عدم تنفيذ التزامه أو ما استفاده من الشيء محل الالتزام.

20 _

الفصل 745 من قانون الالتزامات والعقود - قارن مع الفقرة الأولى من المادة 16 من مدونة الشغل.

- قارن مع المواد 143 و 144 و 145 و 147 من مدونة الشغل

التقادم المكسب والتقادم المسقط

الفرق بين التقادم المكسب و التقادم المسقط :

التقادم المسقط يصنف من أسباب انقضاء الالتزام ، و التقادم المكسب يصنف من أسباب كسب الحقوق العينية و الفرق بين هذين النوعين من التقادم ظاهر فالتقادم المسقط يقضي الحقوق الشخصية و العينية فيما عدا حق الملكية على السواء ، في حال لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون و أما التقادم المكسب (و هو مقترن بالحيازة) فيكتسب الحائز بموجبه ما حازه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون. فالتقادم المسقط لا يقترن بالحيازة ، و يسقط الحقوق العينية كما يسقط الحقوق الشخصية ، و لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فإذا رفع صاحب الحق الساقط بالتقادم دعواه كان للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بالتقادم المسقط ، و يعتقد في هذا النوع من التقادم بحسن النية و المدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تطول أو تقصر تبعاً لطبيعة هذا الحق.

و أما التقادم المكسب فهو الذي يقترن بالحيازة ، و يكسب الحقوق العينية دون الشخصية ، و للحائز أن يتمسك به عن طريق الدفع أو الدعوى ، فله أن يدفع به دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك السابق ، و له أن يرفع دعوى الاستحقاق في حال انتزاع الحيازة من حائز جديد ، و يعتقد في هذا النوع من التقادم بحسن النية فالحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر من المدة التي يملك فيها الحائز سيئ النية.

و يخضع كلٌ من التقادم المسقط و التقادم المكسب لقواعد واحدة ، فيما يتعلق بحساب المدة ، و وقف التقادم و انقطاعه و التمسك به ، مع أنهما نوعان مختلفان عن بعضهما ، إلا أن القانون المدني الفرنسي جمع بينهما في باب واحد ، و ينتقد أغلب فقهاء القانون هذا الجمع و يعدونه عيباً في التقنين حينما جمع بين نظامين مختلفان اختلافًا جوهرياً في الغاية و النطاق و المقومات. - 21 -

الدعوى الصورية لا تتقادم لعدم وجود العقد الظاهر، وهي حقيقة مستمرة.

بخصوص بطلان العقود الصورية مثال المادة 142 من المدونة العامة للضرائب التي تنص على أنه: «يعتبر باطلاً و عديم الأثر كل عقد صوري، و كل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقار أو أصل تجاري أو تخل عن زبناء، أو إخفاء كل

أو جزء من ثمن التخلي عن حق في الإيجار أو وعد بإيجار عقار أو جزء منه، أو مدرك في معاوضة أو قسمة واقعة على أموال عقارية، أو أصل تجاري أو زبناء. ولا يحول البطلان الواقع دون استخلاص الضريبة الواجب أدائها إلى الخزينة إلا إذا حكم به قضائياً».

انظر قانون المالية رقم 06-43 للسنة المالية 2007 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-06-232 بتاريخ 10 ذي الحجة 1427 (31 دجنبر 2006)؛ الجريدة الرسمية عدد 5487 بتاريخ 11 ذو الحجة 1427 (فاتح يناير 2007)، ص 7.

أحكام سريان التقادم :

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفصل 159

الأفعال التي تقطع التقادم لصالح أحد الدائنين المتضامنين تفيد الآخرين

الفصل 176

وقف التقادم وقطعه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يوقف التقادم ولا يقطعه بالنسبة للآخرين. والتقادم الذي يتم لصالح أحد المدينين لا يفيد الآخرين.

الفصل 185

قطع التقادم الحاصل من أحد الدائنين بالتزام غير قابل للانقسام يفيد الآخرين، وإذا حصل هذا القطع ضد أحد المدينين، أنتج أثره ضد الباقيين.

الفصل 187

لا محل للانقسام بين المدينين بدين قابل له:

1- إذا كان محل الدين تسليم شيء معين بذاته وموجود بين يدي أحد المدينين؛

2 - إذا كان أحد المدينين مكلفاً وحده بتنفيذ الالتزام بمقتضى السند المنشئ له أو بمقتضى سند لاحق.

وفي كلتا الحالتين يجوز أن يطالب بالدين كله المدين الحائز للشيء المعين أو المكلف بالتنفيذ، مع ثبوت الحق له في الرجوع على الملتزمين معه إذا كان لهذا الرجوع محل.

الفصل 188

في الحالتين المذكورتين في الفصل السابق يكون قطع التقادم

الباب الثاني: إبطال الالتزامات

الفصل 207

يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المحيل، بشرط أن يكون أساسها قائماً عند حصول الحوالة أو عند تبليغها.

ولا يجوز له أن يتمسك بالدفع بالصورية ولا بما وقع تبادلته بينه وبين المحيل من الاتفاقات السرية المعارضة والتعهدات الخفية إذا كانت غير ناتجة من السند المنشئ للالتزام ولم يكن المحال له قد علم بها.

الفصل 311

يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و39 و55 و56 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقدم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلاً مخالفاً. ولا يكون لهذا التقدم محل إلا بين من كانوا أطرافاً في العقد.

الفصل 312

لا يبدأ سريان مدة التقدم المذكورة في حالة الإكراه إلا من يوم زواله ولا في حالة الغلط والتدليس إلا من يوم اكتشافهما. أما بالنسبة إلى التصرفات المبرمة من القاصرين فمن يوم بلوغهم سن الرشد، وبالنسبة إلى التصرفات المبرمة من المحجر عليهم وناقصي الأهلية فمن يوم رفع الحَجْر عنهم، أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورثتهم إذا مات ناقصو الأهلية وهم على هذه الحالة. وفي حالة الغبن المتعلق بالراشدين فمن يوم وضع اليد على الشيء محل العقد.

الفصل 313

تنتقل دعوى الإبطال إلى الورثة فيما بقي لموروثهم من مدتها. مع مراعاة الأحكام المتعلقة بانقطاع التقدم أو بوقفه.

الفصل 372

التقدم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به. وليس للقاضي أن يستند إلى التقدم من تلقاء نفسه.

الفصل 375

لا يسوغ للمتعاقدين، بمقتضى اتفاقات خاصة، تمديد أجل التقدم إلى أكثر من الخمس عشرة سنة التي يحددها القانون.

الفصل 379

لا يسري التقدم ضد القاصرين غير المرشدين وناقصي الأهلية الآخرين إذا لم يكن لهم وصي أو مساعد قضائي أو مقدم، وذلك إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو ترشيدهم أو تعيين نائب قانوني لهم.

الفصل 380

لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها، وبناء على ذلك لا يكون للتقادم محل:

- 1 - بالنسبة إلى الحقوق المعقدة على شرط، حتى يتحقق الشرط؛
- 2 - بالنسبة لدعوى الضمان إلى أن يحصل الاستحقاق أو يتحقق الفعل الموجب للضمان؛
- 3 - بالنسبة إلى كل دعوى تتوقف مباشرتها على أجل إلى أن يحل ذلك الأجل؛
- 4 - ضد الغائبين إلى أن يثبت غيابهم ويعين نائب قانوني عنهم ويعتبر في حكم الغائب من يوجد بعيدا عن المكان الذي يتم فيه التقادم؛
- 5 - إذا وجد الدائن بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم.

الفصل 380

لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها، وبناء على ذلك لا يكون للتقادم محل:

- 1 - بالنسبة إلى الحقوق المعقدة على شرط، حتى يتحقق الشرط؛
- 2 - بالنسبة لدعوى الضمان إلى أن يحصل الاستحقاق أو يتحقق الفعل الموجب للضمان؛
- 3 - بالنسبة إلى كل دعوى تتوقف مباشرتها على أجل إلى أن يحل ذلك الأجل؛
- 4 - ضد الغائبين إلى أن يثبت غيابهم ويعين نائب قانوني عنهم ويعتبر في حكم الغائب من يوجد بعيدا عن المكان الذي يتم فيه التقادم؛
- 5 - إذا وجد الدائن بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم.

الفصل 382

وينقطع التقادم أيضا بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين أو أدى المدين قسطا منه وكان هذا الأداء ناتجا عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجلا للوفاء، أو قدم كفيلا أو أي ضمان آخر، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين.

الفصل 383

إذا انقطع التقادم بوجه صحيح، لا يحسب في مدة التقادم الزمن السابق لحصول ما أدى إلى انقطاعه، وتبدأ مدة جديدة للتقادم من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع.

الفصل 384

انقطاع التقادم ضد الوارث الظاهر أو غيره ممن يحوز الحق، يسري على من يخلفه في حقوقه.

الفصل 385

يسوغ التمسك بانقطاع التقادم في مواجهة ورثة الدائن وخلفائه.

الفصل 386

يحسب التقادم بالأيام الكاملة لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الذي يبدأ التقادم منه في الزمن اللازم لتمامه.

ويتم التقادم بانتهاه اليوم الأخير من الأجل.

الفصل 389

(ظهر 8 أبريل 1938 وظهر 17 فبراير 1939).

تتقادم أيضا بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوما:

1 - دعوى وكلاء الخصومة، من أجل الأتعاب، والمبالغ التي يصرفونها وذلك ابتداء من الحكم النهائي أو من عزلهم من الوكالة- 22 -؛

2 - دعوى الوسطاء من أجل استيفاء السمسرة، ابتداء من إبرام الصفقة؛

3 - دعوى المتعاقدين ضد الأشخاص المذكورين فيما سبق، من أجل ما سبقوه لهم، لأداء ما أنيط بهم من أعمال، وذلك ابتداء من نفس التاريخ المقرر لكل طائفة منهم؛

4 - الدعاوى التي تثبت من أجل العوار والضياع والتأخير وغيرها من الدعاوى التي يمكن أن تنشأ عن عقد النقل، سواء أكانت ضد الناقل أو الوكيل بالعمولة أو ضد المرسل أو المرسل إليه، وكذلك الدعاوى التي تنشأ بمناسبة عقد النقل.

وتحسب مدة هذا التقادم، في حالة الهلاك الكلي، ابتداء من اليوم الذي كان يجب فيه تسليم البضاعة، وفي غير ذلك من الأحوال، ابتداء من يوم تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عرضها عليه.

الأجل لرفع كل دعوى من دعاوى الرجوع هو شهر، ولا يبدأ هذا التقادم إلا من يوم مباشرة الدعوى ضد الشخص الذي يثبت له الضمان.

في حالة النقل الحاصل لحساب الدولة، لا يبدأ التقادم إلا من يوم تبليغ القرار الإداري المتضمن للتصفية النهائية أو للأمر النهائي بالأداء.

الفصل 390

يسري التقادم المنصوص عليه في الفصلين 388 و389 السابقين ولو حصل الاستمرار في التوريدات أو التسليم أو الخدمات أو الأعمال.

22 - قارن مع الفقرة الأخيرة من المادة 50 من القانون المنظم لقانون المحاماة التي تنص على أنه «تتقادم جميع الطلبات والمنازعات المتعلقة بالأتعاب بمرور خمس سنوات من انتهاء تاريخ انتهاء التوكيل.»؛ القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لقانون المحاماة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.08.101 صادر بتاريخ 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008)، الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044.

(ظهير 6 يوليوز 1954) ومع ذلك يحق للأشخاص الذين يحتج ضدهم بالتقادم المنصوص عليه في الفصولين 388 و389 المذكورين أنفاً أن يوجهوا اليمين للأشخاص الذين يتمسكون به، ليقسموا أن الدين قد دفع فعلاً، ويسوغ توجيه اليمين لأرامل هؤلاء ولورثتهم ولأوصيائهم إن كانوا قاصرين ليصرحوا بما إذا كانوا لا يعلمون بأن الدين مستحق.

الفصل 392

جميع الدعاوى بين الشركاء بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الغير بسبب الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة، تتقادم بخمس سنوات، ابتداء من يوم نشر سند حل الشركة، أو من يوم نشر انفصال الشريك عنها.

وإذا كان حق دائن الشركة لا يحل أجله إلا بعد النشر فإن التقادم لا يبدأ إلا بعد هذا الحل. وذلك كله دون إخلال بما يقرره القانون من تقادم أقصر في موضوع الشركة.

الفصل 547

البائع، ولو أدخل في الدعوى في وقت مفيد، لا يتحمل بأي ضمان، إذا حصل الاستحقاق بغش المشتري أو بخطئه، وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم الذي قضى بالاستحقاق، وعلى وجه الخصوص:

أ - إذا ترك المشتري التقادم البادئ قبل البيع والساري ضده يتم أو إذا أهمل إتمام تقادم بدأه البائع؛

ب - إذا بنى الاستحقاق على فعل أو سبب شخصي للمشتري.

الفصل 574

لا يحق للبائع سبب النية التمسك بدفوع التقادم المقررة في الفصل السابق، كما لا يحق له التمسك بأي شرط آخر من شأنه أن يضيق حدود الضمان المقرر عليه، ويعتبر سبب النية كل بائع يستعمل طرقاً احتيالية ليلحق بالشيء المبيع عيوباً أو ليخفيها.

الفصل 1158

قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي يمتد إلى الكفيل. وإذا تم التقادم لصالح المدين، أفاد الكفيل.

الوفاء بالإقالة الاختيارية

الباب الثامن: الإقالة الاختيارية من قانون الالتزامات والعقود المغربي

الفصل 393

تنقضي الالتزامات التعاقدية، إذا ارتضى المتعاقدان عقب إبرام العقد، التحلل منها وذلك في الحالات التي يجوز فيها الفسخ بمقتضى القانون.

الفصل 394

يجوز أن تقع الإقالة ضمنيا، كما هي الحال إذا قام كل من المتعاقدين بعد إبرام البيع بإرجاع ما أخذه من مبيع أو ثمن للآخر.

الفصل 395

تخضع الإقالة من حيث صحتها للقواعد العامة المقررة للالتزامات التعاقدية.

الأوصياء والمديرون وغيرهم من الأشخاص الذين يعملون باسم غيرهم لا يسوغ لهم أن يتقايلا إلا في الحالات ووفقا للإجراءات الواجبة للقيام بالتفويضات التي تخولها لهم ولايتهم، وبشرط أن تكون هناك منفعة للأشخاص الذين يعملون باسمهم.

الفصل 396

لا أثر للإقالة:

1 - إذا كان محل العقد شيئا معيناً بالذات، وهلك أو تعيب أو حصل له بصنع الإنسان تغير في طبيعته؛

2 - إذا استحال على المتعاقدين، لأي سبب آخر، أن يرجع أحدهما للثاني ما أخذه منه بالضبط، إلا إذا اتفق المتعاقدان في الحالتين السابقتين على تعويض الفرق.

الفصل 397

يترتب على الإقالة عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت إبرام العقد. ويجب على المتعاقدين أن يرجع كل منهما للآخر ما أخذه منه بمقتضى الالتزام الذي وقعت فيه الإقالة.

كل تعديل يجرى على العقد الأصلي يفسد الإقالة ويحولها إلى عقد جديد.

الفصل 398

الإقالة الاختيارية لا تضر بالغير الذي اكتسب بوجه صحيح حقوقا على الأشياء التي هي محل الإقالة.

العمل القضائي المغربي في التقادم المدني :

القرار عدد 1545 المؤرخ في: 2002/12/18 الملف التجاري عدد: 2002/640 مخطط التسوية القضائية – استفادة المدينة الأصلية منه (نعم) – الكفيل (لا) إذا كان المدين الأصلي يستفيد من مسطرة التسوية، فإن كفيله لا يمكنه الاستفادة من

المسطرة المذكورة، مما لا مجال معه للتمسك بقاعدة "أن انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي بالتبعية الى انقضاء الالتزام التبعي .

القرار 10 الصادر بتاريخ 14 يناير 1985 ملف اجتماعي 6036
إثبات ... الاحتفاظ بالوثائق ... تقادم.

يقع عبء إثبات انقضاء الالتزام على من يدعيه (الفصل 400 من قانون الالتزامات و العقود)²³ و لهذا يقع على عاتق الشركة إثبات ما تدعيه من أنها أدلت ما كان عليها لصندوق الضمان الاجتماعي و أنه استخلص منها نفس الحق مرتين أما قولها بأنها غير ملزمة بالاحتفاظ بوثائق مضي عليها أمد التقادم فليس الصندوق مسؤول على ذلك .

1985-101

القرار عدد 522 المؤرخ في 99/4/14 الملف التجاري عدد 97/4897
بيع سفينة محجوزة - أجل تحرير محضر الحجز

- بطلان طلب البيع (لا) الدفع بالطعن في الإنذار البحري
- عدم إثباته - إيقاف إجراء البيع (لا).

- عدم تقديم طلب بيع لسفينة محجوزة خلال أجل الثلاثة أيام الموالية لتحرير محضر الحجز لا يترتب عنه بطلان الطلب المقدم خارج الأجل المذكور لعدم النص في القانون على ترتيب أي جزاء على ذلك .
نجد الدفع بوقوع الطعن في الإنذار البحري لإيقاف الاجراءات الرامية الى بيع السفينة المحجوزة لا يكون منتجا في الدعوى ما دام لم يعزز بإثبات .

1999-522

القرار بغرفتين عدد 265 المؤرخ في : 2005/3/9 ملف تجاري عدد :

2002/1/3/(.....)

أصل تجاري - أجل ممارسة الدعوى

- أجل سقوط (نعم).

إن أجل الفصل 33 من ظهير 55/5/24 -24- هو أجل سقوط أي أن صاحب الأصل التجاري الذي لم يمارس دعواه داخل الأجل المذكور يسقط حقه ولا يمكنه الاستناد إلى الفصل 381 من قانون الالتزامات و العقود²⁵ الذي إذا توافرت شروطه تؤثر

24 -

كراء العقارات والمحللات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي

ظهير شريف رقم 1.16.99 صادر في 13 من شوال 1437 (18 يوليو 2016) بتنفيذ القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحللات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي

قانون رقم 49.16 يتعلق بكراء العقارات أو المحللات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي

الفرع الأول: دعوى المصادقة على الإنذار

المادة 26

يجب على المكري الذي يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية، أن يوجه للمكثري إنذارا، يتضمن وجوبا السبب الذي يعتمده، وأن يمنحه أجلا للإفراغ اعتبارا من تاريخ التوصل.

يحدد هذا الأجل في:

خمسة عشر يوما إذا كان الطلب مبنيا على عدم أداء واجبات الكراء أو على كون المحل آيلا للسقوط؛

ثلاثة أشهر إذا كان الطلب مبنيا على الرغبة في استرجاع المحل للاستعمال الشخصي، أو لهدمه وإعادة بنائه، أو توسعته، أو تعليته، أو على وجود سبب جدي يرجع لإخلال المكثري ببند العقد.

في حالة عدم استجابة المكثري للإنذار الموجه إليه، يحق للمكري اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للمصادقة على الإنذار ابتداء من تاريخ انتهاء الأجل المحدد فيه.

إذا تعذر تبليغ الإنذار بالإفراغ لكون المحل مغلقا باستمرار، جاز للمكري إقامة دعوى المصادقة على الإنذار بعد مرور الأجل المحدد في الإنذار اعتبارا من تاريخ تحرير محضر بذلك.

يسقط حق المكري في طلب المصادقة على الإنذار بمرور ستة أشهر من تاريخ انتهاء الأجل الممنوح للمكثري في الإنذار.

غير أنه يجوز للمكري رفع دعوى المصادقة بناء على إنذار جديد يوجه وفق نفس الشروط المنصوص عليها في هذه المادة.

الشرط الفاسخ

المادة 33

في حالة عدم أداء المكثري لواجبات الكراء لمدة ثلاثة أشهر، يجوز للمكري، كلما تضمن عقد الكراء شرطا فاسخا، وبعد توجيه إنذار بالأداء يبقى دون جدوى، بعد انصرام أجل 15 يوما من تاريخ التوصل، أن يتقدم بطلب أمام قاضي الأمور المستعجلة، لمعاينة تحقق الشرط الفاسخ وإرجاع العقار أو المحل.

25 -

في الدفع بالتقادم و لا تؤثر في الدفع بالسقوط .
القرار عدد 265-

سنة 2005

القرار 1751 الصادر بتاريخ 25 دجنبر 1984 ملف عقاري 98-394
بيع الفضولي ... سكوت ... الفسخ إذا سكت المبيع عليه مدة السنة و السنتين بعد
علمه ببيع الفضولي سقط حقه في طلب فسخ البيع. ذكر ذلك أبو علي بن رحال في
حاشيته على شرح التحفة للشيخ ميارة لدى قولها : و غائب يبلغه ما عمله و قام بعد
مدة فلا شيء له.
غير أن المحكمة لما اعتبرت الدار موضوع النزاع كانت على ملك والد المدعين و
المتهم و ان بيعها من طرف والدهم للمدعى عليها كان بيع فضولي لم تطبق في
حقيهم احكام بيع الفضولي المذكورة -26- و عرضت قرارها للنقض .

الفصل 381

ينقطع التقادم:

- 1 - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مَطْل لتنفيذ التزامه، ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضي ببطانها لعيب في الشكل؛
- 2 - بطلب قبول الدين في تفليسة المدين 25؛
- 3 - بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات.

26 _

الباب الخامس: أشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة من قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفضالة

الفصل 943

إذا باشر شخص، باختياره أو بحكم الضرورة، شؤون أحد من الغير، في غيابه أو بدون علمه، وبدون أن يرخص له في ذلك منه أو من القاضي، قامت هناك علاقة قانونية مماثلة للعلاقة الناشئة عن الوكالة وخضعت للأحكام الآتية:

الفصل 944

على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من الاستمرار فيه بنفسه، إذا كان من شأن انقطاع العمل أن يضر برب العمل.

الفصل 945

على الفضولي أن يبذل في مباشرته العمل، عناية الحازم الضابط لشؤون نفسه، وأن يسير فيه على مقتضى رغبة رب العمل المعروفة منه أو المفترضة، وهو مسؤول عن كل خطأ يقع منه، ولو كان يسيرا. أما إذا كان تدخله بقصد دفع ضرر

حال وكبير كان يهدد رب العمل، أو بقصد إتمام واجبات وكالة كانت لموروثه فإنه لا يسأل إلا عن تدليسه أو خطئه الفاحش.

الفصل 946

يتحمل الفضولي بنفس الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل بالنسبة إلى تقديم الحسابات ورد كل ما يتسلمه نتيجة مباشرة العمل.

وهو يتحمل بكل الالتزامات الأخرى الناشئة من الوكالة الصريحة.

الفصل 947

الفضولي الذي يتدخل في شؤون غيره، خلافا لرغبته المعروفة أو المفترضة أو الذي يجري عمليات تخالف رغبته المفترضة، يسأل عن كل ما يلحق رب العمل من ضرر نتيجة فعله ولو لم يكن هناك خطأ يمكن أن يعزى إليه.

الفصل 948

غير أنه لا يجوز الاحتجاج بمخالفة رغبة رب العمل، إذا اضطر الفضولي لأن يعمل على وجه السرعة ما يقتضيه: أولاً - الوفاء بالتزام يتحمل به رب العمل ويتطلب الصالح العام تنفيذه؛

ثانياً - الوفاء بالتزام قانوني بالنفقة أو بالمصرفات الجنائزية أو بالتزامات أخرى من نفس طبيعتها.

الفصل 949

إذا باشر الفضولي العمل في مصلحة صاحبه وعلى وجه ينفعه، كسب هذا الأخير كل الحقوق وتحمل مباشرة بكل الالتزامات التي تعاقد الفضولي عليها لحسابه ويجب عليه أن يبرئ الفضولي من كل العواقب المترتبة على مباشرته العمل، وأن يعوضه عن المبالغ التي سبقها وعن المصرفوات التي أنفقها والخسائر التي تحملها، وفقاً لأحكام الفصل 914.

وتعتبر مباشرة العمل حسنة، أي ما كانت نتيجته، إذا كان عند إجرائه، مطابقاً لقواعد الإدارة الحسنة، وفقاً لما تقتضيه ظروف الحال.

الفصل 950

إذا كان العمل مشتركاً بين عدة أشخاص، التزم هؤلاء تجاه الفضولي بنسبة مصلحة كل منهم فيه، وفقاً لأحكام الفصل السابق.

الفصل 951

للفضولي حق حبس الأشياء المملوكة لرب العمل، من أجل ضمان المبالغ التي يمنحه الفصل 949 حق استردادها. وليس له ذلك إذا تدخل في أمر صاحب الحق كرهاً عليه.

الفصل 952

في جميع الحالات التي لا يلتزم فيها رب العمل بأن يدفع للفضولي ما أنفقه من المصرفوات، يسوغ لهذا الأخير أن يزيل ما أجراه من التحسينات، بشرط أن يمكنه ذلك من غير ضرر، أو أن يطلب من رب العمل تسليمه الأشياء التي اشتراها له إذا لم يقبلها.

الفصل 953

من أسس الفضالة أن تكون بغير أجر.

الفصل 954

لا يلتزم رب العمل بدفع أي مبلغ، إذا كان الفضولي قد باشر العمل بدون قصد استرداد ما يسبقه. وهذا القصد يفترض: أ - إذا كان العمل قد أجري برغم إرادة صاحب الحق، مع استثناء الحالة المنصوص عليها في الفصل 948؛

1984-1751

القرار عدد 3714 المؤرخ في 97/5/7 الملف المدني عدد 95/6/1/468

شفعة - سقوطها.

- يسقط الحق في الشفعة إذا كان الطاعن مقيما بنفس المكان الذي يسكن فيه المطلوب وكان حاضرا عالما بالبناء الذي يقام بعد الشراء عملا بقول الشيخ خليل " وسكت بهدم و بناء " .

1997-3714

القرار 2750 الصادر بتاريخ 20 نونبر 1985 ملف مدني 94865

النقل البحري ... السقوط والتقادم...

إن الدعاوى التي ترفع في ميدان النقل البحري قد تسقط فلا تقبل بعد تسعين يوما إذا لم يقع احتجاج بسبب عوار أو هلاك ضد الناقل البحري أو أصحاب البضائع داخل ثمانية أيام ابتداء من اليوم الذي وضعت فيه البضاعة فعليا تحت تصرف المرسل اليه .

و قد تتقادم بمرور سنة ابتداء من تاريخ بلوغ البضائع الى ميناء الوصول أو من التاريخ الذي كان عليها أن تصل فيه في الأحوال العادية .
و فرق بين أجل السقوط المنصوص عليه في الفصل 262 ... و أجل التقادم المنصوص عليه في الفصل 266 من القانون البحري .

و لأجله فإن المحكمة التي قررت عدم قبول الدعوى لانصرام أجل السقوط (90 يوما) تكون قد طبقت الفصل 262 تطبيقا سليما و لا حاجة معه الى تطبيق الفصل

ب - في جميع الأحوال التي يظهر فيها بوضوح من الظروف أنه لم يكن لدى الفُضولي قصد استرداد تسبيقاته.

الفصل 955

إذا غلط الفُضولي في شخصية رب العمل، فإن الحقوق والالتزامات الناشئة من مباشرة العمل تقوم بينه وبين رب العمل الحقيقي.

الفصل 956

إذا تصرف شخص في أمر ظنا منه أنه له، فتبين أنه لغيره فإن العلاقات التي تقوم بينه وبين ذلك الغير تخضع للأحكام المتعلقة بالإثراء بلا سبب.

الفصل 957

موت الفُضولي ينهي الفضالة، وتخضع التزامات ورثته لأحكام الفصل 941.

الفصل 958

إذا أقر رب العمل صراحة أو دلالة، ما فعله الفُضولي، فإن الحقوق والالتزامات الناشئة بين الطرفين تخضع لأحكام الوكالة ابتداء من مباشرة العمل. أما في مواجهة الغير، فلا يكون للإقرار أثر إلا ابتداء من وقت حصوله

263 المتعلق بالتقاعد ما دام أجل السقوط متوفر .
1985-2750

القرار رقم 677 الصادر بتاريخ 4 دجنبر 1991 في الملف الاجتماعي رقم 76862
الإذار بالطرء ،، الدعوى ،، أجل إقامتها ،، إثبات الخطأ .
قاعدة :

- لا يرتب الفصل 6 من القرار بمثابة قانون الصادر بتاريخ (.....) بشأن العقود
النموذجية للشغل أي جزاء على عدم إقامة الدعوى داخل أجل شهر من تاريخ
توصل العامل بالإذار بالطرء من العمل -27-، ولهذا فان عدم إقامة هذه الدعوى

27 -

مدونة الشغل صيغة محينة بتاريخ 26 أكتوبر 2011

القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل كما تم تغييره

الباب الخامس: توقف عقد الشغل وإنهاؤه

الفرع الأول: توقف عقد الشغل

المادة 32

يتوقف عقد الشغل مؤقتا أثناء:

1 - 27؛

2 - تغيب الأجير لمرض، أو إصابة، يثبتهما طبيب إثباتا قانونيا؛

3 - فترة ما قبل وضع الحامل حملها، وما بعده، وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 154 و156 أدناه؛

4 - فترة العجز المؤقت الناتج عن حادثة شغل أو مرض مهني؛

5 - فترات تغيب الأجير المنصوص عليها في المواد 274 و275 و277 أدناه؛

6 - مدة الإضراب؛

7 - الإغلاق القانوني للمقابلة بصفة مؤقتة.

غير أن عقد الشغل محدد المدة، ينتهي بحلول الأجل المحدد له، بصرف النظر عن الأحكام الواردة أعلاه.

الفرع الثاني: كيفية إنهاء عقد الشغل

المادة 33

ينتهي عقد الشغل المحدد المدة بحلول الأجل المحدد للعقد، أو بانتهاء الشغل الذي كان محلا له.

يستوجب قيام أحد الطرفين بإنهاء عقد الشغل محدد المدة، قبل حلول أجله، تعويضا للطرف الآخر، ما لم يكن الإنهاء
مبررا، بصدر خطأ جسيم عن الطرف الآخر، أو ناشئا عن قوة قاهرة.

يعادل التعويض المشار إليه في الفقرة الثانية أعلاه، مبلغ الأجور المستحقة عن الفترة المتراوحة ما بين تاريخ إنهاء العقد
والأجل المحدد له.

المادة 34

يمكن إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة بإرادة المشغل، شرط مراعاة الأحكام الواردة في هذا الفرع، وفي الفرع الثالث أدناه بشأن أجل الإخطار.

يمكن إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة بإرادة الأجير عن طريق الاستقالة المصادق على صحة إمضاءها من طرف الجهة المختصة؛ ولا يلزمه في ذلك إلا احترام الأحكام الواردة في الفرع الثالث أدناه بشأن أجل الإخطار.

المادة 35

يمنع فصل الأجير دون مبرر مقبول إلا إذا كان المبرر مرتبطا بكفاءته أو بسلوكه في نطاق الفقرة الأخيرة من المادة 37 والمادة 39 أدناه، أو تحتمة ضرورة سير المقابلة في نطاق المادتين 66 و 67 أدناه.

المادة 36

لا تعد الأمور التالية من المبررات المقبولة لاتخاذ العقوبات التأديبية أو للفصل من الشغل:

- 1 - الانتماء النقابي أو ممارسة مهمة الممثل النقابي؛
- 2 - المساهمة في أنشطة نقابية خارج أوقات الشغل، أو أثناء تلك الأوقات، برضى المشغل أو عملا بمقتضيات اتفاقية الشغل الجماعية أو النظام الداخلي؛
- 3 - طلب الترشيح لممارسة مهمة مندوب الأجراء، أو ممارسة هذه المهمة، أو ممارستها سابقا؛
- 4 - تقديم شكوى ضد المشغل، أو المشاركة في دعاوى ضده، في نطاق تطبيق مقتضيات هذا القانون؛
- 5 - العرق، أو اللون، أو الجنس، أو الحالة الزوجية، أو المسؤوليات العائلية، أو العقيدة، أو الرأي السياسي، أو الأصل الوطني، أو الأصل الاجتماعي؛
- 6 - الإعاقة، إذا لم يكن من شأنها أن تحول دون أداء الأجير المعاق لشغل يناسبه داخل المقابلة.

المادة 37

يمكن للمشغل اتخاذ إحدى العقوبات التأديبية التالية في حق الأجير لارتكابه خطأ غير جسيم:

- 1 - الإنذار؛
 - 2 - التوبيخ؛
 - 3 - التوبيخ الثاني، أو التوقيف عن الشغل مدة لا تتعدى ثمانية أيام؛
 - 4 - التوبيخ الثالث، أو النقل إلى مصلحة، أو مؤسسة أخرى عند الاقتضاء، مع مراعاة مكان سكنى الأجير.
- تطبق على العقوبات الواردة في الفقرتين 3 و 4 من هذه المادة مقتضيات المادة 62 أدناه.

المادة 38

يتبع المشغل بشأن العقوبات التأديبية مبدأ التدرج في العقوبة. ويمكن له بعد استنفاد هذه العقوبات داخل السنة أن يقوم بفصل الأجير؛ ويعتبر الفصل في هذه الحالة فصلا مبررا.

المادة 39

- تعتبر بمثابة أخطاء جسيمة يمكن أن تؤدي إلى الفصل، الأخطاء التالية المرتكبة من طرف الأجير:
- ارتكاب جنحة ماسة بالشرف، أو الأمانة، أو الآداب العامة، صدر بشأنها حكم نهائي وسالب للحرية؛
 - إفشاء سر مهني نتج عنه ضرر للمقابلة؛
 - ارتكاب الأفعال التالية داخل المؤسسة أو أثناء الشغل:
 - السرقة؛

- خيانة الأمانة؛
 - السكر العلني؛
 - تعاطي مادة مخدرة؛
 - الاعتداء بالضرب؛
 - السب الفادح؛
 - رفض إنجاز شغل من اختصاصه عمدا وبدون مبرر؛
 - التغيب بدون مبرر لأكثر من أربعة أيام أو ثمانية أنصاف يوم خلال الإثني عشر شهرا؛
 - إلحاق ضرر جسيم بالتجهيزات أو الآلات أو المواد الأولية عمدا أو نتيجة إهمال فادح؛
 - ارتكاب خطأ نشأت عنه خسارة مادية جسيمة للمشغل؛
 - عدم مراعاة التعليمات اللازم اتباعها لحفظ السلامة في الشغل وسلامة المؤسسة ترتبت عنها خسارة جسيمة؛
 - التحريض على الفساد؛
 - استعمال أي نوع من أنواع العنف والاعتداء البدني الموجه ضد أجير أو مشغل أو من ينوب عنه لعرقلة سير المقاول.
- يقوم مفتش الشغل في هذه الحالة الأخيرة بمعاينة عرقلة سير المؤسسة وتحضير محضر بشأنها.

المادة 40

يعد من بين الأخطاء الجسيمة المرتكبة ضد الأجير من طرف المشغل أو رئيس المقاول أو المؤسسة، ما يلي:

- السب الفادح؛
 - استعمال أي نوع من أنواع العنف والاعتداء الموجه ضد الأجير؛
 - التحرش الجنسي؛
 - التحريض على الفساد.
- وتعتبر مغادرة الأجير لشغله بسبب أحد الأخطاء الواردة في هذه المادة في حالة ثبوت ارتكاب المشغل لإحداها، بمثابة فصل تعسفي.

المادة 41

يحق للطرف المتضرر، في حالة إنهاء الطرف الآخر للعقد تعسفيا، مطالبته بالتعويض عن الضرر. لا يمكن للطرفين أن يتنازلا مقدما عن حقهما المحتمل في المطالبة بالتعويضات الناتجة عن إنهاء العقد سواء كان الإنهاء تعسفيا أم لا.

يمكن للأجير الذي فصل عن الشغل لسبب يعتبره تعسفيا اللجوء إلى مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 532 أدناه من أجل الرجوع إلى شغله أو الحصول على تعويض.

في حالة الحصول على تعويض، يوقع توصيل استلام مبلغ التعويض من طرف الأجير والمشغل أو من ينوب عنه، ويكون مصادقا على صحة إمضائه من طرف الجهة المختصة، ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل.

يعتبر الاتفاق الذي تم التوصل إليه في إطار الصلح التمهيدي نهائيا وغير قابل للطعن أمام المحاكم.

في حالة تعذر أي اتفاق بواسطة الصلح التمهيدي، يحق للأجير رفع دعوى أمام المحكمة المختصة، التي لها أن تحكم، في حالة ثبوت فصل الأجير تعسفيا، إما بإرجاع الأجير إلى شغله أو حصوله على تعويض عن الضرر يحدد مبلغه على أساس أجر شهر ونصف عن كل سنة عمل أو جزء من السنة على أن لا يتعدى سقف 36 شهرا.

المادة 42

إذا أنهى الأجير عقد الشغل بصفة تعسفية، ثم تعاقد مع مشغل جديد، أصبح هذا المشغل متضامنا معه في تحمل المسؤولية عن الضرر اللاحق بالمشغل السابق، وذلك في الأحوال التالية:

- 1 – إذا ثبت أنه تدخل من أجل إخراج الأجير من شغله؛
 - 2 – إذا شغل أجيرا مع علمه أنه مرتبط بعقد شغل؛
 - 3 – إذا استمر في تشغيل أجير بعد أن علم أنه ما زال مرتبطا بـمشغل آخر بموجب عقد شغل.
- تنتفي مسؤولية المشغل الجديد في الحالة الأخيرة، إذا علم بالأمر بعد إنهاء عقد الشغل بصفة تعسفية من طرف الأجير، إما بحلول أجله إذا كان محدد المدة، أو بانصرام أجل الإخطار إذا كان غير محدد المدة.
- تخضع لمراقبة السلطة القضائية القرارات التي يتخذها المشغل في إطار ممارسة سلطته التأديبية.

الفرع الثالث: أجل الإخطار

المادة 43

يكون إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة، بإرادة منفردة، مبنيا على احترام أجل الإخطار، ما لم يصدر خطأ جسيم عن الطرف الآخر.

ينظم أجل الإخطار ومدته بمقتضى النصوص التشريعية، أو التنظيمية، أو عقد الشغل، أو اتفاقية الشغل الجماعية، أو النظام الداخلي، أو العرف.

يكون باطلا بقوة القانون، كل شرط في عقد الشغل، أو اتفاقية الشغل الجماعية، أو النظام الداخلي، أو العرف يحدد أجل الإخطار في مدة تقل عما حددته النصوص التشريعية، أو التنظيمية.

يكون باطلا في جميع الأحوال كل شرط يحدد أجل الإخطار في أقل من ثمانية أيام.

يعفى المشغل والأجير من وجوب التقيد بأجل الإخطار في حالة القوة القاهرة.

المادة 44

يبدأ سريان أجل الإخطار من اليوم الموالي لتبليغ قرار إنهاء العقد.

المادة 45

يتوقف أجل الإخطار أثناء فترة:

- 1 – عجز الأجير مؤقتا عن الشغل إذا تعرض لحادثة شغل، أو لمرض مهني؛
- 2 – ما قبل وضع الحامل لحملها، أو ما بعده، وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 154 و156 أدناه.

المادة 46

لا تطبق المقتضيات المنصوص عليها في المادة 45 أعلاه عندما ينتهي عقد الشغل محدد المدة، أو المبرم من أجل إنجاز شغل معين، خلال فترة العجز المؤقت.

المادة 47

يجب على المشغل والأجير، خلال أجل الإخطار، احترام جميع التزاماتهما المتبادلة.

المادة 48

يستفيد الأجير أثناء أجل الإخطار، من رخص التغيب، قصد البحث عن شغل آخر، على أن يؤدي له عنها الأجر الذي يتقاضاه عن أوقات شغله الفعلي، أيا كانت طريقة أدائه.

دخل الأجل المذكور لا يسقط ق العامل في اقامتها بعد ذلك .
1991-677

القرار عدد : 6/380 المؤرخ في : 2003/2/19 الملف الجنحي عدد: 00/5286
الحيازة - بيع الحائز للعقار - انقطاع الحيازة (لا)
البائع الحائز ينقل الحيازة للمشتري بصفة تلقائية، كما أن الوفاة تنقل الحيازة
للوارث،
والمحكمة لما اعتبرت أن البيع تنقطع به الحيازة فضلا عن عدم مناقشتها لشهادة
شهود النفي المستمع إليهم أمامها تكون قد جانبت الصواب و جاء قرارها ناقص
التعليل و معرضا للنقض .
2003-380

القرار 1503 الصادر بتاريخ 11 يونيه 1986 ملف مدني 84/1837
تقديم خمسي ... العلم بالمسؤول ... الاستماع إلى الضحية .. لا .
يبتدئ أمد التقادم الخمسي المنصوص عليه في الفصل 106 من قانون الالتزامات و
العقود -28- من تاريخ العلم بالضرر و المسؤول عنه.

المادة 49

تحدد رخصة التغييب المنصوص عليها في المادة 48 أعلاه في ساعتين في اليوم، على ألا تتعدى الأوقات المرخص بها
ثمانى ساعات في الأسبوع الواحد، أو ثلاثين ساعة في كل فترة من ثلاثين يوما متوالية.
غير أنه إذا كان الأجير يشتغل في مقولة، أو مؤسسة، أو ورش يبعد مسافة تفوق عشرة كيلومترات عن مدينة مصنفة في
عداد البلديات، أمكن له التغييب أربع ساعات متتالية مرتين في الأسبوع، أو ثمانى ساعات متتالية مرة في الأسبوع، خلال
الساعات المخصصة للشغل في المقولة، أو المؤسسة، أو الورش.

المادة 50

تحدد مدة التغييب باتفاق بين المشغل والأجير، وعند الاقتضاء تارة باختيار المشغل، وتارة باختيار الأجير، تناوبا بينهما.
ينتهي الحق في التغييب بمجرد حصول الأجير على شغل جديد، ويجب عليه في هذه الحالة إحاطة مشغله علما بذلك تحت
طائلة إنهاء أجل الإخطار. كما ينتهي هذا الحق إذا توقف الأجير عن تخصيص فترات تغييبه للبحث عن شغل.

المادة 51

يترتب عن إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة، دون إعطاء أجل الإخطار، أو قبل انصرام مدته، أداء الطرف المسؤول عن
الإنهاء، تعويضا عن الإخطار للطرف الآخر، يعادل الأجر الذي كان من المفروض أن يتقاضاه الأجير، لو استمر في أداء
شغله، ما لم يتعلق الأمر بخطأ جسيم.

يجب على المؤمن الذي يدعي العلم بالمسؤول أن يثبت ذلك.
لا يكفي لإثبات العلم مجرد الاستماع الى الضحية و هو بالمستشفى .
1986-1503

القرار عدد 303 المؤرخ في : 2005/02/02 الملف المدني عدد:
2001/8/1/712

التقادم - أداء واجبات الكراء

– نقطة انطلاق أمد التقادم إن أكرية الأراضي والمباني باعتبارها أداءات دورية
تتقادم بمرور خمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط، وعلى المحكمة المثار أمامها
الدفع بالتقادم تطبيق مقتضيات الفصل 391 من قانون الالتزامات و العقود -29- مع
الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الفصلين 381 و 382 من نفس القانون -30- بشأن
قطع التقادم بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية من الدائن أو اقرار من المدين بحق
الدائن .

2005-303

إن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه علم
الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه. وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث
الضرر.

29 _

الفصل 391

الحقوق الدورية والمعاشات وأكرية الأراضي والمباني والفوائد وغيرها من الأداءات المماثلة تتقادم في مواجهة أي
شخص كان بخمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط.

30 _

الفصل 381

ينقطع التقادم:

1 - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مَطْل لتتقادمه،
ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضي ببطانها لعيب في الشكل؛

2 - بطلب قبول الدين في تقليصة المدين

3 - بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه
الإجراءات.

الفصل 382

وينقطع التقادم أيضا بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين أو
أدى المدين قسطا منه وكان هذا الأداء ناتجا عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجلا للوفاء، أو قدم كفيلا أو أي ضمان آخر،
أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين.

القرار عدد 1501 المؤرخ في : 2005/5/18 الملف المدني عدد:
2004/3/1/(.....)

قاصر – مهام المقدم – تقديم الحساب – تقادم (لا) لا تقادم بين ناقص الأهلية والوصي أو المقدم مادامت ولايتهما قائمة ولم يقدموا حساباتهم النهائية. ولما كان ثابتا من الوقائع المعروضة على قضاة الاستئناف أن موروث الطالبين كان مقدما على المطلوبين في النقص خلال فترة قصورهما و ابقى تحت يده جميع تركة والدهما الى حين بلوغهما سن الرشد و لم يقدم حياته حسابا نهائيا عن المدة التي كان مقدما فيها ، فان المحكمة بسكوتها عن دفع الطالبين المتعلق بتقادم دعوى المطلوبين المرفوعة بعد بلوغهما سن الرشد من اجل تمكينهما من الاملاك الباقية ببد المقدم عليهما موروث الطالبين و انتقلت بعد وفاته اليهم تكون قد رفضت الدفع المذكور رفضا ضمنيا ما دام ليس صحيحا و غير مؤثر على قضاءها و جاء قضاء معللا تعليلا سليما .

2005-1501

القرار 2441 الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 1985 ملف مدني 95-95
كمبيالة ... شروط ... خلوها ... سند عادي ... تقادم ... نوعه .
تخضع الكمبيالة للتقادم القصير الأمد متى توفرت فيها الشروط المنصوص عليها
في الفصل 128 من القانون التجاري -31- . (والتي لا تعوض بغيرها) و إلا

- 31 -

مدونة التجارة صيغة محينة بتاريخ 23 ابريل 2018

القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة كما تم تعديله

الباب السابع: الوفاء

المادة 184

يتعين على حامل الكمبيالة المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع، أن يقدمها للوفاء إما في يوم الاستحقاق بالذات وإما في أحد أيام العمل الخمسة الموالية له.

لا يلزم الغير بالوفاء بالكمبيالة الموطنة لديه إلا بأمر كتابي من المسحوب عليه.

ويعتبر تقديم الكمبيالة إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديمها للوفاء.

المادة 190

إذا ضاعت كمبيالة غير مقبولة أو سرقت، جاز لمالكها أن يطالب بالوفاء استنادا على نظير ثان أو ثالث أو رابع وهكذا... وأن يقدم كفالة.

المادة 192

اعتبرت سند دين عادي إذا توفرت فيها شروط السند العادي و يخضع للتقادم العادي (حسب طبيعة الدين) .

تكون المحكمة على صواب لما اعتبرت الكمبيالة التي تنقصها شروط إنشاءها سند دين عادي لكونها تحمل التزام المسحوب عليه بالتوقيع .

رقم القرار 2441 سنة -1985

القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني (.....) يبتدئ أمد تقادم حقوق المهندسين من تاريخ إنجاز جميع ما تعهدوا به من الأعمال و ليس من تاريخ إنجاز بعضها.

الفصل 388 من قانون الالتزامات و العقود .

قرار عدد 255

سنة 1980

القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني (.....) يبتدئ أمد تقادم حقوق المهندسين من تاريخ إنجاز جميع ما تعهدوا به من الأعمال و ليس من تاريخ إنجاز بعضها. الفصل 388 من قانون الالتزامات و العقود -32-

إذا ضاعت الكمبيالة أو سرقت سواء كانت مقبولة أم لا وعجز فاقدها أو من سرقت منه عن تقديم نظير ثان أو ثالث أو رابع وهكذا... جاز له أن يطالب بوفاء الكمبيالة الضائعة أو المسروقة وأن ينال ذلك الوفاء بأمر من رئيس المحكمة على شرط أن يثبت ملكيته للكمبيالة بدفاتره وأن يقدم كفالة.

المادة 195

تسقط الكفالة المشار إليها في المواد من 190 إلى 192 بعد انصرام مدة ثلاث سنوات إذا لم تقع خلال هذه المدة أية مطالبة أو متابعة قضائية.

32 _

الفصل 387

كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة.

(معدل بظواهر 8 أبريل 1938 و6 يوليو 1954 و2 أبريل 1955)

تتقادم بخمس سنوات: دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع بسبب التوريدات التي يقدمونها لغيرهم من التجار أو الموردين أو أرباب المصانع من أجل حاجات مهنتهم.

تتقادم بسنتين:

1 - دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والبيطرة من أجل ما يقومون به من زيارات ويؤدونه من عمليات، وكذلك من أجل ما يوردونه من أشياء وما يقدمونه من نقود ابتداء من تاريخ حصوله؛

2 - دعوى الصيادلة من أجل الأدوية التي يوردونها، ابتداء من تاريخ توريدها؛

3 - دعوى المؤسسات الخاصة أو العامة المخصصة لعلاج الأمراض البدنية أو العقلية أو لرعاية المرضى، من أجل العلاج المقدم منها لمرضاهم والتوريدات والمصروفات الحاصلة منها لهم، ابتداء من تاريخ تقديم العلاج أو حصول التوريدات؛

4 - دعوى المهندسين المعماريين وغيرهم من المهندسين والخبراء والمساحين من أجل مواصفاتهم أو عملياتهم والمصروفات المقدمة منهم ابتداء من تاريخ تقديم المواصفة أو إتمام العمليات أو إجراء المصروفات؛

5 - دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع من أجل التوريدات المقدمة منهم للأفراد لاستعمالهم الخاص؛

6 - دعوى الفلاحين ومنتجي المواد الأولية من أجل التوريدات المقدمة منهم، إذا كانت قد استخدمت في الأغراض المنزلية للمدين، وذلك ابتداء من يوم وقوع التوريدات.

تتقادم بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً:

1 - دعوى المعلمين والأساتذة وأصحاب المؤسسات المخصصة لإقامة التلاميذ العامة منها والخاصة، من أجل أتعابهم المستحقة على تلاميذهم وكذلك من أجل التوريدات المقدمة منهم إليهم، وذلك ابتداء من حلول الأجل المحدد لدفع أتعابهم؛

2 - دعوى الخدم 32 من أجل أجورهم وما قاموا به من مصروفات وغير ذلك من الأداءات المستحقة لهم بمقتضى عقد إجازة العمل، وكذلك دعوى المخدومين ضد خدامهم من أجل المبالغ التي يسبقونها لهم على أساس تلك الرابطة؛

3 - دعوى العمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين وندوبي التجارة والصناعة 32، من أجل رواتبهم وعمولاتهم، وما أودوه من مصروفات بسبب وظائفهم، وما يستحقونه من عطلة سنوية مؤدى عنها أو ما يعوضها وذلك عن السنة الجارية وعند ثبوت الحق في عطل مجتمعة، عن السنة أو السنتين الماضيتين؛

دعوى أرباب الحرف من أجل توريداتهم ومياوماتهم وما أنفقوه بسبب خدماتهم؛

دعوى المخدوم أو رب العمل من أجل المبالغ المسبقة للعمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين والندوبيين من أجورهم أو عمولاتهم أو المبالغ التي أنفقوها بسبب خدماتهم؛

4 - دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم، من أجل الإقامة والطعام وما يصرفونه لحساب زبائنهم؛

5 - دعوى مكري المنقولات من أجل أجرتها.

(ظهير 8 أبريل 1938 وظهير 17 يراير 1939).

تتقادم أيضاً بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً:

1 - دعوى وكلاء الخصومة، من أجل الأتعاب، والمبالغ التي يصرفونها وذلك ابتداء من الحكم النهائي أو من عزلهم من الوكالة 32؛

2 - دعوى الوسطاء من أجل استيفاء السمسرة، ابتداء من إبرام الصفقة؛

القرار.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف عقاري (.....)
دعوة الحيازة .. الأجل .. طبيعته ترفع دعوى الحيازة خلال أجل السنة من تاريخ وقوع الفعل الذي أخل بها « ف 167 من ق م م -33- » يعد الأجل المذكور أجل سقوط لا أمد تقادم فلا تعتريه أسباب الانقطاع يؤدي التنازل عن الدعوى إلى إرجاع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل طرح النزاع على القضاء .

3 - دعوى المتعاقدين ضد الأشخاص المذكورين فيما سبق، من أجل ما سبقوه لهم، لأداء ما أنيط بهم من أعمال، وذلك ابتداء من نفس التاريخ المقرر لكل طائفة منهم؛

4 - الدعاوى التي تثبت من أجل العوار والضياح والتأخير وغيرها من الدعاوى التي يمكن أن تنشأ عن عقد النقل، سواء أكانت ضد الناقل أو الوكيل بالعمولة أو ضد المرسل أو المرسل إليه، وكذلك الدعاوى التي تنشأ بمناسبة عقد النقل.

وتحسب مدة هذا التقادم، في حالة الهلاك الكلي، ابتداء من اليوم الذي كان يجب فيه تسليم البضاعة، وفي غير ذلك من الأحوال، ابتداء من يوم تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عرضها عليه.

الأجل لرفع كل دعوى من دعاوى الرجوع هو شهر، ولا يبدأ هذا التقادم إلا من يوم مباشرة الدعوى ضد الشخص الذي يثبت له الضمان.

في حالة النقل الحاصل لحساب الدولة، لا يبدأ التقادم إلا من يوم تبليغ القرار الإداري المتضمن للتصفية النهائية أو للأمر النهائي بالأداء.

-33-

قانون المسطرة المدنية صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014

قانون المسطرة المدنية ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447

بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية،

كما تم تعديله

القسم الخامس: المساطر الخاصة

الباب الأول: دعاوى الحيازة

الفصل 166

لا يمكن رفع دعاوى الحيازة إلا ممن كانت له شخصيا أو بواسطة الغير منذ سنة على الأقل حيازة عقار أو حق عيني عقاري حيازة هادئة علنية متصلة غير منقطعة وغير مجردة من الموجب القانوني وخالية من الالتباس.

غير أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة المنتزعة بالعنف أو بالإكراه إذا كانت للمدعي وقت استعمال العنف أو الإكراه حيازة مادية وخالية وهادئة وعلنية.

الفصل 167

لا تقبل دعاوى الحيازة سواء قدمت بطلب أصلي أو بطلب مقابل إلا إذا أثبتت خلال السنة التالية للفعل الذي يخل بالحيازة.

القرار رقم 676 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ رابع أكتوبر 1978 في الملف
المدني رقم 46952
القاعدة

- بناء على قاعدة أن الحقوق لا تتقدم إلا من تاريخ اكتسابها فإن تقدم حق الوارث
يسري من تاريخ الحكم له بهذه الصفة لا من تاريخ الالتزام المورث بالدين.
1978-2676

القرار عدد 1471 المؤرخ في 18/4/2001 الملف المدني عدد 97/2/1/3454
الخبرة

- الدفع الذي لا يهم الطاعن
- لا مصلحة له في إثارته - كراء رخصة النقل
- تقدم الالتزام
- تطبيق الفصل 370 من قانون الالتزامات و العقود -34- (نعم)

الدفع بعدم حضور المطعون ضده إجراءات الخبرة دفع لا يتعلق بالطاعن وليست له
مصلحة في إثارته والتمسك به.
الالتزام بأداء جميع أنواع الضرائب المترتبة على الناقلة المكراة لا يخضع للتقدم
الخمسي المنصوص عليه في الفصل 391 من قانون الالتزامات و العقود و المتعلق
بالأداءات الدورية و انما يخضع للتقدم العام المنصوص عليه في الفصل 370 من
نفس القانون .

العقود المسماة³⁵ المرجع القانوني

_ 35

المقصود بالعقود المسماة

1 - المقصود بالعقود المسماة :

بعد أن فرغنا من عرض نظرية الالتزام بوجه عام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، ننتقل في الأجزاء الثلاثة التالية إلى تطبيق أحكام هذه النظرية وقواعدها المجردة تطبيقاً مفصلاً على عقود معينة بالذات أطلقت عليها أسماء معروفة .

وقد عنى المشرع بهذه العقود عناية كبيرة ، فخصص لها الكتاب الثاني من القسم الأول من التقنين المدني تحت عنوان ((العقود المسماة)) ، فأعقب هذا الكتاب الثاني الكتاب الأول الذي خصصه المشرع لنظرية الالتزام بوجه عام .

المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المبررات تتصل بالنظام العام . فإيراد نصوص على هذا النحو يصبح إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . نذكر للتمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الحقوق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، وغير ذلك كثير

والمقصود بالعقود المسماة عقود كثيرة التداول في الحياة العملية ، حتى عرفت بأسمائها الخاصة ، وذلك نحو البيع والهبة والشركة والإيجار والمقاوله والوكالة ، وقد نظمها المشرع تنظيمًا مفصلاً لما لها من أهمية بالغة في ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي .

وقد كان التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني يقوم على أساس آخر غير الأساس الذي يقوم عليه هذا التمييز في القانون الحديث .

الرئيسية الوسيط جزء 4-

الأغراض المختلفة التي يتوخاها المشرع في تنظيم العقود المسماة

الأغراض المختلفة التي يتوخاها المشرع في تنظيم العقود المسماة

4- الأغراض المختلفة التي يتوخاها المشرع في تنظيم العقود المسماة :

والعقود المسماة تخضع هي أيضاً للقواعد العامة في نظرية العقد كما تخضع العقود غير المسماة ، وقد رأينا أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد كان يشتمل على نص في هذا المعنى ([1]).

ولكن المشرع يعني مع ذلك بتنظيمها وإيراد نصوص خاصة في شأنها ، توخياً لتحقيق أغراض مختلفة منها :

1 – لما كانت العقود المسماة هي من أكثر العقود شيوعاً في التعامل ، وقد أعان شيوعها على إرساء قواعدها واستقرار أحكامها ، فإن المشرع أراد بتنظيم العقد الرسمي أن يعيد الطريق للمتعاملين ، فلا يجدون مشقة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، إذ تنبه المشرع لأكثر ما يعرض لهذه العلاقات فتناولها بالتنظيم والتحديد ، ووضع أحكاماً نموذجية هي نتاج خبرة القرون الطويلة . ولم يكن المتعاقدان ليستطيعا التنبيه لجميع هذه المسائل ، فتولاها المشرع عنهما .

على أن المشرع في تنظيمه للعقد المسمى لا يصادر مبدأ سلطان الإرادة ولا حرية المتعاقدين في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يريانه . فلو أنهما في بعض المسائل التي نظمها المشرع يريدان حلاً آخرى غير تلك التي وضعت ، وكانت هذه المسائل ليست من النظام العام ، فإنهما يستطيعان أن ينسجا الحلول التي وضعها المشرع ، وليس عليهما في ذلك إلا أني ضعا الحلول التي اختارها فتكون هي المعمول بها دون الحلول التي وضعها المشرع .

2- والمشرع عندما يطبق القواعد العامة على عقد مسمى بالذات ، كثيراً ما يجلى تطبيقات خفية لهذه القواعد ، تختلف فيها الأنظار . فيعرض لما فيه خفاء من هذه التطبيقات فيوضحه بنصوص حاسمة لا تدع مجالاً للاضطراب واللبلة . والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر منها ضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية وتحمل تبعه الهلاك .

3 – على أن المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المبررات تتصل بالنظام العام . فإيراد نصوص على هذا النحو يصبح إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . نذكر للتمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الحقوق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، وفي كثير من نصوص عقد العمل ، وفي الرجوع في الهبة ، وفي الغلط في الصلح ، وفي التزام المرافق العامة ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وفي التأمين بما يشتمل عليه من قواعد خاصة ، وغير ذلك كثير نراه منتزحاً في نواح متفرقة من العقود المسماة .

4 - وقد يعمد المشرع أخيراً ، في تنظيم العقد المسمى ، إلى تحقيق غرض هام ، هو توجيه هذا العقد وتطويره بحيث يتمشى مع الاتجاهات المتجددة . فعل ذلك في تحريم الرهن الذي يستتر تحت اسم بيع الوفاء ، وفي تحريم بيع الوفاء ذاته ، وفي تنظيم أحكام الأجهزة الحديثة في العين المؤجرة ، وفي تنظيم ما ألفته الناس من خلط عقد الإيجار بعقد البيع .

ويخلص مما تقدم أن تنظيم المشرع للعقد المسمى يبسر معرفة الأحكام التي تسرى على هذا العقد مرتبة بحسب الأولوية . ففي المرتبة الأولى يجب تطبيق النصوص الخاصة التي أوردها المشرع في هذا العقد المسمى بالذات . فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه منها ، وجب تطبيق النصوص الواردة في النظرية العامة للعقد أي تطبيق القواعد العامة . وتطبق بعد ذلك المصادر غير التشريعية من عرف ونحوه . ويغلب أن تغطي النصوص الخاصة والقواعد العامة الجزء الأكبر من منطقة العقد المسمى ، فلا يبقى بعد ذلك إلا حيز ضيق تطبق فيه المصادر غير التشريعية .

الرئيسة الوسيط_ جزء 4

عقود مسماة

التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الحديث

أما في القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فكلاهما يتم بمجرد تراضى المتعاقدين إلا في العقود الشكلية وما بقي من العقود العينية .

وإذا كان بعض العقود يطلق عليه اسم ((العقود المسماة)) ، فليس ذلك كما قدمنا إلا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيماً خاصاً ، نظراً لكثرة تداولها في العمل إلى حد أن أصبحت قواعدها راسية مستقرة .

وسنرى ما هي العقود المسماة التي نظمها التقنين المدني الجديد. ونبادر هنا إلى القول بأن قائمة العقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألفه الناس في التعامل .

فالعقود المسماة في هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة في عصر سابق أو عصر لاحق ، إذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة . ونلمح هذا التطور عندما نلاحظ أن هناك عقوداً أخذ شأنها يتعاظم في مجالات العمل ، ولكنها لم تصل بعد إلى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنيات المختلفة فيما تتناوله بالتنظيم من هذه العقود . فقد كان التقنين المدني السابق لا ينظم عقود المقامرة والرهن والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقد نظم هذا كله التقنين المدني الجديد ([1]) . ولم ينظم التقنين المدني الجديد عقود النشر ([2]) والنزول في الفندق والنقل والأعمال العامة والتوريد ، مع أن هذه عقود تتزايد أهميتها كل يوم ، وقد نظمت التقنيات الأجنبية بعض هذه العقود ([3]) .

أما العقود غير المسماة - وهي التي لا يتولى المشرع تنظيمها - فإنها تخضع في أحكامها للقواعد العامة في نظرية العقد ، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد (م 127) يشتمل على نص في هذا المعنى يجري على الوجه الآتي : ((1 - تسري على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . 2 - أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فنقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها

، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية)) . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه [4]

ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي يستلزمها هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في عمله [5] . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئاً على أن يعطى الأول للثاني بعد البيع مبلغاً معيناً ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه [6] . وعقد المحاسبة الذي أشرنا إلى وجوده في القانون الروماني هو أيضاً عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين [7] .

وتكليف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا عبرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سماه ، فقد يكونان مخطئين في التكليف ، وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر كما في الوصية يخفيها الموصى تحت ستار البيع [8]

على أن العقد – مسمى أو غير مسمى – قد يكون بسيطاً ، إذا لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة ، كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، سمي عقداً مختلطاً (mixte, complexe) ، كما في العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hotellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المقعد ، وعمل بالنسبة إلى وسائل التسلية التي تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة :

(1) عدة عقود تمتاز في عقد واحد ، وذلك كمدير شركة يتولى إدارتها ويكون وكيلها عنها ، فيمتزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كعقد نقل بحري يعقبه عقد نقل برى أو إيجار يقترن بوعد بالبيع .

(2) إضافة شرط إلى العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط للتأمين أو التحق بعقد النقل شرط للتخزين .

(3) الجمع بين عناصر متفوقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذي يجمع بين الإيجار والبيع (Location – vente) والوديعة في المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض [9] .

وليس هناك أهمية كبيرة لمزج عدد من العقود وتسميتها جميعاً بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما تطبق فيه أحكام العقود المختلطة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها وذلك إذا تنافرت الأحكام التي تطبق في كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يدور بين عقد العمل وعقد الإيجار ، ولكن القضاء [10] غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى إعادة وضع اليد التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلات [11]

([1]) وأغفل في الوقت ذاته تنظيم عقد الغاروقة الذي كان التقنين المدني السابق ينظمه ، بعد أن ألغى نظام الأراضي الخراجية وهو النظام الذي كان عقد الغاروقة يقوم عليه .

([2]) وإن كان المشرع المصري قد تناول في القانون رقم 254 لسنة 1954 الخاص بحماية المؤلف بعض المسائل الذي ينظمها عقد النشر .

([3]) مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسري فقد نظم عقد النشر .

([4]) مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 11 .

([5]) ويعرف هذا العقد في القانون الفرنسي بعقد الكشف عن الإرث (contrat revelation de succession) بودرى وبارد 1 فقرة 20 ص 19 .

([6]) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة 7 .

([7]) ديموج 2 فقرة 917 – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة بين طرفيه ، إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة . وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سبقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تملك المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقص مدني 11 أبريل سنة 1940 مجموعة عمر 3 رقم 49 ص 153) .

وقد أورد الأستاذ والتون (جزء أول ص 80 – ص 81) أمثلة على عقود غير مسماة منها :

1- اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عدداً من الأسرة تستخدم لأغراض التعليم الطبي ، ولم يحدد أجل لذلك . فقضت المحاكم الفرنسية بأن العقد ليس إيجاراً ولا بيعاً ولا عقداً مقررراً لحق ارتفاق ، وإنما هو عقد غير مسمى (دويه الاستئنافية 25 فبراير سنة 1903 دالوز 1904 – 2 – 173) .

2- اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف للتاجر معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ولا هو إيجار عمل لأنه لم يتفق فيه على أجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد للمؤلف ص 123 هامش رقم 4) .

([8]) والتكليف يسبقه تفسير إرادة المتعاقدين ، والتفسير مسألة واقع . فإذا استخلص قاضي الموضوع إرادة المتعاقدين ، أنزل عليها حكم القانون لتكليف العقد والكشف عن ماهيته . والتكليف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهي تخضع لرقابة محكمة النقض . ولا تنقيد المحكمة بتكليف المتعاقدين للعقد ، بل تصحح هذا التكليف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكليف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها دليلاً . وإذا تعدد المتعاقدان أن يكتفيا العقد تكيفاً غير صحيح ، فإن التكليف غير الصحيح في هذه الحالة يلتبس بالصورية والفرق بينهما – كما ذكر الأستاذ إسماعيل غانم في مذكراته غير المطبوعة في البيع ص 7 – أن الصورية تنطوي على تصرف ظاهر يخفى وضعاً حقيقياً ، والأصل الأخذ بالتصرف الظاهر إلا إذ أثبت صاحب المصلحة الوضع الحقيقي ، فعلى هذا إذن يقع عبء الإثبات . أما التكليف غير الصحيح فلا ينطوي إلا على تصرف واحد كيفه المتعاقدان تكيفاً خاطئاً ، وعلى المحكمة تصحيح هذا التكليف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد .

وقد يعتمد المتعاقدان أن يكتفيا التصرف تكيفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، فالقاضي يصحح هذا التكليف ويرد على المتعاقدين قصدهما . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (مذكراته غير المطبوعة في البيع ص 7 – ص 10) إلى أن التحايل على القانون لا يقتضي حتماً أن يكون تكليف العقد تكيفاً غير صحيح ، فقد كيف المتعاقدان العقد تكيفاً صحيحاً وهما مع ذلك يريدان التحايل على القانون . فإذا أراد شخص أن يعطى آخر أكثر من ثلث تركته بعد موته مع وجود ورثة له ، فهو إذا عمد إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض إذ لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة . فيعتمد إلى الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك في الحال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك عن طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طول حياته . ولا يقال إن المتصرف أراد الوصية وكيفها بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حقاً وتجرد عن ملك الرقبة في الحال مستبقياً لنفسه حق الانتفاع . فالتكليف هنا تكليف صحيح ، ولكن المتصرف قصد التحايل على القانون . فيبقى التصرف على تكيفه الصحيح هبة لا

وصية ، ولكن يرد على المتصرف قصده فلا ينفذ التصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يجعل للتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك إعمالاً للتكليف الحقيقي ، ويجعل له حكم الوصية من حيث عدم نفاذه إلا في ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يجري القضاء في مصر على هذا الرأي . فهو إذ تثبت من أن المتصرف أراد التجرد من ملك الرقبة في الحال واصفاً التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بِنفاذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة . ولا ينقص التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن تكليف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية – أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت – وكيفها هبة أو بيعاً .

هذا وانظر في أن التكليف يفترض العلم ابتداءً بما هية العقود المختلفة ، ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعرفة مضمونها وبالمقابلة بين ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين والماهية القانونية لكل عقد من العقود يمكن وصف الرابطة التعاقدية =

= أي تكيفها ، إلى الأستاذ منصور مصطفى منصور في البيع والمقايضة والإيجار فقرة 6 – وأنظر في مسألة تكيف العقود رسالة الدكتور أحمد زكي الشيتي بالفرنسية سنة 1944 .

[9] نظرية العقد للمؤلف ص 125 هامش رقم 1 .

[10] مصر الكلية 3 أكتوبر سنة 1927 المحاماة 8 رقم 260 ص 361 .

[11] نظرية العقد للمؤلف فقرة 130 .

الرئيسية الوسيط_ جزء 4

عقود مسماة

التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني

2 – التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني :

بدأت العقود في القانون الروماني تكون شكلية ، تحوطها أوضاع معينة . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت ، إذ دعت الحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن ذلك بتقديم في التفكير القانوني ، فظهر إلى جانب العقود الشكلية ([1]) العقود العينية (القرض والعارية والوديعة والرهن) ، والعقود الرضائية (البيع والإيجار والشركة والوكالة) ، والعقود غير المسماة . والعقود غير المسماة عقود اعترف بها القانون الروماني تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي عقود لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، فإذا فعل تكون العقد ، ونشأ بموجبه التزام في جانب الطرف الآخر بأن يقوم هو أيضاً بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الأول ([2]) .

وكان الرومان يقسمون هذه العقود أقساماً أربعة :

(القسم الأول) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني ، فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عيني كذلك (do ut des) ، من ذلك عقد المقايضة (premutatio)

(والقسم الثاني) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني ، فيلتزم الطرف الآخر بالقيام بعمل (do ut facias) ، مثل ذلك الهبة بعوض (sub modo) .

(والقسم الثالث) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر أن يقوم بعمل كذلك (facio ut facias) ، مثل ذلك أن يسلم شخص شيئاً لآخر فيلتزم الآخر برده عند أول طلب (convention do precaire) .

(والقسم الرابع) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (facio ut facias) ، وهو أول عقد طبق فيه الرومان دعوى العقود غير المسماة (praescriptio verbis) ، لما رأوه عقداً يدور بين البيع والعمل والوكالة ([3]) .

ونرى مما تقدم أن تسمية هذه العقود في القانون الروماني بالعقود غير المسماة تسمية غير دقيقة ، فإن أغلب هذه العقود كان معروفاً بالإسم . ولكنها دعيت كذلك لأنها لا تدخل في نوع من أنواع العقود المسماة التي اعترف بها القانون الروماني : العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود الشرعية والعقود البريطورية . ونرى أيضاً أن التمييز بين العقد المسمى والعقد غير المسمى كان ذا أهمية كبيرة في القانون الروماني ، لأن العقد غير المسمى – خلافاً للعقد المسمى – كان لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، ولا يوجد العقد قبل ذلك . فهي عقود قريبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم ([4])

([1]) والعقود الشكلية في القانون الروماني هي عقد الاستدانة (nexum) يتم بالسبيكة والميزان ، والعقد الكتابي (litteris) ، والعقد اللفظي (verbis, stipulation) .

([2]) أنظر في منشأ هذه العقود جبرار ص 598 وما بعدها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقوداً ، فكان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الآخر لم يجز له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه ، إذ لم يوجد عقد ينشئ هذا الالتزام . ولم يكن أمام الطرف الأول إلا أن يلجأ إلى دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما يكون قد أداه ولم يستوف مقابله . ثم إن لابيون (labeon) – الفقيه الروماني المعروف أدخل في القانون دعوى (praescriptio verbis) أعطاها للدائن إذا كان العقد يدور بين جملة من العقود المعترف بها . وانتقلت هذه الدعوى من منطقة العقود المعترف بها إلى منطقة الاتفاقات . فكانت تعطي في بعض اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الآخر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه . فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر على استرداد ما وفاه بدعوى الإثراء بلا سبب . على أن تعميم هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت إلا متأخراً في عهد جوستنيان ، كما ثبت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص 120 هامش رقم 3) . لا

([3]) جبرار ص 606 .

([4]) أنظر في كل ذلك نظرية العقد المؤلف فقرة 124 .

المقصود بالعقود المسماة

الرئيسية الوسيط_ جزء 4 عقود مسماة

التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الحديث

أما في القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فكلاهما يتم بمجرد تراضى المتعاقدين إلا في العقود الشكلية وما بقي من العقود العينية .

وإذا كان بعض العقود يطلق عليه اسم ((العقود المسماة)) ، فليس ذلك كما قدمنا إلا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيماً خاصاً ، نظراً لكثرة تداولها في العمل إلى حد أن أصبحت قواعدها راسية مستقرة .

وسنرى ما هي العقود المسماة التي نظمها التقنين المدني الجديد. ونبادر هنا إلى القول بأن قائمة العقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألفه الناس في التعامل .

فالعقود المسماة في هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة في عصر سابق أو عصر لاحق ، إذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة . ونلمح هذا التطور عندما نلاحظ أن هناك عقوداً أخذ شأنها يتعاظم في مجالات العمل ، ولكنها لم تصل بعد إلى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنيات المختلفة فيما تتناولها بالتنظيم من هذه العقود . فقد كان التقنين المدني السابق لا ينظم عقود المقامرة والرهان والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقد نظم هذا كله التقنين المدني الجديد ([1]) . ولم ينظم التقنين المدني الجديد عقود النشر ([2]) والنزول في الفندق والنقل والأعمال العامة والتوريد ، مع أن هذه عقود تزايد أهميتها كل يوم ، وقد نظمت التقنيات الأجنبية بعض هذه العقود ([3]) .

أما العقود غير المسماة – وهي التي لا يتولى المشرع تنظيمها – فإنها تخضع في أحكامها للقواعد العامة في نظرية العقد ، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد (م 127) يشتمل على نص في هذا المعنى يجري على الوجه الآتي : ((1 – تسري على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . 2 – أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية)) . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه ([4])

ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي يستلزمها هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في عمله ([5]) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئاً على أن يعطى الأول للثاني بعد البيع مبلغاً معيناً ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه ([6]) . وعقد المحاسبة الذي أشرنا إلى وجوده في القانون الروماني هو أيضاً عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين ([7]) .

وتكليف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا عبرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سمي به ، فقد يكونان مخطئين في التكليف ، وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر كما في الوصية يخفيها الموصى تحت ستار البيع ([8])

على أن العقد – مسمى أو غير مسمى – قد يكون بسيطاً ، إذا لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة ، كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، سمي عقداً مختلطاً (mixte) (complexe) ، كما في العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hotellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المقعد ، وعمل بالنسبة إلى وسائل التسلية التي تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة :

(1) عدة عقود تمتزج في عقد واحد ، وذلك كمدير شركة يتولى إدارتها ويكون وكيلا عنها ، فيمتزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كعقد نقل بحري يعقبه عقد نقل برى أو إيجار يقترن بوعد بالبيع .

(2) إضافة شرط إلى العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط للتأمين أو التحق بعقد النقل شرط للتخزين .

(3) الجمع بين عناصر متفوقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذي يجمع بين الإيجار والبيع (Location – vente) وكالوديعة في المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض ([9]) .

وليس هناك أهمية كبيرة لمزج عدد من العقود وتسميتها جميعاً بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما تطبق فيه أحكام العقود المختلطة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها وذلك إذا تناهت الأحكام التي تطبق في كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يدور بين عقد العمل وعقد الإيجار ، ولكن القضاء ([10]) غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى إعادة وضع اليد التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلات ([11])

([1]) وأغفل في الوقت ذاته تنظيم عقد الغاروقة الذي كان التقنين المدني السابق ينظمه ، بعد أن ألغى نظام الأراضي الخراجية وهو النظام الذي كان عقد الغاروقة يقوم عليه .

([2]) وإن كان المشرع المصري قد تناول في القانون رقم 254 لسنة 1954 الخاص بحماية المؤلف بعض المسائل الذي ينظمها عقد النشر .

([3]) مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسري فقد نظم عقد النشر .

([4]) مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 11 .

([5]) ويعرف هذا العقد في القانون الفرنسي بعقد الكشف عن الإرث (contrat revelation de succession) بودرى وبارد 1 فقرة 20 ص 19 .

([6]) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة 7 .

([7]) ديموج 2 فقرة 917 – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة بين طرفيه ، إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة . وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سبقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تملك المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نص مدني 11 أبريل سنة 1940 مجموعة عمر 3 رقم 49 ص 153) .

وقد أورد الأستاذ والتون (جزء أول ص 80 – ص 81) أمثلة على عقود غير مسماة منها :

1- اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عدداً من الأسرة تستخدم لأغراض التعليم الطبي ، ولم يحدد أجل لذلك . فقضت المحاكم الفرنسية بأن العقد ليس إيجاراً ولا بيعاً ولا عقداً مقررراً لحق ارتفاق ، وإنما هو عقد غير مسمى (دويه الاستئنافية 25 فبراير سنة 1903 دالوز 1904 – 2 – 173) .

2- اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف للتاجر معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ن ولا هو إيجار عمل لأنه لم يتفق فيه على أجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد للمؤلف ص 123 هامش رقم 4) .

([8]) والتكليف يسبقه تفسير إرادة المتعاقدين ، والتفسير مسألة واقع . فإذا استخلص قاضي الموضوع إرادة المتعاقدين ، أنزل عليها حكم القانون لتكليف العقد والكشف عن ماهيته . والتكليف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهي تخضع لرقابة محكمة النقض . ولا تنقيد المحكمة بتكليف المتعاقدين للعقد ، بل تصحح هذا التكليف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكليف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها دليلاً . وإذا تعمد المتعاقدان أن يكتفا العقد تكييفاً غير صحيح ، فإن التكليف غير الصحيح في هذه الحالة يلتبس بالصورية والفرق بينهما – كما ذكر الأستاذ إسماعيل غانم في مذكراته غير المطبوعة في البيع ص 7 – أن الصورية تنطوي على تصرف ظاهر يخفى وضعاً حقيقياً ، والأصل الأخذ بالتصرف الظاهر إلا إذ أثبت صاحب المصلحة الوضع الحقيقي ، فعلى هذا إذن يقع عبء الإثبات . أما التكليف غير الصحيح فلا ينطوي إلا على تصرف واحد كيفه المتعاقدان تكييفاً خاطئاً ، وعلى المحكمة تصحيح هذا التكليف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد .

وقد يعتمد المتعاقدان أن يكتفا التصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، فالقاضي يصحح هذا التكليف ويرد على المتعاقدين قصدهما . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (مذكراته غير المطبوعة في البيع ص 7 – ص 10) إلى أن التحايل على القانون لا يقتضي حتماً أن يكون تكليف العقد تكييفاً غير صحيح ، فقد كيف المتعاقدان العقد تكييفاً صحيحاً وهما مع ذلك يريدان التحايل على القانون . فإذا أراد شخص أن يعطى آخر أكثر من ثلث تركته بعد موته مع وجود ورثة له ، فهو إذا عمد إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض إذ لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة . فيعمد إلى الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك في الحال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك عن طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طول حياته . ولا يقال إن المتصرف أراد الوصية وكيفها بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حقاً وتجرد عن ملك الرقبة في الحال مستبقياً لنفسه حق الانتفاع . فالتكليف هنا تكييف صحيح ، ولكن المتصرف قصد التحايل على القانون . فيبقى التصرف على تكييفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن يرد على المتصرف قصده فلا ينفذ التصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يجعل للتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك إعمالاً للتكليف الحقيقي ، ويجعل له حكم الوصية من حيث عدم نفاذه إلا في ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يجري القضاء في مصر على هذا الرأي . فهو إذ تثبت من أن المتصرف أراد التجرد من ملك الرقبة في الحال واصفاً التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بنفاذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة . ولا ينقص التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن تكييف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية – أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت – وكيفها هبة أو بيعاً .

هذا وانظر في أن التكليف يفترض العلم ابتداءً بما هية العقود المختلفة ، ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعرفة مضمونها وبالمقابلة بين ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين والماهية القانونية لكل عقد من العقود يمكن وصف الرابطة التعاقدية =

= أي تكييفها ، إلى الأستاذ منصور مصطفى منصور في البيع والمقايضة والإيجار فقرة 6 – وأنظر في مسألة تكييف العقود رسالة الدكتور أحمد زكي الشيتي بالفرنسية سنة 1944 .

([9]) نظرية العقد للمؤلف ص 125 هامش رقم 1 .

([10]) مصر الكلية 3 أكتوبر سنة 1927 المحاماة 8 رقم 260 ص 361 .

([11]) نظرية العقد للمؤلف فقرة 130 .

الوسيط_ جزء 4 , عقود مسماة

[1] والعقود الشكلية في القانون الروماني هي عقد الاستدانة (nexum) يتم بالسبيكة والميزان ، والعقد الكتابي (litteris) ، والعقد اللفظي (verbis, stipulation) .

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

[2] أنظر في منشأ هذه العقود جبرار ص 598 وما بعدها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقوداً ، فكان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الآخر لم يجز له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه ، إذ لم يوجد عقد ينشئ هذا الالتزام . ولم يكن أمام الطرف الأول إلا أن يلجأ إلى دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما

يكون قد أداه ولم يستوف مقابله . ثم إن لابيون (labeon) – الفقيه الروماني المعروف أدخل في القانون دعوى (praescriptio verbis) أعطاها للدائن إذا كان العقد يدور بين جملة من العقود المعترف بها . وانتقلت هذه الدعوى من منطقة العقود المعترف بها إلى منطقة الاتفاقات . فكانت تعطى في بعض اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الآخر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه . فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر على استرداد ما وفاه بدعوى الإثراء بلا سبب . على أن تعميم هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت إلا متأخراً في عهد جوستنيان ، كما ثبت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص 120 هامش رقم 3) . لا

[3] جبرار ص 606 .

[4] أنظر في كل ذلك نظرية العقد المؤلف فقرة 124 .

مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها

- 36 -

_ 36

عقد الهبة

الرئيسية الوسيط_ جزء 5_ هبة

الهبة عقد ما بين الأحياء

الهبة عقد ما بين الأحياء

2 - الهبة عقد ما بين الأحياء :

فالهبة أولاً عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول متطابقين [1] ، ولا تتعقد الهبة بإرادة الواهب المنفردة كما سنرى .

وهذا هو الذي يميز الهبة عن الوصية ، إذ الوصية تتعقد بإرادة الموصى المنفردة ، ويجوز لهذا أن فيها ما دام حيا ، فلا تنتج الوصية أثرها إلا عند موته . أما رضاء الموصى له بالوصية بعد موت الموصى فليس قبولا لإيجاب من الموصى ، بل هو تثبيت لحق الموصى له في الموصى به حتى لا يكسب حقاً بغير رضائه على النحو الذي رأيناه في قبول المنتفع للاشتراك لمصلحته في الاشتراط لمصلحة الغير .

ويقطع في ذلك أن الموصى له يكسب الموصى به لا من وقت " قبوله " للوصية بل من وقت موت الموصى ، ولو كانت الوصية عقداً تتم بيقول الموصى له لكسب هذا ملكية الموصى به من وقت قبوله لا من وقت موت الموصى . فالهبة إذن تختلف عنا لوصية في إنها عقد لا يجوز الرجوع فيه إلا في أحوال معينة ، وفي أن أثرها لا يتراخى حتماً إلى موت الواهب . ووصف الهبة في التعريف الذي أورده التقنين المدني بأنها عقد يخرج الوصية قطعاً عن أن تكون هبة ، وليس من الضروري أن يضاف إلى التعريف أن تكون الهبة غير مضافة الموت الواهب ([2]) .

وما دمنا نقول إن الهبة عقد فهي عقد ما بين الأحياء ، ولا حاجة إلى النص على ذلك صراحة كما قدمنا ، فإن التقنين المدني المصري لا يعرف العقد إلا بين الأحياء . ومن ثم تخرج الهبة لما بعد الموت ، وهي الهبة التي يعرفها القانون الروماني ولا يعرفها القانون المصري ([3]) . فلا يجوز في القانون المصري أن يعقد الواهب هبة باتة ويرجى في الوقت ذاته نقل ملكية الموهوب إلى ما بعد موته ([4]) ، ولا يستطيع أن يفعل ذلك إلا عن طريق الوصية وبارادته المنفردة التي يجوز له الرجوع فيها كما سبق القول . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ تقول : " ويلاحظ أن الهبة عقد يتم في حال الحياة ، أما الهبة لما بعد الموت ، وتختلف عن الوصية في أنه لا يجوز الرجوع فيها إلا حيث يجوز الرجوع في الهبة ، فباطلة ، ويكون الموهوب لورثة الواهب : م 504 / 2 من قانون الأحوال الشخصية " ([5]) .

([1]) والهبة يتحقق وجودها الشرعي بمجرد الإيجاب عند أبي حنيفة وصاحبيه ، وقبول الموهوب له عندهم شرط لثبوت الملك له لأن أحداً لا يملك إدخال شيء في ملك غيره بدون رضاه . أما عند زفر فلا يتحقق للهبة وجود شرعي إلا بإيجاب وقبول متطابقين . جاء في البدائع (جزء 6 ص 115) : " أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً . والقياس أن يكون ركناً ، وهو قول زفر ، وفي قول قال القبض أيضاً ركن " . أما القبض ، فهو في الفقه الحنفي شرط لنقل الملك في الموهوب إلى الموهوب له . وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي زفر ، فنصت المادة 500 على أن " تصح الهبة بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له ، والقبض يقوم مقام القبول " .

وعند مالك تتم الهبة وتلزم بإيجاب الواهب . ويستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، فينتقل إليه الملك بالقبض . ولو قبض بغير إذن الواهب ، صح وانتقل الملك إليه .

وعند الشافعية والحنابلة لا تصح الهبة إلا بالايجاب والاقبول .

([2]) قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة 29 ص 57 – والأستاذ أكنم الخولي فقرة 52 .

([3]) استئناف مختلط 16 مايو سنة 1944 م 56 ص 147 – 18 مارس سنة 1948 م 59 ص 167 – وقد عرف القانون الروماني الهبة لما بعد الموت (mortis causa donation) ، بأنها هبة يتجرد بها الواهب عن مال له دون مقابل لمصلحة الموهوب له عندما يخشى أن تكون منيته قد دنت ، كأن يكون موشكاً على الاشتباك في حرب أو في مبارزة أو كأن يكون مصاباً بمرض خطير ، ولا ينتقل ملك الموهوب إلى الموهوب له إلا إذا مات الواهب قبله . فإذا نجا الواهب من الموت انفسخت الهبة من تلقاء نفسها .

ويبيح القانون المدني الفرنسي ضرباً من الهبة تقرب من الهبة لما بعد الموت ، أهمها هي هبة الأموال المستقبلية التي يتضمنها الاتفاق المالي في الزواج (contrat de mariage) ، والهبة ما بين الزوجين) أنظر في هذه المسألة في القانون الروماني وفي القانون المدني الفرنسي اوبرى وروو إسمان 10 فقرة 645) .

ويعرف الفقه الإسلامي ، ومع القانون المدني المصري ، الهبة في مرض الموت . وتختلف عن الهبة لما بعد الموت في أن هذه لا تنقذ إلا بموت الواهب كما في الوصية ، أما الهبة في مرض الموت فتنفذ حال حياة الواهب

ولو أنه يكون في مضر الموت وقت أن يهب ، فمن الناحية العملية إذن تتقارب الهبتان . والهبة في مرض الموت لها على كل حال حكم الوصية ، فلا تنفذ إلا في ثلث التركة ، لو ارث أو لغير وارث .

ويعرف الفقه الإسلامي كذلك العمري والرقبي . أما العمري فهي أن يقول شخص لآخر أعمرتك كذا مدة حياتك ، حتى إذا مت عادت إلي إن كنت حياً أو إلى ورثتي إن مت قبلك ، وعند الحنفية والشافعية والحنابلة أن الهبة تصح ويلغو الشرط ، فتكون العين ملكاً للمعمر له ثم لورثته من بعده ، وعند المالكية يصح العقد والشرط معاً ، فتكون العمري تملك منفعة العين للمعمر له مدة حياته ، فإذا مات رجعت العين إلى المعمر إن كان حياً أو إلى ورثته . أما الرقبي فهي أن يقول شخص لآخر داري لك رقبى ، أي ترتقب موتى ، حتى إذا مت كانت الدار ملكاً لك . فهذا تملك بات (بخلاف الوصية) أضيف إلى الزمان المستقبل ، فلا تجوز عند الجمهور ، وتخرج عند مالك على إنها وصية فتجوز . وهناك صورة أخرى للرقبي : يكون لزيد دار ولبكر دار ، فيشفقان على أن الدارين يكونان ملك من يعيش بعد الآخر ، ويغلب أن يكون ذلك بين الزوجين . وهذه الصورة باطلة عند الجميع – حتى عند مالك – لما فيها من الغرر . أنظر في العمري والرقبي البدائع 6 ص 116 – ص 117 – الخرشي 7 ص 111 – ص 112 – المهذب 1 ص 448 – المفتي 5 ص 624 – ص 628 – وانظر المادة 504 من قانون الأحوال الشخصية لقدي باشا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكليف الصحيح الواضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والضرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها ، فلا وجود له فهي . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن فيغير موطنه المشروع هو فيه ما دام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون .

بل هو من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً (نقض مدني 14 يونيو سنة 1934 مجموعة عمر 1 رقم 199 ص 449) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم بأن الرقبى باطلة (25 مارس سنة 1931 م 43 ص 312) ، وفي حكم آخر بأنها وصية مستترة فيكون لها حكم الوصية ، وهذا هو مذهب مالكي (5 مارس سنة 1935 م 47 ص 183) .

([4]) استئناف مختلط 14 يناير سنة 1930 م 42 ص 186 – ولكنه يستطيع أن يهب مالا في الحال ويؤجل تسليمه إلى ما بعد وته . فثبت للموهوب له في الموهوب حق الملك في الحال (أوبرى ورو وغسمان 10 فقرة 647 ص 411 – وبودري وكولان 10 فقرة 23 . أما إذا وهب شخص آخر مالا على إلا يثبت للموهوب له ملك في الموهوب إلا بعد موت الواهب – وهذه هي الهبة لما بعد الموت – فإن هذه الهبة تكون باطلة كما قدمنا . ولكني صح أن تتحول ، وفقاً لقواعد تحول التصرفات الباطلة ، إلى وصية صحيحة ، فيجوز للمتصرف الرجوع فيها حال حياته ، ولا تنفذ إلا في ثلث التركة (قارب استئناف مختلط 5 مارس سنة 1935 م 47 ص 183 – وقارن الأستاذ أكنم الخولي فقرة 54) .

([5]) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 244 – ومن اخص خصائص الوصية أنها لا تجوز بغير إجازة الورثة إلا في ثلث التركة . أما الهبة فتجوز في كل أمال ، ولكن على أن يتجرد الواهب عن ماله حال حياته ، وهذا هو الذي يثنيه عادة عن الهبة .

تعريف عقد الهبة ومقوماته

1- التعريف بعقد الهبة ومقومات هذا العقد – نصوص قانونية :

أوردت المادة 486 من التقنين المدني تعريفاً لعقد الهبة في العبارات الآتية :

1 - " الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض " .

2 - ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين " ([1]) .

ولا مقابل لهذا : النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان معمولا به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري المادة 454 - وفي التقنين المدني الليبي المادة 475 - وفي التقنين المدني العراقي المادة 601 - وفي تقنين الموجبات والعقود والعقود اللبنانية المواد 504 إلى 506 ([2]) .
ويخلص من هذا التعريف أن للهبة مقومات أربعة :

1 - فالهبة عقد ما بين الأحياء (Contrat entre vie) .

2 - بموجبه يتصرف الواهب في ماله (transmission de valeur) .

3 - دون عوض (absence de contrepartie) .

4 - نية التبرع (intention libérale) .

ويمكن القول ، من النظر في هذه المقومات ، إن عقد الهبة يتكون من عنصرين :

(أ) عنصر مادي (élément matériel) :

وهو تصرف الواهب في ماله دون عوض (المقومان الثاني والثالث) .

(ب) وعنصر معنوي أو قصدي (élément intentionnel) :

وهو نية التبرع (المقومات الرابع) .

ونتناول بالتحليل كلا من هذه المقومات الأربعة .

([1]) تاريخ النص :

ورد هذا النص في المادة 659 من المشروع التمهيدي على وجه موافق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ويكون من شأن هذا التصرف أن يثري الموهوب له " . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة " لعدم ضرورتها " ، وأصبحت المادة رقمها 513 في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم 486 (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 243 - ص 245) .

([2]) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م 454 (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م 475 (مطابق) .

التقنين المدني العراقي :

م 601 : 1 – الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض . 2 – والصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب ، وهي في أحكامها كالهبة إلا فيما ورد فيه نص خاص . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري – أنظر الأستاذ حسن الذنون في أن الهبة في التقنين العراقي عقد لا إرادة منفردة فقرة 6) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني :

م 504 – الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر عن : أمواله أو عن بعضها بلا مقابل .

م 505 : إن الهبات التي تنتج مفعولها بوفاة الراهب تعد من قبيل الأعمال الصادرة عن مشيئة المرء الأخيرة ، وتخضع لقواعد الأحوال الشخصية المختصة بالميراث .

م 506 : إن الهبات التي تنتج مفاعليها بين الأحياء تخضع للقواعد العامة المختصة بالعقود والموجبات ، مع مراعاة الأحكام المخالفة المذكورة في هذا الكتاب . أنظر أيضاً م 169 .

(والحكم لا يختلف عن حكم التقنين المصري) .

الوسيط_جزء 5_تعريف هبة

الرئيسية الوسيط_جزء 6_إيجار تعريف;

تعريف الإيجار

تعريف الإيجار

1- التعريف بالإيجار – نص قانوني :

أوردت المادة 558 من التقنين المدني تعريفا لعقد الإيجار على الوجه الآتي :
"الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم

Savefrom civil-law-ar.blogspot.comالمشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المبررات تتصل بالنظام العام . فإيراد نصوص على هذا النحو يصبح إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . نذكر للتمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الحقوق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، ، وغير ذلك كثيرMostafa MohamedLaws-Arabic1

([1]) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة 445/362 ([2]) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري م526 – وفي التقنين المدني الليبي م557 – وفي التقنين المدني العراقي م722- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م533 ([3]) .

([1]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 754 من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم 586 في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم 558 (مجموعة الأعمال التحضيرية 4 ص 469-470) .

([2]) التقنين المدني القديم م 445/362 : إجارة الأشياء عقد يلتزم به المؤجر انتفاع المستأجر بمنافع الشيء المؤجر ومرافقه مرة معينة بأجرة معينة . (وسنرى أن هذا التعريف يختلف عن تعريف التقنين المدني الجديد في أنه يجعل التزام المؤجر يصطبغ بصبغة سلبية) .

([3]) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م 526 (مطابق) . «هو العقد الذي يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكّن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم»

التقنين المدني الليبي م 557 (مطابق) . «هو العقد الذي يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكّن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم»

التقنين المدني العراقي م 722 : الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة . وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور . (ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي بدأ التعريف بالجري على نهج الفقه الإسلامي . ثم استدرك بعد ذلك ، حول التزام المؤجر من التزام سلبي كما هو في الفقه الإسلامي إلى التزام إيجابي كما أصبح في التقنيات الحديثة : عباس حسن الصراف فقرة 657) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م 533 : إيجار الأشياء عقد يلتزم به المرء أن يولي شخصاً آخر الانتفاع بشيء ثابت أو منقول أو بحق ما لمدة معينة مقابل بدل يلتزم به هذا الشخص أدائه إليه - والإيجار على إطلاقه هو إيجار العقارات التي لا تثمر طبيعية وإيجار منقولات المادية أو الحقوق . أما الإيجار الزراعي فهو إيجار الأراضي الزراعية . (وتعريف التقنين اللبناني يتفق مع تعريف التقنين المصري ، ويضيف التمييز ما بين الإيجار المطلق والإيجار الزراعي) .

الوسيط_ جزء 6 , إيجار , تعاريف

الوسيط_ جزء 7 تعاريف مقابلة

تعريف عقد المقابلة وخصائصه

تعريف عقد المقابلة وخصائصه

أوردت المادة 646 من التقنين المدني تعريفاً لعقد المقابلة على الوجه الآتي :

"المقابلة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" ومن هذا التعريف يكون لعقد المقابلة الخصائص الآتية:

عقد رضائي غير شكلي
عقد ملزم للجانبين
من عقود المعاوضة
يقع التراضي فيه على عنصرين: أحدهما الشيء المطلوب أو العمل المطلوب من المفاوض وثنائهما الأجر الذي يتعهد به رب العمل.
ينفصل عقد المقاول عن عقدين هما الإيجار والعمل.

1- التعريف بعقد المقاول وخصائص هذا العقد - نص قانوني :

أوردت المادة 646 من التقنين المدني تعريفاً لعقد المقاول على الوجه الآتي :

"المقاول عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأجر" [1] .

ويخلص من هذا التعريف أن لعقد المقاول خصائص نجمل أهمها فيما يأتي :

1- عقد المقاول عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين [2] ، وهو عقد ملزم للجانبين ، ومن عقود المعاوضة .

2- يقع التراضي في عقد المقاول على عنصرين اثنين :
الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المفاوض وهو أحد المتعاقدين ، والأجر الذي يتعهد به ب العمل وهو المتعاقد الآخر .

3- انفصل عقد المقاول بهذا التعريف عن عقدين آخرين كانا مختلطين به في التقنين المدني القديم ، ولا يزالان مختلطين به في التقنين المدني الفرنسي ، به في التقنين المدني القديم ، ولا يزالان مختلطين به في التقنين المدني القديم يجمع بين هذه وهما عقد الإيجار وعقد العمل .
فقد كان التقنين المدني القديم يجمع بين هذه العقود الثلاثة تحت اسم "الإيجار" ، ثم يسمى عقد الإيجار بإجارة الأشياء ، وعقد العمل بإجارة الأشخاص ، وعقد المقاول بإجارة أرباب الصنائع .

ويرجع ذلك إلى عهد القانون الروماني ، إذ عرف هذا القانون عقد الإيجار على وجهين :

الأول: باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بالشيء وسماه عقد إيجار الأشياء (Location rerum) ، والثاني باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان الحر وسماه عقد إيجار العمل (Loctatio operarum, operis faciendi) . وقد شبه القانون الروماني في ذلك عمل الإنسان بالمتاع من حيث إمكان الانتفاع به .

واستند أنصار المذهب الفردي إلى وجهة النظر هذه في اعتبارهم العمل سلعة تباع في الأسواق ، ويتحدد سعرها طبقاً لقانون العرض والطلب . ولم يرق تشبيه العمل بالسلعة في نظر أنصار المذهب الاشتراكي ، فنادوا بأن العمل ليس بسلعة ، واستتبع هذا التغيير في الفكرة الاقتصادية تعديلاً في الفكرة القانونية ، فصلت التقنيات الحديثة هذه العقود ونظم عقد الإيجار في الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، ونظم عقدي المقاوله والعمل في الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل[3] .

فانفصل بذلك عقد المقاوله عن عقد الإيجار من جهة ، وعن عقد العمل من جهة أخرى . وانفصاله عن عقد الإيجار أمر بديهي ، فالإيجار عقد يرد على منفعة الشيء ، أما المقاوله فعقد يرد على العمل . وكذلك يجب أن ينفصل عقد العمل الذي يرد على العمل في ذاته أما المقاوله فتد على العمل باعتبار نتيجته ، وسنرى وجه التمييز بين العقدين فيما يلي .

2- تمييز عقد المقاوله عن العقود الأخرى

والخصائص التي ذكرناها لعقد المقاوله تجعل هذا العقد يتميز عن سائر العقود . فكونه يرد على العمل يجعله يتميز عن الإيجار الذي يرد على منفعة الشيء كما قدمنا . وكونه يرد على العمل باعتبار نتيجته يجعله يتميز عن عقد العمل الذي يرد على العمل في ذاته عن عقد الوكالة الذي يرد على تصرف قانوني . وقد يكون هذا العمل المادى هو صنع شيء كما رأينا، فحمل المقاوله هنا هو صنع الشيء لا نقل ملكيته ، وبهذا تتميز المقاوله عن البيع .

ومع ذلك قد يلتبس عقد المقاوله بهذه العقود ذاتها ، أو بعقود أخرى ، فيدق التمييز ، كما نرى فيما يلي .

- تمييز المقاوله عن الإيجار

- تمييز المقاوله عن عقد العمل

الوسيط_ جزء 7_ مقاوله

تمييز المقاوله عن عقد العمل

تمييز المقاوله عن عقد العمل

في نطاق التفرقة والتمييز بين المقاوله وعقد العمل يشرح أستاذنا #السنهوري رحمه الله في الوسيط ج 7 الفروق ما بين المقاوله وعقد العمل إذا كان كل من العقدين يرد على العمل إلا أن القواعد التي يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التي يخضع لها العقد الآخر ، وبخاصة في تحمل التبعية حيث يتحملها المقاول على التفصيل الذي سنبينه ولا يتحملها العامل ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر وضماناته وإصابات العمل والفصل التعسفي وما إلى ذلك مما هو مذكور في عقد العمل الفردي ، وهذه التشريعات تسرى على العامل دون المقاول "

4-تمييز المقاولة عن عقد العمل:

ومن المهم التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل. فإنه إذا كان كل من العقدين يرد على العمل إلا أن القواعد التي يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التي يخضع لها العقد الآخر ، وبخاصة في تحمل التبعة حيث يتحملها المقاول على التفصيل الذي سنبينه ولا يتحملها العامل ، وفي الخضوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها سنبينه ولا يتحملها العامل ، وفي الخضوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر وضماناته وإصابات العمل والفصل التعسفي وما إلى ذلك مما هو مذكور في عقد العمل الفردي ، وهذه التشريعات تسرى على العامل دون المقاول([1]).

وقد ذهب رأي قديم ([2]) إلى أن معيار التفرقة بين المقاولة وعقد العمل هو الطريقة التي يقدر الأجر على أساسها؛ فإن قدر الأجر بحسب الوقت – كل يوم أو كل أبوع أو كل شهر أو بحب اية وحدة أخرى من الزمن – كان العقد عقد عمل . وإن قدر الأجر لا بحب الوقت بل بحسب كمية الإنتاج كان العقد مقاولة. فيكون مقاولة العقد الذي يبرم مع الصانع على أن يأخذ أجره بحب ما ينتجه من العمل ، نجاراً كان الصانع أو حداداً أو نقاشاً أو سباكاً أو غير ذلك . ويكون مقاولة العقد الذي يبرم مع مقاول البناء على أن يأخذ أجره مقدراً إجمالاً أو مقدراً بمقتضى مقايضة على اساس الوحدة . فيكون الأجر في المقاولة بحسب أهمية العمل الذي أنتجه المقاول لا بحسب مقدار الوقت الذي أنفقه في الإنتاج .

وبهذا المعيار أخذ تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، حيث ينص في المادة 624 / 2 منه على أن "عقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل"([3]).

ويعيب هذا الرأي أنه يجعل معيار التمييز بين المقاولة وعقد العمل يقوم على أمر غير جوهري ، فليس هناك فرق أساسي بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت (*salaire proportionnel au temps*) وآخر يأخذه بحسب القطعة (*salaire auxpièces, salaire a la tâche*) ، فكلاهما أجير عند رب العمل يخضع لإدارته وإشرافه ، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذل من جهد ، وإن كان لإدارته وإشرافه ، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذل من جهد ، وإن كان هذا الجهد يقاس في الحالة الأولى بمقياس مقدار الوقت وفي الحالة الثانية بمقياس كمية الإنتاج . والفرق بين المقياسين لا يرجع إلى خلاف في طبيعة المقياس ، وإنما أراد رب العمل في جعله الأجر بحسب كمية الإنتاج أن يأمن تكاسل العامل وتراخيه في العمل ، فهو عندما يأجره بحسب القطعة إنما يأجره في الواقع من الأمر بحب الوقت الذي يقضيه العالم العادي في إنتاج هذه القطعة ، فإن تراخي العامل المأجور فعليه مغبة تراخيه وإن نشط أفاد من نشاطه([4]).

إذن المعيار القائم على اساس مقدار الوقت أو كمية الإنتاج لا يصلح أن يكون معياراً دقيقاً للتمييز بين المقاولة وعقد العمل . والرأي الحديث([5])، الذي يجري عليه أكثر القضاء الفرنسي([6]) ويناصره طائفة كبيرة من الفقهاء ([7])، يأخذ بمعيار آخر هو خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه . فالذي يميز المقاولة عن عقد العمل هو أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ([8])، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ولا يكون هذا الأخير مسئولاً عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع. أما في عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، سواء كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت

أو بمقياس كمية الإنتاج، ولا يعمل مستقلاً عن رب العمل بل يلتقي تعليماته وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما، ومن ثم يعتبر العامل تابعاً لرب العمل ويكون هذا الأخير مسؤولاً عنه مسؤولية المتبوع عن التابع . ومن هذا نرى أن المقاول يدفع ثمن استقلاله عن رب العمل، إذ لا يتمتع بالمزايا الكثيرة التي يمنحها القانون للعامل والتي هي نتيجة تبعية العامل لرب العمل ([9]).

وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يكون كل من النقاش والنجار والحداد والسباك ومن إليهم مقولاً ، غذا هو تعاقد مع صاحب العمل على صنع شيء معين يقوم بصنعه مستقلاً عن رب العمل ، لا يخضع لإشرافه ولا يتلقى منه تعليمات غير ما هو مذكور في العقد ، وذلك سواء كان يؤجر بحسب كمية الإنتاج كما هو الغالب أو بحسب مقدار الوقت . ويكون كل من هؤلاء عاملاً لا مقولاً ، إذا قام بعمله بإشراف رب العمل وتحت إدارته ، يتلقى منه التعليمات ويقوم بتنفيذها ، وذلك سواء كان يؤجر بحسب مقدار الوقت كما هو الغالب أو بحسب كمية الإنتاج . ويكون العقد المبرم بين صاحب الملعب والفنانين الذين يتعاقدون معه عقد عمل لا عقد مقاول ، لأن الفنانين مهما كان الأمر في استقلالهم الفني يتلقون تعليمات صاحب الملعب في عملهم وعليهم أن ينفذوها ، وهم يعملون بوجه عام تحت إدارته وإشرافه ([10]). وكذلك العقد المبرم بين صاحب الجريدة والصحفي الذي يعمل فيها هو عقد عمل ، مادام الصحفي يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه . أما إذا تعاقد شخص مع صاحب الجريدة على أن يكتب له مقالا في موضوع معين لقاء أجر معلوم ، فالعقد مقاول ، لأن الكاتب لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه ، حتى لو تعود الكاتب أن يوالى الجريدة بالمقالات في مواعيد منتظمة مادام لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة . والطوافون والممثلون التجاريون والجوالون و مندوبو شركات التأمين ومن يسمون بالمنتجين في هذه الشركات وغيرهم من الوسطاء يرتبطون مع رب العمل بعقد عمل لا بعقد مقاول ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال مادام هؤلاء الوسطاء تابعين لرب العمل وخاضعين لرقابته .

وقد أخذ التقنين المدني الحالي بهذا المعيار الأخير.

فهو في تعريفه لعقد المقاول (م 646 مدني) لا يذكر شيئاً عن الطريقة التي يؤجر بها المقاول ، بل يقتصر على القول بأن المقاول يعمل "لقاء أجر بتعهد به المتعاقد الآخر" .

فإذا انتقل بعد ذلك إلى عقد العمل ، يعرفه في المادة 674 مدني على الوجه الآتي : "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يمل في خدمة المتعاقد الآخر ، وتحت إدارته أو إشرافه ، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" .

فهو لا يذكر هنا أيضاً شيئاً عن الطريقة التي يؤجر بها العامل غذا لا اثر لها في تكييف العقد ، وإنما يذكر في صراحة أن العامل يعمل تحت إدارة رب العمل أو إشرافه . فمعيار الخضوع لإدارة رب العمل وإشرافه هو إذن المعيار الذي اخذ به التقنين المدني الجديد في التمييز ما بين المقاول وعقد العمل . وقد طبق هذا المعيار تطبيقاً واضحاً في الفقرة الأولى من المادة 676 مدني ، إذ يقول : "ترى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم" ([11]).

تمييز المقاول عن العقود الأخرى

تمييز المقاول

[1] [^] هذا إلى أن رب العمل يكون مسؤولاً عن العامل مسؤولية المتبوع عن التابع ، ولا يكون مسؤولاً هذه المسؤولية عن المقاول . وقد قضت محكمة النقض بأن مسؤولية المخدوم عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد

اختباره ، بل هي في الواقع قوامها صلة التبعية التي تجعل للمخدوم أن يسيطر على أعمال التابع ويسيره كيف يشاء بما يصدره غليه من الأوامر والتعليمات . وإذن فمالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذي استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه في إجراء هذا العمل (نقض مدني 14 ديسمبر سنة 1939 مجموعة عمر 3 رقم 13 ص 25) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه غذا أس الحكم مسئولية الحكومة على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ في عملية المقاولة ، وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذي وقع ، وهل الإشراف قد تجاوز التنفيذ في حد ذاته واحترام شروط المقاولة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلاً فعلياً في تنفيذ عملية المقاولة بتسييرها المقاول كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصراً عن إبداء البيانات الكافية لقيام المسئولية (نقض مدني 17 أبريل سنة 1941 مجموعة عمر 3 رقم 112 ص 340) .

والامتياز الذي يضمن أجر العامل غير الامتياز الذي يضمن أجر المقاول أو المهندس ولا قيوم إلا في مقاولات البناء .

والضريبة على كسب العمل أقل من الضريبة على أرباح المقاول (وهي ضريبة الأرباح الصناعية والتجارية)

انظر في النتائج المختلفة التي تترتب على تكليف العقد بأنه مقولة أو عقد عمل : بودري وقال 2 فقرة 3864 – بلانيول ورببير ورواست 11 فقرة 786 – كولان وكابيتان ودي لامورانديير 2 فقرة 1083 – محمد لبيب شنب فقرة 18 ص 25 هامش 2 .

[2] ^ توليبه 19 فقرة 280 – ديرانتون 17 فقرة 27 – بلانيول 2 الطبعة الحادية عشرة فقرة 1827 وفقرة 1899 – سيرفيل (Survills) 2 فقرة 1112 .

[3] ^ وانظر في هذا المعنى نقض فرنسي 28 يويه سنة 1924 سريه 1925 – 1 283 .

[4] ^) انظر في هذا المعنى بلانيو ورببير ورواست 11 فقرة 770 – روات وديران الموجز فقرة 264 – مارتيني في فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة 1912- هذا إلى أن العامل قد يساهم في أرباح رب العمل فيكون جزء من أجره بحسب أهمية العمل الذي أنتجه ، ويبقى العقد مع ذلك عقد عمل (بودري وقال 2 فقرة 3865 – أنسيكوبيدي داللو 3 لفظ louage d'ouvrage et d'industrie فقرة 5) . وعلى العكس من ذلك يكون العقد مقولة ما دام المقاول لا يعمل تحت إشراف رب العمل وتوجيهه ، حتى لو كان أجره مقدراً باليوم فحسب هذا الأجر بمقادير الأيام التي قضائها في إنجاز العمل (أنسيكوبيدي داللو 3 لفظ louage d'ouvrage et d'industrie فقرة 7 ويشير إلى حكم محكمة Albi الابتدائية 20 يوليه سنة 1949 داللو 1950 القسم الموجز 22) .

[5] ^ انظر في رأي آخر يذهب إلى أن المعيار يقوم على أساس أن عقد العمل يكون حيث يرتبط العامل برب عمل محترف (employeur professionnel) وانتقاد هذا الرأي : بلانيول ورببير ورواست 11 فقرة 771 .

[6] ^ نقض فرنسي 27 يناير سنة 1851 داللو 1-51-166-9 أغسطس سنة 1902 داللو 1-1902-579-14-مارس سنة 1903 سريه 1903 – 1 – 471 – 7 نوفمبر سنة 1904 سريه 1907 – 1 – 411 – 8 يناير سنة 1907 داللو 1909 – 1 – 423 – 6 مارس سنة 1907 سريه 1911 – 1 – 277 – 30 ديسمبر

سنة 1908 دالوز 1911 - 1 - 35 - 18 أكتوبر سنة 1910 دالوز 1911 - 1 - 443 - 29 يونيو سنة
1922 دالوز 1922 - 1 - 125 - 12 نوفمبر سنة 1924 دالوز الأسبوعي 1924 - 715 - 24 أبريل
سنة 1925 دالوز 1927 - 1 - 141 - 7 فبراير سنة 1927 دالوز 1927 - 1 - 184 - 19 يويه سنة
1929 دالوز الأسبوعي 1929 - 473 - 22 يونيو سنة 1932 دالوز 1933 - 1 - 145 - 19 مارس سنة
1938 دالوز الأسبوعي 1938 - 289 .

[7] ^ بودري وفال 2فقرة 1638 وفقرة 3865 - بيدان 12فقرة 19 - فقرة 20 - بيك الطبعة السادس فقرة
870 - بلانيول ورببير ورواست 11 فقرة 772 وفقرة 907 - رواست وديران الموجز فقرة 266 - أوبرى
ورو وإسمان 5فقرة 374 - 1هامش 1 - 2 - مارتيني في فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة 1912 -
باج 4فقرة 772 وفقرة 907 - يلانيول ورببير وبلانجيه 2فقرة 2991 - كولان وكابيتان ودي لامور انديبير
2فقرة 1084 - جوسران 2فقرة 1312 - مازو فقرة 1332 ص 1100 - انسيكلوبيدي دالوز 3
لفظ . Louage d'ouv. Et d'ind. فقرة 4 - محمد حلمي مراد في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية طبعة
رابعة فقرة 205 226 - محمد جمال الدين زكي في قانون العمل سنة 1960 فقرة 71 ص 112 - ص 113 -
أكثم أمين الخوي في قانون العمل سنة 1957 فقرة 86 ص 136 - إسماعيل غانم في قانون العم سنة 1961
فقرة 62 ص 120 - محمد لبيب شنب فقرة 19 - فقرة 20 .

[8] ^ وبمعيار التبعية أخذت محكمة النقض ، فقد قضت بأن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل
لرب العمل وتقاضيه أجرًا على عمله ، وذلك وفقاً لمؤدى المادة 674 من القانون المدني والمادة الأولى من
المرسوم بقانون رقم 317 سنة 1952 (نقض مدني 4 أبريل سنة 1957 مجموعة أحكام النقض 8 رقم 36
ص 370) . وانظر أيضاً استئناف مختلط 4فبراير سنة 1937 م 49 ص 95 .

[9] ^ وقد قضى بأنه لتعرف الصلة الحقيقية للمقاول يجب فحص عقد الاتفاق بينه وبين صاحب المبنى وتحقيق
الصفة التي اتخذها في هذا العقد ، وهي صفة المقاول أم الأجير العادي (مصر الوطنية 13 يناير سنة 1936
المجموعة الرسمية 37 رقم 165) .

[10] ^ وقد قضى بأن صلة التبعية بين الممثل ومن تعاقد معه ، وإن كنت تبعية تنظيمية ، فهي كافية لقيام عقد
العمل . وسند هذا أنه إذا وقع الفنان من الناحية الفنية تحت إدارة المتعاقد الآخر ورقابته ، بأن حدد له هذا
الأخير على نحو دقيق الدور المطلوب منه أو استأثر دونه بكيفية تحقيقه أو أرشده إلى الوجه الصحيح للقيام به ،
وذلك بتلقيه التوجيهات في زمان العمل ومكانه ومدته والملابس الخاصة به ، مهما كانت العبقرية الشخصية
التي يظهرها الفنان أثناء العرض أو الحفل ، فبذلك تقوم التبعية التنظيمية والفنية بين العاقدين ، وهي ما تكني
لقيام عقد العمل (محكمة شؤون العمال الجزئية بالقاهرة 23 أكتوبر سنة 1957 المحاماة 38 رقم 176 ص 399
). (

[11] ^ هذا إلى أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني كان يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، فكانت المادة
933 من هذا المشروع تنص على ما يأتي : " يتميز عقد العمل من عقد المقاول بأنه يخول رب العمل حق
توجيه ما يؤدي له من خدمات ، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات " . وقد حذف هذا
النص في لجنة المراجعة ، والظاهر أن حذفه يرجع إلى أن تطبيق القواعد العامة تغنى عنه . وقد ورد في
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : " يعرض هذا النص لكيفية التمييز بين
عقدي العمل والمقاول ، فيجعل معيار التفرقة مرتبباً بمدى الحق لرب العمل في توجيه ما يؤدي له من خدمات

، أو على الأقل حقه في الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات . وهذا المعيار ثابت من مراجعة القضاء الدولي، فهو معمول به في إنجلترا منذ حكم القاضي Crompton في قضية Sadler V. Henloc . وقد حدده القاضي Fleteher Moulton فقال: إن الأمر يتعلق بظروف كل حالة ، على أنه كلما كان حق الرقابة المقرر لرب العمل قوياً فعلاً ، غلبت على العلاقة القانونية صفة عقد العمل (راجع مجموعة أحكام القضاء الدولي في العمل سنة 1929 إنجلترا ن 24) . والقضاء الألماني يجرى أيضاً على هذا المعيار ، ويعتبر العقد عقد عمل كلما كانت هناك علاقة تبعية بين رب العمل والعامل (مجموعة القضاء الدولي في العمل سنة 1927 ألمانيا ن 2و 3 – سنة 1929 ألمانيا ن 5 – سنة 1931 ألمانيا ن 16) ، وكذلك القاء الفرنسي (مجموعة القضاء الدولي في العمل سنة 1932 الولايات المتحدة ن 17) ، وقضاء الولايات المتحدة (مجموعة القضاء الدولي في العمل سنة 1932 الولايات المتحدة ن 22) ، والقضاء الإيطالي (مجموعة أحكام القضاء الدولي في العمل سنة 1928 إيطاليا ن 10 – سنة 1929 إيطاليا ن 20 – سنة 1930 إيطاليا ن 27 – سنة 1932 إيطاليا ن 26 – سنة 1933 إيطاليا ن 43) . وقد قرر التقنين السويسري أساساً آخر للتمييز بين العقدين، فذكر في المادة 2/319 أنه يعتبر العقد عقد عمل إذا لم يدفع الأجر بالساعة أو باليوم بل تبعاً للعمل من المعيار الوارد استخدم لمدة ما محددة أو غير محددة . وقد يكون هذا المعيار أكثر تحديداً من المعيار الوارد بالمادة ، لكنه في الواقع لا يعبر عن المميز الحقيقي بين العقدين " (مجموعة الأعمال التحضيرية 5 ص 105 – ص 107 في الهامش) .

الوسيط_ جزء 7_ مقالة

- تمييز المقالة عن الوكالة

تمييز المقالة عن الوكالة

5- تمييز المقالة عن الوكالة:

تتفق المقالة والوكالة في أن كلا منهما عقد يرد على العمل ، وهذا العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير ولكنهما يختلفان في أن العمل في عقد المقالة هو عمل مادي (acte matériel) ، أما العمل في عقد الوكالة في تصرف قانوني (acte juridique) . ويستتبع ذلك أن المقاول وهو يؤدي العمل المادي لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنما يعمل استقلالاً ، أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائباً عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل .

وللتمييز بين المقالة والوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتي :

- (1) المقالة تكون دائماً مأجورة ، ومتى عين الأجر لا يملك القاضي كقاعدة عامة تعديله . أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة ، والأصل فيها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح أو ضمني يقضي بأن يكون للوكيل أجر ، وغذا كانت الوكالة مأجورة كان الأجر خاضعاً لتقدير القاضي (م 709 مدني) .
- (2) لما كان المقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل ، فهو لا يخضع لإشرافه ولا يكون تابعاً له ، ومن ثم لا يكون رب العمل مسئولاً عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع . أما الوكيل فيعمل ي كثير من الأحيان بإشراف الموكل ، وفي هذه الحالة يكون تابعاً له ويكون الموكل مسولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع .
- (3) لما كان المقاول لا ينوب عن رب العمل ، فإن التصرفات التي يجريها لا ينصرف أثرها على رب العمل ، وغذا كان هذا الأخير مسئولاً مباشرة نحو من يتعاقد معهم المقاول من عمال ومقاولين من الباطن فإن هذه المسئولية لا تتجاوز القدر الذي يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى (م 662 مدني) .

أما الوكيل فلأنه ينوب عن الموكل ، فإنه يلزمه بتصرفاته ، وينصرف أثر هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل ، ولا شيء منها ينصرف إلى الوكيل .

(4) المقاول مضارب ، وهو معرض للمكسب والخسارة ، وغذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك ، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر . أما الوكيل فإنه لا يضارب ولا يعرض نفسه لمكسب أو خسارة ، فهو إما أن يقوم بعمله تبرعاً وإما أن يأخذ أجرًا مناسباً للعمل ، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فقد قضت المادة 711 مدني بأن "يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً"([1]).

(5) المقاول في الأصل عقد لازم ، أما الوكالة فهي في الأصل عقد غير لازم ويجوز عزل الوكيل أو تنحيه في أي وقت .

(6) لا تنتهي المقولة بموت رب العمل أو بموت المقاول غلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار ، وتنتهي الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل([2]).

وقد تلتبس المقولة بالوكالة ، وبخاصة في العقود التي تبرم مع أصحاب المهن الحرة ، كالطبيب والمحامي والأستاذ والمحاسب والمهندس . وقد جرى القضاء الفرنسي منذ عهد بعيد على اعتبار هذه العقود عقود وكالة ، لا عقود مقولة أو عقود عمل . ذلك أن المقولة وعقد العمل يوصفان في القانون الفرنسي كما قدمنا بأنهما عقدًا إيجار للعمل ، فأراد القضاء الفرنسي أن يرتفع بأصحاب هذه المهن الحرة عن أن يكونوا أجراء لأصحاب العمل ، وأراد أن يجعلهم وكلاء عنهم فيكون العقد الذي يربط صاحب المهنة الحرة برب العمل عقد وكالة لا عقد مقولة ([3]).

ولكن هذه النظرة خاطئة ، فالأعمال التي يقوم بها أصحاب هذه المهن الحرة هي أعمال مادية في مجموعها لا تصرفات قانونية ، إذ أن علاج الطبيب للمريض ودفاع المحامي عن الخصم وتعليم الأستاذ تلاميذه ووضع المهندس المعماري للتصميمات والرسوم والمقاييسات ، وكل هذه أعمال مادية ، وإذا تميزت بشيء فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها متغلبة . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالا مادية لا تصرفات قانونية ، وأن أصحابها إذ يقومون بها لمصلحة الغير إنما يربطهم بالغير عقد مقولة أو عقد عمل لا عقد وكالة . ولا يحط من مقام أصحاب هذه المهن الحرة أن يكونوا مأجورين ، لا سيما بعد أن تميز عقد المقولة وعقد العمل عن عقد الإيجار بتسميتين خاصتين بهما ، فلم يعودا عقدي إيجار للعمل كما كان يطلق عليهما في الماضي . وقد يدخل في عمل صاحب المهنة الحرة ، لا سيما المحامي والمهندس المعماري ، بعض تصرفات قانونية ، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بهذه التصرفات ومقولة فيما يتعلق بالأعمال المادية . وإذا تعذر تطبيق أحكام الوكالة وأحكام المقولة في وقت معاً ، نظر إلى العنصر الغالب ، فقد يكون عنصر الأعمال المادية فتطبق أحكام المقولة ، أو يكون عنصر التصرفات القانونية فتطبق أحكام الوكالة .

تمييز المقولة عن العقود الأخرى

تمييز المقولة عن الإيجار

[1] ⁸ ويترتب على ذلك أن المقاول يتحمل تبعه استحالة تنفيذ العمل بسبب أجنبي ، وغذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة عليه إذا كان هو الذي وردها (م 1/665 مدني) . أما الوكيل فلا يتحمل هذه التبعة ، وعلى الموكل أن يرد إليه ما أنفقه في تنفيذ الوكالة للتنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق وأن يعطيه الأجر الذي يستحقه مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة ، حتى لو لم يحقق الغرض المقصود منها (م 710 مدني) .

[2] ⁸ انظر في هذه الفروق بلانيول وريبير ورواست 1 فقرة 111 – ويضيفون الفرق الآتي : المقابلة تضيء على المقول صفة التاجر ، أما الوكالة فلا تضيء هذه الصفة على الوكيل . وهذا يرجع إلى ما قدمناه من أن المقول مضارب ، والمضاربة من خصائص التجارة .

وهناك فروق أخرى أقل أهمية منها : (أ) إذا تعدد الوكلاء فانوا مسئولين بالتضامن (م 1/707 مدني) ، أما إذا تعدد المقاولون فلا يكونون مسئولين بالتضامن غلا إذا اتفق على ذلك . (ب) إذا تعدد الموكلون كانوا متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة (م 712 مدني 9 ، أما إذا تعدد أرباب العمل فلا يكونون متضامنين قبل المقول إلا باتفاق خاص . (ج) للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م 708 / 3 مدني) ، أما رب العمل والمقاول من الباطن فلا رجوع لأحد منهما مباشرة على النخر فيما عدا أن المقول من الباطن له الرجوع مباشرة على رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون به رب العمل مديئاً للمقاول الأصلي (م 662 / 1 مدني) – انظر في ذلك بودرى وفال في الوكالة فقرة 400 – كولان وكابيتان ودي لامورانديير 2 فقرة 1086 – محمد لبيب شنب فقرة 24 ص 32 هامش 1 .

[3] ⁸ ويرجع الأمر في ذلك إلى تقاليد القانون الروماني ، فهذا القانون كان يفرق بين الأعمال اليدوية ويعتبرها أعمالاً حقيرة لا يزاولها غلا الأرقاء أو الأجراء الذين يرتبطون بعقد إجارة الأشخاص مع من يستأجر عملهم ، وبين الأعمال العقلية وهذه لا تكون محلاً لإجارة أشخاص بل محلاً للوكالة رفعاً لشأنها ولشأن من يقوم بها عن أن يكون أجيئراً ، وكانت الوكالة في القانون الروماني لا تقتصر على التصرفات القانونية بل تمتد إلى الأعمال المادية . وترتب على ذلك أن صاحب المهنة الحرة في القانون الروماني لم يكن من حقه أن يتقاضى أجراً ملزماً ، شأنه في ذلك شأن الوكيل . ولكن القانون الرماني لم يثبت على هذا النهج ، وانتهى الأمر بالتحليل على أحكامه بالتسليم صاحب المهنة الحرة أن يطالب بأتعاب عن عمله عن طريق دعوى غير عادية (perseantio extraorainario) لا عن طريق دعوى الوكالة (جبرار سنة 1924 ص 612 وما بعدها - مونيه سنة 1948 2 فقرة 31 وما بعدها ص 174) . وقد تأثر الفقه الفرنسي في نهاية القرن الماضي بالتقاليد الرومانية ، فذهب بعض الفقهاء (أوبرى ورو الطبعة الخامسة 4 فقرة 371 مكررة ص 388 – جيوار 2 فقرة 696 ص 260) إلى أن الأعمال العقلية من أدبية وفنية وعلمية لا يمكن أن تكون محلاً لتعاقد ملزم ، فلا يكون الطبيب أو المحامي ملزماً قبل عملية ، كما لا يجبر العميل على دفع الأجر للطبيب أو المامي ، وذلك حتى لا يوضع العمل العقلي في مستوى العمل اليدوي ولا ينحط العلم ليكون وسيلة للتجارة .

ولكن هذا الرأي يصطدم مع الواقع ، فأصحاب المهن الحرة يعيشون من مهنتهم وما يكون من أجور في ممارستها ، ولا يحط من مكانة صاحب المهنة الحرة أن يؤجر على عمله . وقد اصبح الآن من المسلم أن التعاقد مع صاحب المهنة الحرة تعاقد ملزم للطرفين . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، فيعتبر التعاقد مع أصحاب المهن الحرة تعاقدًا مرزماً ويعتبر أصحاب هذه المهن مقاولين ، فكانت المادة 887 / 2 من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : "وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسي المعمار أو مع أحد ممائل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة" . وتنص المادة 624 / 3 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : "والعقد الذي بموجبه يلتزم صاحب حرفة أو مهنة حرة بتقديم خدماته لمن يتعاقدون معه ، وكذلك العقود التي بموجبها يلتزم الأساتذة القيام بمهنتهم لمصلحة معهد أو شخص ما ، تعد من قبيل إجارة الصناعة . ومن هذا القبيل أيضاً عقد النقل" .

(انظر بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 777 وفقرة 909 – بودرى وفال في العقود الاحتمالية فقرة 377 – فقرة 379 – بيدان 12 فقرة 165 – بلانيول وريبير وبولانجييه 2 فقرة 3021 – جان سافاتييه دراسة في المهنة الحرة من بواتييه سنة 1947 – وانظر في القضاء الفرنسي نقض فرني 3 مارس سنة 1926 دالوز 1927 – 1 – 93 – 17 – مارس سنة 1937 دالوز الأسبوعي 1937 – 285 – ليون 7 ديسمبر سنة 1909 دالوز 1913 – 2 – 73) .

الوسيط_ جزء 7_ مقابلة , وكالة

-تطبيق العقد مع الطبيب ، ومع المحامي ، ومع المهندس المعماري

الوسيط_ جزء 7_ مقالة

تطبيق هام: العقد مع الطبيب والمحامي والمهندس المعماري

تطبيق هام: العقد مع الطبيب والمحامي والمهندس المعماري

ونستعرض ، تطبيقاً لما تقدم ، العقد مع الطبيب ، ومع المحامي ، ومع المهندس المعماري .

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقالة في الغالب ([1]) إذ هو اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم ، والعلاج عمل مادي ولا ينفى ماديته أن يكون عملاً عقلياً ، فهو إذن ليس بتصريف قانوني . ومن ثم تتوافر مقومات عقد المقالة في هذا الاتفاق . وإنما يتميز العقد مع الطبيب عن عقود المقالة الأخرى بخصائص أهمها :

(1) الالتزام الذي يعقده الطبيب هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية ، لأنه إنما يتعهد ببذل العناية الواجبة في علاج المريض ولا يتعهد بتحقيق الغاية من العلاج وهو شفاء المريض . وأغلب عقود المقالة يلتزم فيها المقاول بتحقيق غاية لا ببذل عناية ، كتشييد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك .

(2) التعاقد مع الطبيب لوحظت فيه شخصيته ، ومن ثم إذا مات انتهى العقد ، بخلاف موت المقاول في كثير من عقود المقالة الأخرى فإنه لا ينهي المقالة . وتنص المادة 666 مدني في هذا الصدد على أن "ينقضي عقد المقالة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه" .

ويترتب كذلك على اعتبار شخصية الطبيب أنه لا يجوز له أن يكل علاج المريض لطبيب آخر ، في حين يستطيع المقاول أن يقاول من الباطن .

(3) العقد مع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض ولا من جهة الطبيب ، فيستطع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم على أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه ، وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع في العقد ولا يمكن إكراهه على المضي في علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه . وهذه الخصائص التي تميز العقد مع الطبيب حملت بعض الفقهاء على أن تنكر على هذا العقد أنه عقد مقالة وتعتبره عقداً غير مسمى([2])، وأخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية ([3]). على أن ليس في هذه الخصائص شيء يتعارض مع طبيعة عقد المقالة حتى يخرج العقد مع الطبيب عن هذا النطاق. فعقد المقالة كما يكوى محله التزاماً بتحقيق غاية ، كذلك يجوز أن يكون محله التزاماً ببذل عناية .

فالأستاذ إذا تعهد بتحضير تلميذه لامتحان معين لقاء أجر معلوم يكون قد أبرم عقد مقالة ومع ذلك لم يلتزم إلا ببذل عناية ، إذ هو لم يلتزم بتحقيق غاية هي أن ينجح التلميذ في الامتحان ، ويستحق الأستاذ الأجر نجاح التلميذ أولم ينجح . والمحامي الذي يترافع عن الخصم إنما يلتزم ببذل عناية ، ويستحق أجره سواء كسب الدعوى أو خسرها . وكذلك الطبيب يستحق أجره شفى المريض أو لم يشف ، لأن الطبيب لم يلتزم بتحقيق غاية بل التزام ببذل عناية ، ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد مقالة . كذلك لا يكون اعتبار شخصية الطبيب مانعاً من أن يكون التعاقد معه مقالة، فكثيراً ما تعتبر شخصية المقاول في عقود المقالة حتى أن المادة 666 مدني واجهت هذا الفرض كما رأينا . كذلك نصت المادة 1/661 مدني على أنه "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو

في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية".

بقي أن العقد مع الطبيب غير لازم ، وهذا أيضاً لا يمنع العقد من أن يكون مقاولاً . فالمرضى في عقده مع الطبيب ، كرب العمل في المقاول ، يستطيع أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه ، على أن يعرض الطبيب عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما قام به من علاج . ويختلف عن رب العمل في المقاول العادية بأنه لا يعرض الطبيب يقوم على الثقة الشخصية ، وفي إجبار المريض على تعويض الطبيب ما كان يستطيع كبه لو أنه أتم العمل تقييد خطير لحرية الرجوع عن العقد إذا قامت به أسباب جدية تحمله على ذلك ، فوجب أن تكون حرية الرجوع عن العقد أوسع من حرية رب العمل في التحليل من عقد المقاول العادية . والطبيب كذلك في عقده مع المريض ، كالمقاول في عقد المقاول ، له أن يرجع في العقد على أن يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب المريض من جراء ذلك . وإذا كان رب العمل في عقد المقاول العادية يستطيع أن يطلب إنجاز العمل على نفقة المقاول ، فذلك مالا يستطيعه المريض ، وهو حر في أن يذهب إلى طبيب آخر يختاره ، وكل ما يستطيع هو أن يرجع على طبيبه الأول بالتعويض ، إذ لا يستطيع إكراهه على المضي في العلاج إذا لم يرد الطبيب ذلك [4]. ويخلص مما تقدم أن العقد مع الطبيب هو عقد مقاول ، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه [5].

أما العقد مع المحامي فيقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية .

فالمحامي يقوم بعمل مادي عندما يقدم المشورة القانونية لعملية خارج مجلس القضاء ، أو عندما يدافع عن مصلحة في مجلس القضاء بالمرافعة الشفوية والمذاكرات المكتوبة ، وعندما يحرر له العقود والمستندات . وهو في هذه الأعمال يعتبر مقاولاً وتسرى عليه أحكام المقاول [6] ، مالم يكن خاضعاً لإشراف عميله وإدارته التنظيمية كما لو كان محامياً لدى شركة أو مؤسسة فيكون العقد الذي ينظم علاقته بالشركة أو المؤسسة هو عقد عمل [7].

والمحامي يقوم بتصرفات قانونية نيابة عن عملية عندما يرفع الدعوى باسم هذا العميل ، وعندما يقدم طلبات العميل ودفعه في الدعوى ، وعندما يطعن باسم العميل في الأحكام التي تصدر ، وعندما يبرم اتفاقاً مع خصم عميله كما إذا عقد معه صلحاً ، وعندما يصدر منه نيابة عن عملية إقرار أو تنازل أو بوجه بيميناً حاسمة أو يرد هذه اليمين . وهو في هذه التصرفات القانونية يعتبر وكيلاً عن عميله ، وتسرى عليه أحكام الوكالة . فإذا تعارضت أحكام الوكالة مع أحكام المقاول ولم يمكن التوفيق بينهما ، وجب ترجيح العنصر الغالب في أعمال المحامي وهو عنصر الوكالة [8] وإعمال أحكام الوكالة دون أحكام المقاول . فأجر المحامي عن أعماله المادية والقانونية مثلاً يكون خاضعاً لتقدير القاضي كما تقضى أحكام الوكالة (م 2/709 مدني) .

المهندس المعماري

وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعماري ، فإن هذا العقد يقع هو أيضاً على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فيجمع بين أحكام المقاول وأحكام الوكالة [9] ، ولكن عنصر المقاول هو الغالب ، فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاول . ومن ثم لا يكون أجر المهندس المعماري خاضعاً لتقدير القاضي [10] . وأهم الأعمال المادية التي يقوم بها المهندس المعماري هي وضع التصميم والرسوم ، وعمل المقاييسات ، والإشراف على التنفيذ . وقد يقوم ببعض التصرفات القانونية ، كمحاسبة المقاول وإقرار الحساب ، ودفع ما يستحقه المقاول في ذمة رب العمل ، وتسلم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازه . ويكون في هذه التصرفات القانونية نائباً عن رب العمل [11] ، ومن ثم تسرى أحكام الوكالة كما سبق القول .

تمييز المقاول عن العقود الأخرى

تمييز المقاول عن الايجار

[1] ^ ويكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعاً لإشراف عميله من الناحية الإدارية وإن كان مستقلاً من الناحية الفنية . كما إذا كان الطبيب يعمل في مؤسسة أو في مستشفى ، فالاستقلال الفني لا يمنع الخضوع الإداري أو التنظيمي .

[2] ^ جان سافاتييه دراسة في المهنة الحرة رسالة من بواتييه سنة 1947 ص15 – تعليق فالسميني في دالوز 1927 – 1 – 93 – حسن زكي الأبراشي في مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ص98 – إسماعيل غانم في عقد العمل سنة 1961 ص116 هامش 1 .

[3] ^ نقض فرنسي 13 يوليه سنة 1937 سيريه 1939 – 1 – 17 مع تعليق بريتون

[4] ^ ويكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعاً لإشراف عملية من الناحية الإدارية وإن كان مستقلاً من الناحية الفنية . كما إذا كان الطبيب يعمل في مؤسسة أو في مستشفى ، فالاستقلال الفني لا يمنع الخضوع الإداري أو التنظيمي .

[5] ^ بيدان 12 فقرة 176 ص191 – بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 777 ص21 وفقرة 909 ص143 – بودرى وقال في الوكالة فقرة 377 ص187 – ص188 – دي باج 4 فقرة 847 ص863 وفقرة 849 ص869 – كولان وكابيتان وديلامورانديير 2 فقرة 1085 – جوسران 2 فقرة 1287 ص675 – تعليق بريتون على حكم محكمة النقض الفرنسية في 13 يويه سنة 1937 سيريه 1939 – 1 – 217 – محمد كامل مرسى فقرة 570 ص 476 – أكرم أمين الخولي في عقد العمل فقرة 88 ص140 – محمد لبيب شنب فقرة 28 – فقرة 34 – وانظر مصر ؟؟؟ الجزية 5 مايو سنة 1937 جازيت 29 رقم 428 ص346 .

[6] ^ بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 909 ص143 – بيدان 12 فقرة 176 ص191 – كولان وكابيتان ودي لامور انداير 2 فقرة 1085 – مازوفي دروس القانون المدني 3 فقرة 134 ص1102 – كرميه في مهنة المحاماة سنة 1953 فقرة 102 ص106 – محمد لبيب شنب فقرة 35 – فقرة 36 – نقض فرني 19 ديسمبر سنة 1901 سيريه 190 – 1 – 372 – إكس 14 يونيه سنة 1905 دالوز 1911 – 2 – 185 – باريس 19 يناير سنة 1953 جازيت دي باليه 1953 – 1 – 99 – السين 6 مايو سنة 1942 جازيت دي باليه 1942 – 2 – 35 .

ومن الفقهاء ن يعتر العقد هنا عقداً غير مسمى : جان سافاتييه في رسالته في المهنة الحرة ص213 – ص215 – إسماعيل غانم في عقد العمل ص 116 هامش 1 .

[7] ^ محمد لبيب شنب فقرة 36 – ويكون العقد عقد عمل حتى لو لم يكن المحامي متفرغاً لأعمال المؤسسة أو الشركة (محمد لبيب شنب فقرة 36 – استئناف مصر 24 مايو سنة 1958 المدونة العمالية الدورية مجموعة سنة 1960 رقم 24 ص50) .

[8] ^ وكثيراً ما يخلع المشرع على المحامي صفة الوكيل ، وعلى عملية صفة الموكل ، وعلى العلاقة فيما بينهما صفة الوكالة أو التوكيل (انظر قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1957 المواد 27 و29 و33 و40 و41 – تقنين المرافعات المواد 81 - 89) .

[9] [^] بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 910 ص 144 – بيدان 12 فقرة 178 – أوبرى ورو وإسمان 6 فقرة 374 هامش 1 (3) وهامش 41 (3) – أنسيكلوبيدي داللو 3 لفظ Louage d'ouv . Et d'ind فقرة 62 – فقرة 63 – محمد لبيب شنب فقرة 25 – فقرة 27 – ويذهب بعض الفقهاء إلى أن العقد مقاوله لا وكالة (بودرى وفال 2 فقرة 3869 – جلاسون في تعليقه في داللو 1906 – 1 – 9 – ديموج في الجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1912 ص 198 – Fraissaingea في مسئولية المهندس المعماري فقرة Corberand 23 في مسئولية المهندس المعماري رسالة من باريس سنة 1929 – محمد لبيب شب فقرة 25 – فقرة 27 – وانظر في هذا المعنى نقض فرنسي 25 مارس سنة 1874 داللو 74 – 1 – 285 – 16 مايو سنة 1904 داللو 1905 – 1 – 532 – مصر الكلية 7 يناير سنة 1957 قضية رقم 155 سنة 1956 ومشار إلى الحكم في إسماعيل غانم في عقد العمل 116 هامش 1) – ويذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى اعتبار العقد وكالة (نقض فرنسي 11 نوفمبر سنة 1885 داللو 86 – 1 – 39 – 10 يونيو سنة 1898 داللو 98 – 1 – 367 – 3 نوفمبر سنة 1926 داللو 1927 – 1 – 77 – 19 يونيو سنة 1929 داللو 1930 – 1 – 169 – باريس 15 يناير سنة 1904 – 2 – 71 – السين 16 ديسمبر سنة 1924 داللو 1926 – 2 – 157) .

[10] [^]) وإذا تعدد أرباب العمل أو تعدد المهندسون المعماريون فلا يكونون متضامنين ، وذلك تطبيقاً لأحكام المقاوله لا لأحكام الوكالة (محمد لبيب شنب فقرة 37) .

[11] [^] ولا تفترض الوكالة في أعمال المهندس المعماري ، فما لم يكن قد تلقى تفويضاً من ب العمل في عمل معين فإنه لا يكون وكيلاً له فيه ، ومن ثم إذا وفي المهندس المعماري المقاول مبلغاً من النقود دون أن يكون مفوضاً في ذلك من رب العمل فإنه لا يلزم رب العمل بهذا الوفاء (بلانيول وريبير ورواست 1 فقرة 910 ص 144 – أنسيكلوبيدي داللو 3 لفظ Louage d'ouv . Et d'ind فقرة 12 – محمد كامل مرسى فقرة 571 ص 477 – نقض فرنسي 3 نوفمبر سنة 1926 داللو 1927 – 1 – 77 – 20 يوليو سنة 1927 داللو الأسبوعي 1927 – 415 – 19 ديسمبر سنة 1928 جازيت دي باليه 5 فبراير سنة 1929) .

الوسيط_ جزء 7_ مقاوله

- تمييز المقاوله عن البيع .

الوسيط_ جزء 7_ بيع مقاوله

تمييز المقاوله عن البيع

تمييز المقاوله عن البيع

تمييز المقاوله عن البيع:

ويظهر لأول وهلة أن المقاوله تتميز بسهولة عن البيع ، فهي ترد على العمل والبيع يقع على الملكية . فالمقاول الذي يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاوله . أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك ، فالعقد بيع . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 674 مدني على أنه "يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله" .

ولا شك في أن العقد في هذه الحالة – إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله – يتمحض عقد

مقاوله لا شبهة فيه ([1]). وإنما تقوم الشبهة في الفرض الآخر الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 647 مدني ، إذ تقول : "كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً" ([2]). فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً ويقدم النجار الخشب من عنده ، وهذا ما يحصل في الغالب . ويقع أن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنع له ثوباً ويقدم الحائك القماش من عنده . والرسام يقدم عادة القماش والمادة التي يصور بها فيتعاقد على العمل والمادة معاً . وصانع السفينة يقوم هو أيضاً بتقديم الخشب والمواد اللازمة لصنع السفينة فيتعاقد على العمل والمادة . فهل يبقى العقد في الأحوال المتقدمة الذكر عقد مقاوله ، أو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الأثاث بالنسبة على النجار والثوب بالنسبة على الحائك والصورة بالنسبة إلى الرسام والسفينة بالنسبة إلى صانعيها؟ ([3]). انقسمت الآراء في هذه المسألة . فرأى يذهب إلى أن العقد مقاوله دائماً ([4]) ، والمادة ليست إلا تابعة للعمل . وتكون المقاوله في هذه الحالة ملزمة للصانع بصنع الشيء المطلوب فتقع على العمل ، وهي في الوقت ذاته تقع على الشيء المصنوع فتنتقل ملكيته إلى رب العمل ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقاوله ، إذ أن "تملك رب العمل للشيء الذي ينصحه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل ، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم واصلح ، وكذلك المقاوله إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول" ([5])

. والقول بأن المقاوله تنقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقاوله يجعل للمقاوله طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل . ولم يقل أحد قبل ذلك إن المقاوله قد ترد على الملكية فتنتقلها ، وهي إذا وردت على الملكية فنقلها فذلك إنما يكون إما لأنها اندمجت في عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر . وهذا العقد الآخر الذي نقل الملكية في نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً ، أو إلا أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود . وإذا كان صحيحاً أن المشروع في نصوص متفرقة قد أجاز أن يتعهد المقاول بصنع شيء يقدم فيه العمل والمادة (م 2/647 مدني) ، وأنه في هذه الحالة يكون مسئولاً عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل (م 648) ، فليس معنى ذلك أن المقاوله تبقى مقاوله محضة في هذه الظروف ، ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقاوله بعقد آخر هو الذي يقع على المادة دون العمل ويصح القول مع ذلك إن المقاول هو الذي قدم المادة ، ويكون له بذلك دوران ، دور البائع الذي قدم المادة ، ودور المقاول الذي قدم العمل .

ورأى ثان يذهب إلى أن العقد هو بيع شيء مستقبل ([6])

. وهذا الرأي لا يدخل في الاعتبار أن المقاول إنما تعاقد أصلاً على العمل ، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل . ولو كان المقاول قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً ، لجاز له أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد . وهو إذا فعل ، وقيل منه رب العمل ذلك ، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي ، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد وكيف على أنه بيع ، لا لشيء مستقبل ، بل لشيء حاضر .

ورأى ثالث يذهب إلى أن العقد يكون مقاوله أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل ([7]). فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة . كالرسام يورد القماش أو الورق الذي يرسم عليه ، والألوان التي يرسم بها وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام ، فالعقد مقاوله . أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل ، كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة ، فالعقد بيع ([8]). وهذا الرأي الذي ذهبنا إليه عند الكلام في البيع ([9]). ونزيد هنا أيضاً فنقول إن الأمر ظاهر في المثليين المتقدمين ، حيث تصغر قيمة المادة إلى حد كبير بالنسبة إلى عمل الفنان فتكون تابعة للعمل ويكون العقد مقاوله ، وحيث تكبر هذه القيمة إلى حد بعيد بالنسبة إلى العمل في السيارة التي تحتاج إلى إصلاحات طفيفة فيكون العقد بيعاً . ولكن كثيراً ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوس إلى جانب قيمة العمل ، حتى لو كانت أقل قيمة منه ، وذلك كالخشب الذي يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذي يورده الحائك لصنع الثوب ، ويصبح العقد في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاوله ، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها ، وتقع المقاوله على العمل وتنتطبق أحكامها عليه ([10]).

تمييز المقاولة عن الأيجار

[1] ^أ فيكون مقاولة العقد الذي يتعهد بموجبه شخص أن يصنع سجاير لآخر على أن يورد هذا للمقاول الدخان اللازم لصنع السجاير (بودرى وقال 2فقرة 3878 – بيدان 12 فقرة 717 – أنسيكلوبيدي داللو 3لفظ louage d'ouv . Et d'ind . 20 – نقض فرنسي 19 نوفمبر سنة 1891 داللو 92 – 1 – 395 – 1 يناير سنة 1892 داللو 92 – 1 – 395 – 4 مايو سنة 1891 (جنائي) داللو 94 – 1 – 572) .

[2] ^أ ويسمى العقد بعقد الاستصناع (:marche a facon) انظر في هذا العقد دافيد في عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة 1937 ص 221 .

[3] ^أ وللقول بأن العقد مقاولة أو بيع شيء منقبل أهمية عملية تتبين في الوجوه الآتية : (أ) يجوز لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاولة ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول (م 663 مدني) ، أما البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين المنفردة . (ب) في البيع تسرى الفوائد عن الثمن من يوم إعدار المشتري بدفعة أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م 1 / 458 مدني) ، أما في المقاولة فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة . (ج) للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولاً ، أما في المقاولة فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م 1148 مدني) . (د) في البيع لا بد من الاتفاق على الثمن وإلا كان البيع باطلاً ، أما في المقاولة فإذا لم يحدد الأجر لم تكن المقاولة باطلة ووجب الرجوع في تحديد الأجر إلى قية العمل ونفقات المقاول (م 659 مدني) .

انظر في ذلك بودرى وقال 2فقرة 3870 – محمد لبيب شنب فقرة 10 ص 15 هامش 1 .

[4] ^أ وإلى هذا الرأي ذهب بعض أحكام القضاء في فرنسا ، مستندة إلى أن المادة 1787 مدني فرنسي لا تميز بين ما إذا كان الذي قدم المادة هو رب العمل أو الصانع (وسنرى فيما يلي أن هذه المادة تضمن مشروعها في إحدى مراحل التشريعية فقرتين أخريين ، تقضى فقرة منهما بأن العقد مقاولة إذا قدم المادة رب

العمل ، وتقتضى الفقرة لأخرى بأن العقد بيع إذا كان الصانع هو الذي قدم المادة ، فحذفت هاتان الفقرتان ، وحذفهما في نظر أصحاب هذا الرأي دليل على العدول عن هذا التفريق وعلى اعتبار أن العقد مقاوله في الحالتين) : نقض فرنسي 20 فبراير سنة 1883 داللو 84 - 1 - 32 - 18 أكتوبر سنة 1911 داللو 1912 - 1 - 113 مع تعليق بلانيول - أول أغسطس سنة 1929 سيريه - 1930 - 1 - 175 - ليون 23 ديسمبر سنة 1892 داللو 93 - 2 - 229 - نانسي أول يونيو سنة 1926 جازيت دي باليه 1926 - 1 - 360 .

[5] ^ محمد لبيب شنب فقرة 15 .

[6] ^ وهذا ما يذهب إليه كثير من الفقهاء في فرنسا (لوران 26 فقرة 5 - بودرى وقال فقرة 3872 - ليون كان ورينو 5 فقرة 152 - هيك 10 فقرة 6 - جيوار 2 فقرة 772 - ريبير في القانون البحري الطبعة الثالثة 1 فقرة 319) ، وتذهب إليه بعض أحكام القضاء الفرنسي (نقض فرنسي 22 يولييه سنة 1874 داللو 75 - 1 - 303 - 7 أبريل سنة 1886 داللو 86 - 1 - 329 - السين التجارية 8 أبريل سنة 1949 داللو 1950 الموجز 6) ، وبخاصة في عقد صنع السفن (نقض فرنسي 17 مايو سنة 1876 داللو 87 - 1 - 97 - 10 يولييه سنة 1888 داللو 89 - 1 - 107 - 31 أكتوبر سنة 1900 داللو 1901 - 1 - 65 . ويستند هذا الرأي في فرنسا من رب العمل . ويستخلص من هذا النص بمفهوم المخالفة أن العقد لا يكون مقاوله غذا كانت المادة مقدمة من الصانع ، فيكون العقد إذن بيعًا . ويعزز أنصار هذا الرأي رأيهم بأن المادة 1787 مدني فرنسي - وهي تتحدث عن حالتين في الأولى منهما يقدم المادة رب العمل وفي الأخرى يقدمها الصانع - كانت تتضمن في مشروعها على فقرتين أخريين هما الفقرة الثانية والفقرة الثالثة ، يجريان على الوجه الآتي : " 2 - وفي الحالة الأولى (المادة يقدمها رب العمل) يتمخض العقد مقاوله . 3 - وفي الحالة الثانية (المادة يقدمها الصانع) يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه" . وقد حذفت هاتان الفقرتان لأنهما أقرب إلى تقرير قواعد فقهية ، فواضعا التقنين المدني الفرنسي إذن يكيفون من الناحية الفقهية العقد الذي يقدم فيه الصانع المادة بأنه عقد بيع .

وقد استخلص أوبرى ورو من عبارة " يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه" أن العقد قبل صنع الشيء يكون مقاوله ، فإذا ما تم صنعه تحول بيعًا (أوبرى وروو إسمان 5 فقرة 374 ص 400 هامش 2) . وسنعود للإشارة إلى هذا الرأي فيما يلي .

[7] ^ وهذا الرأي يستند إلى القاعدة التي تقتضى بأن الفرع يتبع الأصل (*accessorium sequitur principale*) ، فإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقاوله ، وإذا كانت المادة هي الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعًا : بلانيول وريبير وهامل 10 فقرة 6 - بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 2992 - كولان وكابيتان ودي لامورانديير 2 فقرة 1088 - الهلالي وحامد زكي فقرة 67 ص 68 - عبدالمنعم البدر اوي في البيع فقرة 69 ص 103 - سليمان مرقس موجز البيع والإيجار فقرة 12 ص 24 - إسماعيل غانم ص 26 - وقرب يوردي وقال 2 فقرة 3874 .

[8] ^ وتنص المادة 2/658 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : " على أنه غذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلا فرعًا ، كان هناك بيع لا استصناع" . - أما المقاول الذي يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكًا لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاوله أيا كانت قيمة مواد البناء بالنسبة على قيمة العمل ، وغن كانت الأرض ملكًا للمقاول فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أي بعد أن يقام عليها المبنى (بلانيول وريبير وهامل 10 فقرة 5 - الوسيط 4 فقرة 11 ص 31) .

ويجب هنا أن نتباعد رأياً يقول بأن الاستصناع يكون عقد مقاولة ابتداء وعقد بيع انتهاء ، فهو مقاولة قبل أن يتم صنع الشيء فإذا ما تم صنعه وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً (أوبرى ورو وإسمان 5فقرة 374 ص400 هامش2) . فالعقد لا تتغير طبيعته بمجرد تنفيذه ، وطبيعة العقد إنما تتحدد وقت انعقاده . فإذا ما تحددت بقيت دون تغيير قبل التنفيذ وبعده (دافيد في عقد الاستصناع ص36 – جيوار 2فقرة 773 ص342 – بودرى وقال 2فقرة 3872 ص1075 – كوست في التكييف القانوني لعقد المقاول رسالة من تولوز سنة 1913 ص104 – محمد لبيب شنب فقرة 12) . على أن أوبرى ورو القائلين بهذا الرأي يقرران مع ذلك أن عقد المقاوله تبقى بعض أحكامه سارية حتى بعد تنفيذ العقد وتسليم الشيء المصنوع إلى رب العمل ، ومن هذه الأحكام ضمان الصانع لعمله فهذا الضمان تسرى عليه أحكام عقد المقاوله (أوبرى ورو وإسمان 5فقرة 374 ص400 هامش2) . والاستناد إلى نص الفقرة الثالثة المحذوفة من مشروع المادة 1787 مدني فرنسي – وهي التي تقول : "يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه" – لا يجدى ، إذ المقصود أن البيع يقع على شيء عند تمام صنعه ، أي على شيء مستقبل (بودرى وقال 2فقرة 3872 ص1075) .

[9] ^ الوسيط 4 فقرة 11 ص30 – ص31 .

[10] ^ انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 912 ص147 – ص148 – وقرب بيدان 12 فقرة 181 – بلانيول في تعليقه في دالوز 1912 – 1 – 113 – محمد كامل مرسى فقرة 573 ص479 .

الوسيط_جزء 7_ بيع ,مقاولة

-تمييز المقاوله عن الوديعة.

الرئيسية الوسيط_جزء 7_ مقاوله وديعة

تمييز المقاوله عن الوديعة

تمييز المقاوله عن الوديعة

-تمييز المقاوله عن الوديعة:

المقاوله ترد على عمل يقوم به شخص لآخر ، أما الوديعة فنترد على نوع معين من العمل هو حفظ الشيء لمصلحة المودع ورده إليه عيناً . والأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر (م724 مدني) ، وإذا اتفق على أجر فهو عادة أجر زهيد يكافئ ما بذله المودع عنده من جهد في حفظ الوديعة دون أن يبغي كسباً من وراء ذلك فهو ليس بمضارب ، أما المقاوله فهي عقد من عقود المضاربة يبغي المقاول من ورائها الكسب ، ويغلب أن تكون هذه هي مهنته التي يتعيش منها ، ومن ثم تكون المقاوله دائماً بأجر والأجر غير زهيد حتى يكافئ ما يتعرض له المقاول من النفقات والتبعات والخسائر .

ومن أجل ذلك تكون مسئولية المودع عنده أخف عادة من مسئولية المقاول ، ولكل من المودع والمودع عنده أن يتحلل من العقد قبل انقضاء أجله مالم يكن الأجل في مصلحة الطرف الآخر (م722 مدني) ، أما المقاوله فالتحلل منها مقيد بالتعويض (م663 مدني) .

على أن الوديعة المأجورة قد تشبه بالمقاوله ، إذ المودع عنده في هذه الحالة يقوم بعمل لمصلحة الغير ، هو

حفظ الشيء المودع ، لقاء أجر معلوم ، فتقرب الوديعة من المقاولة ([1]). ولكن المودع عنده ، حتى في الوديعة المأجورة ، ليس بمضارب ولا يبغي الكسب من وراء الأجر كما قدمنا ، خلاف المقاول .

على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاولة على حد بعيد ، وذلك فيما يدعى بعقود الحفظ (contrats de garde) المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون في هذه الحالة مضارباً يبغي الكسب ،

وذلك كالمصرف الذي يؤجر خزانته ليودع العميل فيها أشياء الثمينة (location des coffersforts) ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التي تودع عنه . وقد قدمنا عند الكلام في الإيجار ([2]) أنه حدث أخيراً تحول في الفقه والقضاء ، ورجح الرأي الذي يكيف عقود الحفظ هذه بأنها عقود وديعة مأجورة . وهي ، حتى بهذا التكييف ، تقرب كثيراً من عقود المقاولة كما سبق القول .

وهناك عقود مقاولة تتضمن الوديعة. مثل ذلك أن يدفع شخ بسيارته إلى جراج لإصلاحها ، فصاحب الجراج في تعهد بإصلاح السيارة ببرم عقد مقاولة ، وهو في الوقت ذاته يحفظ السيارة في الجراج المدة اللازمة لإصلاحها فتكون مسؤوليته عن سرقة السيارة مسئولية المودع عنده ([3]).

ومثل ذلك أيضاً أن يقدم رب العمل للمقاول المادة التي يستخدمها هذا الأخير في العمل ، فيكون العقد مقاولة بالنسبة إلى العمل ووديعة بالنسبة على المادة التي قدمها رب العمل . ويذهب كثير من الأحكام في فرنسا إلى أن عقد الوديعة يجتمع في هذه الحالة مع عقد المقاولة ، وتسرى على كل منهما أحكامه ([4]). ولكن الصحيح أن العقد هنا هو عقد مقاولة فقط ، وهي بطبيعتها تتضمن التزاماً بحفظ الشيء الذي يعمل فيه المقاول بعد تسلمه من رب العمل ، ويكون مسئولاً عن ضياعه باعتباره مقاولاً لا باعتباره مودعاً عنده .

إذ مسئوليته تنشأ من عقد المقاولة لا من عقد وديعة مقترن بها ([5]). وقد نصت المادة 685 مدني صراحة على هذا الالتزام بالحفظ في عقد العمل ، فأوجبت على العامل : " . . (ج) أن يحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله . . . " .

ويمكن القول إن هذا الالتزام موجود أيضاً في ذمة المقاول إذا ما تسلم شيئاً من رب العمل لتأدية عمله .

ومن ثم يكون العقد الذي يتسلم بموجبه المدرب حصاناً لتدريبه عقد مقاولاً لا عقد وديعة ، وبموجب عقد المقاولة هذا يكون المدرب مسئولاً عن المحافظة على الحصان ([6]).

وإنما يوجد عقد الوديعة إذا انتهى المقاول من عمله ، ودعا رب العمل إلى تسلم الشيء فلم يتسلمه ، وبقي الشيء في حفظ المقاول فيكون العقد من ذلك الوقت عقد وديعة ، أو إذا كان العقد هو في الأصل عقد وديعة كوديعة السيارات في جراج عام وتضمن القيام بأعمال ثانوية لا توله على مقاولة كتنظيف العربة وغسلها كل يوم ([7]) .

تمييز المقاولة عن العقود الأخرى

تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقاولة

[1] ^ بودرى وفال2 فقرة 1634 .

[2] ^ انظر الوسيط 6 فقرة 10 .

[3] ^ (ليون 30 يولييه سنة 1946 دالوز 1947 - 377 مع تعليق تونك .

[4] ^ أورليان 13 فبراير سنة 1934 دالوز الأسبوعي 1934 - 276 - باريس 30 أكتوبر سنة 1930
جازيت دي باليه 1934 - 2 - 995 - باريس أول مارس سنة 1945 جازيت دي باليه 1945 - 1 - 200
- ليون 30 يويه سنة 1947 - 377 وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

[5] ^ تونك في تعليقه في دالوز 1947 - 377 وهو التعليق السابق الإشارة إليه - بلانيول وريبير
ورواست 11 فقرة 912 مكررة ص 149 .

[6] ^ بودرى وفال 2 فقرة 1634 .

[7] ^ بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 912 مكررة ص 149 .

الوسيط_ جزء 7_ مقالة , وديعة

-تميز المقالة عن الشركة.

الوسيط_ جزء 7_ شركة مقالة

تميز المقالة عن الشركة

تميز المقالة عن الشركة

تميز المقالة عن الشركة:

الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكبر بأن يساهم كل منهم في مشروع من ربح أو خسارة (م 505 مدني
) . ونرى من ذلك أن الشريك قد تكرر حصته في راس المال هي التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة
بالفائدة ، وقد يكون العمل مثلا هو الحصول على ترخيص أو على "تصاريح" للاستيراد أو نحو ذلك ،

فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له في الشركة على أن يقبض من أرباحها نسبة معينة . وهنا قد تلتبس المقالة
بالشركة، فإذا كان الشريك الذي دخل بالعمل حصة له يساهم في أرباح الشركة وفي خسائرها ، فالعقد شركة .
أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجراً مقابل "تصاريح الاستيراد" التي حصل لها عليها مبلغاً
معيناً ، أو حتى نسبة في أرباح الشركة دون أن يشارك في الخسارة ، فالعقد في هذه الحالة لا يكون شركة بل
يكون مقالة ، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة ، والتزمت الشركة أن
تعطى المقاول أجراً على ذلك ([1]).

والذي يميز الشركة عن المقابلة هو أن الشريك في الشركة تكون عنده نية الاشتراك في نشاط ذي تبعه، وهذه النية هي نية تكوين الشركة (societatis affectio) أو إرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي على قدر من المخاطرة . أما المقاول فليست عنده هذه النية ولا يريد أن يتحمل مع الشركاء تبعه المخاطرة بحيث يساهم في الأرباح وفي الخسارة، بل هو يقدم عملاً معيناً ويتقاضى أجره على هذا العمل. ووجود نية تكوين الشركة فيكون العقد شركة، أو انعدام هذه النية فيكون العقد مقابلة، مسألة واقع يستقبل بتقديرها قاضي الموضوع ([2]).

[1] ^ انظر في التمييز بين الشركة والمقابلة بودري وفال2 فقرة 163.

[2] ^ الوسيط 5 فقرة 159 ص222.

تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقابلة

الرئيسية الوسيط_ جزء_7 مقابلة

تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقابلة

تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقابلة

تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقابلة:

رأينا أن المقابلة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً. فالمقاول إذن يتعهد بصنع شيء أو بأداء عمل، ولما كان صنع الشيء هو أيضاً عمل يؤديه الصانع، فالمقاول يتعهد دائماً بتأدية عمل. والعمل الذي يؤديه المقاول يختلف من مقابلة إلى أخرى اختلافاً بيناً، ويتنوع تنوعاً كبيراً.

ويمكن تقسيم الأعمال التي يؤديها المقاول من نواح مختلفة:

من ناحية طبيعة العمل ومن ناحية حجمه ومن ناحية نوعه.

فمن ناحية طبيعة العمل، قد يكون العمل، قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل، كتنقل الأشخاص والطبع والنشر والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة ونحو ذلك ([1]). وقد يكون العمل متصلاً بشيء معين.

وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أو من عند رب العمل، فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل ، والحائك يخيط الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل ، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل . وإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد ويرد العقد

عليه ليقوم المقاول بعمل فيه ، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلا أو يهدمه ، وكحائط يدهنه ، وكأثاث يجدهه ، وكسيارة يصلحها .

ومن ناحية حجم العمل، تدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة. فالأعمال التي تقدم بيانا فيها الكبير وفيها الصغير. فعمل النجار والحائك والسباك والحداد وأعمال المهن الحرة ونحوها تكون غالبًا من المقاولات الصغيرة وتدرج مع ذلك في أهميتها. أما المقاولات الكبيرة، فهي عادة تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبيرة كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والطائرات والسفن والأسلحة الحديثة والذخائر.

وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصًا في هذا المعنى ، فكانت المادة 865 من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : "1- يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة ، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة . 2- ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض" .

وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه "مجرد تعداد" ([2]).

ومن ناحية جنس العمل، هناك من المقاولات ما أصبح معروفًا باسم خاص لانتشاره، فهناك مقاولات البناء وهي من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة "المقولة" انصرفت إليها. وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقولة منظورًا فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء، وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات كما سنرى.

وهناك التزام المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقد النقل، وعقد النشر ، وعقد الإعلان ، وعقود المهن الحرة ، وعقد النظارة . وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها، وسنبحث طائفة منها بعد أن نبحث القواعد العامة التي تنطبق على جميع المقاولات.

[1] ^٨ وقد يكون العمل ماديًا كتنقل الأشخاص والطبع والنشر، أو فنيًا كالرسم والنحت والنقش والتصوير والتمثيل، أو علميًا كالمرافعة والعلاج والمحاسبة، أو أدبيًا كالتأليف. والمحاضرة والتدريس.

[2] ^٨ مجموعة الأعمال التحضيرية 5 ص 9 – ص 10 في الهامش .

الوسيط_ جزء 7_ مقولة

- مراجع في عقد المقولة :

جيوار في الإيجار الطبعة الثالثة جزءان باريس سنة 1891 – بودري وقال في الإيجار الجزء الثاني

(مجلدان) الطبعة الثالثة باريس سنة 1907 – أوبري ورو وإسمان الجزء الخامس في البيع والإيجار الطبعة السادسة باريس سنة 1946 – بلانيول وريبير ورواست الجزء الحادي عشر في العقود المدنية باريس سنة 1954 – بيدان 12 الطبعة الثانية باريس سنة 1938 – دي باج 4 الطبعة الثانية بروكسل سنة 1951 – بلانيول وريبير وبولانجيه 2 الطبعة الثالثة باريس سنة 1949 – كولان وكابتان ودي لامور أنديير الطبعة

العاشرة سنة 1948 – جوسران 2 الطبعة الثانية سنة 1933 – ماذو في دروس القانون المدني 3 سنة 1960 – أنسيكولوبيدي دالوز 1 لفظ Architecte سنة 1951 – لفظ Enterprise سنة 1952 – 3 لفظ Louage d'ouvrage سنة 1953 .

Costes في التكييف القانوني لعقد المقاولة رسالة من تولوز سنة 1913 – Lagrave الجزاف في عقد المقاولة الخاص سنة 1921 – Minvielle في مهنة المهندس المعماري سنة 1921 ، وفي ملاحظات في المسؤولية العشرية للمهندسين والمقاولين سنة 1933 ، وفي رخصة البناء سنة 1947 – Corberand في مسؤولية المهندسين والمقاولين رسالة من باريس سنة 1929 – Delvaux في حقوق المهندس المعماري والتزاماته بروكسل سنة 1930 – David في عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة 1937 – Lepaulle في عقود البناء الصناعي سنة 1938 .

محمد كامل مرسى في العقود المسماة الجزء الرابع (عقد العمل وعقد المقاولة و التزام المرافق العامة) سنة 1953 – محمد لبيب شنب في شرح أحكام عقد المقاولة سنة 1962 .

وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل على الطباعات المبينة فيما تقدم .

[1]^ تاريخ النص:

ورد هذا النص في المادة 863 من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة لمراجعة حور تحويرًا لفظيًا طفيفًا فأصبح مطابقًا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه 674 في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم 673 ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم 646 (مجموعة الأعمال ويقابل النص في التقنين المدني القديم م489/401 : إيجار الأشخاص يكون لخدمة معينة مستمرة في المدة المحدودة في عقد الإيجار أو لعمل معين .) وهذا التعريف يمل عقد المقاولة مستمرة في المدة المحدودة في عقد الإيجار أو لعمل معين . (وهذا التعريف يشمل عقد المقاولة وعقد العمل ، وفيما يخص عقد المقاولة يتفق مع تعريف التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م612 (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م645 (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م864 (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م2/624 :

وعقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل . (والتعريف في جملته يتفق مع تعريف التقنين المصري) .

[2]^ بل إن الكتابة لا ضرورة لها إلا في إثبات المقاولة حيث تكون الكتابة ضرورية للإثبات (نقض فرنسي 23 أكتوبر سنة 1945 دالوز 1946-19) .

[3]^ الوسيط 6 فقرة 19 ص30 هامش 1- الإيجار للمؤلف فقرة 1 .

الوسيط_جزء 7_ تعاريف ,مقاولة

مقدمة عقد القرض- الدخل الدائم

الباب الثالث عقد القرض و الدخل الدائم

مقدمة ([1])

265 - التعريف بعقد القرض وخصائصه - نص قانوني :

تنص المادة 538 من التقنين المدني على ما يأتي

" القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته " ([2]) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة 465 / 566 ([3]) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م 506 - وفي التقنين المدني الليبي م 537 - وفي التقنين المدني العراقي م 684 - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م 754 - 755 ([4]) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن عقد القرض محله يكون دائماً شيئاً مثلياً ، وهو في الغالب نقود . فينقل المقرض إلى المقترض ملكية الشيء المقترض ، على أن يسترده منه مثله في نهاية القرض ، وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفائدة . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في محل القرض .

ونقف الآن من عقد القرض عند الخصائص الآتية ، وهي خصائص يمكن استخلاصها من التعريف السالف الذكر : (1) عقد القرض عقد رضائي (2) وهو عقد ملزم للجانبين (3) وهو في الأصل عقد تبرع وقد يكون عقد معاوضة .

266 - القرض عقد رضائي :

يظهر من تعريف القرض كما أورده المادة 538 مدني أن القرض يتم بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول ، أما نقل ملكية الشيء المقترض وتسليمه إلى المقترض فهذا التزام ينشئ عقد القرض في ذمة المقرض ، وليس ركناً في العقد ذاته ([5]) .

ولم يكن الأمر كذلك في التقنين المدني السابق ، إذ كان القرض في هذا التقنين عقداً عينياً لا يتم إلا بتسليم الشيء المقترض إلى المقترض ونقل ملكيته إليه (م 465 / 566 مدني سابق) وكان التقنين المدني السابق يسير في ذلك على غرار التقنين المدني الفرنسي ، وكلا التقنين ورث عينية عقد القرض عن القانون الروماني دون مبرر . فقد كانت هذه العينية مفهومة في القانون الروماني حيث كانت العقود في الأصل شكلية ، ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في العقود العينية ومنها القرض ولم يسلم القانون الروماني بان التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من سمي بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبحت القاعدة أن التراضي كاف لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتض لإحلال التسليم محل الشكل ، إذ لم نعد في حاجة لا إلى الشكل ولا إلى التسليم . وهذا هو اتجاه التقنينات الحديثة ، فإن تقنين الالتزامات السويسري (م 321 و م 329) جعل القرض عقداً رضائياً ، وعلى نهجه سار التقنين المدني المصري الجديد ([6]) .

وعينية عقد القرض في القانون الفرنسي ينتقدها الفقه بحق ، إذ هي كما قدمنا ليست إلا أثراً من آثار تقاليد القانون الروماني بقي بعد أن زال مبرره . وكان بوتتييه يقيمه على أساس أن المقترض لا ينبغي أن يلتزم برد مثل الشيء المقترض إلا بعد أن يقبض الشيء ([7]) . ويمكن الرد على ذلك بأنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم عقد القرض قبل أن يتولد في ذمة المقترض التزام برد المثل ، ثم يتولد هذا الالتزام بعد أن ينفذ المقرض التزامه بإعطاء الشيء إلى المقترض وهذا هو الذي يحدث في عقد الإيجار ، فإن المستأجر لا يلتزم برد العين المؤجرة

إلا بعد أن ينفذ المؤجر التزامه بتسليمها إياه ، ومع ذلك يتم عقد الإيجار قبل هذا التسليم إذ هو عقد رضائي دون شك ([8]) .

على أنه لا توجد أهمية عملية من القول بأن القرض عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم ، ما دامت الرضائية هي الأصل في التعاقد . ففي القانون الفرنسي يمكن أن يحل محل القرض العيني وعد بالقرض رضائي ينتهي إلى ذات النتيجة التي ينتهي إليها القرض العيني . وما على المتعاقدين إلا أن يتعاقدا على وعد بالقرض ، فيعد أحدهما الآخر أن يقرضه شيئاً . ويتم الوعد في هذه الحالة بمجرد التراضي ، لأن الأصل في التعاقد الرضائية كما قدمنا . وعند ذلك يستطيع الموعود له أن يجبر الواعد على تنفيذ وعده ، فيتسلم منه الشيء الموعود بقرضه ، فتصل بذلك عن طريق الوعد بالقرض إلى القرض الكامل ([9]) .

267 - القرض عقد ملزم للجانبين :

والقرض ينشئ التزامات متقابلة في جانب كل من المقرض والمقترض ، فهو إذن عقد ملزم للجانبين . والالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض هي أن ينقل ملكية الشيء المقترض ويسلمه إياه ، ولا يسترده منه إلا عند نهاية القرض ، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية أما الالتزامات التي ينشئها في جانب المقترض فهي أن يرد المثل عند نهاية القرض وأن يدفع المصروفات ، وقد يدفع الفوائد مقابلاً للقرض . وسيأتي تفصيل كل ذلك .

وليس القرض عقداً ملزماً للجانبين منذ أصبح عقداً رضائياً فحسب ، بل هو في نظرنا كان ملزماً للجانبين حتى لما كان عقداً عينياً في التقنين المدني السابق . ذلك أن القرض وهو عقد عيني كان ينشئ التزاماً في ذمة المقرض ، لا بالتسليم فإن هذا كان ركناً لا التزاماً ، بل بالامتناع عن استرداد المثل قبل نهاية القرض . يؤكد ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 539 مدني من أنه " يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقترض ، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند الانتهاء القرض " . فالالتزام بتسليم الشيء إلى المقترض كان في التقنين المدني السابق ركناً لا التزاماً كما سبق القول ، أما الالتزام بالامتناع عن المطالبة يرد المثل إلا عند انتهاء القرض ، فهذا الالتزام قائم في ذمة المقرض سواء كان القرض عقداً رضائياً أو عقد عينياً . ويتبين من ذلك أن القرض ، عندما كان عقداً عينياً ، كان ينشئ التزاماً في جانب المقرض ، وقد يكون من الالتزامات المقابلة له في جانب المقترض التزام بدفع فوائد مشترطة في العقد . فإذا أخل المقترض بالتزامه من دفع الفوائد ، جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تسري على عقد القرض ، فلا تكون في حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء أن قاعدة الفسخ تسري على العقود الملزمة لجانب واحد كما تسري على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى مسابقة فقهاء آخرين في تسمية الفسخ في عقد القرض بالإقساط (decheance) ، بل يبقى الفسخ على طبيعته مقصوراً على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد القرض حتى لو كان عقداً عينياً . ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في عقد القرض التزاماً لا ركناً وأصبح القرض عقداً رضائياً ، وذلك أن المقرض إذا فسخ العقد في حالة إخلال المقترض بالتزامه من دفع الفوائد ، فإن المقرض لا يتحمل بذلك من الالتزامات بالتسليم ، بل من الالتزام بالامتناع عن المطالبة بالاسترداد إلى نهاية القرض ([10]) .

268 - القرض عقد تبرع في الأصل :

والأصل في عقد القرض أن يكون تبرعاً ، إذ المقرض يخرج عن ملكية الشيء إلى المقترض ولا يسترد المثل إلا بعد مدة الزمن ، وذلك دون مقابل ، فهو متبرع . على أنه إذا اشترط على المقترض دفع فوائد معينة في مقابل ، فهو متبرع . على أنه إذا اشترط على المقترض دفع فوائد معينة في مقابل القرض ، أصبح القرض عقد معاوضة . ولكن الفوائد لا تجب إلا إذا اشترطت ، إذ الأصل في القرض كما قدمنا أن يكون عقد تبرع . وتقول المادة 542 في هذا المعنى : " على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على الفوائد اعتبر القرض بغير أجر " .

269 - تمييز القرض عن بعض ما يلتبس به من العقود :

والقرض يتميز تميزاً واضحاً عن بعض العقود ، فلا يلتبس بها . من ذلك عقد الهبة ، فالقرض نقل ملكية الشيء على أن يسترده مثله ، أما الهبة فنقل ملكية الشيء على أن يسترده هو ولا مثله . وإنما يشترك القرض بغير

فائدة مع الهبة في أن كلا منهما عقد تبرع . ومن ذلك عقد الإيجار ، فالقرض ينقل ملكية الشيء ، أما الإيجار ، فلا ينقل الملكية وإنما يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء على أن يرده بعينه في نهاية الإيجار ، لا أن يرد مثله كما في القرض . وإنما يتشابه القرض بالفائدة والإيجار من الناحية الاقتصادية في أن صاحب المال في الحالتين يجعل الغير ينتفع بماله في تظهير مقابل ، ومن هنا سمي المقرض بمؤجر النقود (bailleur de fonds) أو المانح (ت-مصطفى) .

ولكن القرض قد يتلبس بعقود أخرى ، نذكر منها بوجه خاص البيع والشركة والوديعة والعارية .

270 - تمييز القرض عن البيع :

وفي أكثر الأحوال يتميز القرض في وضوح عن عقد البيع ، فالبيع نقل ملكية المبيع في مقابل ثمن من النقود ، أما القرض فنقل ملكية الشيء المقترض على أن يسترد مثله بفوائد أو بدون فوائد . على أنه قد يدق في بعض الأحوال التمييز بين العقدين ، ونذكر من ذلك ما يأتي .

1 - عندما كان بيع الوفاء جائزاً - كما كان الأمر في التقنين المدني السابق - كان كثيراً ما يلتبس بالقرض ، بل كان كثيراً ما يخفي القرض ، ومن أجل ذلك حرمة التقنين المدني الجديد . فقد كان المقرض يأخذ من المقرض العين ويسمي العقد بيع وفاء ، ويعطيه مبلغاً من النقود هو في حقيقة قرض ولكن المتعاقدين يسميانه ثمناً . فإذا لم يرد المقرض النقود في الميعاد المحدد ، أصبح المقرض مالكاً للعين ملكية باتة . ولو سميت الأشياء بأسمائها الصحيحة ، لكانت العين رهناً ، ولما أمكن المقرض أن يملكها ، بل وجب عليه بيعها في المزاد لاستيفاء القرض ([11]) .

2 - ولا يزال هناك ، حتى في التقنين المدني الجديد ، نوع من الاتفاقات هو شرط التملك عند الوفاء ، بمقتضاه يقبل المقرض إذا لم يف القرض في الميعاد ، أن يملك المقرض العين المرهونة في نظير القرض ، فينقلب القرض بيعاً . والفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة ، أن العقد في الصورة السابقة يبدأ بيعاً ويبقى بيعاً ، أما في الصورة التي نحن بصددنا فيبدأ العقد قرضاً ثم يتحول بيعاً . وشرط التملك عند الوفاء باطل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 1052 مدني في هذا المعنى على أنه " يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان ... " ([12]) .

3 - وهناك ما يسمى ببيع العينة ، وحقيقته قرض . وصورته أن يبيع المقرض متاعاً للمقرض بثمن معجل يقبضه منه وهذا هو القرض ، ثم يعيد المقرض بيع نفس المتاع من المقرض بثمن مؤجل أعلى من الثمن المعجل الذي دفعه . مثل ذلك أن يبيع شخص ساعة من آخر بثمن معجل هو عشرون مثلاً . فإذا قبض البائع العشرين ، عاد فاشترى الساعة ذاتها ممن اشتراها منه بخمس وعشرين مؤجلة . فتعود إليه الساعة وينتهي الأمر إلى أنه قبض عشرين معجلة سماها ثمن الساعة ، والتزم بخمس وعشرين مؤجلة ، و الفرق فوائد ويغلب أن تكون فوائد فاحشة سترها عقد البيع ([13]) .

271 - تمييز القرض عن الشركة :

ويتميز القرض عن الشركة تمييزاً واضحاً في أكثر الأحوال . فالمقرض يسترد المثل من المقرض ، ولا شأن له بما إذا كان المقرض قد ربح أو خسر من استغلاله للقرض . أما الشريك فلا يسترد حصته من الشركة بعد انقضائها إلا بعد أن يساهم في الربح أو في الخسارة . وقد قدمنا أن هذه المساهمة في الربح وفي الخسارة هي التي تميز الشركة عن القرض .

ويدق التمييز . كما رأينا عند الكلام في الشركة ([14]) ، إذا قدم شخص مالا لآخر ، واشترط عليه أن يسترد مثله وان يساهم في الربح دون الخسارة . فمن رأي أن هذه شركة رآها شركة باطلة ، إذ هي شركة الأسد ([15]) . ومن رأي أن هذا قرض اعتبر أن من قدم المال قد أقرضه للآخر ، واشترط فائدة للقرض هي نسبة معينة من الربح ، وتكون الفائدة هنا أمراً احتمالية قد يتحقق إذا تحقق ربح وقد لا يتحقق إذا انعدم الربح وينبغي على ذلك أنه إذا تحقق ربح وزاد نصيب المقرض فيه على الفائدة المسموح بها قانوناً ، أنزل النصيب إلى الحد القانوني . وينبغي على ذلك أيضاً أن المقرض لا يشترك غالباً في إدارة العمل الذي قدم المال من أجله

ولا تكون له رقابة عليه إذ ليس بشريك ([16]) . ويتوقف الأمر على نية الطرفين ، فإن نيتهم إلى المشاركة في العمل ، اعتبر من قدم المال شريكاً اشترط عدم المساهمة في الخسارة فتكون الشركة باطلة ، وإلا كان العقد قرضاً على النحو الذي أسلفناه ([17]) .

وقد تتفق جماعة على أن يقدم كل منهم مبلغاً من النقود ، على أن يأخذ كل منهم بدوره مجموع هذه المبالغ مدة عام مثلاً ، ويردها ليأخذها غيره ، فينتفع كل منهم بمجموع هذه المبالغ مدة معينة . وهذا ما يسمى بقرض الائتمان المؤجل (prêt a crédit différé) ([18]) . فهذا عقد ظاهره شركة تختلط بالقرض ، ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اتفاق مستخدمي متجر على أن يودعوا ما يقتصدونه عند أحدهم ليستثمره لمصلحتهم ، وعند الاقتضاء يقدم منه شيئاً إلى من كان في حاجة إلى ذلك ، لا يعتبر عقد الشركة ، بل هو عقد غير مسمى يدور بين الوكالة والوديعة الناقصة ، فلا يجوز الحكم بالحل والتصفية ([19]) . ولا يجوز لمستخدم منهم خرج من الخدمة أن يطالب بحل الهيئة وتصفيها ، بل كل ما يستطيع هو أن يطالب بقيمة حصته وقت خروجه ([20]) .

272 - تمييز القرض عن الوديعة :

ويتميز القرض عن الوديعة في أن القرض ينقل ملكية الشيء المقترض إلى المقترض على أن يرد مثله في نهاية القرض إلى المقرض ، أما الوديعة فلا تنقل ملكية الشيء المودع إلى المودع عنده بل يبقى ملك المودع ويسترده بالذات . هذا إلى أن المقترض ينتفع بمبلغ القرض بعد أن أصبح مالكا له ، أما المودع عنده فلا ينتفع بمبلغ القرض بعد أن أصبح مالكا له ، أما المودع عنده فلا ينتفع بالشيء المودع بل يلتزم بحفظه حتى يرده إلى صاحبه .

ومع ذلك فقد يودع شخص عند آخر مبلغاً من النقود أو شيئاً آخر ومع ذلك فقد يودع شخص عند آخر مبلغاً من النقود أو شيئاً آخر مما يملك بالاستعمال ، ويأذن له في استعماله ، وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) وقد حسم التقنين المدني الجديد الخلاف في طبيعة الوديعة الناقصة ، فكيفها بأنها قرض . وتقول المادة 726 مدني في هذا المعنى : " إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ، وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله ، اعتبر العقد قرضاً " .

أما في فرنسا فالفقه مختلف في تكييف الوديعة الناقصة . والرأي الغالب هو الرجوع إلى نية المتعاقدين . فإن كان صاحب النقود قصد أن يتخلص من عناء حفظها بإيداعها عند الآخر ، فالعقد وديعة . أما أن قصد الطرفان منفعة من تسلم النقود عن طريق استعمالها لمصلحته ، فالعقد قرض . ويكون العقد قرضاً بوجه خاص إذا كان تسلم النقود مصروفاً ([21]) .

273 - تمييز القرض عن العارية :

وقد درج كثير من التقنينات - منها التقنين الفرنسي والتقنين المصري السابق - على جمع القرض والعارية في مكان واحد وتسمية العقدين بالعارية ، وللتمييز بينهما يسمى القرض عارية استهلاك (prêt de consommation) والعارية عارية استعمال (prêt a usage) .

والفرق ما بين العقدين فرق جوهري . ففي القرض ينقل المقرض ملكية شيء مثلي على أن يسترد المثل عند نهاية القرض ، ومن ثم كان القرض من العقود التي ترد على الملكية . أما العارية ، فالمعير لا ينقل ملكية العين المعارة إلى المستعير ، بل يقتصر على تسليمها إياه لينتفع بها على أن يردها بذاتها عند نهاية العارية ، ومن ثم كانت العارية ، ومن ثم كانت العارية من العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء . ومن أجل ذلك فرق التقنين المدني الجديد ما بين العقدين ، فوضع القرض بين العقود التي ترد على الملكية ، والعارية بين العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء .

والذي يميز القرض عن العارية أن محل القرض يجب أن يكون شيئاً مثلياً ، لأن المقترض يلتزم برد مثله (م 538 مدني سالف الذكر) . أما محل العارية فيجب أن يكون شيئاً قيمياً لا مثلياً ، لأن المستعير يرده بعينه لا بمثله . ومع ذلك فقد عرفت المادة 635 مدني العارية بأنها " عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال ، ما دام هذا

الشيء مثلياً . مثل ذلك أن تقترض مكتبة من أخرى نسخة من كتاب لتبيعها إلى عميل ، على أن ترد مثلها إلى المكتبة التي أقرضتها النسخة . وقد يعير شخص آخر شيئاً قابلاً للاستهلاك ، ما دام هذا الشيء قد اعتبر لذاته فأصبح قيمياً على هذا النحو . مثل ذلك أن يعير شخص صرافاً مبلغاً من النقود يعرض به عجزاً عنده ، على أن يرد الصراف هذا المبلغ بذاته إلى المعير بعد انتهاء التفتيش . ومثل ذلك أيضاً أن يعير شخص صيرفياً قطعاً من النقود يضعها في " الفترينة " على أن يردّها بذاتها ([22]) . (prêt adpompam et ostentation) .

274 - التنظيم التشريعي للقرض والدخل الدائم :

كان التقنين المدني السابق يجمع ، كما قدمنا ، بين القرضين والعارية في باب واحد ، وكان يضم إلى كل من المقرض والعارية في نفس الباب الدخل الدائم والإيرادات المرتبة مدى الحياة . ولما كانت الصلة مفقودة بين هذه العقود المتنافرة في طبيعتها ، فقد فصل بينها التقنين المدني الجديد ، وجعل القرض والدخل الدائم وهما من طبيعة واحدة في فصل واحد بين العقود الواردة على الانتفاع بالشيء وخصص للإيراد المرتب مدى الحياة فصلاً مستقلاً بين عقود الغرر : " يجمع التقنين الحالي (السابق) ما بين عاريتي الاستعمال والاستهلاك والدخل الدائم والدخل المرتب مدى الحياة في باب واحد والصلة ما بين هذه العقود أقرب إلى أن تكون لفظية ، وإلا فإن طبيعة كل عقد تتنافر مع طبيعة العقد الآخر فعارية الاستعمال ترد على المنفعة ، أما العارية الاستهلاك فتد على الملكية . وإذا كان الدخل الدائم عقداً محدداً ، فإن الدخل المرتب مدى الحياة عقد احتمالي . والأولي أن يجمع عارية الاستهلاك والدخل الدائم في مكان واحد فكلاهما قرض ، وان توضع عارية الاستعمال مكانها بين العقود التي ترد على المنفعة ، والدخل المرتب مدى الحياة مكانه بين العقود الاحتمالية . وهذا ما فعل المشروع " ([23]) .

وقد ترتب التقنين المدني الجديد عقد القرض ترتيباً منطقياً لا نجده في التقنين المدني السابق ، فذكر أولاً التزامات المقرض ، وهي إلى جانب نقل الملكية تسليم الشيء وضمان الاستحقاق وضمان العيب ، وهذه هي الالتزامات التي تنشأ عادة العقود الناقلة للملكية ، رأيناها قبل ذلك في البيع والمقايضة والهبة والشركة . ثم ذكر بعد ذلك التزامات المقرض ، وهي رد المثل ودفع الفوائد أن وجدت . وذكر أخيراً الوجوه التي ينتهي بها القرض ([24]) .

أما الدخل الدائم ، فقد أوجز فيه التقنين المدني السابق إيجازاً مخلصاً فعالج التقنين المدني الجديد هذا العيب ، إذ عرف العقد ، وبين أحكامه وأفاض بوجه خاص في أحكام الاستبدال به والاستبدال خصيصاً رئيسية فيه ([25]) .

275 - أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق في عقد القرض :

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق في عقد القرض فيما يأتي :

- 1 - جعل التقنين الجديد القرض عقداً رضائياً ، وكان عينياً في التقنين السابق .
- 2 - بين التقنين الجديد في وضوح أن القرض عقد ملزم للجانبين فهناك التزامات في ذمة المقرض تقابلها التزامات أخرى في ذمة المقرض .
- 3 - نقل التقنين الجديد أحكام الفوائد إلى الأحكام العامة في نظرية الالتزام .
- 4 - أغفل التقنين الجديد نصاً أورده التقنين السابق خاصاً برد القيمة العديدة للنقد أي كان اختلاف أسعار المسكوكات ، اكتفاء بالنص العام (م 134 مدني) الوارد في هذا الشأن .
- 5 - بين التقنين الجديد أسباب انقضاء القرض بياناً وافياً . وجدت في مسألة هامة ، إذ أجاز انتهاء القرض بفائدة متى انقضت ستة أشهر على القرض وأعلن المدين رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترض ، على أنه يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ([26]) .

ونبحث القرض والدخل الدائم في فصول ثلاثة متعاقبة، فنبحث أركان القرض في الفصل الأول، ثم آثار القرض في الفصل الثاني ، ثم الدخل الدائم في الفصل الثالث .

([1]) مراجع : جيوار في عقد القرض – أوبرى ورو وإسمان الطبعة السادسة جزء 6 – بودري وفال الطبعة الثالثة جزء 23 – بلانيول وريبير وسافاتييه الطبعة الثانية جزء 1 1 - دي باج ودكرز (Dekkers) جزء 5 – بلانيول وريبير وبولانجيه الطبعة الثالثة جزء 2 – كولان وكابيتان ودي لامور انديير الطبعة العاشرة جزء 2 – جوسران الطبعة الثانية جزء 2 انسيكلوبيدي دالوز 4 لفظ prêt الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود المسماة جزء 2 – الأستاذ محمود جمال الدين زكي في العقود المسماة سنة 1953 .

([2]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 722 عن المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم 566 من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم 538 (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 409 – ص 240) .

([3]) التقنين المدني السابق م 465 / 566 : والعارية بالاستهلاك هي أن المعير ينقل إلى المستعير ملكية شيء يلتزم المستعير بتعويضه بشيء آخر من عين نوعه ومقداره وصفته بعد الميعاد المتفق عليه .

(والتقنين المدني السابق كان يعتبر القرض عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم ، أما التقنين المدين الجديد فيعتبره عقداً رضائياً يتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول . والعبرة بتاريخ تكوين العقد ، فإن كان ذلك قبل 15 أكتوبر سنة 1949 فلا يتم القرض إلا بالتسليم ، وإلا تم بمجرد توافق الإيجاب والقبول . على أن العقد الذي لم يتم التسليم فيه قبل 15 أكتوبر سنة 1949 يمكن اعتباره وعداً بقرض يجبر الواعد على تنفيذه بتسليم الشيء فيتم القرض) .

([4]) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م 506 (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م 537 (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م 684 : القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها . (والظاهر أن عقد القرض في التقنين العراقي عقد عيني : أنظر الأستاذ حسن الذنون فقرة 210) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م 754 : قرض الاستهلاك عقد بمقتضاه يسلم أحد الفريقين الفريق الآخر نقوداً أو غيرها من المثليات ، بشرط أن يرد إليه المقترض في الأجل المتفق عليه مقداراً يماثلها نوعاً وصفة .

م 755 : ينعقد أيضاً قرض الاستهلاك إذا كان لدائن في ذمة شخص آخر على سبيل الوديعة أو غيرها مبلغ من النقود أو المثليات ، فأجاز لمديونه أن يبقى لديه تلك النقود أو الأشياء على الأقراض . (والظاهر أن التقنين

- اللبناني يجعل القرض عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم ، ويعتد بالتسليم الحكيم فيما إذا كان الشيء المقترض عند المقترض قبل القرض على سبيل الوديعة أو غيرها ويستتقيه المقترض بعقد القرض) .
- ([5]) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 410 .
- ([6]) أنظر الوسيط للمؤلف 1 فقرة 49 .
- ([7]) بوبتييه في الالتزام فقرة 6 – وانظر أيضاً جيوار فقر 8 – فقرة) .
- ([8]) بودري وفال 23 فقرة 596 وفقرة 701 .
- ([9]) أنظر في تفصيل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة 122 – فقرة 123 – الأستاذ محمود جمال الدين زكي في العقود المسماة ص 177 هامش 1 – بلانيول وريبير وسافاتييه 11 فقرة 1136 – وانظر في عهد التقنين المدني السابق حيث أن القرض عقداً عينياً وكان يمكن أن يسبقه وعد ملزم بالقرض : استئناف مختلط 8 مارس سنة 1891 م 6 ص 187 – وقارن استئناف مختلط 21 مارس سنة 1906 م 18 ص 159 .
- ([10]) أنظر في الاعتراض على رأينا هذا وفي الرد على الاعتراض الوسيط للمؤلف جزء أول ص 159 ص هامش رقم 1 .
- ([11]) محكمة الموضوع هي التي تستخلص نية المتعاقدين هل انصرفت إلى القرض لا إلى البيع ، وتستخلصها من ظروف القضية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره ، قد أقامت ذلك على نية طرفيه كانت منصرفاً إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة العقد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرى في الدعوى والقرائن الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن في حكمها ، فيتعين رفض هذا الطعن (نقض مدني 3 ابريل سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 180 ص 390) .
- ([12]) أنظر أيضاً بالنسبة إلى رهن الحيازة م 1108 مدني .
- ([13]) وهذا ما كان بوتييه يسميه Mohatra ، ويغلب أن يكون من بيع العينة في الفقه الإسلامي .
- ([14]) أنظر أنفاً فقرة 159 .
- ([15]) أنظر أنفاً فقرة 171 .
- ([16]) أنظر حكم محكمة استئناف مصر في 8 ابريل سنة 1943 المجموعة الرسمية 43 رقم 244 أنفاً فقرة 160 في الهامش .
- ([17]) بودري وفال 23 فقرة 693 – وانظر في الفروق بين الشركة والقرض بودري وفال 23 فقرة 695 بلانيول وريبير وسافاتييه 11 فقرة 1139 .
- ([18]) أنظر أنفاً فقرة 160 في الهامش – وانظر في القرض في فرنسا بلانيول وريبير وسافاتييه 11 فقرة 1141 مكررة ثالثاً .
- ([19]) استئناف مختلط 22 مايو سنة 1920 م 32 ص 323 .
- ([20]) استئناف مختلط 8 ديسمبر سنة 1927 م 40 ص 73 .
- ([21]) أنظر في هذه المسألة بودري وفال 23 فقرة 1902 – فقرة 1097 .
- ([22]) أنظر بودري وفال 23 فقرة 601 – وإذا اعار شخص آخر أسهماً ينتفع بفوائدها على أن يرد الأسهم بالذات ، فالعقد عارية لا قرض (استئناف مختلط 20 مايو سنة 1948 م 60 ص 124) – وأهم الفروق بين القرض والعارية – وهما الآن عقدان رضائيان ملزمان للجانبين في التقنين المدني الجديد – أن القرض عقد ناقل للملكية والعارية لا تنتقل إلا حيازة عرضية (ويستتبع ذلك نتائج هامة في تبعة الهلاك وفي

حقوق المقرض أو المعير عند إفسار المقترض أو المستعير) ، وأن القرض قد يكون تبرعاً أو معاوضة إذا كان بفائدة أما العارية فلا تكون إلا تبرعاً ، وأن للمعير على عكس المقرض أن يسترد العين المعارة قبل الوقت المحدد في العقد إذا عرضت له حاجة ماسة (بودري وفال 23 فقرة 602 - الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود المسماة 2 فقرة 225) .

[23]) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 407 .

[24]) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 407 .

[25]) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 407 .

[26]) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 407 - 408 .

تمييز عقد الإيجار عن العقود الأخرى

3- تمييز عقد الإيجار عن العقود الأخرى: وخصائص الإيجار المتقدمة الذكر تجعله يتميز عن سائر العقود . فكونه يقع على منفعة الشيء المؤجر لا على ملكيته يميزه عن البيع ، إذ البيع يقع على الملكية لا على المنفعة . وكون المنفعة في الإيجار لقاء أجر معلوم عن العارية ، فالعارية من عقود التبرع لا يدفع المستعير فيها أجرا . وكون المستأجر يرد نفس العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار يميز الإيجار عن القرض ، فالمقترض لا يرد نفس الشيء بل يرد مثله . وكون الإيجار يرد على شيء لا على عمل يميزه عن كل من المقاوله وعقد العمل والوكالة ، فهذه العقود الثلاثة الأخيرة تقع على العمل . وكون المستأجر ينتفع بالشيء يميز الإيجار عن الوديعة ، إذ المودع عنده لا ينتفع بالشيء بل يحافظ عليه .

ومع ذلك قد يلتبس عقد الإيجار بهذه العقود ذاتها ، أو بعقود أخرى ، فيدق تميزه عنها . ونضرب لذلك الأمثلة الشتى .

4- التباس الإيجار بالبيع (إحالة): قدمنا في عقد البيع ([1]) أن التمييز يدق بين البيع والإيجار إذا وقع العقد ، لا على الشيء ذاته ، بل على ثمراته ومنتجاته . وذكرنا أن الأصل في العقد إذا وقع على ثمرات الأرض أن يكون إيجارا إذ يقع على منفعة الأرض المتجددة التي لا تنفذ ، وإذا وقع على المنتجات يكون بيعا إذ يقع على هذه المنتجات ذاتها لا على منفعة متجددة . ومع ذلك قد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو (لا يزال في الأرض ، فيكون العقد بيعا لهذا المحصول لا إيجارا للأرض ، فالعبرة بنية المتعاقدين

هل أرادا بيعا أو إيجارا ، فقد يؤجر صاحب المنجم أو المحجر منجمه أو محجره ليستغله المستأجر في مقابل أجره دورية فيكون العقد إيجارا لا بيعا .

وقلنا أيضا إن التمييز يدق بين البيع والإيجار فيما يسمى بالإيجار السائر للبيع (location-vente) ، وقد عالجتنا هذه المسألة تفصيلا في عقد البيع ([2]) .

5- التباس الإيجار بالعارية :

قل أن يقع التباس بين العقدين ، فالعارية تكون حتما بغير عوض بينما الإيجار هو دائما من عقود المعارضة ، ولكن يساق عادة في هذا الصدد مثلان يقال فيهما إن اللبس حاصل :-

المثل الأول : إذا باع شخص لآخر أرضا ، واستبقى لنفسه فيها حق الصيد مثلا ، فهل يثبت له هذا الحق بناء على عقد عارية بدون مقابل ، أو هو ثابت له بناء على عقد إيجار بمقابل؟

لا شك في أن استبقاء البائع لنفسه حق الصيد قد اعتبر عند تقدير الثمن ، وقد راعى البائع في تقديره المبلغ الذي يتقاضاه ثمنا للأرض أنه يتمتع بحق الصيد فيها ، فأنقص من هذا المبلغ ما يقابل هذا الحق . ويكون ثبوت حق الصيد للبائع إنما هو بمقابل ، فالعقد إيجار لا عارية . ولو باع شخص دارا على أن يبقى ساكنا فيها لمدة

سنة بعد البيع ، فلا بد أن يكون سكنى البائع الدار سنة قد روعي في تقدير الثمن ، لإنقاص منه بمقدار ما يقابل السكنى ، فلا يكون شرط بقاء البائع ساكنا الدار سنة عقد عارية ، بل هو عقد إيجار ، فتقع على المشتري نفقات الصيانة ، ويلتزم البائع بأن يبذل في المحافظة على الدار عناية الرجل المعتاد . ولو كان العقد عارية ، لوقعت على البائع نفقات الصيانة ، ولا تلزم في المحافظة على الدار بالعناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك من عناية الرجل المعتاد([3]) .

المثل الثاني : كثيرا ما يقع أن الأجير أو الموظف يكون له أن يتقاضى ، عدا أجره أو مرتبه ، مسكنا لا يدفع فيه أجرة . فهل هو مستعير لهذا السكن أو هو مستأجره له؟ لاشك في أن المسكن ، كما هو الأمر كما في الحالة المتقدمة ، جزء من الأجر أو المرتب ، فالعقد هنا إيجار أيضا لا عارية([4]) .

ويقع أن بعض الأثرياء يتبرعون بأمكنة لأغراض خيرية ، لاستعمالها مدارس أو مستشفيات أو نحو ذلك ، ويحرمون عقودا يذكرون فيها أنهم يؤجرون هذه الأمكنة لمدد طويلة ، وأنهم تنازلوا عن الأجرة أو أنهم قبضوها . فالعقد هنا هو عقد عارية مستترة باسم الإيجار ، الهبة المستترة باسم البيع تتبع فيه أحكام العارية([5]) . ويحدث ذلك أن الحكومة تؤجر للمنشآت والمؤسسات أراضي حرة بأجرة رمزية ، فهذا العقد هو في حقيقته عارية وإن سمي إيجارا .

6- التباس الإيجار بالقرض :

وقد يلتبس الإيجار بالقرض في حالة ما إذا أجر شخص لآخر أرضا زراعية ، بما فيها من أشياء تستهلك بالاستعمال كسماد وبذرة على أن يستهلكها المستأجر ويرد مثلها عند انتهاء الإيجار . كذلك قد يؤجر صاحب مصنع مصنعه بما فيه من آلات لازمة لإدارته على أن يعوض المستأجر برد مثلها . فهل يعتبر العقد فيما يتعلق بالأشياء التي تستهلك بالاستعمال عقد إيجار أو عقد قرض؟ يجب التفريق في هذه الفروض بين ما إذا كانت الأشياء المستهلكة الملحقة بالعقار تعتبر عقارا بالتخصيص كآلات المصنع فيشملها حتما عقد الإيجار الواقع على العقار الأصلي ، وما إذا كانت هذه الأشياء لا تعتبر عقارا بالتخصيص ، كالسماد والبذرة بالنسبة إلى الأرض الزراعية والمواد الخام بالنسبة إلى المصنع ، فإذا كانت قد تركت للمستأجر على أنها من توابع العقار المؤجر شملها عقد الإيجار ، وإلا فلا يشملها ويعتبر العقد فيما يتعلق بها عقد قرض فتنتقل ملكيتها إلى المستأجر وإذا أفلس لا يستطيع المؤجر أن يسردها بل يتقاسم ثمنها مع سائر الدائنين قسمة غرماء . ومن الفقهاء من يذهب إلى وجوب التفريق بين ما إذا كانت الأشياء المستهلكة ضرورية لتسيير المصنع كالألات والفحم فيلحق هذا بالعقار ويكون مؤجرا مثله ، وما إذا كانت غير ضرورية كالمواد الخام فلا تعتبر من توابع العقار ويأخذها المستأجر بعقد قرض لا بعقد إيجار([6]) .

7- التباس الإيجار بالمقولة :

قد يلتبس الإيجار بالمقولة في عقد شائع هو عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة . فالعقد الذي يبرمه المستهلك مع شركة مياه النيل هل يعتبر عقد مقولة واقعا على ما تقوم به الشركة من عمل في توصيل المياه للمستهلك ، أو هو عقد إيجار لمعدات الشركة التي تقوم بتوصيل المياه([7])؟ وسواء اعتبر العقد مقولة أو إيجارا ، ففي الحالتين يكون عقدا مدنيا من عقود الإذعان يخضع للقواعد المدنية ، ويخضع بالأخص للعقد الإداري القائم بين جهة الإدارة وملتزم المرفق . ويبدو أن هذا هو مذهب التقنين المدني الجديد ، فقد اعتبر هذا التقنين العقد مقولة (لا إيجارا) يهيمن عليه العقد الإداري الذي تم بين جهة الإدارة المختصة وبين الفرد أو الشركة التي عهد إليها الاستغلال المرفق . فنصت المادة 906 من المشروع التمهيدي - وهي التي أصبحت بعد تعديلها المادة 668 من التقنين المدني - على أن «1-التزام المرافق العامة عقد إداري ، الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية . ويكون هذا العقد بلين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذه المرافق وبين أفراد الشركة التي يعهد إليها باستغلال المرفق عدة من السنين .

2- ويكون هذا العقد الإداري هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدي الخدمات التي يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستتجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحده قائمة الأسعار التي تقررها جهة الإدارة" . وهذا هو الرأي الذي يميل إلى الأخذ به رجال الفقه المدني ،

أما رجال الفقه الإداري فينكرون على مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام أن تكون له صفة تعاقدية ، ويذهبون إلى أن هذا المركز هو مركز قانوني منظم (situation relementaire) ([8]) .

وسنعود إلى هذه المسألة بالتفصيل عند الكلام في عقد المقاوله في الجزء السابع من الوسيط . وما ذكرناه عن المياه يسري على سائر المرافق العامة من نور وغاز وراديو وتليفزيون ونقل وما إلى ذلك .

وإذا حجز شخص محلاً في أحد الملاعب ، فهل يعتبر العقد بينه وبين صاحب الملعب إجراً فيكون للمحل الذي يحجزه ، أو هو عقد مقاوله يقع على ما يقوم به الملعب من وسائل التسلية للجماهير؟ الظاهر أنه عقد المقاوله ، لان العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد هو ما يقوم به الملعب من عمل .

والإتفاق مع إحدى الصحف على استئجار محل فيها للإعلان نظير مقابل معين ليس عقد مقاوله ، بل هو عقد إيجار . وإذا اتفق شخص مع مالك البناء على نشر إعلانات على حوائط البناء أو فوق سطحه ، وإن اقتصر على تمكين الشخص من إجراء الإعلان فالعقد إيجار .

8- التباس الإيجار بعقد العمل :

إذا تعاقدت شركة مركبات مع سائق على أن تعطيه مركبة يستغلها للنقل ، على أن يعطي الشركة جعلاً معيناً ويأخذ باقي الأرباح لنفسه ، فهل يعتبر هذا الإتفاق عقد عمل ويكون السائق عاملاً لدى الشركة ، أو عقد إيجار؟ أو يكون السائق مستأجراً للمركبة؟ يذهب القضاء الفرنسي إلى أن الإتفاق عقد عمل ، لأن صلة السائق بالشركة هي صلة التابع بالمتبوع ، وأجر السائق هو الفرق بين إيراد المركبة وما يدفعه السائق للشركة ، فهو أجر متغير وهذا جائز في عقد العمل . ويترتب على ذلك أن الإتفاق عقد عمل أن القانون الخاص بمسئولية رب العمل يسري في هذه الحالة ، فإذا أصيب السائق في أثناء عمله كان له الرجوع بتعويض على الشركة دون حاجة إلى إثبات تقصير من جانبها ([9]) .

وإذا استأجر شخص مركبة بسائقها من صاحب مركبات لنقل أمتعته ، فهل يعتبر العقد واقعاً على عملية النقل أو على الانتفاع بالمركبة؟ الظاهر أن العبرة بعملية النقل إذا كان السائق ما يزال في خدمة صاحب الشركة يتقاضى منه أجره فيكون العقد عقد مقاوله للنقل ، لم يطالب مالكة من تعاقد معه بتعويض عن ذلك إلا إذا أصاب المركبة عطب في أثناء النقل ويترتب على ذلك أنه إذا أصاب المركبة عطل عن ذلك إلا إذا كان التلف بفعل هذا الأخير . أما إذا بقيت المركبة والسائق عند المستأجر فترة من الزمن ، وأصبح السائق تابعاً له يأخذ منه أجره ، فالإتفاق عقد عمل مع السائق وعقد إيجار بالنسبة إلى المركبة ([10]) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا استأجر شخص عربية من مالكة مشاهرة ليؤدي بها عمله ، فأصبح السائق ياتمر بأمر المستأجر وأصبح لهذا الأخير حق الرقابة عليه ، فإذا وقع حادث بخطأ السائق أثناء تادية عمله كان المستأجر مسئولاً عن ذلك ولا رجوع له على مالك العربية ([11]) .

9- التباس الإيجار بالوكالة : يختلف الإيجار عن الوكالة بأن المستأجر لا يمثل بخلاف الوكيل فإنه يعمل باسم الوكيل ويمثله ، ومحل الوكالة تصرف قانوني أما الإيجار فمحل عمل مادي ، وتنتهي الوكالة بموت الوكيل أو بموت الموكل ولا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر إلا في حالات استثنائية ، ويجوز الرجوع في الوكالة ولا يجوز الرجوع في الإيجار ، ويجوز في الوكالة أن يعدل القاضي الأجر الموافق عليه أما في الإيجار فلا يجوز ذلك إلا في حالات استثنائية . ويشترك الوكيل والمستأجر في أنه إذا تصرف أي منهما في الشيء الذي تحت يده بدون إذن المالك اعتبر مبدداً .

وقل أن يقع لبس بين الوكالة والإيجار ، إلا أن ذلك جائز الوقوع كما في الفرض الآتي . يتفق شخص مع آخر على أن يؤجر له جملة واحدة أعياناً يملكها الأول ، على أن يؤجرها المستأجر من باطنه واحدة واحدة ويتقاسم الأجرة مع المؤجر بنسبة معينة أو يأخذ لنفسه مبلغاً معيناً يخصه من الأجرة التي يتقاضاها من المستأجرين عقد إيجار ، بل هو عقد وكالة مأجور ، والوكيل فيها هو من تسمى بالمستأجر الأصلي ، والموكل من تسمى بالمؤجر . وحقيقة إنفاقهما أن الثاني وكل الأول في تصرف قانوني وهو إيجار الأعيان المملوكة لهذا الأخير وقبض الأجرة من المستأجرين وتسليمها للموكل ، وذلك في مقابل أجر واحد قد يكون مبلغاً معيناً أو نسبة معينة من مقدار الأجرة التي يدفعها من يتسمون بالمستأجرين من الباطن وهم في الواقع مستأجرون أصليون ([12]) . ويترتب على ذلك أن العقد وكالة لا إيجار أن علاقة المؤجر بالمستأجر تقوم مباشرة بين

الموكل والمستأجرين من الوكيل ، وأن يجوز رجوع كل من الموكل والوكيل عن الوكالة ، وأن الوكالة تنتهي بموت أحد المتعاقدين ([13]) .

10- التباس الإيجار بالوديعة :

يختلف الإيجار عن الوديعة في أن المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة والمودع هو الذي يدفع الأجر ، كما أن مسؤولية المودع عنده أخف من مسؤولية المستأجر ، ويلتزم المودع عنده برد العين إلى المودع بمجرد انتهاء طلبه ولو لم ينقض الأجل أما المستأجر فلا يرد العين إلا بعد انقضاء مدة الإيجار . ويشترك المودع عنده والمستأجر في أنه إذا تصرف أي منهما في العين بدون إذن المالك اعتبر مبددا .

وقد يقع لبس بين العقدين في الأحوال الآتية :

1 – يتعاقد شخص مع أحد المصارف على أن يخصص له خزانة في مصرف يضع فيها ما يخشى عليه الضياع من الأشياء الثمينة location des coffres – forts . فهل يعتبر هذا العقد إيجاراً للخزانة ، أو وديعة لدى المصرف للأشياء التي توضع في الخزانة ؟ لا عبارة بالأجرة الذي دفع للمصرف ، فهو قد يكون أجره للخزانة إذا اعتبرنا العقد إيجاراً ، وقد يكون أجراً للمودع عنده إذا اعتبرنا العقد وديعة ، فوجود الأجر لا يرجح كفة على الأخرى .

وقد كان الرأي الراجح في الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر ([14]) أن العقد إيجار لا وديعة ، لأن المصرف لا يتسلم الأشياء التي يريد المستأجر إيداعها في الخزانة ، ولا يتعهد بردها ، بل يعطي المستأجر مفتاح الخزانة وهو يضع ما يريد فيها . وإذا قيل إن المصرف ملتزم بالمحافظة على الخزانة فهذا التزام يصح اشتراطه على المؤجر في عقد الإيجار ، وإذا قيل إن المصرف يكون عنده عادة أحد المفتاحين اللذين لا يمكن فتح الخزانة بدونهما فإن هذا متفرع عن التزام المصرف بالمحافظة على الخزانة . ويترتب على الأخذ بهذا الرأي النتيجتان الآتيتان :

(أ) إذا أراد دائنو المستأجر أن يوقعوا حجزاً على الأشياء الموجودة بالخزانة ، فإن عليهم أن يوقعوا حجزاً تنفيذياً لا حجزاً تحفظياً على ما للمدين لدى الغير ، لأن هذه الأشياء تعتبر في حيازة مدينهم وهي في الخزانة التي استأجره وليست دين وديعة في ذمة المصرف حتى يجوز توقيع الحجز تحت يديه .

(ب) في حالة ما إذا تلفت الأشياء المودعة بالخزانة لقوة قاهرة كحريق ، فإن المصرف لا يكون مسئولاً إذا اعتبر العقد وديعة ، إذا المودع عنده لا يسأل عن القوة القاهرة حتى لو كانت الوديعة مأجورة . أما إذا اعتبر العقد إيجاراً ، وكان الحريق متسبباً عن عيب حفى في بناء المصرف ، فالمصرف ضامن لهذه العيوب ولو لم يثبت قبله أي خطأ ([15]) .

ولكن حدث أخيراً تحول في الفقه والقضاء في هذه المسألة ، ورجح الرأي الذي يذهب إلى أن العقد ليس إيجاراً وإنما هو وديعة . ذلك أن التزام المصرف بالمحافظة على الخزانة هو التزام جوهرى ، ولو كان المصرف مؤجراً للخزانة لكان التزامه بالمحافظة عليها التزاماً ثانوياً ، والعميل إنما تعاقد مع المصرف للحصول على هذا الالتزام . والعقد للذي يكون فيه واجب الحفظ واجباً جوهرياً إنما يكون وديعة لا إيجاراً . ولا يمنع من أن يكون العقد وديعة أن يكون المصرف لا يتسلم الشيء ، فالمودع عنده قد يترك المودع يضع بنفسه الشيء في المكان الذي يحفظ فيه دون أن يتسلمه . كذلك لا يمنع من أن يكون العقد وديعة أن المصرف لا يقوم بنفسه برد الشيء ، فيكفي في الرد أن المصرف يمكن العميل من استرداد ما استودعه الخزانة . وإذا كان هناك اعتراض جدى على أن العقد وديعة ، فهذا الاعتراض إنما يأتي من أن الوديعة تكون عادة غير مأجورة ، بل هي خدمة وديعة يقوم بها صديق نحو صديقه . ومن ثم يجب أن يتميز عن عقود الوديعة العادية ما يمكن أن يسمى بعقد الحفظ (contrats de grade) المهنية ، حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له ، كالمصرف بالنسبة إلى الخزانة فيما قدمناه ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التي تودع عنده ([16]) .

وأهم نتيجة لهذا التحول ، فيما يبدو ، أنه حسم النزاع في الحجز الذي يوقع على الأشياء المودعة . ذلك أنه عند ما كان العقد يكيف إيجاراً ، كان المنطق القانوني يقضي بأن دائني المستأجر ، إذا أرادوا توقيع حجز على الأشياء المودعة بالخزانة ، يوقعون حجزاً تنفيذياً لا حجزاً تحفظياً كما سبق القول . ولا شك أن في إلزام الدائنين

بتوقيع الذي قصدوا إليه ، إذ يجب في الحجز التنفيذي أن يكون لدى الدائنين سند تنفيذي ويجب أن يسبق الحجز تنبيهه بالدفع ، وهذا كاف لجعل المدين يتنبه فيبادر إلى إخفاء الأشياء التي أودعها الخزانة ([17]) هذا إلى أنه في الحجز التنفيذي يجب على الدائنين أن يعينوا الخزانة تعييناً كافياً لتوقيع الحجز عليها ، أما في حجز ما للمدين لدى الغير فيكفي أن يحجزوا تحت يد المصرف دون تعيين للخزانة ([18]) .

2 – يحدث أن يتفق تاجر مع صاحب مخزن على أن يضع التاجر بضائعه في هذا المخزن في مقابل أجر معين ، فهل يعتبر هذا العقد وديعة بأجر للبضائع المخزونة أو عقد إيجار للمخزن نفسه ؟ الظاهر أن العبرة في ذلك بمعرفة من يكون عليه واجب المحافظة على البضائع ، فإذا ثبت أن صاحب المخزن ليس عليه أن يتسلم البضائع ولا أن يردها للتاجر ولا أن يحافظ عليها وهي في المخزن ، كان العقد إيجاراً لا وديعة . وهذا ما يذهب إليه الفقه ويسير عليه القضاء في فرنسا . ([19]) .

3 – تتفق إدارة المعرض عادة مع العارضين على أن تخصص لكل منهم مكاناً في المعرض يضع فيه ما يريد عرضه على الجمهور ، وذلك في مقابل أجر معلوم ، فهل يعتبر هذا العقد وديعة أو إيجار ؟ الظاهر هنا أيضاً أن العبرة بمعرفة من يكون عليه واجب الحفظ ، كما هو الأمر في الحالة السابقة . فإذا كانت البضائع في عهدة إدارة المعرض وهي التي تحافظ عليها فالعقد وديعة ، وإلا فهو إيجار حتى لو اشترط على العارض أنه لا يجوز له أن يأخذ معروضاته قبل نهاية المعرض فإن وجود هذا الشرط لا يتعارض مع عقد الإيجار ([20]) .

11 – التباس الإيجار بالشركة : يختلف الإيجار عن الشركة في أن المستأجر يدفع أجره معينة للمؤجر وهو حر بعد ذلك في استغلال الشيء المؤجر ، فالمكسب له والخساره عليه ، أما في الشركة فالشيء المشترك يستغله الشريكان ويقتسمان الربح والخسارة .

وقد يلتبس الأمر في عقد المزارعة ، لأن المؤجر يأخذ أجرته جزءاً من المحصول فهو يقتسم الربح والخسارة مع المستأجر . ولكن الأجرة في المزارعة هي نسبة معينة من نفس المحصول الذي نتيجته الأرض ، أما في الشركة فالشريك يقاسم شريكه في صافي ثمن المحصول لا في المحصول نفسه ([21]) .

ويتفق أن مالك الشيء يعطيه لآخر يستغله ويتعهد فوق ذلك أن يقوم بأشياء لازمة للاستغلال ، كصاحب مصنع يتعهد ، فوق تسليم المصنع لمن يستغله ، أن يورد الآلات اللازمة والقوة الكهربائية والفحم وأن يدفع مرتبات بعض العمال في نظير أن يتقاضى جزءاً من إيراد المصنع . وقد ذهب بعض المحاكم ([22]) إلى أن هذا العقد شركة لا إيجار . ويرى بعض الفقهاء ([23]) أن العقد يجمع بين البيع والإيجار وعقد العمل . على أنه يجوز للمؤجر أن يشترط أجره معينة مع جزء من صافي الربح ويبقى العقد إيجاراً ([24]) .

12 – التباس حق المستأجر بحق الانتفاع : حق المنتفع usufruitier يشبه حق المستأجر . فكل من المنتفع والمستأجر ينتفع بشيء لا يملكه ولمدة معينة . إلا أن الحقين يختلفان أيضاً من وجوه أهمها ما يأتي : (1) حق المنتفع حق عيني ، أما المستأجر فحقه شخصي . (2) حق المنتفع ينقضي حتماً بموته ، أما حق المستأجر فيورث عنه إلا إذا كان الإيجار معتبراً فيه شخصيته . (3) حق المنتفع قد يكون بعوض أو بغير عوض ، أما حق المستأجر فهو دائماً بعوض . (4) حق المنتفع يكون مصدره أي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية فيما عدا الميراث ، أما حق المستأجر فمصدره دائماً هو العقد ([25])

وبالرغم من هذه الفروق قد توجد أحوال يلتبس فيها حق المستأجر بحق الانتفاع ، منها ما يأتي :

1 – حق المستأجر في الإيجار مدى الحياة قد يلتبس بحق المنتفع ، لأن كلا منهما لا يورث ، بل ينتهي بموت المستأجر أو المنتفع . على أنه من المتفق عليه أن الإيجار قد يكون لمدة حياة المستأجر دون أن يكون له من وراء ذلك حق عيني في الشيء المؤجر ، لأن طول المدة وقصرها لا تأثير له في طبيعة الحق ([26]) .

2 – هناك عقود إيجار مؤبدة أو لمدة طويلة ، وهي تعطي المستأجر حقاً عينياً في الشيء المؤجر ، فحق المستأجر يشبه من هذا الوجه حق المنتفع . وهذه العقود ، ومنها الحكر ، لها أحكام خاصة فلا يجوز الخلط بينها وبين حق الانتفاع ، لأن الحقوق العينية الناشئة عنها تنتقل إلى الورثة ، أما حق الانتفاع فلا يورث . كذلك لا

يجوز الخلط بينها وبين عقود الإيجار المعتادة ، لأنها عقود طويلة المدة ، ولأن الحقوق التي تنشأ عنها هي حقوق عينية ([27]) .

13 – التباس حق المستأجر بحق الارتفاق : قل أن يلتبس حق المستأجر بحق الارتفاق . ومع ذلك قد يقع لبس في حق المرور إذا منح بمقابل . فإن كان قد منح لمصلحة عقار ، فهو حق ارتفاق . وقد يمنح لمصلحة عقار ، كما إذا منحت شركة سكك حديدية شركة أخرى أن تمر قاطراتها على قضبان الشركة الأولى . ففي هذه الحالة يكون العقد إيجاراً واقعاً على حق المرور ([28]) .

14 – التباس حق المستأجر ببعض الحقوق المعنوية : قد ينزل المخترع عن براءة الاختراع لآخر بمقابل ، ويكون العقد بيعاً أو إيجاراً . وهو بيع إذا نزل المخترع عن جميع حقوقه طول المدة التي تقوم فيها هذه الحقوق . وهو إيجار إذا نزل عن حقوقه لمدة معينة ، أو في مناطق محددة ، أو اقتصر العقد على بعض من هذه الحقوق ([29]) .

وقد تمنح رخصة للدفن في أرض معدة لذلك . فإذا كانت الرخصة مؤقتة والدفن لمدة معينة ، فالعقد إيجار . أما إذا كانت الرخصة دائمة ، فحق صاحب الرخصة يكون حقاً عينياً ، ولكنه ليس حق ملكية فلا يستطيع أن يستعمله إلا للدفن . ([30]) .

([1]) الوسيط 4 فقرة 93 – وقد ذكرنا (الوسيط 4 فقرة 93 ص 179 هامش 1) أن محكمة النقض ذهبت في عهد التقنين المدني القديم إلى أن تكيف العقد هل هو بيع أو إيجار يتبع فيه قصد المتعاقدين (نقض جنائي 21 مايو سنة 1934 المجموعة الرسمية 35 رقم 206) . ونضيف هنا أنها قضت ، تطبيقاً لذلك ، بأنه من كان الواقع في الدعوى هو أن الطاعن الأول أجر إلى الطاعنين الثاني والثالث السيارة التي صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة إلى ملكية المطعونين بعد دفع كل الأقساط (عقد إجارة البيع) – وكان الحكم المطعون فيه إذ حمل ذلك الطاعن المسؤولية عن الحادث بالتزامن مع الطاعنين الثاني والثالث ، قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصاً سائغاً من نصوص العقد من أنه مازال وقت الحادث مالكا للسيارة ، وله بمقتضى العقد الحق في الإشراف والرقابة على من كان يقودها إذ ذاك وتسبب بخطئه في وقوعه ، كان هذا الذي أورده الحكم كافياً لحمله ومؤدياً إلى ما انتهى إليه ، ومن ثم يكون النعي عليه القصور على غير أساس (نقض مدني 24 مايو سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 137 ص 857 – 24 مايو سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 137 ص 857 – 24 مايو سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 138 ص 863) .

([2]) وقدمنا (الوسيط 4 فقرة 93 ص 179 هامش 1) أن التقنين المدني الجديد حسم الخلاف في هذه المسألة بنص صريح إذ قضى في المادة 430 منه بأن البيع بالتقسيم يعتبر بيعاً " ولو سمي بالمتعاقدان البيع ليس إيجاراً" فالإيجار السائر للبيع يكون بيعاً ولا إيجاراً .

وانظر في تكيف العقد ما بين المستهلك وبين ملتزم المرافق العامة كالمياه والنور والغاز والكهرباء وهل هو بيع أو إيجار أو مقاوله ما يلي فقرة 7 .

([3]) سليمان مرقص فقرة 23 – على أن تكيف شرط سكني الدار بأنه عقار إيجار قد يؤدي إلى نتائج غير مقصودة ، فيمتد إلى عقد الإيجار بحكم القانون بعد انقضاء السنة طبقاً لأحكام القانون إيجار المكان . والأولى أن يقال إن حق سكني الدار جزء من ثمنها ، ويكون الثمن في هذه الحالة مكوناً من عنصرين ، العنصر الغالب وهو المبلغ المسمى من النقود ، وعنصر آخر ثانوي هو حق سكني الدار لمدة سنة . ومن ثم يكون العقد في مجموعة بيعاً لا إيجار فيه ، فلا يسري عليه قانون إيجار الأماكن .

([4]) سليمان مرقس فقرة 23 - منصور مصطفى منصور فقرة 143 - عبد المنعم فرج الصدة فقرة 19 ص 32 - عبد الحي حجازي - فقرة 28- محمد لبيب شنب فقرة 20- وانظر الإبحار للمؤلف فقرة 19 - بودري وقال في الشركة والعارية والوديعة قرة 116 - بودري وقال في الإيجار ، فقرة 1635 : ويذهبان في الحالة التي نحن بصدها ، لا إلى تجزئة العقد إلى عقد عمل وإيجار ، فقرة بل يعتبران أن العقد تم تجزئته إلى عقد عمل وإيجار أشياء ، بل يعتبران أن بل يعتبران العقد في مجموعة عقد عمل على أساس أن المسكن جزء من أجر = العامل ، ومن ثم لا يكون هناك إيجار يسري في شأنه قانون إبحار السكان ، وهذا هو الرأي الذي تفضل الأخذ به (انظر في هذا المعنى أوبري وروواسمان فقرة 15 - وانظر ما يلي فقرة 574) .

([5]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 754 من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم 586 في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم 558 (مجموعة الأعمال التحضيرية 4 ص 469-470) .

([6]) يفر جيبه 3 فقرة 81-لوران 25 فقرة 63 - بودري وقال 1 فقرة 964 - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 44 ص 66 هامش 3 - وانظر في كل ما تقدم الإيجار المؤلف المؤلف فقرة 20 . وقد يخفق الإيجاز قرضا بربا فاحش ، كما إذا أجر شخص عينا بأجر بخس ، والفرق بين هذا الأجر والأجر الحقيقي هو الربا الفاحش (استئناف مختلط 11 فبراير سنة 1936م 48 ص 116) .

([7]) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (31 يوليو سنة 1883 دالوز 84-1-245) إلى أن هذا العقد هو عقد بيع للمياه . ولا يعترض على ذلك بأن الماء مال مباح للجميع ، فإن الماء الذي تورده الشركة للمستهلك قد امتلكته بالحيازة ، إذ جمعه في خزانتها: وقطرته بما عندها من الآلات والمعادن الأخرى . وهي تباعه بعد ذلك للمستهلكين بثمن يقدر مجازفة ، أو يحدد سعر معين بحسب كمية المياه التي تستهلك ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الاشتراك "بالعداد" كما هو معروف . وإذا كان العقد بيعا ، وكانت المصروفات تسليم المبيع على البائع لا على الشاري ، ومن هذه المصروفات ما يدفع في تقدير الشيء المبيع بعد أو وزن أو كيل أو مقاس ، وجب القول بأن أجره العداد تكون على البائع ، أي على شركة المياه ولكن شركات المياه جرت على أن أجره العداد تكون على البائع ، أي على شركة المياه ولكن شركات المياه جرت على أن تشتترط في عقودها مع العملاء أن تكون أجره العداد عليهم . أما العقود المتعلقة بالتليفون وما إليه فقد تختلف عما تقدم ، وذلك لأنها لا يمكن في هذه العقود أن نجد شيئا ماديا يستهلكه العميل - كما يستهلك الماء والنور والغاز - حتى نقول إنه اشتراه . وذلك يذهب القضاء والفقهاء في فرنسا إلى أن هذه العقود ليست عقود بيع ، بل هي عقود إيجار لآلات ومعدات التليفون (باريس الاستئنافية 21 أبريل سنة 1887 سيريه 89-2-51- بودري وقال 1 فقرة 28-هيك 10 فقرة 334) . ويمكن القول بأن مركب ، يجمع بين الإيجار ويقع على الآلات والمعدات والمقولة وتقع على عمل مصلحة التليفون ، فتطبق أحكام العقدين . وقد قضت محكمة ملوي بأن العقد الذي يتم بين مصلحة التليفون والعميل هو عقد إيجار يجمع بين استئجار المعدات ومجهود رجال المصلحة ، وهو بهذا خاضع لنظام التقادم الخمسي فتسقط المطالبة بقيمة الاشتراك إذا مضى على استحقاقه خمس سنوات (ملوي 17 مايو سنة 1941 المجموعة الرسمية 42 رقم 271 ص 533 - انظر أيضا مصر الكلية الوطنية 3 أكتوبر سنة 1927 المحاماة 8 رقم 361 ص 260) . وانظر مسألة الإيجار للمؤلف فقرة 17- سليمان مرقس فقرة 5 وفقرة 28- منصور مصطفى منصور فقرة 141 .

([8]) انظر في هذه المسألة توفيق شحاتة رسالة (بالفرنسية) في التزام المرافق العامة القاهرة سنة 1941 ص 243 - ص 251 - أما العقد ما بين جهة الإدارة والملتزم بالمرافق العام فهو عقد إداري لا عقد مدني كما سبق القول . وهناك رأي قديم يذهب إلى أن هذا العقد هو عقد إيجار يقع على حق معنوي هو حق الاستغلال الممنوح لملتزم المرفق العام (بورودي قسم ثان فقرة 4123 - نقض فرنسي 13 فبراير سنة 1901 سيريه 1903-124 : احتكار مذبح عام - وخالفت محكمة النقض الفرنسية في مبدأ عام وقضت بأن منح شخص احتكارية وإدخال وشحن وبيع وصناعة الأفيون في جهة معينة ولمدة معينة تلقاء جمل معين هو عقد مقولة لا عقد إيجار ، وكان هذا الحكم المذكور في سيريه وانظر الإيجار للمؤلف فقرة 25 ص 42) .

(2) بودري وقال 2 قسم ثان فقرة 4129 ، ومن رأيهما أن العقد مقولة وليس فيه شيء من الإيجار ، كي يحجز محلا في محطة السكة الحديدية . سليمان مرقس فقرة 25 ص 9 منصور مصطفى منصور فقرة 141

– عبد المنعم فرج الصدة فقرة 20 – وهناك رأي يذهب إلى أن العقد مقاولة فيما يتعلق بعمل الملعب ، وإيجاز فيما يتعلق بالمحل المحجوز ، فيكون الملعب ضمنا للعيوب التي قد توجد بهذا المحل كأن يكون في وضع لا يتمكن من التخلص معه الشخص من مشاهدة المسرح (هيك 10 فقرة 274)- وتذهب بعض الأحكام إلى أن الاتفاق عقد غير مسمى تسري عليه المبادئ العامة وكذلك قواعد الإيجار (السين 23 يناير سنة 1901 داللو 1901-2-391) – وانظر الإيجاز المؤلف فقرة 25 ص 44 .

(3) بودري وفال 1 فقرة 33 – سليمان مرقس فقرة 26 – وانظر في إيجار مطحن والتباسه بعقد المقاوله :
نقض مدني 24 يناير سنة 1957 مجموعة أحكام النقض 8 رقم 11 ص 98 .

([9]) نقض فرنسي 23 يونيو سنة 1903 داللو 1904 – 1 – 139 – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 17 –
عبد المنعم فرج الصدة فقرة 21 – قارن محمد علي إمام فقرة 14 – منصور مصطفى منصور فقرة 142 –
فإذا لم تكن صلة السائق بالشركة هي صلة التابع بالتبوع ، ولا يتلقى منها أو أمر أو تعليمات ، فالعقد إيجار
للمركبة (نقض فرنسي 9 ديسمبر سنة 1931 جازيت دي باليه 1932 – 1 – 179 – أوبري ورو وإسمان 5
فقرة 363 ص 190 – كولان وكابيتان ودي لامور انديير 2 فقرة 1000) .

([10]) بودري وفال 2 فقرة 3422 – بلانيول وريبير 10 فقرة 418 ص 536 – كولان وكابيتان ودي
لامور انديير 2 فقرة 1000 – منصور مصطفى منصور فقرة 141 – وقارن نقض فرنسي 29 مارس سنة
1922 سيريه 1923 – 1 – 196 .

([11]) استئناف مختلط 18 نوفمبر سنة 1926 جازيت 39 ص 21 – المحاماة 8 رقم 174 ص 233 .

([12]) بودري وفال 1 فقرة 40 – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 19 – محمد إمام فقرة 13 – وقارن محمد
كامل مرسي فقرة 19 (ويذهب إلى أن اشتراط حصول المالك على المقابل أوجر العقار أو لم يؤجر يجعل العقد
إيجاراً ، أما اشتراط ألا يحصل المالك على المقابل إلا إذا أوجر العقار بعد موافقة المالك على مقدار الأجرة
فيجعل العقد وكالة) – وقارن أيضا منصور مصطفى منصور فقرة 140 (ويذهب إلى أن اشتراط حصول
المالك على مبلغ معين يجعل العقد إيجاراً ، أما اشتراط حصول كل من المالك والمتعاقد معه على نسبة معينة
من الأجرة فيجعل العقد وكالة – أنظر أيضاً في هذا المعنى عبد الحي حجازي فقرة 43) .

([13]) وقد فضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق الموصوف بأنه عقد إيجار دون أجرة محددة ،
والذي يخول للمستأجر أن يؤجر من الباطن بشرط أن يوافق المؤجر على الأجرة التي يدفعها المستأجرون من
الباطن وبشرط أن يتقاسم هذه الأجرة كل من المؤجر والمستأجر الأصلي ، لا يكون إلا عقد وكالة عامة بالإدارة
مستترة تحت اسم عقد إيجار وينتهي هذا العقد بموت المستأجر الأصلي الظاهر لأنه لم يقع عليه الاختيار
للإدارة إلا نظراً لما توافر عليه من صفات الاجتهاد والكفاية الشخصية (استئناف مختلط 6 يونيو سنة 1906 م
18 ص 318) . وقضت أيضا بأن الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على إيجار العقار دون أجرة محددة ،
وبغرض الإيجار من الباطن مع تقاسم طرفي العقد للأجرة وبعد موافقة المالك على هذه الأجرة ، إنما هو في
الواقع عقد وكالة أكثر منه عقد إيجار ، وعلى ذلك يفسخ بموت الوكيل (استئناف مختلط 3 أبريل سنة 1907 م
19 ص 200) – أنظر في هذه المسألة الإيجار للمؤلف فقرة 24 .

([14]) بودري وفال 1 فقرة 40 مكررة – ديموج في مجلة القانون الممدي الفصلية سنة 1903 ص 381 –
فاليري في تعليقه على الحكم المنشور في داللو 1902 – 2 – 25 – فال في تعليقه على الحكم المنشور في
سبريه 1905 – 2 – 59 – بلانيول وريبير 10 الطبعة الأولى فقرة 733 – الإيجار للمؤلف فقرة 23 –
سليمان مرقس فقرة 24 – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 16 – محمد علي إمام فقرة 12 – محمد كامل مرسي
فقرة 17 – عبد المنعم فرج الصدة فقرة 23 – محكمة مونلبيه الاستئنافية 17 مارس سنة 1901 داللو 1902
– 2 – 25 – محكمة باريس الاستئنافية 12 فبراير سنة 1903 داللو 1905 – 2 – 225 – حكم آخر أول
يولييه سنة 1903 داللو 1903 – 2 – 272 . وقضت بعض المحاكم بأن العقد غير مسمى وهو مزيج من
الإيجار والوديعة (السين 21 يولييه سنة 1890 داللو 1902 – 2 – 28 في الهامش) .

([15]) كولان وكابتان 2 ص 518 - 519 - نقض فرنسي 11 يوليه سنة 1900 دالوز 1900 - 1 - 507 (ويقرر هذا الحكم أن المؤجر لا يضمن العيوب الخفية إذا كان المستأجر قد توقع إمكان حصول الضرر إذ أن هذا يفهم منه أنه متنازل عن هذا الضمان . ويستنتج الأستاذان كولان وكابيتان من ذلك أن المؤجر يكون ضامنا للعيوب الخفية في الخزانة إذا كان المستأجر لم يتنازل عن هذا الضمان لا صراحة ولا ضمنا) .

([16]) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وتونك 10 الطبعة الثانية فقرة 933 ، وقد رجع هؤلاء الفقهاء عن رأيهم المشار إليه في الطبعة الأولى بعد اشتراك تونك في الطبعة الثانية - سوليس (Solus) في المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة 1936 ص 314 وما بعدها - تونك (Tunc) في عقد الحفظ سنة 1942 - ريبير في القانون التجاري طبعة ثالثة سنة 1954 فقرة 2230 وما بعدها - إسكارا (Escarra) في القانون التجاري سنة 1952 فقرة 1432 وما بعدها - كولان وكابيتان ودي لاموانديير 2 فقرة 999 - دي باج 4 فقرة 830 - أنسيكلوبيدي دالوز 3 لفظ (lonage) فقرة 37 - فقرة 39 - منصور مصطفى منصور فقرة 139 - عبد الحي حجازي فقرة 37 - فقرة 38 - وقارن نقض فرنسي 11 فبراير سنة 1946 دالوز 1946 - 365 - 29 أكتوبر سنة 1952 دالوز 1953 - 53 - 27 أبريل سنة 1953 دالوز 1953 - 422 .

([17]) (ومن ثم كان بعض الفقهاء يذهب إلى أن الدائنين يستطيعون عند تنبيههم على المدين بالدفع أن يعلنوا المصرف في اليوم نفسه بمنع مدينهم المستأجر من الوصول إلى الخزانة (تعليق فاليري المنشود في دالوز 1905 - 2 - 225) - وللدائنين ، على كل حال ، إذا كان مدينهم خاضعا للقضاء التجاري ، أن يوقعوا حجزا تحفيظا على الخزانة ، وهذا يكون دون سابق تنبيه ودون سند تنفيذ، وفي هذه الحالة يجب على المصرف أن يعطي للدائنين ما يحتاجون إليه من المعلومات عن الخزانة المراد توقيع الحجز عليها . وإذا أنكر المصرف ، جاز للدائنين إثبات ما يدعونه بالبينة وتوجيه اليمين وبدفاتر المصرف نفسه . ويختص قاضي الأمور المستعجلة بالفصل في هذه المسائل (باريس 12 فبراير سنة 1903 دالوز 1905 - 2 - 225) . وإذا تعذر على المحضر الحجز على الخزانة لامتناع المصرف عن الإدلاء بمعلومات عنها ، كان له أن يقيم حارسا على الأبواب gradient abx portes ، ويجوز أن يعهد بذلك إلى المصرف نفسه وبينه عليه أن يمنع المدين من الوصول إلى الخزانة . أما لتنبية بالدفع الذي يعلن للمدين في الحجز التنفيذ فيذكر فيه أن على المدين أن يسلم مفاتيح الخزانة للمحضر ، وأن يبين له طريقة فتحها إلا إذا أراد أن يحضر ليفتحها بنفسه ، فإذا أبي المدين أن يفعل هذا كان للمحضر أن يكسر باب الخزانة متبعا في ذلك الإجراءات القانونية . ولكن لصاحب المصرف ، في هذه الحالة ، أن يطلب دفع مبلغ من النقود مقدما لتسليح الخزانة بعد كسرها أو يطلب تقديم كفيل بذلك . ومتى فتحت الخزانة ، فقد يكون من الواجب تعيين حارس على الأشياء المودعة فيها . وينتقد الأستاذان كولان وكابيتان كل هذه الحلول من الناحية القانونية ، ويريان أنها حلول عملية لا تستند إلى القانون ((كولان وكابيتان 2 ص 518) .

([18]) (ولذلك كان بعض الفقهاء يذهب إلى أنه لا يوجد ما يمنع من أن يحجز الدائنون تحت يد المصرف حجراً تحفيظاً مع التسليم بأن العقد إيجار لا وديعة ، لأن حجز ما للمدين لدى الغير يجوز توقيعها - على حسب هذا الرأي - تحت يد المؤجر ما دام محتفظاً بالحيازة المادية للشيء وما دام موكولا إليه المحافظة عليه ، وهذه هي حالة المصرف (بول إسمان في مجلة القانون المدني الفصلية سنة 1922 ص 347 - ص 364) . وفي موقف محكمة النقض الفرنسية ما يؤيد هذا الرأي ، فهي ترفض دعاوي التعويض التي ترفع على المصارف من المستأجرين للخزانات ، عندما تمنع المصارف هؤلاء المستأجرين من الوصول إلى الخزانات التي استأجروها بناء على حجز تحفظي وقعه دائنو المستأجرين تحت يد المصارف . وتستند محكمة النقض في ذلك إلى أنه لا يوجد خطأ في جانب المصارف إذا منعت مستأجري الخزانات من الوصول إليها في مثل هذه الظروف الدقيقة (نقض فرنسي 22 يناير سنة 1901 سيريه 1902 - 1 - 394 - 12 نوفمبر سنة 1906 سيريه 1909 - 1 - 300 - 13 نوفمبر سنة 1918 جازيت دي باليه 1918 - 1919 - 1 - 542)

أنظر في ان العقد هو استئجار للخزانة ثم هو وديعة للخزانة عند المصرف : محمد لبيب شنب فقرة 22 ص 28 - وأنظر في أن العقد وديعة على البارودي ص 15 - ص 16 - وفي أنه عقد مختلط تجتمع فيه الوديعة والإيجار - جلال العدوى ص 64 .

[19] (جوار فقرة 12 - كوالان وكابيتان 2 ص 517 - بلانيول وريبير 10 فقرة 417 - نقض فرنسي 23 يناير سنة 1884 دالوز 84 - 1 - 254 - 13 مايو سنة 1925 جازيت دي باليه 1925 - 2 - 300 - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العقد بين مصلحة الجمارك وتجار الدخان الذي بموجبه توضع بضائع هؤلاء التجار في مخازن موجودة في نطاق الجمرك هو عقد إيجار لهذه المخازن (استئناف مختلط 18 فبراير سنة 1914م 26 ص 228) وفي الخازن العامة حيث يقتصر على تحديد مساحة معينة لكل صاحب بضاعة يضع فيها ما يشاء من البضائع تحت مسؤوليته ، يكون العقد إيجاراً لا ودیعة . وكذلك إذا أنشأ المالك في أسفل المبنى جراحاً يستعمله مستأجرو المبنى تحت مسؤوليتهم ، كان العقد إيجاراً (سليمان مرقس فقرة 24 ص 31) . أما صاحب الجراح العام الذي يتلقى السيارات لحفظها أثناء الليل ، فقد قدمنا أنه مودع عنده لا مؤجر ، لأنه يلتزم التزاماً أساسياً بالمحافظة على السيارة ، فالعقد هو من عقود الحفظ المهنية (بلانيول وريبير 10 فقرة 417 ص 534 - أوبري ورو وإسمان 5 فقرة 363 ص 190 - كوالان وكابيتان ودي لامور انديير 2 فقرة 99 - منصور مصطفى منصور فقرة 139 ص 326 - نقض فرنسي 13 مايو سنة 1925 جازيت دي باليه 1925 - 2 - 300 وهو الحكم السابق الإشارة عليه - 14 مارس سنة 1950 مجلة النقض 1950 - 2 - 66) .

[20] (بودري وقال 1 فقرة 27 - بلانيول وريبير 10 فقرة 417 ص 534 هامش 3 - أنسيكلوبيدي دالوز 3 لفظ lonage فقرة 33) . ويرى مجلس الدولة في فرنسا أن العقد ودیعة (24 أبريل سنة 1885 المجلة العامة للإدارة سنة 1885 الجزء الثاني ص 305) . وترى بعض المحاكم أن العقد ليس ودیعة ولا إيجاراً ، بل هو عقد غير مسمي (مونبلييه الاستئنافية 21 فبراير سنة 1898 منشور تحت حكم محكمة النقض 31 ديسمبر سنة 1900 دالوز 1903 - 1 - 17 القضية الثانية) . وأنظر في كل ذلك الإيجار للمؤلف فقرة 22 - فقرة 23 .

[21] (أنظر ما يلي في عقد المزارعة فقرة 765 .

[22] (باريس 25 مايو سنة 1897 مجلسة لوا (Loi) 29 أكتوبر سنة 1897 .

[23] (بودري وقال 1 فقرة 848 ص 489 هامش رقم 4 .

[24] (وإذا اتفقت شركة أقلام مع صاحب صالة العرض على عرض أحد أقلامها في صالته مقابل اقتسام الإيراد معه ، أو سلمت شركة إحدى سياراتها إلى سائق ليستغلها على أن تقتسم معه الإيراد ، فالعقد إيجار لا شركة ، ويمكن القول بأنه عقد عمل إذا المقصود الانتفاع بعمل صاحب الصالة أو سائق السيارة (سليمان مرقس فقرة 30) . أنظر في كل ذلك الإيجار للمؤلف فقرة 21 .

[25] (جيار 1 فقرة 9 - بودري وقال 1 فقرة 20 .

[26] (على أنه إذا التبس الأمر ، فقد يكون مرجحاً لأن الحق هو حق انتفاع أن تكون مدة العقد طول حياة المنتفع (بودري وقال 1 فقرة 21) . ويكون مرجحاً لأن يكون العقد إيجاراً أن تكون مدته قصيرة . وفي إحدى القضايا نزل شخص يملك أدوات صالون حلاقة إلى آخر عن الانتفاع بهذه الأدوات مدة سنة واحدة في نظير مقابل يدفع شهرياً . وتوفى المتنازل له قبل انقضاء السنة ، فطلب صاحب الأدوات ردها إليه باعتبار أن الحق الذي انشأه في الأدوات هو حق انتفاع وقد انتهى بموت المنتفع . ولكن الورثة تمسكوا بأن العقد إيجار وبأن لهم الحق في أن يخلفوا فيه مورثهم . ورأت المحكمة أن العقد معنون بأنه إيجار ، وأن مدته القصيرة ترجح هذا الاعتبار (عابدين 14 فبراير سنة 1950 المحاماة 31 رقم 253 ص 829) - وأنظر سليمان مرقس فقرة 31 ص 36 هامش 1 - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 20 - عبد المنعم فرج الصدة فقرة 24 .

[27] (بودري وقال 1 فقرة 24 .

([28]) بودري وفال 1 فقرة 15 .

([29]) بودري وفال 1 فقرة 11 .

([30]) بودري وفال 1 فقرة 23 – فقرة 26 .

الوسيط_ جزء 6 , إيجار

الوسيط_ جزء 6 , إيجار

نقد مبدأ سلطان الإرادة ووضع الأمور في نصابها

44 – انتكاص مبدأ سلطان الإرادة (نقد المبدأ) :

إذا ارجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على اثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي ، وانتكص متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تنفيذ النتائج التي وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواح ووهم في نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية ، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقده لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين ،

الوسيط_ جزء 1_ عقد مصادر_ الالتزام

نقد مبدأ سلطان الإرادة ووضع الأمور في نصابها

نقد مبدأ سلطان الإرادة ووضع الأمور في نصابها

44 – انتكاص مبدأ سلطان الإرادة (نقد المبدأ) :

إذا ارجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على اثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي ، وانتكص متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تنفيذ النتائج التي وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواح ووهم في نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى

محض الإرادة الداخلية ، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقدته لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين ،

وهي التي تستند إليها قوة الإلزام في العقود . وقد لا يتم اتحاد حقيقي بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فتأخرهما حكماً يكفي ما دام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر . وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل ، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . وهناك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً ، بل تنظر إلى الإرادة الظاهرة لأنها وحدها الشيء المحسوس كحقيقة اجتماعية ، وهي التي يؤبه لها لأنها تولد الثقة المشروعة

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى الإرادة فالحجة فيه أوهي . وقد تبين أن ما يسمى بشبه العقد لا يشبه العقد في شيء من حيث استناده إلى الإرادة كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيهما من القانون ، وهو التزام يترتب على عكس مقتضى إرادة من صدر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله ، بل أراد النقيض من ذلك ، فيلزمه القانون رغماً عن إرادته ، فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسئولية المجنون والطفل والأخذ بالمسئولية المادية وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفي الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعدالة ، ومطواعة لأسباب الاستقرار ، وسير في طريق التقدم . وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التي يزعمون أن مصدرها الإرادة ، رأينا أن وهم القائلين بهذا الرأي هنا أيضاً يتجسم . فالملكية ليست إرادة المالك ، بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعي ، وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار . وليس الميراث مبنياً على وصية مفترضة ، بل الواقع من الأمر أن الميراث سبق الوصية في التطور التاريخي ، وأساسه اشتراك الأسرة في ملكية الأموال . أرايت لو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أكان يصح الزعم بان ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج ، فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين في مركز قانونيين نظمه المشرع نفسه طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة ، ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك . أما القول بان المجرم قد ارتضى توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهمك منه إلى الحقيقية ، وإلا فأى مجرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها .

45 - وضع الأمور في نصابها - إلى أي حد تسيطر الإرادة على العقود :

تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذ مبدأ مطلقاً في كل نواحي القانون . وهذه المبالغة كانت سبباً في مبالغة تعارضها ، وقام خصوم المبدأ هم أيضاً يقولون بنبذها مرة واحدة . وبين الامعان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون مجالاً لوضع الأمور في نصابها الصحيح .

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، تبيننا أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد . أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود . فعقد الزواج ، وهو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للإرادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً . وهي في الحقوق العينية اضعف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدرها لكثير منها ، حقوق

محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها .

ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهي مصدر لكثير من هذه الحقوق ، وهي التي ترتب آثارها . ومع ذلك لا نريد أن نبالغ في أهمية الإرادة حتى في الحقوق الشخصية . فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق فإن ذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعدلها في الأهمية كالعامل غير المشروع ، أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى .

ولكن حتى في هذا الميدان ، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا إنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب .

بل إن إرادة الفرد - حتى في داخل هذه القيود - يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظاماً ثابتاً للطوائف والجماعات ، كما في الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها الجماعة التي تنتمي إليها ولا تعند في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها . وهناك عقود الجماعة ((contrats collectifs) ، كعقد العمل الجامع- الجماعي ((contrat collectif du travail) ، وصلاح أغلبية الدائنين مع المفسس ، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية . كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وأنصار القانون للجانب الضعيف ، كما نرى في تشريع العمال وفي عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وهي نظرية تتوسع تدرجاً في القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضاً لشكلية تتطلبها بعض العقود لحماية للمتعاقد الذي يقدم على أمر خطير كما في الهبة والرهن الرسمي . وهي تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن النية . وتخضع أخيراً لقواعد الإثبات وهي قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الناحية العملية .

هذه هي الحدود التي يرسمها القانون في الوقت الحاضر ميداناً لسلطان الإرادة . فهو يعترف بهذا السلطان ، ولكن يحصره في دائرة معقولة ، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصلاح العام .

الوسيط_ جزء_1 , عقد , مصادر الالتزام

الوسيط_ جزء_1 , عقد , مصادر الالتزام

مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة

مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة:

استقر هذا المبدأ وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشي فيه المنطق القانونيين أصبح يشتمل على

اصلين : (أولاً) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ، ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة .

المدخل الى العقود المسماة

(ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات ، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد . فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما . ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه . أما نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة في قانون نابليون ، ولم يحصل التوسع فيها إلا في العهد الأخير . فالعقد إذن يرتكز على الإرادة ،

المدخل إلى العقود المسماة

الكتاب الثاني:

في مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها

القسم الأول: البيع

الباب الأول: البيع بوجه عام

الفرع الأول: في طبيعة البيع وأركانه

الفرع الثاني: في تمام البيع

الباب الثاني: آثار البيع

الفرع الأول: آثار البيع بوجه عام

الفرع الثاني: التزامات البائع

1 التسليم

2 الضمان

أ - الالتزام بضمان حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض (ضمان الاستحقاق)

ب - ضمان عيوب الشيء المبيع

الفرع الثالث: في التزامات المشتري

الباب الثالث: في بعض أنواع خاصة من البيوع

الفرع الأول: بيع الثنْيَا

الفرع الثاني: في البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين (بيع

الخيار)

الفرع الثالث: بيع السَّلَم

الفرع الرابع: بيع العقارات في طور الإنجاز

القسم الثاني: في المُعَاوَضَة

باب وحيد: في المُعَاوَضَة

القسم الثالث: الإجارة

الباب الأول: الكراء

الفرع الأول: أحكام عامة

الفرع الثاني: آثار الكراء

1 -التزامات المكثري

أ- تسليم المكثري وصيانتة

ب - الضمان المستحق للمكثري

2-التزامات المكثري

الفرع الثالث: انقضاء الكراء

الفرع الرابع: عقود الكراء الفلاحية

الباب الثاني: في إجارة الصنعة وإجارة الخدمة

الفرع الأول: أحكام عامة

الفرع الثاني: إجارة الخدمة أو العمل

الفرع الثالث: الإجارة على الصنع

القسم الرابع: الوديعة والحراسة

الباب الأول: الوديعة الاختيارية

الفرع الأول: أحكام عامة

الفرع الثاني: التزامات المودع عنده

الفرع الثالث: التزامات المودع

الباب الثاني: الحراسة

القسم الخامس: العارية

الباب الأول: عارية الاستعمال

الباب الثاني: عارية الاستهلاك أو القرض

الباب الثالث: القرض بفائدة

القسم السادس: الوكالة

الباب الأول: الوكالة بوجه عام

الباب الثاني: آثار الوكالة بين المتعاقدين

الفرع الأول: صلاحيات الوكيل والتزاماته

الفرع الثاني: التزامات الموكل

الباب الثالث: آثار الوكالة في مواجهة الغير

الباب الرابع: انقضاء الوكالة

الباب الخامس: أشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة

الفضالة

القسم السابع: الاشتراك

الباب الأول: الشيعاء أو شبه الشركة

الباب الثاني: الشركة العقدية
الفرع الأول: القواعد العامة المتعلقة بالشركات المدنية والتجارية
الفرع الثاني: آثار الشركة بين الشركاء وبالنسبة إلى الغير
1 آثار الشركة بين الشركاء

2 - آثار الشركة بالنسبة إلى الغير
الفرع الثالث: حل الشركة وإخراج الشركاء منها
الباب الثالث: التصفية والقسمة
الفرع الأول: التصفية
الفرع الثاني: القسمة
القسم الثامن: عقود العَرَر
باب فريد: عقود العَرَر
القسم التاسع: الصلح
باب فريد: الصلح
القسم العاشر: الكفالة
الباب الأول: الكفالة بوجه عام
الباب الثاني: آثار الكفالة
الباب الثالث: انقضاء الكفالة
الباب الرابع: كفالة الحضور
القسم الحادي عشر: الرهن الحيازي
الباب الأول: أحكام عامة
الباب الثاني: الرهن الحيازي للمنقول
الفرع الأول: أحكام عامة
الفرع الثاني: آثار الرهن الحيازي
الفرع الثالث: التزامات الدائن
الفرع الرابع: تصفية الرهن الحيازي
الفرع الخامس: أثر الرهن الحيازي بين الدائنين وبالنسبة إلى الغير
الفرع السادس: بطلان الرهن الحيازي وانقضاؤه
القسم الثاني عشر: في مختلف أنواع الدائنين
الباب الأول: في الامتيازات
الباب الثاني: في الامتيازات على المنقولات

الفرق العقود المسماة و الغير العقود المسماة

هو أن:

العقد المسمى

هو الذي نظمته المشرع و ميزه عن غيره من العقود بأحكام خاصة ، و سمي بالمسمى لإعطائه تسمية من لدن القانون (كعقد البيع مثلا).

أما

العقد غير المسمى

فهو الذي لم يميزه المشرع و لم يعطه أحكاما خاصة ، إذ يبقى متروكا لإرادة الأطراف و تسري عليه الأحكام العامة للعقود.

و العقود المسماة تقع على سبيل الحصر، أما العقود غير المسماة فلا حصر لها بل تبقى خاضعة لإرادة الأطراف فكلما أرادوا إنشاء عقد أنشأوه.

العقود المسماة هي العقود التي نظمها المشرع و وضع لها أحكاما خاصة بها كعقد البيع ، الإيجار ، أما العقود غير المسماة فيه التي لم ينص عليها القانون صراحة و حيث يتم تطبيق القواعد العامة عليها

العقود المسماة

وتعرف على انها " العقود التي عني الشارع بتنظيمها وبيان احكامها الخاصة نظرا لاستقرار قواعدها و لكثرة تداولها فنجد ان المشرع لم يترك الامر بشأنها للقواعد العامة في نظرية الالتزام بل نظمها تنظيما كاملا خاصا لا يخرج في مجموعه عن تلك الاصول العامة...

العقود المسماة تتطور من زمن الى زمن بحسب ما يألّفه الناس في التعامل ، فقد تزيد العقود المسماة و تنقص من عصر الى عصر ، اذ تظهر عقود جديدة و تختفي عقود قديمة ، فكلما تعاضمت شأن عقد من العقود و كثر التعامل به في مجال من المجالات ، ولكنها لم تصل بعد الى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل و تتفاوت التقنيات المختلفة فيما تتناوله بالتنظيم من هذه العقود مثال ذلك ما ذكره " الفقيه السنهوري " من ان المشرع المصري في التقنين المدني لم ينظم عقودا على شاكلة (الايراد المرتب ، التأمين ، التزام المرافق العامة) وهذا كله نظمته التقنين المدني الجديد و لم ينظم المشرع المصري في التقنين المدني الجديد (عقود النقل ، الاعمال العامة ، التوريد) مع ان هذه العقود تزداد اهميتها كل يوم .

العقود غير المسماة

هي العقود التي يتفق فيها أطراف العقد لأداء كل منهما التزام معين وقد خرجت تلك العقود من تنظيم المشرع لتعدد الكيفية والاثار المترتب عليه من قبل أطراف العقد.

و هي تلك العقود التي يترضى عليها العاقدون تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة متعددة يستحيل الإحاطة بها جميعا بسبب لذلك نصادف هذه الطائفة من العقود غير المسماة التي لم يتناولها المشرع في تنظيم خاص وانما ترك الامر في شأنها للقواعد العامة في نظرية الالتزام..

عندما يثار الخلاف حول تنفيذ هذا الاتفاق المبرم بين الاطراف وطرحه امام القضاء فان القاضي يبدأ في توصيف وتصنيف الاتفاق وفقا لنماذج العقود الواردة في قانون العقود المسماة فاذا انطبقت احدى هذه النماذج فان العقد يكون من العقود المسماة وبالتالي يطبق عليه القاضي القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد الى جانب القواعد العامة ، اما اذا لم يطابق هذا الاتفاق لأي من النماذج الواردة في العقود المسماة فان العقد يكون من العقود غير المسماة فيطبق عليها القاضي القواعد الملأمة في النظرية العامة للالتزامات او في اقرب عقد مسمى لهذا الاتفاق ليطبق عليه ما يناسبه من القواعد الخاصة بهذا العقد ، فالتكييف اذا يتطلب القيام بعمليتين .

ويعتبر عقد البيع الأكثر انتشارا في توثيق المعاملات وسيكون نموذجا للعقود المسماة سأتناوله في مؤلف عقد البيع بالتفصيل على أن أورد أنواع العقود المسماة كما عرفها قانون الالتزامات والعقود المغربي كالتالي:

أنواع العقود المسماة في قانون الالتزامات و العقود

البيع

الباب الأول: البيع بوجه عام

الفرع الأول: في طبيعة البيع وأركانه

الفصل 478

البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للأخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له.

الفصل 479

البيع المعقود من المريض في مرض موته تطبق عليه أحكام الفصل 344، إذا أجري لأحد ورثته بقصد محاباته، كما إذا بيع له شيء بثمن يقل كثيرا عن قيمته الحقيقية، أو اشترى منه شيء بثمن يجاوز قيمته.

أما البيع المعقود من المريض لغير وارث فتطبق عليه أحكام الفصل 345.

بيع الثُنْيَا

الباب الثالث: في بعض أنواع خاصة من البيوع

الفرع الأول: بيع الثُنْيَا

الفصل 585

البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثُنْيَا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن. ويسوغ أن يرد بيع الثُنْيَا على الأشياء المنقولة أو العقارية-37.

37 - تنص المادة 5 من بمدونة الحقوق العينية على أن : " الأشياء العقارية إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص". القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5995 الصادر بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

الفصل 586

لا يسوغ أن تشتترط رخصة الاسترداد لمدة تتجاوز ثلاث سنوات. فإن اشترطت لمدة أطول من هذا القدر، ردت إليه.

الفصل 587

الأجل المحدد للاسترداد قاطع، فلا يجوز للقاضي تمديده ولو كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعا إلى سبب خارج عن إرادته. إلا أنه إذا كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعا إلى خطأ المشتري، فإن فوات الأجل المحدد لا يمنع البائع من مباشرة حقه.

بيع السلم

الفرع الثالث: بيع السلم

الفصل 613

السلم عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين مبلغا محددًا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه، بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه.

ولا يجوز إثبات بيع السلم إلا بالكتابة.

الفصل 614

يجب دفع الثمن للبائع كاملا، وبمجرد إبرام العقد.

بيع المعاوضة

باب وحيد: في المعاوضة-38-

المعاوضة

الفصل 619

38 - عنوان القسم مطابق لعنوان الباب الوحيد، ويمكن الاكتفاء بعنوان القسم.

المُعَاوِضَةُ عَقْدَ بِمُقْتَضَاهُ يُعْطَى كُلُّ مَنْ الْمُتَعَاقِدِينَ لِلْآخِرِ عَلَى سَبِيلِ الْمَلَكَيةِ، شَيْئًا مَنقُولًا أَوْ عَقَارِيًا، أَوْ حَقًّا مَعْنَوِيًا، فِي مَقَابِلِ شَيْءٍ أَوْ حَقٍّ آخَرَ مِنْ نَفْسِ نَوْعِهِ أَوْ مِنْ نَوْعٍ آخَرَ الْبَيْعِ عَقْدَ بِمُقْتَضَاهُ يَنْقَلُ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدِينَ لِلْآخِرِ مَلَكَيةَ شَيْءٍ أَوْ حَقٍّ فِي مَقَابِلِ ثَمَنٍ يَلْتَزِمُ هَذَا الْآخَرَ بِدَفْعِهِ لَهُ.

بيع العقارات في طور الإنجاز

الفرع الرابع: بيع العقارات في طور الإنجاز³⁹

الفصل 1-618

يُعتَبَرُ بَيْعًا لِعَقَارٍ فِي طُورِ الْإِنجَازِ كُلُّ اتِّفَاقٍ يَلْتَزِمُ بِمُقْتَضَاهُ الْبَائِعَ بِإِنجَازِ عَقَارٍ دَاخِلِ أَجَلٍ مُحَدَّدٍ وَنَقْلِ مَلَكَيةِهُ إِلَى الْمُشْتَرِيِّ مَقَابِلَ ثَمَنٍ يُؤَدِّيهِ هَذَا الْآخِرُ تَبَعًا لِتَقَدُّمِ الْأَشْغَالِ⁴⁰.

يُحْتَفَظُ الْبَائِعُ بِحَقُوقِهِ وَصَلَاحِيَّاتِهِ بِاعْتِبَارِهِ صَاحِبَ الْمَشْرُوعِ إِلَى غَايَةِ انْتِهَاءِ الْأَشْغَالِ.

(بيع الخيار)

الفرع الثاني: في البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين (بيع الخيار)

الفصل 601

يَسُوغُ أَنْ يَشْتَرَطَ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ ثُبُوتَ الْحَقِّ لِلْمُشْتَرِيِّ أَوْ لِلْبَائِعِ فِي نَقْضِهِ خِلَالَ مَدَّةٍ مُحَدَّدَةٍ. وَيَلْزِمُ أَنْ يَكُونَ هَذَا الشَّرْطُ صَرِيحًا، وَيَجُوزُ الْإِتِّفَاقُ عَلَيْهِ إِذَا عِنْدَ الْعَقْدِ وَإِمَّا بَعْدَهُ فِي فَصْلِ إِضَافِي⁴¹.

الفرع الثاني: في البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين (بيع الخيار)

39 - تَمَّتْ مُقْتَضِيَّاتُ الْفَرْعِ الرَّابِعِ أَعْلَاهُ، الْبَابُ الثَّلَاثُ (فِي بَعْضِ أَنْوَاعِ خَاصَّةٍ مِنَ الْبَيْعِ) مِنَ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ مِنَ الْكِتَابِ الثَّانِي لِظَهِيرِ 9 رَمَضَانَ 1331 (12 أَيْسُطُسَ 1913) بِمُتَابَعَةِ قَانُونِ لَلْإِتِّمَاتِ وَالْعُقُودِ؛ وَذَلِكَ بِمُقْتَضَى الْمَادَّةِ الْأُولَى مِنَ الْقَانُونِ رَقْمَ 44.00 الصَّادِرِ بِتَنْفِيْذِهِ ظَهِيرِ شَرِيْفِ رَقْمَ 1.02.309 بِتَارِيْخِ 25 مِنْ رَجَبِ 1423 (3 أَيْسُطُسَ 2002)، الْجَرِيْدَةُ الرَّسْمِيَّةُ عَدَدُ 5054 بِتَارِيْخِ 2 رَمَضَانَ 1423 (7 نَوْنِبَرِ 2002)، ص 3183.

40 - تَمَّ تَغْيِيرُ وَتَنْمِيمُ الْمَادَّةِ 1-618 أَعْلَاهُ، بِمُقْتَضَى الْمَادَّةِ الْفَرِيْدَةِ مِنَ الْقَانُونِ رَقْمَ 107.12 بِتَغْيِيرِ وَتَنْمِيمِ الْقَانُونِ رَقْمَ 44.00 بِشَأْنِ بَيْعِ الْعَقَارَاتِ فِي طُورِ الْإِنجَازِ، الصَّادِرِ بِتَنْفِيْذِهِ الظَّهِيرِ الشَّرِيْفِ رَقْمَ 1.16.05 بِتَارِيْخِ 23 مِنْ رَبِيْعِ الْآخِرِ 1437 (3 فَبْرَايِرِ 2016)، الْجَرِيْدَةُ الرَّسْمِيَّةُ عَدَدُ 6440 بِتَارِيْخِ 9 جَمَادَى الْأُولَى 1437 (18 فَبْرَايِرِ 2016) ص 932.

41 - وَرَدَتْ فِي النَّصِّ الْفَرَنْسِيِّ عِبَارَةُ "clause additionnelle" "مَلْحَقُ الْعَقْدِ" بِدَلِّ "فَصْلِ إِضَافِي" كَمَا جَاءَ فِي التَّرْجُمَةِ الْعَرَبِيَّةِ.

الفصل 601

يسوغ أن يشترط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة محددة. ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحاً، ويجوز الاتفاق عليه إما عند العقد وإما بعده في فصل إضافي⁴².

الفرع الثاني: في البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين (بيع الخيار)

الفصل 601

يسوغ أن يشترط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة محددة. ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحاً، ويجوز الاتفاق عليه إما عند العقد وإما بعده في فصل إضافي⁴³.

الإجارة

القسم الثالث: الإجارة

الفصل 626

الإجارة نوعان: إجارة الأشياء وهي الكراء، وإجارة الأشخاص أو العمل.

الباب الأول: الكراء

الفرع الأول: أحكام عامة

الفصل 627

الكراء عقد، بمقتضاه يمنح⁴⁴ أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة في مقابل أجره محددة، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له.

42 - وردت في النص الفرنسي عبارة "clause additionnelle" "ملحق العقد" بدل "فصل إضافي" كما جاء في الترجمة العربية.

43 - وردت في النص الفرنسي عبارة "clause additionnelle" "ملحق العقد" بدل "فصل إضافي" كما جاء في الترجمة العربية.

44 - وردت في النص الفرنسي عبارة "cède" "يتخلى" بدل "يمنح" كما جاء في الترجمة العربية. وبذلك يمكن صياغة الفصل 627 أعلاه كالآتي: الكراء عقد، بمقتضاه يتخلى أحد طرفيه للآخر ...

Le louage de choses est un contrat par lequel l'une des parties cède à l'autre ...

إجارة الصناعة وإجارة الخدمة

الباب الثاني: في إجارة الصناعة وإجارة الخدمة-45

الفرع الأول: أحكام عامة

الفصل 723

إجارة الخدمة46 أو العمل عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد، أو من أجل أداء عمل معين، في نظير أجر يلتزم هذا الآخر بدفعه له.

(ظهر 18 ديسمبر 1947) وإذا كان العقد ثابتا بالكتابة أعفي من رسوم التمبر والتسجيل47.

وإجارة الصناعة عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له.

وفي الحالتين يتم العقد بتراضي الطرفين-48.

الفصل 724

يعتبر القانون بمثابة إجارة الصناعة، العقد الذي يلتزم بمقتضاه الأشخاص الذين يباشرون المهن والفنون الحرة بتقديم خدماتهم لزمائهم، وكذلك الشأن بالنسبة إلى الأساتذة وأرباب العلوم والفنون والحرف.

الفصل 725

45 - لم تنسخ المادة 586 من مدونة الشغل صراحة المقتضيات القانونية الخاصة بعقد إجارة الخدمة والصناعة عقد الشغل وعقد المقاوله من قانون الالتزامات والعقود؛ فإذا كانت مقتضيات قانون الالتزامات والعقود تعتبر منسوخة في الحدود التي تتعارض فيها مع مقتضيات مدونة الشغل، من منطلق استعمال قاعدة النسخ، أي في كل مرة تبين فيها تناقض بين القاعدتين، تطبيقا للفصل 474 من قانون الالتزامات والعقود، فإن وجود مطابقة بصيغ مختلفة، أو اختلاف يهدف إلى الإضافة أو الحذف، يجعل من عملية تدقيق علاقة قانون الالتزامات والعقود بمدونة الشغل ضرورة ملحة بما يرفع كل لبس أو غموض على النصين معا.

46 - الملاحظ أن مشرع مدونة الشغل لم يعد يستعمل مصطلح عقد إجارة الخدمة، إذ عوضه بمصطلح عقد الشغل. انظر المادة 15 من مدونة الشغل.

47 - انظر الفقرة الثانية من المادة 18 من مدونة الشغل.

48 - قارن مع المادة 10 من مدونة الشغل التي تنص على أنه « يمنع تسخير الأجراء لأداء الشغل قهرا أو جبرا. »

إجارة الصنعة وإجارة الخدمة لا تقعان صحيحتين إلا إذا كان عاقداهما متمتعين بأهلية الالتزام. وتجب مساعدة المحجور عليه والقاصر ممن له الولاية عليهما49.

الفصل 726 -50

الفصل 727

لا يسوغ للشخص أن يؤجر خدماته إلا إلى أجل محدد، أو لأداء عمل معين، أو لتنفيذه، وإلا وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا51.

الفصل 728

يبطل كل اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بتقديم خدماته طوال حياته، أو لمدة تبلغ من الطول حدا بحيث يظل ملتزما حتى موته.

الفصل 729

يبطل كل اتفاق يكون موضوعه:

أ - تعليم أو أداء أعمال السحر والشعوذة، أو القيام بأعمال مخالفة للقانون، أو للأخلاق الحميدة، أو للنظام العام؛

ب - القيام بأعمال مستحيلة ماديا.

الوديعة

الباب الأول: الوديعة الاختيارية

الفرع الأول: أحكام عامة

الفصل 781

الوديعة عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئا منقولاً إلى شخص آخر يلتزم بحفظه وibrده بعينه.

الحراسة

الباب الثاني: الحراسة

الفصل 818

49 - قارن مع المادة 143 وما بعدها من مدونة الشغل بخصوص حماية الحدث وسن القبول في الشغل.

50 - تم إلغاء الفصل 726 أعلاه بموجب القانون رقم 25-5 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.95.153 بتاريخ 13 من ربيع الأول 1416 (11 أغسطس 1995). الجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 10 ربيع الآخر 1416 (6 سبتمبر 1995)، ص 2443.
51 - قارن مع الفقرة الأولى من المادة 16 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: « يبرم عقد الشغل لمدة غير محددة، أو لمدة محددة، أو لإنجاز شغل معين.»

إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي أحد من الغير يسمى حراسة. ويجوز أن ترد الحراسة على المنقولات أو العقارات، وهي تخضع لأحكام الوديعة الاختيارية ولأحكام هذا الباب.

العارية

القسم الخامس: العارية

الفصل 829

العارية نوعان: عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك أو القرض.

الباب الأول: عارية الاستعمال

الفصل 830

عارية الاستعمال عقد بمقتضاه يسلم أحد طرفيه للآخر شيئاً، لكي يستعمله خلال أجل معين أو في غرض محدد، على أن يرده بعينه. وفي العارية يحتفظ المعير بملكية الشيء المستعار وبحيازته القانونية. وليس للمستعير إلا مجرد استعماله.

الباب الثاني: عارية الاستهلاك أو القرض

الفصل 856

عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها، بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة.

الفصل 857

وتتعد عارية الاستهلاك كذلك عندما يوجد من النقود أو كمية من الأشياء المثلية بين يدي المدين على وجه الوديعة أو بأي صفة أخرى ويأذن له الدائن بالاحتفاظ بما بين يديه على سبيل القرض. وهنا يتم العقد بمجرد اتفاق الطرفين على الشروط الأساسية للقرض.

الباب الثالث: القرض بفائدة

الفصل 870

اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحاً، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطاً له.

الفصل 871

وفي الحالات الأخرى، لا تستحق الفوائد إلا إذا كانت قد اشترطت كتابةً.
ويفترض هذا الاشتراط إذا كان أحد الطرفين تاجراً.

القسم السادس: الوكّالة

الباب الأول: الوكّالة بوجه عام

الفصل 879

الوكّالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصاً آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه،
ويسوغ إعطاء الوكّالة أيضاً لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة الموكل والغير،
بل ولمصلحة الغير وحده.

الفصل 880

يلزم لصحة الوكّالة، أن يكون الموكل أهلاً لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون
محلاً لها. ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمتعاً بالتمييز
وبقواه العقلية،

الباب الخامس: أشباه العقود المنزلة منزلة الوكّالة

الفضالة

الفصل 943

إذا باشر شخص، باختياره أو بحكم الضرورة، شؤون أحد من الغير، في غيابه أو
بدون علمه، وبدون أن يرخص له في ذلك منه أو من القاضي، قامت هناك علاقة
قانونية مماثلة للعلاقة الناشئة عن الوكّالة وخضعت للأحكام الآتية:

القسم السابع: الاشتراك

الفصل 959

الاشتراك نوعان:

أولاً - الشيعاء أو شبه الشركة؛

ثانياً - الشركة بمعناها الحقيقي أو الشركة العقدية.

الباب الأول: الشيعاء أو شبه الشركة

الفصل 960

إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشياح فإنه تنشأ حالة قانونية تسمى الشياح أو شبه الشركة. وهي إما اختيارية أو اضطرارية.

عقود الغرر

القسم الثامن: عقود الغرر

باب فريد: عقود الغرر 52

الفصل 1092

كل التزام سببه دين المقامرة أو المراهنة يكون باطلا بقوة القانون.

الصلح

القسم التاسع: الصلح

باب فريد: الصلح 53

الفصل 1098

الصلح عقد، بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان 54 قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معيناً أو حقا 55.

الفصل 1099

يلزم لإجراء الصلح، التمتع بأهلية التقويت بعوض في الأشياء التي يرد الصلح عليها.

52 - عنوان القسم مطابق لعنوان الباب الفريد، ويمكن الاكتفاء بعنوان القسم.

53 - عنوان القسم مطابق لعنوان الباب الفريد، ويمكن الاكتفاء بعنوان القسم.

54 - وردت في النص الفرنسي عبارة "préviennent" "يتوقعان" بدل "يتوقيان" كما جاء في الترجمة العربية.

55 - قارن مع الفقرة الثانية من المادة 73 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: « يعتبر باطلا كل إبراء أو صلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه.» وكذا الفقرة الثانية من المادة 76 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: « يعتبر الإبراء أو الصلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، مجرد وثيقة بالمبالغ المبينة فيها.»

الكفالة

القسم العاشر: الكفالة

الباب الأول: الكفالة بوجه عام

الفصل 1117

الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين، إذا لم يؤديه هذا الأخير نفسه.

الفصل 1118

من كلف شخصا بأن يداين أحدا من الغير، متعهدا بالمسؤولية عنه، ضمن، بصفته كفيلا، الالتزامات المعقودة من هذا الغير، في حدود المبلغ الذي يعينه.

فإن لم يعين الكفيل حدا لما يضمنه، فإنه لا يسأل إلا في حدود المبلغ الذي يبدو معقولا، مع مراعاة الشخص الذي منحت له الكفالة.

يسوغ الرجوع عن التكليف السابق، مادام الشخص المكلف لم يبدأ بتنفيذه ولا يمكن إثبات التكليف إلا بالكتابة.

الباب الرابع: كفالة الحضور

الفصل 1161

كفالة الحضور تعهد، بمقتضاه يلتزم شخص بأن يحضر شخصا آخر أمام القضاء، أو بأن يحضره عند حلول أجل الالتزام، أو عند الحاجة.

الفصل 1162

من ليس له أن يتبرع بماله، لا يحق له أن يكون كفيل الحضور.

الرهن الحيازي

القسم الحادي عشر: الرهن الحيازي

الباب الأول: أحكام عامة

الفصل 1170

الرهن الحيازي عقد، بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئاً منقولاً أو عقارياً أو حقاً معنوياً، لضمان الالتزام. وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين، إذا لم يف له به المدين.

الفصل 1171

لإنشاء الرهن الحيازي، يلزم توفر أهلية التصرف بعوض في الشيء المرهون.

الباب الثاني: الرهن الحيازي للمنقول

الفرع الأول: أحكام عامة

الفصل 1184

الرهن الحيازي للمنقول يخول للدائن الحق في أن يحبس الشيء المرهون إلى تمام الوفاء بالدين، وأن يبيعه عند عدم الوفاء به وأن يستوفي دينه من ثمن المرهون عند بيعه وذلك بالامتياز والأسبقية على أي دائن آخر

القسم الثاني عشر: في مختلف أنواع الدائنين

الفصل 1241

أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية- 56.

الفصل 1242

الأسباب القانونية للأولوية هي الامتيازات والرهنون وحق الحبس.

الامتيازات

الباب الأول: في الامتيازات

الفصل 1243

الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظراً لسبب الدين.

الفصل 1244

56 - " استثناء من أحكام الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) وما لم ينص على خلاف ذلك في نظام تسيير صندوق التوظيف الجماعي للتسنيد، لا تغطي أصول قسم محدد إلا الديون التي عليه والالتزامات الخاصة به كما لا تستفيد إلا من ديون القسم المعني؛ وذلك بمقتضى المادة 64 من القانون رقم 33.06 المتعلق بتسنيد الديون، سالف الذكر.

الدين الممتاز مقدم على كافة الديون الأخرى، ولو كانت مضمونة برهون رسمية. وتتحدد الأفضلية بين الدائنين الممتازين على أساس الأنواع المختلفة للامتيازات.

الباب الثاني: في الامتيازات على المنقولات

الفصل 1247

الامتيازات على المنقولات إما عامة وإما خاصة.

والأولى ترد على كل أموال المدين المنقولة أما الثانية فهي لا ترد إلا على منقولات معينة.

الفرع الثاني: الديون المضمونة برهن حيازي أو بامتياز خاص وارد على بعض المنقولات

الفصل 1249

الدائن المُرتَّهِن رهنًا حيازيًا لمنقول مقدم على غيره في المتحصل من الشيء المرهون.

