

# **الوسيط في شرح القانون المدني**

**للدكتور / عبد الرازق السنهوري**

**الجزء الأول : مصادر الالتزام**

**تم إخراج هذه النسخة بواسطة :**

**Mr-Gado**

Copyrights © 2007- 2008 Mr-Gado

e-mail : [mr\\_gado@yahoo.com](mailto:mr_gado@yahoo.com)

## تمهيد

٣٥ - مسائل ثلاث : تمهيد للكلام في العقد بكلمات ثلاث : إحداها في تعريف العقد ، والثانية في مبدأ سلطان الإرادة ، والثالثة في تقسيم العقود .

\* \* \*

### § ١ - تعريف العقد

٣٦ - الاتفاق والعقد : يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد . فالاتفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري . والاتفاق على نقل التزام مثله الحوالة ، تنقل الحق أو الدين من دائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والاتفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له . والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينتهي به الدين .

والعقد (contrat) أخص من الاتفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله . ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له . فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد .

وقد نقل القانون المدني الفرنسي هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتيه ودوما ، إذ عرف العقد في المادة ١١٠١ بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . فالعقد إذن بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشئ التزاماً ، فهو نوع (espèce) والاتفاق جنس (genre) له . ويلاحظ أن التعريف الذي أورده القانون الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٧ - لا أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد : ولا نرى أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد . وتتفق في هذا مع أكثر الفقهاء . وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية ، فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق ، فإنه يلاحظ على هذا الرأي أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها ، فهي في عقود التبرع مثلاً غيرها في عقود المعاوضة ، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً ما بين الهبة والبيع من حيث أن كلا منهما عقد مجرد أن الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر .

وكان المشروع التمهيدي يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . فنصت المادة ١٢ من هذا المشروع على أن «العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة

قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها . وهذا هو تعريف المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة الأولى منه . وقد قصد من إيراد هذا التعريف في المشروع نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية<sup>(١)</sup> . وإذا كان هذا التعريف قد حذف في المشروع النهائي فإن هذا الحذف لا يعنى عدولاً عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد، بل كان الحذف مجارة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات<sup>(٢)</sup> .

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

٣٨ - وجوب الاتفاق على إحداث أثر قانوني : والمهم في العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني . فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود من هذه الكلمة . ويتبين ذلك من الظروف والملايسات .

فقد يدعو شخص آخر إلى وليمة، في نطاق المحاملات الاجتماعية، فيقبل المدعو، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشأ التزاماً قانونياً فيما بينهما . فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لم تترتب على ذلك مسؤولية في جانب من أحل منهما بوعده . ولكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف . فإذا اتفقت شركة مع مستخدم عندها على أن تقدم له الغذاء أثناء عمله في جهة نائية، أو تعهد صاحب الفندق أن يقدم الطعام للنزيل، فهذا التعهد ذو أثر قانوني وهو ملزم للمتعهد .

وقد يتبرع صديق لصديقه بتقديم خدمة مجانية دون أن يقصد الالتزام قانوناً بتقديم هذه الخدمة . فإذا وعد مزارع جاره أن يقدم له المعونة دون مقابل في حصاد زرع، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون أجر، أو عرض شخص على صديقه أن يستصحبه في سيارته، فلا تنطوي هذه الاتفاقات على معنى الإلزام . وإنما يكون الإلزام إذا قصد إليه الطرفان . فالطبيب الذي تعهد أن يعالج فقيراً دون أجر يلتزم قانوناً بذلك .

وقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية . فالولد الذي يعمل مع أبيه في صناعته، والزوجة التي تعين زوجها في تجارته، والأب الذي يعد ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان، لا يقصد أي منهم أن يرتبط ارتباطاً ملزماً . ولكن إذا قام هذا القصد ترتب على قيامه الارتباط القانوني . فقد يعمل الولد أجيراً عند أبيه، وقد تشارك الزوجة زوجها في تجارته، وقد يعد شخص بجائزة من يقدم خبير تصميم لمبنى يريد إقامته يفوز ابنه المهندس بالجائزة .

٣٩ - تحديد منطقة العقد : وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون

عقداً . بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية .

فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة، اتفاق بين النائب وناخبيه، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف . ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً إذ هي تقع في نطاق القانون العام: الدولي والدستوري والإداري .

والزواج اتفاق بين الزوجين، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبني . ولكن يجدر ألا تدعى هذه الاتفاقات عقوداً وإن وقعت في نطاق القانون الخاص، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية .

فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد . تستوي في ذلك العقود التي يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة وتلك التي يدعن فيها أحد المتعاقدين للآخر، والعقود التي توفق ما بين مصالح متعارضة وتلك التي تجمع ما بين مصالح متوافقة، والعقود الذاتية (actes subjectifs) وتلك التي تنظم أوضاعاً مستقرة (actes-règle, actes-condition) . وكان بعض فقهاء القانون العام يريدون إخراج عقود الإذعان (contrats d'adhésion) والعقود التي تجمع ما بين المصالح المتوافقة كعقد الشركة، والعقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية (Contrats collectifs) ، وعن منطقة العقد . ولكن هذا الرأي لم يسد في القانون المدني .

٤٠ - المذهبان الشخصي والمادى في العقد : سبق أن أشرنا إلى مذهبين في الالتزام، أحدهما شخصي ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية، والآخر مادى ينظر إليه كقيمة مالية . هذان المذهبان نراهما أيضاً في العقد . فالمذهب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . والمذهب المادى يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية .

والقوانين اللاتينية، هنا أيضاً، هي التي تذهب مذهباً شخصياً في العقد، وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة (volonté interne)، وعندما أن العبرة بإرادة المتعاقدين التي يكتنفها في الضمير، وما التعبير المادى عن هذه الإرادة إلى مجرد دليل يكشف عنها . فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

أما القوانين الجرمانية فتأخذ في كثير من الأحوال بالإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté) . فالعبرة عن الإرادة، ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية . فالعبرة المادى عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها، بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة في ثوبها الاجتماعي حيث يمكن التعرف عليها . وهذا المظهر المادى هو المظهر الذي يجب الوقوف عنده، ما دام العقد ينشئ روابط اجتماعية . ولا عبرة بالإرادة التي تنطوي عليها النفس، فهي من الظواهر النفسية، لا يعبأ القانون بها وهي تنظم الروابط الاجتماعية . وسنعود إلى هذا الموضوع ببيان أوفى فيما يلي :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الهامش و ص ٩ في الهامش .

## § ٢ - مبدأ سلطان الإرادة

(Autonomie de la volonté)

٤١ - عرض عام للمبدأ : يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر

في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية .

وعندهم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد . فهو الغاية ، ولخدمته يسخر المجموع . والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة . وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية ، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية . ولما كان الفرد يعيش في المجتمع ، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته ، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة . فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشى مع القانون الطبيعي ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون ، والغاية التي ينتهي إليها . وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين . هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعنى به . وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق ، ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد ، فالفرد لا المجموع هو الذي يحمي القانون .

هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولمكن استمرار هذه النظم في التطور ، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار ، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية ، وكان من ذلك أن أتكص مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يمعنون في نقده ، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين يضعون الأمور في حدودها المعقولة .

فنحن نتبع في بحثنا هذه المراحل الأربع ، فنرى كيف نشأ هذا المذهب ، وما بلغ إلى من المدى عند بلوغه ذروته ، وكيف رجع القهقري بعد ذلك ، ثم كيف وضع الأمر في نصابه المعقول . ولا نزعم بذكر هذه المراحل أنها تحققت عملاً في التاريخ ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق في أية مرحلة منها على النحو الذي يصفه أنصار المبدأ المتطرفون . وإنما نغنى أن هناك تطوراً في منحى التفكير الاجتماعي نقسمه إلى مراحل توخياً للإيضاح في بسط هذه الآراء . ونحن في ذلك لا نؤرخ وقائع اجتماعية ، بل نتتبع تطور نظريات ومذاهب .

٤٢ - كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة : لم يعترف القانون الروماني في أي عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملاً . بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة

من حركات وإرشادات وألفاظ وكتابة . أما مجرد توافق إرادتين (nudum pactum) فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً . فكان المدين لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة ، ويكون التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للأداب . فالعقد الشكلى كان عقداً مجرداً صحته تستمد من شكله لا من موضوعه . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت وتعمقت سبل الحياة . فكان من ذلك توزيع العمل ، والحاجة إلى كثرة التبادل ، ووجوب السرعة في المعاملات . واقترب هذا كله بتقدم في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني . ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً (causa civilis) للالتزام قد توجد أسباب لغيره . ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة . وانتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية . وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية (pactes prétoriens) والعقود الشرعية (pactes légitimes) . ولكن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحل مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام . بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التي تخلق العقد بقدر اختلاف قوة وضعفها بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات . وبقي العقد اللفظي (contrat verbal) إلى آخر عهود القانون الروماني هو القالب الذي يصبون فيه ما يدور الحاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة .

أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً . قد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثاني عشر . ثم أخذت تحور ، وكانت متجهة إلى التناقص . وأخذت الإرادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئاً فشيئاً . وساعد على هذا التطور عوامل أربعة :

١ - تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة : فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده ، ولو لم يفرضه في شكل مخصوص ، عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها . بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى (actio ex undo pacto) أمام المحاكم الكنسية .

٢ - إحياء القانون الروماني والتأثر به : ونحن نعلم أن القانون الروماني كان قد وصل في تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقود الملزمة . وتوسعوا في تفسير تلك الروح ، وفهموا خطأ أن القانون الروماني يقرر مبدأ سلطان الإرادة . فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ . وأصبحت القاعدة في القانون الفرنسي القديم هي ما كان استثناء في القانون الروماني .

٣ - العوامل الاقتصادية : بعد أن زاد النشاط التجاري وقويت حركة التعامل اقتضى



الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال . فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تقضي طبقاً لقواعد العدالة . والعدالة لا تميز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام .

٤ - العوامل السياسية : وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة ، وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية بين الأفراد ، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق . وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة ، وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في الفطرية والسذاجة .

وما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقررأ . وما كاد أثر الدين بضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية ، وكلها مشبعة بروح الفردية ، وقد بلغت أوجها في القرن الثامن عشر ، وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية . وقد قام الفيزيوقراطيون (physiocrats) ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً ، ويذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً في نشاطهم الاقتصادي وفتحت أبواب المنافسة بينهم ، فلا تلبث الأمور أن تستقر ، وتتحدد الأسعار من طريق المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكيمي يمليه المشرع . ومعنى هذا أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي ، وأن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين . وصحب هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها روسو (Rousseau) في كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي (contrat social) ، فكانت حرية الفرد واستقلال إرادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك العصر . وقد تلت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها ، وسلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع قانون نابليون على أسس تقديس حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته .

٤٣ - مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة : استقر هذا المبدأ وصار دعامة تبني عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشى فيه المنطق القانوني أصبح يشتمل على أصليين : (أولاً) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ، ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة . (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 أحداً 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 ، بل هو يتمحض إرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه . وسرى ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة . وشبه العقد مبني على إرادة مفروضة .

والجريمة وشبه الجريمة مردهما إلى الإرادة الحرة . والقانون نفسه إذا رتب التزامات فإنما هو يفترض في ترتيبها أن الملتزم ارتضاها في ذمته التزاماً .

وليس سلطان الإرادة مقصوراً على تولى الالتزامات وحدها ، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى . فالملكية مبنية على حرية الإرادة ، بل هي الحرية في مظهرها الملموس المادي . وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على الإرادة ، والميراث مبني على وصية مفروضة . وطرق التنفيذ الإجباري ذاتها تتركز على الإرادة الحرة ، فهي طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة . بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة ، فالجرم الذي خرج على المجتمع قد ارتضى مقدماً أن يناله الجزاء . ذلك لأن القانون ما هو إلا وليد الإرادة ارتضاها الناس بأنفسهم أو بممثلهم واختاروا الخضوع لسلطانه ، والمجتمع البشري ذاته ، أليست دعامة هذا العقد الاجتماعي الذي نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين !

وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام ، فهو خاضع للإرادة أيضاً . ولهذا الأصل ناحيتان :

الناحية الأولى أن كل ما ارتضاها الملتزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره لأن التزامه إنما بني على إرادته . فلا يصح أن نقيده من أثر العقد بدعوى أن هناك غيباً لحق أحد المتعاقدين ما دام قد ارتضى هذا الغيب . والعامل الذي يتعاقد مع رب العمل حراً مختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، ولا يحتج بأن الشروط التي ارتضاها جائرة . وليس المهم في العقد أن يكون هناك تعادل بين الشئيين المتبادلين ، بل يكفي أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل في الإنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا في حدود رسمها القانون ، كأن يكون المتعاقد قاصراً في السن أو في العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش . أما في غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل ينفذ إرادته ، فإذا التزم بشئ كان العدل أن يقوم بما التزم به . أما ما يقال عن التضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام ، فهذه الأشياء لا ينبغي أن تغرق في التحديد من سلطان الإرادة . وإذا كنت قواعد العدالة والنظام العام تعني بشئ ، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملاً في تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية .

والناحية الثانية من هذا الأصل أن العقد ، وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين ، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين . فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله ، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس منه .

٤٤ - انتكاص مبدأ سلطان الإرادة (نقد المبدأ) : إذا أرجعنا 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 أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كن من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي ، وانتكس متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تنفيذ النتائج التي وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدرراً 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 ، وهي التي تستند إليها قوة الإلزام في العقود . وقد لا يتم اتحاد حقيقي بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فاتحادهما 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 أو هي . 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 الجنون والطفل والأخذ بالمسئولية المادية ، وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفي الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعدالة ، ومطابقة 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 . رأيت لو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أكان يصح الزعم بأن 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 قانوني نظمه المشرع نفسه طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة ، ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك . أما القول بأن المجرم قد ارتضى توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى

التحكيم منه إلى الحقيقة ، وإلا فأى مجرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها .

٤٥ - 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 بنبذ مرة واحدة . وبين الإمعان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون مجالاً لوضع الأمور في نصابها الصحيح .

ونحن إذ توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، تبيننا أن الإرادة لا سلطان عليها 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 رلاً 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 أضعف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدرراً 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 ، فذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعد لها في الأهمية كالعمل 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 أنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب . بل إن إرادة الفرد - حتى في داخل هذه القيود - يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظماً ثابتة للطوائف والجماعات ، كما في الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها الجماعة التي تنتمي إليها ولا تعتمد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs) ، كعقد العمل الجامع (contrat collectif du travail) ، وصلاح أغلبية الدائنين مع المفلس ، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية ،

## ١ - العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

٤٧ - العقد الرضائي : هو ما يكفي في انعقاده تراضى المتعاقدين ، أى اقتران الإيجاب بالقبول . فالتراضى وحده هو الذى يكون العقد . وأكثر العقود فى القانون الحديث رضائية . كالبيع والإيجار . وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه القاعدة طرفة ، بل تطور إليها تدرجاً .

ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط فى إثباته شكل مخصوص . إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته . فما دام يكفي فى وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائى ، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها . والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للاثبات (ad probatum) فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين . أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً فى العقد (ad solennitatem) فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين .

٤٨ - العقد الشكلي : هو ما لا يتم بمجرد تراضى المتعاقدين ، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون . وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد . ولم يبق فى القانون الحديث إلا عدد قليل من العقود الشكلية ، الغرض من استبقاء شكليتها هو فى الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد ، كما فى الهبة والرهن<sup>(١)</sup> .

(١) وقد يكون العقد رضائياً فى أصله فيتفق المتعاقدان على أن يكون شكلياً ، أى أن الشكلية تكون واجبة باتفاق المتعاقدين لا بحكم القانون . مثل ذلك أن يتفق المتعاقدان ، بمقتضى عقد ابتدائي ، أن يكون التعاقد النهائي بالكتابة ، أو بمقتضى شرط فى عقد الإيجار أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة . فتكون الكتابة فى مثل هذه الحالات ركناً شكلياً لا يتم العمل القانونى إلا باستيفائه . وقد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة أن تكون للاثبات لا لتكوين العمل القانونى . وإذا قام شك فى تفسير قصد المتعاقدين هل الكتابة ركن شكلي أو هى الطريق للاثبات ، فالقضاء فى مصر وفرنسا يتلمس من ظروف الواقع قرينة على ترجيح أحد الفرضين ، فإذا لم توجد قرينة مرجحة كان المفروض أن المتعاقدين اشترطا الكتابة للاثبات لا للانعقاد لأن الأصل فى العقود أن تكون رضائية . أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١٠٥ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ - ولكن القضاء المصرى لم يستقر على هذا المبدأ وسيتبين ذلك فيما يلى - أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٢٨٣ - وحكم آخر فى ١٤ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٨١ مع تعليق فاليرى Valéry .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذه المسألة يرجح أن تكون الكتابة للانعقاد لا للاثبات ، فكانت المادة ١٤٩ من هذا المشروع تنص على أنه «إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفى العقد شرطاً خاصاً لم يشترطه القانون ، فالمفروض عند الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذى يستوفى فيه العقد الشكل المتفق عليه» . وقد جرى المشروع فى ذلك على نهك كثير من التقنينات الحديثة (القانون الألمانى م ١٢٥ وم ١٥٤ فقرة ٢ - قانون الالتزامات السويسرى م ١٦ - القانون البولونى م ١٠٩) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «إذا اتفق المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين ، سواء إكأن ذلك بمقتضى عقد تمهيدى أم كان =

كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانتصار القانون للجانب الضعيف ، كما نرى فى تشريع العمال وفى عقود الإذعان وفى نظرية الاستغلال وهى نظرية تتوسع تدرجاً فى القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود . ثم إن الإرادة وهى فى دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضاً لشكلية تتطلبها بعض العقود حماية للمتعاقد الذى يقدم على أمر خطير كما فى الهبة والرهن الرسمى . وهى تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن لنية . وتخضع أخيراً لقواعد الإثبات وهى قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الناحية العملية .

هذه هى الحدود التى يرسمها القانون فى الوقت الحاضر ميداننا لسلطان الإرادة . فهو يعترف بهذا السلطان ، ولكن يحصره فى دائرة معقولة ، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام .

## ٣ - تقسيم العقود

٤٦ - تقسيمات مختلفة : ذكر القانون المدنى الفرنسى بعض تقسيمات للعقود فى غير استقصاء . والتقسيم أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع . لذلك لم يعرض له القانون المدنى المصرى ، لا القديم ولا الجديد<sup>(١)</sup> . كذلك لم تعرض له التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى .

ويمكن تقسيم العقد عدة تقسيمات إذا نظر إليه من وجهات مختلفة .

فالعقد من حيث التكوين إما أن يكون عقداً رضائياً (contrat consensuel) أو عقداً شكلياً (contrat solennel) أو عقداً عينياً (contrat réel) .

وهو من حيث الموضوع إما أن يكون عقداً مسمى (contrat nommé) أو عقداً غير مسمى (contrat innommé) . وإما أن يكون عقداً بسيطاً (contrat simple) أو عقداً مختلطاً (contrat mixte) .

وهو من حيث الأثر إما أن يكون عقداً ملزماً للجانبين (contrat synalagmatique, bilatéral) أو عقداً ملزماً لجانب واحد (contrat unilatéral) . وإما أن يكون عقد معاوضة (contrat à titre onéreux) أو عقد تبرع (contrat à titre gratuit) .

وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً محدداً (contrat commutatif) أو عقداً احتمالياً (contrat aléatoire) . وإما أن يكون عقداً فورياً (contrat instantané) أو عقداً زمنياً (contrat successif) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد تعمد المشروع إغفال تقسيمات العقود التى توجد فى أكثر التقنينات اللاتينية النزعة ، لأن العناية بها من شأن الفقه . ولذلك رؤى من الأحوط أن تهمل فى النصوص التشريعية» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ فى الهامش) .



وقد تقدمت الإشارة إلى أن العقود بدأت تكون شكلية في القديم ، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أكثرها رضائياً والقليل هو الشكلي . وتختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة في أنها أكثر مرونة . وتختلف عنها أيضاً ، وبوجه خاص ، في أنها لا تكفي وحدها في تكوين العقد . فالشكلية الحديثة ، إذا كانت لازمة ، فهي ليست بكافية ، بل لابد أن تقترن بإرادة المتعاقدين . فالإرادة هي التي يقع عليها الشكل . أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هي التي تكون العقد ، لذلك كان لا يجوز الطعن فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفع الموضوعية . فالشكلي إذن كان هو العقد لا الإرادة (١) .

= بمقتضى شرط معين في عقد أصلي - كما هو الشأن في اشتراط الكتابة في التنبيه بالإخلاء في عقود الإيجار - يفرض أن نيتها قد انصرفت إلى ترتيب البطلان على عدم مراعاة هذا الشكل . وهذه هي دلالة القرينة التي تقيمها المادة ١٤٩ من المشروع . على أن الأمر لا يعدو مجرد قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط حكمها بإثبات العكس (التقنين الألماني تعليقات ج ١ ص ١٣٦) . وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلاً ينطوي على تكليف جديد ، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) . أما فيما يتعلق بالشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان فلم يستقر القضاء على رأي بشأن دلالة الاتفاق عند الشك ، = فهل يستتبع إغفال الشكل في هذه الحالة بطلان العقد ، أم يعتبر الشكل مشروطاً لتهيئة طريق للإثبات فحسب ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة أنه لا يجوز لسمسار أن يتمسك بحصول الاتفاق بين المتعاقدين ليتأدى من ذلك إلى المطالبة بالسمسرة المتفق عليها إذا كان البيع قد علق على شروط عدة وأرجأ المتعاقدان ارتباطهما النهائي إلى وقت التوقيع على عقد يحرره محاموهما ما دام أن التوقيع لم يحصل (١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨١) . وعلى هذا النحو اعتبرت المحكمة أن إغفال الشكل الذي اتفق عليه يستتبع البطلان دون أن ينص صراحة على ذلك . على أن هذه المحكمة نفسها قد حكمت في قضية أخرى بأن العقود الرضائية تتم بمجرد التراضي ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التعاقد بعقد رسمي مع النص صراحة على انصراف نيتها إلى تعليق الارتباط على إتمام العقد من طريق التوقيع عليه أمام موثق العقود (١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١) . ويلوح أن المحكمة قد جنحت في هذا الحكم الأخير لاشتراط الاتفاق صراحة على أن إغفال الشكل المتفق عليه يستتبع البطلان . ومن المحقق أن النص الذي اختاره المشروع في المادة ١٤٩ من شأنه أن يضع حداً لتردد القضاء في هذا الصدد . ولكن المادة ١٤٩ من المشروع التمهيدى عندما تليت في لجنة المراجعة اقترح حذفها لإمكان الاستغناء عنها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم حذف هذا النص في المشروع النهائي (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ - ٧٤ في الهامش) . وقد كان من الخير إبقاء النص حتى يضع حداً لتردد القضاء على ما تقول المذكرة الإيضاحية . أما وقد حذف ، فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة . ولما كان الأصل في العقد أن يكون رضائياً ، فالأولى عند الشك أن يكون الكتابة للإثبات لا للانعقاد . والراجح في القضاء المصري والفرنسي يؤيد هذا الرأي كما قدمنا .

(١) ويلاحظ أن كل عقد شكلي يكون التوكيل في عمله شكلياً أيضاً (م ٧٠٠ من القانون المدني الجديد) ، وكذلك الوعد بإبرام عقد شكلي يكون شكلياً (م ١٠١ فقرة ٢) ، وإجازة العقود الشكلية تكون شكلية مثلها . ويستوفى الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد الشكلي من تعديل لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يورد بعض هذه الأحكام ، فكانت المادة ١٤٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي :

١٥ - إذا فرض القانون شكلاً معيناً لعقد من العقود ، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل ، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك . =

٤٩ - العقد العيني : هو عقد لا يتم بمجرد التراضي ، بل يجب لتمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد . ولا يكاد يوجد في القانون المدني الجديد مثل للعقد العيني إلا هبة المنقول ، فهذه قد تكون عقداً شكلياً إذا تمت بورقة رسمية ، وقد تكون عقداً عينياً إذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ من القانون المدني الجديد) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن

= ٢٥ - إذا قرر القانون للعقد شكلاً معيناً ، فيجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل ، لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «يقضى التقنين الألماني (المادة ١٢٥) والتقنين السويسري (المادتان ١١ ، ١٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البرازيلي (المادة ١٣٠) بأن عدم استيفاء عقد من العقود للشكل الذي يفرضه القانون له يستتبع البطلان أصلاً ، ما لم ينص على خلاف ذلك . وقد أثر المشروع اتباع هذا المذهب مخالفاً مذهب التقنين البولوني (المادة ١١٠) في هذا الشأن . فإذا تطلب القانون شكلاً خاصاً وأطلق الحكم بغير تعقيب ، فمن الطبيعي أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطاً لوجود العقد . أما إذا كان الشكل قد فرض لتهيئة طريق للإثبات فحسب ، فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك . وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة يعتبر باطلاً إذا لم يستوف فيه هذا الشرط ، إلا أن يكون القانون قد قضى بغير ذلك . ويلاحظ أن معنى التعديل يتحقق في الشروط التي تتعارض مع مضمون العقد الأول ، لا في الشروط التفصيلية أو التكميلية التي لا تنطوي على مثل هذا التعارض . فالاتفاق على ترميم منزل يبيع بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطاً تفصيلياً لا ضرورة للكتابة فيه . ويختلف عن ذلك حكم ما يضاف إلى التعاقد الأول من شروط أو نصوص جديدة (فيك ومورلا : تعليقات على تقنين الالتزامات السويسري ج ١ المادة ١٢ نبذة ٤ و ٥) . . . . وقد ذهب القضاء إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلاً ينطوي على تكليف جديد ، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) . وعندما تليت المادة ١٤٨ من المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة ، رأت اللجنة بعد المناقشة حذفها ، استناداً إلى أنه في الحالة التي يصرح فيها المشرع بالمهمة التي يريد لها الشكل الذي قرره للعقد لا تقوم أية صعوبة ، وفي الحالة التي لا يصرح فيها بذلك بترك الأمر لتقدير القاضي دون الأخذ بقرينة أخرى . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ - ص ٧٤ في الهامش) .

وها أيضاً كان من الخير إبقاء النص حتى لا يضطرب القضاء في تفسير نية المشرع في مسألة جوهرية كهذه المسألة . وقد كان النص المحذوف يتضمن قرينة قانونية على أن الشكل الذي يفرضه القانون يكون عند الشك للانعقاد لا للإثبات . وما دام النص قد حذف ، وزالت بحذفه هذه القرينة القانونية ، لم يبق إلا الرجوع إلى القواعد العامة في التفسير . وعندنا إنه إذا غم الأمر ولم يتبين القاضي - بعد أن يستفد وسائل التفسير - ما إذا كان المشرع أراد الشكل للانعقاد أو للإثبات ، فالأولى أن يكون الشكل للانعقاد لا للإثبات . ولا يجوز هنا أن يقال - كما قيل في الشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان - إن الأصل في العقد أن يكون رضائياً . فإن هذا الأصل إنما يصدق بالنسبة إلى المتعاقدين لا بالنسبة إلى المشرع . ولا يصح أن نسلم في سر بأن المتعاقدين أرادوا خلق شكل لا يوجد العقد بدونه إلا إذا نصوا صراحة على ذلك . أما المشرع فسلطانه كامل في أن يخلق الشكل الذي يريد ، ومتى فرض شكلاً ، ولم يقم دليل على أنه مقرر للإثبات ، فالمفروض أنه مقرر لانعقاد العقد .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية مثل على الشروط التفصيلية والتكميلية التي لا تتعارض مع مضمون العقد المكتوب فلا تشترط فيها الكتابة . أما الشروط التي تدخل على العقد المكتوب تعديلاً فتشترط الكتابة فيها ، فمثلها أن يتفق البائع والمشتري بعد كتابة عقد البيع على إنقاص الثمن أو على زيادته .

يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شطر من التزامه. ففي عقود التأمين يشترط أحياناً ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول، والشروط صحيح في هذه الحالة، ويكتن العقد عينياً ولكن العينية هنا مصدرها الاتفاق لا القانون.

أما القانون المدني القديم فكان يسير على نهج القانون الفرنسي، ويجعل إلى جانب هبة المنقول عقوداً عينية أخرى أربعة: القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة، وكلا القانونين ورث عينية هذه العقود الأربعة 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 بعض العقود، وهذه هي العقود العينية. ولم يسلم بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية. أما اليوم فقد أصبح التراضي، كقاعدة عامة، كافياً لانعقاد العقد، فلم يعد هناك مقتض لأحلال التسليم محل الشكل. وقد قللت بعض التقنيات الحديثة عدد هذه العقود العينية، فاستبقى القانون الألماني منها القرض ورهن الحيازة، ولم يستبق قانون الالتزامات السويسري إلا رهن الحيازة وحده.

## ٢ - العقد المسمى والعقد غير المسمى

٥٠ - العقد المسمى: هو ما خصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم. والعقود المسماة في القانون الجديد إما أن تقع على الملكية، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح، وإما أن تقع على المنفعة وهي الإيجار وعارية الاستعمال. وإما أن تقع على العمل وهي المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة. ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهي المقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهي الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحيازة.

ويلاحظ أن العقد المسمى، في غير النصوص التفصيلية التي تولت تنظيمه، يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها سائر العقود.

٥١ - العقد غير المسمى: هو ما لم يخصصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود، شأنه في ذلك شأن العقد المسمى. ولكنه لما كان أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (١).

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يشير إلى ذلك، فينص في المادة ١٢٣ على ما يأتي:

١ - تسري على العقود، المسماة منها وغير المسماة، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل. ٢ - أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقرررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية. وجاء في المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي. وليس يقصد به إلى ترك يد الفقه والقضاء طليقة في تمييز أنواع أو أنماط مختلفة من العقود»

وتفاوتت التقنيات فيما تسميه من العقود وتفصل أحكامه. وقد كان القانون المدني القديم لا ينظم عقد التزام المرافق العامة ولا المقامرة والرهن ولا عقد التأمين، ويقتضب اقتضاباً مخلاً تنظيم عقود المقاولة والعمل والحراسة. فعالج القانون الجديد هذه الأمور. ولازالت هناك عقود غير مسماة صالحة لأن تنظم فتصبح عقوداً مسماة كعقد النشر وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد النزول في الفندق.

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه وأن ينفق على هذا العمل في نظر جزء من هذا الميراث يأخذ إذا وفق في إثبات الإرث (contrat de révélation de succession)، وأن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول شيئاً مملوكاً للثاني أن يعجل له مبلغاً معيناً وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه. والعقد بين مدير المسرح والممثلين، وبينه وبين النظارة، واتفاق إدارة إحدى المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعضاً من الأسرة تستخدم للتعليم الطبي، واتفاق التاجر مع صاحب مصرف على أن يقدم له معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر، والعقد بين المصور أو الرسام مع الشخص الذي يصوره أو يرسمه، كل هذه عقود غير مسماة (١).

= فحسب، بل أريد به، بوجه خاص، تقرير المبدأ الأساسي الذي يقضي بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسري على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة. وغنى عن البيان أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوي على استثناء من القواعد العامة. ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعاً، دون تفرقة بين العقود المسماة وغير المسماة، ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء. وعندما تليت المادة ١٢٣ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها، فوافقت اللجنة على ذلك. ومن ثم أغفل المشروع النهائي هذا النص لأنه يقرر حكماً ظاهراً لا حاجة إلى نص. (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الهامش).

هذا وقد كان للعقد غير المسماة في القانون الروماني شأن آخر. فقد كان هذا القانون لا يعترف - فيما خلا العقود الشكلية - إلا بعقود محصورة العدد، بعضها رضائي، وبعضها عيني، وأخرى اتفاقات يجعل لها قوة العقود. ومن هذه الاتفاقات عقود اعترف بها تدرجاً وبعد تطور طويل، وهي العقود غير المسماة. وكانت عقوداً لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر. وتنقسم إلى أقسام أربعة: ١ - عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عيني كذلك (do ut des)، مثل ذلك المقايضة ٢ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء (do ut facias)، مثل ذلك الهبة يعوض ٣ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء كذلك (facio ut facias) مثل ذلك أن يسلم شخص حيازة شيء لآخر فيلتزم الآخر برد هذه الحيازة عند أول طلب (convention de précaire) ٤ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des)، مثل ذلك عقد المحاسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يدفع ثمنها المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها، وهو عقد يدور بين البيع والعمل والوكالة.

(١) أنظر والتون ١ ص ٩٨ - ص ١٠٠. وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العقد الذي يعطى به شخص لأحد مجالس المديرية قطعة أرض نظير تعهد مجلس المديرية بإقامة مدرسة عليها في مدة معينة يعتبر عقداً غير مسمى (٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ رقم ٨٥ ص ٢٣٢). وقضت محكمة =



### ٣ - العقد البسيط والعقد المختلط

٥٢ - العقد البسيط : هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة. وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمى كالبيع والإيجار ، كما يكون عقداً غير مسمى كالعقد الذي توضع بمقتضاه أسرة تحت تصرف مدرسة طيبة .

٥٣ - العقد المختلط : هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً . مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة .

وليس هناك من أهمية كبيرة في امتزاج عدة عقود في عقد مختلط . فإن هذا العقد إنماتطبق عليه أحكام العقود المختلفة 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 على كل عقد من العقود التي يتكون منها . ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي ، كما في عقد التليفون ، وهو يدور بين عقد العمل والإيجار ، فقلب القضاء المصري فيه عنصر عقد العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلة التليفونية<sup>(١)</sup> ، وكما في العقد الموصوف بأنه إيجار ابتداء وبيع انتهاء (location-vente) وهو يدور بين البيع والإيجار ، فحسم القانون الجديد (م ٤٣٠) النزاع في شأنه وجعله بيعاً .

### ٤ - العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

٥٤ - العقد الملزم للجانبين : هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع في مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن . والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

٥٥ - العقد الملزم لجانب واحد : هو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين فيكون مديناً غير دائن ، ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير مدين . مثل ذلك الوديعة

= التقض بأنه إذا كان العقد مشتملاً على التزامات متبادلة، إذ التزم أحد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يمكن عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا مقايضة ، وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية . ولا يجوز الرجوع فيه ، وذلك على الرغم مما هو وارد في عقد الانفاق من ألقاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سبقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض لتمليك المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ .

غير المجورة يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يتسلم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يردّه عيناً ، دون أن يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده .

والعقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو كسائر العقود لا يتم إلا بتوافق إرادتين . وهذا بخلاف العمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) فإنه يتم بإرادة واحدة ويكون التعبير بلفظ «جانب واحد» (unilatéral) إذا قترن بالعقد يعتبر فيه أثر العقد لا تكوينه ، وإذا اقترن بالعمل القانوني يلحظ فيه تكوين العمل القانوني لا أثره .

٥٦ - أهمية هذا التقسيم : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ترجع إلى أن العقد الملزم لجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، وهذا التقابل (interdépendance) يؤدي إلى نتائج هامة لا تراها في العقد الملزم لجانب واحد حيث لا وجود للتقابل . ونذكر من هذه النتائج ما أتى :

(١) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقسم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد . وهذا ما يسمى عادة بالشرط الفاسخ ضمنى (condition résolutive tacite, lex commissoria) ، إذ هو شرط مفهوم في كل عقد ملزم للجانبين (أنظر المادة ١٥٧ من القانون المدني الجديد) أما في العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة فلا محل لهذا الفسخ ، لأن المقصود منه هو أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه ولا التزام عليه حتى يطلب التحلل منه ، فبقى أن يطلب تنفيذ الالتزام ثابت في ذمة الطرف الأول<sup>(١)</sup> .

(١) أصبح عقد القرض وعقد العارية ورهن الحيازة ، في القانون المدني الجديد ، عقوداً ملزمة للجانبين بعد أن صارت عقوداً رضائية ، وكانت عينية في القانون القديم كما أسلفنا الذكر . فالتسليم لم يعد ركناً في هذه العقود ، بل هو التزام في ذمة المعير والمقرض والراهن . على أن هذه العقود ، حتى عندما كانت عينية في القانون القديم ، كانت في رأينا ملزمة للجانبين (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ١٣١ هامش رقم ١) ، إذ أن كلا من المعير والراهن كان - ولا يزال - ملتزماً بترك العين في يد المتعاقد الآخر إلى الوقت الذي ينتهي فيه العقد . وهذا الالتزام يقابله التزام المتعاقد الآخر بالمحافظة على العين . فإذا أخل هذا بالتزامه ، جاز للمتعاقد الأول فسخ العقد واسترداد العين . وفي عقد القرض يلتزم المقرض بعدم استرداد مثل ما أقرضه إلا عند نهاية العقد ، وهذا الالتزام يقابله التزام المقرض بدفع الفوائد المشترطة . فإذا أخل هذا بالتزامه جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تنطبق على هذه العقود . ثم لا نكون في حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء بأن قاعدة الفسخ تنطبق على العقود الملزمة لجانب واحد كما تنطبق على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى مساندة فقهاء آخرين في تسمية الفسخ في هذه العقود بالإسقاط (déchéance) ، بل تبقى الفسخ على طبيعته ، ونقصه على العقود الملزمة للجانبين ، وتجعله في الوقت ذاته ينطبق على العقود التي نحن بصددنا . وستعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الفسخ .

ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في هذه العقود الثلاثة التزاماً لا ركناً . وذلك لأن كلا من المقرض والمعير والراهن إذا فسخ العقد في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه ، فإنه لا يتحلل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بترك الشيء إلى نهاية العقد .

(٢) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر ، بدلا من أن يطلب فسخ العقد ، أن يتمتع عن تنفيذ التزامه ، فإنما طوبى بالتنفيذ دفع بوقفه حتى يقوم الطرف الأخر بتنفيذ التزامه هو (أنظر المادة ١٦١ من القانون المدني الجديد) . وهذا ما يسمونه بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل لهذا الدفع ، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق في ذمته التزام حتى يطلب وقف تنفيذه .

(٣) في العقد الملزم للجانبين يطبق المبدأ القاضى بأن تحمل التبعة (risque) يكون على التعاقد الذى استحاله تنفيذ التزامه . ويتلخص هذا المبدأ فى أنه إذا استحاله على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام ينقضى بسبب استحاله التنفيذ ، وينقضى معه الالتزام المقابل له ، فيفسخ العقد من تلقاء نفسه (أنظر المادة ١٥٩ من القانون المدني الجديد) . ويكون المتعاقد الذى استحاله تنفيذ التزامه قد تحمل تبعه هذه الاستحالة . أما فى العقد الملزم لجانب واحد فإن الذى يتحمل التبعة هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذى استحاله تنفيذ التزامه . ذلك لأن هذا المتعاقد ينقضى التزامه بسبب استحاله تنفيذه ، ولا يعرض المتعاقد الآخر عن ذلك شيئا لأنه لم يتعلق فى ذمته التزام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول ، فيكون هو الذى تحمل التبعة .

= وقد اعترض بعد الفقهاء على هذا الرأى (أنظر الدكتور أحمد حشمت أبوستيت ص ٥٥ - ٦٦ والدكتور عبدالمعطي خيال هامش فقرة ٥٢) . وتحصل اعتراضاتهم فيما يأتى :

أ) أن وصف الواجب السلبي المفروض على المعير بترك المستعير ينتفع بالعين المعارة ، وعلى الراهن بترك المرتهن يستغل العين المرهونة ، بأنه التزام وصف غير صحيح ، إذ أن هذا الواجب مفروض على الكافة أيضا .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن الواجب السلبي المفروض على المعير وعلى الراهن يختلف اختلافا جوهريا عن الواجب السلبي المفروض على الكافة . فإن الكافة لا تربطهم علاقة شخصية بالمستعير والمرتهن ، فواجبهم السلبي فى احترام حقهما هو ذات واجبهما السلبي فى احترام أى حق آخر . أما المعير والراهن فقد ربطتهما علاقة شخصية بالمستعير والمرتهن ، والتزما نحوهما التزاما شخصيا بعدم استغلال العين قبل نهاية العقد . والفرق واضح بين التزامهما الشخصى بعدم استرداد العين وواجبهما السلبي فى احترام أى حق آخر لا تربطهما بصاحبه علاقة شخصية .

ب) أن تسليم العين المعقود عليها يتضمن فى الوقت ذاته الالتزام بعدم التعرض ، فإن هذا هو غاية التسليم . والتسليم وغايته شئ واحد ، فتجزئته إلى مجرد تسليم وإلى تعهد بعدم المطالبة أو عدم التعرض تجزئة لما لا يقبل التجزئة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن التمييز بين التسليم وعدم التعرض (أو عدم المطالبة) أمر مألوف ، وله واضحا فى عقود هامة كالبيع والإيجار . ومن المعروف ألا فرق بين العارية والإيجار إلا فى الأجرة . وما نحن نرى المؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة ويترك المستأجر ينتفع بها إلى نهاية الإيجار (فى القانون القديم) . فلماذا لا يلتزم المعير بتسليم العين المعارة ويترك المستعير ينتفع بها إلى نهاية العارية !

ج) إذا أمكن تصور الفسخ فى هذه العقود ، فلا يمكن تصور الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة . وردنا على هذا الاعتراض هو أن هذا إنما يرجع إلى الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة يفترضان التسليم لم يتم . أما هنا فالتسليم قد تم ، ولم يبق إلا التزام بترك العين إلى نهاية العقد ، يقابله التزام بالمحافظة عليها .

(٤) فى العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام أحد المتعاقدين سببا (cause) لالتزام المتعاقد الآخر وفقاً للنظرية التقليدية فى السبب ، وذلك للتقابل القائم ما بين الالتزامين . أما فى العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سببا .

٥٧ - العقد الملزم للجانبين غير التام (contrat synallagmatique imparfait) : وكان القانون الرومانى يعرف نوعا من العقود هو وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد ، وكان يسميه بالعقد الملزم للجانبين غير التام . وهو عقد ملزم فى الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد ، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتعويض ما أصاب المودع عنده من الضرر بسبب الشئ المودع أو برد المصروفات الضرورية التى أنفقت فى حفظ الشئ من الهلاك .

والصحيح أن العقد الملزم للجانبين غير التام إنما هو عقد ملزم لجانب واحد . وما عسى أن ينشأ من التزام بعد ذلك فى جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدره سبب آخر : العمل غير المشروع فى حالة التعويض عن الضرر ، والإبراء بلا سبب فى حالة رد المصروفات الضرورية . ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً فى القانون الرومانى لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هى التى كانت تعتبر فى هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية فى تنفيذها (de bonne foi) ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ (de droit strict) . فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام حتى يتيسر اشتراط حسن النية فى التنفيذ . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة فى القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود - سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد - يجب أن يتوافر فى تنفيذها حسن النية . فلم تعد هناك فائدة فى أن تتسم العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين .

### ٥ - عقد المعاوضة وعقد التبرع

٥٨ - عقد المعاوضة : هو العقد الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه . فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن فى مقابل إعطاء المبيع ، وبالنسبة إلى المشتري لأنه يأخذ المبيع فى مقابل إعطاء الثمن . والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة إلى المقرض ، لأنه يأخذ الفوائد فى مقابل إعطاء الشئ لأجل ، وبالنسبة إلى المقترض لأنه يأخذ الشئ لأجل فى مقابل إعطاء الفوائد . وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول ، لأنه أخذ كفالة فى مقابل إعطاء الدين ، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعا إذا لم يأخذ أجراً على كفالته إذ يكون قد أعطى دون أن يأخذ . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة إلى المتعاقد الآخر ، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطى المقابل للمتعاقد الآخر ، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقدا الآخر .

٥٩ - عقد التبرع : هو العقد الذى لا يأخذ به المتعاقد مقابلا لما أعطاه ، ولا يعطى

المتعاقد الآخر مقابلاً لما أخذه . فالعارية عقد تباع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير في مقابل الشيء المعار ، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطى شيئاً للمعير في مقابل الانتفاع بالشيء المعار . وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة . إذا كانت هذه العقود الثلاثة دون مقابل ، كلها قود تبرع على النحو الذي قدمناه . ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار ، وبعضها تبرع كالعارية . كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض ، وبعضها معاوضة كالوكالة إذا أخذ الكفيل أجراً من المدين .

ومن المفيد أن نميز في عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات . فعقود التفضل (actes de bienfaisance) يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله . فالعارية عقد تفضل لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها . والوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله لا بماله . أما الهبات (actes de libéralité) فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله ، كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب . ويتبين من ذلك أن الهبات أشد خطورة من عقود التفضل ، ولذلك تحوط المشرع فاشترط في الهبة شكلاً خاصاً .

٦٠ - أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين عقد التبرع - تفضلاً كان أو هبة - وعقد المعاوضة له نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) تكون مسؤولية المتبرع أخف عادة من مسؤولية المعاوض ، فمسؤولية المودع عنده أيسر من مسؤولية المستأجر . كما أن مسؤولية المتبرع له أشد عادة من مسؤولية المستأجر . فهذه العقود الثلاثة - الوديعة والإيجار والعارية - تتفاوت فيها مسؤولية المتعاقدين قوة وضعفاً ، وتترج من الضعف إلى القوة طبقاً لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده ، أو يعاوض كالمستأجر ، أو يتلقى التبرع كالمستعير .

(٢) الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع . وهو لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار ، كما في الشركة والمزارعة .

(٣) يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البوليصة دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع . فإذا وهب المدين المعسر آخر شيئاً من ماله ، جاز للدائن الطعن في هذا التصرف ولو لم يثبت سوء نية الموهوب له . أما في عقود المعاوضة كالبيع ، فلا بد من إثبات سوء النية .

## ٦ - العقد المحدد والعقد الاحتمالي

٦١ - العقد المحدد : هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى ، حتى لو كان القدران غير متعادلين . فبيع شيء معين بثمن معين عقد محدد ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع .

٦٢ - العقد الاحتمالي : هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى ، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . فالبيع بثمن هو إيراد مرتب لدى الحياة عقد احتمالي . لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذي أعطى لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت القدر الذي أخذ ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته والموت أمر لا يعرف وقت حصوله . والمشتري أيضاً كالبائع يباشر عقداً احتمالياً ، فهو يعرف القدر الذي أخذ ، ولكنه لا يعرف القدر الذي أعطى وهو الثمن الذي لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة (١) .

هذا وقد يظن لأول وهلة أن تقسيم العقد إلى محدد واحتمالي لا يكون إلا في عقود معاوضة ، وليس في عقود التبرع إلا عقود محددة . ولكن الصحيح أن عقد التبرع قد يكون احتمالياً إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي يأخذ ، كما إذا هب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته .

٦٣ - أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي له أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية . أما من الناحية القانونية فأهميته محدودة . ومن أهم نتائجه :  
مران :

(١) أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال (aléa) في المكسب أو الخسارة . فلو بضح أن هذا الاحتمال غير موجود في الواقع ، وإن حسب المتعاقدان موجوداً ، فالعقد باطل ، كما إذا باع شخص منزلاً بإيراد يعطى لشخص ثالث طول حياته ، فإذا بهذا الشخص قد مات بل وقوع البيع .

(٢) لا يؤثر الغبن عادة في العقود الاحتمالية ، لأن الأساس الذي بنيت عليه هذه العقود هو كما تقدم غبن احتمالي يتحملة أحد المتعاقدين (٢) .

## ٧ - العقد الفوري والعقد الزمني (٣)

٦٤ - العقد الفوري : هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، فيكون

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الاحتمالي هو الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد . وهي لا تتحدد إلا فيما بعد تبعاً لوقوع أمر غير محقق كبيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزاف . والبيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المحاماة ٣١ رقم ١٣٥ ص ٣٦٥) .

(٢) ومع ذلك أنظر المادة ٢١٤ من القانون اللبناني ، وقد جاء في الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للإبطال بسبب الغبن . ويمكن حمل ذلك على أن احتمال المكسب والخسارة في جانب أحد المتعاقدين بعيد عن أي تعادل مع هذا الاحتمال في جانب المتعاقد الآخر .

(٣) رجعنا في هذا الموضوع إلى رسالة قيمة للدكتور عبدالحى حجازى ، عنوانها : نظرية عقد المدة - =



تنفيذه فوراً ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة .

فبيع شيء يسلم في الحال بثمن يدفع في الحال عقد فوري، لأن عنصر الزمن هنا معدوم، إذ أكل من المبيع والثمن يسلم في الحال، فهو عقد فوري التنفيذ .

وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقى مع ذلك فورياً . ذلك لأن الزمن إذا كان قد تدخل هنا فهو عنصر عرضي لا يدخل له في تحديد الثمن (١) . فالبيع بثمن مؤجل عندما يحين وقت تنفيذه، يكون فوري التنفيذ . وليس الأجل إلا موعداً يتحدد به وقت التنفيذ، ولا يتحدد به مقدار الثمن .

وقد يكون البيع بثمن مقسط ويبقى مع ذلك فورياً . إذ الثمن الذي يدفع أقساطاً ليس إلا ثمناً مؤجلاً إلى آجال متعددة . وليست هذه الآجال إلا عناصر عرضية في العقد لا يتحدد بها مقدار الثمن . ويكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ، جزءاً جزءاً، عندما يحين وقت التنفيذ لكل جزء منه .

وقد يكون الأجل الذي يضرب للتنفيذ إجبارياً، لا اختيارياً كما في الأمثلة المتقدمة، ويبقى مع ذلك عنصراً عرضياً لا يتحدد به المحل المعقود عليه، فيكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ . مثل ذلك التجار يتفق مع العميل على أن يصنع له دولاباً . فصنع الدولاب لا بد أن يستغرق زمناً، ولكن هذا الزمن وهو أجل إجباري - لا يتحدد به محل العقد . والأجل الإجباري هنا كالأجل الاختياري هناك، كلاهما عنصر عرضي لا يقاس به المعقود عليه . ويكون عقد الاستصناع في المثل الذي قدمناه فوري التنفيذ عندما يحين وقت تنفيذه، أي بعد أن يتم صنع الدولاب .

ويتبين مما تقدم أن العقد الفوري يتحدد محله مستقلاً عن الزمن، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه . ذلك أن محل العقد الفوري - أرضاً كان أو بناءً أو عروضاً أو نقداً أو غير ذلك - إنما يمتد في المكان لا في الزمان، أي أن له جرمماً إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكاني لا بمقياس زمني، أو هو - كما يقول الدكتور عبدالحى حجازي في رسالته المعروفة - حقيقة مكانية لا حقيقة زمنية . وإنما سمي بالعقد الفوري، ولم يسم بالعقد المكاني، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هي في إثبات المكان له، بل في نفى الزمان عنه .

= العقد المستمر والدوري التنفيذ . القاهرة سنة ١٩٥٠، وقد أترنا أن نسمى «العقد الزمني» ما سماه الدكتور عبدالحى حجازي «عقد المدة» . ولا يزال العقد الزمني في مستهل تطوره الفقهي . ومن الملاحظ أن يترك للفقهاء حتى يستكمل تطوره، فينتقل بعد ذلك إلى التقنين . وسنعود للإشارة إليه في أماكن أخرى متفرقة .

(١) وإذا كان قد روعي في الثمن المؤجل أن تضاف إليه الفوائد عن المدة التي أجل فيها، فإن الزمن في هذه الحالة لا يتدخل إلا في تحديد الفوائد، وهي في العادة نسبة ضئيلة من الثمن . أما في العقود ذاتها، فالزمن عنصر جوهري .

٦٥ - العقد الزمني : هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد . ذلك لأن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه في نتيجته، أي إلى الشيء الذي ينتجه العمل، كان حقيقة مكانية، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمنية، مقترناً بمدة معينة .

ومن ثم فعقد الإيجار عقد زمني لأنه يقع على المنفعة، والزمن عنصر جوهري فيه لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة، عقد زمني، لأن الخدمات التي يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن، فالزمن عنصر جوهري فيه إذ هو الذي يحدد مقدار المحل المعقود عليه .

وهناك من الأشياء ما يتحدد في المكان فيكون حقيقة مكانية، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار إداته مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو في ذاته يقاس بالمكان، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل ذلك عقد التوريد، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن . فمحل العقد هنا - وهو الشيء المعين الذي اتفق على توريده - يقاس في ذاته بالمكان، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن، فجعله يقاس، كالمنفعة والعمل، بالزمان لا بالمكان . فالمعقود عليه في كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن، أو هو شيء يقاس بالزمن . ولكن المعقود عليه في عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة، أما المعقود في عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً .

ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مستمر (contrat à exécution continue) كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة، وعقد ذي تنفيذ دوري (contrat à exécution périodique) كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة .

٦٦ - أهمية هذا التقسيم : ترجع خصائص العقد الزمني إلى فكرة جوهرية هي أن المعقود عليه فيه هو الزمن . والزمن إذا مضى لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمني حيناً من الزمن، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع في العقد استحالة ذلك، فإن الفترة من الزمن الذي نفذ فيها العقد قد انقضت، ما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه . أما العقد الفوري فلا يقوم على الزمن، وإذا نفذ في جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويترتب على هذا الفرق الجوهري فيما بين العقد الزمني والعقد الفوري نتائج هامة، نذكر منها ما يأتي :

(١) الفسخ في العقد الفوري ينسحب أثره على الماضي، لأنه يجوز الرجوع فيه . أما الفسخ في العقد الزمني فلا ينسحب أثره على الماضي لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته .

(٢) إذا وقف تنفيذ العقد الفوري، فإن هذا الوقف لا يؤثر في التزامات المتعاقدين من حيث الكم، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف . أما العقد الزمني فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص في كميته وزوال جزء منه، إذ تمحى آثاره في خلال المدة

التي وقف تنفيذها فيها . لأن هذه المدة لا يمكن تعويضها بعد أن فاتت . بل قد يترتب على وقف العقد الفوري انتهاؤه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها .

(٣) العقد الزمني تتقابل فيه الالتزامات تقابلاً تاماً ، لا في الوجود فحسب بل أيضاً في التنفيذ ، فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر . ففي عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التي انتفع فيها . أما في العقد الفوري فإن التقابل إذا كان تاماً في الوجود فهو غير تام في التنفيذ . ففي عقد البيع بثمن مقسط إذا تقابل المبيع والثمن من حيث الوجود ، فليس من الضروري أن يتقابلا من حيث التنفيذ ، ويجوز أن يدفع المشتري أقساطاً من الثمن لا يأخذ ما يقابلها من المبيع ، ويلجأ إلى فسخ البيع فيسترد ما دفعه من الثمن .

(٤) الإعذار شرط لاستحقاق التعويض في العقد الفوري في أكثر الأحوال . أما في العقد الزمني فالإعذار ليس بضروري إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فلا فائدة تترتب من الإعذار .

(٥) العقد الزمني لا يمكن إلا أن يكون ممتداً مع الزمن ، وبقدر ما يمتد يكون تغير الظروف محتملاً ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة . أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً<sup>(١)</sup> .

(١) وهناك تقسيم للعقود ، من حيث طبيعتها ، إلى عقد ذاتي (contrat subjectif) واتفاق منظم (convention institutionnelle) . فالعقد الذاتي هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحة واحدة = متعاضتان ، وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما ولا تتجاوزهما إلى غيرها . مثل ذلك عقد البيع نرى فيه تعاضداً بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري . والرابطة بينهما ذاتية مقصورة عليهما ، وهي لا تلبث أن تزول في أهم مشتملاتها بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري . أما الاتفاق المنظم فعلى النقيض من العقد الذاتي يوجد مركزاً قانونياً منظماً ثابتاً (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . هذا إلى أن الطرفين في الاتفاق المنظم لا تناقض بين مصالحهما وليس فيهما دائن ومدين ، بل لهما غاية متحدة وغرض مشترك ، مثل ذلك الشركة ، فإن ذلك الشركة ، فإن الشركاء اتفقوا على أن يوجد بينهم هذا لمركز المنظم الثابت لغرض مشترك هو الغرض الذي يسعون إليه من وراء اشتراكهم ، ولا تعارض فيما بين مصالح الشركاء مماثل التعارض بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري في عقد البيع ، كما أن نظام الشركة لا يسرى على الشركاء فحسب ، بل هو أيضاً يسرى على الغير الذي يتعامل مع الشركة . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق الجماع للعمل (contrat collectif du travail) وهو يرمى إلى تنظيم القواعد التي تسرى على عقود العمل الفردية بين العامل ورب العمل ، فينظم بذلك حالة مستقرة ثابتة تسرى على من اشترك في العقد وعلى من لم يشترك .

والواقع أن الفرق بين العقد الذاتي والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كعقد الإيجار ، فإنه يخلق رابطة مستمرة بين المؤجر والمستأجر ، وهذه الرابطة قد يتعدى أثرها إلى غير المتعاقدين كالمشتري للعين المؤجرة . والوكالة وهي عقد ذاتي يتعدى أثرها إلى الغير الذي يتعامل مع الوكيل . والشركاء في عقد الشركة ، التي هي اتفاق منظم ، لهم مصالح متعارضة ، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز =

٦٧ - ترتيب البحث في العقد : الآن وقد فرغنا من التمهيد للكلام في العقد ، نتقل إلى البحث فيه ، ونرتب البحث على النحو الذي سار عليه القانون المدني الجديد ، فنتناول في فصول ثلاثة :

١ - أركان العقد .

٢ - آثار العقد .

٤ - انحلال العقد .

= بأكبر ربح ممكن . ومن ثم تدرك السبب في أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتي واتفاق منظم ، وهو تقسيم ابتدعه الأستاذ ديجيه في الفقه الإداري . لم يسد في الفقه المدني .



## المبحث الأول وجود التراضي

٧٠ - التراضي هو تطابق إرادتين : نصت المادة ٨٩ من القانون المدني الجديد على ما

يأتي :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد »<sup>(١)</sup>

فالتراضي إذن هو تطابق إرادتين<sup>(٢)</sup> . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام .

٧١ - أركان الإرادة (أو العمل القانوني) : والإرادة بهذا التحديد هي العمل القانوني (acte juridique) . والعمل القانوني كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطق يقضي بأن يكون بحث العقد داخلاً ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي في المادة ١٣٥ منه على الوجه الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاد العقد » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « قطع المشروع بإثارة مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين » . وهذا القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوهم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحصاراً تاماً . والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن القانون الجديد في وضعه النهائي قد سلك مسلكاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو قد جعل الإرادة الباطنة هي الأصل ، ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذه الدول .

ولما تلى النص الذي نحن بصدده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة « فوق ذلك » ، فأصبح كما يأتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاد العقد » . وقد أصبح مفهوماً بهذا التعديل أن اشتراط أوضاع معينة لانعقاد العقد لا يضي عن تطابق الإرادتين ، ثم قدمت المادة بالنص الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت رقم ٩١ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة فوافقت اللجنة عليها كما هي بعد المناقشة وأصبح رقمها ٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٨ - ص ١١٣) .

(٢) والذي يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين تتعاقبان ولا تتعاصران ، فيصدر الإيجاب أولاً ، ثم يليه القبول مطابقاً له . ومع ذلك قد تتعاصر الإرادتان المتطابقتان ، كما في الرهان على سباق الخيل ، إذ يدفع عدد من المتراهنين المبالغ التي يراهنون بها في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وفي الغالبية العظمى من الأحوال يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب ، ثم يتلوه قبول المتعاقد الآخر . ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد بتلاقي تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠) .

## الفصل الأول أركان العقد

٦٨ - حصر أركان العقد : العقد يقوم على الإرادة ، أي تراضي المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فللعقد إذن ركنان : التراضي والسبب<sup>(١)</sup> .

وأما المحل فهو ركن في الالتزام لا في العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

نحن نبحث القواعد التي يقوم عليها التراضي والمحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذي يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

- ١ - التراضي .
- ٢ - المحل .
- ٣ - السبب .
- ٤ - البطلان .

## الفرع الأول التراضي

٦٩ - وجود التراضي وصحته : يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد . فإنه لا يكفي لصحته ، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين فنبحث إذن :

- ١ - وجود التراضي .
- ٢ - صحة التراضي .

(١) وقد يجب في التراضي أن يكون في شكل مخصوص كما في العقود الشكلية التي سبق ذكرها . ففي هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركناً من أركان العقد .

تغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً في التعامل . والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني ، إذا استثنينا منها تلك التي يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنبين ذلك عن الكلام في الإرادة المنفردة ، أي في العمل القانوني الصادر من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أي إرادة صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتتجه لتحقيق سبب مشروع .

٧٢ - اتجاه الإرادة لأحداث أثر قانوني : ويعني هنا وجود الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .

ويترتب على ذلك بدهاء أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة ، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني ، كما في المجالات الاجتماعية وفي التصرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

كذلك لا يعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانوني (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالرضا الصحيح هو كون المتصرف مميزاً يعقل معنى التصرف ويقصده ، والغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية العقد والتزاماته فيه . أما كونه يقصده فالغرض منه بيان ألا بد من إرادة حقه منه لقيام هذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني (وكان المتصرف وقت تحرير العقد مريضاً مرضاً عصبياً أفقده الإرادة وانتهى بالانتحار) (نقض مدني في ٨ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٩ ص ٣٢٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نصين في هذا الموضوع حذفاً في المشروع النهائي . فكانت المادة ١٢٧ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : «يكون التعبير عن الإرادة باطلاً إذا صدر من شخص وهو في حالة عيبوبة أو هو مصاب باضطراب عقلي ولو كان الاضطراب وقتياً ، بحيث يكون هذا الشخص فاقد التمييز» . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «يقصد من هذا الحكم إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تكفي لفقد الأهلية بوجه دائم وإن استتبع فقد الإرادة ما بقي الاضطراب قائماً ، كما هو الشأن في العيبوبة والسكر والتنويم المغناطيسي (أنظر التفسير الألماني تعليقات ١ ص ١٠٣) . ويفرق القانون الإنجليزي بين التصرفات التي تنعقد بإرادة منفردة والعقود التي لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلي والسكر سبباً لبطالان الأولى دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى مغالاة هذا القانون في الحرص على استقرار المعاملات (جنكس م ٦٤ و ٦٩ - وولستون ١ ص ١١١) . ولما تليت المادة ١٢٧ في لجنة المراجعة اقترح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : «لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً بمجرد أن صاحبه قد أضر غير ما أظهر ، ولكنه يكون باطلاً إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ =

٧٣ - كيف يتم التعاقد : والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذي قدمناه ويتوافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ، ويتحقق ذلك في الاتفاق الابتدائي وفي العريون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الأرادتين . (٣) مرحلة تمهيدية في التعاقد : الاتفاق الابتدائي والعريون .

## المطلب الأول

### التعبير عن الإرادة

٧٤ - تعبير الأصيل وتعبير النائب : قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل في التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فنتكلم : (أولاً) في التعبير الصادر من الأصيل ، و (ثانياً) في التعبير الصادر من النائب ، أي النيابة في التعاقد .

### ١ - التعبير الصادر من الأصيل

٧٥ - الإرادة ومظهر التعبير عنها : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها .

أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين (١) .

= الذهني» . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تشير من فورها أمر البحث في المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فبأيهما يؤخذ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرماني ، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلاً عن ذلك ، سنداً قوياً في الشريعة الإسلامية ، إذ هي تعد اعتداداً بينا بالإرادة الظاهرة ، متأثرة في ذلك بنزعة مادية واضحة . فإذا كان من وجه إليه التعبير عالماً بالتحفظ الذهني المتعلق بهذا التعبير ، فلا محل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يعد في الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إثبات المذهب الذي اتبعه المشروع في الفروض النادرة التي طرحت عليه بشأن التحفظ الذهني (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٦ م ص ١٣٢) . ولما تليت المادة ١٢٨ في لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن فيها إمعاناً في الدقة لا حاجة لنا به» ، فوافقت اللجنة على ذلك .

(انظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ - ص ٣٠ في الهامش) .

(١) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان ويليهما عمل تنفيذي . فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلي ذلك مرحلة التدبير (délibération) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتي المرحلة الثالثة وهي إمضاء العزيمة في هذا الأمر والبت فيه ، وهذه هي الإرادة (volition) . فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهي مرحلة التنفيذ (exécution) . وهذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجي ، أما المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية نفسية : اثنتان منها ترجمان إلى التفكير والثالثة هي الإرادة المقصودة .

ويميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شيء سابق =

وما دامت الإرادة عملاً نفسياً فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

٧٦ - التعبير الصريح والتعبير الضمني : نصت المادة ٩٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً (١) .

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة - وهو مظهرها الخارجى وعنصرها المادى المحسوس - يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمناً (١) .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذى اتخذته - كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك - مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس .

= ولا تلتبس بالتنفيذ، وهو شئ لاحق. وإلا فإن النظريات الحديثة فى علم النفس لا تسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق . فإنه يصعب القول بأن العمل النفسى، وهو بطبيعته عمل معقد، يمر على مراحل متميزة بعضها عن بعض تميزاً فيه كل هذا الوضوح. ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل فى مرحلة التدبير إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبير يفعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلا، كقطرة تسقط فى مجرى، فتتمزج بالماء، فتؤثر فيه، وتتأثر منه . ثم إن مرحلة التدبير لا يزن فيها الإنسان الأمر على هذا النحو المادى، فيستخلص أسباباً للاقدام على العمل وأخرى للاحجام عنه، فإن العمل النفسى أكثر تعقيداً وأقل وضوحاً. فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لمن يتبع التحليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة، غير قوة الإدراك وقوة التدبير، هى التى تتولى البت فى الأمر وتكون حكماً لا تعقيب على حكمه، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهى إليه الإدراك والتدبير، فهى ليست مستقلة عنهما، وما هى إلا امتداد طبيعى لما أودع فى الإنسان من تفكير وتميز وتصير .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المشروع التمهيدي (م ١٢٤) على الوجه الآتى : ١٥ - يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يجوز ذلك أيضاً باتخاذ موقف يكون من شأنه تبعاً للظروف ألا يدع شكاً فيما يشتمل عليه هذا التعبير . ٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم يقض القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد فى القانون ، وأخذ رقم المادة ٩٢ من المشروع النهائى ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٩٢ . ولما تليت المادة فى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأت حذفها ، ثم رجع عن هذا الرأى فى جلسة أخرى وأقرت بقاءها ، وأصبح رقم المادة ٩٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٤ و ١٥ - ص ١٩) .

(١) من المقرر أن التعبير عن الإرادة كما قد يكون صريحاً يكون أيضاً ضمناً وذلك باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود حسبما تقضى به المادة ٩٠ من القانون المدني . (جلسة ١٩٩٣/٢٠/٢٨ الطعن ٢٢١٦ لسنة ٥٨ ق) .

فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذى تنطوى عليه الإرادة ، وقد يؤدي اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التليفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة فى أى شكل من أشكالها، عرفية كانت أو رسمية ، فى شكل سند أو كتاب أو نشره أو إعلان ، موقعاً عليها أو غير موقع، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلاً كانت أو صورة . ويدهى أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً ، بإشارة الأخرس غير المبهمه تعبير صريح عن إرادته، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزها أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً (١) . ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور . ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع طابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً (٢) .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذى اتخذته ليس فى ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك أن يتصرف شخص فى شئ ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه ، فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، وكالموعود بالبيع يرتب حقاً على العين الموعود بيعها (٣) ، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يبيعهما .

(١) وقد كان المشرع التمهيدي يشتمل على النص الآتى (م ١٣٤ من المشروع) : ١٥ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبين الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض . فاقترح حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١ فى الخامس) .

(٢) وقد يكون السكوت تعبيراً صريحاً عن القبول كما سيبنى (قارن حكماً لمحكمة النقض - الدائرة المدنية - فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر رقم ٤١٠ ص ٧٦٠ ، وقد استخلصت المحكمة قبول المنذر إليه قبولاً ضمناً من سكوته عن الرد ما تضمنه الإنذار) .

(٣) أما إذا استأجر العين من الواعد فهذا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استخلصت محكمة النقض عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطيافاً تشمل العين الموعود بيعها (نقض مدنى ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٠ ص ١٨٨) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجاباً ضمناً بالهبة من أن المورث فتح حساباً خاصاً فى البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه، وقالت فى هذا الصدد ما يأتى : «إذا كان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حساباً خاصاً فى البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو فى ذات البنك ، فهذا الذى قاله الحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أن يفيداً إذ هو =



يثبت عكس ذلك ، وكالمستأجر يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م ٥٩٩) ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها ، وكمدبر ملعب يعد للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه (١) .

وأى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً ؛ في شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ، ولكن الكتابة في هذه الحالة الأخيرة ليست مظهراً عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكفي بالتعبير الضمني . وهي أحوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروي وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهذبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذي ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا في إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م ٣٩٨) (تقابل المادة ١٨ من قانون الإثبات) ، ويأتم التركة يرد للمشتري ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (أنظر م ٤٥٧) ، وبراءة ذمة المستأجر الأصلي نحو المؤجر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (أنظر م ٥٩٧) (١) . وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلاً خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً أو

= يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجع أحدها إلا بمرجح . (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٥٩٠) .

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر - أى التعبير الذي يقصد به إيصال العلم بطريق مباشر إلى من توجه إليه هذه الإرادة - والتعبير الضمني هو التعبير غير المباشر - أى التعبير الذي لا يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة ، بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة . ولا نرى أن هناك فرقا محسوساً بين الرأيين ، بل يمكن القول إن الأسلوب المألوف في التعبير هو التعبير المباشر ، والأسلوب غير المألوف في التعبير هو التعبير عن المباشر . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : «ويراعى أن الفارق المعلى بين هذين المعيارين ضئيل إن لم يكن معدوماً . فالأسلوب المألوف في التعبير عن الإرادة هو في الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، في حين أن الأسلوب غير المباشر ليس في الغالب بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شيء فقد أثر المشروع ألا يفصل في المسألة بنص تشريعي ، ناركاً أمر البحث عن المعيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥) .

(١) وقد لا يصلح المشرع إلى حد أن يتطلب تعبيراً صريحاً ، ولكنه يتطلب مثلاً اتفاقاً خاصاً (أنظر م ٣٠٩ وم ٤٤٥ وم ٧٨١) ، أو ينص على أن الإرادة لا تفترض (أنظر م ٢٧٩ وم ٣٥٤ وم ٣٦٠) ، أو يستوجب أن يكون تفسير الإرادة تفسيراً ضيقاً (أنظر م ٥٥٥) . وفي جميع هذه الأحوال لا يشترط التعبير الصريح ، ولكن تجب الحيلة والتشدد في استخلاص التعبير الضمني .

يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفي هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا في الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك (١) .

وكل ما قدمنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمني كان معمولاً به قضاءً دون نص في ظل القانون القديم (٢) .

٧٧ - الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة \* : تمهيد : إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ما دام الإثنان متطابقتين . أما إذا اختلفتا - كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلي بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال - فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها . ولكن نظرية حديثة كان للألمان الضلع الأكبر فيها ، تأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد كما اختلفتا في الالتزام وكما اختلفتا في نظريتهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) . فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

٧٨ - نظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) : وهي تبحث عن الإرادة فيما تطوى عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨ في الهامش .

(٢) وقد جرى القضاء المصضري على الاعتراف بالتعبير الضمني عن الإرادة كما يعتد بالتعبير الصريح (استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨ - وفي ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . وذهب كذلك إلى أن مسلماً معيناً أو ضرباً من ضروب التصرف قد يعتبر إفصاحاً عن الإرادة (استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١) .

(\*) بعد المراجع الرئيسية : سالي في الإعلان عن الإرادة - بنكاز تكملة بودري جزء ٢ - ديموج في الالتزامات جزء أول - بلانبول وريبير وإسمان جزء أول - ديرييه (Dereux) رسالة في تفسير الأعمال القانونية سنة ١٩٠٥ ، وانظر أيضاً مقالا له في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ - مقال الأستاذ منيال (Meynial) في الإعلان عن الإرادة في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٥٤٥ - ص ٥٧٣ - مقال الأستاذ هوريو (Hauriou) والأستاذ جيلوم دي بيزان (Guillaume de Bezin) في الإعلان عن الإرادة في القانون الإداري الفرنسي في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٣ ص ٥٤٣ - ص ٥٨٦ - نظرية العقد للمؤلف ص ١٥٠ وما بعدها - أصول الالتزامات للدكتور حلمي بهجت بدوي بك ص ٨٢ وما بعدها - نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٧٠ وما بعدها .

لا بذلك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولاً ، وإلا فالإرادة المفترضة . ولكنها - حقيقة أو مفترضة - هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي ، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط .

#### ٧٩ - نظرية الإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté)

في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق ، وخلصوا من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون . فهي شيء كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثراً هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في مكنونها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي ، وجب أن تتجسم في المظهر المادي لها ، وهو ما يستطيع إدراكه . وفي هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوي على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية (١) .

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمناً ، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على

(١) وقد تأثر القانون الألماني بالفقه الألماني ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة . وطبق القانون الإنجليزي هذه النظرية في كثير من الفروض (أنظر جنكس م ٧٧ : إذا استعمل شخص طرقاً للتعبير عن إرادته بحيث يكون من المعقول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين ، فلا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً يتلاءم مع هذا المعنى . وانظر أيضاً بولوك في العقد طبعة تاسعة ص ٥ - ٦ - وولستن في العقد جزء أول فقرة ٩٤) .

أما الشريعة الإسلامية فلو أن القاعدة فيها أن العبرة بالمعاني أي بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، إلا أن الفقهاء في كثير من الفروض يقفون عند المعاني الظاهرة من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان ، فلا يتعدونها إلى المعاني الكامنة في السرية . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من المعاني ، وما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام . فليس هذا منهم في رأينا استمساكاً باللفظ ، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . هذا إلى أن هناك ثلاثاً جدهن جد وهزلهن جد ، أي أن الإرادة الظاهرة تتغلب فيها حتماً على الإرادة الباطنة ، وهي الزواج والطلاق والعناق (التلويح والتوضيح جزء ٢ ص ٧٨٧ - ص ٧٨٩) .

عمل نفسي ، بل تبرز إلى العالم المادي في علامة ظاهرة ، هي التي نقف عندها ، ونقدر الإرادة بقدرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجي للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها - دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجي لا يتفق مع الإرادة الداخلية - ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجي هو العنصر الأصلي للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لا بد من اعتباره دليلاً على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذي اختاره لإرادته (١)

(١) ذلك أن أنصار الإرادة الظاهرة لا يغفلون الأرادة الباطنة على نحو مطلق . فهم يشترطون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، ولكن هذه الإرادة تكون مقصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجي لتحدث أثرها القانوني (volonté de déclarer) . فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجي في الكتابة لتحدث أثرها القانوني إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو في الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتصديدها . ويتربط على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهراً مادياً يعتد به في التعبير عن الإرادة ، لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجي لتحدث أثرها القانوني (أنظر المادتين ١٢٧ و ١٢٩ من المشروع التمهيدي وقد مر ذكرهما . وانظر في هذا المعنى فون تور Von Tuhr ص ١٣٢ - سالي في إعلان الإرادة ص ٢ - رسالة الدكتور الشيتي المقدمة لمعهد القانون المقارن بجامعة باريس في تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري الجديد ص ٦٤ هامش رقم ٣) .

ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً ، فالإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة . أما إذا لم تكن مزورة فهي موجودة حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود ، بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود (فون تور Von Tuhr ص ١٣٦ - رسالة الدكتور الشيتي المشار إليها ص ٨٤ فقرة ٧٥) .

وهذا والنتائج العملية للتمييز بين مبدأ الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة محدودة ، وهي لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، وقلما يستطيع إثبات ذلك . وفي الأحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدأ من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجي الخاطيء دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق في التعويض ، على أساس المسؤولية التقصيرية ، لمن اطمان لهذا المظهر حماية للثقة المشروعة .

ومهما يكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين المبدأين لا يجوز إغفاله . فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية . أما نظرية الإرادة الباطنة فنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسير العقد إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجتهد سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المألوف في التعامل . (٢) إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة التقض ما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى - وستتناول هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تفسير العقد .



٨٠ - موقف القانون الجديد : وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يجمد في الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل تزحزج قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل . على أنه يبلغ مبلغ القانون الألماني في اقتراباً من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال إن القانون الألماني قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة ، فإن القانون الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة .

٨١ - متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره : والتعبير عن الإرادة - سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة - لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩١ من القانون المدني الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » (١) ولا نظير لهذا النص في القانون المدني القديم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م ١٢٥) على الوجه الآتي : ١٥ - ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل فيه إلى من وجه إليه بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا = يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو في الوقت الذي وصل إليه فيه ٢ - إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كان يصل ، في الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة أو في الوقت ذاته ، فيجب على من وجه إليه العدول أن يخطر الطرف الآخر فوراً بهذا التأخير ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر العدول في وقت غير متأخر . ولما تلى النص في لجنة المراجعة ، اقترح حذف الجزء الثاني من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعها لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا يحسن أن يقرر بنص تشريعي ، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت الجزء الباقي من المادة ، واستقر الرأي على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بالعلم ، ولكن لما كان العلم أمر متعذر الإثبات فيحسن أن يؤخذ الوصول قرينة عليه لأنه أكثر انضباطاً ، على أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، والطرف الذي وجه إليه التعبير من الإرادة هو الذي يتحمل عبء إثبات العكس . وأصبحت المادة في صيغتها النهائية (م ٩٣ من المشروع النهائي) كما يأتي : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ذلك » . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٣ . ثم عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، فرأت الأغلبية حذفها ، ثم أعادت اللجنة النظر فيها فأقرت بقاءها ، وأصبح رقمها ٩١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ - ص ٢٨) .

ونذكر هنا أن القانون المدني السوري الجديد الذي صدر بعد القانون المدني المصري الجديد بزمن قليل - وعين لنفاذه تاريخ سابق على التاريخ الذي عين لنفاذ القانون المصري نفسه - سار على نهج القانون المصري في الغالبية العظمى من نصوصه وأحكامه . ومن الفروق النادرة ما بين القانونين أن القانون السوري لم ينقل عن القانون المصري نص المادة ٩١ . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التعبير عن الإرادة لا يتأخر إنتاجه لأثره إلى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويمرر هذا التفسير أنه جعل التعاقد فيما بين الغائبين يتم في المكان الذي صدر فيه القبول (م ٩٨ من القانون السوري) لا في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول (م ٩٧ من القانون المصري) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعاقد ما بين الغائبين .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً . فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكنه لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه (١) . العبرة فسي التعبير بوجوده القانوني لأن هذا الوجود وحده هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (efficacité) .

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلاً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذي يوجه إليه الإيجاب . ومتى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه ، وكان قبل العلم أي قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول . ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب الذي أصبح من وقت العلم قائماً لا يجوز العدول عنه ، هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذي لا يجوز العدول عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه ، ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتي الكلام فيها . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانوني . أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزماً فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولا مثلاً ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثر القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد . ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هي نظرية العلم التي سنراها في التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة ٩١ بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوى عليه من خفاء ، فقضت بأن وصل التعبير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شيء أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذي يحمل عبء الإثبات (١) (٢) .

(١) .... مؤدى المادتين ٩١ ، ٩٣ من القانون المدني أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه ، فإذا كان الموجب قد التزم في إيجابه بالبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لا يزال في حوزة الموجب فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه لأن التعديل ما هو إلا صورة من صور العدول لا يملكه إلا في الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه .

(جلسة ١٩٥٨/٤/١٠ الطعن رقم ٩٧ لسنة ٢٤ ق السنة ٩ ص ٣٥٩) .

(١) لم تورد المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٥ من المشروع التمهيدي (وهو المقابلة للمادة ٩١ من القانون الجديد) الأمر على النحو الذي بيناه في المتن . فهي قد بنت إنتاج التعبير لأثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، فقبل العلم يكن الإيجاب موجوداً وجوداً فعلياً ووجوداً قانونياً ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ، ومنذ هذا الوقت يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه . وكان هذا النظر يتماشى مع المشروع التمهيدي الذي جعل الإيجاب ملزماً (م ١٢٩ من المشروع) . وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية في صدد المادة ١٢٥ من المشروع التمهيدي : «تناول هذه المادة»

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع في أمر كان القانون القديم فيه متردداً، إذ جعل التعبير عن الإرادة ينتج عن أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء في القانون القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

## ٨٢ - الموت وفقد الأهلية - أثرهما في التعبير عن الإرادة :

وقد قدمنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلي من وقت صدوره من صاحبه، وهذا الوجود الفعلي يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر القانون الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلي ، فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا يفقده أهليته . وفي هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التي تبقى كامنة في نفس صاحبه وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته . وإذا اعتبر القانون الجديد ذلك ، فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجوده القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩٢ من القانون الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » (١) .

= تعيين الوقت الذي يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً لا يجوز العدول عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فمن الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره إذ يصبح عملاً قانونياً قائماً لا يتأثر وجوده بوقفة من صدر منه أو يفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة اللزوم له تفريعاً على ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا في الوقت الذي يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ - ص ٢٠) .

ولما كان المشروع النهائي ، ومعه القانون الجديد ، قد عدل عن الإيجاب ملزماً بوجه عام ، فحذف المادة ١٢٠ من المشروع التمهيدي ، كان من الواجب أن يدخل تعديل في الاعتبارات التي من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط في المتن .

(2) أ - مفاد نص المادة ٩١ من القانون المدني أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه .

(جلسة ١٩٩١/٣/١٠ الطعن ١١٨ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ الطعن ٤٦٢ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٣ ص ٦٧)

ب - ذهب الطاعن قبل نهاية الأجل إلى محل إقامة المطعون عليه ومقابلة ابن هذا الأخير وابداء رغبته في الشراء واستعداده لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالقبول ويقع على عاتقه نفي هذه القرينة . (جلسة ١٩٥٤/٥/٦ م ق م - ٤٦ - ٤٦ - ٣٥١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر من أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ، ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يسقط إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به =

وقد كان القضاء المصري في ظل القانون القديم يجري على أن موت صاحب الإرادة أو فقدته لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة (١) . ويرجع هذا في رأينا إلى أن القانون القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبه ، فهو لا يراها إلا إرادة كامنة في النفس تموت بموت صاحبه وتزول بفقده لأهليته . ولا شك في أن حكم القانون الجديد في هذه المسألة يفضل حكم القانون القديم من حيث استقرار التعامل . والمثل الآتي يوضح ذلك : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، فقبلها الآخر ، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . العقد في هذه الحالة يتم وفقاً للقانون الجديد ، وكان لا يتم في ظل القانون القديم . وظاهر أن القول بتمام العقد هو الذي يتفق مع استقرار التعامل ، فإن الموجب لا يأخذ عليه إذ هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤونه على هذا الاعتبار (٢) .

ويجب على ورثة القابل في هذه الحالة (وعلى القسيم في حالة فقد الأهلية) وقد تم

= وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مقصوراً على موت من وجه إليه التعبير أو فقدته لأهليته . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على الوجه الذي استقر في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ٩٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ . وكذلك وافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٢ ، وجاء في تقريرها ما يأتي : « اقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتي : « ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه ، لأن نص المشروع في هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف في مصر وفرنسا ، ولأنه قد يقضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة في الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقدته لأهليته ، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة راعت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهي أو منطقي سليم ، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتي ، ومثل هذا الوضع أكثر ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية المصالح » . وقد وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ - ص ٣٥) .

(١) أنظر محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٤ ص ٤٤٩ - محكمة طنطا في ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٣٢ ص ٣٠٥ - وكانت المادتان ٧٢/٥٠ من القانون القديم تطبقان هذا المبدأ في عقد الهبة فتصان على ما يأتي : « تبطل الهبة بموت الواهب أو يفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له » .

ويبدو أن القانون السوري الجديد - وقد سبق الإشارة إليه - اختار مذهب القانون المدني القديم ، فلم ينقل عن القانون المدني الجديد نص المادة ٩٢ ، وأراد بذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقده لأهليته .

(٢) هذا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر في المشروع التمهيدي ، لأمكن القول أيضاً بتمام العقد في الفرض الآتي : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر ، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه يعلم بموت الموجب ، فقبل الصفقة .

## ٢ - النيابة بعد التعاقد (\*)

### (التعبير الصادر من النائب)

٨٣ - تمهيد : التعبير الصادر من النائب - من حيث إنه تعبير عن الإرادة - يخضع لجميع القواعد التي أسلفناها ، فيكون صريحاً أو ضمنياً ، ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ولا يسقط بموت النائب أو فقد أهليته ، كل ذلك على التفصيل الذي قدمناه . وهو - من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصيل - يقتضينا الكلام في نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو (١) .

= لأهليته يسقط التعبير ، فكانت المادتان ٧٣/٥١ من هذا القانون تصان على أنه يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفي قبل القبول ، وفي حالة الهبة لمن ليس أهلاً للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه . ولم يرد لهذا النص القديم مقابل في القانون الجديد ، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائي إذ لا نص عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين المبدأين اللذين أخذ بهما القانون الجديد . فهو من جهة قرر أن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكل من هذين المبدأين نطاقه الخاص . ويترتب على الجمع بينهما ما يأتي : (١) إذا صدر تعبير من الموجب ، ومات هذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التعبير يبقى قائماً ولهذا الطرف الآخر أن يقبل الإيجاب . ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل هو أيضاً إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد . (٢) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بقي قبوله قائماً ، ومتى وصل إلى علم الموجب تم العقد . لكن إذا مات الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

(\*) بعض المراجع الرئيسية : ديموج في الالتزامات ١ ص ٨٩ - ص ١٥٥ - بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ٥٤ - ص ٦٧ - بيلون (Pilon) رسالة من كان (Caen) سنة ١٨٩٨ - أودينو (Audinot) في النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - كريسكو (Corbesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - بولاند (Boland) رسالة من لياج سنة ١٩٢٧ - بوبسكو رامنيو (Pobesco Ramni) رسالة في النيابة في القانون المقارن سنة ١٩٢٧ - كلاريز (Clarise) رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٢٨ ص ٩٠ وما بعدها - الترجمة الفرنسية للقانون الألماني الجزء الأول ص ٢٠١ - ص ٢٤٢ - نظرية العقد للمؤلف ص ٢٠٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك ص ٧٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٩١ وما بعدها .

(١) إذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث نظاماً منطقياً معقولاً ، فإن الأمر لم يكن كذلك في القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستعصى على فكرة النيابة ، ولم تسلم بها إلا تدرجاً وفي حدود معينة .

كان القانون الروماني يعترف من قديم بنيابة الابن والعبد عن رب الأسرة ، ولكن في جملة دائماً لا مديناً . ثم أخذ يعترف بنيابتهما في جعل رب الأسرة مديناً أيضاً ولكن في حدود معينة . أما غير الابن والعبد فلم يكن له أن ينوب عن غيره ممن لا يخضع لسلطته لا دائماً ولا مديناً . فإذا وكل شخص آخر =

العقد أن يقوموا بتنفيذه في الحدود التي تلتزم بها الورثة بعقود مورثهم (١) . وغنى عن البيان أن العقد لا يتم في المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب - وبان هذا القصد في إيجابه صراحة أو ضمناً - أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات ، أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً ، كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل (٢) .

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول ، فإنه إذا فقد أهليته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد (٣) .

= والسبب في أن الصفة لا تتم في هذا الفرض إذا لم نعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب ، فإن التزامه بالبقاء على إيجابه ينتقل إلى ورثته ، فإذا وصلهم القبول أنتج أثره . وعلى هذا الأساس الأخير سارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ كان الإيجاب ملزماً في هذا المشروع .

(١) ولما كان القانون الجديد قد استحدث هذا الحكم ، فلا يكون له أثر رجعي ، فلو أن القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ القانون الجديد (أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فإن قبوله يسقط بالموت أو يفقد الأهلية طبقاً للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ القانون الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه ، فإن القبول لا يسقط بالموت أو فقد الأهلية طبقاً للقانون الجديد ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immédiat) .

(٢) وقد سارت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى (وهي التي تقابل المادة ٩٢ من القانون الجديد) على الأساس الذي سارت عليه في المادة السابقة ، فاعتبرت أن عدم سقوط التعبير للموت أو فقد الأهلية إما جاء نتيجة منطقية لكون الإيجاب ملزماً ، فورد في هذا الصدد ما يأتي : « يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو بفقده أهليته . وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة . فالالتزام بالإبقاء على التعبير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية ، شأنه في ذلك شأن أى التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً و فقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجه القبول بدهاة إلى نائبه لا إلى شخصه . »

وهذا التعليل إذا صلح في قانون يعتبر الإيجاب ملزماً بوجه عام كما كان الأمر في المشروع التمهيدى ، فهو لا يصلح تعليلاً في قانون لا يعتبر الإيجاب ملزماً إلا في حالات خاصة . على أن المذكرة الإيضاحية سارت إلى مدى أبعد في تقرير عدم سقوط التعبير بالموت أو فقد الأهلية حتى لو لم يكن التعبير ملزماً ، إذ قالت : « ووجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازماً ، لا يتأثر هو أيضاً بالموت أو بفقده الأهلية ... وغنى عن البيان أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طراً فقد الأهلية قبل وصول التعبير . وهذه الفقرة من المذكرة الإيضاحية تصلح تفسيراً صحيحاً للقانون الجديد ، ويضاف إليها أن حق الرجوع في الإيجاب ينتقل هو أيضاً إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طراً فقد الأهلية بعد وصول التعبير ، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها الإيجاب ملزماً . »

(انظر في كل مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١) .

(٣) وكان المشروع التمهيدى (م ١٢٦) يقرر غير ذلك ، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم . ولكن المشروع النهائي عدل النص على الوجه الذي رأيناه في القانون الجديد كما أسلفنا القول . وقد كان القانون القديم يستثنى عقد الهبة من المبدأ القاضى بأن موت من وجه إليه التعبير أو فقده =



والنيابة - بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها - تكون أما نيابة قانونية إذ كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق ، كما في الولى والوصى والقيم والسنديك والحارس القضائي والفضولى والدائن الذى يستعمل حق المدين . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذى يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا فى عقد الوكالة (١) .

والفكرة الجديدة التى اهتمت إليها الفقه الحديث فى موضوع النيابة هى أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأى القديم الذى كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمص شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذى يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل ، وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها ، إذ يكون فى هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو (٢) .

والخصوصية فى التعبير الذى يصدر من النائب مترجماً عن إرادته هو أن هذا التعبير ينتج أثره لا فى شخص صاحبه كما هو الحال فى كل تعبير عن الإرادة ، بل فى شخص غيره وهو الأصيل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفى العقد فتحل إرادته محل إرادتيهما معاً ، أو يتعاقد أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، فيبدو فى الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نقردها بالذكر .

فنتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (أ) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (ج) تعاقد الشخص مع نفسه .

= ويذهب الدكتور حلمى بهجت بدوى إلى وجوب التمييز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . وفى الأولى تشترك إرادة الأصيل والنائب فى إمضاء العقد ، ونتيجة لهذا الاشتراك توزع شروط الإرادة على هاتين الإرادتين بقدر مساهمتهما فى إمضاء العقد . أما فى النيابة القانونية فالعقد يتعاقد بإرادة النائب وحده ، ولكن أثر العقد هو حكم من أحكام القانون ينصرف إلى الأصيل (الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ - ٨٠ - وانظر فى النظريات المختلفة التى تقول باشتراك إرادتى النائب والأصيل فى إبرام العقد ديموج ١ ص ١٤٧ - ١٥٠) .

وانظر أيضاً فى النظريات المختلفة فى طبيعة النيابة ، وهل النائب يتقمص شخص الأصيل عن طريق الافتراض القانونى (Fiction) كما هو الرأى القديم ، أو أن النائب ليس إلا رسول كما يقول سافيني ، أو أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل كما يقول إهرنج ، أو إن إرادته تشترك مع إرادة الأصيل كما يقول ميتيس (Mitteis) ، إلى رسالة حديثة فى النيابة والدور الذى تقوم به فى إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلاريز (Jean Clarise) ليل سنة ١٩٤٩ ص ١٤٧ - ص ١٦٥ . ويذهب الدكتور كلاريز صاحب هذه الرسالة إلى أن إرادة النائب وحدها ، أو مشتركة مع إرادة الأصيل ، هى التى تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما الذى يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهى إرادة الأصيل فى النيابة الاتفاقية والقانون ذاته فى النيابة القانونية (انظر الرسالة المتقدمة الذكر ص ١٦٧ - ص ١٧٨) . وانظر فى رأى للأستاذ بولانجيه (Boulangier) يذهب إلى أن إرادة النائب تشترك مع إرادة الأصيل إذا كان عقد الوكالة هو مصدر النيابة ، أما إذا كان مصدرها القانون أو القضاء فإرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل ، إلى المقدمة التى وضعها الأستاذ بولانجيه للرسالة المذكورة .

ويشير الدكتور كلاريز فى رسالته ( ص ١٣٧ - ص ١٤٠ و ص ٢٢٣) إلى جواز أن تكون النيابة فى عمل مادى (fait matériel) لا فى عمل قانونى (acte juridique) ، ويضرب مثلاً لذلك نيابة التابع عن المتبوع فيما يرتكب الأول من خطأ يسأل عنه الثانى ، فالمتبوع فى هذه الحالة يكون مسؤولاً عن تابعه لأن هذا يعتبر نائباً عنه لا فى الأعمال القانونية فحسب بل وفى الأعمال المادية (انظر فى هذا المعنى شيروني (Chironi) فى المسؤولية اللاعقدية جزء أول فقرة ١٥٦ وما بعدها - مازو جزء أول فقرة ٩٣٤ وما بعدها) . وتكون النيابة على هذا الأساس إما نيابة فى الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل ، أو نيابة فى المصلحة كنيابة الولى عن الصغير ، أو نيابة فى العمل كنيابة التابع عن المتبوع ونيابة الفضولى عن رب العمل إذا كان العمل الذى قام به الفضولى عملاً مادياً .

= فى عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل ، ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل . ثم تطور القانون فصار للغير دعوى قبل الموكل مع استبقاء دعواه الأصلية قبل الوكيل ، ما لم يكن النائب وكيلاً بحكم القانون كالوصى والقيم ، فقد كان يعطى دعواً للغير ، وفى هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل فكانت النيابة كاملة . أما أن يعطى الموكل دعوى قبل الغير ، أى أن يصبح الشخص دائماً بوكيل ، فهذا ما لم يتم فى القانون الرومانى إلا فى حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . وبقي الوكيل هو الدائن للغير ، ويؤدى بعد ذلك حساباً للموكل فيكون مديناً له (انظر جيران ص ٦٧٨ ، ص ٦٩٠ - وانظر فى القانون الفرنسى القديم بريسو (Brissaud) ص ١٤٤٢ وما بعدها) .

وفى الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب فى هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل ، أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل ، وهو فى هذا قريب من القانون الرومانى على النحو الذى تقدم . والشافعى يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو فى هذا يتفق مع القانون الحديث (انظر البدائع ٦ ص ٣٣ - ص ٣٤) .

(١) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذى يضى على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كما فى الولى ، فإن القانون هو الذى يعين الأولياء . وتكون قضائية كما فى الوصى والقيم والحارس القضائي ، فإن جهة قضائية هى التى تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما فى الوكيل ، فإن العقد هو الذى يعينه . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذى يضى صفة النيابة . وتكون نيابة كل من الولى والفضولى والدائن نيابة قانونية بالمعنيين معاً . وتكون نيابة كل من الوصى والقيم والحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعنى الأول ونيابة قضائية بالمعنى الثانى .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصين حذفنا من المشروع النهائى لوضوح حكمهما . فكانت المادة ١٥٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : «يجوز التعاقد بالإصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» . وكانت المادة ١٥٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «١ - النيابة اتفاقية أو قانونية . ٢ - يحدد التفويض الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذى يحدد تلك السلطة» . (انظر فى هذا وفى المذكورة الإيضاحية لهذين النصين المحذوفين مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ - ص ٩١) .

(٢) وهذا هو الفرق بين النائب والرسول كما سنرى ، فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو . فإذا تلقى النائب تعليمات محددة من الأصيل ، كان رسولاً فى حدود هذه التعليمات ونائباً فى خارج هذه الحدود (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧) .

## أ - شروط تحقق النيابة

٨٤ - حصر هذه الشروط : حتى تكون هناك نيابة يجب :

(أولاً) أن محل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

(ثانياً) وأن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة .

(ثالثاً) وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

الشرط الأول - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

٨٥ - النائب والرسول : تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة

الأصيل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصيل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولا (messenger) . وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . ففي الحالة الأولى يتعاقد الأصيل بنائب عنه ، ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبارة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ، ويعتد بالعيوب التي تلحق هذه الإرادة . أما في الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ، والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبارة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ما دام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبلغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر في عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل .

٨٦ - العبارة بإرادة النائب ونيته : ومن ذلك نرى أن مجرد الوساطة لا تكفي

لتحقيق النيابة ، بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه (١) . ويترتب على ذلك : (١) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل . فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصيل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصيل فإنه يؤثر كذلك في صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران في صحة

(١) الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته في إبرام التصرف إلا أنه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تنصرف آثاره إليه وفي غير الأحوال التي نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فإنها تقوم أساساً باتفاق إرادة طرفيها على أن يحل أحدهما - وهو النائب - محل الآخر - وهو الأصيل - في إجراء العمل القانوني الذي يتم لحسابه وتقتضي تلك النيابة الاتفاقية ممثلة في عقد الوكالة تلاقى إرادة طرفيها - الأصيل والنائب - على عناصر الوكالة وحدودها . وهو ما يجوز التعبير عنه صراحة أو ضمناً بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجزبه من عمل مع الغير نائباً عن الموكل وتنصرف آثاره إليه ، وتخضع العلاقة بين الموكل والوكيل في هذا الصدد من حيث مداها وآثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة .

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ الطعن ٨٧٨ سنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ٤١٢) .

العقد حتى لو وقع من الغير فأولى أن يؤثر في صحة العقد إذا وقع من الأصيل . (٢) أن حسن النية وسوءها يتلمان عند النائب لا عند الأصيل ، وذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثراً على ذلك . فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائتي هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية . إما إذا كان النائب سعي النية وتواطأ مع المدين المعسر . فللدائتين الطعن في التصرف حتى لو كان الأصيل حسن النية .

وقد ينظر في بعض الفروض إلى نية الأصيل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدر له من الأصيل . فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك ، فلا يجوز في هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب . ونرى أن هذا القدر في اعتبار نية الأصيل كاف في تعيين الدور الذي يقوم به كل من الأصيل والنائب في إبرام العقد . فالأصل أن العقد ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل ، على أن إرادة الأصيل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب ، إذ أن النائب في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول (١) .

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص في المادة ١٠٤ على ما يأتي :

١ - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً .

٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً يعلمها (٢) .

(١) قارن ديموج ١ - فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٠ ، والدكتور حلمي بهجت بدوي ص ٧٩ - ص ٨٠ ، والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٣ - ص ٩٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي : «يكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب في الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجود العلم بها . ولما عرض على لجنة المراجعة ، اقترح استكمال الحكم بما يسمح في بعض الأحوال بأن يعتد بإرادة الأصيل إلى جانب إرادة النائب ، وقدمت المادة في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٧ بالنص الآتي : ١ - إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجود العلم بها . ٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان يستطيع أن يعلمها . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٧ . ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه في تقريرها ما يأتي : عدلت العبارة الأخيرة في الفقرة الأولى فأستعوض عن التعبير «بوجود العلم بها» بالتعبير «بافتراض»



ولم يكن في القانون القديم مقابل لهذا النص ، ولكن القضاء والفقهاء في مصر كانوا يعملون دون نص بمقتضى هذا الأحكام (١).

٨٧ - أما الأهلية فينظر فيها للأصيل : ولا يؤخذ من أن النائب إنما يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره نيابة عن الأصيل . ذلك لأن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره في شخص الأصيل ، فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد (٢).

وإذا كانت الأهلية تشترط في الأصيل ، فهي لا تشترط في النائب كما قدمنا . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف (٣) . ولكن النائب يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة ، فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإضرار بلا سبب أو بدعوى الفضالة (٤).

= العلم بها حتماً ، حتى تكون دلالة النص أضيف . وعدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية تعديلاً يتمشى مع ما تقرّر بالنسبة إلى الفقرة الأولى . وأصبح رقم المادة ١٠٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية . فما دامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلائمها من ظروف ، فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل . وعلى هذا النحو يكون للميوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد . فإذا انتزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الأصيل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب . أما فيما يتعلق بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل ، وعلى ذلك يجوز أن يظمن بالدعوى البوليصة في بيع صادر من مدين متواطئ مع نائب المشتري ولو أن الأصيل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ .

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ - ص ٩٤) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٧٧ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٠٦ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ . والعبرة في توافر الأهلية في الأصيل بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل لم يكن أهلاً لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل ، وكان أهلاً له وقت مباشرة الوكيل للتعاقد ، صح العقد . ولا يصح إذا كان الأصيل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للسفيه المحجور عليه أن يكون وكيلاً عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله ( ٨ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ ص ١٤٨ ) .

(٤) ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل القاصر أن يبطل عقد الوكالة ، فإن نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل بإبطال العقد ، ويصح أن ينقلب إلى فضولي إذا توافرت شروط الفضالة . هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدر توافر الأهلية في الأصيل دون النائب ، ما يأتي : « وعلى =

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون في هذا النوع من النيابة هو الذي ضفي على النائب صفته ، وهو الذي يعين أهليته وأهلية الأصيل . فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً - مميزاً أو غير مميز - كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا في وصاية والقوامة .

الشرط الثاني - استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة للنيابة :

٨٨ - مجاوزة النائب لحدود نيابته : وإذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة في حدود نيابته ، وهي الحدود التي بينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل (١) .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذي تعامل مع نائب حسن النية ، أي لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد في حدود نيابته . مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كعملاء التأمين ومديري الشركات ووكلاء الدوائر ، وأن يكون العمل الذي قام به يدخل عادة في حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذي انتهت نيابته مطمئناً إلى هذا السند (١) .

= نقيض ما تقدم يعتد في الحكم على الأهلية بشخص الأصيل دون النائب . فإذا كان الأصيل أهلاً للتعاقد بالأصالة ، صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة في الصورة الأخيرة وكالة ، فما دام النائب غير أهل لعقدها ، كان عقد الوكالة وحده قابلاً للإبطال . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٢) .

(١) الأصل في قواعد الوكالة أن الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها وله في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يتثبت وكالته فإن قصر فعله تقصيره ، وإن جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوى في ذلك أن يكون الوكيل حسن النية أو سئ النية قصد الاضرار بالموكل أو بغيره .

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢ الطعن رقم ١١١٥ لسنة ٤٨ ق) .

(١) وكان المشرع التمهيدي يشتمل على نص يخول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته ، فكانت المادة ١٥٨ فقرة ثانية من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعته . وبقي هذا النص في المشروع النهائي وفي المشروع الذي وافق عليه مجلس النواب . ولما عرض علي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قررت هذه اللجنة حذفه ، إذ اعترض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً ، على أن سند النيابة قد يكون عرفياً ، فإذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينص فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لا سيما أن لهذه المادة مقابلاً في القانون الحالي وهي المادة ٥١٨ مدني - وكانت للمادتان ٦٣٤/٥١٨ من القانون القديم تقضيان بالحق لمن يعامل الوكيل في أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل - ولما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذي يتعاقد مع نائب عن الغير تقضي عليه الظروف بالاحتياط والحكمة في معاملته ، فقد يكتفي بسند عرفي ، وقد بصر على طلب سند رسمي ، وقد يصرف النظر عن هذا وذلك ، فالمرجع في هذا الخصوص إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير . وجاء في تقرير اللجنة : « حذفت الفقرة الثانية من هذه المادة =

وقد اشتمل القانون الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (أولهما) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقد معه يجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة ١٠٧ على أنه «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه» (١) . مثل ذلك أن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو يموت الأصيل . (النص الثاني) ورد في عقد الوكالة ، إذ تنص المادة ٧٠٣ على ما يأتي : ١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة . ٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة» (٢) .

= لأنها تناول مسألة عملية تفصيلية ، في القواعد العامة ما يغني عن النص عليها . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ، ص ٩٥ - ٩٧) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للنص المحذوف ما يأتي : «إذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته في هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويستوى في هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهذه الواقعة . وقد روعي في تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصيل في عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ١٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «ما دام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية، هذا إذا كان الغير الذي تعاقد معه النائب يجهل هو أيضاً أن النيابة قد انقضت» . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة أقرتها بعد أن أبدلت عبارة «ينصرف إلى الأصيل» بعبارة «يضاف إلى الأصيل» ، وأصبح رقم المادة ١١٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١٠ . وعدلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ صياغة المادة إلى الوجه الذي استقرت عليه في القانون حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بجوهر الحكم ، وأصبح رقم المادة ١٠٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة - هذا ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «قد تنقضي النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان يجهل موت الأصيل أو إلغاء التوكيل ، فإذا تعاقد في هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة، كان تعاقد ملزماً للأصيل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبنى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار» . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ١٠٤) .

(٢) ويلاحظ أنه في الفرضين الأولى - النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة في يد النائب - ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصيل لأن هذا قد ارتكب خطأ ، فيكون نفاذ عمل النائب في حقه بمثابة التعويض . أما في الفرضين الأخيرتين - جهل النائب والغير لانقضاء النيابة والظروف التي يغلب معها الظن أن الموكل يوافق على تصرف الوكيل - فنفاذ عمل النائب في حق الأصيل إنما هو تطبيق لقواعد الفضالة .

٨٩ - إقرار الأصيل لهذه المجاوزة : فإذا جاوز النائب حدود النيابة ولم ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصيل في إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الأصيل أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل .

ولكن قد يقر الأصيل العمل المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح كأنه قد تم في حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار (١) (١) .

الشرط الثالث - تعامل النائب باسم الأصيل :

٩٠ - الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) : ولا يكفي أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل ، وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائماً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما .

ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصيل في حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) أو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . وقد اشتملت المادة ١٠٦ من القانون المدني الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتي : «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل ، دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب» (٢) (٢) .

(١) فلو كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلاً بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هي معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل .

(١) لأن كان طلب الوكيل في إيقاع البيع على موكله يستلزم وكالة خاصة تتيح له ذلك اعمالاً لنص المادة ٧٠٢ من القانون المدني ، إلا أنه إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته العامة، وأبرم تصرفه فإن هذا التصرف يكون موقوفاً على اجازة الموكل ، فإن أقره اعتبر نافذاً في حقه وقت إبرامه ، وإذا كان المطعون ضدهم قد أجازوا تصرف المحامي الذي كان يباشر عنهم اجراءات التنفيذ العقاري، وطلب إيقاع البيع عليهم رغم أن وكالته كانت قاصرة على مباشرة الأعمال القضائية ، فإن اجازتهم اللاحقة لهذا التصرف تعتبر في حكم الوكالة السابقة ويضحي التصرف صحيحاً وناظراً في حقهم . (١٩٧٥/١/٢٩) م نقض م ٢٦ - ٢٩٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «إذا لم يعلن العاقد وقت تمام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فلا ينصرف أثر العقد مباشرة إلى الأصيل ، دائماً أو مديناً، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب» . فأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ١٠٩ من المشروع =

٩١ - التعاقد باسم الأصيل : فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن يتعامل باسم الأصيل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها ، أو قد تفهم ضمناً من الظروف ، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومة في محل هذا المخدوم ، وكالخدام يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها .

والتعاقد باسم الأصيل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذي يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل ، ولكن الغير يتعامل معه في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف العقد إلى الأصيل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦ ، وقد تقدم ذكرهما .

### ب - آثار النيابة

٩٢ - العلاقة فيما بين النائب والغير : النائب يعمل باسم الأصيل كما قدمنا ، فأثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبرامه . كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه ، حتى إذا قصر في أداء مهمته صار مسؤولاً

= النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٩ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، استعيض عن عبارة «إلا إذا كان يستفاد من الظروف» بعبارة «إلا إذا كان من المقروض حتماً» ، وأصبح رقم المادة ١٠٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٨ - ص ١٠١) .

وانظر أيضاً المادة ٣٢ فقرة ٢ و ٣ من قانون الالتزامات السويسري . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «وقد استحدث المشروع باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسري حكماً هاماً يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير ، وهي التي تقضى بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تنطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة ، أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٦) .

هذا ويلاحظ أن الفضولي ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب العمل كما قدمنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب العمل ، فإن الأثر ينصرف إليه هو لا إلى رب العمل ، تطبيقاً للمبدأ المتقدم الذكر .

(2) مفاد نصوص المادتين ٧١٣ ، ١٠٦ من القانون المدني أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلًا ولكن بصفته أصيلاً وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب ، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقد ، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة ، فيتصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل من تعاقد مع الوكيل المستتر .

(جلسة ١٩٩٧/١١/١ الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٢٥ ق ٤٨ ص ١١٦٦)

(جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨ الطعن رقم ٥٨١ لسنة ٢٥ ق ٢١ ص ٩٣٣)

(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦ الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ ق ١٥ ص ١٠٧٣)

عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذي تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً .

٩٣ - العلاقة فيما بين النائب والأصيل : يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

٩٤ - العلاقة فيما بين الأصيل والغير : تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختفى شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد . وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني . وهي الخصيصة المميزة للنيابة في القوانين الحديثة ، انتهى إليها منطق النيابة في تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة . فقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل» (١) .

فيكسب الأصيل الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب (١) .

كذلك يكسب الغير الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصيل .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١٥ - إذا أبرم النائب عقداً في حدود نيابته وباسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصيل مباشرة . ٢ - ولئن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة بعقد مكتوب ، فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعها . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات لفظية ، وأصبح رقمها ١٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٨ . ولما عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التي تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٠٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ - ٩٧) .

وانظر أيضاً المادة ٣٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد ، فعلى النقيض من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده عند تعيين مصير آثاره . فالأصيل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ - ص ٩٦) .

(١) لما كان مقتضى النيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو - فهي في جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل أو تصرف تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل باعتبار أن الالتزام في حقيقته رابطة بين ذمتين مالتين وليس رابطة بين شخصين ، ولازم ذلك أن النائب في النيابة القانونية لا يكون مسؤولاً قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ تجاوز به حدود هذه النيابة يستوجب مسؤوليته فإذا لم يرتكب هذا الخطأ لم يكن مسؤولاً حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ النيابة .

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢٧ الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٤٢ ق ٣٢ ص ٢٤٣٧)



## ج - تعاقد الشخص مع نفسه \*

٩٥ - نظرية عامة : متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين، يجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه. ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادة ذلك الشخص وقد حلت محل إرادتين (١).

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من هذه المسألة. فمنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه، كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والشريعة الإسلامية والشريعة الإنجليزية والقانون المصري الجديد. ومنها ما يبيحه بوجه عام، كالقانون السويسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم. ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة. فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحت في فروع معينة، والشرائع التي أباحت حرمة في ظروف استثنائية، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين، خضوعهما لمقتضيات الحياة العملية، أن تقربت الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح.

٩٦ - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون القديم : لم يرد في القانون القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه. فنزع الفقه إلى الاجتهاد، ويميز بين أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه يتوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلاً عن نفسه وأن يكون نائباً عن الطرفين. ذلك أنه جعل العبرة في منع هذا التعاقد أو إباحته وجود خطر يهدد

\* بعض المراجع : بلانيول وريبير وإسمان ١ - فقرة ٦٨ - فقرة ٧٤ - ديموج ١ - فقرة ٤٠ - فقرة ٨٨ - جوجيه في تعاقد الشخص مع نفسه، رسالة من كان سنة ١٩٣٠ - موريل في الوكيل بالعمولة كطرف آخر في العقد، رسالة من ليل سنة ١٩٠٤ - فاليمارسكو في تعاقد الشخص مع نفسه (مقال في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٢٢٦ وما بعدها) - الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني م ١٨١ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٢ - فيفورونو في العقد في المشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المقارن ص ٥٠٤ - ص ٥٢٤ - نظرية العقد للمؤلف ص ٢٢٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك ص ١٢٢ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٩٧ وما بعدها.

(١) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تقضي بأن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن أحدهما وأصيلاً عن نفسه، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين. ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين.

أما أنصار الإباحة فينقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقي توافق فيه القبول مع الإيجاب، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقاً لمنطق نظرية النيابة (بلانيول وريبير وإسمان ١ - فقرة ٦٨ ص ٨٨). وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوي إلا على إرادة منفردة جعلها القانون تنتج أثر (ديموج ١ - فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣). ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي الثاني. (أنظر رأياً آخر للدكتور حلمي بهجت بدوي، يتمشى فيه مع رأيه الذي سبقته الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصيل وإرادة النائب في إمضاء العقد إذا كانت النيابة اتفاقية، ومن جعل أثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة قانونية في مؤلفه «أصول الالتزامات» ص ١٢٤ - ص ١٢٥).

مصلحة الأصيل أو انعدام هذا الخطر، فمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه. ومن هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره. فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود، أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فتجوز مباشرتها. ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية (١).

٩٧ - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد : أما القانون الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في بعض الحالات. إذ قضت المادة ١٠٨ بأنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة» (٢).

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز، سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلًا في بيع مال فاشتره لنفسه (٣)، أو تعاقد لحساب غيره

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٢٣١ - ص ٢٣٦.

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦١ من المشروع التمهيدي مع اختلاف لفظي بسيط. وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مماثلاً لنص المادة ٢٠٨، وقدمته تحت رقم ١١١ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١١. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عن الجزاء على مخالفة نص هذه المادة، فأجيب بأنه لا يترتب على المخالفة البطلان وإنما لا يحتج بالعقد على الأصيل. وتساءل عضو آخر هل الترخيص السابق يغني عن الإجازة اللاحقة، فكان الجواب بالإيجاب. واعترض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية، فأجيب على هذا الاعتراض بأن القانون يشترط لتسامم العقد تقابل إرادتين، ولا ينطوي تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة، فإما أن يكن الشخص وكيلاً عن اثنين فيكون هناك تضارب في المصالح، وإما أن يكون الشخص أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن غيره فيكون التضارب أكبر، لذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من يتوب عنه. وقد وافقت اللجنة على بقاء المادة كما هي تحت رقم ١٠٨. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩٠٥ - ص ١٠٨).

(٣) وانظر في هذه المسألة المادة ٣٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي. وهذا التطبيق الخاص وردت فيه نصوص صريحة في القانون الجديد. فقد نصت المادة ٤٧٩ على أنه «لا يجوز لمن يتوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوباً عليه في قوانين أخرى». ونصت المادة ٤٨٠ على أنه «لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار». ويلاحظ هنا أن السمسار والخبير أنزلا منزلة النائب لاتحاد العلة. وجاء في المادة ٤٨١ : «يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه».

وهو نائب عن طرفي العقد كما لو كان موكلًا في بيع مال فاشتراه لشخص وكله في الشراء. ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصيلين ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل في كلتا الحالتين (١).

وهناك رأى يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصيل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من القائلين بهذا الرأى وقررناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) . ولكن تبينا بعد التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أتى عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصيل إلا إذا أجازاه . وهذا ما يقضى به صراحة نص المادة ١٠٨ (١).

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدماً للنائب في التعاقد مع نفسه . وفي هذه الحالة يعمل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل ، وهذا ما صرح به أيضاً المادة ١٠٨ سألقة الذكر .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين : فقد يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصلحة الشخصية ومصالح الأصيل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد ، وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكم منه إلى معنى النيابة . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ - ص ١٠٦) .

(٢) وقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : « ولهذا العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصيل ... ومن الواضح أن البطلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

(١) استتنت المادة ١٠٨ من القانون المدني من حكمها الاحوال التي يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد فإذا كان الموقع على الايصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلاً لها وقد تضمن هذا الايصال إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة وديعة لدى الشركة ، فإن هذا الإقرار يكون متضمناً لتعاقد عقد وديعة بين نفسه وبين الشخص الاعتباري الذي ينوب عنه الشركة ، وهو ما لا يجوز عملاً بالمادة ١٠٨ سالف الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد وبالتالي لا يجوز للمدين أن يرجع على الشركة على أساس عقد الوديعة .

(جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩ الطعن ٢٨ لسنة ٢٩ ق ص ١٤ ص ١١٧٣)

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون الولاية على المال في المادة ٣٩ وهي توجب الحصول على إذن المحكمة لتصرف الوصى في مال القاصر - ومن باب أولي إذا كان هذا التصرف لنفسه - وفي إيجار مال القاصر لنفسه ، وقد عدد النص طائفة معينة أخرى من التصرفات . أما بالنسبة إلى الولي فتجيز الشريعة الإسلامية أن يشتري الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده بمثل القيمة أو ييسر الغبن ، وتنص المادة ٦ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ويقاس على البيع غيره من التصرفات . ومثل ما تقضى به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري (١).

ويستخلص مما قدمناه أن الجزاء في تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتزم في نظرية البطلان ، بل في نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

## المطلب الثاني

### توافق الإرادتين

٩٨ - التمييز بين حالتين : لم يعرض القانون القديم بنص إلى هذا الموضوع الذي يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفقهاء والقضاء . وهذا بخلاف التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، نسج على منوالها القانون الجديد ، وهي تبين كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزماً ، وإلى أي وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء أكان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين في مجلس واحد .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدان مجلس واحد (٢) وحالة التعاقد فيما بين الغائبين .

### § ١ - المتعاقدان في مجلس واحد

٩٩ - الإيجاب والقبول : تقدم أنه لا بد لتسام العقد من صدور إيجاب من أي من المتعاقدين ؛ يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) صدور الإيجاب (ثانياً) اقترانه بالقبول (ثالثاً) حالات خاصة في القبول .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه . فمن ذلك إباحة تعامل الولي مع ولده وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

## أ - صدور الإيجاب

المراحل التي يمر بها الإيجاب :

١٠٠ - المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات<sup>(١)</sup> قد تطول . ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه<sup>(١)</sup> . كأن يضع إعلاناً ينبئ أنه يعرض منزلاً للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجاباً . وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص (م ١٣٤) يقضى بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض<sup>(٢)</sup> . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجاباً باتاً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة<sup>(٣)</sup> .

والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد<sup>(٢)</sup> . ولا مسؤولية على من عدل ، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى . وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً . لذلك لا

(١) هناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تسبقها ، منها : العقود المألوفة في الحياة اليومية كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشتري صحيفة ، والعقود التي تبرم دون سابق مفاوضة في الحياة التجارية وهي تقتضى السرعة في البت والتعامل ، وعقود الإذعان وهي تتميز بإيجاب بات في بادئ الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه على ما سئرى .  
(٢) وقد سبقت الإشارة إلى هذا النص عند الكلام في التعبير الصريح والتعبير الضمني (أنظر فقرة ٧٦) ، وبيننا هناك أن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة لعدم الحجج إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه .  
(٣) ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ - أنظر أيضاً حكماً آخر في ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ .

(١) الاعلان الموجه للجمهور أو الافراد لا يعدو أن يكون دعوة للتفاوض وان المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً ولا يترتب عليها بذاتها أى أثر قانونى فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعذوله .  
(جلسة ١٩٨٦/١/١٩ الطعن ٨٦٢ لسنة ٥٢ ق)  
(جلسة ٢٠٠٠/١/٢٣ ، الطعن رقم ١٦٩٦ ، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ ق)

(٢) المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أى أثر قانونى فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعذوله ولا يترتب على هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية ، ذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض .  
(جلسة ١٩٦٧/٢/٩ الطعن ١٦٧ لسنة ٣٣ ق م ١٨ ص ٣٣٤)  
(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق م ٤٨ ص ٩٥٢)

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق م ٤٨ ص ٩٥٢)

يعد السمسار نائباً لأنه إنما يمهد للمفاوضات وهي عمل مادي لا عمل قانونى .

على أن العدول عن المفاوضات قد يترتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه . ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ . والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذى أصابه ضرر من العدول ، فإذا أثبت مثلاً أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول فى الوقت المناسب ، وانبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة ، كان له الحق فى المطالبة بتعويض .

١٠١ - الإيجاب المعلق : وقد تنتهى المفاوضات إلى إيجاب معلق ، كأن يعرض شخص التعاقد بشمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون الإيجاب الذى صدر منه بالثمن الذى عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار ، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولاً وتراعى الأسبقية فى القبول حتى ينفذ الشئ . ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذى علق عليه .

١٠٢ - الإيجاب البات : فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائى هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، يفصل فيه قاضى الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه<sup>(١)</sup> .

### القوة الملزمة للإيجاب :

١٠٣ - فى القانون القديم : لم يرد فى القانون القديم نص يبين ما إذا كان الموجب يبقى ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقتران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقترن بالقبول<sup>(١)</sup> . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذه الأجل ، سواء

(١) الإيجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص على وجه جازم عن ارادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد ، واستخلاص ما إذا كان الإيجاب باتاً مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع .  
(جلسة ١٩٨٥/١٢/٤ الطعن ٨٦٣ لسنة ٥٢ ق) .

(جلسة ١٩٩٤/١١/١٦ الطعن ٣١٠٣ لسنة ٥٨ ق السنة ٤٥ ص ١٣٨٣)

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق م ٤٨ ص ٩٥٢)

(١) استئناف مختلط فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٠١ - وفى ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ - وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٥٦ - وفى ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ - وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٣ - وفى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٢ - وفى ١٣ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٨ .



حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبني هذا لا على أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بالأجل يعدل عن إيجابه المدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل في مصلحته (١) . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول الموجب عن إيجابه في وقت غير مناسب قد يجعل للموجب له حقاً في التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية (٢) .

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل ، ولكنه كان يتقلب في تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث : نظرية الإرادة المنفردة ، ونظرية العقد الضمنى ، ونظرية المسؤولية التقصيرية (٣) .

١٠٤ - في القانون الجديد : وأتى القانون الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعى . فقضت المادة ٩٣ بما يأتى : « ١ - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » (٤) . فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقاً لنص القانون الجديد . ولم نعد بعد هذا النص فى حاجة إلى البحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه القوة الملزمة ، فالنص صريح فى أن الإيجاب وحده هو الملزم ، أى أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقاً لنص القانون ، وهذه هى إحدى الحالات التى نص القانون الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للالتزام .

ويكون تحديد الميعاد الذى يبقى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً فى الغالب . ولكن يقعحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة ن يبيعها تحت شرط التجربة . فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه لوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى (١) . وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذى تسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، وله أن يفرض أن يجابه قد وصل غير متأخر (٢) . فهنا أيضاً يوجد ميعاد ضمنى ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، الإيجاب قد صدر لغائب ، أن يترتب الموجب مستقبلياً إيجابه إلى أن ينقضى الميعاد الذى تسع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا يره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل فى الميعاد المقدر لوصوله (٣) .

ويبقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها ، ما لم يكن إيجابه قد سقط ففرض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة كما سيأتى .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولكنه لا يكون ملزماً ، يجوز له الرجوع فيه أى وقت شاء ما دام أنه لم يقترن بالقبول (١) .

ومن ثم تتبين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملزماً ، وقد يكون قائماً غير ملزم ، فالقيام بالإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) استئناف مختلط فى ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوريللى بك م ٣٠١ فقرة ٥ - وفى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ - وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٢ .

(٢) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٣ رقم ١٧ .

(٣) أنظر كتاب «نظرية العقد» للمؤلف ص ٢٤٤ - ص ٢٤٦ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : ١ - إذا حدد ميعاد للقبول التزم الموجب بإيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة التعامل . وفى لجنة المراجعة اقترح أن يكون التزام الموجب لا بإيجابه بل بالبقاء على إيجابه ، فإن هذا أدق فى الدلالة على المعنى المقصود ، فوافقت اللجنة على ذلك كما أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٩٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٥ . ووافقت عليها كذلك لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦ - ٣٨) .

وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يسبق هذا النص جاء فيه ما يأتى : «كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه يقصد أن يلتزم بإيجابه» (م ١٢٩ من المشروع التمهيدي) . وحذف هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بالنص الذى استبقى فى حالة الإيجاب المقترن بأجل ، إذ أن هذه الحالة هى وحدها التى تظهر فيها الفائدة العملية من القول بالصفة الملزمة للإيجاب . أما إذا لم يقترن الإيجاب بأجل ، فيمكن القول بأنه لو كان النص المحذوف قد استبقى لأفاد أن الموجب يبقى فى هذه الحالة ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة المقولة ، وحذف النص جعله غير ملزم . ولكن الفائدة العملية من هذا القول تكاد تكون معدومة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠) .

(١) هذه العبارات مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧) .

(٢) وقد كانت المادة ١٣٢ من المشروع التمهيدي تجرى على هذا الوجه ، وحذفت فى المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠) . ويلاحظ أننا انتقلنا فى هذا الفرض من تعاقب إصدار الإيجاب فيه لحاضر فى مجلس العقد إلى تعاقب إصدار الإيجاب فيه لغائب .

(٣) أنظر فى مثل ثالث لتحديد ميعاد للقبول تحديداً ضمناً محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ .

هذا وتقديم عطاء فى مناقصة متى وصل إلى علم من وجه إليه العطاء - والعلم هنا يقع على تقديم العطاء فى ذاته ولا يشمل مضمون العطاء لأن هذا يكون سرياً كما تقضى بذلك طبيعة المعاملة - يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه حتى قبل فسخ المظاريف ، لأن الإيجاب قد اقترن بأجل ضمنى هو الميعاد الذى حدد لإرساء العطاء .

(١) إذا لم يعين ميعاد للقبول فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب ، فإن بقى الموجب على إيجابه حتى صدر القبول من المفروض عليه الإيجاب فقد تم العقد بتلاقى الإرادتين ومن ثم فلا يجوز بعد ذلك لاي من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل منه أو التحلل من آثاره .

(جلسة ١٩٦٣/٤/١٨ السنة ١٤ ص ٥٥٠)

(جلسة ١٩٦٤/٧/١٢ الطمن ١٨٧ سنة ٢٨ ق ١٥ ص ٨٩٥)

(جلسة ١٩٩٣/٦/٢٤ الطمن ٥٧٩ سنة ٥٩ ق ٤٤ ص ٧٥٩)

## سقوط الايجاب :

١٠٥ - الايجاب القائم الملزم : فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً فإنه يسقط في حالتين :

(الحالة الأولى) هي أن يرفض الموجب له الإيجاب ، فيسقط حتى لو لم تنقض المدة التي يكون فيها ملزماً ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً ، وطوراً يكون قبولا يتضمن تعديلا في الإيجاب (م ٩٦ وسيأتي ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هي أن تنقضي المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً ، فيسقط ، وينتهي الإلزام والقيام في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب ، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا في خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصبح غير لازم ، ولكن مثل هذا النظر يصعب تمثيه مع ما يغلب في حقيقة نية الموجب . ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب عند انقضاء الميعاد يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأى الذي أخذ به المشروع في نص لاحق . وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز في كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثاني اتفاق إرادتين» (١)

١٠٦ - الايجاب القائم غير الملزم : وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم - وهذا لا يكون إلا في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد - فإنه يسقط أيضاً في حالتين :

(الحالة الأولى) : إذا عدل عنه الموجب قبل انقضاء مجلس العقد .

(الحالة الثانية) إذا انقضت مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .

وسرى تفصيل كل ذلك عند الكلام في مجلس العقد (أنظر م ٩٤) (٢)

١٠٧ - القبول بعد سقوط الايجاب ايجاب جديد : وإذا سقط الإيجاب على النحو الذي قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتي بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦ - وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٦٢ .

(٢) كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يعدد الحالات التي يسقط فيها الإيجاب ، فكانت المادة ١٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : «يسقط الإيجاب : (١) إذا انقضت صفته الملزمة قبل أي قبول . (٢) إذا رفضه من وجه إليه . (٣) إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد عارضه بإيجاب آخر . (٤) إذا عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة قررت حذفها لأنها تشتمل على تعداد يحسن تركه للفقهاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠ - ص ٤١ في الهامش) .

قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذي سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك في حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلاً في الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول . ونرى ذلك كما قدمنا في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً (١) . ونرى ذلك أيضاً في حالة ما إذا صدر قبول بعد عدول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء مجلس العقد . ففي هذه الحالات الأربع - وهي الحالات التي رأينا أن الإيجاب يسقط فيها - إذ صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعتد به قبولا ، ولكنه يعدل إيجاباً جديداً .

## ب - اقتران الإيجاب بالقبول

١٠٨ - الميعاد الذي يصح فيه القبول - مدة قيام الايجاب : يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التي يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترن بأجل للقبول صريح أو ضمني يبقى قائماً طول مدة الأجل ، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز في أي وقت في خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترن به الإيجاب .

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد ، ولم يقترن الإيجاب بأجل للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائماً - ويجوز أن يقترن بالقبول - ما دام مجلس العقد لم ينقض . فإذا انقضت الإيجاب وامتنع القبول .

١٠٩ - مجلس العقد : يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التعبير في المادة ٩٤ من القانون المدني الجديد ، وهذا نصها : «١ - إذا صدر الإيجاب في

(١) أنظر في حالة وصول القبول متأخراً ، سواء لأنه صدر بحيث يصل في الميعاد ولكنه وصل متأخراً بالفعل أو صدر بحيث لا يمكن أن يصل في الميعاد ، نظرية العقد للمؤلف ص ٢٥٣ حاشية رقم ١ و ٢ .

هذا وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : «يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل في الوقت المناسب ، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوي ألا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره في الوصول قد أرسل في الوقت المناسب ، أن يخطر الطرف الآخر فوراً بتأخر القبول ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر القبول غير متأخره . وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا النص ما يأتي : «ويجب التفريق بين القبول الذي يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبين القبول الذي يرسل في الوقت المناسب ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب . فالقبول الثاني دون الأول هو الذي يرتب على عاتق الموجب ، إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن يخطر الطرف الآخر فوراً بذلك ، فإذا تهاون في الإخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه ، فيعتبر أن القبول قد وصل في الوقت المناسب . ولما عرض النص على لجنة المراجعة قررت حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩ - ص ٥١) .

مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .

٢٥ - ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد<sup>(١)</sup> .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر . وقد أخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول . وقد روى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد<sup>(٢)</sup> .

ويتبين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (كما في التعاقد بالتليفون أو بأى طريق مماثل) ، يجب عليه كمبدأ عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهذا الوضع - وهو مأخوذ من القوانين الحديثة<sup>(٣)</sup> - يقتضى أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفى هذا من الضيق والحرص ما لا يخفى . فلطف القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائماً ما دام مجلس العقد لم ينقض . ومجلس العقد هو المكان الذى يضم المتعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادى للمكان ، بل الملحوظ هو الوقت الذى يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر . فإذا اجتمع شخصان فى مجلس واحد ، وأصدر أحدهما إيجاباً للآخر ، فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت ، حتى إذا عقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد (فيما عدا فروقا لفظية طفيفة) . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع أخذ بنظرية مجلس العقد فى الفقه الإسلامى على أن يكون مفهوماً أنه لم يرد الإیمان فى وجهة النظر المادية التى نراها عادة فى كتب الفقه . فوافقت اللجنة على النص بعد تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٦ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان من الممكن الاستغناء عن الفقرة الثانية من المادة فأجيب بالنفى لأن تلك الفقرة تعالج حكم القبول إذا صدر قبل ارفضاض مجلس العقد . وقد وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على المادة تحت رقم ٩٤ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩ - ص ٤٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢ .

(٣) أنظر المادة ٤ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٤٧ فقرة ١ من التقنين الألمانى .

العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد . فإذا انصرف أى منهما إلى شىء غيره اعتبر مجلس العقد قد انقض ، وسقط الإيجاب . و (الشرط الثانى) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقد قائماً .

ولا شك فى أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً ، ولم تعد الفورية فى القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخى مدة معقولة لا يتشغل فيها المتعاقدان بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو فى نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامى فى مجلس العقد<sup>(١)</sup> .

(١) نحن هنا نأخذ بالمذهب الحنفى وهو المذهب الذى قصد القانون الجديد أن يستمد منه فى هذه المسألة . وقد اختلفت الحنفية مع الشافعية فى ذلك . فالحنفية يرون كما قدمنا جواز القبول ولو تراخى عن الإيجاب ما دام قد صدر فى مجلس العقد . أما الشافعية فيشترطون الفور فى القبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب . ولكنهم فى الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس ، فيجوز للموجب له أن يرجع فى قبوله قبل انقضاء مجلس العقد . ومن ثم أصبح مذهب الشافعى ، بفضل هذه الصياغة الفنية ، معقولاً ، وأصبح الفرق بينه وبين المذهب الحنفى محدود المدى من الناحية العملية . فالحنفية يقولون إن الموجب له يستطيع أن يؤخر قبوله إلى ما قبل انقضاء المجلس ، والشافعية يقولون بل يجب أن يقبل فوراً ، ولكنه يستطيع الرجوع فى قبوله إلى ما قبل انقضاء المجلس . أما المذهب المالكى فيشترط الفورية كالمذهب الشافعى ، ويمنع خيار المجلس كالمذهب الحنفى ، وهذا هو مذهب القوانين الحديثة . ولم يختره القانون الجديد لما ينطوى عليه من ضيق وحرص .

ونقل هنا ما جاء فى البدائع فى هذه المسألة : « وأما الذى يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول فى مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا يتعقد ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا يتعقد ، لأن القياس ألا يتأخر أحد الشرطين عن الآخر فى المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انعدم الثانى من زمان وجوده ، فوجد الثانى والأول منعدم فلا ينتظم الركن ، إلا أن اعتبار ذلك يؤدى إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشرطين على الآخر حكماً ، وجعل المجلس جامعاً للشرطين مع تفرقهما للضرورة ، وحق الضرورة يصير مقصياً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا يتعقد الركن بدونه . وجه قوله ما ذكرنا من أن القياس ألا يتأخر أحد الشرطين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور . ولنا أن ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل » (البدائع ٥ ص ١٢٧) .

هذا التحليل الرائع هو الذى نقف عنده . ولا تجارى المذهب الحنفى بعد ذلك فى تصويره لمجلس العقد تصويراً مادياً ضيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة . وهذا بعض ما جاء فى البدائع فى صدد هذا التصوير الضيق : « وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو على دابة واحدة فى محمل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد ، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا يتعقد ، لأن المجلس تبدل بالمشى والسير وإن قل ... ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا يتعقد ، لأنهما لما سارا أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول ، فلم يجتمع الشرطان فى مجلس واحد ... ولو تبايعا وهما فى سفينة يتعقد ، سواء كانت واقفة أو جارية ، خرج الشرطان متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافاً إليه فلم يختلف المجلس ، فأشبه البيت . بخلاف المشى والسير . =



١١٠ - لا تختم في القبول : ومتى قام الإيجاب ولم ينقض الميعاد الذي يصح فيه القبول ، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتحتم عليه أن يقبل ، وإلا قام العقد على الإيجاب وحده .

ومهما يكن من بدهة هذا الحكم ، فإن ظروفاً قد تجعل الموجب له ملزماً بالقبول . ويتحقق ذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه «يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة» (١) .

والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار في النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم . فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد ، كانت الاستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من ضرور الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم العادل بما يأتي : «وليس هذا الأثر القانوني إلا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعماله . على أن الإساءة في هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص ، وهذه خصوصية تسترعى الانتباه . وقد تعمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذي يترتب على الرفض التعسفي ، فمثل هذا الرفض يترتب مسؤولية لا شك فيها . فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزء كافياً . ويجوز للقاضي في بعض الفروض أن يذهب إلى ما هو أبعد ، فيعتبر أن العقد

= إما المشى فظاهر لأنه فعله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ، ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقت ، فاختلف المجلس بسيرها (البدائع ٥ ص ١٣٧) .

ونرى من ذلك أن فقهاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقي ، ثم يقبلون المسألة على وجوهها المنطقية ، فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختياري (المشى أو السير على الدابة) لا ينعقد البيع ، أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختياري (جريان السفينة) ينعقد . وفي هذا ذهب بالمنطق إلى أبعد مدى ، وفيه من الحرج في التعامل ما لا يخفى ، إذ يمتنع على شخصين يمشيان أو يسافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتعاقدا لاختلاف المجلس ، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقي للمجلس ، فيكفي الاتحاد الحكمي ، وقد أقر فقهاء الحقيقة هذا الاتحاد الحكمي في التنقل غير الاختياري للضرورة ، والضرورة ذاتها هي التي تقضى علينا أن نكتفي بالاتحاد الحكمي في التنقل الاختياري أيضاً . وقد أراد شارح المجلة الأستاذ سليم باز رفع الحرج في حالة يكثر وقوعها وهي السفر بالسكة الحديدية ، فذكر في هذه المسألة ما يأتي : «أما لو تبايعا وهما في السفينة فإن يصح لكون السفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانهما لأنهما لا يملكان إيقافها (طحاوي عن النهر) ، قلت ومثل السفينة سكة الحديد» (شرح المجلة لسليم باز ص ٨٦) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ - ص ٤٦ .

تم على سبيل التعويض إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك ، (١) .

١١١ - كيف يطابق القبول الإيجاب : وإذا كان الموجب له لا يتحتم عليه القبول على النحو الذي قدمناه ، إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة ، وأن يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب في جميع المسائل التي تناول إيجاب (١) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المعنى رؤيب حذفه كتفاء بتطبيق المبادئ العامة . فكانت المادة ١٣٧ من هذا المشروع تنص على أنه «لا يتم عقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد . أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين ، حتى لو أثبت هذا الاتفاق في ورقة توبة (٢) (٢)» .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش . وقد جاء أيضاً في المذكرة الإيضاحية في صدد النشرات والإعلانات التي يوجهها التجار إلى الجمهور ما يأتي : «وقد تقدم في الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يجري التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر في الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص في الصورة التي يوجهها إلى الإيجاب النهائي الملزم الذي ينقلب إلى ارتباط تعاقدي متى اقترن به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب . والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً ، يمتاز عما عداه من ضرور الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦ . أنظر أيضاً بحكمة استئناف أسبوط في ٣ يونيو سنة ١٩٤٨ الحاماة ٢٨ رقم ٢٧٣ ص ٨٠٥ .

(٣) أ - إن تلاقى الإيجاب والقبول واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائفاً .

(جلسة ١٩٨٤/٢/٩ الطعن ١٠٨١ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٨٤/١١/١٦ الطعن ٣١٠٣ لسنة ٥٨ ق ص ٤٥ ص ١٣٨٣)

(جلسة ١٩٩٦/٥/٨ الطعن ٢٢٥٦ لسنة ٦٥ ق ص ٤٧ ص ٧٤٨)

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق ص ٤٨ ص ٩٥٢)

ب - تقديم الطاعن عطاء متضمن شرطاً بتحديد مدة العقد بسنة واحدة لا تقبل الزيادة إلا باتفاق جديد . قبول الشركة المطعون ضدها هذا الإيجاب باصدار أمر توريد متضمناً تعديل مدة العقد بتقرير حقها في وقف التوريد دون أن يكون للطاعن حق الرجوع عليها اعتبار هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً انتهاء الحكم المطعون فيه إلى قيام التعاقد بين الطرفين ويقاؤه بمسؤولية الطاعن عن عدم تنفيذه رغم رفض الأخير للإيجاب الجديد . مخالف للثابت بالأوراق ومخالفة القانون .

(جلسة ٢٠٠١/١/٢٣ الطعن رقم ١٦٩٦ ، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ ق) .

(٢) إذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد . ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم وإذا قام بينهما خلاف على المسائل التي أرجى الاتفاق عليها كان لهما أن يلجأ إلى المحكمة للفصل فيه .

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٠ ق ص ١٨ ص ٢١٥)

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦ الطعن ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق ص ٣٥ ص ١٩٢٠)

(جلسة ١٩٩٤/٦/١٥ الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٩ ق ص ٤٥ ص ٩٩٨)

على أنه ليس من الضروري لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة. فقد نصت المادة ٩٥ من القانون الجديد على ما يأتي : «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، أعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة»<sup>(١)</sup>. والذي يسترعى النظر في الحالة التي جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلاً للاتفاق فيما بعد، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك ، إلا أن العقد يعتبر قد تم . والذي يبرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية في العقد ، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل ، ما دام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . فتفسيراً لنية المتعاقدين على هذا الوجه المعقول أباح القانون للقاضي أن يقضى فيما اختلفا فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا أيضاً أمر يسترعى النظر ، فإن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه ، فهو إذن يساهم في صنع العقد<sup>(٢)</sup> . ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة ما دام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن نفرض أيضاً أنهما أرادا أن يحل القاضي محلها لبيت فيما اختلفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلاً على المسائل الجوهرية في عقد الإيجار، فتراضيا على العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ، واختلفا فيمن يتحمل ضريبة الخفر أو أجرة البواب أو اشتراك المياه ، وهي عادة مبالغ زهيدة ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا أيضاً على هذه المسألة التفصيلية ، كان من المستساغ أن يفترض

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد في القانون الجديد مع بعض فروق لفظية . ولما تلى في لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق في بعض الأحوال، فلا يحسن تركه لتقدير القاضي خشية التحكم، ودارت مناقشة طويلة حول هذه المسألة ، واستقر الرأي على إبقاء المادة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ٩٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل ، ثم وافق عليها كل من لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ - ٤٩) .

انظر أيضاً المادة ٢ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٦١ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات البولونى .  
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «وفي هذه الحالة يتولى القاضي أمر الفصل في المسائل التفصيلية التي أرجى الاتفاق عليها ما لم يتراض العاقدان بشأنها . وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضي ، فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين ، بل يستكمل ما نقص منها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦) .

القانون أن المتعاقدين قد أرادا إبرام عقد الإيجار وأنهما تركا للقاضي أن يبت في هذه المسألة غير الجوهرية طبقاً للعرف إذا لم يستطيعاها أن يصلا فيها إلى اتفاق . فالأمر إذن لا يعدو أن يكون تفسيراً لنية المتعاقدين ، بحيث لو قام دليل على أن نيتهم لم تنصرف إلى ذلك ، وأنهما لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية ، لوجب استبعاد النص ، ولتحتم على القاضي أن يقضى بأن عقد الإيجار لم يبرم ما دام أن المتعاقدين لم يتفقا على جميع المسائل التي تناولها ، جوهرية كانت أو تفصيلية<sup>(١)</sup> .

فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذي قدمناه . أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً ، فإن العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفاً تدفع فوراً ، وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع ، أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط ، لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشتري . وهذا الحكم هو الذي تنص عليه المادة ٩٦ من القانون الجديد إذ تقضى بما يأتي : «إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً»<sup>(٢)</sup> (١) .

(١) يؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ومهما يكن من أمر ، فينبغي التنويه بأن هذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . فإذا تعارض هذا التفسير مع ما أراد المتعاقدان ، بأن اشترطا صراحة أو ضمناً أن يكون العقد باطلاً عند عدم الاتفاق على المسائل التي احتفظ بها ، وجب احترام هذه الإرادة ، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١ من المشروع التمهيدى ، وكانت هذه المادة تشمل على فقرتين ، حذفت الفقرة الأولى منهما في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، أما الفقرة الثانية فجاءت مطابقة للنص الذي ورد في القانون الجديد . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة ومجلس النواب ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل ، وأصبحت المادة ٩٦ في القانون الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩ - ٥١) .  
وانظر في هذه المسألة المادة ١٥٠ من القانون الألماني ، وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ ، جازيت ١٢ ص ٢٨٥ .

(١) يجب لتمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فيما قرره من انتفاء حصول الاتفاق على الفسخ لعدم مطابقة الإيجاب بالفسخ للقبول إلى ما استخلصته استخلاصاً سابقاً من عبارات المتبادلة بين طرفي الخصومة في مجلس القضاء وكان لا رقابة في ذلك لمحكمة النقض إذ أن استخلاص حصول الاتفاق على الفسخ من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٦٥/١١/٩ الطعن ٣٥٤ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٩٨٦)

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢ الطعن ١٤٢ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٦٥٣) .

## ج - حالات خاصة في القبول

الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولا \*

١١٢ - المبدأ العام : لا محل للكلام في السكوت باعتباره معبراً عن الإيجاب ، فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . ولكن هل يجوز أن يكون قبولا ؟

يمكن القول بوجه عام إن السكوت في ذاته ، مجرداً عن أى ظرف ملابس له ، لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولا ، لأن الإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية : « لا ينسب لساكت قول » . وليس السكوت إرادة ضمنية ، فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق القول . أما السكوت فهو العدم <sup>(١)</sup> ، وأولى بالعدم أن تكون دلالة الرفض لا القبول . وهذا هو المبدأ العام ، يقول به الفقه والقضاء في مصر وفي غيرها من البلاد <sup>(٢) (١)</sup> .

١١٣ - الاستثناء : على أن هذا المبدأ العام يقيد منه استثناءات أقرها القضاء المصري في ظل القانون القديم ، وأكدها القانون الجديد في نص صريح ، فقضت المادة ٩٨ بما يأتي :

١ - إذا كان طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

٢ - ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه <sup>(١)</sup> .

فلاستثناء إذن هو أن يعتبر السكوت قبولا إذا أحاطت به ظروف ملابسة من

\* بعد المراجع : بلانويل وريبير وإسمان ١ - فقرة ١٠٨ - ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٨٥ وما بعدها و ٢ فقرة ٥٥٦ - فاليري في العقد بالمراسلة فقرة ٢١ وما بعدها وتعليقاته في داللو ١٩٠٥ - ١ - ٣٤٥ و ١٩٠٨ - ٢ - ١٠ و ١٩١٣ - ١ - ٢٨١ - جيز في نظرية العمل السلبي (مجلة القانون العام ١٩٠٥ ص ٧٦٤) - بارولت في السكوت باعتباره منشأً للالتزامات ديوجون ١٩١٢ - كوهن في العقد بالمراسلة باريس ١٩٢١ ص ١٠٣ وما بعدها - ليفي ديوجون ١٩٢٧ - كوهين (Cohin) في العمل السلبي الخاطيء باريس ١٩٢٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٣ - بودري وبارد ١ فقرة ٤٤ - فقرة ٤٨ - بنكاز تكملة بودري ٢ فقرة ٣٩٥ - والتون ١ ص ١٩٧ - ص ١٩٩ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٦٠ - فقرة ١٦٦ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٥٤ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٨٨ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ينبنى التفريق بين التعبير الضمني عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمني وضع إيجابي ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي . وقد يكون التعبير الضمني بحسب الأحوال إيجابياً أو قبولا ، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجابياً ، وإنما يجوز في بعض الفروض الاستثنائية أن يعتبر قبولا (مجموع الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧) .

(١) يجب لتمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فيما قررت من انتفاء حصول الاتفاق على الفسخ لعدم مطابقة الإيجاب بالفسخ للقبول إلى ما استخلصته استخلاصاً سائفاً من العبارات المتبادلة بين طرفي الخصومة في مجلس القضاء وكان لا رقابة في ذلك لمحكمة النقض إذ أن استخلاص حصول الاتفاق على الفسخ من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٦٥/١١/٩ الطعن ٣٥٤ لسنة ٣٠ ق ص ١٦ ص ٩٨٦)

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢ الطعن ١٤٢ لسنة ٢٨ ق ص ١٤ ص ٦٥٣)

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية في مصنعه لا يعد قبولا أو ترخيصاً من جانبها حتى لو تأخرت الحكومة عن الرد في الميعاد القانوني وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفهية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستعطيه الترخيص المطلوب (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٣) . وكذلك قضت محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة في دائرتها التجارية بأن سكوت المشتري أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد =

على عرض يعرضه البائع ويشترط فيه شرطاً في صفقة طلعت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشتري مدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضاه من المشتري ، بل يجب أن يكون رضاه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة (٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ١٨٧ رقم ٢٧٦) . وقضت المحاكم الفرنسية بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبره فيه مرسله مساهماً في شركة معينة ويخبره فيه أنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولا بالاكتتاب في الأسهم المذكورة (نقض فرنسي في ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ داللو ٧٠ - ١ - ٢٥٧ وفي ١٨ أغسطس سنة ١٩٠٩ داللو ١٩١٠ - ١ - ٢٠٧) ، وبأن الناشر الذي يرسل لشخص دون سابق اتفاق مجلة دورية لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك في هذه المجلة ما دام لم يصدر منه قبول بذلك ، ولا يعتبر قبولا مجرد امتناع هذا الشخص عن رد المجلة حتى لو ذكر في المجلة أن عدم الرد يعد قبولا بالاشتراك (محكمة السين الابتدائية في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازيت دي باليه ٩٣ - ٢ - ١٦٢ - محكمة دوبه الاستئنافية في ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ داللو ٧٤ - ٢ - ١٥٥) . ويلاحظ أن من يتلقى المجلة ويمسك ، إذا كان سكوتة لا يعد قبولاً ، فإن قبوله قد يستخلص ضمناً من أعمال مادية إيجابية يقوم بها ، كأن يواظب على تسلم المجلة وقراءتها بانتظام (انظر دي هلنس ١ لفظ (convention) فقرة ٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد في القانون الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت في المشروع التمهيدى على الوجه الوارد في القانون الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت في المشروع التمهيدى في آخر الفقرة الثانية نصها كالآتي : « ويكون كذلك سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في (الفاتورة) من شروط » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إدخال تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ١٠٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على الجزء الأخير من الفقرة الثانية « ويكون كذلك سكوت المشتري الخ الخ » . وبعد المناقشة قررت اللجنة بقاء المادة مع حذف هذا الجزء الأخير لأنه يواجه تطبيقاً يحسن أن يترك فيه التقدير للقضاء في كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ - ص ٦٤) .

وانظر فيما يقابل هذا النص المادة ٦ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ١٨٠ من قانون الالتزامات اللبناني .



شأنها أن تجعله يدل على الرضاء (١) : هذه الظروف الملايصة ضرب لها القانون الجديد الأمثلة الآتية :

(١) إذا كان العرف التجاري الذي جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضاء (٢) ، كما إذا أرسل المصرف بياناً لعميله عن حسابه في المصرف ، وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له (٣) ، أو كانت طبيعة المعاملة تقضى بذلك ، كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف في «الفاتورة» شروطاً مستجدة سكت عنها المشتري ولم يبادر إلى رفضها (٤) .

(٢) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما إذا اعتاد استيراد البضائع التي يريدتها من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكناً كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاء وأن التاجر سيرسل له ما طلب كما عوده (٥) . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولاً إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق ، أو معدلاً له ، أو فاسخاً (٦) .

(١) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة إلى إتمام العقد فحسب ، بل وكذلك بالنسبة إلى إلغاء أو الإقالة منه (استدناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول . وتفريعاً على ذلك قضى بأنه لا تجوز المنازعة في بيع يعتبر في عرف السوق تاماً ، وفقاً للشروط المدونة في بطاقة أو مذكرة لم يردها العاقد من فوره ، متى كان هذا العرف يفرض على من يطلب نقض البيع بعد فوات الوقت أن يقيم الدليل على عدم انعقاد العقد ، وهو دليل لا يسوغ للعاقد أن يستخلصه من إهماله أو خطئه الشخصي (استدناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩) .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ - ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ - ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١١ - ويلاحظ أن الأحكام السابقة إذا اعتبرت السكوت موافقة على الحساب المقدم ، فإنها تستثنى حالة الغلط في الحساب والحذف والإضافة والتزوير وما إلى ذلك ، فمثل هذا يصحح .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) - نقض فرنسي في ١١ يولييه سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ - ١ - ١١٧ - وفي ١٥ يولييه سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٦٢ .

(٥) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٠ - ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٦ .

(٦) مثل استحصال تنفيذ العقد مشتر لآلات ميكانيكية استنفد الأجل المضروب لفحص هذه الآلات وطلب أجلاً جديداً لفحص تكميلي كان متوقفاً في عقد البيع ، فله أن يعتبر سكوت البائع رضاء بمنحه هذا الأجل الجديد (نقض فرنسي في ٧ مارس سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٧) . ومثل تعديل العقد ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا عدل البائع من شروط البيع فلم يضرب للتسليم أجلاً محدداً بل جعله في أقرب ميعاد مستطاع ، وسكت المشتري على ذلك ، فسكوته يعتبر رضاء =

(٣) إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاء ، كالهبة التي لا تشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت ، وكعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت (١) .

وليس فيما تقدم إلا أمثلة لم ترد على سبيل الحصر ، فكل سكوت تلازمه ملايسات تدل على الرضاء فهو «سكوت ملايس» (٢) (silence circonstancié) ، ويعتبر قبولاً ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فإن سكوته أجازة ، وكالمالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً للبيع . في كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعرض لتكلم ، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً : «السكوت في معرض الحاجة بيان» .

### الحالة الثانية - تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

١١٤ - يعتبر القضاء المصرى أن التنفيذ الاختيارى للإيجاب يقوم مقام القبول ، فيتم

= بهذا التعديل (استدناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٣٨ ص ٥٦) . ومثل فسخ العقد أن شخصاً أوصى بكميات كبيرة من الفحم من إنجلترا ، ثم نشبت الحرب ، فأخبره المصنع أنه يستحيل عليه إرسال ما يطلب بعد أن منعت الحكومة الإنجليزية تصدير الفحم ، فسكت ، ثم عاد بعد ذلك يطالب المصنع بتنفيذ تعهده . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه بصرف النظر عما إذا كان التزام المصنع أصبح تنفيذه مستحيلاً بقوة قاهرة ، فإن سكوت المشتري قد جعل المصنع على حق في اعتقاده بفسخ العقد (١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشخص الذي يصدر منه إيجاب بضممان آخر يريد استئجار عين من الحكومة يعد مقيداً بهذا الضمان بمجرد رسو المزاد على من كفله دون حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة ، إذ السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولاً (١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز في بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولاً . وقد تناول النص هذه القروض ، ونقل بشأنها عن تقنين الالتزامات السويسرى ضابطاً مرناً يهيئ للقاضي أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران : أولهما التثبت من عدم توقع أى قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص منه طبيعة التعامل أو من عرف التجارة ومستنها أو من ظروف الحال . والثاني التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة ... ويراعى ... أن انقضاء الميعاد المعقول أو المناسب هو الذي يحدد وقت تحقق السكوت النهائي الذي يعدل القبول ويكون له حكمه ، وفي هذا الوقت يتم العقد . أما فيما يتعلق بإمكان الانعقاد فيعتبر التعاقد قد تم في المكان الذي يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول في هذا المكان . ولم تعرض التقنينات اللاتينية ، فيما عدا استثناءات خاصة ، لقيمة السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة . بيد أن التقنينات الجرمانية وغيرها من التقنينات التي تأثرت بها تورد على النقيض من ذلك أحكاماً وافية في هذا الشأن . ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها في النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إقصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت «الموصوف» وهو الذي يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام فلا يشير إشكالاً ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه . وليس يبقى بعد ذلك سوى «السكوت الملايس» وهو ما تلايسه ظروف يحمل معها محمل الإرادة ، فهو وحده الذي يواجهه النص ، محتدياً في ذلك حذو أحداث التقنينات وأرقاها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧ - ٥٨ ص) .

العقد به ، ويعتبر قبولاً ضمناً<sup>(١)</sup> . أما الزمان والمكان اللذان يتم فيهما العقد فيتبع في شأن تحديدهما القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص في ذلك . وتقضى القواعد العامة - على ما سنرى - أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختياري وفي المكان الذي علم فيه ذلك (م ٩٧) ، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتاً أو مكاناً آخر ، كأن يتضح من إرادة الموجب أنه قصد أن يتم العقد من وقت التنفيذ وفي مكانه فيقوم الموجب له بالتنفيذ وفقاً لهذه الإرادة .

وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في هذه المسألة ، فكانت المادة ١٤٣ من هذا المشروع تقضى بأنه «إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم في الزمان وفي المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب في هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ . ولكن هذا النص حذف في المشروع النهائي ، حذفته لجنة المراجعة لأنه «من التفصيلات التي لا ضرورة لها»<sup>(٢)</sup> . على أن لنص لو استبقى لبقى وقت تمام العقد ومكانه محددين بحصول التنفيذ لا يعلم الموجب به متى اتضح ذلك ، لا من إرادة الموجب فحسب ، بل أيضاً من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف ، ولوجب على الموجب له أن يبادر بإخطار الموجب ببدء التنفيذ ، ولا يكون هذا الإخطار إلا إبلاغاً للقبول الضمني الذي صدر منذ أن وقع البدء بالتنفيذ<sup>(٣)</sup> .

### الحالة الثالثة - القبول في عقود المزارع :

١١٥ - هناك عقود تتم في بعض الأحيان لا من طريق الممارسة ، بل من طريق المزايدة . وأهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبري عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البيوع التي تخريبها المحاكم الحسبية . وقد يقع البيع الاختياري كذلك بطريق المزارع إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما تؤجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضي وعقارات بطريق المزارع . ويعني في العقود التي تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول . فقد يظن أن طرح الصفقة في المزارع هو الإيجاب ، والتقدم بالعطاء هو القبول . وليس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة في المزارع لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، والتقدم بعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا بربو المزارع<sup>(١)</sup> ، ويكون هو إرساء المزارع على يمين يرسو عليه . وهذا هو الذي جرى عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً لا قبولاً ، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزارع<sup>(١)</sup> .

= فيما قدمناه في موضوع آخر من المذكرة الإيضاحية أن هذا الاستثناء لا يقوم إلا في تحديد الزمان . أما تحديد المكان فتجرى عليه القاعدة العامة ، ويعتبر التعاقد عن طريق السكوت قد تم في المكان الذي يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول في هذا المكان . على أن الاستثناء بالنسبة إلى زمان العقد ليس إلا استثناء ظاهرياً ، إذ أن السكوت إذا اعتبر قبولاً يكون صدوره والعلم به حاصلين في وقت واحد ، فلا فرق بين نظرتي الإعلان والعلم في هذا الخصوص .

(١) مفاد المادة ٩٩ من القانون المدني أن افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر إيجاباً وإنما الإيجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء ، أما القبول فلا يتم إلا بإرساء المزارع

(جلسة ١٩٦٤/١/٩ الطعن ١١٢ لسنة ٢٨ ق س ١٥ ص ٦٨)

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٠ الطعن ٣٥٠ لسنة ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٥٦)

(جلسة ١٩٨٥/١/٧ الطعن ١٠٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٦ ص ٨٤)

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العطاء الذي يتقدم به شخص في بيع يجري بالمزاد العلني أمام المجلس الحسبي ، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إيجاباً يجب أن يتعلق به قبول المجلس ، ويجوز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول (٩ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٢٨١) . وقد يشترط من يطرح الصفقة في المزارع صراحة أن له الخيار بلا قيد في قبول أي عطاء أو رفضه ، فيكون الشرط صحيحاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا عرضت في المزارع أرض لتأجيرها على مقتضى شروط واردة بقائمة المزارع تتضمن أن لصاحب الأرض الخيار بلا قيد في قبول أو رفض أي عطاء ، فإن تقديم العطاء ، ومجرد قبول المالك لجزء من التأمين النقدي وتخيره إيصالاً عنه لم ينص فيه إلا على أن صاحب العطاء ملتزم بدفع باقي التأمين في أجل حدده بكتابة منه على القائمة ولم يشر فيه بشئ إلى حقوق صاحب الأرض الواردة في قائمة المزارع ، بل بالعكس أشر على القائمة في يوم حصول المزارع الذي حرر فيه الإيصال بأن المالك لا يزال محتفظاً بحقه في قبول أو رفض العطاء - كل ذلك لا يفيد تمام عقد الإيجار بين الطرفين ، ولا يمنع المالك من أن يستعمل حقه في قبول العطاء أو عدم قبوله في أي وقت شاء حتى بعد انصراف صاحبه . فإذا هو فعل ذلك في نفس اليوم فقبل عطاء آخر بأجرة أكثر وحرر بالفعل عقد الإيجار بعد أن دون هذا العطاء الآخر في القائمة قبل إقفال المزارع ، كان هذا هو العقد التام اللازم (نقض مدني في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٩ ص ٤٤٣) .

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تنفيذ أحد العاقدين لاتفاق رغم وجود بعض مآخذ كان يومه أن يتمسك بها قبل التنفيذ يحول دون طلب القضاء بإبطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد (٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه يجوز أن يستفاد الرضاء من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لا سبيل معه إلى الشك في انصراف نية العاقد الذي لم يوقع العقد إلى القبول (٦ يونيو سنة ١٩١٦ جازيت ٧ ص ١٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن خير طريقة لتفسير العقد تستخلص من التنفيذ الذي ارتضاه العاقدان (١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٨٢) . وقضت أيضاً بأن شركة المياه التي تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجزاف لا يجوز لها أن تلزمه بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يحتسبه العداد ما لم تقم الدليل على أنها ألغت التعاقد على أساس الربط الجزاف (٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣١٠ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٧) .

(٢) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٦ - ص ٥٧ . وانظر المادة ٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «يتناول هذا النص حالة تقرب من حالة السكوت . إلا إن التنفيذ الاختياري الذي يكون متقدماً على الرد يدخل في نطاق القبول الضمني . ويراعى أن الأخطار ببدء التنفيذ ليس إلا إبلاغاً للقبول الضمني الذي صدر منذ أن حدث البدء في التنفيذ . فهذا الحادث هو الذي يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد دون حاجة إلى انتظار علم الموجب بذلك . وقد استثنيت هذه الحالة كما استثنيت حالة السكوت من حكم القاعدة التي تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاماً في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ - ص ٥٧ في الهامش) . ويلاحظ أنه أشير في المذكرة الإيضاحية إلى استثناء حالة السكوت أيضاً من حكم القاعدة التي تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاماً في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا يحتاج إلى تفصيل . فقد رأينا =

وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح . فقضت المادة ٩٩ بما يأتي : « لا يتم العقد في المزايدات إلا بربو المزداد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً » (١) .

= أما إذا أرسى من طرح الصفقة المزداد على من رسا عليه ، فقد تم العقد ولا يجوز للراسى عليه المزداد الرجوع فيه بعد ذلك . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه ما دام قد ثبت بمحاضر جلسة المجلس الحسبي أن الراسى عليه المزداد قبل الشراء بثمن معين ، ووافق المجلس الحسبي على هذا الثمن وقرر إيقاع البيع ، وما دام الإيجاب والقبول قد وقعاً ممن يملكون التعاقد وحصل الاتفاق على المبيع والثمن ، فيكون البيع قد تم ، ولا عبرة بتحرير العقد لأنه العقد ليس إلا السند الكتابي للبيع ، وليس للراسى عليه المزداد أن يرجع بعد ذلك في العقد من تلقاء نفسه ، لأنه لا يملك الرجوع بتغيير إرادة الطرف الآخر (١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣١٧ ص ٣٧٢) .

وقد يقدم شخص عطاء يكون عرضاً مستجداً ومستقلاً عن شروط المناقصة ، فإذا قبله من طرح الصفقة في المناقصة تم العقد بينهما ، ولا يجوز الرجوع فيه بعد ذلك (أنظر في هذا المعنى : نقض مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٨ ص ٦٩٩) .

ويلاحظ في كل ما قدمناه أن هذا هو القضاء المصري في ظل القانون القديم ، حيث كان الإيجاب غير ملزم ويجوز الرجوع فيه ما دام أنه لم يقترن بالقبول . أما في ظل القانون الجديد حيث الإيجاب ملزم إذا اقترن بأجل ولو ضمنى ، فقد قدمنا أن صاحب العطاء لا يجوز له الرجوع في عطائه بعد أن يصل العطاء إلى علم من وجه له ، لأن العطاء يعتبر إيجاباً ملزماً إذ هو قد اقترن بأجل ضمنى هو فض المظاريف وإرساء العطاء على من يربو عليه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يتم العقد في المزايدات إلا بربو المزداد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ، أو بإقفال المزداد دون أن يربو على أحد » . ولما تلى النص في لجنة المراجعة ، أضافت اللجنة عبارة « ولو كان باطلاً » بعد عبارة « عطاء يزيد عليه » ، وأصبح رقم المادة ١٠١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠١ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في حكم المزايدات التي يشترط في إعلانها أن لصاحب الشأن الحق في رفض أو قبول أي عطاء يقدم فيها ، فقيل إن إرساء المزداد لا يتم إلا باستعمال حق الخيار المشروط في الإعلان ، وفي حكم المزايدات الحكومية التي تحتاج إلى تصديق طبقاً للقواعد المالية ، فقيل إنه لا يمكن إرساء المزداد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه . وسأل أحد الأعضاء كيف يكون العطاء باطلاً ، فأجيب . بإمكان تحقق ذلك فيما لو كان صاحب العطاء قاصراً أو معتوهاً . ثم وافقت اللجنة على المادة مع حذف عبارة « أو بإقفال المزداد دون أن يربو على أحد » ، وقد راعت في ذلك أن الإرساء هو الذي يتم به العقد ، فأيراد هذه العبارة يكون مجرد تزييد قد يحمل على محمل آخر . وأصبح رقم المادة ٩٩ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤ - ص ٦٧) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات ، وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي تجري بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فافتتاح المزايدة على الثمن ليس في منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا بربو المزداد . وقد أعرض المشروع عن المذهب الذي يرى في افتتاح المزايدة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالعطاء قبولا . ويراعى أن العطاء الذي تلحق به صفة القبول ، وفقاً لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلاً أو قابلاً للبطالان ، بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقبل المزداد دون أن يربو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فما دام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد . أما الميعاد في هذا الفرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينقضي بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر أو بإقفال المزداد دون أن يربو على أحد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤ - ص ٦٥) .

والعطاء يكون باطلاً إذا صدر مثلاً من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزداد ، كقاض يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه . ويكون قابلاً للإبطال إذا صدر مثلاً من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء في الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذي تقدمه .

#### الحالة الرابعة - القبول في عقود الإذعان \*

١١٦ - دائرة عقود الإذعان : قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع . ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول . فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه . ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان (١) . هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل نفسية .

ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية : (١) تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين .

= نضيف إليما تقدم أن العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً بل باعتباره واقعة مادية . ولا يمنع العطاء اللاحق أن يكون واقعة مادية أنه وقع باطلاً كتصرف قانوني .

\* بعض المراجع : سالي في إعلان الإرادة ص ٢٢٩ وما بعدها - ديجيه في تطورات القانون الخاص ٢ ص ١٢١ - الدولة والقانون الموضوعي والقانون الوضعي في ٥٥ - هوريو في مبادئ القانون العام ص ٢٠٧ - ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات ص ٥٥ وما بعدها - بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ١٢٢ وما بعدها - ديموج في الالتزامات ٢ ص ٦١٦ وما بعدها - موران (Morin) في القانون والعقد سنة ١٩٢٧ ص ٣٦ وما بعدها - ديريه (Dereux) في تفسير الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٠٥ ص ١٥٢ و ص ٢١٠ - جونو (Gounol) في مبدأ سلطان الإرادة ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٢٢٧ وما بعدها - دولا (Dollat) باريس سنة ١٩٠٥ - فورتييه (Fortier) ديجون سنة ١٩٠٩ - بيشون (Pichon) ليون سنة ١٩١٣ - سارا ريمي (Sarat-Rémy) في مراجعة الشروط التعسفية في عقود الإذعان باريس سنة ١٩٢٨ - ميسول (Missol) في عقد التأمين كعقد من عقود الإذعان باريس سنة ١٩٣٤ - ساليه (Sallé) في التطور الفني للعقد باريس سنة ١٩٣٠ ص ١١ وما بعدها - جوسران في مجموعة دراسات جيني جزء ٢ ص ٢٢٢ - وفي مجموعة دراسات لامبير جزء ٣ ص ١٤٢ - ومقال في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٣٧ ص ٢١ - نظرية العقد للمؤلف ص ٢٧٩ - ص ٢٨٨ - الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ٢٢٢ - ص ٢٢٦ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٢ - ص ٨٥ - الدكتور محمد عبدالله العربي في الإكراه الاقتصادي ليون سنة ١٩٢٤ - الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة في عقود الإذعان في القانون المصري القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(١) ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام (contrats d'adhésion) ، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه . وهذه تسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه الإعلان عن الإرادة ( ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ ) . وقد أترنا أن نسمى هذه العقود في العربية بعقود الإذعان ، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول . وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء ، وانتقلت إلى التشريع الجديد .



(٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة محتوية على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية أخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر ، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يفهمها على أوساط الناس .

وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتليفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل في الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان<sup>(١)</sup> . ومن ثم نرى أن القبول في هذه العقود هو كما قدمنا إذعاناً . فالموجب يعرض إيجابه في شكل بات نهائي لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذا لا غنى له عن التعاقد ، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل ولا بد له من التنقل والسفر في بعض الأحيان ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده . وقد نصت المادة ١٠٠ من القانون الجديد على هذا المعنى في العبارات الآتية : «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها»<sup>(١)</sup> .

(١) متى ثبت أن الروابط بين الطرفين يحكمها قرار إداري فإنه لا يجوز التحلل من أحكامه بدعوى أنها جائزة وأن قبول الطاعنة لها تم بطريق الإذعان ، إذ أن الاستثناء الوارد بالمادة ١٤٩ من القانون المدني في شأن عقود الإذعان خاص بالعقود المدنية ولا يسرى على القرارات الإدارية .

(جلسة ١٩٦٢/١/٤ الطعن ٤٨٤ لسنة ٢٥ ق س ١٣ ص ٢٦)

(جلسة ١٩٧٤/٣/١٢ الطعن ٣٩٦ ، ٣٩٨ لسنة ٣٧ ق س ٢٥ ص ٤٩٢)

(جلسة ١٩٨٩/٣/٢٦ الطعن ١٥٥٦ لسنة ٥٦ ق س ٤٠ ص ٨٤٠)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «القبول في عقود الإذعان يكون مقصوداً على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها» . ولما تلى النص في لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ - ص ٧١) . وانظر المادة ١٧٢ الفقرة الثانية من قانون الالتزامات اللبناني .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «من حق عقود الإذعان ، وهي ثمرة التطور الاقتصادي في العهد الحاضر ، أن يفرد لها مكان في تقنين يتطلب إلى مساندة التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية . وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، في رأى بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التطور العميق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد . على أن المشروع لم ير مجازة هذا الرأى إلى غاية ، بل اجترأ بذكر هذه العقود ، واعتبر تسليم

١١٧ - طبيعة عقود الإذعان : وقد انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية ، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

أما الفريق الأول - وعلى رأسهم الأستاذ سالى وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو - فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار ، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ . فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية ، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها . ويرى الأستاذ ديموج ، ويتفق في هذا مع فقهاء القانون العام ، أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم (institution) يجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولاً ، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد .

ويرى الفريق الثاني - وهم غالبية فقهاء القانون المدني - أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي ، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع - لا القاضي - لينظم عقود الإذعان .

١١٨ - حكم عقود الإذعان في القانون القديم والجديد : وقد كانت الحماية في مصر ، في ظل القانون القديم ، حماية قضائية . فكان القضاء من جهة يعتبر عقود الإذعان

= العاقد بالشروط المقررة فيها ضرباً من ضروب القبول . فثمة قبول حقيقي تتوافر به حقيقة التعاقد . ومع ذلك فليس ينبغي عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ في إذعان العاقد ، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة . ويقتضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن القواعد التي تسرى على عقود التراضي . وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نصاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها . وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين . والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات ، أو مع شركات التأمين ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٨٢ - ص ٦٩) .

عقوداً حقيقية واجبة الاحترام<sup>(١)</sup>، فيحترم الشروط المطبوعة في عقد الإيجار<sup>(٢)</sup>، وفي عقود التأمين<sup>(٣)</sup>، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة<sup>(٤)</sup>، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة نظمها ولوائحها<sup>(٥)</sup>، ويقيد المستخدم في عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها. إلا أنه مع ذلك يظل الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة<sup>(٦)</sup>، ويبطل الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية<sup>(٨)</sup>، ويفسر الالتزام في مصلحة الطرف المدعى<sup>(٩)</sup>، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة<sup>(١٠)</sup>.

وجاء القانون الجديد فجعل الحماية تشريعية، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين. وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة<sup>(١١)</sup>. فجعل بذلك للقضاء المصري في ظل القانون القديم سندا تشريعياً في عهد القانون الجديد، ومهد أمام الطريق ليخطو خطوات أوسع في حماية الجانب المدعى. وندع النصوص

(١) استئناف مختلط في ٢٠ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧.

(٢) عقد الإيجار للمؤلف لفقرة ١٢٩ ص ١٢٩ هامش رقم ٢.

(٣) استئناف مختلط في ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٠ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨.

(٤) استئناف مختلط في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٠٨.

(٥) استئناف مختلط في ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٥ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٢٥ يونية سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٣٥ - محكمة القاهرة التجارية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٤٣ ص ١٠٧٦.

(٦) استئناف مختلط في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٤ - وفي ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١.

(٧) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ - محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٢٢.

(٨) استئناف مختلط في ١١ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٧.

(٩) استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٠ ص ٢٩٥. وتتشدد المحاكم في أعمال شرط من شروط الإسقاط في بوليصة التأمين: استئناف مختلط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٨ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٦.

(١٠) وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتبار شركة التأمين على أن تقصد المؤمن له في محل إقامته لتستوفي الأقساط يلغى الشرط القاضي بأن الدفع يكون في محل الشركة (٦ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ٩٣ ص ٨٧).

(١١) تقدير ما إذا كان الشرط المبيع بعقد الإذعان شرطا تعسفيا يملك القاضي تعديله بما يزيل أثر التعسف أو يلغيه ويعفى الطرف المدعى منه في حدود ما تقتضيه قواعد العدالة عملاً بنص المادة ١٤٩ من القانون المدني من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع.

(جلسة ١٩٩١/٤/٢٢ الطعن ٣٢٠ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ١٩٥٤/٤/٢٢ الطعن ٢٠٨ لسنة ٢١ ق ص ٥ ص ٧٨٨)

الخاصة في العقود التي سلفت الإشارة إليها تدرس في مواضعها. ونقتصر هنا على إيراد النصوص العامة.

فقد نصت المادة ١٤٩ على أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعى منها، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»<sup>(١)</sup>. وهذا النص في عمومته وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار. والقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به. فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد إذعان، فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ويعفى الطرف المدعى منه، ولم يرسم المشرع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة. ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك، فإن مثل هذا

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢١٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان الطرف المدعى بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد، جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلاً للتقدير». فأقترحت لجنة المراجعة تعديله على الوجه التالي: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعى من تنفيذها، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». وأصبح رقم المادة ١٥٣ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة عبارة في آخر النص هي ما يأتي: «دون إخلال بحق المدعى في التعويض إن كان له محل»، لأنه لا يكفي في مثل هذه العقود أن يعفى القاضي المدعى من تنفيذها، بل يجب أيضاً تعويضه إن كان للتعويض محل. وبعد أن وافقت اللجنة على هذا الاقتراح رجعت في موافقتها ورفعت هذه الإضافة لأن القواعد العامة تعنى عن الحكم الوارد في العبارة المضافة، واستبدلت كلمة «منها» بعبارة «من تنفيذها». وأصبح رقم المادة ١٤٩. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩١ - ٢٩٤).

هذا ويلاحظ مما تقدم أن النص الذي كان وارداً في المشروع التمهيدي أضعف من نص القانون الجديد في ناحيتين: الأولى أنه يشترط في الشروط التعسفية أن يكون الطرف المدعى لم يتنبه إليها، والثانية أن الجزاء على شرط تعسفي لم يتنبه له الطرف المدعى جاء منظوياً على شيء من الغموض، فلم يصرح النص بأن للقاضي أن يعدل الشرط أو يلغيه، بل اقتصر على القول بأنه يجوز للقاضي أن يجعله محلاً للتقدير. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر يدعى أن المدعى قد أكرهه على قبوله متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاه. فالإذعان لا يختلط بالإكراه، بل إن التوحيد بينهما أمر ينوبه ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار. ثم أن ما يولي من حماية إلى العاقد المدعى ينبغي أن يكون محلاً لأحكام تشريعية عامة - كما هو الشأن في حالة الاستغلال - أو لتشريعات خاصة». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٢). ولا شك أن النص الذي خرج به القانون الجديد أصح في معالجة استغلال الطرف المدعى من نص المشروع التمهيدي. وقد زاده مجلس الشيوخ تأكيداً، فقد كانت العبارة الواردة فيه: «أو أن يعفى الطرف المدعى منها» قد وردت على النحو الآتي: «أو أن يعفى الطرف المدعى من تنفيذها»، فرؤى أن الإعفاء يكون من الشرط التعسفي ذاته لا من تنفيذه فحسب.

الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظم العام، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً (clause de style) في عقودها .

ونصت المادة ١٥١ على بما يأتي : ١٥ - يفسر الشك في مصلحة المدين ٢٠ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى<sup>(١)</sup> . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويراعى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله . وقد استثنى المشرع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المدعى ، دائماً كان أو مديناً . فالمفروض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المدعى عند التعاقد شروطاً واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأه أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسبباً في هذا الغموض من وجه : أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الإسباني وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوي وهي تنص على أن إيهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه »<sup>(٢)</sup> .

الحالة الخامسة : القبول في عقود الجماعة وفي العقود النموذجية :

١١٩ - تضمن المشروع التمهيدي نصين ، أحدهما خاص بعقود الجماعة (contrats collectifs) ، والثاني بالعقود النموذجية (contrats-type) .

فكانت المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدي تنص على أنه « في عقود الجماعة يتم القبول برضاء الأغلبية ، وترتبط الأقلية بهذا القبول » . ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعي (contrat collectif du travail) ، وهو العقد الذي ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال . ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين . وترتبط الأقلية بالعقد . وهنا نرى أن كل فرد من الأقلية قد ارتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفاً فيه ، وأصبح لا يستطيع الانحراف في عقد فردي عن نصوص العقد الجماعي . وفي هذا خروج بين على القواعد المدنية ، يعلل أنه عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ، وهي على كل حال تنشئ مراكز قانونية منظمة (institutions) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يفسر الشك في مصلحة المدين » ، وفي الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على الوجه الآتي : « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى » . فضمت الفقرتان في مادة واحدة في لجنة المراجعة ، وأصبح رقمها ١١٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . ثم وافقت عليها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩ - ص ٣٠١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٠ - هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ظل القانون القديم أن عقد التأمين يفسر لمصلحة المؤمن له (٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدي تنص على أنه « إذا وضعت السلطة العامة أو هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود ، فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يبد بالشروط الواردة فيه » . والعقد النموذجي هو الذي تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية تسمى ، كعقود الإيجار النموذجية التي تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس المحلية أو النقابات . تنصى النص السالف الذكر بأن من يتعاقد محيلاً في تعاقدته على عقد نموذجي يتقيد بشروط الواردة فيه ، لأن الإحالة عليه تفترض أن المتعاقد قد اطلع على ما ورد فيه من شروط وارتضاها .

وقد حذف هذان النصان في المشروع النهائي ، حذف الأول لأن مكانه يحسن أن يكون تشريع خاص ، وحذف الثاني لوضوح الحكم الوارد فيه<sup>(١)</sup> .

## ٢ - المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين)\*

(Contrat par correspondance ou entre absents)

١٢٠ - تحديد الموضوع : فرضنا فيما قدمنا أن التعاقد يتم بين حاضرين ، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بوساطة نائب عن أى منهما ، ولكن يحدث كثيراً أن يتم التعاقد

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ - ص ٦٨ في الهامش . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذين النصين في المشرع التمهيدي ما يأتي : « لا يطرأ على القبول في عقود الجماعة مجرد عرض يغير من أوصافه ، بل يجاوز أمره ذلك فيصبح القبول معدوماً على وجه الإطلاق . والحق أن هذه العقود وهي من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادي الحديث لا تنطوي على حقيقة التعاقد وأظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للأقلية التي ترتبط بقبول الأغلبية دون أن ترتضى ذلك . وقد بلغ من أمر الشفرة التي أصابت مبدأ سلطان الإرادة من جراء هذا الوضع أن أصبح اصطلاح «الارتباطات النظامية» أغلب على الألسنة في هذا المقام من اصطلاح «عقود الجماعة» . وقديماً وعت قوانين التجارة في نظام الصلح في الإفلاس صورة من صور هذه العقود . بيد أن صورة أخرى أعظم أهمية وأبلغ أثراً قد أخذت بظهور عقد العمل الجماعي مكانها في الحياة الاقتصادية الحديثة تحت ضغط حركات العمال والنقابات . فقد يتفق أرباب العمل والعمال على قواعد خاصة بشروط العمل ، وبهذا يتكون عقد جماعة يرتبط به أولئك وهؤلاء جميعاً سواء فيهم من قبل أو من لم يقبل . ويترتب على ذلك بطلان كل حكم في عقود العمل الفردية يتعارض مع نصوص هذا العقد . ويجب التفريق بين عقود الجماعة والعقود النموذجية ، فلأخيرة حقيقة التعاقد . وإحالة الطرفين إلى النموذج الذي تولت وضعه أو إقراره السلطات العامة أو الهيئات النظامية (كالنقابات مثلاً) تفترض قبولها للشروط الواردة فيه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨ في الهامش) .

بعض المراجع : فاليري (Valéry) في التعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ ، وانظر تعلقاً له أيضاً في دالوز ١٩١٣ - ٢ - ١ - سالي في إعلان الإرادة ص ١١٨ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٣ - لوران ١٥ فقرة ٤٧٩ - ديمولومب ٢٤ فقرة ٧٥ - هيك ٧ فقرة ١٨ - بيدان فقرة ٩١ - فقرة ٩٢ - جيللوار في البيع فقرة ١٦ - بفتوار ص ٤٧١ - لارومبييرام ١١٠١ فقرة ١٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٣٧ - بودري وسينيا فقرة ٣٥ - بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ٢٠٤ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٥٤ وما بعدها - ديموج ٢ ص ٢٤٢ وما بعدها - هيمار ٢ فقرة ١٢٢٤ وما بعدها - =



بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد، ويتم ذلك بالمراسلة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك (١)

وليس الذى يميز ما بين الفرضين فى حقيقة الأمر هو أن يجمع المتعاقدين مجلس العقد أو ألا يجتمعا فى مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . ففى التعاقد ما بين حاضرين تنمحي هذه الفترة من الزمن . ويعلم الموجب بالقبول فى الوقت الذى يصدر فيه . أما فى التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تمضى فترة من الزمن هى المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

والذى يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتليفون، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين على ما سئرى . ونستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين . ويكفى لتحقيق ذلك أن نتصور أن المتعاقدين افترقا بعد صدور الإيجاب الملزم وقبل صدور القبول ثم صدر القبول بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله (٢)

فالعبرة ليست إذن باتحاد المجلس أو اختلافه ، بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به (٣)

١٢١ - ماذا يترتب على هذا التحديد - زمان العقد ومكانه : ومتى وضعنا المسألة على النحو الذى قدمناها تبين فى الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من الزمن ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أو وقت صدور القبول أم وقت العلم به ؟ فإذا تعين الوقت الذى يتم فيه العقد تعين أيضاً المكان الذى يتم فيه : يتم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول، ويتم فى المكان الذى يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم بمجرد صدور القبول .

فزمان العقد هو الذى يحدد مكانه ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض ، أهمها التعاقد بالتليفون . ففيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة تعاقد ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالمتعاقدان فى جهتين مختلفتين ، فتجرى فى تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين (١)

وعلىنا الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفى أى مكان . ونستعرض فى ذلك الفقه والقوانين الأجنبية ، ثم نتقل إلى أحكام القانون المصرى .

## ١ - الفقه والقوانين الأجنبية

١٢٢ - مذاهب أربعة فى الفقه : الفقه فى البلاد التى ليس فيها تشريع يعين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد - كما فى فرنسا وفى مصر فى ظل القانون القديم - منقسم متشعب الرأى ، وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان العقد ومكانه على ما سئرى .

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص فى هذا الموضوع ، فنصت المادة ١٤٠ من هذا المشروع على أنه «يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان» . ولكن لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص لوضوح حكمه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى صدد هذا النص ما يأتى : «لا يثير التعاقد بالتليفون، أو بأية وسيلة مماثلة ، صعوبة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد . فشأنه من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين تفرقهم شقة المكان . ولذلك تسرى عليه أحكام المادة السابقة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ، ويعتبر التعاقد بالتليفون قد تم فى مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول، ما لم يتفق على خلاف ذلك . أما فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد ، فالعقود بالتليفون لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين ، لأن الفارق الزمنى بين إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو فى حكم المعدوم . فليس للفرقة بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية، لأنهما شئ واحد . وتقريراً على ذلك يعتبر التعاقد بالتليفون تاماً فى الوقت الذى يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله، وهذا الوقت بذاته هو الذى يعلم فيه الموجب بالقبول . ويترتب على إعطاء التعاقد بالتليفون حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ، ولم يصدر القبول فور الوقت ، تحلل الموجب من إيجابه . وهذه هى القاعدة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من المشروع بشأن الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢ - ص ٥٣ فى الهامش)

= بتى (Petit) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ - أوبريز (Aubert) رسالة من باريس سنة ١٨٩٤ - ماركاجي (Marcaggi) رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ - موريس (NMAurus) رسالة من تولوز سنة ١٩٠٥ - كوهن (Cohen) رسالة من باريس سنة ١٩٢١ فى القانون المقارن - والتون ١ ص ١١٩ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف لفقرة ٢٨٥ وما بعدها - الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٠٤ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٥ وما بعدها .

(١) والتعاقد فيما بين الغائبين ممكن فى أكثر العقود . ولا تستثنى إلا عقود خاصة تستلزم بعض القوانين فيها حضور المتعاقدين بنفسيهما فى مجلس واحد وقت التعاقد ، فلا يجوز فيها حتى التعاقد بطريق النيابة، كما يقضى القانون الفرنسى بذلك فى الزواج (acte de mariage) وفى عقد الزوجية المالى (contrat de mariage) وفى عقد التبني (adoption) .

(٢) ولو قبل شخص إيجاباً صدر من أصم وهما فى مجلس واحد ، فلم يسمع الموجب القبول، فكتبه له الطرف الآخر ، فإن معرفة الوقت الذى تم فيه العقد ، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب وتمكن هذا من قراءته ، تسبغ فيه قواعد التعاقد ما بين غائبين (أنظر فى هذا الفرض إيموس وإرمانجون : أسئلة فى القانونين المدنى والتجارى المصرين سنة ١٩٠٤ ص ٣٩ رقم ٥٧) .

(٣) ولا يعتبر تعاقداً بين غائبين تبادل مكاتبات تسجل اتفاقاً تم بين حاضرين شقياً قبل هذا التبادل، فإن هذه المكاتبات ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين وهما حاضران معاً مجلس العقد (استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠) . كذلك لا يعتبر تعاقداً بين غائبين إبرام عقد بين أحد الطرفين ووكيل الآخر إذا كان كل منهما حاضراً مجلس العقد ، فحضور الوكيل مجلس العقد يغنى عن حضور الأصيل (استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٣) .

وذلك أن خاصية التعاقد بالمراسلة فيما بين غائبين هي كما قدمنا الفترة من الزمن التي تفصل ما بين صدور القبول والعلم به <sup>(١)</sup> . فإذا قلنا إن العبرة في تمام العقد هي بتلاقي الإرادتين ، فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، ففي هذا الوقت كان الإيجاب قائماً وصدر القبول متلاقياً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذي يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاقي ، فإن صدور القبول لا يكفي ، بل يجب أن يعلم الموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تعذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين . فلا يكفي أن يعلم الموجب بصدور القبول ، بل يجب أيضاً أن يعلم القابل بهذا العلم ، وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممتنع . بل إن تلاقي الإرادتين في التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إل يعلم القابل إلا بعد وصول القبول إلى علم الموجب . وقد يعدل القابل عن قبوله ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفي الحالتين يتم العقد ، وفي الحالتين لم تتلاق الإرادتان <sup>(٢)</sup> .

فليس يعني إذن في التعاقد ما بين الغائبين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين ، بل ولا بأن تتلاقى الإرادتان فعلاً ، فإن هذا وذاك قد يتعذر تحقيقه كما قدمنا . ولا يبقى أمامنا - وقد صدر القبول في وقت متقدم على الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول - إلا أن نختار بين الوقتين ؛ وقت صدور القبول ووقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذي أعلن فيه القابل قبوله - وهذا هو مذهب إعلان القبول (système de déclaration) - والوقت الذي

(١) وهناك أمر آخر يقع في التعاقد بالمراسلة ، هو أن تبلغ أحد المتعاقدين إرادة الآخر على غير حقيقتها . فكثيراً ما يقع في المراسلات البرقية خطأ في نقل ما يريد المرسل تبليغه للمرسل إليه ، فيعتمد هذا على ما بلغه خطأ . مثل ذلك أن يظن المشتري أن البائع يعرض عليه البيع بشمن هو دون الثمن الذي يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لوقوع خطأ في البرقية التي أرسلها البائع للمشتري . فإذا قبل المشتري التعاقد ، فهل يتم العقد ؟ العقد لا يتم إذا أخذنا بالإرادة الباطنة ، وهذا ما ذهب إليه القضاء في مصر (محكمة الاستئناف الوطنية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٨٨ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ - و ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٣٣ ص ٩٧ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٥١) . ويتم العقد إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة ، ولكن يرجع التعاقد الذي أصابه ضرر بالتعويض على المشتري عن الخطأ الذي وقع . وسنعود إل بهذه المسألة عند الكلام في الغلط الذي يقع في نقل الإرادة (أنظر المادة ١٧٢ من المشروع التمهيدى وسيأتي ذكرها) .

(٢) وقد قيل إن الوقوف عند وقت صدور القبول في التعاقد ما بين الغائبين يلقي الموجب في حيرة فهو لا يعلم متى تم العقد . ولكن هذا القول مردود بأن الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضاً من شأنه أن يوقع القابل في حيرة إذ هو لا يدري متى وصل القبول إلى علم الموجب فلا يعلم متى تم العقد . ونرى من ذلك أن اختيار وقت صدور القبول من شأنه ألا يطمئن الموجب ، واختيار وقت العلم بالقبول من شأنه ألا يطمئن القابل . فلا ميزة لقبول على آخر من حيث اطمئنان المتعاقدين .

يخرج فيه هذا القبول من يده في طريقه إلى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك - وهذا هو مذهب تصدير القبول (système d'expédition) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه به - وهذا هو مذهب تسلم القبول (système de réception) - والوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلاً بالقبول - وهذا هو مذهب العلم بالقبول (système d'information) .

هذه هي مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

**١٢٣ - مذهب إعلان القبول :** أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون إن نظريتهم هي المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين . ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هذا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره . فالقبول إرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

**١٢٤ - مذهب تصدير القبول :** وأنصار هذا المذهب يتفقون في الواقع مع أنصار المذهب الأول ، فهم يكتبون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون أن يكون هذا الإعلان نهائياً فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلاً بقبوله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لعامل البريد فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتمام العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدر يمكن استرداده كما تقضى بذلك لوائح البريد في كثير من البلاد ، والكتاب في البريد ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه .

**١٢٥ - مذهب تسليم القبول :** وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده وهو في الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب . ففي هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسليم القبول يتذبذب بين مذهبي التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد أخذ بمذهب التصدير مستأنياً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد أخذ بمذهب العلم متعجلاً إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معدلة لمذهب التصدير لا يزيد في قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية .  
قيل إن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية ، أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل .

أما إذا أريد بالتسلم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة أعوزها النظر ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذي نتولى الآن بحثه .

١٢٦ - مذهب العلم بالقبول : والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عداهما فمتفرع عنهما ، ويرد إليهما . ولمذهب العلم بالقبول أنصار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه ، بل يشترطون علم الموجب به ، شأن كل إرادة يراد بها أن تنشئ أثراً قانونياً ، فهي لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هي موجهة إليه . وهم يتخذون من وصول القبول قرينة على علم الموجب ، ولكنها قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهي على كل حال تقبل إثبات العكس .

١٢٧ - النتائج التي تترتب على الأخذ بمذهب دون آخر : ونقارن الآن بين المذهبين الرئيسيين ، مذهب الإعلان ومذهب العلم ، في النتائج التي تترتب على الأخذ بمذهب منهما دون الآخر . فیتبين الفرق بينهما فيما يأتي :

١ - إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى علم القابل بعد إعلان القبول وقبل علم الموجب به ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله ووصل العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصل القبول ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم .

٢ - إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت تمام العقد ، وتكون الثمار للمشتري من ذلك الوقت أي من وقت التظلم بالقبول إذا أخذنا بمذهب العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمذهب الإعلان .  
وكعقد البيع أي عقد آخر ناقل للملكية .

٣ - هناك مواعيد تسري من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التي تنشأ من العقد . فتسري هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم . ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

٤ - في الدعوى البوليصية لا يستطيع الدائن الطعن في عقد صدر من مدينه إضطرراً بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين . فلما هذا الحق قد ثبت في ذمة المدين في الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به في العقد ، يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن الطعن في العقد وفقاً لنظرية العلم ، ولا يجوز وفقاً لنظرية الإعلان .

٥ - العقود التي صدرت من تاجر شهر إفلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطلان على معرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة الملتبته فيها أو في أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو شهر الإفلاس . فتهم إذن معرفة وقت تمام العقد في مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول في مرحلة من هذه المراحل يحصل العلم به في مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذي يؤخذ به .

٦ - تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بأن القانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراده المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الإرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التي تم فيها العقد (lex loci contractu) . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً في مصر وعلم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول كان موجوداً في فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصري إذا أخذنا بمذهب العلم ، يخضع للقانون الفرنسي إذا أخذنا بمذهب الإعلان . والأخذ بأى المذهبين في تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

٧ - قد يكون ارتكاب جريمة في بعض الفروض متوقفاً على تمام عقد مدني ، كجريمة التبيد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذي يتصرف بموجبه المبدد في الأشياء التي كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف في أي مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التي وقعت فيه الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هي المحكمة المختصة بالنظر في التبيد . فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان في بلد غير البلد الذي كان فيه المشتري ، فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذي يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذي يعين أيضاً وقت تمام العقد .

١٢٨ - القوانين الأجنبية : وتأخذ بعض التقنيات الأجنبية الحديثة بمذهب العلم بالقبول . أخذ به التقنين الألماني ( م ١٣٠ ) ، والمشروع الفرنسي الإيطالي ( م ٢ فقرة أولى ) ، والتقنين التجاري الإيطالي ( م ٣٦ ) ، والتقنين الإسباني ( م ٢٦٢ فقرة ثانية ) .

ويأخذ تقنين الالتزامات السويسري بمذهب تصدير القبول ( م ١٠ ) . ويأخذ التقنين المدني السوري الجديد بمذهب إعلان القبول ، فقد نصت المادة ٩٨ من هذا التقنين على أنه «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك» . ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السوري والمصري (١) .

(١) وقد جاء في لمذكرة الإيضاحية للقانون السوري الجديد في هذا الصدد ما يأتي : «واشتمل القسم الأول من المشروع على الالتزامات ، فبين في الباب الأول من الكتاب الأول قواعدها بوجه عام وعدد مصادرها وفصل أحكام العقد وأركانه وآثاره وانحلاله ، وهي قواعد أخذت بجملتها من القانون المصري ، فيما عدا العقود بالمراسلة ، فقد أخذت من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، فأصبح العقد بالمراسلة يتم =



أما في فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعي ، فالقضاء منقسم بين مذهبي إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فيها إلى نية المتعاقدين . وهي مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (١) .

## ب - أحكام القانون المصري

١٢٩ - القانون القديم : لم يشتمل القانون القديم على نص تشريعي في هذا الموضوع . فانقسم القضاء فيه ، سواء في ذلك القضاء الوطني أو القضاء المختلط .

أما القضاء الوطني فكان يميل إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول في المسائل المدنية على الأقل (٢) .

وانقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان (٣) .

وبقى الفقه في مصر حائراً حيرة القضاء . ولكنه اتجه أخيراً إلى الأخذ

## بمذهب العلم بالقبول (١)

١٣٠ - القانون الجديد : أما القانون فقد حسم هذا الخلاف الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، أخذ فيها بمذهب العلم بالقبول . فهو قد وضع المبدأ الأساسي في تعيين الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، فنص في المادة ٩١ على أنه «ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك» . وقد مر الكلام في هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ في نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين . فقضت المادة ٩٧ بما يأتي :

١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما للموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول (٢) .

(١) من ذلك ما جاء بنظرية العقد للمؤلف : «يشعر المستعرض للحلول المتقدمة بشئ من الحيرة إذا أراد أن يختار منها حلاً يرتضيه ، وذلك لتعدد هذه الحلول وذهاب كل منها إلى وجهة من النظر تختلف عن الأخرى ، وانقسام الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا ، وتباين التشريعات الحديثة والقوانين المختلفة في هذا الموضوع . ولكن المتأمل في المسألة لا يسعه إلا أن يماشى محكمة النقض الفرنسية في رأيها من أن الأمر يرجع قبل كل شيء إلى نية المتعاقدين . بل هو يرجع في الواقع إلى إرادة الموجب ، فهو الذي أنشأ العقد ابتداءً بإيجابه ورسم حدوده ، وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب . فالموجب إذن هو الذي يبين متى يريد أن يتم العقد وأين يتم . أما التشريعات التي وردت فيها نصوص تتعرض للمسألة ، فلا نظنها موفقة في ذلك . والنص التشريعي الصالح في نظرنا هو الذي يقضي باتباع إرادة الموجب ، فإذا غمضت هذه الإرادة ولم يمكن الاهتداء إليها بوضوح فهنا نلجأ إلى الافتراض . وأمن فرض في تفسير إرادة الموجب أن يفرض ما هو في صالحه ، والأصلح ألا يتم العقد إلا عند علمه بالقبول . فنحن نأخذ إذن بنظرية العلم بالقبول . ولكن لا نأخذ بها اعتباطاً ، ولا للأسباب التي تذكر عادة في تأييدها ، بل نأخذ بها لأنها تنفرد عن المبدأ الأساسي الذي قررناه من أن العبرة بإرادة الموجب ، فإذا لم تتبين له إرادة فرضنا ما هو في مصلحته . فإذا كان لنا أن نقترح إدخال تعديل في المشروع المصري في هذا الصدد ، فنحن نرى أن يضاف إلى القانون المصري نص في هذا المعنى يقضي بأنه لمعرفة الوقت والمكان اللذين يتم فيهما العقد بالمراسلة يرجع إلى نية المتعاقدين ، وهذه تحددها إرادة الموجب . فإذا لم يمكن الاهتداء إلى معرفة هذه الإرادة يفرض أن الموجب قد أراد أن يتم العقد عند علمه بالقبول . مثل هذا النص يضع قرينة قانونية تفسر بمقتضاها إرادة الموجب الغامضة . ولا بأس من إضافة قرينة قانونية أخرى يفرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقبول بمجرد استلامه له ، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك . فخلاصة الرأي الذي نذهب إليه هو الأخذ بإرادة الموجب الصريحة أو الضمنية ، وإلا فإرادة الموجب المفروضة ، وهذه الإرادة المفروضة هي التي تتفق مع نظرية العلم بالقبول ، على أن يكون استلام القبول قرينة قابلة لإثبات العكس على حصول العلم (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٥) .

انظر أيضاً في الفقه المصري الذي أخذ بمذهب العلم بالقبول الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ١١١ - ص ١١٢ والدكتور أحمد حشمت أبو شيت ص ٨٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد مع اختلاف لفظي طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة بتعديل لفظي ، وأصبح رقم المادة ٩٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧ مع إدخال تعديلات لفظية طفيفة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٢ - ص ٥٥) . وانظر أيضاً المادة ٢ فقرة أولى من المشروع الفرنسي الإيطالي .

= بمجرد إعلان القبول وفي مكان الإعلان ، وذلك لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضى المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين لئلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإضرار بحقوق ذوي العلاقة (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري ص ١١) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٦ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٢٩ - وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٦ . وهذان الحكمان يتعلقان بزمان العقد . وهناك حكمن آخران يتعلقان بمكان العقد : ٦ أغسطس سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٨ - ١ - ٣٥ - وفي أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز - ٧٧ - ١ - ٤٥٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد لا يتم ، خصوصاً في المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذي عرض عليه الإيجاب لم يصل لعلم العارض (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣) . وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة استئناف مصر في أول فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦١ ص ١٠٣٠ . ولكن هناك حكماً قضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر حاصلًا من وقت وضع كتاب القبول في صندوق البريد (دمياط الجزئية في ٢١ أبريل سنة ١٠١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١) ، فهو قد أخذ بمذهب تصدير القبول .

(٣) فهناك أحكام قضت بأن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، وقبل هذا العلم يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله (محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٧ - وفي ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٣٥ - محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٣٤ - وفي ٣ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ - وفي ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠) . وهناك أحكام أخرى قضت بأن العقد يتم بإعلان القبول (محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٩ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ٢٥٦ - وفي ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٥٩ ص ١٥٠) . وهناك طائفة ثالثة من الأحكام تأخذ بمذهب تصدير القبول (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ - وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٤ - وفي ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩١) .

## المطلب الثالث

### مرحلة تمهيدية في التعاقد

#### (الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون)

١٣١ - تعاقد غير نهائي : عالجتنا فيما قدمناه كيف يتم التعاقد ، ووصلنا في ذلك إلى مرحلته النهائية ، فرأينا كيف يتم العقد على نحو بات نهائي . ولكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية . أبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون .

#### § ١ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي \*

(Promesse de contrat - Contrat préliminaire)

(Avant - contrat)

١٣٢ - الصور العملية للوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي : الوعد بالتعاقد كثير وقوع في الحياة العملية : يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله ، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع شراءها فوراً ، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة ، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر . يقوم المستأجر

الذي يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه - انظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع - ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا في الوقت الذي يستطيع فيه الموجب أن يعلم به ، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا في هذا الوقت . ولم يستقر القضاء المصري على رأي معين في هذا الصدد . فقد اختارت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم ، وبوجه خاص في المسائل المدنية (٢٦) مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣) . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقضاؤها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ - ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٧ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦) وبين مذهب الإعلان (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٩ - ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧) . وليس ثمة شك في أن هذا المذهب الأخير هو أنسب المذاهب في المسائل التجارية . على أن مذهب الإصدار (التصدير) قد رددت صده بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلي (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ - دمياط ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١) . ولم تتج محكمة النقض حتى اليوم فرصة للفصل في هذه المسألة . وغنى عن البيان أن النص الذي اختاره المشروع يقضى على هذا الخلاف بأسره . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣ - ٥٤) .

\* بعض المراجع : ديموج ٢ فقرة ٤٦٣ وما بعدها - لديك (Leduc) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - ديشان (Deschamps) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٦ - كوهرييه (Coherier) رسالة من بواتييه سنة ١٩٣٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٤٢ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٥٩ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٦٧ .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد ترك تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين الغائبين إلى اتفاق المتعاقدين . وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شيء في هذا الصدد وما هو الشيء الذي اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة النقض .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شيء ولم يوجد نص قانوني خاص ، فيعتبر العقد قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا هو مذهب العلم بالقبول أخذ به القانون الجديد في صراحة ووضوح (١) . وهو في هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسي الذي سبقت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا في الوقت الذي تتصل فيه بعلم من وجهت إليه ، أي بعلم الموجب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة ٩٧ على أن الحكم الذي أوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به . وهي قرينة قانونية لأنها وردت في نص قانوني ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز إثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس ، فإن هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسي الذي ورد في العبارة الأخيرة من المادة ٩١ ، وهي تقضى بأن وصول التعبير عن الإرادة يعتبر «قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» - وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧ ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسي ، فينبغي أن تفسر على مقتضاه .

وقد تقضى النصوص القانونية في حالات خاصة ، كما قدمنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم ، فتتبع هذه النصوص . مثل ذلك ما ورد في المادة ٥٩٩ من تجدد الإيجار تجدداً ضمناً ببقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار يعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فيتم التجديد ببقاء المستأجر في العين دون حاجة إلى أن يعلم بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء (١) .

(١) المقرر وفقاً لنص المادة ٢/٩٧ من القانون المدني أن يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . [جلسة ١٩٨٤/١١/٢٧ الطعن ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق م ٣٥ ص ١٩٢] .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «تتضمن التشريعات المختلفة أحكاماً حد متباينة بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب العلم بالقبول ، ولم يجعل من الرد بالقبول (المراد هو وصول القبول) سوى لآية بسيطة (المراد قرينة قاطعة لإثبات العكس) على حصول العلم به . ويديهي أن هذا الحكم قد لا يسرى حيث تنصرف في التعاقد إلى مخالفته صراحة أو ضمناً ، أو حيث يقضى القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر ، كما هي الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختياري (وكان المشروع التمهيدي يشمل على نص في التنفيذ الاختياري كما قدمنا) اللذين ينزلهما القانون منزلة القبول . ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية الموجب . ذلك أن الموجب هو الذي يتدنى التعاقد ، فهو الذي يحدد مضمونه ويعين شروطه فمن الطبيعي والحال هذه أن يتولى تحديد زمان العقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد ، فمذهب العلم هو

بإصلاحات هامة في العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً . يعد المالك من تسلّم الشيء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة ، وهذا ما يسمى ببيع المذاق ( م ٤٢٢ ) . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة . يفتح مصرف حساباً جارياً لعميل قبل أن يقرضه شيئاً ، فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عندما يريد العميل أن يقرض . ويلاحظ في كل هذه الصور - الوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالإقراض - أن العقد ملزم لجانب واحد هو الواعد ، أما الموعود له فلم يلتزم بشيء .

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملزماً للجانبين : يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً . يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة المختصة ولاية على النفس أو المال أو نحو ذلك . أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن يثقله من الحقوق العينية . أو يمنعهما أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال (١) . هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول دون إبرام العقد النهائي فوراً . ولكن المتعاقدين قد قر قرارهما على إبرام العقد ، ويريدان التقيد به منذ الآن ، فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة تعين في الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائي ، وهو وعد بالتعاقد ، ولكنه وعد ملزم للجانبين .

ولننظر الآن كيف يتعدّد الوعد بالتعاقد ، في صورته الملزمة لجانب واحد والملزمة للجانبين ، وما الذي يترتب عليه من الآثار .

## ١ - كيف يتعدّد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٣٣ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي . الوعد بالتعاقد وكذلك الاتفاق الابتدائي ، عقد كامل لا مجرد إيجاب ، ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائي . وعلى هذين الأساسين تتركز كل القواعد التي سنقرها في هذا الموضوع .

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي . وبيان هذا أن الواعد بالتعاقد - بالبيع مثلاً - يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب ملزم .

(١) ويقع كثيراً مفي بعض هذه الصور أن المتعاقدين يقصدان أن يكون العقد المبرم عقداً نهائياً ، ويسميانه بذلك عقداً ابتدائياً . والعبرة في ذلك بنية المتعاقدين (أنظر المشروع في لجنة المراجعة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧) .

اقترون به القبول فهو عقد كامل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع - أو على بيع تمهيدى في حالة الاتفاق الابتدائي - ولذلك يكون الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، مرحلة دون التعاقد النهائي ، وهو خطوة نحوه .

١٣٤ - ما الذي يجب الاتفاق عليه في الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من القانون المدني الجديد على أن «الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يتعدّد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها» (١) . وهذا الحكم نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي ، فوجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين .

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد . فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثلث (٢) . وإن كان شركة وجب أن يتفقا على المشروع المالي

(١) تاريخ النص : وردت المادة ١٠١ بفقرتها في المشروع التمهيدي ( م ١٥٠ ) على الوجه الآتي : ١٥ - الاتفاق الابتدائي الذي يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يتم فيها العقد . ٢ - إذا اشترط القانون لصحة العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته على الوجه الآتي : ١٥ - الاتفاق الابتدائي الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يتعدّد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد . وأصبح رقم المادة ١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استفهم عما هو مقصود بالشكل المعين ، فأجيب أن المقصود بالشكل هي الرسمية في عرف الفقه والقضاء ، فمثلاً عقد الهبة لا يتم إلا إذا كتب في ورقة رسمية طبقاً للأوضاع المقررة ، فالوعد بالهبة لا يتم هو أيضاً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، وهذا هو مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ . (ملاحظة من المؤلف : الشكلية أوسع من الرسمية ، فعقد الشركة في القانون الجديد يجب أن يكون مكتوباً ( م ٥٠٧ ) وليس من الضروري أن يكون مكتوباً في ورقة رسمية ، فهو عقد شكلي دون أن يكون عقداً رسمياً ، ويترتب على ذلك أن الوعد بالشركة يجب أن يكون مكتوباً كعقد الشركة ذاته) . واعترض أمام لجنة القانون المدني على كلمته «ابتدائي» الواردة في النص ، إذ هي قد تحدث لبساً ، لأن العمل قد جرى على اعتبار العقود الابتدائية عقوداً نهائية ، فوافقت اللجنة على حذف هذه الكلمة دفماً للباس . ثم وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ - ص ٧٦) . وانظر المادة ٢٢ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٦٢ من قانون الالتزامات البولوني .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التي يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانعاقده ، وما يجزئ قاضي الموضوع من هذا التثبت - في دعوى صحة التعاقد - يجب عليه أن يورده في أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم يغفل هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، ويمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحققها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بشيوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد في نقل الملكية مجهلاً فيه ركن الثمن المقول بأن البيع تم على أساسه . فإنه يكون مشوباً بقصور أسبابه ، متعيناً نقضه (نقض مدني في ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٣) .



الذي تكونت من أجله الشركة وعلى حصة كل شريك . وإن كان مقايضة وجب أن يتفقوا على الشئتين اللذين يقع فيهما التقايض ؛ وهكذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لا يعقدان (١)

وتعيين المدة التي يجب في خلالها إبرام العقد الموعود به ضروري أيضاً لانعقاد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي ، وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدي تنفيذه بعد فوات وقت معين ، فهذا الوقت هو المدة التي يجب في خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هي المدة المعقولة ، وكان في عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضي بذلك .

### ١٣٥ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي في العقود الشكلية : وإذا كان العقد

الموعود به عقداً شكلياً ، كالهبة والرهن الرسمي والشركة ، فإن الشكل الذي يعتبر ركناً فيه - ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة - يعتبر أيضاً ركناً في الوعد بالتعاقد وفي الاتفاق الابتدائي . وهذا ما تقضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، فهي تنص على أنه «إذا اشترط القانون لتسام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد» (١)

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائي الشكل المطلوب وقع باطلاً (٢) . فالوعد بالرهن الرسمي إذا لم يفرغ في ورقة رسمية كان باطلاً ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمي ، لأن هذا يقتضي تدخل شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن ، وإجباره على هذا التدخل الشخصي ممتنع . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم على الواعد بالتنفيذ مقام الرهن الرسمي لأن الوعد بالرهن باطل كما قدمنا ،

(١) أنظر هامش فقرة ١٣٤ في تاريخ هذا النص .

(٢) ويلاحظ أن العقد إذا كان رضائياً ، فإن الوعد بهذا العقد يكون رضائياً مثله ، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد النهائي مكتوباً في ورقة رسمية . ذلك أن الرسمية المطلوبة في العقد النهائي قد اشترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون ، فالعقد الموعود به هو في أصله عقد رضائي لا عقد شكلي .

(١) يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقاً للمادة ١٠١ من القانون المدني أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فضلاً عن المدة التي يجب إبرامه فيها . وذلك حتى يكون السبيل مهيئاً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة إلى اتفاق على شيء آخر ، والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يرى المتعاقدان الاتفاق عليها ، والتي ما كان العقد يتم بدونها .

(جلسة ١٩٧٣/٤/٢١ الطعن ١١ لسنة ٣٧ ق من ٢٤ ص ٦٤٩)

(جلسة ١٩٨٣/٤/١٢ الطعن ١٨٤٥ لسنة ٤٩ ق من ٣٤ ص ٩٤٨)

(جلسة ١٩٩١/٣/١١ الطعن ١٦٨ لسنة ٦٠ ق)

ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمي دون ورقة رسمية ، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمي يصلان به إلى حكم يقوم مقام الرهن الرسمي .

ولكن يجوز أن يؤدي الوعد بالرهن الرسمي غير المفرغ في ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين ثم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاماً شخصياً في ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص فيؤدي عملاً إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمي . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذي كان يراد ضمانه بالرهن ، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض (١)

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «يتناول النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد . ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التمهيدي تحديد المسائل الأساسية في التعاقد والمدة التي يتم فيها . أما فيما يتعلق بالشكل فلا يشترط وضع خاص - على تقييد التقنين البولوني فهو يشترط الكتابة إطلاقاً في المادة ٦٢ فقرة ٢ - إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين ، ففي هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدي نفسه . ويوجه هذا النظر أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذي يفرضه القانون ، ما دام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك . وبكفي لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغب في الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمداً إلى عقد اتفاق تمهيدي أو وعد بإتمام هذا العقد لا يستوفي فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدرا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها . ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمي لا يكون خلواً من أي أثر قانوني إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً ، فهو بذاته تعاقداً كاملاً يرتب التزامات شخصية ، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ - ص ٧٥)

هذا ويتقد الدكتور أبو عافية في رسالته (التصرف القانوني المجرّد نسخة فرنسية ص ٦٠ وما بعدها) القانون الجديد في أنه جعل الوعد بالعقد شكلياً - إذا لم يفرغ في الشكل المطلوب - باطلاً . وهو يرى وجوب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان الشكل قد فرضه القانون لمصلحة العاقدين فيكون الوعد في هذه الحالة باطلاً ، أو فرض لمصلحة الغير حماية لهم من الغش وإبرازاً لإرادة المتعاقدين فيكون الوعد في هذه الحالة صحيحاً (أنظر في هذا المعنى قانون الالتزامات السويسري م ٢٢ فقرة ٢) . ويستند في ذلك إلى أن القانون هو الذي فرض الشكل وهو الذي يعين جزاءه ، فينبغي أن يكون هذا الجزاء مرتباً بتلازم مع الظروف في كل حالة ما دام الشكل أمراً خارجاً عن الإرادة ولا يعنى عنها .

ونحن نسلم مع الدكتور أبو عافية بأن الشكل في القانون الحديث وظيفته خارجية لا داخلية ، وأنه لا يعنى عن وجود الإرادة . وعلى هذا الأساس يكون الشكل من صنع القانون ، وهو الذي يعين له الجزاء عند الكفاية في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا ترد عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يحتج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن ، وفقاً للتوصية . بل إن هذا هو أيضاً شأن الشكل ذي الوظيفة الداخلية - كما كان الأمر في =

١٢٦ - شروط الانعقاد والصحة في العقد الموعود به ومتى تراعى في الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي : ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة قد تكون مطلوبة في عقد الوعد ذاته . ذلك أنه ، كما قدمنا ، لا يحول في الوعد دون الوصول إلى العقد النهائي إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (أى اتفاقاً ابتدائياً) .

ويترب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانبين ، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً في الاتفاق الابتدائي . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون أهلاً للعقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حجر عليه مثلاً (١) . وعبوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أى التمييز - وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عبوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً .

وسواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإن مشروعية المحل والسبب يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي ، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

= القانون الروماني - إذ القانون مستقل هنا كذلك بصنع الشكل ، وأمن في ذلك إل يحد أن استغنى به عن الإرادة .

فإذا رأى المشرع أن يجعل الوعد بالعقد الشكلى شكلياً مثله ، وأن يرتب على الأخلال بهذا الشكل بطلان الوعد - دون تفرقة بين ما إذا كان الشكل لمصلحة المتعاقدين أو لمصلحة الغير وهي تفرقة تدق في كثير من الأحيان - فله ذلك . وهو لا يخل في هذا بسلطان الإرادة ما دام قد ميز الوعد بالعقد وارتفع به عن محض اتفاق ملزم إلى جعله سبيلاً للوصول إلى العقد الكامل عن طريق حكم قضائي . إذ لا يجوز في طبيعة الأشياء أن الوعد بعقد شكلي يؤدي مباشرة إلى هذا العقد الشكلى ما لم يكن الوعد ذاته مفرغاً في الشكل المطلوب ، وإلا جاز دائماً التحايل على الشكل .

ولكن لا يجوز للمشرع ، من ناحية مبدأ سلطان الإرادة ، أن ينكر على أي وعد قوته الملزمة حتى لو لم يفرغ في الشكل المطلوب ، لا باعتبار أنه وعد بعقد معين ، بل على أساس أنه اتفاق غير مسمى ، وهو ملزم على كل حال . وإنما يجب على المشرع أن ينكر على هذا الاتفاق أن يؤدي مباشرة إلى العقد الشكلى الكامل ما لم يكن مفرغاً في الشكل المطلوب . وهذا هو ما قرره المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وهو ما انتقده الدكتور أبو عافية في رسالته دون نظر إلى الاعتبارات التي قدمناها .

(١) ويشترط طبعاً ألا يقع أي تعديل فيما التزم به الواعد وقت الوعد (أنظر في هذا المعنى ديموج ٢ فقرة ٥٢١ - بلانيول وريبير وإسما ١ فقرة ١٤٥) .

ب - الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٢٧ - مرحلتان يفصلهما حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، فإن الأثر الذي يترتب عليه يجب أن يميز فيه بين مرحلتين . فإذا كان الوعد ملزماً للجانبين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي هو الذي يفصل ما بين هاتين المرحلتين . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الذي يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي .

١٢٨ - قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : ففي المرحلة التي تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقوقاً شخصية ولا يرتب إلا التزامات ، حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما في البيع .

يتبين من ذلك في الاتفاق الابتدائي (الوعد الملزم للجانبين) ، فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً ، في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي ، بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد ، وهذا التزام بعمل . ويتبين ذلك أيضاً في الوعد الملزم لجانب واحد ، فإن الواعد وحده يترتب في ذمته التزام شخصي أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، وهذا أيضاً هو التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء .

فإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد بيع ، وتم اتفاق ابتدائي ملزماً للجانبين على عقده ، أو تم وعد ملزم لجانب واحد ، فإن الموعود له بالبيع في الحاليتين لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد ، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه . ويترب على ذلك أمران لا يخلوان من أهمية عملية :

(أولاً) يبقى الواعد مالكاً للشيء . فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي ، ويسرى تصرف الواعد في حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع العين وسجل البيع ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد .

(ثانياً) إذا هلك الشيء قضاءً وقدرًا تحمّل الواعد تبعه هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما في العقد النهائي ، بل أيضاً لأنه لا يزال المالك . ولكنه لا يكون مسئولاً عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء قد هلك قضاءً وقدرًا (١) .

١٢٩ - بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : أما المرحلة الثانية فتحتل ، في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين ، بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي . فإذا حل هذا الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي ، وجاز إجبار على التنفيذ عينياً على النحو الذي سنبينه

(١) وكهلاك الشيء نزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعته ، ولكن لا يكون مسئولاً عن الضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة ، لأن نزع ملكية المبيع يجرى عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المال ، وبحكم اللزوم العقلي لا يضمن عنه الواعد بالبيع (نقض مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠) .

١٤٠ - العربون ودلالته في القوانين الأجنبية : يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين

للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال - يكون عادة من النقد - يسمى العربون . وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار ، فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة . ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول<sup>(١)</sup> ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت<sup>(٢)</sup> ، وغنى عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالته المفروضة وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان .

١٤١ - العربون في القانون المدني القديم : لم يرد نص عن هذه المسألة في القانون

المدني القديم ، فكان القضاء المصري يتردد بين الدالتين<sup>(٣)</sup> . وكان في ذلك يأخذ

= وعدة أن يجبر على ذلك ، ويقوم الحكم مقام العقد النهائي . وهذا الحكم ليس مقطوعاً به في القانون الحالي فوجب النص حتى يزول كل شك . فأتى اعتراض على تحديد أجل التنفيذ ، واستقر الرأي بعد المناقشة على حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة في نصها النهائي كما يأتي : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم ، متى حاز قوة الشيء المقضي به ، مقام العقد . وأصبح رقم المادة ١٠٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لتتمام العقد» بعبارة «لصحة العقد» ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧ - ٧٩) - انظر أيضاً المادة ٦٢ الفقرة الثالثة من القانون البولوني .

(١) أنظر مثلاً المادة ١٥٨٨ من القانون الفرنسي والمادة ١٢١٧ من القانون الإيطالي القديم . ومع ذلك انظر المادة ١٧٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي .

(٢) أنظر المادة ٣٣٦ من القانون الألماني ١٥٨ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٧٤ من القانون البولوني .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط العربون لا يدل على جواز العدول بل على إثبات حق الفسخ مع تحديد التعويض الواجب عند التخلف عن الوفاء (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٤) ، على أن المشتري الذي يفقد العربون بسبب التخلف عن تنفيذ العقد لا يحق له إقامة الدليل على أن البائع لم يصبه ضرر من جراء ذلك على تقيض ما يجري بشأن الشرط الجزائي (١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢) ، وقضت كذلك بأن العربون قد يدل على الثبات (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥) .

وفي دعاوى أخرى قضت المحاكم المصرية بأن العربون في حالة الشك يدل على جواز العدول =

فيما يلي . ومتى وقع التعاقد النهائي التزم كل من المتعاقدين بأحكامه<sup>(١)</sup> .

وتحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد . أما إذا ظهرت ، صراحة أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيعه إياه ، فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء الموعود من الواعد<sup>(٢)</sup> . ويعتبر التعاقد النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد لمهيناً

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلاً شخصياً من الواعد ، في حالتي الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد ، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار بولوني التصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل ، فامتنع البائع عن ذلك ، جاز استصدار الحكم ضده ، وقام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام عقد البيع ، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشتري . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي إذا لم يكن الوعد به قد انتهى الشكل المطلوب ، فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد . بل يقتصر القاضي على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بعقد شكلي قد استوفى الشكل الواجب ، فإن الحكم في هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص عليها القانون المدني الجديد صراحة في المادة ١٠٢ ، فهي تقضي بأنه «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد»<sup>(٣)</sup> .

(١) وإذا اختلف العقد النهائي عن الاتفاق الابتدائي فالعبرة بالعقد النهائي فهو الذي تم عليه الاتفاق نهائياً . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لهذه القاعدة ، بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة لمعرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي هو العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق الطرفان على أن لأحدهما الخيار في مدة معينة في أنه ينطوي العين ، فإن صاحب الخيار لا يتحمل من التضمينات إلا عند عدم قبول التعاقد في الفترة المحددة للاختيار . أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسئولاً عن تنفيذه وملزماً بالتضمينات في حالة عدم التنفيذ (نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «إذا وعد شخص بإبرام عقد ، وامتنع عن تنفيذه وعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له أجلاً للتنفيذ إن طلب المتعاقد الآخر ذلك ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة . فإذا لم يتم إبرام العقد في الأجل المحدد ، يقوم الحكم ، متى حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، مقام العقد . ولما نص في لجنة المراجعة لوحظ أن هذه المادة لا تعرض للحالة التي يوجد فيها عقد يسمى خطأً بالعقد الابتدائي وهو في الواقع عقد نهائي ، لأن هذه الحالة منصوص عليها في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدي (تقابل المادة ٢١٠ من القانون الجديد) ، وإنما يعرض النص لحالة ما إذا وجد عقد ابتدائي بالمعنى الصحيح يتلوه عقد نهائي ، لا سيما إذا كان العقد من العقود الشكلية كالرهن الرسمي ، وجد وعد برهن رسمي مثلاً ، وكان هذا الوعد قد استوفى الشروط الشكلية ، جاز إذا لم يتفد الواعد» .



بنية المتعاقدين (١). ويفسر هذه النية عند غموضها في ظل العرف الجارى . والظاهر أن العرف في مصر يميز بين البيع والإيجار . ففي البيع تكون دلالة العربون في العقد الابتدائي جواز العدول وفي العقد النهائي التأكيد والبت (٢). أما في الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبت لا على جواز العدول، ويعتبر تعجيلا لجزء من الأجرة تنفيذاً للعقد .

١٤٢ - العربون في القانون المدني الجديد : أخذ القانون المدني الجديد، حسماً للخلاف والتردد ، بدلالة جواز العدول . ومن هنا كان العقد المقترن بعربون مرحلة غير باقة في التعاقد النهائي ، إذ يجوز العدول عنه .

وقد نصت المادة ١٠٣ من القانون الجديد على ما يأتي :

١٥ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

( = محكمة استئناف مصر الوطنية في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - القضاء المستعجل في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٢ ص ١١١ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ ) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين، فلا يجوز العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يعين وقت لجواز العدول فيجوز العدول إلى وقت التنفيذ . وبأنه لا يجوز إساءة استعمال الحق في العدول ، فالبايع الذي أظهر نيته في أن يمضي في العقد دون استعمال حقه في العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها ثم عدل بعد ذلك فبإزاء لا يقتصر على خسارة العربون بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءته استعمال حقه في العدول ( ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ ) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلهما عقدهما مبرماً بينهما على وجه نهائي ، وقد يريدان أن يجعلاً لكل منهما الحق في إمضاء العقد أو نقضه ، ونية العاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تسامه ، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ما هو في الواقع إلا قيمة التعويض الذي اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتمله عباراته ، فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز العدول عنه ، تترك لتفسير نية المتعاقدين (٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا دفع العربون وقت تحرير العقد الابتدائي كان هذا دليلاً على جواز العدول ، أما إذا دفع عند تحرير العقد النهائي فلا يجوز العدول (٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون في العقد الابتدائي دليل على جواز العدول ، وفي العقد النهائي دليل على الثبات : ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ (عقد ابتدائي) - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٢ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ (عقد نهائي) - ٥ أبريل ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ (وهو الحكم التي سبقت الإشارة إليه) - محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ .

٢ - فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر (١) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد ، ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البتات في العقد ، كان دفعه دليلاً على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن العقد (١) ، يستوى في ذلك البيع والإيجار وأي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دليلاً على أن العقد أصبح باتاً على أنه يجوز العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك ٢ - فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد، فللمتعاقدين الآخر أن يختار بين التنفيذ والفسخ . وله في حالة الفسخ أن يحتفظ بالعربون الذي قبضه أو أن يطالب بضعف العربون الذي دفعه ، حتى لو لم يلحق به الفسخ أي ضرر . هذا مع عدم الإخلال بحقه في استكمال التعويض إن اقتضى الأمر ذلك . ٣ - ويسرى حكم هذه المادة أياً كانت الألفاظ التي عبر بها المتعاقدان عن العربون . ولما تلى النص في لجنة المراجعة أقرته اللجنة في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٥ بعد إبدال نص الفقرة الأولى بالنص الآتي : ١٥ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بوقشت المادة تفصيلاً، ورأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ما قرره، وقالت في تقريرها ما يأتي : «رأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ما قرره المادة تمسحياً مع العرف، فعدلت الفقرة الأولى باستبدال عبارة «لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه» ، بعبارة «العقد بات لا يجوز العدول عنه» ، وحذفت عبارة «أو العرف» لزوال وجه الحاجة إليها بعد التعديل ، واستعاضت عن الفقرة الثانية بالنص الآتي : «فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، ولو لم يترتب على العدول ضرر» . وقد صدرت اللجنة في هذه الإضافة عن وجوب التمسح مع العرف، ولم تر محلاً للإبقاء على الفقرة الثالثة فحذفتها تاركة أمر تفسير نية المتعاقدين لتقدير القاضي . وأصبح النص كالآتي : ١٥ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك ٢ - فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر . وأصبح رقم المادة ١٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٩ - وراجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في ص ٨١ - ص ٨٤) .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصين آخرين ، هما المادتان ١٥٣ و ١٤٥ من هذا المشروع . فنصت المادة ١٥٣ على ما يأتي :

١٥١ - إذا نفذ الالتزام الذي أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ - ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسئولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما . وقد حذفت هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ونصت المادة ١٥٤ على ما يأتي : «إذا اتفق المتعاقدان على أن العربون دليل على جواز العدول عن العقد، كان لكل منهما حق العدول، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رد ضعفه» وقد حذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا النص بناء على تعديل المادة ١٠٣ من القانون على الوجه السابق الذكر . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٢ في الهامش) .

(١) مقتضى نص المادة ١٠٣ من القانون المدني أن دفع العربون وقت إبرام العقد ، يدل على جواز العدول عن البيع، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون قصد به تأكيد العقد، فيعتبر المدفوع تنفيذاً له وجزءاً من الثمن .

(جلسة ١٩٧٠/١٢/٢٦ الطعن ٥٥٦ لسنة ٣٥ ق س ٢١ ص ٣٤٤)  
(جلسة ١٩٨٣/٦/١٦ الطعن ٩١ لسنة ٥٠ ق)

عقد آخر . فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التي يجوز فيها العدول ، أمضى العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، ووجب استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التي يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول . فإذا كان هو الذي دفع العربون فإنه يفقده ، ويصبح العربون حراً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذي عدل هو الذي قبض العربون ، فإنه يردده ويؤيد حمله ، إلى يرد ضعفه (١) ، للطرف الآخر ، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد . ويلاحظ أن النص يترتب التزاماً بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذي عدل ، وعن العقد ، لا تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن الالتزام الموجود حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر كما هو صريح النص ، بل تفسيراً لنية المتعاقدين ، فقد فرض المشرع أن المتعاقدين أرادا إثبات حق العدول لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قدر العربون ، فجعل العربون مقابل لحق العدول . وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الأخلال بالعقد ، ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أي ضرر . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في الشرط الجزائي (٢) .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد ،

(١) الصحيح لغة «ضعفيه» كما ورد في نص القانون . فالضعف هو المثل ، والمثلان ضعفان لا ضعف واحد . وضعف الشيء مثله في المقدار أو مثله وزيادة غير محصورة . وقد اختار القانون الجديد أن يقول الضعف وهو يريد الضعفين ، مؤثراً ذلك الخطأ المشهور على هذا الصواب المهجور ، حتى يتجنب اللبس في صدد نصوص تشريعية الخطأ في تطبيقها يؤدي إلى نتائج عملية خطيرة .

(٢) أنظر المواد ٢٢٣ - ٢٢٥ من القانون الجديد . ويختلف العربون عن الشرط الجزائي أيضاً في التكيف القانوني .

فالعربون الذي يدفع في مقابل العدول عن العقد يمكن تكيفه بأنه البديل في التزام بدلي . ويكون المدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في العقد ودائماً بالحق الذي يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون (م ٢٧٨) . ومؤدى ذلك أن العدول في حالة دفع العربون لا يكون عن العقد في جملته ، بل عن الالتزام الأصلي والحق المقابل له ، والعربون بديل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد في أحد شطريه وهو البديل ، لا عدول عنه في جملته .

أما الشرط الجزائي فالتعويض تماماً ، بل هو تعويض مقدر اتفق عليه المتعاقدان مقدماً . فالتكيف القانوني للشرط الجزائي هو ذات التكيف القانوني للتعويض . ولا يجوز القول بأن التعويض البديل في التزام بدلي ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلاً من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . ولا هو أحد المحلين في التزام تخييري ، فالمدين لا يخير بينه وبين التنفيذ العيني إذا أراد الدائن هذا التنفيذ وكان ممكناً ، ولا خيار للدائن كذلك بين المحلين إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني .

ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكماله . وتجري على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضروري أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر .

## المبحث الثاني

### صحة التراضي

١٤٣ - الأهلية وعيوب الإرادة : كل ما قدمناه إنما هو في وجود التراضي . ولا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً (١) . والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب (١) . وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

### المطلب الأول

#### الأهلية\*

(La capacité)

١٤٤ - القانون القديم والقانون الجديد : اقتصر القانون القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م ١٢٩ - ١٨٩/١٣٠ - ١٩٠ قديم) ، ثم ذكر أن الجزاء مع نقص الأهلية هو إبطال العقد (م ١٣١ - ١٩١/١٣٢ - ١٨٢ قديم) .

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ١٦٢ من هذا المشروع يجري بما يأتي : «يجوز إبطال العقد : أولاً : لعدم توافر الأهلية في المتعاقدين أو في أحدهما . ثانياً : لعب في الرضاء . ولما تلى هذا النص في لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يعدد حالات منصوصاً عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١١٠ في الهامش) .

(١) المقصود بالرضاء الصحيح هو كون المتصرف مميزاً يعقل معنى التصرف ويقصده ، أي أن يكون مدركاً ماهية العقد والتزاماته فيه وتكون له إرادة حقة لقيام الالتزام ، لأن الإرادة ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني وبدونها لا يصح التصرف .

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٣ الطعن ١١٦٨ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٣٤/٣/٨ الطعن ٦٦ لسنة ٣ ق)

\* بعض المراجع : ديموج ٢ فقرة ٦٦١ وما بعدها - كابينتان في مقدمة القانون ص ١٤٤ وما بعدها - بنكاز تكملة مبسوط بودري جزء ٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ١٤٥ وما بعدها - فتحي زغلول في شرح القانون المدني ص ٢٦ وما بعدها - التلويح والتوضيح ٢ ص ٧٢٦ وما بعدها - مرشد الحيران ٢٦٨ - ٢٨٤ - شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٥٣٤ وما بعدها - مقال للأستاذ أحمد إبراهيم =

أما القانون الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية في شيء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الصادر في ١٣ يولية سنة ١٩٤٧) وقد ألغى القانون المذكور وحل محله المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بإحكام الولاية على المال في كثير من الأحكام التي تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية ثم توحيدده للمصريين كافة . أما الأجنب فتطبق عليهم قوانين الجنسيات التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م ١١ جديد) (١)

ونبحث في إيجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم نتقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون الجديد .

## § ١ - النظرية العامة في الأهلية

١٤٥ - أهلية الوجوب : يميز الفقهاء بين إهلية الوجوب (capacité de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice) .

ويعرف علماء أصول الفقه الإسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية . فالشخص ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً ، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان - بعد أن أبطل الرق - شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب . وثبتت له هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك

= بك في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى - مقال للأستاذ عزيز بك خانكي في بيع عقارات القصر (الشرائع ٤ ص ١٩٢ - ص ٢٠٧) . مقال للأستاذ حافظ رمضان (باشا) في تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحجر في المائة السنة الأولى - مقال للأستاذ أحمد نشأت بك في العته الموجب للحجر في المحاماة السنة الرابعة - والتون ٢ ص ٣٤٧ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣١٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٣ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٣٨ وما بعدها .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في نظرة عامة في الأهلية ما يأتي : « اكتفى في أهلية التعاقد بالنص على اعتبار الشخص أهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو نقصها من أثر في صحة الرضاء . أما التفصيلات فموضوعها القوانين الخاصة بذلك . ولم ير محل للإبقاء على نص المادة ١٨٩/١٢٩ من التقنين الحالي لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهي مسألة من مسائل التنظيم الموضوعي . أما المادة ١٩٠/١٣٠ من التقنين الحالي ، وهي الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأهلية ، والمادتان ١٣١ - ١٠١/١٣٢ - ١٩٢ الخاصتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإنراء بلا سبب ، فقد حلت في المشروع مكانها الطبيعي ، فوضعت الأولى بين قواعد تنازع القوانين في النصوص التمهيدية ، والمادتان الأخريان وردتا في سياق قواعد البطلان (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١٠٩) .

حين تصفية تركته وسداد ديونه . وكذلك الشخص الاعتباري شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية ليست في الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية ، وكالشركة بعد أن تصفى ، وكالرقيق في القوانين التي كانت تبيح الرق ، وكمن يحكم عليه بالموت المدني في القوانين التي كانت تبيح ذلك ، وكالراهب في قوانين بعض الطوائف الدينية (١) .

١٤٦ - أهلية الأداء : وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق . ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتعاً بالحق ، وهذه هي أهلية الوجوب . دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هي أهلية الأداء . ويتبين من ذلك أنه

(١) هذا وقد صدر حكمان متناقضان من محكمة استئناف مصر الوطنية ، أحدهما يعترف بالقوانين المسيحية في الرهينة ويطبقها على إنها عادة لها قوة القانون (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٤ ص ٧٤٤) ، والحكم الثاني يقضى بعكس ما قضى به الحكم الأول ، فيعتبر قوانين الرهينة قوانين دينية محضة لا يعترف بها القانون ، وهي مخالفة لقوانين الأهلية التي تعتبر من النظام العام ، وأن مجرد الرهينة لا ينقل مال الراهب إلى الدير بل لابد من اتخاذ الطريق القانونية لذلك كأن توهب للدير أو توقف عليه (٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٦) .

ثم صدر حكم من محكمة النقض يقضى بأن الرهينة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية في مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اختصت الرهبان ببعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية ، والقانون في المادة ١٤ من الأمر العالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملي لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الأحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهينة يعتبر ملكاً للبيعة التي كرس حياته لخدمتها . وبترتيب على ذلك أن الأموال التي تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكاً للبيعة . فالحكم المطعون فيه إذ عد المطران مالكا لما اشتراه وقت أن كان شاغلاً منصبه الديني مجرد أن العقود صادرة له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة قد أخطأ في عدم الأخذ بالقواعد الكنسية المحددة للعلاقة المالية بين الرهبان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١) .

والظاهر من هذه الأحكام أنه يجب التمييز بين : (أولاً) ما يملكه الراهب قبل دخول في الرهينة - وكذلك ما يملكه حتى بعد دخوله الرهينة عن ميراث أو وصية - فهذا يبقى ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله سلك الرهينة فإن ذلك مخالف للنظام العام . (ثانياً) ما يملكه بعد دخوله في سلك الرهينة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة ، لا لأن شخصيته انعدمت ، بل لأنه يعتبر ، طبقاً لقوانين الكنيسة التي تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام ، نائباً عن الكنيسة في تملكه هذه الأموال . ويؤيد هذا التمييز ما ورد في كتاب القوانين لابن العسال (طبعة سنة ١٩٢٧ ص ٣١٥) : « ليكن معروفاً ما للأسقف إن كان له شيء ، وليكن معروفاً ما للبيعة ، لكي ما يكون له سلطان على ما كان له ليطيع فيه ربه ما أحب ويورثه لمن أراد ... فأما ما اقتناه بعد الأسقفية فهو للبيعة ، ليس له أن يوصي في شيء منه إلا ما صار إليه من ميراث من والديه أو إخوة أو أعمام . »



يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً . والذي يعنينا هنا هو أهلية الأداء فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصودة .

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة : ١ - عقود اغتناء وهي عقود يغتنى من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ - عقود إدارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . ٣ - عقود تصرف ، وترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري . ٤ - عقود تبرع ، وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب .

فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود . ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع . وقد تكون الأهلية معدومة كما هي حال الصبي غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أى قسم من هذه الأقسام الأربعة .

١٤٧ - تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يلتبس بها : الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز . فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته .

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير . مثل ذلك الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب ، فلا يقال إن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير ، بل يقال أن له ولاية التصرف في هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله ، ويرجع ذلك لنقص في التمييز عنده . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في الأهلية عنده راجع إلى نقص في التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص الممنوع كما في نقص الأهلية ، ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله في مرض الموت إلا في حدود معينة ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الورثة ، ومنع الزوجة في بعض الشرائع من التصرف إلا بإذن زوجها ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المنع صح التصرف ، كما إذا أجازت الورثة في الحالة الأولى أو انفصمت عرى الزوجية في الحالة الثانية . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق

شخص ، أما عدم القابلية للتصرف فيلحق المال (١) .

١٤٨ - الأصل في الشخص أن يكون ذا أهلية : والمفروض في الشخص أن يكون أهل الأهلية ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها . وهذا ما قضت به المادة ١٠٩ نصت على أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم قانون (٢) .

فبعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه (٣) . فإذا نجح في إثبات عدم أهليته كان أن يبطل العقد الذي صدر منه . ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن التعاقد معه ذو أهلية (٤) . أما إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفي نقص

(١) وسرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، والمحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن تقررت له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، فإن ذلك لا يرجع إلى انعدام الأهلية في هؤلاء . أما ما يقال عادة من أهلية الشخص للالتزام بالعمل غير المشروع أو بالإثراء دون سبب فليس تعبيراً دقيقاً . لأن الأصل أن يلتزم الشخص متى وجد مصدر الالتزام . فإن كان هذا المصدر هو العقد (أو العمل القانوني بوجه عام) فمن شروطه الأهلية ، ومناطها التمييز كما قدمنا . وإن كان المصدر هو العمل غير المشروع فلا بد من خطأ ، ومن شروط الخطأ التمييز ، فالتمييز ركن في الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً في بعض الأحوال فيسأل غير المميز عن عمله الضار . أما الالتزام بالإثراء دون سبب فيبقى على الأصل ، ولا يشترط فيه التمييز . ولكن أصبح من المؤلفات التحدث عن الأهلية في هذه المواضع ، وقد جارينا هذا المؤلف في بعض الأحيان .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : «يكون أهلًا للتعاقد كل من لا يقرر القانون عدم أهليته» . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته كما يأتي : «كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها» ، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم ١١٢ . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة «ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها» لأن القانون لا يسلب الأهلية ، فقد يكون الشخص مجنوناً لم يحجر عليه بعد ويكون مع ذلك أهلاً للتعاقد ، فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : «كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون» ، وأصبح رقم المادة ١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩ ص ١١٢) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الأصل في الرجل الرشد وفقد الأهلية عارض ، ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة إلا إذ أثبت مدعي الخلاف طروداً عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (١٨ يولية سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٩١ - ٢١ يولية سنة ١٨٩١ الحقوق ٧ ص ٢٢٥) - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦ ، وفي ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦ .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجب على من يتعاقد مع الغير أن يتحرى عن أهلية من تعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد ، وإلا فعليه أن يتحمل تبعه تقصيره وإهماله . فلا يجوز لمن اشترى عقاراً من شخص قرر المجلس الحسبي استمرار الوصاية عليه بعد بلوغه سن الثماني عشرة سنة أن يتمسك بصحة عقد البيع ارتكناً على أن ذلك القرار لم ينشر بالجريدة الرسمية (١٥ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٦٢) . وانظر أيضاً محكمة بنى سويف الابتدائية في ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٢٤ .

## ٢ - أحكام الأهلية

### في القانون المدني الجديد وقانون الولاية على المال

١٥٠ - العوامل التي تتأثر بها الأهلية : لما كانت اهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا ، فهي تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بعوارض تقع أو لا تقع من شأنها أن تؤثر في التمييز ، كالجنون والعتة والغفلة (١) .

### أ - تأثر الأهلية بالسن

١٥١ - الأدوار الطبيعية في حياة الإنسان : الأدوار الطبيعية التي يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت أدوار ثلاثة : ١ - من وقت ولادته إلى سن التمييز ٢ - من سن التمييز إلى سن البلوغ ٣ - من سن البلوغ إلى الموت .

١٥٢ - الصبي غير المميز : تقدر سن التمييز بسبع سنوات . وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز معدوم الأهلية (م ٤٥ فقرة ٢) . وقد نصت المادة ١١٠ على أنه «ليس للصبي غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة» (٢) . فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أى عقد . وليس هذا مقصوداً على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة ، بل يمتد أيضاً إلى عقود الاغتناء ، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز ، فلا تكون لإرادته أثر . وتثبت الولاية على ماله لوليّه ثم لوصيه .

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ١٦٤ من هذا المشروع ، جرت بما يأتي : «يرجع إلى قانون الأحوال الشخصية في تحديد ما يكون لانعدام أهلية الأداء أو نقصها من أثر في صحة الرضاء» . ولما تلى هذا النص في لجنة المراجعة ، ذكر أن المادة بالحالة التي هي عليها لا تؤدي المعنى المقصود ، فليس المراد وضع قاعدة لتنازع القوانين ، بل المراد الإشارة إلى قانون المجالس الحسبية الواجب التطبيق في هذه الأحوال . واقترح تعديل المادة كما يأتي : «ينظم الأهلية قانون خاص» . ثم رأت اللجنة حذف هذا النص والاستعاضة عنه بالمواد ١١٣ - ١١٨ في المشروع النهائي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ - ص ١١٣ في الهامش) .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم ١١٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل إن حكم هذه المادة والمواد التي تليها من صميم قواعد الأحوال الشخصية ، فما الحكمة في إيرادها هنا في القانون المدني ؟ وسئل هل هذه النصوص تسرى على الأجانب ؟ فأجيب أن المشرع أراد بوضع هذه الأحكام في صلب القانون المدني عدم الرجوع إلى أحكامها في الشريعة الإسلامية ، وقد احتاط المشرع في قانون المحاكم الحسبية بإيراد نص يفيد عدم نفاذ أحكامه على الأجانب ، هذا فضلاً عن أنه يستفاد من المبادئ العامة التي نص عليها في الباب الأول من مشروع القانون المعروض أنها تتضمن أحكاماً عامة تسرى على الأجانب إلا فيما يختص بسن الرشد . أما سن التمييز وهو سن الأهلية العقلية فأحكامه تسرى على الأجانب . وقد وافقت اللجنة على المادة ١١٣ دون تعديل وأصبح رقمها ١١٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ - ص ١١٤) .

أهليته ، فمع أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه . وهذا ما تقضى به المادة ١١٩ إذ تنص على أنه «يجوز لنقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته» (١) . ولا يكفي لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته ، بطرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد . وهذا الذي قضى به النص الصريح في القانون الجديد كان القضاء المصري يعمل به في القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة (٢) .

١٤٩ - أحكام الأهلية من النظام العام : وأحكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها . وكل اتفاق علي شيء من ذلك يكون باطلاً . وإلى تشير المادة ٤٨ من القانون الجديد إذ تنص على أنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها» .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي قصره» . أما إذا اقتصر على أن يقرر أنه بلغ سن الرشد فإن ذلك لا يمنعه من التمسك بالبطلان» . وفي لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع بعد حذف المادة ١٦٢ يكون غفلاً من نص يجيز لنقص الأهلية إبطال العقد ، فيجوز أن يثبت هذا الحكم في صدر هذه المادة ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على أن تعدل المادة على الوجه الآتي : «يجوز لنقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي قصره» . وأصبح رقم المادة ١٢٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن تستعوض عن عبارة «ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته» بعبارة «وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته» . فالمسألة تتعلق بتقرير الجزاء على التجاوز القاصر (وغيره من ناقصي الأهلية) إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما أثرت أن تجرى القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية وجعلت الجزاء قاصراً على الحكم بالتعويض . وأصبح رقم المادة ١١٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٣ - ص ١٣٨) .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المشتري دعوى على البائع بطلبه فيها بتعويضه عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التي تعاقدها معه عليها ودفع له جزءاً من ثمنها ، مدعياً أن البائع دلس عليه بأن أوهمه تام الأهلية في حين أنه كان محجوراً عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استبانت من ظروف ووقائعها من أن كل ما وقع من البائع هو أنه تظاهر للمشتري أنه كامل الأهلية وهذا لا يعدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترفة شخصياً ، فلا شأن لمحكمة النقض معها في ذلك ما دام الوقائع الثابتة في الدعوى مؤدية فعلاً إليه (نقض جنائي ٤ مايو سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٤٩ م ٣٤٨) . وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني في ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٨ (٣٥٢) .

ورولى الصغير هو الأب ثم الجد الصحيح . وبهذا تقضى المادة ١ من قانون الولاية على المال إذ تنص على أن «للأب ثم للجد الصحيح» (١) إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن يتجنى عنها إلا بإذن المحكمة . فإذا لم يكن للصغير ولى ، ولم يعين الأب وصياً مختاراً (٢) ، تعين المحكمة وصياً ، وهذا ما تقضى به المادة ٢٩ من قانون الولاية على المال إذ تنص على أنه إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكين وصى مختار تعين المحكمة وصياً .

أما الحدود التي يتصرف في نطاقها الولى والوصى في مال القاصر فمرسومة في قانون الولاية على المال وفي قواعد الشريعة الاسلامية ، والى هذا تشير المادة ١١٨ من القانون المدنى إذ تنص على أن «التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي يرسمها القانون» (٣) . وكذلك تنص المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه «يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون .

فالولى أن يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء ، مع وجوب الحصول على إذن المحكمة إذا كانت الهبة أو الوصية محملة بالتزامات معينة (م ١٢ من قانون الولاية على المال) كما يباشر أهلية الإدارة وأهلية التصرف حتى بالغبن اليسير ، ولكن الغبن الفاحش لا يجوز ، أما أهلية التبرع فلا يستطيع الولى أن يباشرها ، إلا أن يكون التبرع لأداء واجب انساني أو عائلي وأذنت به المحكمة . (انظر المادة ٥ من قانون الولاية على المال) ، ويجوز للمحكمة أن تحتد من ولاية الولى أو أن تسلبه أياها ، وإذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر أو خيف عليها منه (م ٢٠ من قانون الولاية على المال) .

(١) الظاهر أن الأب إذا كان قاصراً ووليه أبوه ، فولاية الولى تشمل الأب وولده معاً ، فيكون جد الولد هو وليه مع وجود أبيه لأن هذا قاصر .

(٢) قضت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال بأن الولاية على القاصر بعد الأب للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر ، وهناك خلاف في المذهب الحنفى هل يتقدم الجد على وصى الأب أو وصى الأب هو الذى يتقدم ، فيأخذ الإمام محمد بالرأى الأول ، ويذهب الإمام الأكبر إلى الرأى الثانى . وكان القضاء المصرى فى مجموعته قبل صدور قانون المحاكم الحسينية الجديد يأخذ برأى الإمام الأكبر ويقدم وصى الأب على الجد (محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٣ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٦٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٧٤٧ - المجلس الحسبى العالى فى ١٩ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٣ ص ٢٧ . وانظر حكماً قضى بمكس ذلك فقدم الجد على وصى الأب من محكمة الاستئناف الوطنية فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ١٢ والقضاء ٢ ص ١٣٣) .

(٣) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدي ، ولجنة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم المادة ١٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٢ - ص ١٣٣) .

ولاية الوصى - اختاره الأب أو أقامة القاضى - أضيح من ولاية الولى . فهو يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء فيقبل عنه الهبات ، إلا إذا كانت مقترنة بشرط فيجب إذن المحكمة فى القبول أو الرفض ، ويباشر أهلية الإدارة ولكن لا بد من إذن المحكمة فى ايجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المباني ، وفى ايجار الوصى اموال القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه ، وفى استثمار الأموال وتصنيفها واقتراض مال القاصر واقرضه أو فى الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ وفيما يصرف فى تزويج القاصر أو فى تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والانفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة وفى الوفاء الاختيارى بالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر (المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال) ويباشر أهلية التصرف بإذن من المحكمة وذلك بالنسبة لجميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة ، وأيضاً التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة . التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها والتنازل عن التأمينات واضعافها (انظر فى كل ذلك المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال) .

أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصى أن يباشرها إلا بإذن المحكمة وإلى هذا تشير المادة ٣٨ من قانون الولاية على المال إذ تنص على أن «لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لاداء واجب انساني أو عائلي وإيذان من المحكمة» .

١٥٣ - الصبى المميز : يعتبر الصبى مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز أى سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أى سن الإحدى والعشرين . وتنص المادة ٦ على أنه «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون» . ويقرر القانون فى المادة ١١١ أحكام تصرفات الصبى المميز على النحو الآتى :

١ - إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر . وبزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقاً للقانون» (١) .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم المادة ١١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وعدلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تعديلاً طفيفاً بأن حذفت عبارة وردت فى النص الذى وضعت لجنة المراجعة وهى «وكان غير» .



ويتبين من ذلك أن الصبي المميز له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبات لأن ذلك نافع له نفعاً محضاً . وليست له أهلية التبرع ولا يستطيع أحد أن يباشرها عنه إلا في الحدود التي قدمناها ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً . أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، وهي الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فلا يملكها ، ولكن يباشرها عنه الولي أو الوصي في الحدود المتقدم ذكرها في حالة الصبي غير المميز .

ويستثنى من الأحكام المتقدم ذكرها الصبي المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . فقد نصت المادة ١١٢ على أنه «إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسليم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون»<sup>(١)</sup> ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون»<sup>(٢)</sup> . والقانون هنا هو قانون الولاية على المال . وقد نص في المادة ٥٤ منه على ما يأتي : «للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، ويكون ذلك باسناد لدى الموثق ، وله أن يسحب هذا الأذن أو يحد منه بإشهار آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات كما نص في المادة ٥٥ منه على أنه «يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض . وأوضحت المادتان ٥٦ ، ٥٧ الحدود التي يأذن فيها للصبي التصرف فقضت المادة ٥٦ بأن «للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يقضى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ، ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا أن يقضى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه عن ذلك ، ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً» .

= مصاب بجنون أو عته ، والعلة في ذلك أن الجنون والعته لهما أحكام خاصة تنطبق في جميع الأحوال والصور . وأصبح رقم المادة ١١١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٥ - ص ١١٦) .

(١) كان قانون المجالس الحسبية القديم يقضى بأنه إذا بلغ القاصر ثمانين سنة ولم يمنع من التصرف جاز له تسليم أمواله ليديرها بنفسه ما لم يمنع من ذلك ، أي أن التسلم يكون بحكم القانون . فالنص يشير إلى هذا الحكم القديم .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وحذفت منه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «غير مصاب بجنون أو عته» كما حذفتها من المادة السابقة . وأصبح رقم المادة ١١٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٧ - ص ١١٩) .

كما نصت المادة ٥٧ على أنه «لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية، أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنت المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً» .

ويستثنى كذلك الصبي المميز في إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة فقد نصت المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال «يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته ، ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية» ويجوز أيضاً للصبي المميز أياً كانت سنه أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من ماله لأغراض نفقته (المادة ٦١ قانون الولاية على المال) .

١٥٤ - البالغ الرشيد : تقضى المادة ٤٤ من القانون المدني الجديد بأن «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ - ومن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة . وهذه السن عامة لجميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين . فمتى بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر أصبح رشيداً أي كامل الأهلية . أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أو لم يحكم عليه ولكنه بلغ السن محنوناً أو معتوهاً، فتستمر الولاية عليه أو الوصاية بحسب الأحوال . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة أو سفهاً ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ، فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية ، وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر، وتختار المحكمة له فيما قد يكون غير الولي أو الوصي .

فإذا بلغ القاصر سن الحادية والعشرين رشيداً كملت أهليته ، وكان له بذلك أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه . ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه . وكل دعوى للقاصر على وصيه (أو للمحجور عليه على وجهه) تكون متعلقة بأمر الوصاية (أو القوامة) تسقط بمضي خمس سنوات من التاريخ الذي انتهت فيه الوصاية (أو القوامة) : أنظر م ٥٣ من قانون الولاية على المال كذلك يقع باطلاً كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصي من القاصر الذي بلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد قبل الفصل نهائياً في الحساب (أنظر المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال) .

على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية، وهي التي ستكلم عليها فيما يلي .

## ب - تأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن

### (عوارض الأهلية)

١٥٥ - حصر عوارض الأهلية : قد يبلغ الإنسان سن الرشد، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعوارض يرجع إلى التمييز . والعوارض أربعة : الجنون ، والعتة ، والغفلة ، والسفه . ويلاحظ أن السفه إنما هو نقص في التمييز في دائرة التصرفات المالية ، ولذلك اندرج بين عوارض الأهلية .

وسرى أن من يغيب غيبة منقطعة يقام عنه وكيل ، ومن حكم عليه بعقوبة جنائية ينصب قيم عليه ، ومن أصيب بعاهات معينة يعين له مساعد قضائي . وهذا كله لا يدخل في الأهلية ، لأنه لا يرجع إلى التمييز بل يقوم على أسباب أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٥٦ - الجنون : نصت المادة ١١٣ من القانون المدني الجديد على أن «الجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون»<sup>(١)</sup> . والقانون المقصود هنا هو أيضاً قانون الولاية على المال . وقد قضت المادة ٦٥ منه بأنه «يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للغفلة أو للسفه ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم» . فالجنون تحجر عليه المحكمة وتنصب له قيماً ، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً فتبقى ولاية وليه أو وصيه .

وأهلية الجنون معدومة لأنه فاقد التمييز ، وتصرفاته القانونية تقع باطلة لانعدام الإرادة . وإلى هذا تشير المادة ١١٤ من القانون المدني الجديد إذ تنص على ما يأتي :

١ - يقع باطلا تصرف الجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العتة شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها»<sup>(٢)</sup> .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجع هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «وترفع الحجر عنهم» بعد عبارة «تحجر المحكمة عليهم» لاستظهار معنى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم . وأصبح رقم المادة ١١٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٩ - ص ١٢١) .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢١ - ص ١٢٣) .

ويلاحظ أن تصرف الجنون قبل تسجيل الحجر - إذا كانت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر إنما يصح أخذاً بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الباطنة عند الجنون لا وجود لها .

فالجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلاً .

وولاية القيم على الجنون كولاية الوصي على الصغير ، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصي وحده ، ويستأذن المحكمة في التصرفات التي يستأذن فيها الوصي ، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التي لا يستطيع مباشرتها الوصي . وكالقيم على الجنون وصيه . أما الولي على الجنون فمثل الولي على الصغير من حيث سعة الولاية .

١٥٧ - المعتوه : والمعتوه كالجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصي . والقيم على المعتوه ووليّه ووصيه كالقيم على الجنون ووليّه ووصيه من حيث مدى الولاية .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والجنون<sup>(١)</sup> . وقد يكون مميزاً فتكون عنده أهلية الصبي المميز . وقد سبق بيان ذلك<sup>(٢)</sup> .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العتة بعدم إرادة من يصاب به ، فتقع تصرفاته باطلة ، من وقت ثبوته . ولذلك لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضي وإنما لثبوت حالة العتة المعدوم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٥٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر بعد) .

(٢) أنظر في كل ذلك المادتين ١١٣ و ١١٤ من القانون المدني الجديد ، وقد سبق ذكرهما - هذا وقيام حالة العتة عند أحد المتعاقدين مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى ، فلا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ ص ٤١٤) . ولكن إذا كانت محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها بقيام حالة العتة وقت التعاقد على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تتناوب نوبات عصبية وتهييج في بعض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه للعتة ، ورفع عند الحجر ، ثم حجر عليه ثانياً للعتة والسفه بعد تعاقدته ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية ، فإن ما استدلت به من هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدي إلى أن المحجور كان معتوهاً في ذات وقت التعاقد ، ويكون هذا الحكم قاصر التسيب متعيناً نقضه (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ ص ٢٥٣) . ولعل محكمة النقض قد تأثرت في هذه القضية بأن المتعاقد قد تكرر رفع الحجر عنه ، فلا شيء يقطع في أنه وقت التعاقد بالذات كان معتوهاً . وهي في قضية أخرى لم تبد هذا التشدد في استخلاص قيام العتة ، وذكرت أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها ببطلان عقد لعتة المتصرف على شهادة الشهود الذين سمعتهم وعلى قرائن مستقاة من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح في حكمها أن يكون قاضي التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف «هل كانت حالة المريض حالة عتة قانوني يلى الجنون في الدرجة» ، فأجاب بأنه «لم يكن على هذه الحالة وقت فحصه بمعرفتي ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفاً في بنيتة وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون في حالة تردد» ، فإن هذه الإجابة كاملة لا تشهد بسلامة عقله ، فضلاً عن أن الطبيب ليس هو الذي يعطى الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها ، بل الشأن في ذلك للقضاء في ضوء ما يديه الطبيب (نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر رقم ١٠٦ ص ٢٣٨) .

١٥٨ - ذو الغفلة والسفيه : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام». ويتضح من ذلك أن ذى الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم. وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز، فتثبت لهما أهلية الاغتناء، وتتقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز، وتنعلم أهلية التبرع.

واستثنى في أهلية التصرف نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية، فهذان يكونان صحيحين إذا صدرتا من السفيه أو ذى الغفلة وأذنته المحكمة فيهما. وتقضى الفقرة الأولى من المادة ١١٦ بهذا الحكم إذ تنص على أن «يكون التصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك». كذلك يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على النحو الذى رأيناه فى الصبي المميز الذى بلغ الثامنة عشرة وفى الحدود التى سبق ذكرها هناك. وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٦ مقصورة فى هذا الصدد على السفيه إذ تنص على أن «تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون»، فإن المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال تشمل كلا من السفيه و ذى الغفلة إذ تنص على أنه «يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون».

هذا هو حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر. أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهى فى الأصل صحيحة، لأن انتقاص الأهلية لا يثبت إلا بالحجر. وهذا هو رأى الإمام أبى يوسف، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضى. ولا يسرى الحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادئ العامة. ولا يحتج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلاً (١).

لكن يقع كثيراً أن السفيه أو ذى الغفلة يتوقع الحجر عليه فيعمد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويبتز أمواله. ففى هاتين الحالتين - حالة التواطؤ وحالة الاستغلال - يكون تصرف السفيه أو ذى الغفلة باطلاً إذا كان من أعمال التبرع، أو قابلاً للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة. وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى فى

ظل القانون القديم (١)، وأكدته القانون الجديد فى الفقرة الثانية من المادة ١١٥ إذ تنص على ما يأتى: «أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ» (٢) (١).

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ ص ٤٥ - وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٨ ص ١٦١ - محكمة استئناف أسيوط فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٣٣ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٢ - وفى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧. محكمة الجيزة فى ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٢٣ ص ٥٠٢. وانظر سائر الأحكام المشار إليها فى نظرية العقد للمؤلف ص ٣٤١ هامش ٣ - واستقر قضاء محكمة النقض على ذلك: نقض مدنى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٧ - ص ٤٩٢ - وفى ٥ يناير سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٦٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر بعد - وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أبانت ظروف التصرف الصادر من المتصرف قبل توقيع الحجر عليه للسفه وفى فترة طلب الحجر، واستدللت بها على أن المشتريين عشوه فذهبوا به بعيداً عن بلدتهم حتى لا ينكشف أمرهم، وهم على علم بالإجراءات المتخذة لتوقيع الحجر عليه، لكى يتم بيع العين لهم قبل صدور قرار المجلس الحسى بالحجر، فانقاد لهم حتى يقبض منهم قبل غل يده ما دفعوه له من ثمن، ثم قضت بإبطال التصرف، فإنها تكون قد أقامت قضاءها هذا على مقدمات تنتج وهى قيام التواطؤ بين المتصرف لهم والمتصرف مع علم المتصرف لهم بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه وانتهازهم فرصة سفهه للأثراء من ماله حين كانت الإجراءات القانونية تتخذ لحمايته - ومنى كانت القرائن التى أخذت بها محكمة الموضوع فى إثبات علم المشتري بحالة سفه البائع مؤدية عقلاً إلى ما انتهت إليه من ذلك، فلا شأن لمحكمة النقض معها (نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ ص ٢١٣).

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا تعاقد شخص بعقد عرفى على البيع، فلما علمت زوجته بذلك طلبت إلى المجلس الحسى توقيع الحجر عليه، وأرسلت إلى المشتري إنذاراً حذرته فيه من إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع، فلم يعا ونفذ الشراء بالعقد العرفى عن طريق عقد رسمى، وقرر المجلس الحسى بعد ذلك توقيع الحجر، ثم حكمت المحكمة بصحة العقد، وأوردت فى حكمها ظروف التعاقد وملايساته على الوجه المتقدم، واستخلصت منها استخلاصاً سليماً أن الصفقة لم تتم عن تواطؤ وغش، وأن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد بالعقد العرفى قبل الحجر، وأن العقد الرسمى اللاحق لم ينشئ البيع بل إنه لم يكن إلا تنفيذاً للعقد الأول، فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه (نقض مدنى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٢٨٥). ويلاحظ هنا أن البيع كان قد تم بالعقد العرفى قبل أن يعلم المشتري بإجراءات الحجر، ولم يكن العقد الرسمى اللاحق إلا تنفيذاً للعقد العرفى السابق.

(٢) تاريخ المادتين ١١٥ و ١١٦ من القانون المدنى الجديد: (أولاً) المادة ١١٥: لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدي، ولجنة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم ١١٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٥، ثم مجلس الشيوخ - (ثانياً) المادة ١١٦: لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدي، ولجنة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم ١٢٠ فى المشروع النهائى، وكان مقصوداً على الفقرة الأولى منه. ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضيفت الفقرة الثانية من النص توخياً لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بانتقاص الأهلية فى المشروع وأصبح رقم المادة ١١٦. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٣ - ص ١٢٨).

هذا وقد كانت لجنة المراجعة وضعت نصاً هو المادة ١١٩ من المشروع النهائى يجرى على الوجه الآتى: «إذا كان طلب الحجر قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار». وقد وافق مجلس النواب على هذا النص. وفى لجنة القانون المدنى لمجلس

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧.



وينصب القيم على السفه وذى الغفلة على النحو الذى ينصب به القيم على المجنون والمعتوه أو يعين به الوصى على القاصر (1). ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفياً أو ذا غفلة ، بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له كما قدمنا . وولاية القيم على مال السفه وذى الغفلة كولايتهم على مال المجنون والمعتوه وكولاية الوصى على مال القاصر ، وقد تقدم ذكر ذلك (1).

١٥٩ - الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية : وهناك حالتان تلحقان عادة بالأهلية ، ولكنهما لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب المحجور ، وهما حالتا الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية .

بالنسبة للغائب فهو فى حكم المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال كل شخص كامل الأهلية انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه . وذلك إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته ، أو لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج جمهورية مصر ، واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينسب فى إدراتها . ويتبين من ذلك أن الغائب شخص كامل الأهلية كما هو صريح النص ، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس . فالمفقود فى الشريعة الإسلامية هو من يختفى بحيث لا يعرف أحي هو أم ميت ، أما الغائب فهذا وغيره ممن تكون حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه . وقد قضت المادة ٧٥ من قانون الولاية

= الشيوخ اقترح حذفه لأنه حكم تفصيلى ورد فى قانون المحاكم الحسبية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٦ - ص ١٢٧ فى الهامش)

(1) = يشترط وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من السفه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، والمقصود بالاستغلال أن يعلم الغير بسفه شخص ، فيستغل هذه الحالة ، ويستصدر منه تصرفات لا تعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة ، فلا يكفى لإبطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه ، بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ .

(جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ الطعن ٣٨٣ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٥٠٦)

(١) تنص المادة (٧٨) من قانون الولاية على المال على أنه «يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء»

(1) السفه والغفلة بوجه عام يشتركان فى معنى واحد ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ، إلا أن الصفة المميزة للسفه هى إنها تعترى الإنسان فتحمله على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع ، أما الغفلة فإنها تعتبر صمورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير .

(جلسة ١٩٥٥/٤/٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٦ ص ٩٣٧)

(١٩٥٧/٦/٢٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ٨ ص ٦١٩)

على المال بأنه «إذا ترك الغائب وكيلًا عاماً تخكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى ، وإلا عينت غيره» . ثم قضت المادة ٧٨ من هذا القانون بأن «يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء» ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء» . وقضت المادة ٧٦ من القانون ذاته بأن «تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً» .

أما المحكوم عليه بعقوبة جنائية فتقضى أحكام قانون العقوبات (م ٢٥) بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قيماً تصدق عليه المحكمة ، أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية التى يقع فى دائرتها محل إقامته إذا لم يختار أحداً . ويتولى القيم إدارة ماله . أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

ومن ذلك نرى أن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته ، فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز . وإنما وقع الحجر عليه لاستكمال العقوبة من جهة ، وللضرورة من جهة أخرى (١)

١٦٠ - المساعدة القضائية : وقد استحدث قانون المحاكم الحسبية فى مصر نظام المساعدة القضائية (assistance judiciaire) . ونقله القانون المدنى الجديد ، فنص فى المادة ١١٧ على ما يأتى :

١ - إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك» .

٢ - ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة (٢)

(١) وقد جاء فى كتاب «شرح القانون المدنى» لفتحى زغلول (ص ٣٧ - ص ٣٨) قريباً من هذا المعنى ، ما يأتى : «إن عدم أهلية المحكم عليه أخف من عدم أهلية القاصر أو السفه من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحكمة . والواقع أنها أهلية من نوع خاص سببها اعتقال رب المال ، فلا هو قليل الخبرة ولا ضعيف العقل ولا هو غائب ، ولهذا يحترم رأيه غالباً فى إدارة أعماله ، ويؤذن له كذلك بإجراء ما يريد من التصرفات» .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا فى المشروع التمهيدي . واقترحت لجنة المراجعة النص الآتى : «يكون قابلاً للإبطال كل تصرف يصدر من شخص تقررت مساعدته قضائياً إذا صدر هذا التصرف بغير معاونة المساعد ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى القانون» ، وأصبح رقم المادة ١٢١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على هذا النص دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة فقرة أولى تتضمن النص الوارد فى المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية فى بيان حالة من تجب له المساعدة القضائية ، واقترح كذلك أن يكون حق طلب الإبطال قاصراً على التصرفات التى تقررت المساعدة =

أما قانون الولاية على المال فقد نص في المادة ٧٠ على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أو أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ .

ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني .

ونصت المادة ٧١ على أن «يشترك المساعد القضائي في التصرفات المشار إليها في المادة السابقة . وإذا امتنع عن الاشتراك في تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت ان الامتناع في غير محله أذنت للمحكوم بمساعدته بالانفراد في ابرامه أو عينت شخصاً آخر للمساعدة في ابرامه وفقاً للتوجيهات التي يبتتها في قرارها . وإذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بتصرف معين يعرض امواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد باجراء هذا التصرف .»

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن المساعدة القضائية إنما تتقرر لاجتماع عاهتين في الجسم من عاهات ثلاث : العمى ، والبكم ، والصمم . والسبب فيها ليس نقص الأهلية ، فإن التمييز الكامل متوافر عند من تقرر له المساعدة القضائية ، ولكن هو العجز الطبيعي عن التعبير عن الإرادة كما صرحت بذلك النصوص السابق ذكرها .

والمساعدة القضائية تتقرر للتصرفات المنصوص في المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال وهي التصرفات التي لا يجوز للوصي مباشرتها إلا بإذن من المحكمة . فإذا وقع تصرف من ذلك بغير معاونة المساعد ، كان التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة من تقررت له المساعدة ، إذا صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة .

والمساعد القضائي يعين ويعزل وفقاً للأحكام التي تتبع في تعيين القيم وعزله ، وتسرى عليه الأحكام الخاصة بالقوامة .

## المطلب الثاني

### عيوب الإرادة

(Vices du consentement)

١٦١ - حصر عيوب الإرادة : اشتمل المشروع التمهيدي على نص هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع ، حذف في المشروع النهائي ، وقد جرى بما يأتي : «لكل من شاب

= القضائية في شأنها . وقد أخذت اللجنة بهذين الاقتراحين لأن أولهما يرمى إلى استكمال الأحكام الموضوعية في التقنين المدني فيما يتعلق بناقص الأهلية ، والثاني يقيد النص تقييداً انصرفت إليه نية واضعه . فأقرت اللجنة النص كما ورد في القانون ، وأصبح المادة ١١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٨ - ص ١٢٩) .

رضاءه غلط أو تدليس أو انتزاع رضائه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب إبطال العقد وفقاً للأحكام التالية» (١)

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة . فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره . فإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة . أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ، ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة تعلقت بمحلها . وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا

(١) أنظر المادة ١٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وكانت المادتان ١٣٣/١٩٣ من القانون المدني القديم تنصان على أنه «لا يكون الرضاء صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل بإكراه أو تدليس» - هذا ولما تليت المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن الأحكام التي تقررها منصوص عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤١ في الهامش) .

ونقل هنا النظرة العامة التي وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن عيوب الإرادة ، ومنها يبين ما استحدثه القانون الجديد : «تتضمن النصوص المتعلقة بالغبين أهم ما استحدثت المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضاء . فقد اقتضت هذه النصوص أثر التقنينات الألمانية والمشروع الفرنسي الإيطالي ، وجعلت من الغبن سبباً عاماً للبطلان النسبي وانتقاص العقود إذا أتيح لأحد المتعاقدين أن يستأثر بربح فاحش من طرق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه . وقد يؤخذ على هذا الحكم أن أعماله ينتهي إلى تحكيم القاضي . بيد أن في سابقات التشريع ما يحمل على التفاضل عن هذا النقد والاطمئنان إلى ما جرى عليه المشروع . فالتقنينات الحديثة ، وفي طليعتها التقنين الألماني والتقنين السويسري والتقنين النمساوي المعدل والتقنين البولوني والتقنين اللبني والتقنين الصيني والتقنين السوفيتي ، بل والمشروع الفرنسي الإيطالي رغم نزعة المحافظة ، تجعل جميعاً من الغبن سبباً عاماً للبطلان . ثم إنه ليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من تحكيم القاضي في هذه الحالة أكثر من سواها ، فهو بذاته القاضي الذي يتولى في حياته اليومية تقدير الغلط الجوهري والنية الحسنة والباعث المشروع والضرر الجسيم والباعث المستحث وما إلى ذلك . على أن النص في الغبن بوجه عام لا يستتبع اطراح الأحكام التقليدية الخاصة بصور معينة منه يعبر فيها عن معناه بالأرقام ، توخياً لإحلال الكم محل الكيف ، كأحوال الغبن في البيع والقسمة والاتفاق على سعر الفائدة - وبراغي من ناحية أخرى أن المشروع استحدث أحكاماً جزيلة الفائدة بشأن ما يشوب الرضاء من عيوب أخرى . فواجه مسائل عديدة أغفلها التقنين المصري الحالي ، كالغلط المشترك والغلط في القانون وغير ذلك . ثم إنه عدل النصوص المتعلقة بالتدليس تعديلاً يكفل زوال الخلاف القائم بين النصوص العربية والنصوص الفرنسية في التقنين الحالي (القديم) . وتناول فوق ذلك مسائل أخرى كسكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة يجهلها المتعاقد الآخر . أما النصوص الخاصة بالإكراه فقد روعي في وضعها أن تكون متناسقة مع ما ورد بشأن التدليس . فالإكراه ، سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير ، له ما للتدليس من أثر في صحة العقد . وقد قضى المشروع ، فيما يتعلق بتقدير الإكراه ، على التناقض المعيب الذي تنطوي عليه نصوص التقنين الحالي (القديم) ... بأن احتكم إلى معيار شخصي يحد ، قوامه الاعتداد بجس المكره وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته ما يقع عليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٩ - ص ١٤٠) .

يميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا تكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل . وترتب على هذا التمييز الجوهري أن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود ، أو هو عقد باطل . أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة . ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال . وسرى تفصيل ذلك فيما يلي :

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً . فإرادة الفرد، ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها، يجب أن تكون على هدى مختارة، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة، فلا يكون لها سلطان كامل .

وتتولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط فالتدليس فالإكراه فالاستغلال .

## ١ - الغلط \*

(L'erreur)

١٦٢ - تعريف الغلط : يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع . وغير الواقع ما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط بهذا التعريف الشامل ينتظم كل أنواع الغلط، ولا يقف عند نوع معين منها ، والذي نريده هنا هو غلط يصيب الإرادة ، فينبغي أن نمحص هذا النوع من الغلط بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى وبرسم الدائرة التي تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

١٦٣ - الغلط المانع : وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو ما يسمى عادة بالغلط المانع (erreur - obstacle) . وهو غلط يقع ، طبقاً لنظرية تقليدية في الفقه الفرنسي، في ماهية العقد ، كما إذا عطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة . أو في ذاتية المحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين

\* بعض المراجع : ريكاردو فوبيني (Riccardo Fubini) في المجلة ربع السنوية ١٩٠٢ ص ٣٠٦ - جوسران في الباعث في الأعمال القانونية ص ٣٠ وما بعدها - موري (Maury) : الغلط في المادة في عقود المعاوضة (مجموعة دراسات لتخليد ذكرى كاييتان ص ٤٩١) - جورف (Gorphe) في مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ ص ١١٥ - سيليس (Celice) باريس سنة ١٩٢٢ - جودفروي (Goudefroy) باريس سنة ١٩٢٥ - موتون (Mouton) ليون سنة ١٩٢٥ - فهمي نورليون سنة ١٩٢٦ - مارث فورنييه (Marthe Fournier) ديجون سنة ١٩٢٦ - دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩٤٧ ص ٣١ - والتون ١ ص ٢٢٨ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٤٢ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ١١١ وما بعدها - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٢ وما بعدها .

فباع إحداهما والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى . أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصى لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها . ففي الأمثلة التي قدمناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية . ماهية العقد أو المحل أو السبب . فالتراضى إذن غير موجود ، والعقد باطل أي منعدم . وهذا هو الذي يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث ، فهو يتصل بوجود التراضى لا بصحته ، ونحن الآن في صدد صحة التراضى بعد أن فرغنا من الكلام في وجوده .

١٦٤ - اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة : وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فيؤخذ بإحداهما دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام في الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً في عيوب الإرادة<sup>(١)</sup> ، بل كلام في الإرادة ذاتها ، أي في وجودها لا في صحتها . فيجب استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث<sup>(٢)</sup> .

١٦٥ - الغلط في النقل أو في التفسير : والغلط الذي يعنينا بحثه هنا هو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة (erreur sur la formation de la volonté) . وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط في النقل (erreur de transmission) ، أو يقع في تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها ، وهذا ما يسمى بالغلط في التفسير (erreur d'interprétation) . والفرق بين الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة والغلط الذي يقع في النقل أو في التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة<sup>(٣)</sup> .

(١) هذا ما لم يؤخذ بالأرادة الباطنة وتستظهر مغايرتها للإرادة الظاهرة ، فقد ترجع هذه المغايرة إلى غلط وقع فيه المتعاقد الذي صدرت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل مغايرة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غلطاً ، فالهازل والشخص الذي يضم غير ما يظهر في حالة التحفظ الذهني (réserve mentale) كلاهما تختلف إرادته عن إرادته الباطنة دون أن يكون واقعاً في غلط .

(٢) وقد يقع الغلط في الإرادة الظاهرة كما يقع في الإرادة الباطنة . والغلط الذي يقع في الإرادة الظاهرة ليس هو مغايرتها للإرادة الباطنة ، بل هو غلط يقع في التعبير عن الإرادة ذاته أي في الإرادة الظاهرة . ويأتي سالي يمثل على ذلك : شخص عنده حصانان ، حصان أسود فيه عيب يريد بيعه من أجله وحصان أبيض لا عيب فيه ولا يريد بيعه . فإذا قال : أبيعك الحصان الأبيض ، وهو يريد أن يقول : الأسود ، كان هناك غلط في الإرادة الظاهرة . أما إذا اعتقد خطأ أن الحصان الأبيض هو المعيب ، فقال أبيعك الحصان الأبيض ، كان هناك غلط في الإرادة الباطنة لا في الإرادة الظاهرة . والقانون الألماني يجعل العقد قابلاً للإبطال لكل من هذين النوعين من الغلط (أنظر في هذا الموضوع سالي في إعلان الإرادة ص ١١ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف ص ٣٥٩ هامش رقم ٤) .

(٣) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص هو المادة ١٧٢ من هذا المشروع ، جرى بما يأتي : «تسرى الأحكام الخاصة بالغلط في حالة ما إذا نقل رسول أو أى وسيط آخر إرادة أحد المتعاقدين محرقة» . =



١٦٦ - الغلط الذي يعيب الإرادة : ويقضى ، بعد استيعاب ما قدمناه من أنواع الغلط ، الغلط الذي يصيب الإرادة ، وهو الذي يعيننا بحثه ويجب أن نرسم له دائرة واضحة المعالم . فهو من جهة غلط يقع في تكون الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذي يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد والا

= وقد حذف هذه المادة في المشروع النهائي لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا حاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ في الهامش) . والنص المحذوف مع مذكرته الإيضاحية يوهم أن الغلط في النقل أو في التفسير غلط يعيب الإرادة . والصحيح أنه يكون سبباً في عدم توافق الإرادتين فلا يتعقد العقد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة في حالة التحريف في النقل (قارن المادة ١٢٠ من القانون الألماني) ، فيكون العقد صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هي الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة . والقضاء المصري يأخذ بالرأي الأول ولا يعتبر العقد قد تم لعدم توافق الإرادتين ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ١٢٢ في الهامش) . وسواء أخذ بالرأي الأول تمثيلاً مع نظرية الإرادة الباطنة أو أخذ بالرأي الثاني تمثيلاً مع نظرية الإرادة الظاهرة ، فإن الوسيط الذي حرف الإرادة يكون مسؤولاً نحو المتعاقد الأول إذ انعقد العقد ، أو نحو المتعاقد الآخر إذا لم يتعقد .

ومن قبيل الغلط في النقل مجرد الغلط في الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر في انعقاد العقد ولا في صحته . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في القانون الجديد ، فنصت المادة ١٢٣ على أنه لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط (أنظر المادتين ٦٥٨/٥٣٦ من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح أرقام الحساب في عقد الصلح - وقد ورد نص القانون الجديد في المشروع التمهيدى تحت رقم المادة ١٧٠ ، وفي المشروع النهائي تحت رقم المادة ١٢٧ ، ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٢٣ ، فمجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٤ - ص ١٦٦) . والقضاء المصري مضطرد في هذا المعنى : محكمة الاستئناف الوطنية في أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٣٩ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦ - وفي ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٥ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٦ - وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب المقابلة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما إعادة حساب تلك المقابلة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن المقابلة بعد إتمامها ما دام عملاً منتهقاً عليه في أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلاً ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسؤولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين (نقض مدني في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد تبينت من واقع الدعوى أن التباين الذي هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقى عندها إرادة المشتري مع إرادة البائع ، وأن ما جاء في العقد خاصاً بحدود هذه العين قد شابه غلط في حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مخطئة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادي الواقع حال تحرير المحرر المثبت للعقد لا الغلط المعنوي الواقع حال تكوين الإرادة المفسد للرضاء (نقض مدني في ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣) .

أعدم التراضي كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم إن الغلط هو أمر نفسي يستكن في الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط ، بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .

خلص لنا من ذلك أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون : (أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد . (ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فتكلم إذن في المسألتين الآتيتين : ١ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شيء يقع . ٢ - كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط (١)

## أ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شيء يقع

١٦٧ - معيار الغلط الجوهري في القانون الفرنسي وكيف تطور من معيار موضوعي إلى معيار ذاتي : ورث الفقه الفرنسي التقليدي عن القانون الفرنسي القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره في صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلاً وهو الغلط المانع الذي سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة العاقد الذي وقع في الغلط ، وغلط لا يؤثر في صحة العقد . وقد سبق أن بينا الحالات الثلاث التي يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلاً . أما الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال فيكون في حالتين : (١) غلط يقع في مادة الشيء محل الالتزام الناشئ من العقد ، وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من القانون المدني الفرنسي بالغلط الواقع في مادة الشيء ذاتها (substance même de la chose) . (٢) غلط يقع في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد . والغلط الذي لا يؤثر في صحة العقد يكون في أحوال أربع : ١ - غلط في وصف لا يتعلق بمادة الشيء محل الالتزام . ٢ - غلط في قيمة الشيء محل الالتزام . ٣ - غلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد . ٤ - غلط في الباعث على التعاقد .

ولكن القضاء في فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجارى الفقه الحديث القضاء في ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثي للغلط ، إذ استبعد النوع الأول وهو الغلط الذي يجعل العقد باطلاً ، لأنه يتصل بوجود التراضي لا بصحته كما قدمنا . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثاني والثالث ، فإن التمييز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تضيق بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر في صحة العقد لأنه

(١) وليوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نقض مدني في أول أبريل ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) .

كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء ومع ذلك لا يؤثر في صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبارة إذن ليست بأن الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته ، بل العبارة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) ، أى بأنه كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد (la raison principale et déterminante) . فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط ، بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى ، ونستبدل معياراً بقاعدة ، ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد ، وذلك في جميع الحالات ، تبعاً لملازمات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسى من الأخذ بمعيار موضوعى إلى الأخذ بمعيار ذاتى نراه واضحاً في تفسير عبارة «الغلط في مادة الشيء ذاتها» الواردة في المادة ١١١٠ من القانون الفرنسى . فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون في العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً . ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذى يتعلق بالمادة التى يتكوّن منها الشيء ، ومادة الشيء هى مجموع الخصائص التى تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذى أتى ب بوتيه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلى بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة (١) . ثم أخذ الفقهاء في عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتى في تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء في هذا الطريق هما الأستاذان أوبرى ورو (٢) ، فقد أخذوا في الأصل بالمذهب الموضوعى كقاعدة عامة ، فذهبوا إلى أن المراد بمادة الشيء هى العناصر المادية التى تكونه والخواص التى تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للمتعارف بين الناس ، ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن يتفق المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء فتصبح هذه الصفة جوهرياً بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء من حيث هى . ثم هجر الأستاذ لوران ، في عهد ثالث ، المعيار الموضوعى وأخذ بالمعيار الذاتى جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هى التى تحدد مادة الشيء والأوصاف المعتبرة فيه (٣) . واقتفى سائر الفقهاء أثر لوران في هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودرى وبارد إلى أن المراد بمادة الشيء هى الأوصاف الرئيسية التى اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء والتى ما كان التعاقد يتم بدونها (٤) ، وذهبت الأساتذة بلانبول وكولان وكايتان وجوسران إلى هذا الرأى (٥) .

(١) أنظر في هذا المعنى ديرانتون ١٠ فقرة ١١٤ - ١١٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٤٠٧ .

(٢) أنظر أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ مكررة ص ٤٩٠ و ٤٩٢ .

(٣) لوران ١٥ فقرة ٤٨٨ .

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤ .

(٥) بلانبول ٢ فقرة ١٠٥٣ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٨١ - جوسران ٢ فقرة ٦٩ - فقرة ٧٢ .

فالعبارة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتى ، بالأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص التى تكوّن مادة الشيء في ذاته ، فقد يشترى شخص شيئاً على أنه أثر تاريخى ويعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من (البرونز) ، فهذا غلط في «مادة الشيء» ، ولكنه بحسب نية المشتري ليس غلطاً في الصفة المعتبرة عنده ، فما دام الشيء الذى اشتراه هو الأثر التاريخى الذى يقصده ، فلا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل الفقه والقضاء في فرنسا بعبارة «مادة الشيء» (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقاقها من الكلمة ذاتها هى الصفة الجوهرية (qualité substantielle) ، أى الصفة التى اعتبرها المتعاقد فى الشيء . والمعيار الذاتى ما هو فى الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة العاقد هى التى تنشئ الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة فى حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب .

١٦٨ - معيار الغلط الجوهري فى القانون المصرى معيار ذاتى : والمعيار الذاتى أيضاً أخذ الفقه والقضاء في مصر منذ عهد القانون القديم . وقد أسعفهما في ذلك نصوص هذا القانون ذاتها ، فقد كانت المادتان ١٣٤/١٩٤ من القانونين الوطنى والمختلط تنصان على أن «الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد» ، وجاء فى النص الفرنسى للقانون المصرى القديم : «متى كان واقعاً فى الناحية الرئيسية التى كانت محل اعتبار فى الشيء عند التعاقد» (le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat) . فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخذ بالمعيار الذاتى ، وقد نقلت لا عن نصوص القانون الفرنسى بل عن القضاء والفقه فى فرنسا بعد التطور الذى أسلفنا ذكره (١) .

وجاء القانون الجديد مؤيداً للمعيار الذاتى وصريحاً فى وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه «إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهري جاز له أن يطلب

(١) أنظر فى الفقه المصرى دى هلتنس الجزء الأول لفظ (convention) فقرة ٥٦ - هالتون ١ ص ٣٨٧ - فتحى زغلول ص ١٣٢ - والتون ١ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - الدكتور عبدالسلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ١٢٧ - الدكتور محمد صالح بك فى الالتزامات فقرة ٢٦٨ - الدكتور محمد وهبة فى النظرية العامة فى الالتزامات فقرة ٢٥٥ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٧ وما بعدها - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١١٦ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ١٥٦ وما بعدها .

وانظر فى القضاء المصرى محكمة النقض (الدائرة المدنية) فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٢٣ - محكمة قنا الاستئنافية فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٦ - محكمة الجيزة الجزئية فى ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٤٠ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ - وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٦ - وفى ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ - وفى ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - وفى ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٥ - وفى ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ - وفى ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٨ - وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١ - وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٤ .

إبطال العقد... (١) . ثم نصت المادة ١٢١ على أنه : ١٥ - يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى في التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد (٢) .

ويتبين من هذه النصوص أن القانون الجديد قد أخذ بالمعيار الذاتي . فالغلط الجوهري عنده هو الغلط الذي يبلغ ، في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط ، حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط (١) ، فهو إذا وقع في صفة للشيء يجب أن تكون هذه الصفة جوهرياً في اعتبار المتعاقدين ، وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته يجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

(١) أنظر المادة ٢٣ من قانون الالتزامات السويسري ، والفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولوني . وانظر تاريخ نص المادة ١٢٠ من القانون الجديد فيما يلي عند الكلام في الغلط المشترك وفي الغلط الفردي (فقرة ١٧٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : (١) - يكون الغلط جوهرياً إذا كان من الجسامة بحيث كان يمتنع الطرف الذي وقع فيه عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط وقدر الأمور تقديراً معقولاً . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص في الأحوال الآتية : (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات الشخص أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد . (ج) إذا وقع الغلط في أمور يعتبرها المتعاقد الذي يتمسك بالغلط عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقتضيه النزاهة في التعامل . وحذفت لجنة المراجعة الجزء (ج) من الفقرة الثانية لأن ذكر هذه الحالة مع الحالتين السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك معنى لإيراد الفقرة الثانية على سبيل التمثيل . وأصبح رقم المادة ١٢٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وحذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «وقدر الأمور تقديراً معقولاً» من الفقرة الأولى لأنها تتضمن قيداً يحسن أن يترك أمره لتقدير القاضي ، وحذفت عبارة «السبب الوحيد» من الفقرة الثانية حرف (ب) لأن في عموم غلط «السبب الرئيسي» الواردة في الفقرة ذاتها ما يعني عنها ، وأصبح رقم المادة ١٢١ . وقد وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٥٥ - ص ١٥٨) . وانظر المادة ١٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي والفقرة الثانية من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولوني .

(١) يشترط لإبطال العقد للغلط سواء كان في الواقع أو في القانون أن يكون جوهرياً ، أي أن يكون هو الذي دفع إلى التعاقد .

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق س ٤٥ ص ٣٨٢)

(جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩ الطعن ١٢٩٧ لسنة ٥٦ ق) .

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ الطعن ١٣٢ لسنة ٤٥ ق س ٣١ ص ٦٢٢)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣ الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ١٩١٥)

على أن الأخذ بالمعيار الذاتي يقتضي أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها في بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الجديد قرينة موضوعية لتنم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صفة الشيء تكون جوهرياً ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرياً وفقاً لما انطوت عليه نيتهم بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبرها جوهرياً وفقاً لما لا يلبس العقد من ظروف ولما ينبغى في التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهديان - إذا لم نهتد من طريق آخر - إلى تعريف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر في الآثار قرينة على نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها من تاجر في الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن يبينه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

١٦٩ - على أي شيء يقع الغلط : والغلط الجوهري ، على النحو الذي أسلفناه ، يصح أن يقع ، لا في صفة الشيء وفي الشخص فحسب ، بل أيضاً في القيمة وفي الباعث (١) . والعبرة بأنه غلط جوهري ، لا بأنه وقع في هذا أو في ذلك . ونستعرض الآن الغلط في هذه الأحوال المختلفة .

١٧٠ - الغلط في صفة جوهرياً في الشيء : إذا طبقنا معيار الغلط الجوهري على

الغلط في وصف الشيء ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد كما قدمنا . وفي القضاء المصري في ظل القانون القديم - والقانون الجديد أتى مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا - أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ١٢١ ما يأتي : «وينبغي أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهرياً . ولا يتحقق ذلك إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد . ومؤدى هذا أن يناط تقدير الغلط بمعيار شخصي . وقد انتهى القضاء المصري والقضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى تطبيقات ثلاثة تقررت في نصوص المشروع : (أ) أولها يتعلق بالغلط الذي يقع في صفة للشيء تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية . وفي هذا القرض يرتبط تقدير الغلط الجوهري بعامل شخصي هو حسن النية وبعامل مادي قوامه الظروف التي لا يستتبع تكوين العقد . (ب) والثاني يتصل بالغلط الواقع في ذات شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته ، إذا كانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد . والمعيار في هذا القرض شخصي بحت . (ج) والثالث خاص بالغلط الواقع في أمور يعتبرها من يتمسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقتضيه النزاهة في التعامل (ملاحظة : هذا التطبيق حذفته لجنة المراجعة كما قدمنا في تاريخ نص المادة ١٢١) . وقد تنطوى صورة الغلط في الباعث في هذا التطبيق الثالث . بيد أنه يتعين الرجوع ، عند الإثبات ، إلى عنصر موضوعي أو مادي بحت ، هو عنصر نزاهة التعامل . ويتضح من ذلك أن تقدير الغلط ، وإن كان قد نيط بمعيار شخصي بحت ، إلا أن تيسير الإثبات قد اقتضى الاعتداد بعناصر مختلفة ، فيها الشخصي والمادي» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٣) .



المختلطة بأن الترخيص الذي أعطته الحكومة في استغلال أرض كانت تعتقد أنها لا تحتوي إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوي على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة (١). وقضت بأن يبيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم بإبطالها يجوز إبطاله للغلط الذي وقع فيه المشتري بشأن صفة جوهرية في الشيء المباع (٢). وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدي إلي الطريق العام، فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء المباع (٣). وقضت بأن يبيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء (٤). وقضت بأن يبيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء المباع؛ ولا يلتزم المشتري برفع دعوى الإبطال في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى في ضمان العيوب الخفية، أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط (٥). وقضت بأنه يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن، ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون يبيع إلى الغير، فشرط عدم ضمان الخيل يبطل في هذه الحالة (٦). ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء المباع أن يقع خطأ في بيان حدود الأرض المباعة ما دامت نمرة الأرض في خريطة فلك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك (٧). ولا يعتبر غلطاً يبطل العقد قابلاً للإبطال أن يتضح أن الأرض المباعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك (٨).

١٧١ - الغلط في شخص التعاقد : وإذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط في شخص التعاقد ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ . مثل هذا الغلط إنما يقع فى العقود التى تكون فيها شخصية التعاقد محل اعتبار كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو قد يقع فى ذات التعاقد إذ كانت هى محل الاعتبار ، كالغلط فى شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع فى صفة جوهرية من صفات التعاقد كانت هى الدافع إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك ، وكأن يؤجر شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا رية فيه فيتضح أنها امرأة تحترف العهارة حتى لو لم تكن تباشِر مهنتها فى المنزل ، وكأن يتعاقد شخص مع أحد الفنيين (مهندس أو صانع فى عمل يقتضى مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر فى فنه (١) . وتقدير ما إذا كانت شخصية التعاقد أو صفته كانت هى محل الاعتبار وهى التى دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين . فالمعيار ذاتى ، وهو المعيار الذى يطبق فى جميع نواحي نظرية الغلط .

١٧٢ - الغلط فى القيمة : رأينا أن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر فى صحة العقد . أما إذا سائرنا النظرية الحديثة وهى التى أخذ بها القانون المصرى ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى القيمة ، وجب أن نقول أن الغلط فى قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلاً للإبطال (١) . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط فى قيمة الشيء الذى باعه . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، فى قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة ، وطلب هذا أن يكون السعر بحساب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف ، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل

- (١) ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ .  
(٢) ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ - جازيت ١ ص ٢٤ .  
(٣) ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - وانظر حكماً ثانياً فى ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٥ - وحكماً ثالثاً فى ١٨ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١٢١ .  
(٤) ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ .  
(٥) ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ - وانظر حكماً آخر فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ (وقد سبقت الإشارة إليه) . وانظر فى التمييز ما بين الغلط فى الشيء والعيوب الخفية فى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٨ . وكان القانون القديم يوجب رفع دعوى العيب فى ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ٤٠٢/٣٢٤) ، أما القانون الجديد فجعل الدعوى تتقدم بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢) .  
(٦) ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٢ .  
(٧) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ .  
(٨) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤ - وفى ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٥ ص ٢٨٥ - وفى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧ .

- (١) انظر فى هذه الأمثلة وفى غيرها نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .  
(٢) طلب إبطال التصرف الذى شابه غلط جوهرى فى قيمة الشيء شرطه أن يكون هو الدافع الرئيسى للتعاقد ووقع فيه التعاقد الآخر واتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .  
(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن رقم ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ السنة ٦٥ ق ٦٥ ص ٤٨ ص ٩٥٢)  
(جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ الطعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق)

كثيراً عن السعر الذي يطالب به ، بأن صاحب البضاعة في هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل (١) .

١٧٣ - الغلط في الباعث : تقدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ، فتجعل الأول يبطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثاني لا أثر له في صحة العقد . والنظرية التقليدية عندما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب في نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أنها سقطت بعدول الموصى ، كان هناك غلط في السبب بمعناه التقليدي ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصة في العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط في السبب (٢) . أما الغلط في الباعث ، وهو الذي لا يؤثر في صحة العقد طبقاً للنظرية

التقليدية ، فمثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض ويعتقد أنه في مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يطعن في البيع بدعوى أنه صدر من وهو في مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهي المرض بالموت ، ولا يستطيع أن يطعن في البيع بالغلط في الباعث ولو أن الدافع إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وطبقنا معيار الغلط الجوهري ، كان الغلط في الباعث في هذا المثل غلطاً جوهرياً يوجب للبائع أن يطلب إبطال البيع (٣) .

ونرى من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ما دنا نحفظ بالنظرية التقليدية في السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية في الغلط . فلا يزال الغلط في السبب بمعناه التقليدي يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فيجعل العقد قابلاً للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة في الغلط ، ولا يؤثر في صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية في السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط في السبب يختلط بالغلط في الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً والغلط في الباعث يجعل العقد قابلاً للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط في كل من السبب والباعث - فهما شيء واحد في النظرية الحديثة في السبب - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما في الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجزؤون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة في السبب ويخلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة في

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ - جازيت ٧ ص ١٣٥ رقم ٤٠٠ - وفي قضية أخرى قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا كان غلطاً يؤثر تأثيراً كبيراً في الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية في التعاقد (٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١) . وفي قضية كان المدين فيها مطالباً بالدفع بالعملة المصرية ، فدفع للدائن بالعملة الفرنسية وقبل ممثل الدائن (وكان حارساً قضائياً) الوفاء بهذه العملة معتقداً أن الاتفاق يعطى المدين هذا الحق ، ثم تبين بعد ذلك أن المدين ملزم بالوفاء بالعملة المصرية ، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بالزام المدين بدفع الفرق بين سعر العملاتين في اليوم الذي كشف فيه هذا الغلط (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٧٦) . كذلك إذا استوفى المدين مبلغاً أقل مما يستحق عن غلط منه ، لم يكن هذا الوفاء ميراثاً لذمة المدين في كل الدين (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٥) . أنظر أيضاً في الغلط في القيمة محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ أبريل سن ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ ، وفي الغلط في القيمة في عقد التخارج محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ - وحكماً ثانياً في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٣ - وحكماً ثالثاً في ١١ يولية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٠ . وانظر أحكاماً أخرى نقضت بغير هذا المبدأ في نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٧ حاشية رقم ٢ .

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط في القيمة والغبن يقوم على أنه ليس من الضروري أن المتعاقد المعين يكون قد وقع في غلط بالنسبة إلى قيمة الشيء الذي يتعاقد عليه ، فقد يكون على بينة من قيمة الشيء الحقيقية ويقبل الغبن بالرغم من ذلك .

(٢) انظر ما جاء في نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٦٤ ، حيث ذكر من الأمثلة على الغلط في الباعث أن يصطلح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول للثاني جزءاً من الشيء الموصى به دون الباقي ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وقت موت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن الموصى قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا المثل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . ففي الحالة الأولى يتنازع الوارث في الوصية وينتهي بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولكن أثر النزاع بقي في أن الوارث لم يسلم للموصى له إلا جزءاً من الشيء الموصى به . فالغلط هنا يقع في الباعث . أما في قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية ولا يتنازع فيها ، لذلك اقتسم مع الموصى له العين الشائعة ، وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به ، كاملاً بمقتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع في السبب بمعناه التقليدي .

(١) ومن أمثلة الغلط في الباعث ما يظهر فيه لأول وهلة أن الغلط ينبغى ألا يؤثر في صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو استأجر موظف منزلاً في مدينة معتقداً أنه سينقل إليها ثم يتبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان هذا غلطاً في الباعث ، وينبغى ألا يؤثر في صحة العقد ولا تعرض التعامل لخطر التزعزع وعدم الاستقرار . ولكن هذه النظرة الأولى غير دقيقة ، فإن الذي يعرض التعامل للتزعزع في مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط في الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن المتعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . وسنرى فيما يلي أن الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال يجب أن يشترك فيه المتعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . فلا يزعم التعامل في شيء أن يطلب مشتري السيارة أو مستأجر المنزل ، في المثليين المتقدمين ، إبطال العقد ، ما دام المشتري في المثل الأول يستطيع أن يثبت أن بائع السيارة كان يعتقد مثله أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام وأن هذه الواقعة الموهومة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو أن البائع كما علم بأن الواقعة التي دفعت المشتري إلى الشراء إنما هي واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك - وما دام المشتري ، في المثل الثاني ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أن نقل إلى المدينة التي استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذي دفع الموظف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك .

الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهري ولو وقع في الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويقولون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط في السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلا ، والغلط في الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . فيترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتي السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال (١).

هذا التناقض المغيب توقاه القانون المصري الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة في كل من الغلط والسبب ، وبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة ، فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هي التي تنطبق أحكامها على هذه المنطقة ، فيكون الغلط في كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يكون هناك محل للقول بأن السبب المغلوط يجعل العقد باطلاً ، فالسبب الذي يجعل العقد باطلاً في القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده (٢).

١٧٤ - الغلط في الواقع والغلط في القانون : وفي كل ما قدمناه من تطبيقات لمعيار الغلط الجوهري ، سواء وقع الغلط في الشيء أو الشخص أو القيمة أو الباعث ، لا نفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط في الواقع أو غلط في القانون . فما دام جوهرياً ، أي مادام هو الذي دفع إلى التعاقد ، فإنه يجعل العقد قابلاً للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من القانون المدني الجديد إذ تقضى بما يأتي : «يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت في شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره» . ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص في هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقه في مصر سارا على أن الغلط في القانون كالغلط في الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال (٣).

والذي كان يلبس الأمر في هذه المسألة وقت قيام القانون القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون : «لا يفرض في أحد أنه يجهل القانون» (Nul n'est censé ignorer la loi).

(١) أنظر في التوفيق ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث بلاتينول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ الجزء الثاني فقرة ٢٠٥ وفقرة ٢٩٩ وفقرة ٣٠٤ وفقرة ٨٢٤ - أما الفقه المصري فقد سار وراء الفقه الفرنسي في هذا التناقض : أنظر الدكتور عبدالسلام ذهني بك في الالتزامات فقرة ١٣٠ - الدكتور محمد وهبة فقرة ٢٦٠ وفقرة ٣١٨ - قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٥ هامش رقم ٢ - وقارن والتون ١ ص ٥٢ - ص ٥٣ - ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط في الباعث (في ظل القانون القديم) لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهريه في الشيء أو في الشخص (الدكتور أحمد حنمت أبو ستيت فقرة ١٥٩) . ومنهم من يتبين أن نظرية الغلط هي نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبي (قابلية العقد للإبطال) لا البطلان المطلق (الدكتور حلمي بهجت بدوى ص ١٧٣ و ص ١٧٩ و ص ١٩٨ و ص ٢٣٢ - ص ٢٣٤) . أنظر أيضاً في هذا الموضوع مؤلفاً موضوعاً بالفرنسية للدكتور شقيق شحاته في الالتزامات ص ٤٢ - ص ٤٣ .

ونرى أن الذي دعا إلى حيرة الفقه في هذه المسألة الدقيقة هو تطور النظريات القانونية وتدخلها بعضها في بعض ، فبقى الحلول القديمة قائمة بالرغم من أنها تقصر عن مسايرة هذا التطور . فقد كان مسلماً في ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وبنى على ذلك أن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فلا يؤثر في صحة العقد . ومنذ تطورت النظرية التقليدية في الغلط ، واستبدل بالمعيار الموضوعي معيار ذاتي ، أصبح الغلط في الباعث يؤثر في صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يزعزع سلامة التمييز ما بين الغلط في السبب بمعنى التقليدي والغلط في الباعث ، فلا زال الغلط في الحالة الأولى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الحالة الأخرى فأثره بقي مختلفاً عن أثره في الحالة الأولى وإن كان قد تطور فأصبح يجعل العقد قابلاً للإبطال . إلى هنا بقي التمييز سليماً ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هي أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث في النظرية الحديثة ، وصار متعيناً أن يجعل حكم الغلط في السبب هو حكم الغلط في الباعث دون تمييز بين الحالتين . ومع ذلك بقي الفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز ، لم يلق بالآ إلى ما حدث من التطور .

(٢) وسرى عند الكلام في نظرية السبب أن القانون الجديد قد أخرج السبب المغلوط (أو السبب غير الصحيح) من منطقة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع .

= هذا ويلاحظ أنه إذا كان حكم الغلط في السبب بالمعنى الحديث هو حكم الغلط في الباعث فيكون العقد قابلاً للإبطال في الحالتين كما قدمنا ، فإن الغلط في السبب بمعناه التقليدي ، أي الغلط المتعلق بالغرض المباشر الذي يقصد المتلزم الوصول إليه من وراء التزامه ، لا يزال غلطاً يحول دون تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل على ما سنرى عند الكلام في السبب ، فإذا وقع جعل العقد باطلاً كما أسلفنا القول .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «الغلط في القانون كالغلط في الواقع ، يجعل العقد قابلاً للإبطال ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك» . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وترددت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ طويلاً في استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بالقواعد العامة ، واستقر رأياً أخيراً على استبقائها بعد تعديلها على الوجه الآتى : «يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره» . وأصبح رقم المادة ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٥٩ - ص ١٦٤) .

(٢) دى هلتس لفظ (convention) فقرة ٦٠ - والتون ١ ص ١٨٦ - ص ١٨٩ - الدكتور محمود وهبة فقرة ٢٦٢ - الدكتور عبدالسلام ذهني بك فقرة ١٢٠ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ١٢٣ - الدكتور أحمد حنمت أبو ستيت فقرة ١٦٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع في صفة جوهريه في الشيء يفسد الرضاء لا فرق في ذلك بين غلط في القانون وغلط في الواقع (٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤) . وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة الحائز لعقار لا يكون صحيحاً إذا كان متبنياً على غلط في القانون (١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢) ، وبأن إمضاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث في مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التي أمضت محضر الجرد تجهل حكم القانون في بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة (٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١) .



ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك. ويدخل في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام. مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ في المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٧ في المائة، فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يقرض نقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ في المائة، بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ في المائة. أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام، فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتمسك به لطلب إبطال العقد، إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ على أنه «لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون» (١).

ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها. فالغلط في القانون الواقع في صفة جوهرية في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مديناً، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد. ومثل الغلط في القانون الواقع في شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد. ومثل الغلط في القانون الواقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في الشركة وهو يحسب أنه يرث الربح فإذا به يرث النصف. ومثل الغلط في القانون الواقع في الباعث ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير في الشركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون، فإن رضاء الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون (١).

## ب - كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

١٧٥ - الغلط المشترك: لم نعرض في كل ما قدمناه إلا للمتعاقد الذي وقع في الغلط، فهو الذي نطبق في شأنه المعيار الذاتي، معيار الغلط الجوهرى. ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط، غير متصل به على وجه من الوجوه، والمعيار كما قدمنا ذاتي، وكثيراً ما يكون جاهلاً بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل، ولم يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر، وهو بعد لم يدخل في سريره فيعلم إن كان رضائه قد صدر عن غلط!

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء إن الغلط الفردى لا يكفي، بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (erreur commune). ذلك أن المتعاقد إذا وقع في غلط جوهرى واشترك معه المتعاقد الآخر في هذا الغلط، ثم تبين الحقيقة وطلب المتعاقد الأول

(١) ولكن يجوز الطعن في الصلح لغلط في الواقع، كما إذا صالح الدائن المدين على مبلغ الدين وكان الدافع لهذا الصلح توهم الدائن يسار المدين (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦١).

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ١٢٢ ما يأتى: «قصد المشروع... إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون. فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون. والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية. أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق فيكون للغلط في القانون، متى ثبت أنه جوهرى، شأن الغلط في الواقع من حيث ترتيب البطلان النسبى، ما لم يقض القانون بغير ذلك، كما هي الحال مثلاً في عقد الصلح. وقد جرى القضاء المصرى على ذلك: أنظر استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤ - ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٤٢٢ (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١٥٩).

ويلاحظ أن المراد بالغلط في القانون الغلط في القواعد القانونية التي ليست محللاً للخلاف، فهذا هو الذى يحتاج به. أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦ - وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٢ - وفي ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٤). ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعلاً، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم، فإن الشخص إذا رجح رأياً على رأى خطأ منه عد هذا غلطاً في القانون (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٦). وقد يتفق أن مسألة قانونية يت فيها القضاء على نحو معين، ويجرى تعامل الناس على مقتضى الرأى الذى سار عليه القضاء، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى آخر، ففي مثل هذه الحالة يجدر اعتبار الغلط في القانون مؤثراً في صحة العقد (أنظر فى تحليل القضاء الفرنسى فى هذا الموضوع رسالة الدكتور فهمى نور ص ٧١ - ص ٧٦).

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه بني على حصول غلط في القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو مجمع =

= عليه من القضاء. فإذا حرر أحد منكوبى حريق حدث بقطار سكة حديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزانة المديرية ١٥٠ جنيهها بصفة إحسان، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفها هذا أى حق فى مطالبتها بشئ ما، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط فى القانون. والحكم الذى يعتبره كذلك مستنداً إلى أن المقر كان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مشولة عن الحادث، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد أنه لاحق له فيه، هو حكم مخالف للقانون متعين نقضه. وذلك لأن الأمر الذى يحتمل أن صاحب الإقرار كان يجهله هو المسؤولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل فى تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها. وهذه المسؤولية لا يقطع بها فى القانون المصرى نص صريح فيه أو إجماع من جهة القضاء، فجهلها إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد رضاء المقر، ويتعين إذن إعمال الإقرار وأخذ صاحبه به (نقض مدنى فى ٣ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٢٩٤).

(١) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ - جازيت ٨ رقم ١٩٣ ص ٧٩.

إبطال العقد ، فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه ، ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور ، وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد أن الصورة هي من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشتري وحده هو الذي يعتقد ذلك دون البائع ، فلا يكون هذا الغلط مشتركاً ، ولا يجعل البيع قابلاً للإبطال حتى لا يفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذي وقع فيه المشتري .

هذه هي نظرية الغلط المشترك ، وهذه هي الحجج التي يقدمها أنصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظرهم . ولكننا لا نشك بالرغم مما يقدمون من حجج ، أن النظرية لا تتماشى مع المنطق ، ولا تتفق مع العدالة ، ثم هي ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملي المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر .

أما أن النظرية لا تتماشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه ، ولا يمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك في الغلط . فيجب منطقياً إبطال العقد إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعاقد ، سواء وقع المتعاقد الآخر في هذا الغلط أو لم يقع .

وأما أن النظرية لا تتفق مع العدالة ، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً ، ولكن المتعاقد الذي صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر ، وتركه مسترسلاً في غلظه دون أن ينبهه إلى ذلك . فالغلط في مثل هذه الحالة يكون فردياً ، وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الأول ، ولنفرض أنه وقف موقفاً سلبياً محضاً ، فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه . وبديهي أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلاً أن يبطل العقد في حالة اشتراك الطرفين في الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبهه إليه .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل ، فإن ذلك يظهر في وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردي ، واقتصرننا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط على الوجه الذي سنبينه فيما يلي :

١٧٦ - الغلط الفردي الذي يتصل به المتعاقد الآخر : يكفي إذن أن يكون الغلط فردياً .<sup>(١)</sup> ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك في هذا الغلط وجب ، حتى تمتنع مفاجأته

(١) وقد سارت محكمة النقض في هذه النظرية إلى النهاية ، فاكتفت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ، وأجازت الحكم له بتعويض تطبيقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . فقضت بأنه إذا أثبت المتعاقد أنه كان واقفاً في غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط ما كان عقد المشاركة ، حكم

بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . وهذا ما تقضى به المادة ١٢٠ من القانون الجديد ، فهي تنص على أنه « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري ، جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه »<sup>(١) (١)</sup>

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ، وفاجأ المتعاقد الذي وقع في الغلط المتعاقد

له ببطلانها ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية غير عالم بغلط صاحبه ، إذ أن حسن نيته ليس من شأنه أن يقيم مشاركة باطلة ، وإنما هو قد جعل له على الغلط حقاً في تعويض إن كان يستحقه طبقاً لقواعد المسؤولية . فإذا قضى الحكم ببطلان الإقرار الموقع من الممول بموافقتة على تقدير مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقتة كانت عن غلط وقع فيه ، فإنه لا يكون بحاجة إلى تحري علم مصلحة الضرائب بغلطه (نقض مدني في أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) . ولكن يلاحظ أن مصلحة الضرائب لها وضع خاص ، وشأنها ليس كشأن المتعاقد العادي . فهي إذا لم تعلم بغلط الممول كان كل ما أصابها من ضرر هو أن فات عليها ربح غير مشروع ، فهل لها أن تشكو من ذلك !

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري وقت إتمام العقد ، فيجوز له أن يتمسك بالبطلان إن كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جره بموقفه إلى الوقوع في الغلط ، أو كان واقفاً مثله فيه ، أو كان يعلم بوقوع الغلط ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة عبارة « ولو لم يرتكب خطأ ، قد جره بموقفه إلى الوقوع في الغلط » لأن هذه العبارة تفترض حالة يندر وقوعها وإذا وقعت أمكن أن تندرج تحت حالة من الحالات الأخرى ، وحذفت عبارة « وقت إتمام العقد » لعدم ضرورتها . وأصبح رقم المادة ١٢٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . أما لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ فبعد تردد طويل وافقت على المادة كما أقرها مجلس النواب وأصبح رقمها ١٢٠ ، وقالت في تقريرها ما يأتي : « اقترح الإعراض عن نظرية الغلط المشترك كما تقرها المادة ١٢٠ من المشروع ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة الغلط الفردي في إطلاقها تخل باستقرار المعاملات وتفسح المجال لضروب من الإدعاءات والمفاجآت انعقد الإجماع على وجوب توقيها . ونص المشروع في الغلط يتمشى مع النظرية التقليدية ، ولا تزال هذه النظرية صالحة للعمل بها ، فهي تؤدي إلى تحصيل نفس النتائج التي يصل إليها الفقه الآن عن طريق نظريات أخرى ، هذا إلى أنها تمتاز بالوضوح وهي بعد تستعرض فروضاً مختلفة في الغلط إذا كانت تشترك جميعاً في أن الغلط فيها مبطل للعقد فإنها تختلف في بقية الأحكام ، فالغلط إذا كان مشتركاً بين البائع والمشتري كان البائع حسن النية ولا يتعرض إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا انفرد المشتري بالغلط فالبايع إما أن يكون على علم بذلك ويكون سيئ النية ويلزم فوق إبطال العقد بالتعويض وهذه حالة أدنى ما تكون إلى التدليس ، وإما أن يكون من السهل عليه أن يتبين غلط المشتري وقد يكون في الظروف في هذه الحالة ما يجيز اعتباره مقصراً وإلزامه بالتعويض بسبب هذا التقصير » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٠ - ص ١٥٤) .

(١) طلب المتعاقد إبطال العقد لوقوعه في غلط جوهري عند التعاقد يستلزم وفقاً لنص المادة ١٢٠ من القانون المدني ، أن يثبت إما أن المتعاقد الآخر اشترك معه في الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٧ الطعن ٤١٠ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٩٤/٧/١٢ الطعن ٣٤٩ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن رقم ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق ص ٤٨ ص ٩٥٢) .

(جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ الطعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق)

الآخر بدعوى الغلط ، ولزم أن يبطل العقد ، فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له في ذلك ، والخطي هو المتعاقد الأول الذي أهمل في كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً<sup>(١)</sup> . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر لا علم له بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سعي النية . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً<sup>(٢)</sup> . ويخلص لنا من كل ذلك أن الغلط الجوهري لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو فإنها لا تتنافى مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقد الذي وقع في الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجئ بطلب إبطال العقد . فقد ثبت<sup>(٣)</sup> أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً في الغلط ، أو كان يعلم به . أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو في الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن

(١) بقاء العقد صحيحاً هو كما قررنا على سبيل التعويض . إذ أن العقد هنا لم يبق على إرادة المتعاقدين الحقيقية ، لأن إرادة أحدهما غير صحيحة وهو يتمسك بإبطال العقد . بل قام العقد على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات . وقد سبق أن أشرنا إلى أمثلة أخرى من هذا النوع ، منها العقد الذي تختلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، ومنها العقد الذي لا يقترن فيه القبول بالإيجاب إلا حكماً ، فلا يقوم العقد في كل هذه الأحوال على توافق الإرادتين ، بل على الثقة المشروعة .

وواضح في كل ما قدمناه أن المقصود بالإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولو اعتدنا بالإرادة الظاهرة لقام العقد على توافق الإرادتين . ومن ثم يصح القول بأن القانون الجديد قد أخذ في الحالات المتقدمة الذكر بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، تحقيقاً لاستقرار التعامل .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الفردي كاف لإبطال العقد حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر ما دام أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطلح سندريك تاجر مفلس على دين للمفلس في ذمة إحدى الشركات ، وكان السندريك يجهل أن هذا الدين مضمون برهن ، ولو علم بذلك لما رضى بهذا الصلح . وثبت من جهة أخرى أن الشركة التي اصطلحت مع السندريك ، ولو أنها كانت لا تعلم بجهل السندريك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السندريك . فأبطلت المحكمة العقد للغلط (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٠) .

(٣) والذي يدعى الوقوع في الغلط هو الذي ينهض بعبد الإثبات . وثبت وقوعه في الغلط واتصال المتعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات ، لأنه يثبت وقائع مادية . وما يجعل هذا الإثبات عسيراً أن يكون الغلط الذي وقع فيه غلطاً لا يعذر من أجله ، فإن مثل هذا الغلط يعذر أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو الغلط المغتفر (erreur excusable) والغلط غير المغتفر (erreur inexcusable) . فالغلط المغتفر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المغتفر فيفرض فيه أن المتعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن الغلط إذا كان غير مغتفر كان هذا قرينة قضائية على جهل المتعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه .

يسلم بإبطال العقد ، وهو في الثانية سعي النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو في الثالثة مقصر وتعويض التقصير بالإبطال<sup>(١)</sup> .

وغنى عن البيان أننا إذا اشترطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بالغلط على النحو المتقدم ، فإن ذلك يعني أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهري هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول<sup>(٢)</sup> .

(١) هذا وقد رأينا أن المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدي كانت تنص على حالة رابعة أغفلها المشروع النهائي لأنها تندرج في الحالات الأخرى ، وهي حالة ما إذا كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جر المتعاقد الأول بموقفه إلى الوقوع في الغلط .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : « كان من واجب المشرع أن يقطع برأى معين في مسألة المفاضلة بين اشتراط الغلط المشترك ، وهو مما يقوم بذهن العاقدین معاً ، والاجتزاء بالغلط الفردي . وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردي بوجه عام . بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفي التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جر الآخر إليه بموقفه ، أو أن يكون عالماً بوقوعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . ويلاحظ أن المتعاقد الآخر في هذه الفروض الثلاثة ينسب إليه أمر يرتب مسؤوليته ، وهذا ما يبرر طلب البطلان . أما إذا بقي بمعزل عن ظروف الغلط ، بأن وقف موقفاً لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به أو تبينه ، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجود تعويض هذا المتعاقد ، عملاً بنظرية الخطأ في تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبعه التقنين الألماني ... أما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من ذلك ، فبدلاً من أن يخول من وقع في الغلط حق التمسك بالبطلان ، ثم يلزمه في ذات الوقت بتعويض ما يصيب العاقد الآخر من خسارة ، جعل للعقد حكم بالصحة وهياً بذلك أجدى تعويض لهذا العاقد . وليس هذا إلا تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الخطأ في تكوين العقد ... هذا وينبغي التنويه بأمرين : (أولهما) أن الغلط الذي يبرر إبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، أو ينسب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون في مقدوره أن يعلم به ، قد يلقب اصطلاحاً بالغلط المغتفر . ويصبح الغلط غير مغتفر ، ولا يؤدي بذلك إلى إبطال العقد ، إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر ، أو يجره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العلم به . (والثاني) أنه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط فنسب ، بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبراء العقده (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٢ - ص ١٤٣) .

هذا ويلاحظ أن القانون الجديد ، باشتراط اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، وباتخاذ قرائن موضوعية لإثبات الغلط في ذاته ، قد تخفف من النزعة النفسية المفرقة التي تميز نظرية الغلط في المدرسة اللاتينية . وقد يرى بعض أنصار هذه المدرسة في هذا ابتعاداً عن التقاليد اللاتينية ، ولكنه ابتعاد تبرره الرغبة في استقرار التعامل ، وهو على كل حال ليس ابتعاداً عن تقاليد الفقه والقضاء في مصر . والصلة ظاهرة بين القرائن الموضوعية التي تثبت الغلط وبين اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، فإن هذه القرائن الموضوعية كثيراً ما تثبت الغلط وتثبت اتصال المتعاقد الآخر به في وقت واحد .

(٢) أنظر في هذا المعنى الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ١٩٠ . هذا ، وحتى يتيسر للمتعاقد الذي وقع في الغلط أن يثبت ما يجب عليه إثباته ، يلجأ في أكثر الأحيان إلى أن يبين في العقد صراحة ما قام في ذهنه من الاعتبارات التي دفعته إلى التعاقد ، كأن يذكر الوصف الذي اعتبره في الشيء أو في الشخص أو الباعث الذي حملته على أن يتعاقد أو القيمة التي يقدرها للشيء ، حتى يثبت بذلك علم المتعاقد الآخر بالدوافع التي ساقته إلى التعاقد ، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان واحداً فيما قدره ثبت في الوقت ذاته أن المتعاقد الآخر كان عالماً بما وقع فيه من الغلط . والقضاء الفرنسي يلجأ في كثير من أحوال الغلط إلى الاستناد إلى أن الشيء الذي وقع فيه الغلط كان محل بيان في العقد .

ونص القانون الجديد واضح في أن المطلوب إثباته هو أن يكون المتعاقد الآخر واقعاً في ذات الغلط =



ويتبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يفكى فيها الغلط الفردي لإبطال العقد، هي ألا يتمكن المتعاقد الذي وقع في الغلط من إثبات أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً في هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١).

١٧٧ - تطبيق الغلط الذي يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال الغلط المختلفة :  
ويحسن أن نطبق نظرية الغلط الذي يتصل به المتعاقد على أحوال الغلط المختلفة - الغلط في الشيء والغلط في الشخص والغلط في القيمة والغلط في الباعث - حتى نتبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرضي .

فإذا كان الغلط في الشيء ، وكان في صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ولتكن مثلاً أن الشيء الذي اشتراه أثرى ، وجب على المشتري إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشيء الذي ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان يظن مثله أن الشيء أثري وأن هذه الصفة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثري وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أثري . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عني المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثري . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يهب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعي ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة ، وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة ، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط ، ولكن عليه أن يثبت أن المشتري كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة ، أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بجهل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشتري كان إما مشتركاً في الغلط ، وإما عالماً به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط في الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم شفى ، كان للبائع في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشتري كان يعتقد هو أيضاً أن البائع في مرض الموت ، أو أن المشتري يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه في مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذي دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم تهاة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

= الجوهرى الذي وقع فيه المتعاقد الأول ، أو أن يكون على علم بهذا الغلط الجوهرى أى على علم بأن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا الغلط الجوهرى هو الذى ساق إلى إبرام العقد . وهذا معناه أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع في دائرة التعاقد (dans le champs contractuel) . وكان من الممكن أن يقف القانون عند هذا الضابط الأخير (أنظر الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ١٩٠) ، لولا أن الحالات الثلاث التي فصلها النص يحسن تمييز كل حالة منها عن الأخرى لأهمية ذلك من الناحيتين العملية والقانونية .

أما الناحية العملية فأمرها ظاهر ، إذ التفصيل يرسم في الذهن صورة عملية من هذا الضابط . فلو اقتصر القانون على أن يذكر أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع في دائرة التعاقد لاحتاج النص إلى بيان وتفسير ، ولا يتم التفسير إلا بتفصيل هذه الحالات الثلاث ، ولعاب النص فوق ذلك أن تكون صيغته أدنى إلى الفقه النظري منها إلى التشريع العملي .

وأما الناحية القانونية فتستلزم تفصيل الحالات الثلاث لأن أحكامها ليست واحدة . فالحالة الأولى ، وهي حالة الغلط المشترك ، لا محل فيها للتعويض على المتعاقد الذي وقع في الغلط ، وبحسبه أن يبطل العقد ، ما دام المتعاقد الآخر كان مثله واقعاً في الغلط أى كان حسن النية . أما الحالتان الأخريان - وهما حالة علم المتعاقد الآخر بالغلط وحالة سهولة تبينه للغلط - فقد يكون فيهما محل للتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء سوء نية المتعاقد الآخر في حالة علمه بالغلط ، أو من جراء تقصيره في حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يتبين الغلط ، (أنظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٨٩) ، والتعويض أقرب مثلاً في الحالة الثانية منه في الحالة الثالثة .

(١) ومن ذلك يتبين أن محكمة استئناف مصر كان في استطاعتها أن تلجأ إلى هذا المبدأ لتبرير حكم أصدرته على الوجه الآتى : «إذا باع شخص عقاراً لتسديد دين مورثه ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً، فلا يجوز له أن يرفع دعوى ببطالان البيع للغلط لأنه كان يجهل براءة مورثه من الدين، وذلك لأن الغلط في هذه الحالة يكون في الباعث له على التعاقد لا في سببه . والغلط في الباعث لا أثر له في صحة العقد أخذاً بالنظرية التقليدية للغلط الذى يعيب الإرادة . أما إذا أخذ بما استحدثه الفقه والقضاء من أن الغلط المؤثر في صحة العقد هو الحاصل في الدافع الرئيسى إلى التعاقد، ومن ثم لا يعود هناك محل للتفرقة بين السبب والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الدائن قد خصم هذا الوارث بعد وفاة المورث من أجل هذا الدين ، وأنه أخذ في تسديد الدين فعلاً ، وأنه في سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً ليسدد ما اعتقد أنه باق من الدين في ذمته ، دون أن يعنى بتحقيق هذه المسألة ومحاسبة الدائن ، وكأنه قبل التعاقد وهو في دخيلة نفسه يتحمل تبعه ما ينجلي عنه الواقع ، في هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلاً للغلط إذا أخلف الواقع ظنه، لأن الواقع لم يخالف إرادته الفعلية بل هو خيب مجرد الأمل الذى يجول في خاطره دون أن يرقى إلى منطقة الإرادة» (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٩ رقم ١٠٤ ص ١٥٠) . ولو أن المحكمة قالت إن المشتري من الوارث لم يشترك في هذا الغلط الدافع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه لوصلت إلى عين النتيجة عن طريق قانونى سليم .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت أكثر توفيقاً في إبراز المعنى الصحيح حين قالت : «لا يجوز للقضاء أن يبطل عقداً مجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع في غلط ما دام المتعاقد الآخر كان حسن النية وكان يجهل هذا الغلط ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده» (أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧١) ، وأنظر حكماً آخر من محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦ .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القول بالغلط الفردي لا يصطدم مع استقرار التعامل متى روعيت قواعد الإثبات التي بينها .

١٧٨ - التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية : وقد اشتمل القانون الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتي في الغلط . فقضت المادة ١٢٤ بما يأتي : ١ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية . ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد (١)

ويتبين من هذا النص أن أي تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز ، فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح أنها محصورة ، فيعرض عليه البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التي قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك بالغلط في هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضي به حسن النية ، فلا يجاب المشتري إلى طلبه . ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق .

وقد أورد الشق الثاني من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن المتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، يبقى مع ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشتري عن هذه الجائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصي العقد . وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثري ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراؤه (٢)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في المادة ١٧١ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ١٢٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وقررت أغلبية لجنة القانون بمجلس الشيوخ استبقاء النص دون تعديل ، وأصبح رقم المادة ١٢٤ . وتبين من مناقشات هذه اللجنة أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٦ - ص ١٧٠) . وانظر المادة ٢٥ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٢٨ من قانون الالتزامات البولوني . وانظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ١٢٤ ما يأتي : «أبيح لمن وقع في الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولاً . تلك هي علة حق التمسك بالبطلان ، وهي بذاتها مرجع حدوده . فحتى كان من المحقق أن التعاقد قد أراد أن يبرم عقداً ، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، ما دام أن التعاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشترى شيئاً ، معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية ، مرتبطاً بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت نيته إلى شراؤه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع في تحويل العقود كما سيأتي بيان ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٧) . وسنرى عند الكلام في تحول العقد إلى أي حد يتقارب الوضمان المشار إليهما في المذكرة الإيضاحية وإلى أي حد يختلفان .

## ٢ - التدليس \*

(Le dol)

١٧٩ - علاقة التدليس بالغلط : التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط . والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد .

والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد . كذلك يختلف التدليس (dol civil) عن التدليس الجنائي (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتيالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته ، وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس المدني كما سنرى (١)

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبداً بتحديد عناصر التدليس ، ثم تبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

### أ - عناصر التدليس

١٨٠ - عنصران : تنص المادة ١٢٥ من القانون الجديد على أنه ١ - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة

\* بعض المراجع : مقال بلانيول في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٢ ص ٥٤٥ - سالي في إعلان الإرادة ص ٥٠ وما بعدها - ديموج ١ فقرة ٢٣٨ وما بعدها - بلا نيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٩ وما بعدها - رسالة دريفيس (Dreyfus) في التدليس المدني والجنائي باريس سنة ١٩٠٧ - رسالة الدكتور يحيى تاج الدين في التدليس وفي التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٢٦ - رسالة جاي (Gay) في التأثير غير المشروع في القوانين الأنجلوسكسونية ديجون سنة ١٩٢٧ رسالة جورف (Gorphe) في مبدأ حسن النية ، باريس سنح ١٩٢٨ - أجالشتين (Agalstein) في التدليس والغش من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٨ - كوهين (Cohin) في الكتمان الخاطيء باريس سنة ١٩٢٩ - رسالة بيران (Perrin) في التدليس في تكوين الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٣١ - برجيه - فاشون (Berger-Vachon) في تدليس ناقص الأهلية في تكوين العقود وفي تنفيذها المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٧ - رسالة فوان (Vouen) في حسن النية بورديو سنة ١٩٣٩ - والتون ١ ص ٣٠٧ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٥ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ١٢٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٦٧ وما بعدها .

(١) أنظر في التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٢ .

إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاسة<sup>(١)</sup> . وهذه المادة تقابل المادتين ١٣٦/١٩٦ من القانون القديم اللتين جرتا على الوجه الآتي : «التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى» . ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا في ناحية الصياغة والأسلوب وفي النص صراحة في القانون الجديد على التدليس السلبى .

وتنص المادة ١٢٦ من القانون الجديد على أنه «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس»<sup>(٢)</sup> . وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم ، وقد حسم إشكالا كان قائماً سلفه فيما بعد .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين<sup>(٣)</sup> : ١ - استعمال طرق احتيالية ، وهذا هو العنصر الموضوعى . ٢ - تحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسى . وهذان العنصران كافيان ، ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير<sup>(٤)</sup> .

١٨١ - استعمال طرق احتيالية : الطرق الاحتياطية تنطوى على جانبين : جانب مادي هو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير ، وجانب معنوى هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع<sup>(١)</sup> .

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعّمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد ، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد ، فالمعيار هنا ذاتى . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس في أمرها . وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات منتحلة . وهناك من يخفى المستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذى يريد<sup>(٢)</sup> . ولا يكفى مجرد المبالغة في القول ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف في التعامل ، كالتاجر يروج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف<sup>(٣)</sup> .

= أن ينطوى على حيل . بيد أن هذه الحيل تختلف عن سميها في النصب الجنائى ، إذ يكفى فيها مجرد الامتناع من جانب العاقد ، كسكوته عمداً عن واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر . والواقع أنه ليس ثمة تطابق بين تعريف التدليس المدنى والتدليس الجنائى . ومهما يكن من أمر ، فليس ينبغى أن يعتد في تقدير التدليس بما يسترسل فيه المتعاقد من آراء بشأن ما للتعاقد من مزايا أو عيوب ، متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة عن الضبط والتخصيص (انظر المادة ٦٦٧ من التقنين الألمانى) . ويشترط كذلك أن تكون الحيل التى تقدمت الإشارة إليها قد دفعت من ضلل بها إلى التعاقد . ومناطق التقدير في هذا الصدد نفسى أو ذاتى ، كما هى الحال بالنسبة لعيوب الرضاء جميعاً . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الجمعية التى تتخذ لها مظاهر من الإعلان توهم أن أعضائها مسئولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تدليسا يبطل التعاقد الذى يتم بينها وبين الغير (٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٣) . ويكون باطلاً للتدليس عقد التأمين الذى يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبى (استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وإذا أظهر الدائن ما من شأنه إيهام الكفيل بقيام المدين بتعهداته فجدد الكفيل كفالته تحت تأثير هذا الإيهام ، فالتجديد قابل للابطال (محكمة الاستئناف الوطنية فى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٧٥ - أنظر حكماً آخر لهذه المحكمة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢٢) . وانظر نظرية العقد للمؤلف ص ٣٩٣ حاشية رقم ١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ .

(٣) يشترط فى الفس والتدليس على ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة ، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانوناً .

(جلسة ١٩٩١/١١/٢٩ الطعن ١٢٩٧ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ الطعن ١١٩٦ لسنة ٥٧ ق ص ٤٤ ص ٢١٧)

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٧/٣/١ الطعن ٣٦٣٩ لسنة ٦١ ق ص ٤٨ ص ٣٨٩)

(جلسة ٢٠٠١/٤/٢٨ الطعن ٤٣١ لسنة ٦٦ ق احوال شخصية)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : ١٥ - يكون التدليس سبباً فى بطلان العقد إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو شخص ينوب عنه ، أو أجنبى اشترك معه فى هذه الحيل ، من الجسامة بحيث لولاها لم يبرم الطرف الثانى العقد . ٢ - ويعتبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملاسة يجهلها المتعاقد الآخر سكوتاً تدليسياً إذا ثبت أن العقد ما كان لیتم لو علم هذا المتعاقد بهذه الواقعة أو تلك الملاسة . وفى لجنة المراجعة تقرر حذف عبارة «أو أجنبى اشترك معه فيه» من الفقرة الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة التالية ، وتقررت إعادة صياغة المادة بفقرتيها بحيث أصبحت مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة ١٢٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة بعد استبدال عبارة «لما أبرم» فى الفقرة الأولى بعبارة «لم يبرم» ووافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٢٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧١ - ١٧٤) . وانظر المادة ٢١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادتين ٥٢/٥٦ من التقنين التونسى والمراكشى ، والمادة ٩٤ من التقنين البرازيلى .

(٢) أنظر المادة ٢٠٩ من قانون الالتزامات اللبناني ، وانظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ١٨٤) .

(٣) والذى يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتدليس هو الذى يحمل عبء إثبات هذا التدليس بعنصره . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما فى ذلك البيينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المطعون فيه بالتدليس مكتوباً لأن التدليس واقعة مادية (استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ - محكمة بنى سويف الجزئية فى ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٧٧) .

ووقوع التدليس مسألة موضوعية ، لقاضى الموضوع فيها الرأى النهائى . ولكن الوصف القانونى لوقائع التدليس مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، وذلك كالتى فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفى للتدليس ، وفيما إذا كان التدليس الصادر من الغير يؤثر فى صحة العقد (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤ - وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) .

(٤) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى صدد المادتين ١٢٥ و ١٢٦ ما يأتى : «يشترط فى التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين ، سواء أصدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له ، =



على أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتمالية مستقلة عن الكذب، قائمة بذاتها. كما يشترط ذلك في النصب الجنائي. ففي بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً احتمالياً في التدليس (١). فالمهم إذن في الطرق الاحتمالية ليس أنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسند الكذب، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحملة على التعاقد تضليلاً، واختار الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد. فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتنبه له حبال معقدة، ومنهم من يسهل غشه فيكتفى في التدليس عليه بمجرد الكذب (٢) (١).

بل قد يكون التدليس عملاً سلبياً محضاً. فيكفي مجرد الكتمان (réticence) طريقاً احتمالياً. والأصل أن الكتمان لا يكون تدليلاً، إلا أن هناك أحوالاً يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان، فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء به، ويعد تدليلاً منه أن يكتمه (٢). وتارة يكون الالتزام بالإفشاء مصدره نص في

القانون (١). وطوراً يكون مصدره الاتفاق الصريح. ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الغش، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة، ويدرك أحد المتعاقدين خطره، ويعرف أن المتعاقد الآخر يجهله، ومع ذلك يكتمه عنه، فيحملة بذلك على التعاقد (٢). وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ إذ قضت بأن «يعتبر تدليلاً السكوت

قبضاه من الثمن مع الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة الرسمية حتى الوفاء أقام قضاءه على ما وقع من البائعين من تدليس على المشتريين بكتماهما عنه عند التعاقد أمر الحكم الصادر باغلاق المحل فإنه يكون غير منتج ما ينعاه الطاعنان على هذا من أنه من أغفل الاعتبار بعلم المشتري عند شرائه بأن الدكان غير مرخص، وهي مسألة تختلف عن صدور حكم قبل البيع باغلاق المحل. (جلسة ١٩٥٢/٥/١٥ الطعن رقم ٢٢٦ لسنة ٢٠ ق)

ب - مجرد كتمان العاقد واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر أو ملازمة تدليس تجيز ابطال العقد. شرطه ثبوت أن المدلس عليه ما كان يبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمداً المادة ١٢٥ مدني (جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ الطعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٧ ق). (جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ الطعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق)

(١) أنظر مثلاً المادة ٧٦٤ من القانون المدني الجديد في التأمين على الحياة.

(٢) مثل ذلك أن يصطلح وارث مع مدين للتركة، ويكتفى الوارث بأخذ جزء من الدين وهو يجهل أن هناك تأميناً يضمن الدين كله، ويعلم المدين جهل الوارث بذلك فيكتفم عنه أمر الضمان حتى يحملة على هذا الصلح، وكان يبيع شخص لآخر منزلاً ويكتفم عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزاع ملكيته للمنفعة العامة. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار إذا كتم عن المشتري أن هذا العقار مستحق كلياً أو جزئياً وهو يعلم بذلك، أو أخفى عنه ما يشغل العقار من الحقوق، كان هذا تدليلاً (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧). ولكن مجرد علم البائع أن دعوى استحقاق قد رفعت ضده، فلا يخبر المشتري بذلك دون أن تكون عنده نية التدليس، بل وهو صحيح الاعتقاد بملكته ويملكية من باع له، لا يعد تدليلاً، وبهذا قضت محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها ما يأتي: «وحيث إنه حتى إذا أخذ في مثل صورة الدعوى بالتدليس السلبى، واعتبر المدعى عالماً بدعوى الاستحقاق، واستنتج علمه من وصول إعلان الدعوى المختلطة إليه في حينه وقبل تحرير العقد الابتدائي، فإن ما جاء على لسان البائع من أن المبيع خال من جميع الرهون والحكر والحقوق العينية كانت... وما جاء به من أنه مكلف بتقديم مستندات التمليك قبل العقد النهائي ومن قيام هذا البائع بتسليم عقد البيع الرسمي الصادر له من البائعين وكشوف خلو العين المبيعة من التصرفات على ما سبق تفصيله بصدر هذا الحكم - ما جاء من ذلك يدل على أن البائع كان صحيح الاعتقاد بملكته وملكية من باع له، وأنه ليس في حاجة إلى أن يخدع المشتري بكتماهما دعوى الاستحقاق أمام المحكمة المختلطة لأن الملك على كل حال هو من ضمانه وضمانيه، فإذا استحق عليه أو على المشتري منه كان لها عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فسحاً للبيع والزاماً له بالتضمينات» (نقض مدني في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩).

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن الرضائع الموجودة بحمله من السرقة، وقرر كذباً في إجابته عن الأسئلة المدونة في طلب التأمين أنه يقيده مشترياته ومبيعاته في سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جرد بضاعته، وكان منصوباً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كان ما قرره طالب التأمين غير صحيح، ثم استخلص الحكم استخلاصاً سائفاً أن البيانات المشار إليها هي بيانات جوهرية ذات أثر في تكوين التعاقد، ورتب على عدم صحتها سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إعمالاً لنص العقد، فإنه لا يكون أخطأ في تطبيق القانون. ولا يغير من ذلك أن =

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التأكيدات غير الصحيحة التي تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحملة على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلاً للإبطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضاء (٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٨١). وقضت محكمة أسبوت الكلية بأن الكذب للتحايل للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخدماته السابقة من شأنه أن يؤثر التأثير الكافي في رضاء من تم التعاقد معه على العمل، وبذلك يكون العقد قابلاً للإبطال (٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٥٥).

(٢) على أن الأصل هو أن مجرد الكذب لا يكفي للتدليس ما لم يتبين بوضوح أن العاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٨٤ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ - محكمة المنيا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ ص ٢٦٧). ويلاحظ أنه كثيراً ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليلاً يبطل العقد، كما إذا ذكر المؤمن له وهو بحار أنه مزارع فيخفي بذلك عن الشركة الأخطار التي تنجم عن مهنته (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦)، وكما إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥). وتعتبر المبالغة عن سوء نية في قيمة الشئ المؤمن عليه أو في مقدار الضرر الحاصل تدليلاً (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ - وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ٧٩ - وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٣ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٤).

(١) تقدير أثر التدليس في نفس العاقد المخدوع، وما إذا كان الدافع إلى التعاقد، من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع.

(جلسة ١٩٧٣/٣/١٣ الطعن ٣٩ لسنة ٣٨ ق م ٢٤ ص ٢٩٦)

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٥ الطعن ٨٧ لسنة ٤٧ ق م ٣١ ص ١٣٧٣)

(جلسة ١٩٨٦/٥/٨ الطعن ١٠٥٠ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ الطعن ١١٩٦ لسنة ٥٧ ق)

(٢) أ - اذ قضى الحكم المطعون فيه بفسخ البيع والزام البائعين متضامنين بأن يردها إلى المشتري ما =

عمداً عن واقعة أو ملازمة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملازمة. ومن ذلك نرى أن الكتمان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي بقى مكتوماً: (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يجمله تأثيراً جوهرياً، (٢) أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره، (٣) أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول، (٤) ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر (١). وأكثر ما يكون

= البيان الكاذب لم يكن له دخل في وقوع الخطر الذي حصل من أجله التأمين (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ - ملاحظة: تنص المادة ٧٥٠ من القانون المدني الجديد على بطلان كل شرط تعسفي يرد في وثيقة التأمين، ويتبين أنه لم يكن مخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه). ولكن محكمة النقض قضت من جهة أخرى بأنه إذا أبطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسيساً على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفاتر منتظمة لقيده مشترياته ومبيعاته وقائمة لجرد البضاعة يراجعها بانتظام لم يكن صحيحاً، وأن الدفتر الذي ظهر أنه يعنيه غير باعث على الاطمئنان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه، وأن تقريره هذا كان في خصوص أمر جوهري لتعلقه بسجل هو المرجع الرئيسي لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤدي إليه في حالة وقوع الخطر المؤمن منه، فهذا منها قصور في تسيب حكمها، إذ أن عدم انتظام القيد في الدفاتر لا يؤدي عقلاً إلى القول بكذب التقرير بوجود دفاتر، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير في قوة الدفتر كأداة إثبات. وإذا أن المحكمة حين اعتبرت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهرياً لتعلقه بإثبات الضرر الذي يلحق المؤمن له من وقوع الخطر المؤمن منه وأنه يحدد فيما بين العاقدين طريقة إثباته، لم تبن ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على المؤمن له دون الشركة المؤمنة، مما مفاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شأنه أن يفيد أنه جوهري له (نقض مدني في ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٦ ص ١٧٢).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليساً ما لم يقترن بحيلة غير مشروعة (نقض مدني في ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩). وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن مجرد الكتمان لا يكفي اعتباره غشاً وتدليساً ما دام الأمر الذي تعمد أحد العاقدين كتمه على المتعاقد معه يمكن لهذا أن يعرفه من طريق آخر (استئناف أسبوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة رقم ٢٢ ص ٢٤٤). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر تدليساً كتمان الدائن المرتهن عن مشتري العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار لم يكشف عنه صاحب العقار المرهون (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١: ويلاحظ أن الاتفاق الذي لا يعتبر الكتمان فيه تدليساً في هذه القضية هو اتفاق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له جزءاً من الثمن سداداً لحقه في نظير موافقته على البيع، والكتمان لا يعتبر هنا تدليساً لأن المشتري كان يستطيع من طريق الكشف عن العقار معرفة الرهن الثاني).

ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض بأنه إذا أخفى شريك على شريكه وهو يقتسم معه أن الأطيان التي يأخذها هذا الشريك هي أطيان مرفوع بها دعوى استحقاق من جهة وقف بحيث لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به بمقتضى عقد القسمة يدخل في مستندات الوقف وأن معظم ما اختص به شريكه يخرج عنها لما رضى بالقسمة، فإن هذا يكفي لاعتباره في حكم المادة ١٣٦ مدني (قديم) حيلة تفسد رضاه من خدع بها (مستفاد من حكم لمحكمة النقض في دائرتها المدنية في أول ديسمبر سنة ١٩٤٩، طعن رقم ٦٩ سنة ١٨ قضائية ولم ينشر بعد - هذا وفي وقائع هذه القضية أن الشريك زاد على مجرد الكتمان أنه أخبر شريكه أن ما يختص به غير مهدد بخطر الاستحقاق). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تبين أن المشتري كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة يدعيها الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شيء منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد، فأثر ذلك في نفسه ودفعه إلى التعاقد، ولم يكن يعلم أنه أدخل عليه الغش والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد =

الكتمان تدليساً في عقود التأمين (١).

بقي الجانب المعنوي وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع. فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس، كالتاجر يبرز ما يعرضه في أحسن صورة، وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس (٢). وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع، كما إذا استعمل المودع طرقاتاً احتيالية للحصول من المودع عنده، وتبين أنه شخص غير أمين، على إقرار بالوديعة (٣).

١٨٢ - التدليس هو الدافع إلى التعاقد: ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد. وقاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك (١)، فيقدر مبلغ أثر التدليس في نفس العاقد الخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب (٢).

= المستحقة على العقار قبل تحرير عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التفصيل فذ دفع الفوائد في مواعيدها، الأمر الذي أدى إلى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع ملكية العقار ورسم مزاده على الدائن، فمثل هذه التصرفات هي نوع من الغش والتدليس الموجب لبطلان العقد (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٢ ص ٦٤٥: وهنا أيضاً جاوز البائع مجرد الكتمان إلى الكذب عن طريق بيانات غير صحيحة أدلى بها للمشتري).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل التأمين يعد تدليساً (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠). وكذلك يعد تدليساً كتمان المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعدده أمام شهود بإحراق متجره، لأن هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر في تقدير التبعة (استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ٧٩).

(٢) على أن هذا لا يمنع من وقوع المتعاقد الآخر في الغلط، ويطل العقد للغلط لا للتدليس. ويعرف القانون الإنجليزي ما يسميه بالتصوير غير الصحيح (misrepresentation) وهو قريب من حالتنا هذه، إذ يعلن أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر معلومات غير صحيحة، ولكن عن حسن نية، فيبطل العقد للغلط لا للتدليس.

(٣) أنظر نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٧١ ص ١٢٣.

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٣/١٥.

(I) من المقرر أن قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة سليمة ولو لم يجريها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والاجراءات عموماً لصيانة مصلحة الافراد والمجتمع وكان استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقديم ما يثبت به هذا الغش يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع بعيداً عن رقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢١ الطعن ١٠٧٣ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٧ الطعن ٣٤٦ لسنة ٤١ ق)

(جلسة ٢٠٠١/٤/٢٨ الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٦٦ ق احوال شخصية)

ويميز الفقه عادة بين التذليس الدافع (dol principal) ، وهو التذليس بالتحديد الذي قدمناه ، والتذليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تذليس لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبهظ<sup>(١)</sup> ، فلا يكون سبباً في إبطال العقد ، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التذليس وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(٢)</sup> . وهذا التمييز منتقد . ذلك أن التذليس الذي يغرى على التعاقد بشروط أبهظ هو تذليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها . فالتذليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والعاقد المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستبقه مكتفياً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التذليس . وهو إذا اختار الإبطال بقي في دائرة العقد ، وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسؤولية التقصيرية . وكل تذليس له هذان الوجهان ، سواء في ذلك ما سمي بالتذليس غير الدافع وما سمي بالتذليس الدافع<sup>(٣)</sup> .

(١) مثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشتري على عقود إيجار لهذا العقار ، وهي عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهمه بها أن ربح العقار مرتفع . فإذا حمّله بذلك على شراء العقار بثمن عال كان للمشتري أن يطلب تعويضاً من البائع هو زيادة الثمن الذي دفعه عن الثمن الذي كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع السند بثمن مقسط إذا لم يستوف الأقساط الواجبة الدفع ، وأندر المشتري بفسخ البيع بعد أن ربح السند المبيع الجائر الكبرى ، وحمل المشتري بذلك ، بعد أن أوهمه أنه يستطيع فسخ البيع ، على أن يصطلح معه على شروط باهظة ما كان يقبلها لولا هذا التذليس ، يكون قد ارتكب تذليلاً غير دافع ، ويلتزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشتري وما كان يقبله لو كان التعامل على غير غش ( ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ ) . وقد يحدث أن من يعرض شيئاً ليبيعه في المزاد يتفق مع شخص على أن يتقدم في المزاد ، ويزاد عليه مزايده وهمية ، فإذا فعل ذلك وقدم عطاء أكبر ، فهذا العطاء الوهمي قد يكفي لإلغاء العطاء الذي سبقه ، يكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التعويض للغش أو التمسك بصورية العطاء الأكبر . أما إذا نجحت الحيلة وتقدم شخص وزاد على العطاء الوهمي ورسا عليه المزاد ، فله أن يطعن في العقد بالتذليس ، ويكون التذليس هنا غير دافع يستوجب التعويض لا إبطال العقد (دموج ٢ فقرة ٦٠٨ مكررة) .

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص في هذا المعنى . فقد قضت المادة ١٧٥ من هذا المشروع بما يأتي : «التذليس الذي يجعل العقد أثقل عبئاً دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يعطى للمدلس عليه إلا الحق في مطالبة المدلس بالتعويض» . وجاء في المذكرة الإيضاحية بصدد هذه المادة ما يأتي : «إذا لم يكن من أثر التذليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط أشد وقراً مما كان يقبله لو نبين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب المدلس تترتب عليه مسؤوليته ، ويعطى الحق في طلبه التعويض ، سواء أوقع التذليس من أحد المتعاقدين أم من أجنبي عن العقد» . وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي لأنه يقرر حكماً يكفي فيه تقرير قواعد المسؤولية (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٥ في الهامش) .

(٣) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه طبعة سنة ١٩٤٩ فقرة ٢٢٨ . ومع ذلك انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٤ . ويلاحظ أن هناك وجهاً للتوفيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . ففي التذليس غير الدافع إذا اختار العاقد المخدوع إبطال العقد وفقاً لرأي القائلين بعدم التمييز ، جاز للعاقد الآخر أن يعرضه عن الضرر الذي أصابه بسبب التذليس فيمنعه بذلك من إبطال العقد . ونحن نقس في ذلك التذليس على الغلط في أن كلا منهما لا يجوز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية . ومتى استقام هذا الحل اقتصر العاقد المخدوع على التعويض وفقاً لكل الرأيين (قارن محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٠) .

١٨٣ - التذليس صادر من المتعاقد الآخر أو من الغير - القانون المدني القديم : كانت المادتان ١٣٦/١٩٦ من القانون المدني القديم ، في نصهما العربي ، تقضيان كما رأينا بأن «التذليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى» . وكان هذا النص العربي يتفق مع القانون المدني الفرنسي الذي ينص صراحة على أن التذليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ( م ١١١٦ ) . لذلك كان الفقه والقضاء في مصر يذهبان إلى أن التذليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ، تمثيلاً مع النص العربي المشار إليه ومع نص القانون الفرنسي<sup>(١)</sup> . وكان الفقه يعلل هذا الحكم الشاذ بأن التذليس إذا صدر من الغير فلا يجوز أن يكون سبباً في إبطال العقد ، إذ ليس من العدل أن يجزى المتعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير ، وللعاقد المخدوع أن يرجع على الغير الذي صدر منه التذليس بتعويض عما أصابه من الضرر . وليست هذه الحجة بمقنعة . فإن التذليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دنا تأخذ بالمعيار الذاتي وننظر لا إلى التذليس في ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر في نفس المتعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تذليس صدر من المتعاقد الآخر وتذليس صدر من الغير ، لأن العاقد المخدوع مضلل في الحالتين ، وقد صدرت إرادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلتزم بمثل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع في الأصل لأسباب خاصة بالقانون الروماني<sup>(٢)</sup> . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسي القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد ، وانتقلت منه إلى

(١) والتون ١ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٤ - الدكتور محمد صالح في أصول التمهيدات فقرة ٢٨٥ ص ٢٤٢ - الدكتور محمد وهبة ص ١٩٥ - دي هلتس ١ لفظ (convention) فقرة ٦٤ - هالتون ١ ص ٣٢٠ - ص ٣٢١ - فتحى زغلول ص ١٣٣ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٤١ - وفي ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧ - محكمة المنيا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ الحاماة ٣ رقم ١٣٠ ص ١٨٢ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٤٣٩ ص ٨٤٩ . وقد قضت محكمة النقض بأن التذليس الحاصل من أجنبي بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتذليس الحاصل من المتعاقد نفسه (نقض مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمير ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤) . فلم تعد محكمة النقض بالتذليس الصادر من أجنبي إلا لأنه متواطئ مع أحد المتعاقدين .

وقد خالف هذا الرأي في ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تذليس صادر من أحد المتعاقدين وتذليس صادر من الغير : أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦ - فقرة ٣٩٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ١٢٨ - الدكتور عبدالسلام ذهني ص ١٢٨ - ص ١٣٠ .

(٢) فقد كان «البريطور» في القانون الروماني يعطى الدعوى والدفع فيما يختص بالتذليس ضد الشخص الذي صدر منه التذليس . فإذا ما داخل العقد تذليس صادر من الغير لم يكن للمتعاقد الذي وقع في التذليس إلا الرجوع على هذا الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لا سبيل إلى إبطاله ، وهذا بخلاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع من الغير يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (جيرار طبعة سادسة ص ٤٧١) .



القانون الفرنسي الحديث . وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، والمقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة في الحالين (١)

ولعل ضعف الحجة في وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذي حمل القضاء والفقهاء في فرنسا وفي مصر على الانتقاص من هذا التمييز والعمل على هدمه بالإكثار من الاستثناء فيه . فاستقر الرأي على ألا تمييز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر ، وأن كليهما يعيب الإرادة ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان التصرف القانوني الذي داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) في الهبات لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة ، فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلاً لها (٣) في المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد الآخر أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر ، أو إذا صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس أو كان في استطاعته أن يعلم به .

وكان الفقه المصري يستطيع أن يجد في القانون المدني القديم سنداً على أن التدليس يعيب الإرادة حتى لو صدر من الغير ، إذا هو رجع إلى النص هي ما يأتي : «التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضى» . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة في الحالين (٢) . ولو أخذ الفقه والقضاء في مصر بهذا التفسير الوجيه لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل الملتوى الذي سلكه الفقه والقضاء في فرنسا ، ولذها مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

(١) أنظر محاولة للدفاع عن هذا التمييز ما بين التدليس والإكراه ونقد هذه المحاولة في نظرية العقد للمؤلف ص ٤٠٩ حاشية رقم ٥ .

(٢) وكنا نأخذ بهذا الرأي في ظل القانون القديم وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفي رأينا أن المشرع المصري في القانون القديم أراد العدول عن القاعدة الفرنسية التي تقضى بأن التدليس يجب أن يكون صادراً من الغير ، لأنها قاعدة متقدمة كما رأينا ، فأورد النص الفرنسي للمعادتين ١٣٦/١٩٦٦ ، وهو النص الأصلي وإن لم يكن النص الرسمي ، قاطعاً في أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادراً من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن المترجم تصرف فيه ، فبدلاً من أن يتقيد بالأصل فيذكر أن «التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة ...» ذكر أن «التدليس يعيب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ...» . فهو لما أورد لفظ «رضاء» وأسندها إلى «أحد المتعاقدين» انساق إلى ذكر «المتعاقد الآخر» بشيء من المقابلة الطبيعية . ولعله يكون قد فهم خطأ من النص الفرنسي الذي ترجمه أن الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين هي حيل صادرة من المتعاقد الآخر ، وأن هذا يفهم من مدلول النص . فجاءت الترجمة مخالفة للأصل . والواجب في هذه الحالة الأخذ بالنص الفرنسي دون النص العربي ، لأن النص الأول هو الذي يعبر بأمانة عن قصد المشرع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٨٦) .

١٨٤ - القانون المدني الجديد في التدليس الصادر من الغير : هذا ما فعله القانون الجديد . فقد تجنب التناقض الذي وقع فيه القانون القديم ، ونص صراحة في المادة ١٢٦ ، كما سبق القول ، على أنه «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس» (١) . وقد نص القانون الجديد على مثل هذا في الإكراه (انظر المادة ١٢٨) ، فسوى بحق ما بين الإكراه والتدليس في ذلك (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يعطى حقاً للمدلس عليه في طلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو كان في استطاعته أن يعلم ، بهذا التدليس وقت إبرام العقد . ٢ - فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم ، أو ليس في استطاعته أن يعلم ، يصدر تدليس من الغير ، فلا يترتب على التدليس إلا تخويل المدلس عليه حتى مطالبة المدلس بالتعويض . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه المادة ما يأتي : «اختلفت المذاهب في شأن التدليس الصادر من الغير ، ففريق لا يترتب عليه بطلان العقد ... وفريق يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتيب البطلان ... وفريق يتوسط بين هذين المذهبين ... فيشترط لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيباً من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضلل به أن الطرف الآخر كان يعلم به ، أو كان في استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفي هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ في تكوين العقد التي سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط . وقد اختار المشروع ما اتبعه الفريق الثالث . ويراعى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالمستفيد في اشتراط لمصلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان في إمكانه أن يعلم ، بالتدليس ... ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهي تعتبر قابلة للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير ولم يكن يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب . وغنى عن البيان أنه لا يكون لدى العاقد سبيل للانتصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم العاقد الآخر بالتدليس أو لم يكن في مقدوره أن يعلم به» . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية من المادة لأنها تقرر حكماً يكفى فيه تقرير قواعد المسؤولية ، وأعيدت صياغة المادة على الوجه الآتي : «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم بهذا التدليس» . وأصبح رقم المادة ١٣٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون لمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «أو كان من المفروض حتماً أن يعلم» بعبارة «أو كان في استطاعته أن يعلم» ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٤ - ص ١٧٨) .

(٢) ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط في التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت المتعاقد المدلس عليه أو المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علماً يقينياً بالتدليس أو بالإكراه ، فهو على الأقل مفروض فيه حتماً أن يعلم بذلك . وهذا بخلاف الغلط ، فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يتبينه . ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى ، حتى يتحمل المتعاقد في الحالة الثانية عيباً في الإثبات أثقل من العبء الذي يتحمله في الحالة الأولى . ولعله يكون في الحالة الأولى أولى بالرعاية : فمن جهته هو ليس للغلط عادة مظاهر مادية تبرر التشدد معه في الإثبات بينما أن للتدليس وللإكراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع في غلط يكون أقل عدراً مما لو كان ضحية تدليس أو إكراه . ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تفسر إلا بأن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس والإكراه سهى عليها أن تجرى تعديلاً مماثلاً في النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم يحسن عدم التشدد في إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملي .

وإذا كان التدليس الصادر من الغير يعيب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم، بالتدليس<sup>(١)</sup>، بقى الفرض الذى يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وغير مستطيع أن يعلم به. وحتى هنا يجوز إبطال العقد للغلط إذا أثبت التعاقد الخدوع أن التعاقد الآخر كان مشتركاً معه فى الغلط الذى وقع فيه من جراء هذا التدليس، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط. فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك، فإن العقد لا يكون باطلاً لا للتدليس ولا للغلط. وهذا عدل، لأننا إذا أبطلنا العقد فى هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً. وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض، لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد<sup>(٢)</sup>، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل.

### ب - نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس

١٨٥ - الغلط يغنى عن التدليس فى النظرية الحديثة: قدمنا أن التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد فى غلط، فإذا كان رضاه معيباً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذى أوقع فيه التدليس. ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط. فهناك أحوال لا يكفى فيها الغلط لإبطال العقد، كالغلط فى الباعث والغلط فى القيمة، فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع، كان التدليس لا الغلط هو السبب فى إبطال العقد<sup>(٣)</sup>. ومن ذلك نرى أنه طبقاً للنظرية التقليدية لا يغنى الغلط عن التدليس. بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث فى النفس غلطاً، فإن الاقتصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفى لإبطال العقد فى كل الأحوال.

أما فى النظرية الحديثة، فالغلط يغنى عن التدليس. ولا يمكن فى هذه النظرية أن

يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلاً لأن يبطل للغلط فى الوقت ذاته. والتدليل على ذلك هين. فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع فى نفس المتعاقد من الغلط. فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطاً دافعاً، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع فى الباعث أو فى القيمة. فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن فى الوقت ذاته أن يبطل للغلط، وأن نظرية الغلط تغنى إذن عن نظرية التدليس<sup>(١)</sup>.

١٨٦ - ولكن التدليس لا يغنى عن الغلط: ذلك أن التدليس إذا لم يوقع فى نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له فى صحة العقد، ولا تترتب عليه إلا مسؤولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيرى وأحدث ضرراً. ولا يمكن أن تتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس. فالعبرة إذا بالغلط لا بالتدليس. وإذا كان الغلط يغنى عن التدليس، فإن التدليس لا يغنى عن الغلط.

على أنه إذا وقع المتعاقد فى غلط من شأنه أن يبطل العقد، فإن هناك فرقاً عملياً فى هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به. ويظهر أثر هذا الفرق فى أمرين: (أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس، فإن الطرق الاحتمالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها، فيثبت الغلط تبعاً لذلك. أما إذا لم يصحب الغلط بتدليس، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته. (ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس، فإن التدليس يكون سبباً فى إلزام المدلس بالتعويض، وذلك إلى جانب إبطال العقد، إذا نجم عن التدليس ضرر<sup>(٢)</sup>. أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ فى جانب المتعاقد الذى علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به.

وظاهر أن كلا من هذين الأمرين عملي محض، ولا صلة له بأثر الغلط فى صحة العقد<sup>(٣)</sup>. وقد أثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية.

(١) أغفل القانون البرتغالى التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء (أنظر م ٦٥٧ و ٦٦٣ من هذا القانون). وكذلك فعل القانون النمساوى (م ٨٧٠ من القانون النمساوى القديم وم ٥٥ من القانون النمساوى المعدل) - أنظر أيضاً بلانبول ٢ فقرة ١٠٦٦ - ديموج ١ فقرة ٣٦٤ - مذكرات الأستاذ ليفى إيلمان فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٩٤.

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٥١.

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ما دام أن أثره فى الإرادة يرد إلى ما يولد فى ذهن التعاقد من غلط يدفع به إلى التعاقد، بمعنى أن ما يشوب الرضاء من عيب بسببه يرجع إلى الغلط لا إلى الحيلة. إلا أن لوجود التدليس مزيتين عمليتين: فإثباته أسير من إثبات الغلط من ناحية، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض فضلاً عن حق التمسك بالبطلان من ناحية أخرى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢ - ١٧٣).

(١) ويصح القول هنا بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة، وعندئذ يقوم العقد على توافق الإرادتين.

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧.

(٣) أ - الغش الحاصل من أجنبى بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء، كالغش الحاصل من المتعاقد نفسه.

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن رقم ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق س ٤٥ ص ٣٨٢)

(جلسة ١٩٣٣/٥/١٨ الطعن ٨٧ لسنة ٢ ق)

ب - الغش المفسد للرضا شرطه أن يكون وليد اجراءات احتمالية أو وسائل من شأنها التأثير على إرادة المتعاقد وتجعله غير قادر على الحكم على الأمور حكماً سليماً، مجرد الكذب لا يكفى للتدليس ما لم يثبت أن المدلس عليه لم يكن فى استطاعته استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب. استطاعته ذلك. أثره. انتفاء التدليس.

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق س ٤٥ ص ٣٨٢).

### ٣ - الإكراه (\*) (La violence)

١٨٧ - الرهبة هي التي تفسد الرضاء : الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد. والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . كما أن الذي يفسد الرضاء في التدليس ليست هي الطرق الاحتيالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوهم.

١٨٨ - الإكراه الذي يفسد الرضاء والإكراه الذي يعدمه : والإكراه وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكره الذي هدده به ، فاختر أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة.

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

١٨٩ - الإكراه هو أيضا عمل غير مشروع : وينبغي أن ننظر إلى الإكراه - كما نظرنا إلى التدليس - من ناحيتين : الناحية التي يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد، والناحية التي يكون الإكراه فيها عملاً غير مشروع فتترتب عليه المسؤولية عن التعويض . وسنرى فيما يلي هاتين الناحيتين في الإكراه .

١٩٠ - النصوص القانونية : وكان القانون القديم يشتمل على نص واحد في الإكراه هو نص المادتين ١٣٥/١٩٥ ، وهو يقضي بأنه « لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشاركة إلا إذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن التعاقد وحالته والذكورة والأنوثة » . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسي التي نقل عنها ، إذ تجنب الخوض في كثير من التفاصيل التي عرضت لها هذه النصوص (١) ، واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعي هو معيار ذى التمييز (personne raisonnable) ومعيار ذاتي هو معيار التعاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسي (٢)

(\*) بعض المراجع : ريبير في القاعدة الخلفية فقرة ٤٥ وما بعدها - مقال ديموج في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩١٤ ص ٤٣٥ - ص ٤٨٠ - لالمان (Lallement) رسالة في حالة الضرورة في المسائل المدنية باريس سنة ١٩٢٢ ، برتون (Breton) رسالة في الإكراه كعيب في الرضاء كان سنة ١٩٢٥ - جوسران في الباعث في العمل القانوني الخاص فقرة ٧١ - والتون ١ ص ٢٨٨ - ص ٣٠٦ - نظرية العقد للمؤلف ص ٤١٨ - ص ٤٤٤ - الدكتور حلمي بهجت يدوى ص ١٣٣ - ص ١٤٤ - الدكتور أحمد حشمت أبوسنت ص ١٣٠ - ص ١٤٠ .

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٧ - ص ٤٤٤ .  
(٢) خلط القانون المدني الفرنسي في المادة ١١١٢ بين المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي . وسبب ذلك أن بوتيه عند بحثه في الإكراه ذكر أن القانون الروماني كان يتخذ لجسامة الإكراه معيار « الرجل الشجاع » ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه في القانون الروماني عادلة وهي تتفق مع القانون الطبيعي إلا أنها المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد قاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر في هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدني الفرنسي معيار القانون الروماني الموضوعي بعد أن عدلوه ، فذكروا « الرجل المعتاد » بدلا من « الرجل الشجاع » ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعي =

أما القانون الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط ، فاقترنت على المعيار الذاتي وهو المعيار الصحيح ، وعرضت لعناصر الإكراه في نصين ، هما المادتان ١٢٧ و ١٢٨ .

وتنص المادة ١٢٧ على ما يأتي :

١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .

٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

٣ - ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه (١)

وتنص المادة ١٢٨ على ما يأتي :

« إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما

= معيار بوتيه الذاتي ، وفانهم أن المعيارين متعارضان ، وأن بوتيه إنما أراد إبدال معيار القانون الروماني الموضوعي بمعيار الذاتي ، أو هم توهموا أن نقد بوتيه لمعيار « الرجل الشجاع » من شأنه أن ينزل المعيار إلى « الرجل المعتاد » ، ولم يتنبهوا إلى أن بوتيه لم ير إبدال معيار موضوعي بمعيار موضوعي آخر، بل قصد وضع معيار ذاتي محض (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٤ حاشية رقم ٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - يكون العقد قابلاً للبطلان إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس . ٢ - وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان للطرف الذي يدعيها أن يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ٣ - وينظر في تقدير الإكراه إلى جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة « أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » ، ولوحظ في ذلك : أن عبارة « أحد أقاربه » أوسع مما ينبغي في بعض الأحوال وأضيق مما ينبغي في الحالات الأخرى . وقد يكون للشخص صديق أعز عليه من أقاربه ، وروعي أن الخطر الجسيم الذي يحدث بالغير فيبطل الرهبة في النفس إلى حد التعاقد فيه تحديد كاف للتغير الذي يعتبر الخطر المحدق به إكراهاً . وأبدلت كلمة « حالاً » التي تصف الخطر الجسيم في الفقرة الثانية بكلمة « محدقاً » . وأعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة « ومزاجه » فيما يراعى في تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة ١٣١ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب حذف كلمة « النفس » اكتفاءً بكلمة « الجسم » لأن الخطر الذي يهدد النفس يعتبر أنه يهدد الجسم أيضاً . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذف كلمة « ومزاجه » الواردة في الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لإشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة « النفس » التي كان مجلس النواب قد حذفها لأن الآلام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الآلام الجسمانية كمن يخطف عزيز لديه فيقع تحت تأثير هذا الخطف . وأصبح رقم المادة ١٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٨ - ص ١٨٤) . أنظر المادتين ٢٩ و ٣٠ من قانون الالتزامات السويسري .



لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه<sup>(١)</sup> .

١٩١ - عنصران للإكراه : ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنان : ١ - استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق ، وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ - رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي<sup>(٢)</sup> .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، ونتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين أو الغير أو مجرد المصادفة<sup>(٣)</sup> .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكروه أني طلب إبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بوقوع الإكراه ، أو كان في استطاعته أن يعلم ذلك . ٢ - فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكروه إلا أن يطالب المكروه بالتعويض . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية لأنها تقرر حكماً تكفي فيه قواعد المسؤولية ، وأدخلت تعديلات لفظية على الصياغة بما جعل المادة تطابق تقريباً نص القانون الجديد ، وأصبح رقمها ١٣٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة طويلة استبقاء المادة كما هي - لأن الإكراه الصادر من الغير كالتدليس الصادر من الغير يجب أن يتصل به المتعاقد الآخر وتجب التسوية بين الإكراه والتدليس في هذه المسألة - مع استبدال عبارة «أو كان من المفروض حتماً أن يعلم» بعبارة «أو كان في استطاعته أن يعلم» . وأصبح رقم المادة ١٢٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١٨٥ - ص ١٨٨) . انظر المادة ٢٩ من قانون الالتزامات السويسري .

(٢) الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بتهديد المتعاقد المكروه بخطر جسيم محقق بنفسه أو بما له أو استعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً .

(جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٤ ص ١٣٥٨)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٦ الطعن ٦٥٥ لسنة ٢٤ ق ص ٢٧ ص ٣٠١)

(٣) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للإكراه هو الذي يحمل عبء إثبات هذا الإكراه بعنصره (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ - وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية .

ووقوع الإكراه مسألة واقعية لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، كالتب فيما إذا كان يكفي أن يصدر الإكراه من الغير ، وفيما إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدبي يعد إكراهاً ، وفيما إذا كانت الوسائل المشروعة تعد إكراهاً في بعض الظروف (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٠ حاشية رقم ٢) . وانظر محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ ومجموعة عمر ١ رقم ٥٥ =

## أ - استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق

١٩٢ - تحليل هذا العنصر : لا بد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس . فتهدد المتعاقد المكروه ، أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه : من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بحقه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين ، ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبي شوكته ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع .

فتتكلم إذن فيما يأتي : (١) الإكراه الحسي والإكراه النفسي (٢) الخطر الجسيم المحقق بالنفس أو بالمال إذا هدد المتعاقد نفسه (٣) هذا الخطر إذا هدد غير المتعاقد (٤) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (٥) الشوكة والنفوذ الأدبي .

١٩٣ - الإكراه الحسي والإكراه النفسي : وسائل الإكراه إما أن تقع على الجسم ، كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي (violence physique) لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لا سيما في الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بالحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسي ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسي (violence morale) لأنه يوقع في النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً في الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسي والإكراه النفسي ، فكل وسيلة من وسائل الإكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس ، تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلاً للإبطال .

١٩٤ - خطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال يهدد المتعاقد نفسه : ولكن لما كان الإكراه النفسي هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف في الغالب إليه . وهو الذي يوقع في نفس المتعاقد المكروه أن خطراً جسيماً يحدق بنفسه أو بماله ، فتكون الرهبة التي تعاقد تحت سلطانها قائمة على أساس . وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ إذ تنص على ما يأتي : «وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في

ص ١٢٠ ، وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : «وبما أن تقدير درجة الإكراه وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لقاضي الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة النقض ، أما كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم فيما يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون» . وانظر أيضاً محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ .

فالخطر يجب أن يكون جسيماً ، والعبرة في جسامته بالخطر بحالة المكره النفسية . فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية ، ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المكره وصورت له أن خطراً جسيماً يهدده ، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر «والتعزيم» ، أو هدده بأن له قدرة على «الربط والحل» ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً في الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً (imminent) أى وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يتراخي وقوعه إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة لنفسه ، فإن هذا التهديد ليس من شأنه عادة أن يوقع في النفس الرهبة التي تفسد الرضاء . على أن الأمر منوط بحالة المتعاقد النفسية ، فقد تبعث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل ، فيكفي هذا لإفساد الرضاء . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد ، لا بأن الخطر حال أو محدق (٢)

(١) وكان هذا هو القانون القديم : استئناف مختلط في ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٧ .

(٢) وكانت النظرية التقليدية للإكراه تشترط أن يكون الخطر حالاً ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي ، فهي تذكر «الخوف من تعريض النفس أو المال للخطر جسيم حال (présent) . وقد جاء في بوتييه : «يجب أن يكون هذا الخطر حالاً ، أى أن يكون الشخص مهدداً بالوقوع فيه في الحال إذا لم يفعل ما طلب منه» (التزامات فقرة ٢٥) . على أن النظرية التقليدية قد عدلت من موقفها في هذا الشأن وتحوّر النص ، فأصبح الحال ليس هو الخطر ذاته ، بل الخوف من الخطر (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٠) .

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون الجديد يشترط هو أيضاً أن يكون الخطر حالاً ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من هذا المشروع تنص ، كما رأينا ، على ما يأتي : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان الطرف الذي يدعيها يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال» . ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ما يأتي : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا اعتقد من وقع تحت سلطانها أن خطراً جسيماً أصبح وشيك الحلول» وقد عدل في المشروع النهائي عن شرط حلول الخطر ، واستبدل به شرط أن يكون الخطر محدقاً ، وهذا أصبح وأكثر تمشياً مع المذكرة الإيضاحية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٩ - ص ١٨٢) .

وهذا وقد تجنبت القوانين الحديثة أن تصف الخطر بكونه «حالاً» . فلا نجد هذا الوصف في القانون الألماني ولا في القانون السويسري ولا في القانون البولوني .

(١) الأكره المبتل للرضا . تحققته بتهديد المتعاقد بخطر محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل يخطط لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة يعيها المكره في نفس المكره بخير حق تحمله على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً .

(جلسة ١٩٩٥/١/٢٢ الطعن رقم ١٢٤٩ لسنة ٦٤ ق ص ٤٦ ص ٢٢٤) .

(جلسة ١٩٩٤/١١/١٠ الطعن ٥٢٠١ لسنة ٦٣ ص ٤٥ ص ١٣٦٨) .

والخطر إما أن يصيب المتعاقد في جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه أو ألم نفسي ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لا سيما إذا كانت مهنته تقتضي التوفر على هذه الثقة كما في التجارة . وإما أن يقع على ماله ، كما إذا هدد في مزروعاته بالإتلاف أو في داره بالحريق . فالخطر الذي يقع على أي شيء يحرص المتعاقد على سلامته يكفي لتحقيق الإكراه .

١٩٥ - الخطر يهدد الغير : وليس من الضروري أن يهدد الخطر المتعاقد المكره نفسه ، فقد يهدد شخصاً غيره عزيزاً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ التي تقدم ذكرها ، فهي تجيز أن يهدد الخطر الجسيم المحدق المتعاقد المكره نفسه «أو غيره» . وقد كان المشروع التمهيدي للقانون الجديد يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد (١) ، ولكن رؤى بحق في المشروع النهائي العدول عن هذا الشرط . فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم من يعزهم الشخص اعزازاً يجعله يتأثر مما يتعرضون له من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير الخوف الذي يقع في نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذي يهددهم تأثراً يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف ، فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم أنهم هم الأعزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هي علاقة وصلت إلى الحد الذي يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تفسد إرادته ،

(١) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدي ، وقد أوردناها في الحاشية السابقة . ويعتبر المشروع التمهيدي على ما فيه من عيب في تحديد طائفة الأقارب ، أكثر مرونة من القانون المدني الفرنسي ، فإن هذا القانون في المادة ١١١٣ حدد فريقاً معيناً من الأقارب هم الأصول والفروع وأضاف الزوج والزوجة . وقد انقسمت الفقهاء تفسيرا المادة ١١١٣ إلى فريقين : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين في النص وردوا على سبيل الحصر ، فإذا هدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة قانونية على أن الخطر قد أثر في نفس المتعاقد ، وإذا هدد أحداً غيرهم لم تقم هذه القرينة القانونية ولكن للمتعاقد أن يثبت أن الخطر الذي هدد هذا الغير قد أثر في نفسه إلى حد الإكراه . وينكر الفريق الآخر أن الخطر الذي يهدد أحداً من غير المذكورين في المادة ١١١٣ من شأنه أن يؤثر في نفس المتعاقد إلى حد إفساد رضائه (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣١ - ص ٤٣٢) .

أما ما ورد في المشروع التمهيدي فهو لا يحدد صنفاً معيناً من الأقارب كما قدمنا ، بل ينتظمهم جميعاً . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : «ولا يشترط أن يهدد الخطر المتعاقد ذاته ، بل يجوز أن يهدد أحد أقاربه . وقد ترك للقاضي أمر تقدير درجات القرابة أو الصلة في كل حالة بخصوصها ، لأن بيان هذه الدرجات في النصوص على سبيل الحصر على نحو ما هو متبع في التقنين الفرنسي (م ١١١٣) وسائر التقنينات اللاتينية (أنظر كذلك المادة ١٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي) قد يكون أحياناً ضيق الحدود لا يتسع لصور جديدة بالرعاية ، وقد يكون أحياناً من السعة بحيث يجاوز الغرض المقصود» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٠) .

أما القانون الجديد فقد جاء أكثر إطلاقاً من المشروع التمهيدي ولم يفيد الغير حتى بأن يكون قريباً .

فيطلب العقد ، لا فرق في ذلك بين قريب وزوجة وخطيب وصديق (١)

١٩٦ - المطالبة بحق كوسيلة للإكراه : والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع (١) . فتهديد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يمض التزاماً ، أو بقتل ولد له اختطفه المكره إذا لم يمض تعهداً بدفع الفدية ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال ، كل هذه وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع .

أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع ، بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة بحق له عليه ، ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للإكراه ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ما له إذا لم يعطه تأميناً على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهناً ، فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة ، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع . كذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغاً إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التي استعملت مشروعة ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا هددت الزوجة زوجها بأن تحبسه في نفقتها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه ، فلا يبطل عقد القرض للإكراه . هذا ونص القانون الجديد صريح في أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد بعثت «دون حق» في نفس المتعاقد المكره (٢)

(١) وقد هجرت القوانين الحديثة هذا المذهب العتيق في تعداد طائفة معينة من الأشخاص ، فلم يذكر القانون الألماني شيئاً من ذلك ، وذكر قانون الالتزامات السويسري «الخطر الجسيم الداهم الذي يهدد الشخص نفسه أو أحداً من ذويه» (م ٣٠) .

هذا ويقع على المتعاقد العيب في إثبات أن الخطر الذي تهدد الغير قد أثر في نفسه إلى حد إفساد رضائه . وقد يكون الغير الذي وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذي صدر منه الإكراه ، كأن يهدد شخص آخر بأن يتنحر إذا لم يمض هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٦ حاشية رقم ٥) .

(١) تقدير كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة هو ما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت هذه الأعمال مبينة في الحكم ، لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانوني لواقعة معينة يترتب على ما قد يقع من الخطأ فيه . الخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٤/١/٢٢ الطعن رقم ٣٦٥ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٢٠٨)

(جلسة ١٩٧٦/٣/٣١ الطعن ١٧٢ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ٨١٥)

(جلسة ١٩٩٣/١١/١٠ الطعن ٥٢٠١ لسنة ٦٣ ق س ٤٥ ص ١٣٦٨) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اضطرب الأب إلى ضمان دين على ابنه خوفاً من المقاضاة فلا يبطل هذا الضمان للإكراه (٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١) . وقضت كذلك بأن إيجاب الدائنين لشركة على أن تعطيه ضماناً لديونهم في نظير أن يؤجلوا هذه الديون لا يكون إكراهاً ما دام الدائنين لم يسعوا استعمال حقهم (٢٤ يونيو سنة ٩١٤ م ٢٦ ص ٤٧٩) . وقضت أيضاً بأن =

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل لدائن قيام حقه في المطالبة فضغط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل ليبتز

= التهديد بالالتجاء إلى طرق مشروعة كمباشرة الإجراءات الجنائية لا يعد إكراهاً ما دام هذا التهديد يتحول إلى استغلال غير مشروع (٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٢٣ ص ٨٨) ، وبأن تهديد الوارث بالظعن في وصية حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث لا يكون إكراهاً ما دام الوارث ليس بسبب النية (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٦٤ ص ٦٠) ، وبأن تهديد الدائن بأن يعلن إفلاس مدينه إذا لم يقر المدين بما عليه من الدين لا يكون إكراهاً (١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨) ، وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه المزاد بأن يزيد عليه العشر حتى يجبره بذلك على أن يبيع له شيئاً معيناً مما رسا فيه المزاد لا يعد إكراهاً لا سيما إذا كان الثمن الذي دفع في هذا الشيء أكبر من الثمن الذي رسا به المزاد (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) ، وبأن المجنى عليه في جريمة تبديد إذا استعمل حقه ضد المبدد للحصول على ماله دون زيادة لا يعتبر هذا منه إكراهاً (٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٤) - وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) : وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم بأن المادة ١٣٥ مدني (قديم وتقابل م ١٢٧ جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذي يقع به الإكراه المبطل للمشاركات إلا أن ذلك مفهوم بدهاء ، إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يترتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون . فإذا صدر حكم على مستأجر بإخلاء العين المستأجرة ، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم أن استأجر المستأجر تلك العين ، فلا يصح القول بأن عقد الإجارة قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له بل يكون هذا العقد صحيحاً منتجاً لكل آثاره (٢ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ - مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

هذا وقد يبقى الغرض مشروعاً ولكن تستعمل للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة ، كما إذا هددت امرأة عاشرت رجلاً مدة من الزمن بالتشهير به عند خطبة له إذا لم يمض التزاماً يعرضها ما يصيبها من الضرر بسبب تركه إياها . في مثل هذا الغرض يمكن القول بأنه رغماً من عدم مشروعية الوسائل التي التجأت إليها المرأة ، إلا أن الغرض الذي أرادت الوصول إليه هو غرض مشروع ، فالعقد لا يبطل في هذه الحالة للإكراه . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق لتأدية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة (١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ١٢١) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بطريق التهديد على سند لحق له أو على ضمان لهذا الحق أو على الإقرار بالتزام طبيعي وتحويله إلى التزام مدني ، ما دام الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً (ديموج ١ فقرة ٣١٧) ، وما دام أن الشخص الذي استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه (ديموج ١ فقرة ٢٩٨) . وقاعدة كهذه ليست في الواقع إلا تطبيقاً للعهد الذي يقضي بأن الغاية تبرر الوسيلة ، وهي تبيح في الوقت ذاته للشخص أن يستقضى حقه بنفسه ما دام لا يتعسف في ذلك وما دام لا يرتكب عملاً إجرامياً يعاقب عليه القانون الجنائي (بلانبول وريبير وأسمان ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٦٣ - ديموج ١ فقرة ٣١٨) . ومن هنا نرى وجوب الاحتياط في استعمال هذا الحق ، فإن القصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٩) .

وبعد فنحن إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضاء رأينا أنه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً أو غير مشروع . فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويفسدها . لذلك يكون من الحق أن نقول إن العقد في صورتين اللتين نحن بصددهما - الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه مشروعة للوصول إلى غرض مشروع والصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع - يجوز ، من ناحية منطلق الإرادة ، إبطاله للإكراه . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً في كل من صورتين ، فإن المتعاقد المكره إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذي أريد من العقد تحقيقه ، ويعتبر هذا منه تعسفاً في استعمال حق الإبطال . والتعسف في استعمال الحق يستوجب =



من المدلين ما يزيد على حقه ، فإن الإكراه يتحقق ويطل العقد . فمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاستغل هذا الظرف واضطر إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدينه بأن يعلن إفلاسه وابتغى من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً ، أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه (١) .

١٩٧ - الشوكة والنفوذ الأدبي : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي الذي قد يكون لشخص على آخر ، سواء ارتباطاً بصلة النسب كما بين الأب وولده . أو اتصالاً برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشئ من ذلك كما بين الوصي والقاصر إذا لم يكونا من

= التعويض ، وخير تعويض ما كان عينياً ، فيمنع المتعاقد المكره من طلب إبطال العقد . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى في صورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . وقد سبقت الإشارة إلى حالات أخرى مماثلة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعاً أو غير مشروعاً ، فالإكراه متحقق ، والعقد يجوز إبطاله لعيب في الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقد المكره حقه في إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا - والغرض الذي يقصد تحقيقه من العقد غير مشروع - أنه متعسف في هذا الحق .

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ - وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ - وقارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ . كذلك إذا هدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عنه لاختلاسات ارتكبها أو يمضى له تعهداً بالأداء في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلاً للإكراه ، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل (محكمة باريس الاستئنافية في ٣١ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دي باليه ٩٦ - ١ - ٣٩٨) . وبعد إكراهها كذلك تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن مال لها عنده (محكمة النقض الفرنسية في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ جازيت دي باليه ١٩٠٣ - ١ - ٧٢٨) . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى هذا المبدأ على الوجه الآتي : (إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر ، فلا يعد هذا في ذاته إكراهاً بالمعنى الذي يقصده القانون ، ولا يمكن أن يكون سبباً في إبطال العقد الذي ينجم عن ذلك . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجب البحث فيما إذا كان الدائن لم يفعل في الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغي أو أنه أساء استعمال هذا الحق . وللقاضي حسب الأحوال أن يري في الوسائل التي استعملت لانتزاع التزامات باهظة من المدلين إكراهاً غير مشروع من شأنه أن يفسد الرضاء (١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ - ١ - ٧٦) .

وقد اشتملت بعض القوانين الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كقانون الالتزامات السويسري (م ٢٧ فقرة ٢) والقانونين التونسي والمراكشي (م ٤٨/٥٢) والقانون اللبناني (م ١٢١) والقانون البرازيلي (م ١٠٠) . واشتمل المشروع الصهيوني للقانون الجديد على نص في هذا المعنى ، فقضت الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ بأنه لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق ما لم يستغل الضيق الذي وقع فيه الطرف المهدد فينتز منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : «وما دام الغرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع بغير حق . أما إذا كان الغرض من الإكراه غير مشروع ، كما إذا استغل المكره ضيق المكره لبيئته منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق ، فيكون الإكراه على نقيض ما تقدم واقعا بغير حق . ولو أن حق الدائن في هذا الغرض قد اتخذ وسيلة لبلوغ الغرض المقصود . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ - ص ١٨٦ في الهامش) .

ذوي القربى وبين الأستاذ والطالب وبين ذى النفوذ الديني والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس ، لا يكفي عادة ليكون وسيلة للإكراه . ذلك أن استعمال النفوذ الأدبي والشوكة أمر مشروع ما دام القصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع (١) .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض مشروع ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه (٢) (١) . ولا شك في أن موقف الزوجة من زوجها والزوج ذو شوكة

(١) وكما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض مشروع لا يعد إكراهاً ، كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده ، أما العطف والحنو فعاطفة من الأب نحو ولده ، فإذا وجد الولد نفسه مضطراً بحكم النفوذ الأدبي ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوي ، إلى إعضاء عقد لا يهبط الملتزم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بعيب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء أثر في والده المقيم معه ليتصرف له تصرفاً في منفعته بشئ من ماله لا يعد في حد ذاته سبباً لإبطال العقد (٢١ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣١٠ - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مارس ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . وتقضى المحاكم الوطنية في كثير من القضايا بصحة العقود التي تصدر من الآباء لأولادهم يميزونهم بها عن بقية الورثة يدافع من العطف والحنو .

هذا وسرى أن بعض هذه العقود قد تقوم على استقلال هوى جامع تثيره زوجة جديدة في نفس زوجها فيؤثرها هي وأولادها على زوجته الأولى وأولاده منها ، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستقلال وقواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة التي سيأتي بيانها . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبي من جهة والاستهواء والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الأولى يفرض فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كآب أو رئيس أو معلم ، استعمل نفوذه الأدبي . والثانية لا يشترط فيها أن الشخص المتسلط على الإرادة له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو أولاداً للمتصرف .

(٢) ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبي كافياً للتأثير في إرادة المتعاقد ، فإذا لم يستعمل الأخ أية وسيلة من وسائل الضغط على أخته المتزوجتين والمستقلتين عنه - وبخاصة إذا كان هناك خلاف بين الأخ وأخته - وقد أبرم العقد المطعون فيه بالإكراه على يد لجنة من العمدة والمشايخ ، فلا يمكن أن يقال أن وسائل ضغط قد حصلت من الأخ على أخته أحدثت عندهما خوفاً شديداً حملهما على قبول ما لم تكونا تقبلانه اختياراً (محكمة استئناف أسبوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣٤٤ ص ٦٩٨) .

وقضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبي أو هيبة الأقارب لا يكفي لبطلان العقد ، بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل إكراه غير مشروع (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشتري على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البرئ ، وأن وقائع الإكراه التي ادعتها - بفرض صحتها - لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيراً يحملها على توقيع العقد لاختيارها بغير رضاه وتسليم ، فلا يكون ثمة محل لمجادلتها في ذلك (١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٧ ص ٦١٨) .

(١) الإكراه الميطل للرضا إنما يتحقق بتهدد الطرف المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تخمله على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً ، ولما كان النفوذ الأدبي إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروع يقصد الوصول إلى غرض غير مشروع يعتبر كافياً لإبطال التصرف .

(جلسة ١٩٩٤/١١/١٠ الطعن ٥٢٠١ السنة ٦٣ ق ٤٥ ص ١٣٦٨)

(جلسة ١٩٨١/١١/٢٢ الطعن ٩٦٤ السنة ٤٦ ق ٣٢ ص ٥٠١)

(جلسة ١٩٧٠/٦/٩ الطعن ١٤٢ السنة ٤١ ق ٣١ ص ١٠٢٢)

على زوجته ، وموقف الولد من أبيه وهو يخفض له جناح الذل من الرحمة ، وموقف المتدين من رئيس ديني والدين ذو أثر عميق في النفس ، وموقف المرؤوس من رئيسه وفي يد هذا إيقاؤه في العمل أو فصله ، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير، وليس من الصواب أن يقال أن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد وصول إلى غرض غير مشروع ، كعقد التزام باهظ يثقل كاهل الملتزم . ستحرر ما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه.

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن المورثة التي تنقض ما أبرمته من تصرفات سابقة بالبيع والوصية، وتتجرد مجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لإبعادها عن أقاربها إبعاداً تاماً ، وأحاطها بخصومها الألداء ، وجعلها تنزل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتعطى لأحدهم توكيلاً عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوبية الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسلطاً جعلها لإرادته وتتصرف وفقاً لما يمليه عليها وتسير في الطريق التي رسمها ، فالوقفية التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإيصاء بها لبعض أقاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (المطران) ناظراً وتفرض له التصرف في الربيع على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطلة طبقاً للمواد ١٢٨ و ١٣٣ و ١٣٦ من القانون المدني (القديم) لانعدام (كذا) رضائها وقت التصرف (٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماه ٩ رقم ٤٧٧ ص ٨٦١).

وتشتمل بعض القوانين الأجنبية على نصوص في هذا الموضوع تقرر أن النفوذ الأدبي وحده لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن تفتقر به وسائل إكراه أخرى . وقد قضت المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي بأن «مجرد الخشية الصادرة عن احترام (La seule crainte révérentielle) واجب للأب أو الأم أو أى أصل آخر، دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفي لإبطال العقد». أنظر أيضاً القانونين التونسي والمراكشي (م ٥١/٥٥) والقانون اللبناني (م ٢١٢) والقانون البرازيلي (م ١٠٠) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٠) ، وهي نصوص منتقدة، لأنه إذا كان صحيحاً كقاعدة عامة أن مجرد النفوذ الأدبي لا يكفي وحده وسيلة للإكراه، إلا أن هذا لا يمنع من أن تتحقق حالات يكفي فيها النفوذ الأدبي لإبطال العقد، وهي الحالات التي يساعد فيها استعمال هذا النفوذ لابتزاز التزامات باهظة كما تقدم القول. على أنه يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية التعسف في استعمال الحق، فإن صاحب النفوذ الأدبي يكون قد تعسف في استعمال نفوذه إذا هو قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع، فيلتزم بالتعويض، وخير تعويض هنا هو إبطال العقد. وكما يقوم العقد على أساس من التعويض وإن أعوزته الإرادة، كذلك يظل على أساس من التعويض وإن لم تعوزه الإرادة. فالأولى إذن أن تتسع نظرية الإكراه حتى تتناول كل فرض من هذه الفروض (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٨ - ص ٤٣٩).

وقد اشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص في هذا الموضوع. فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ بأنه «لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي، إذ لم يصحبه تأثير غير مشروع، سبباً كافياً لإبطال العقد». وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي: «وتعرض المادة ١٧٨ من المشروع لتطبيقات ثلاثة للإكراه بوصفه عيباً من عيوب الرضاء... والتطبيق الثاني خاص بالنفوذ الأدبي، وهو بمجرد لا يعيب الرضاء، وإنما يعيبه إذا صحبه الإكراه وفقاً لعبارة المشروع الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٠ أنظر أيضاً التقنيات اللاتينية)، أو إذا كان هناك «تأثير غير مشروع» على حد تعبير المشروع. ويقصد بعبارة «التأثير غير المشروع» استغلال، أو إساءة استعمال، الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين... الخ. بقصد ابتزاز مغنم فاحش أو منفعة مفرطة. وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما =

## ب- رهبة تحمل على التعاقد

١٩٨- وجوب الأخذ بالمعيار الذاتي: قدمنا أن المادة ١٢٧ من القانون الجديد تقضى بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق... ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه. وهذا النص قاطع في أن القانون الجديد يأخذ في الإكراه بمعيار ذاتي محض. وقد كان القانون القديم (م ١٩٥/١٣٥) يخلط بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي مقلداً في ذلك القانون الفرنسي كما سبق القول (١).

ولاشك في أن القانون الجديد أحسن صنفاً بالاقتصار على المعيار الذاتي وعدم الخلط بينه وبين المعيار الموضوعي، فإن الإكراه، كالغلط وكسائر عيوب الرضاء، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي (٢). وهذا ما جرى عليه القضاء والفقهاء في مصر

= لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من أعمال الإكراه. وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اعتماداً على ما تقرره القواعد العامة في هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التي وردت في هذا المشروع على ما سنرى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ - ص ١٨٦ في الهامش).

ويعرف القانون الإنجليزي ما يسمى بالتأثير غير المشروع (undue influence) وفيه يسعى الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبي عليه. فمتى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين، كأب وابنه أو كطبيب ومريض أو كمحام وعميله أو كرئيس ديني ورجل متدين، واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إمضاء عقد، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال. ولكن يجب طلب ذلك في مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع (أنظر بولوك في العقد ص ٦٤٨ - ص ٦٨٩ - كارتر في العقد ص ٨٥ - ص ٨٧).

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٠ - وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يزيل التعارض ما بين المعيارين الذاتي والموضوعي، وهو التعارض الوارد في المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي على ما رأينا، فذهب إلى وجوب التفريق ما بين المعيارين على الوجه الآتي: إذا كان المتعاقد فوق الوسط طبق المعيار الموضوعي، واكتفى في جسامته الخطر بأن يكون من شأنه أن يؤثر في الوسط من الرجال. أما إذا كان المتعاقد دون الوسط وجب تطبيق المعيار الذاتي، ونظراً إلى حالة المتعاقد وسنه وجنسه وما إلى ذلك (كوليه دي سانتيفر فقرة ٢٢ مكررة (١) - بفتوار ص ٦٠٦ - كولان وكاييتان ٢ ص ٢٨٥). وظاهر أن هناك عيباً واضحاً في هذا التوفيق، فإن المتعاقد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لا تفسد بإكراه ليس من شأنه أن يفسد إرادة من هم فوق الوسط، فكيف يقال بعد ذلك إن إرادته قد فسدت بمثل هذا الإكراه!

(٢) ولا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعيار ذاتية في عيوب الرضاء والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه استقرار التعامل. ولا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع. وإنما القوانين تطاوع المقتضيات العملية، فتأخذ تارة بالإرادة الظاهرة والمعايير الموضوعية حيث يغلب اعتبار استقرار التعامل، وتأخذ تارة بالإرادة الباطنة والمعايير الذاتية حيث يغلب اعتبار العدالة والمنطق القانوني. وتتفاوت القوانين في التوفيق ما بين الاعتبارين، فمنها ما يغلب عليه ترجيح الاستقرار، ومنها ما يغلب عليه ترجيح العدالة، ومنها ما يرضى الاعتبارين على حد سواء بالقدر الذي يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواماً.

حتى في ظل القانون القديم<sup>(١)</sup>. وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup> والقوانين الأجنبية الحديثة<sup>(٢)</sup>.

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المكره التهديد بخطر جسيم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعاً. فالرهبة إذن تكون قد أفسدت إرادته، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها، وإليها ترد سائر المسائل في الإكراه. وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيماً محققاً، إنما هو المظهر المادي للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد. وليس الخطر الجسيم المحقق مقصوداً لذاته، بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس، وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد، مراعى في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره. وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي<sup>(٣)</sup>.

١٩٩ - تطبيق المعيار الذاتي: فالواجب إذن النظر إلى حالة المتعاقد الشخصية، فتتعرف إلى أي حد هو يتأثر بالرهبة والخوف، وتدخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكييف نفسيته، من جنس وسن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧.

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٣٠٢ - محكمة أسبوت الكلية في ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٠ رقم ٢٢٣ ص ٤٤٧ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ - وفي ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ - هالتون ١ ص ٣١٨ - دي هلنس ١ لفظ (convention) فقرة ٤٤ - والتون ١ ص ٢٢٦ - ٢٢٧ - الدكتور عبد السلام ذهني بك فقرة ١٣٤ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٩ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤١٣ - الدكتور حلمي بهجت يدوي فقرة ٨٨ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٤.

(٢) مرشد الحيران م ٢٨٨: «يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وصنعتهم ومناصبهم وجاههم تأثرهم من الحبس والضرب كثرة وقلة، وشدة وضعف».

(٣) القانون المدني الألماني م ١٢٣ - قانون الالتزامات السويسري م ٣٠.

(٣) وهذا ما انتهى إليه الفقه المصري في ظل القانون القديم. وقد جاء في هذا المعنى في كتاب نظرية العقد للمؤلف ما يأتي: «قلنا إن شرطاً واحداً كان يكفي في الإكراه، وهو المعيار الذي تقاس به جسامته. فإذا قيل إن الإكراه يجب أن يصل إلى حد من الجسامته بحيث يكون هو الذي دفع إلى التعاقد، فإن الشروط الأخرى التي ذكرت إلى جانب هذا الشرط تصبح غير ضرورية... ويتبين مما تقدم أن الشروط التفصيلية التي تتطلبها النظرية التقليدية في الإكراه غير صحيحة في كثير من تطبيقاتها. والأولى أن تغفل هذه الشروط وأن نكتفي بالمعيار المرن الذي ذكرناه، فيتحقق الإكراه إذا وجد المتعاقد المكره بالنسبة لظروفه الشخصية في حالة اضطراب ضغطت على إرادته وحملته على التعاقد» (نظرية العقد ص ٤٣٧ و ٤٤٤).

فالأنثى غير الذكر. والعصبى الصغير غير الشاب القوى. وهذا غير الهرم البالي. والقروى الساذج غير المدني المتحضر. والعصبى غير الهادئ المزاج. والضعيف غير القوى. والمريض غير المعافى. والجاهل غير المتعلم. والغبي غير الذكي. وهكذا. ويجب الاعتداد أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات، فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يحدثه وهو في مدينة أهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن. وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس. وقد يكون الخوف أشد وقعاً في نفسه ليلاً منه نهاراً. فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكييف جسامته الخطر في نفس المتعاقد<sup>(١)</sup>.

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هي التي دفعت فعلاً إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها<sup>(٢)</sup>. وينظر في تقديرها إلى العوامل التي سبق بيانها. ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التي تعقب عليها محكمة النقض<sup>(٣)</sup>.

### ج - الجهة التي صدر منها الإكراه

٢٠٠ - الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر والإكراه الصادر من الغير: كان القانون القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صادرا من الغير. فالإكراه الصادر من الغير يؤثر في صحة العقد، أما التدليس الصادر من الغير فلا أثر له في ذلك. وكان هذا موضعاً للنقد

(١) ويلاحظ أن الخطر إذا كان يهدد المال، فالمفروض أنه لا يؤثر في إرادة المتعاقد إلا إذا كان المال الذي يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذي أكره عليه. وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال غصباً سبباً لإفساد الرضاء حتى لو كان صاحب المال يستطيع استرداده بعد غصبه ما دام التهديد قد أثر في إرادته.

ولا يعتبر القانون الإنجليزي الخطر الواقع على المال إكراهاً، لأنه كان في استطاعة المتعاقد أن يدع الخطر يتحقق ثم يرجع بتعويض على من تسبب في ضياع المال (بولوك في العقد ص ٦٤٥). وهذه نظرة تغفل احتمال عدم الجدوى في الرجوع بالتعويض.

(٢) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير درجة الإكراه من الوقائع، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر في الشخص الذي وقع عليه الإكراه، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك (٢ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ - مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠).

(٣) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن جسامته الخطر الذي ينشأ منه الإكراه إنما يقدر بالمعيار النفسي للشخص الواقع عليه الإكراه، وهذا يستدعي مراعاة حالته عملاً بالمادة ١٣٥ من القانون المدني (م ١٢٧ جديد). فإذا كان الكفيل قد دفع ببطان الكفالة للإكراه قولاً منه بأنه كان له في ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب، فضاع منه السند، فلجأ إلى مدينه ليكتب له بدلا منه، فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه في دين له قبله، فلم يجد مناصاً من القبول، فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر في إرادة الكفيل، وهو رجل مثقف خبير بالشؤون والمعاملات المالية، إلى الحد الذي يعيب رضاه بكفالة أخيه، فهذا رد شديد. وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند، بحكم كونه واقعاً لا يد للمكفول له فيها، لا يكون الإكراه المبطل للعقد، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه (أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٤ ص ٥٨٥).



٢٠١ - الإكراه الصادر عن ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة): وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد باعطائه مقداراً جسيماً من المال لهذا الإنقاذ، وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه.

وقد ذهب النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرص الذي يصدر فيه الإكراه من الغير. فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء، ومن ثم يؤثر في صحة العقد. أما الفرض الذي نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادة المتعاقد، ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقد. ولما كانت النظرية التقليدية تشترط في الإكراه أن ينتزع الرضاء، وقد ورد فعلاً لفظ «الانتزاع» (extorqué) في المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي، فإنها لا تجعل الإكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة ذا أثر في صحة العقد (١).

ولكن هذا التمييز الذي تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له، وهو أثر من آثار القانون الروماني بقي في القانون الفرنسي بعد أن زالت مقتضياته (٢). والصحيح أن الإكراه متحقق في كلا الفرضين. وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة، بل صدرت تحت تأثير الضغط، فالإرادة فاسدة، سواء في ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبي أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها. فأثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال. فإذا تعرض شخص لخطر الموت، وتقدم لإنقاذه شخص اشترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك، فلا فرق، من حيث حرية إرادة المدين، إذا كان مصدر الخطر الذي يتهدده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة، وما دام الدائن قد علم بالطرف الخارجي واستغله فالعقد قابل للإبطال. كذلك الطبيب الذي يستغل خطورة المرض، فيضطر المريض إلى الالتزام

(١) أنظر في هذه النظرية التقليدية: نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٥.

(٢) وذلك أن القانون الروماني كان يجعل للإكراه جزءاً مستقلاً غير إبطال العقد. أما الإكراه الذي تهيأت ظروفه مصادفة فلم يكن عليه جزاء، لأنه لا يمكن في هذه الحالة توجيه الدعوى ضد شخص معين صدر منه الإكراه. فانتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي بالرغم من أن هذا القانون يجعل جزاء الإكراه إبطال العقد، ولا يكتفي بدعوى تعويض ضد من صدر منه الإكراه. وظاهر أن دعوى الإكراه يمكن توجيهها ضد المتعاقد الآخر دون حاجة إلى نلعس شخص صدر منه الإكراه (أنظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٥ - أنظر أيضاً أجوسران ٢ فقرة ٨٨ وهو يرى أن العقد يكون قابلاً للإبطال في هذه الحالة لأننا لا ننظر هل كان الدائن ملوماً أو غير ملوم من حيث وجود هذا الإكراه، بل ننظر هل كان المدين إرادته حرة مختارة أم صدرت إرادته تحت ضغط دافع).

ظاهر مما تقدم أن القانون الروماني كان لا ينظر إلى الإكراه إلا باعتبار أنه عمل غير مشروع، فإذا تهيأت لظروفه مباشرة فلا مسؤولية على أحد، ولا جزاء على مثل هذا الإكراه. أما الآن فنحن ننظر إلى الإكراه، لا بوصف أنه عمل غير مشروع فحسب، بل أيضاً بوصف أنه عيب في الرضاء. فالإكراه تهيأت ظروفه مباشرة إذا فاته الوصف فلا يفوته الوصف الثاني، ويكون إذن سبباً في إبطال العقد.

سبقت الإشارة إليه. أما القانون الجديد فقد نبذ هذا التمييز، وجعل الحكم سواء في الحالتين فعالج بذلك عيباً ظاهراً من عيوب القانون القديم.

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمنا. وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب الرضاء لا يختلف، والإرادة تكون فاسدة في الحالتين. أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع، فإن المسئول عن هذا العمل هو المكره، وهو في إحدى الحالتين غيره في الحالة الأولى.

والذي يعيننا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضاء. فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير: كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال (١).

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذي أوردناه في التدليس. فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم، بهذا الإكراه. ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتماً أنه يعلم به، واختار المتعاقد المكره إبطال العقد، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية، بل على أساس من التعويض. وهذا هو عين ما قررناه في التدليس (٢).

ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن النية للمتعاقد الآخر، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضاء، فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ويكون للمكره أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر (٣).

(١) والقضاء والفقهاء في مصر متفقان على هذا الحكم حتى في ظل القانون القديم: محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١٧١ - وفي ١٩ يونيو ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ - دي هلتس ١ لفظ (convention) فقرة ٤٥ - هالتون ١ ص ١٨ والتون ١ ص ٢٣٤ - الدكتور ذهني بك فقرة ١٣٦ - فقرة ١٤١ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨١ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٠٥ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٩ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٦.

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ (وقد سبقت الإشارة إلى الحكم). وقارن المادة ٢٩ من قانون الالتزامات السويسري. هذا ويصح القول هنا أيضاً بأن القانون أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة على النحو الذي سبق أن قررناه في صدد الغلط والتدليس.

(٣) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص في هذا المعنى، فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ المشروع بأنه إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه، ولم يكن في استطاعته أن يعلم بالمكروه إلا أن يطالب المكره بالتعويض. وقد حذفت هذه الفقرة في المشروع النهائي لأنها تضمنت تكفي فيه قواعد المسؤولية، كما سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٨٧).

## ٤ - الاستغلال (\*)

### (L'exploitation)

٢٠٢ - الاستغلال والغبن: الغبن هو المظهر المادي للاستغلال. ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه.

ويستخلص من هذا التعريف: (١) أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية. أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن، لأن الأولى طبيعتها تقضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين، ولأن الثانية يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى (١). (٢) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك. (٣) أن الغبن يصعب الاحتراز منه، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش، وبهذا التمييز العملي يقول الفقه الإسلامي.

٢٠٣ - تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نفسية للاستغلال: والغبن مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلاً مرضياً، فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة، رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً. ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة، تدخل القانون لمنع الغبن.

كان الرومان متشبعين بروح الفردية، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الروماني يعبأ بالغبن. ولما ساد الدين المسيحي أوروبا في القرون الوسطى، انتكصت روح الفردية. وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ في الظهور منذ ذلك الوقت، فإن رجال الكنيسة قيدوا هذا المبدأ بالعدالة وبحماية الضعيف من استغلال القوى، وتوسعوا في نظرية الغبن، فحرموا الربا في

هذا والقانون المقارن في هذا الموضوع متجه إلى جعل حالة الاضطراب مؤثرة في صحة العقد، وسرى ذلك عند الكلام في نظرية الاستغلال (نظرية المقعد للمؤلف ص ٤٤١ حاشية رقم ١).

(\*) بعض المراجع: ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ٦١ وما بعدها - جوسران في الباعث في الأعمال القانونية فقرة ٩١ - ديمونس (Demontès) في الغبن في العقود ما بين البالغين سنة ١٩٢٤ - لويس لوكاس (Louis-Lucas) في الغبن والعقد سنة ١٩٢٦ - الرسائل: هايم (Hayem) باريس سنة ١٨٩٩ - جريليه (Geilier) باريس سنة ١٩٠٨ - دييجول (Dyol) مونبليه سنة ١٩١٩ - موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - كولزون (Coulezon) مونبليه سنة ١٩٢٤ - ميمان (Mémín) باريس سنة ١٩٢٤ - هاون (Haon) مونبليه سنة ١٩٢٧ - موريكس (Morix) سنة ١٩٢٩ - بروجا (Proga) باريس سنة ١٩٣١ - دالم (Dalem) باريس سنة ١٩٣٩ - فالمون (Valmont) باريس سنة ١٩٣٩ - أنظر أيضاً مقال الأستاذ ريكول في مجلة مصر المصرية سنة ١٨ ص ١٨٩ - ص ٢١٤ - نظرية المقعد للمؤلف ص ٤٤٥ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ٢١٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٤١ وما بعدها.

(١) وسرى أن الاستغلال قد يقع في العقود الاحتمالية بل وفي عقود التبرع، فهو أوسع مدى من الغبن.

بمبلغ جسيم أجراً للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذي يؤخذ عادة، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة، ويجب أن يبطل العقد في هذه الحالة، ومن ينقذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من ربان السفينة ليس له أن يتمسك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه.

وقد اشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص صريح في هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقد المهتد بخاطر تهيأت ظروفه مصادفة، أو كان سعي النية وأراد استغلال هذه الظروف. ففي الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكره حق إبطال العقد (١)، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سبباً لإبطال العقد في الحالة الثانية. وهذا التمييز معقول ويجب الأخذ به في ظل القانون الجديد. وإذا كان المشروع النهائي قد أغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة في تقرير هذا الحكم (٢)، وبخاصة على قواعد الاستغلال، وسرى ذلك فيما يلي.

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدي - وقد حذفت في المشروع النهائي اكتفاء بالقواعد العامة - على ما يأتي: «إذا أبرم شخص عقداً للخلاص من خطر جسيم حال، يهدده هو أو أحد أقاربه، فلا يعتبر هذا العقد قابلاً للإبطال بسبب الإكراه إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهتد». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي: «... أما التطبيق الثالث فهو خاص بحالة من يجد غيره مهتداً بخطر جسيم حال لا يد له فيه، فيستغل هذا الموقف. فهو وإن لم يكن المتسبب في الطرف الملجئ، إلا أنه انتفع به للحصول على مغن فاحش. ويعتبر الإكراه في هذه الصورة عيباً في الرضاء (قارن الاستغلال). وعلى النقيض من ذلك يتفق الإكراه ويكون الرضاء صحيحاً إذا لم يحاول المتعاقد الآخر في مثل هذا الفرض أن يحصل على منفعة مفرطة، بل اقتصر إنقاذ المتعاقد الآخر في مقابل منفعة معقولة. فمناط الحكم في هذه التطبيقات الثلاثة هو فكرة (الإفراط في الغنم). (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ - ص ١٨٦ في الهامش). أنظر أيضاً المادة ١٤٤٧ من القانون الإيطالي الجديد.

هذا والحكم يبقى صحيحاً حتى لو اعتقد المتعاقد المهتد أن المتعاقد الآخر قد أفرط في الغنم، ما دام هذا الأخير كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذي يهدد المتعاقد معه. فإذا اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية خطيرة، وتقاضى أجراً لعملة مبالغاً كبيراً ولكنه يتناسب مع خطورة العملية، فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد. وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية، فلو فرض أن المريض لم يكن حرة الإرادة وأراد إبطال العقد، فمن حق الطبيب أن يتقاضى تعويضاً من المريض في هذه الحالة، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً كما مر ذلك في صور مختلفة.

(٢) وقد أخذ بهذا الرأي الفقه والقضاء في مصر حتى في ظل القانون القديم: والتون ١ ص ٢٣٧-٢٣٨ - الدكتور ذهني بك فقرة ١٣٥ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨٢ - نظرية المقعد للمؤلف فقرة ٤٢١ - الدكتور حلمي بهجت فقرة ٨٩ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٧ - وأبطلت محكمة الاستئناف المختلطة الاتفاق الذي يعقد في حالة الاضطراب الناجمة من وجود سفينة في خطر (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٦)، واكتفت بإعطاء دعوى الفسولي (١١ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٣٥). أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣ - وفي ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ - وفي ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤١ (وفي هذا الحكم الأخير ذكرت المحكمة في أسباب الحكم أن القانون المصري (القديم) لم ينقل من القانون الفرنسي كلمة «يتزاع» (extorqué) الواردة في المادة ١١٠٩ من هذا القانون الأخير، والتي كانت السبب في أن الفقه الفرنسي لا يجعل حالة الاضطراب التي تهيأت مصادفة إكراها يبطل العقد).

عقود القرض، وحددوا للسلع أثمانها وللعمل أجره، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل (juste prix) وبالأجر العدل (juste salaire). وعينت الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية، فحرمت الربا وتعقبته في جميع مظان وجوده. ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة، فضاق من تحريم الغبن ما كان قد اتسع. وعادت القوانين لا تعتد بالغبن إلا في أحوال معينة. وقويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية، فألغت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن في بيع العقار. وورث القانون المدني الفرنسي، ومن ورثه القانون المدني المصري القديم، هذه التقاليد، فجاءت أحكامها ضيقة في الغبن. وقد التزم القانونان نظرة مادية للغبن. فالغبن فيها لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها، والعبارة في الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد، والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء، وهو عيب في العقد لا عيب في الرضاء، وآيته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود. وأظهر حالة للغبن في القانون المدني المصري القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م ٣٣٦ - ١٩/٣٣٧ - ٤٢٠٤). وهناك حالات أخرى كانت منتشرة في نواحي هذا القانون، كالفائدة لا يزيد حدها الأقصى على ٨ في المائة، وكعقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر في أجر الوكيل.

وقد تطورت هذه النظرية المادية في الغبن إلى نظرية نفسية في الاستغلال أخذ بها أكثر التقنينات الحديثة. والفرق ما بين النظريتين يتلخص في أمرين: (أولاً) في النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرة شخصية، فالعبارة بقيمة الشيء في حد ذاته، ويحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب. أما في النظرية الأخرى فالعبارة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد، إذ قد يكون الشيء تافهاً في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية. ويترتب على النظرة المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة، فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشتره بثمن أكبر، غير مخدوع ولا مضطر، لأن قيمته الشخصية تعادل الثمن الذي بذله. في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد، طبقاً للنظرية المادية، مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية، مع أنه كان عالماً بهذه القيمة ولم يخدع في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد، أي أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه. فالغبن إذن في النظرية المادية هو كما قدمنا عيب مستقل قائم بذاته، وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء. أما الذي يترتب على النظرة الشخصية لقيمة الشيء فهو ألا يكون هناك غبن إلا إذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً في قيمته، أو مخدوعاً فيها، أو مضطراً إلى التعاقد، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عجز أو حاجة. ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه. فلا يكون الغبن إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً

بذاته وواقعاً في العقد، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء. (ثانياً) ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية، فهي درجة محددة، بل هي رقم مرصود. فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى القسمة، أو النصف كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم، أو سبعة أجزاء من اثني عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار، هو الغبن الذي يعتد به ويستوجب الجزاء إبطالاً أو تكملة. وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية، بالنسبة إلى ظروف المتعاقد الخاصة، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية، فلا يعتد به في هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد. أما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً، فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه، بل تترك ذلك لظروف كل حالة، ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد ياهظ.

وغنى عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد، وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل، إذ يمكن للوهلة الأولى أن نتعرف هل في العقد غبن، ولا يقتضى ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية، ونسب هذه القيمة إلى الثمن، فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به. ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها، فهي من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف. وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل، دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى، تكون قاعدة ظالمة رغباً من مظهر خداع فيها للعدالة.

وقد اعتنقت التقنينات الحديثة النظرية النفسية، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود. فقضى القانون المدني الألماني في المادة ١٣٨ ببطان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره، في نظير شيء يؤديه، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء، بحيث يبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً (disproportion choquante) في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء. وتقضى المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً (disproportion évidente) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجرئة. وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (hors de toute proportion) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف،



جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات (١).

٢٠٤ - القانون المصري الجديد: وقد ساير القانون المصري الجديد التقنينات الحديثة وأخذ بالنظرية النفسية في الاستغلال، فنص في المادة ١٢٩ على ما يأتي:

«١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد».

«٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة».

«٣- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن» (٢).

وقد حرص القانون الجديد على أن ينص في المادة ١٣٠ على أن «يراعى في تطبيق المادة

(١) أنظر أيضاً للقانون الإيطالي الجديد (م ١٤٤٨ الفقرة الأولى) والقانون البولوني (م ٤٣) والقانون اللبناني (م ٢١٤) والقانون النمساوي (م ٨٧٩) والقانون الصيني (م ٧٤). وقد قدم النايبان الفرنسيان جيبال وديبان (Guibal et Dupin) إلى مجلس النواب الفرنسي في ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٠ مشروع قانون يكمل المادة ١١١٨ من القانون الفرنسي ويضع نصاً عاماً يحرم الاستغلال في جميع العقود، فيقضى بأن يكون الغبن سبباً في إبطال العقد إذا كان الاختلال في التعادل ما بين الالتزامات التي تنشأ عنه جسيماً، وكان هذا يرجع إلى استغلال حاجة الطرف المغبون أو خفته أو عدم تجرئته (أنظر الوثائق البرلمانية الفرنسية: مجلس النواب سنة ١٩٢٠ الملحق فقرة ١١١٢ ص ١٧٨٦).

هذا ويستخلص من بحث أجرى في البلاد التي تتضمن قوانينها المدنية نصوراً عاماً في الاستغلال على النحو الذي تقدم ذكره أن هذه النصوص نادرة التطبيق، وكان كثير من النقاد يتوقعون عكس ذلك ويخشون من أن هذه النصوص تكون مدعاة لكثرة التقاضي (أنظر مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (Morel) في بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبقوتها الملزمة: باريس سنة ١٩٤٨ - ١٩٤٩ ص ٣٨٧).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يكون مفروضاً، تبعاً للظروف، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعاً. ٢- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن». وقد أدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات على المادة، وأصبح رقمها ١٣٣ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب كما وردت في المشروع النهائي. أما لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ فقد تناقشت طويلاً في هذه المادة، وكانت تعمل في أول الأمر إلى حذفها، ثم اتجهت إلى تقييدها على الوجه الآتي: «١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد =

السابقة (م ١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة (١). والعقود التي يشير إليها أهمها عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر وعقد القسمة وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائي. وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في هذه العقود. والمهم أن الغبن في هذه الحالات قام على أساس النظرية المادية، فلم يعتبر عيباً في الرضاء بل عيباً في العقد، واعتد في الشيء بقيمته المادية لا بقيمته الشخصية، ووقفت النصوص في بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن.

= المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. ٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. ٣- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن».

ولوحظ أن الهوى معناه الشهوة الجامحة لا المودة والعطف، وقد ترك تحديد الطيش والهوى لتقدير القاضي. وراعت اللجنة في التعديل الذي أجرته أن تعدل عن التوسع الذي اختاره نص المشروع وأن تجعل أساس النص قاصراً على استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح. وحذفت من الفقرة الأولى عبارة «ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعاً» لأنها من قبيل التزويد. وأضافت قيداً يتعلق بميعاد رفع الدعوى. وجاء في ملحق لتقريرها ما يأتي: «اقترح حذف المادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال إذ قد يكون في استبقائها ما يهدد المعاملات، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن وضع أحكام خاصة في شأن الاستغلال لا يقتصر أثره على دعم الأسس الخلقية في تنظيم المعاملات بل يجاوز ذلك إلى إقالة القضاء من عناء التحايل على النصوص وتحميل القواعد ما لا تطبق بطبيعتها. فالقضاء في ظل القانون الحالي قد استنبت فكرة الإيحاء والتسلط والاعواء وتوسع في تطبيق (الغلط في القيمة) عندما يكون دافعاً إلى التعاقد وتوسل بشتى الوسائل لدفع الجور في صور كثيرة من صور الاستغلال حفلت بها مجموعات الأحكام. وما من شك في أن هذه الحالة بذاتها تعرض المتعاملين لاحتمالات من خلاف التقدير وتفاوت مزاج المجتهدين في استحسان الخروج على القواعد العامة ولا تعين على توطيد الاستقرار في قليل أو كثير. لذلك رأيت اللجنة أن أفراد نص للاستغلال يكون أدهى إلى إدراك المتعاملين لما قد يتعرض له العقد من طعن في نطاق ضيق واضح الحدود. ولكنها توسعت فلم تر أن يكون نطاق هذا النص رحباً على غرار نظيره في أكثر التقنينات الحديثة، ومنها التقنين الألماني والسويسري واللبناني والمشروع الفرنسي الإيطالي، بل اقتصرته فيه على حالتى «الهوى الجامح والطيش البين».

وأصبح رقم المادة ١٢٩، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٩ - ص ٢٠٣).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٨٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود وبما يسمح به القانون من سعر الفائدة». فعدلته لجنة المراجعة على الوجه الوارد في نص القانون الجديد، لجعل النص أدق في الدلالة على المعنى المقصود، وأصبح رقم المادة ١٣٤ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ، وأصبح رقمه ١٣٠. ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤).

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال في نظريته العامة التي تتناول جميع العقود، وهي النظرية الشخصية التي تضمنها نص المادة ١٢٩ سالف الذكر، رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذي نص عليه القانون.

فنحن نتكلم : (أولاً) في عناصر الاستغلال، و(ثانياً) في الجزاء الذي يترتب عليه.

## أ- عناصر الاستغلال

٢٠٥- **العنصران الموضوعي والنفسي**: للاستغلال عنصران، أحدهما موضوعي وهو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً، والآخر نفسي وهو استغلال ضعف في نفس المتعاقد<sup>(١)</sup>.

٢٠٦- **العنصر الموضوعي**: أوردت المادة ١٢٩ العنصر الموضوعي للاستغلال في العبارة الآتية: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر». وهذا هو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً كما قدمنا.

ففي عقد البيع، لا يشترط التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشتري، فقد يغبن أحد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع. ولكن إذا اختل التعادل اختلالاً فادحاً بين قيمة المبيع الذي التزم به البائع والثلث الذي التزم به المشتري، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق.

وفي الوعد بالبيع، إذا كان الواعد قد التزم مثلاً ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد، بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائدة بوعده هذا وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلالاً فادحاً، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال هنا أيضاً يتحقق.

وفي الحالة الأولى يكون الاختلال الفادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر. وفي الحالة الثانية يقع الاختلال الفادح بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد.

والعبرة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد، لا بقيمته المادية في ذاته. فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف، فيرغب شخص في شرائه بخمسة آلاف لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا الثمن. فالعبرة هنا بالقيمة الثانية دون الأولى. ولو اشتراه

(١) يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدني أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن رقم ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق م ٤٥ ص ٣٨٢).

(جلسة ١٩٩٧/٥/١١ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ٩٧٤).

الراغب فيه بخمسة آلاف أو بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحاً بين ما دفعه وما اعتبر قيمة شخصية للمنزل، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال لا يتحقق، أما إذا دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية، كأن دفع ثمانية آلاف مثلاً، جاز القول بأن الاختلال في التعادل اختلالاً فادحاً.

فالفداحة في اختلال التعادل معيارها مادي كما نرى. ولكن هذا المعيار ليس رقماً ثابتاً، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة. فقد تتحقق الفداحة بثمانية آلاف في المثل المتقدم، وقد تتحقق بمبلغ أقل، وقد لا تتحقق إلا بمبلغ أكبر. والقاضي هو الذي يقدر بأي مبلغ تتحقق. وينظر في ذلك إلى ظروف كل من المشتري والبائع وإلى جميع الملابسات الأخرى. فالمسألة هنا مسألة واقع لا مسألة قانون، ومحكمة النقض لا رقابة لها في ذلك إلا من حيث قصور التسبيب، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر أن الاختلال في التعادل فادح، وكان بيانها في ذلك كافياً، فلا تعقيب لمحكمة النقض. وعبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون، فهو الذي عليه أن يثبت الفداحة في اختلال التعادل.

وأكثر ما يكون الاختلال فادحاً في عقود المعاوضة المحددة (contrats commutifs) فتيها يأخذ المتعاقد ويعطى، وهو يعرف على وجه محدد مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى، سواء في ذلك أخذ لنفسه أو أخذ لغيره كما في الاشتراط لمصلحة الغير. ولكن قد يقع ذلك أيضاً في العقود الاحتمالية<sup>(١)</sup>، وهي عقود تنطوي على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف. إذ ينبغي أن يكون هناك نوع من التعادل معقول بين احتمال المكسب وقيمه من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى. فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المكسب، وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيراً عن مقدار المكسب، كان الاختلال في التعادل فادحاً. فلو أن شخصاً أمن منزله من الحريق، وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه صاحبه إلا بتلبية لطلب دائن ارتهن المنزل، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطاً سنوية عالية، احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل فتقاضى تعويض عنه هو مبلغ التأمين، ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوي وبين مبلغ التأمين ذاته، ففي مثل هذا العقد الاحتمالي وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال في التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التأمين اختلالاً فادحاً.

ولا يمكن القول في عقود التبرع إن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل، لأن المتبرع يعطى ولا يأخذ. ولكن الاستغلال بالرغم من ذلك يقع في التبرعات كما يقع في

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وتحسن الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يظن فيها على أساس الغبن إذا اجتمع فيه معنى الإفراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩١). وقد نص القانون اللبناني صراحة على ذلك، فجاءت الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٤ من هذا القانون ما يأتي: «العقد الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للإبطال بسبب الغبن».

المعاوضات. بل هو أشد وطأة في الأولى منه في الثانية. وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل، فإن الاستغلال يكون أكثر تحقّقاً فيما لا تعادل فيه أصلاً. والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من القانون الجديد، وهي تجيز في عقود المعاوضة توقي دعوى الإبطال بتكملة البذل، تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع في غير عقود المعاوضة أي في عقود التبرع<sup>(١)</sup>. أما كيف يقع الاستغلال في التبرعات فإن ذلك سهل التصور، بل هو كثير الوقوع فعلاً. فقد يتبرع شخص بجميع ماله - ويغلب أن يتم ذلك عن طريق هبة في صورة بيع - لزوجته الثانية وأولاده منها، مضيعاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعي، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال زوجته الأولى ضعفه أو هواه. وهنا لا يقال إن التعادل مختل اختلالاً فادحاً. بل يقال إنه غير موجود أصلاً، فالتبرع أعطي دون مقابل، وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البين أو لهواه الجامح.

بل قد يجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، كما إذا أوصى شخص بجميع ما يملك الإيضاء به لشخص استغل فيه طيشاً أو هوى جامحاً، فالوصية هنا يعيها الاستغلال، وهي ليست عقداً بل عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد.

٢٠٧ - **العنصر النفسي:** أما العنصر النفسي للاستغلال فقد أوردته المادة ١٢٩ في العبارة الآتية: «وتبين أن المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً». وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتي: «بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضائه لم يصدر عن اختيار كاف». ثم أصبح نص المشروع النهائي كما يأتي: «وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو تبين بوجه عام أن رضائه لم يصدر عن اختيار كاف». ويلاحظ أن المشروعين التمهيدى والنهائي قد توسعا فيما يصح أن يستغل في المتعاقد المغبون: الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك. بل ذهب إلى مدى أبعد، فصرحاً بأن العبرة في كل هذا ألا يكون رضاه المتعاقد المغبون قد صدر عن اختيار كاف. والمشروعان فيما توسعا فيه يتفقان مع التقنيات الأجنبية الحديثة التي تضمنت نصوصاً عامة في الاستغلال، وقد سبقت الإشارة إليها، ورأيها تستعمل الألفاظ ذاتها. ولكن عندما عرض المشروع النهائي على لجنة مجلس الشيوخ أثرت اللجنة ألا تتوسع في الاستغلال توسع التقنيات الأجنبية، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى، مع اشتراط أن يكون الطيش بيناً والهوى جامحاً،

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتي: «ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعاً». ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص لأنه من قبيل التزديد، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٠٤ في الهامش). وبقيت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ وهي تفيد ضمناً كما رأينا أن الاستغلال قد يقع في عقود التبرع.

إمعاناً في تضيق الدائرة التي يطبق الاستغلال فيها، خشية من التحكم، ورغبة في انضباط التعامل واستقراره<sup>(١)</sup>.

فالعنصر النفسي في الاستغلال ينحصر إذن في أن أحد المتعاقدين يستغل في المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً. وفي القضاء المصري أمثلة بارزة على ذلك. فكثيراً ما يعتمد رجل طاعن في السن إلى الزواج من امرأة لا تزال في مقتبل العمر، وليس من النادر أن تعتمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى، فتستكتبه من العقود لنفسها وأولادها ما تشاء، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك. وقد تتزوج امرأة غنية من شاب عن ميل وهوى، فيعتمد الزوج إلى استغلال الزوجة وابتزاز مالها عن طريق عقود يميلها عليها. وقد تشتري امرأة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجاً جديداً، فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ طائل من المال. وقد يلقي الطيش والنزق بشاب ورث مالا كثيراً في أيدي المرابين والمستغلبين، فيستكتبونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله، وهم يستغلون في ذلك نزقه الشديد وطيشه البين. كل هذه أمثلة ننتزعها من حياتنا المصرية لندلل بها على أن الاستغلال ليس بالأمر النادر، بل هو شيء يقع في الحياة. وإذا وقع كان القضاء في أشد الحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض له من الأفضية في ذلك<sup>(٢)</sup>. وهو إذا ترك إلى القواعد العامة يتلمس العلاج في عيب بالذات من عيوب الرضاء، أو يتلمسه في قواعد العدالة، كما كان يفعل من قبل في ظل القانون القديم، فإنه لا يلبث أن يضطرب عليه الأمر، ويكون بين أن يفسر النصوص على غير ما

(١) وقد ترتب على تضيق الدائرة التي يطبق فيها الاستغلال أن أصبحت المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى - وهي المادة التي حذفت من المشروع النهائي وتعرض كما أسلفنا لحالات خاصة في الإكراه هي حالة الخوف من المطالبة بحق وحالة النفوذ الأدبي وحالة الضرورة - نصاً كان من المفيد استبقاؤه لأن نظرية الاستغلال أصبحت بعد هذا التعديل تضيق بالحالات المشار إليها. وقد قدمنا أنه يمكن اعتبار المادة ١٧٨ المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإكراه، فيستغنى عنها بتطبيق هذه القواعد.

(٢) وقد عرضت فعلاً هذه الأفضية وأمثالها على المحاكم المصرية في ظل القانون القديم فكانت تعالجها في بعض الأحوال معالجة ناقصة عن طريق تطبيق القواعد العامة (في الإكراه) أو عن طريق تطبيق قواعد العدالة، وفي أحوال أخرى كانت تسير وراء القضاء الفرنسي في نظرية الاستهواء والتسلط على الإرادة التي سيأتي ذكرها فيما يلي:

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأنه إذا كان الحكم قد بني قضاءً بطلان عقد البيع على فساد رضاه البائع لكونه متقدماً في السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أيضاً أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد خصوصاً لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم، فإنه لا سبيل إلى الجدل في ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع الدعوى (٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر رقم ٨٩ ص ٢٩٦). وقضت في حكم ثان بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وظروفها أن السند المطالب بقيمة صدر من المورث بمحض إرادته واختياره، ولم يؤخذ منه بالاستهواء أو بالتسلط على الإرادة، وكان هذا الاستخلاص سائغاً، فلا تدخل لمحكمة النقض لأن ذلك من سلطة قاضي الموضوع (٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢). وفي قضية ثالثة كانت الزوجة تريد أن يطلقها زوجها حتى تتزوج من آخر، فاستغل الزوج هذه الظروف، =



وضعت له، أو أن يتحرر منها فينقلب إلى تيه ليست فيه معالم مستقرة ولا ضوابط يسترشد بها في خطاه.

ويلاحظ أن هذا العنصر النفسي يقتضى أن يكون المتعاقد المغبون «لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً». ومعنى هذا إن يكون الاستغلال قد وقع من المتعاقد الآخر، وإن يكون هذا الاستغلال هو الذى وقع من المتعاقد الآخر، وأن يكون

= وحصل من زوجته على مال وسندات ومنزل وعقد توكيل وعقد إيجار بما تناهز قيمته خمسين ألفاً من الجنيهات، ثم طلقها، ولما طعن الزوج في هذا التصرف، قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن ما أعطته الزوجة لزوجها يعتبر بدل خلع، ولكن الزوجة كانت في حالة اضطراب عند تقرير هذه الالتزامات بذمتها، وأن الرأى الصواب الذى يتحقق به العدل (أى تطبيقاً لقواعد العدالة) هو تخفيض هذه الالتزامات إلى الحد المناسب (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ ص ٧٢٢). وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن بدل الخلع في الشريعة الإسلامية يجب أن يكون مقترناً بصيغة الطلاق وأن المسألة على كل حال يجب أن تحال على القضاء الشرعى للفصل فيها (نقض مدنى في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٦ ص ١٧٨). وقد أعيدت القضية إلى محكمة الاستئناف ولكن الخصوم لم يروا السير في الدعوى الشرعية التى قضت محكمة النقض أن تقف الدعوى المدنية بسببها، وانفقوا على تسوية النزاع فيما بينهم.

وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا ثبت أن سند دين صدر من شخص وهو في حالة مرضية كانت حياته فيها مهددة بالخطر مما جعله يفكر في الانتحار ويحاوله مراراً ويتحرر بالفعل، فضلاً عن كونه في حالة عقلية تجعله مسلوب الإرادة، فتعاقدته غير مبنية على رضاء صحيح، ولا تلزم ورثته بوفاء بما تعهد به في هذا السند (٣١ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٨٦ ص ١٦٧). وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة الاضطراب التى وجد فيها المتعاقد الآخر للوصول إلى غرض غير مشروع أى إلى التزام باعظ، فالعقد يكون باطلاً للإكراه، فإذا صدرت عدة تعهدات تحت تأثير ضغط الإرادة ونتيجة استغلال رغبة جامع، فللمحكمة إقرار التعهدات التى أجازها المتعهد بنحو اختياره بعد زوال الإكراه والحكم ببطلان ما لم يجزه منها صراحة أو ضمناً (أول ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٦١ ص ٣٤٣) - أنظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ١١٧١ - ومحكمة أسيوط الكلية في ١٢ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٢٦١.

هذا ولما كان القانون المدنى الفرنسى لا يتضمن نصاً عاماً في الاستغلال، فقد خلق الفقه والقضلاء الفرنسيان نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستهواء (séduction). وقد قصرها على عقود التبرع دون عقود المعاوضة. ولا نرى فرقا بين نظرية الاستغلال في عقود المعاوضة ونظرية الاستهواء في عقود التبرع. والجزء في الحالتين واحد هو قابلية العقد للإبطال. والأولى إدماج نظرية الاستهواء في نظرية الاستغلال واعتبارهما نظرية واحدة. وقد رأينا القضاء في مصر يلجأ إلى نظرية الاستهواء عند كانت نظرية الاستغلال تعوزه (نقض مدنى في ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ١٥٢) وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم - قارن استئناف مختلط في ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ ص ١٦٧ - وانظر آنفاً فقرة ١٩٧ في الهامش). ويرى الدكتور وديع فرج في مذكرات له غير مطبوعة التفريق ما بين نظرية الاستغلال ونظرية الاستهواء، ويذهب في هذا إلى مدى بعيد، ويقول إن الجواز الاستغلال هو البطلان النسبي أما الجزء في الاستهواء فهو البطلان المطلق (أنظر ص ١٣٨ من المذكرات).

هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد. ويترتب على ذلك أمران: (أولهما) أن إرادة المستغل تكون إراد غير مشروعة، فإذا انصرفت إلى استغلال المتعاقد المغبون، وهذا عمل مشروع<sup>(١)</sup>. وإذا كان المستغل لا يد له فيما أصاب المتعاقد المغبون من طيش أو هوى، إلا أنه قد استغل فيه ما أصابه من ذلك، وهذا ما يجعل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تهيأت ظروفه مصادفة على ما مر بنا<sup>(٢)</sup>. (والأمر الثانى) أن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة، فهى إرادة ضلل بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامع، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد، فالمعيار هنا معيار نفسى كما هو الأمر فى سائر عيوب الرضاء<sup>(٣)</sup>.

ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض، ولكن الوصف القانونى لوقائع الاستغلال، وأن ما يصح استغلاله مقصور على الطيش البين والهوى الجامع، مسألة قانون تيسر عليها محكمة النقض رقابتها.

وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسى، إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادى، لا مستخلص منه ولا مفروض. والنص صريح فى هذا المعنى إذ يقول: «وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً». وهذا بخلاف نص المشروع التمهيدى الذى يجعل العنصر النفسى مفروضاً بوجود العنصر المادى فيقول: «بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته...».

٢٠٨ - علاقة الاستغلال بعيوب الرضاء: قدمنا أن العنصر النفسى يقتضى أمرين: أن إرادة المتعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة، وأن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة.

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول، كان العقد الذى أملاه الطرف المستغل عقداً غير مشروع. وإذا نحن اعتبرنا الأمر الثانى، كان هذا العقد ذاته - الذى لم يرض به الطرف المغبون إلا عن

(١) أنظر سالى فى إعلان الإرادة باريس سنة ١٩٢٩ فقرة ٩٨ على المادة ١٣٨ من القانون الألمانى.

(٢) أنظر سالى المرجع المتقدم فقرة ٩٩ (م ١٣٨ ألمانى). وانظر آنفاً فقرة ٢٠١.

(٣) التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفه قبل صدور قرار الحجر لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة إستغلال أو تواطؤ، ويقصد بالاستغلال أن ينتمى الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله، والتواطؤ يكون عندما يتوقع السفيه أو ذى الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تقويت آثار الحجر المرتقب. ومن ثم فلا يكفي لإبطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه أو غفله بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ بالمعنى السابق بيانه، كما أنه لا يكفي لتحقيق هذا الاستغلال توفر قصد الاستغلال لدى المتعاقد مع السفيه أو ذى الغفلة بل يجب كذلك أن يثبت أن هذا المتعاقد قد استغل ذى الغفلة أو السفيه فعلا وحصل من وراء العقد على فوائد أو نبرات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون.

(جلسة ١٩٦٤/٥/١١ الطعن ٢٠٠ لسنة ٢٩ ق ١٥ ص ٧٠٦)

(جلسة ١٩٦٧/٥/١١ الطعن ٤٥ لسنة ٣٤ ق ١٨ ص ٩٧٤)

ضلال من طيشه أو ضغط من هواه - عقداً قد داخله عيب من عيوب الرضاء.

بالاعتبار الأول أخذ القانون الألماني (م ١٣٨)، وجعل عقد المستغل باطلاً بطلاناً مطلقاً لمنافاته للآداب<sup>(١)</sup>. وبالاعتبار الثاني أخذت التقنيات الحديثة الأخرى ومعها القانون المصري أو الجديد، وجعلت العقد قابلاً للإبطال أو للإنقاص لعيب في إرادة المتعاقد المغبون<sup>(٢)</sup>.

وبعينا هنا أن نقف عند الاعتبار الثاني، وهو الذي أخذ به قانوننا المصري الجديد مقتضياً في ذلك أثر المشروع الفرنسي الإيطالي وكثير من التقنيات الحديثة. فالاستغلال، وفقاً لهذا الاعتبار، لا ينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغل. بل على أساس أنه عمل من شأنه أن يعيب إرادة الطرف المغبون. ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو استغل فيه طيش البين كان مضللاً، وكان العيب الذي يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط. وإذا ما استغل فيه هواه الجامح، وكان العيب الذي يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى الإكراه. والأمر في كل ذلك واضح، فإن المتعاقد المغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن الفاحش الذي يختل به التعادل بين ما أخذ وما أعطى اختلالاً فادحاً، إلا أن يكون قد وقع في تدليس أو غلط في حالة الطيش البين، أو أن يكون ضحية إكراه في حالة الهوى الجامح، ولكن الغلط والتدليس والإكراه في حالات الاستغلال عيوب لا تتميز تميزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها، بل هي عيوب مفترضة. ويكفي في افتراضها أن يقام الدليل على الاستغلال بعنصره المادى والنفسى. لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للإبطال، بل وضع بديلاً عن هذا الجزاء في بعض الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للإنقاص. وجعلت المدة التي ترفع فيها دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص سنة واحدة من تاريخ العقد. فخالفت دعوى الإبطال للاستغلال، بهذا وذلك، دعاوى الإبطال الأخرى التي تترتب على الغلط والتدليس والإكراه. وهذا ما نتولى الآن بيانه.

## ب- الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

٢٠٩- دعويان: إذا توافرت شروط الاستغلال التي أسلفنا ذكرها «جاز للقاضي، بناء

(١) أنظر سالى المرجع المتقدم فقرة ٩٥ - فقرة ٩٧ (م ١٣٨م ألماني).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى: «لم يأخذ المشروع بمذهب التقنين الألماني فيما يتعلق باستغلال المتعاقد، بل اقتفى أثر المشروع الفرنسي الإيطالي. وليس معنى هذا التقنين (الألماني) أن المغبون قد خضع لتأثير لم يستطع التغلب عليه بإرادته، وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء. ولكن يعيبه أمر مختلف هو أن الطرف الآخر قد استغل في حين تعاقد معه ما قام به من ضعف وما اشتد عليه من عوز. فليس ينطوى الأمر على عيب في الرضاء، بل هو ينطوى على عمل مخالف للآداب صدر من المتعاقد الذي حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته. ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق لا البطلان النسبى... تلك وجهة التقنين الألماني. وقد أثر المشروع اطراحها واتباع ما اختاره المشروع الفرنسي الإيطالي في هذا الصدد. فلم يعتبر الغبن عملاً مخالفاً للآداب، بل اعتبره عيباً من عيوب الرضاء يستتبع وجوده بطلاناً نسبياً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٠ - ص ١٩١).

على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويتبين من ذلك أن القانون يرتب على الاستغلال إحدى دعويين: دعوى إبطال، ودعوى إنقاص.

وسواء طلب المتعاقد المغبون الإبطال أو طلب الإنقاص، فإنه يجب أن يرفع دعواه في «خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة» (م ١٢٩ فقرة ثانية). والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لا مدة للتقدم، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه، ورفعها بعد ذلك، كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضى بذلك صريح النص. ويقال عادة في هذا الصدد إن السنة ميعاد إسقاط (déchéance) لا ميعاد تقادم (prescription). والفرق بين الميعادين أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف، بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانقطاع والوقف. وتبدأ السنة من وقت تمام العقد، وتحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ من القانون الجديد).

والحكمة في أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستغلال مدة قصيرة، وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف، هي الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي يداخلها الاستغلال، فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح. وفي هذا حماية للمتعاقد واستقرار للتعامل. أما دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه فسرى أنها لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (م ١٤٠). وهذه المدة هي فوق ذلك مدة تقادم لا ميعاد إسقاط، فيجوز أن تطول إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع أو الوقف. والعلة في ذلك أن الطعن في العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة، فإن كلا من الغلط والتدليس والإكراه شيء يستطاع التثبت من وجوده بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستغلال<sup>(١)</sup>.

٢١٠- دعوى الإبطال: وإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاء المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء، وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال. أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد، وأن المتعاقد المغبون كان دون استغلال يبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة، ورفض القاضي إبطال العقد، معاوضة كان أو تبرعاً، واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة على الوجه الذى سيأتى بيانه. والخيار ما بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يسترشد فيه القاضي بملايسات القضية وظروفها، فالمسألة إذن مسألة

(١) ولم يكن المشروع التمهيدى يفرق في هذا الصدد ما بين دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه ودعوى الإبطال أو الإنقاص في الاستغلال، فكل هذه الدعاوى كانت تتقدم بثلاث سنوات (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤٧). ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أدخلت التعديل الذى يقضى بهذا التفريق كما مر بنا (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٠ - ص ٢٠١).

واقع لا معقب عليها من محكمة النقض.

ودعوى الإبطال للاستغلال يجرى عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى، وسيأتي ذكر هذه الأحكام عند الكلام في بطلان العقد. ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى في أمرين:

(الأمر الأول) المدة التي ترفع فيها الدعوى، وقد مر ذكر ذلك.

(الأمر الثاني) أن الطرف المستغل يجوز له أن يتوقى الحكم بالإبطال. عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن. وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على هذا الحكم فقالت: «ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن». فإذا كان العقد معاوضة كالبيع، وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال، جاز للمشتري أن يعرض زيادة في الثمن ترفع الغبن عن البائع. فإذا رأى القاضى أن الزيادة التي عرضها المشتري تكفي لرفع الغبن، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد. ومقدار الزيادة الذي يكفي لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضى. ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشيء، بل يكفي أن تكون بحيث تجعل الغبن الذي يتحملة البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش. وينظر القاضى في تقدير ذلك إلى ملايسات القضية وظروفها، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسبب وافيًا، وغنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتوقى دعوى الإبطال لا ينطبق على عقود التبرع، فإن من تلقى التبرع لم يدفع أى مقابل تصح زيادته لرفع الغبن.

٢١١- دعوى الانقاص: وإذا اختار المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته الباهظة ورفع من بادئ الأمر دعوى الانقاص، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضى رأى الاقتصار على إنقاص التزاماته، قضى بإنقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة<sup>(١)</sup>. وهذا أيضاً موكول لتقدير القاضى ينظر فيه وفقاً للملايسات القضية وظروفها، كما هو الشأن في الزيادة التي يعرضها الطرف المستغل لرفع الغبن فيما مر بنا. والمسألة هنا أيضاً مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها. ففي البيع المشوب بالاستغلال إذا رفع البائع المغبون دعوى الانقاص، أو رفع دعوى الإبطال ولكن رأى الاقتصار على الانقاص، جاز للقاضى أن ينقص من المبيع القدر الذي يراه كافياً لرفع الغبن الفاحش عن البائع. ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقي من المبيع معادلاً للثمن، بل يكفي ألا يكون هناك غبن فاحش إذا قوبل هذا الباقي بالثمن.

ولا يجوز وقت النظر في إنقاص التزامات البائع الباهظة أن يعدل القاضى عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة في التزامات المشتري، بأن يزيد في مقدار الثمن بدلا من أن ينقص.

(١) وإذا صح للقاضى أن يحكم بالانقاص ولو طلب المتعاقد المغبون الإبطال، فإنه لا يصح له أن يحكم بالإبطال إذا طلب المتعاقد المغبون الإنقاص. لأن هذا قد قدر مصلحته واقتصر على الإنقاص، فلا يصح للقاضى أن يحكم بالإبطال إلا اعتبر أنه قد قضى للمخضم بأكثر مما طلب. ويبقى القاضى متقيداً بطلب الإنقاص إذا تقدم به المتعاقد المغبون حتى لو كان الطرف الآخر أثر على إنقاص العقد إبطاله، ذلك أنه لا يستطيع أن يطلب إبطال عقد استغل هو فيه الطرف المغبون.

في قدر المبيع، فإن نص القانون لا يجيز ذلك، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لا يؤدي للبائع بل يرفع عنه الغبن، فإن الزيادة في الثمن قد تؤدي المشتري إلى حد أن يؤثر العدول عن لصفقة. وإنما تجوز الزيادة في الثمن إذا رغب المشتري نفسه في ذلك بأن ترفع عليه دعوى لإبطال فيتوقاها بعرض زيادة في الثمن يراها القاضى كافية لرفع الغبن كما مر.

ويجوز الإنقاص في عقود التبرع التي داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال، وينقص للقاضى التبرع إلى الحد الذي ينتفى معه أثر الاستغلال.

٢١٢- دفع ما وجه من اعتراض على نظرية الاستغلال: خشي كثيرون من هذا نص العام الذي ورد في القانون الجديد على الاستغلال، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى تقلقل وعدم الاستقرار، وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى. ولا نرى ما يبرر هذا التخوف، فإن القضاء المصرى قد واجه فعلاً أفضية الاستغلال في الأمثلة التي قدمناها، وعالجها بالقدر الذى استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة. وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفى هنا، وأن نصاً عاماً فى الاستغلال، لا سيما إذا شمل هذا النص حالات لاستهواء أيضاً، تفرضه الضرورة وتوجه مقتضيات التعامل. فيواجه القاضى ما يعرض له فعلاً من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات، وتنقطع معه أسباب الخلاف والتردد. والغريب أن خصوم نظرية الاستغلال يناقض بعضهم بعضاً. ففريق منهم يرى أن هذا نص العام فى الاستغلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى<sup>(١)</sup>. وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك إن النص نادر التطبيق، وإن أفضية الاستغلال التي طرحت أمام المحاكم في البلاد التي اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى<sup>(٢)</sup>. وسنرى ما يصير إليه الأمر فى مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذى شتمل عليه القانون الجديد<sup>(٣)</sup>.

(١) ومن هؤلاء الدكتور وديع فرج إذ يقول فى مذكراته غير المطبوعة (ص ١٣٤) ما يأتى: «ولا أبالغ إذا قلت إن هذا النص الخاص بالاستغلال سيعرض المعاملات لشيء كبير من القلقلة وعدم الاستقرار، وسيكون مصدراً غزيراً للمنازعات والدعاوى».

(٢) أنظر بلاتيويل وريبير وبولانجيه باريس سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٢٧١ - وانظر أيضاً مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (Morel) فى بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبقوتها الملزمة: باريس سنة ١٩٤٨ - سنة ١٩٤٩ ص ٣٨٧ (وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٠٣ فى الهامش).

(٣) وغنى عن البيان أن العقود التي تكون قد أبرمت قبل نفاذ القانون المدنى الجديد يسرى عليها القانون القديم، فلا تطبق بالنسبة إليها قواعد الاستغلال التي مر ذكرها، بل يقتصر فيها على تطبيق القواعد العامة على الوجه الذى كان معمولاً به فى القانون القديم. أما العقود التي تكون قد أبرمت منذ نفاذ القانون الجديد (أى منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩)، فهذه هي التي تسرى عليها المادة ١٢٩ من هذا القانون.



## الفرع الثاني المحل (L'Objet)

٢١٣ - تعريف محل الالتزام: محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به. والمدين يلتزم كما قدمنا إما بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل.

والالتزام بنقل حق عيني إنما هو التزام بعمل. ولكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه، فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني ذاته. فإذا كان الحق العيني حق ملكية امتزج بالشيء المملوك وأصبح شيئاً واحداً، فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشيء ذاته الذي تنتقل ملكيته.

٢١٤ - الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام: يستخلص من نصوص القانون الجديد (م ١٣١ - ١٣٥) أن محل الالتزام يجب أن يكون: (١) موجوداً إذا كان شيئاً (أى محلاً للالتزام بنقل حق عيني)، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل. (٢) معيناً أو قابلاً للتعين. (٣) قابلاً للتعامل فيه (١).

## المبحث الأول المحل موجود أو ممكن ١ - المحل موجود

٢١٥ - معنى الوجود: إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً. والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك.

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود. فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة - حتى لو أمكن وجوده في المستقبل - فإن الالتزام لا يقوم. كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء، ثم هلك قبل نشوء الالتزام.

(١) اقتصر القانون المدني القديم في الكلام على المحل على نص واحد، هو المادتان ١٤٩/٩٥. وهما تنصان على أنه «يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلاً ممكناً جائزاً، وإلا كان باطلاً. فإن كان الغرض منه إعطاء شيء، وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه بالنوع وأن يكون صنفه ميبناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال». وقد اشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص يسرد شروط المحل على هذا النحو، فنصت المادة ١٨١ من هذا المشروع على ما يأتي: «يجب أن يكون محل الالتزام الذي ينشأ عن العقد أمراً ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعين وحائزاً شرعاً، وإلا كان العقد باطلاً». ولكن لجنة المراجعة حذقت هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بالأحكام المفصلة التي وردت في المواد التالية (م ١٣١ - ١٣٥)، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٧ في الهامش).

أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به.

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام، وجاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل.

٢١٦ - المحل المستقبل: رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من القانون المدني الجديد صراحة على ذلك إذ تقول: «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً» (١). وقد يبدو أن هذا النص بديهي، فهو يرد حكماً تقضى به القواعد العامة، إذ ليس في هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل القابل للتعين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده في المستقبل. ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامي (٢)، فإن هذه القواعد تقضى بأن التعامل لا يصح إلا في شيء موجود، فيبيع المعدوم باطل، واستثنى السلم، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلية على خلاف القياس. وقد تأثر القانون المدني المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامي فنص في المادة ٣٣٠ على أن «بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نيته باطل» (٣). من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية بنص صريح (٤).

(١) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ٢١٧ في الهامش) وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد. فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل. وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل. ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكم حالة العقود الاحتمالية... فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل. وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين. وليس نمة محل للتفرقة بين بيع الثمار المنعقدة وبيع الثمار قبل انعقادها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م ٣٣٠ - ٣٣١) متأثراً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٨).

(٢) تقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامي لأن هناك من فقهاء المسلمين، كابن القيم، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا امتنع الفرر، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قبل أن ينبت يسر الوحدة لا بشمن مقدر جزافاً.

(٣) ثم نصت المادة ٣٣١ من القانون المدني المختلط على ما يأتي: «ومع ذلك فيبيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النبات يشمل أيضاً الأثمار التي تنعقد والزرع الذي ينبت بعد البيع». أنظر في القضاء المختلط نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٥٧.

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وقد قصد فيما يتعلق بالشروط الأولى، وهو وجود المحل، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٦).

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تثبت (1)، بضمن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة، وقد قضى القانون الجديد على ما كان من خلاف في هذا بين القانون الوطني والقانون المختلط. ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء، فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود. وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج (1).

والواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية. فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك. وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل ظهورها كما رأينا. ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه، بل قبل أن يبدأ. وينزل مقال عن الأجر في مقابلة لم ترس عليه بعد. هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل، وهي صحيحة.

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م 1033 فقرة 2) أو رهناً حيازياً (م 1098). وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل في الترك المستقبلية، وهذا ما تنتقل الآن إليه.

**٢١٧ - التركة المستقبلية:** نصت الفقرة الثانية من المادة 131 من القانون الجديد على ما يأتي: «غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون» (2). وهذه القاعدة ترجع في أصلها إلى القانون

(1) (أ) الاتفاق على بيع محصول في المستقبل جائز بحكم المادة 131 من القانون المدني، فإذا حصلت محكمة الموضوع أن العاقدین قصداً يبيع 750 قنطاراً من القطن محددة على الأقل واستندت في ذلك إلى أسباب سائفة فإن هذا ما يدخل في نطاق سلطتها الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض.

(جلسة 1959/11/12 مجموعة المكتب الفني السنة 10 ص 641)

(ب) إذا كان عقد الأيجار الصادر من المالك والمؤجر لا يسرى في حق المشتري إلا بالنسبة لما كان قائماً من المباني فعلاً وقت البيع، فإن عقد الأيجار الصادر من المالك السابق في شأن عين النزاع التي لم يكن وقت البيع قد قامت على نحو يجعلها قابلة للانتفاع بها لا ينفذ في حق المشتري المطعون عليها الأولى.

(جلسة 1979/3/17 الطعن 1278 لسنة 1978 ق 48).

(1) وقد يكون البيع الواقع على النتاج بيعاً احتمالياً، فيصح وجد النتاج أو لم يوجد، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمن.

(2) تاريخ النص: ورد هذا النص (بفقرته) في المادة 182 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. 2- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية». ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدي =

الروماني، فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلية مخالفاً للآداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته، ويعد ذلك مخالفاً للنظام

= يجيز التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي: «والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التي جرى العمل عليها من عهد الرومان. بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا ارتضى صاحبها ذلك. والحق أن علة تقرير البطلان، وهي الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثه، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف. وبهذا أبيع للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها مادام المورث قد أقرهم على ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 205 في الهامش). وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي: «ويرد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالترركات المستقبلية، إذ حظر التعامل فيها بضرور جميعاً، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك. ويراعى أن النص الذي تضمنه المشروع أعم من نص المادتين 263/232 من التقنين الحالي، حيث يقتصر الحظر على البيع. بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالي خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاصلاً برضاء صاحبها. فقد احتذى هذا التقنين مثال أغلب التقنينات الأجنبية، وقضى ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاء لعدم مشروعية المحل، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب. وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلية. أما المشرع فقد اتبع في هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من الذبوع غير كبير (أنظر مع ذلك المادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري والمادة 312 من التقنين الألماني، وكذلك المادة 1271 من التقنين الإسباني والمادة 1370 من التقنين الهولندي والمادة 58 من التقنين البولوني)، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في التصرف وارتضاه. وليس يكفي لإنتمام التعاقد في هذه الصورة رضاه المتعاقدين، بل لابد أيضاً من رضاه المورث، ويجب أن يكون رضاه الجميع ثابتاً في عقد رسمي. وإذا كان التصرف لا يتعقد إلا باجتماع إرادات ثلاث، فلهذه الحالة نظير في التقنين المصري الحالي، فحوالة الحق لا تتعقد إلا إذا اقترن رضاه المحال عليه برضاء طرفي الحوالة. وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره. فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث، ولهذا شرع بالبطلان النسبي لمصلحته. ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة. وانتهى الأمر بالمشروع، والتقنينات التي اقتبس منها، إلى وضع المسألة وضعاً جديداً. فكل تصرف يرد على تركة مستقبلية لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم، بل يتناول شخصاً ثالثاً، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها، إذ الأمر يتعلق بتركته. وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للآداب. وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها. فهو يبيح اتفاقات لها، بغير شك، نفعها من الناحية العملية، ولا يحول دون الإفادة منها إلا الحظر القائم. فللورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وبموافقتهم أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية. ولاشك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم. كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث» (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 208 - ص 209).

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد، وأن تعود إلى الحكم =

العام إذ هو خليق أن يغرى ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث. فالرومان عندما حرموا التعامل في الشركة المستقبلية كانوا ينظرون إلى مصلحة المورث، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد. أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً، فإن الوارث الذي يتعامل في شركة مستقبلية يغلب أن يكون نزقاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل. فتحريم هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه. لذلك كان التحريم مطلقاً، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني. وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية.

وكل ضرب من التعامل في شركة مستقبلية باطل، أيا كان الطرفان، وأيا كان نوع التعامل (١). وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد. ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالشركة المستقبلية، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها، وضروب التعامل التي ترد عليها.

فالشركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته. فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو

= القديم في تحريم التعامل في الشركة المستقبلية ولو برضاء المورث، فعدلت نص المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: ١٥ - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. ٢ - غير أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون. وقد لوحظ في الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في الشركة المستقبلية برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً، ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد. وقد أصبح رقم المادة ١٣٥ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة «ولو كان برضاء» زيادة في الإيضاح ونسجاً على منوال التقنين القديم. وأصبح رقم المادة ١٣١. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية، ٢ ص ٢٠٦ - ص ٢١١). وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي - وقارن المادة ٣١٢ من التقنين الألماني والمادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسري.

هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً مماثلاً لنص القانون الجديد، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل. فكانت المادتان ٢٦٣/٢٣٢ تقضيان بأن «بيع الحقوق في شركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاء». ولكن الفقه والقضاء في مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هي تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٥٦).

(١) من المقرر أن الاتفاق الذي يتطوى على التصرف في حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه أياه أو يؤدي إلى المساس بحق الارث في كون الانسان وارثاً أو غير وارث وكونه مستقل بالارث أم يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام إذ يعد تحايلاً على قواعد الميراث فيقع باطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الاجازة ويباح اثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفاً في الاتفاق.

(جلسة ١٩٧٥/١١/١١ مجموعة المكتب الفنى لسنة ٢٦ ص ١٣٩٤).

(جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ مجموعة المكتب الفنى لسنة ١٨ ص ١٧٣٦).

تركته المستقبلية. والتعامل المحرم هو الذى يقع على شركة مستقبلية في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال الشركة (١). ويستوى أن تأتي الشركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية. فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في شركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً.

أما الطرف الذى يقع منه التعامل في الشركة المستقبلية فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في الشركة المستقبلية (٢). وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر. وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من الشركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من الشركة يأخذه بعد موته، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصى وفي أنها لا تجوز إلا في حدود معينة. والحكمة في تحريم التعامل على

(١) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال الشركة، فإنه يصح. وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملاً في شركة مستقبلية. ولا يعد تعاملاً في شركة مستقبلية أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أملاً في سداد الدين من الشركة التي سيرثها، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو، فليس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن شركة مستقبلية، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالشركة. ولا يكون التعاقد باطلاً حتى ولو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين، كما إذا كان الدائن لمستحق في وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالي في الوقف كفيلاً لمدينه توقفاً لموت هذا المدين، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في شركة مستقبلية. كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لاخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على ألا تطالب بشئ من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في شركة مستقبلية وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٨ يونيو سنة ١٩٣٩ الحاماة ١٠ ص ٩٩).

ولكن يعد تعاملاً في شركة مستقبلية أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبي، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأى منهم باطلة. كذلك يعد تعاملاً في شركة مستقبلية تصرف لا يحدد فيه الوارث شركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية شركة تؤول إليه، وإلزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون الشركة، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد.

(٢) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في شركة مورثه - وهذا بيع باطل لأنها تعامل في شركة مستقبلية - وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه في الحال - وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال. فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتملة في شركة مستقبلية، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٤٤).



المورث نفسه ترجع إلى أن الأحكام الميراث والوصية من النظام العام، فإذا أبخنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يحدد عن هذه الأحكام (١) (١).

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلية محرم كما قدمنا. فلا يجوز للمورث أن يبيع ميراثه المستقبل، أو يهبه، أو يقسمه، أو يقايض به، أو يقدمه نصيباً في

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث، وكونه مستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام. والتحليل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة، وبحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى. وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها، فإن التكليف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر، 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 فيه. ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون، بل هو من قبيل الرقي المحرمة شرعاً (نقض مدني في ١٤ يولية ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٤٩).

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوارثه في الحال مالا مملوكاً له، أو يهبه إياه، فليس هذا تعاملًا في تركة مستقبلية، بل هو تصرف في مال حاضر. وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته، وأن تقييد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث. وأما قبل ذلك فالملك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل نصيبهم، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بعيب. وأن هذا حق لا غبار عليه، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٤ يولية سنة ١٩٣٤ (وهو الحكم السابق الرشارة إليه) (نقض مدني في ٤ يولية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٢ ص ١١٢٨).

(١) التحليل المنوع على أحكام الارث ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً كاعتبار شخص وارثاً وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس وكذلك ما يتفرغ عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية كإيجار ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حاله صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من نصيبهم في الميراث لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلاحق للورثة فيه، ومتى كانت هذه التصرفات المنجزة جائزة شرعاً فإنه لا يجوز الطعن فيها بعدم مشروعية السبب بمقولة أن الباعث الدافع إليها هو المساس بحق الورثة في الميراث إذ لا حق لهؤلاء في الأموال المتصرف فيها يمكن المساس به.

(جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ الطعن ٣٥١ لسنة ٣٣ ق السنة ١٨ ص ١٨٣٣)

(جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ الطعن ٣٨ لسنة ٣٦ ق ص ٢١ ص ٥٣١)

(جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥ الطعن ٢٩٩ لسنة ٥٠ ق ص ٣٤ ص ٨٣٣)

شركة، أو يصالح عليه، أو ينزل عنه بإرادته المنفردة. بل هو لا يستطيع أن يؤجره (١)، أو أن يجرى عليه أي نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازته القانون بنص صريح، وذلك كالوصية (م ٩١٥ جديد) وقسمة المورث (م ٩٠٨ - ٩١٣ جديد).

## ٢- المحل الممكن

٢١٨- الامكان يقابل الوجود: رأينا في الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً. أما الالتزام الذي يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً. والإمكان هنا يقابل الوجود هناك، فإذا كانت محل الالتزام مستحيلاً، فإن الالتزام لا يقوم، ويكون العقد باطلاً، لأنه لا التزام بمستحيل. (a l'impossible nul n'est tenu). وقد نصت المادة ١٣٢ من القانون المدني الجديد على ذلك إذ تقول: «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً» (٢).

## ٢١٩- الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية: والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة

(١) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه في تركة كان عقده باطلاً (محكمة النقض الفرنسية في دورتها المجتمعة في ٢ يولية سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٥٥٣).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٨٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي:

١- إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالته مطلقاً، كان العقد باطلاً.

٢- أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون غيره، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهداته.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «إذا كانت الاستحالة مطلقة، فالمحل غير موجود في الواقع. ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد، فيكون العقد للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان. أما إذا كانت الاستحالة نسبية، أي قاصرة على الملتزم وحده، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه. على أن التنفيذ إذا استحال على المدين، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي، إن كان ثمة محل لذلك. وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذكر القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية. فبعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع، وبعضها من السير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة ٣٠٧ من التقنين الألماني والمادة ٢٠ من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين ٥٦ و ٥٧ من التقنين البولوني الخ... على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض)». وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفتي بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته، وأصبح النص كما يأتي: «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً». وأصبح رقم المادة ١٣٦ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قبل إن المراد من أن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته هو أن يكون مستحيلاً استحالته مطلقاً، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٣٢. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١١ - ص ٢١٤).

المطلقة، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة ١٣٢، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب. فقد يلتزم شخص بعمل فنى يكون مستحيلاً عليه هو أن يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه. ففى هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام، ويكون المدين مسؤولاً فى هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه ولتسرع فى أن يأخذ على نفسه إلتزاماً لا يطيقه، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين. ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له، ففى كلتا الحالتين يوجد الالتزام، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولاً عن التعويض على النحو الذى قدمناه.

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة (١)، وهى ما رجعت إلى الالتزام فى ذاته كما رأينا (١)، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضى بنشئها بعد أن وجد، فتبرأ ذمة المدين، ولكن يبقى مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير فى جانبه، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين. ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك، أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد.

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له، وإنما تجعله فى الحالتين قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه. أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود

(١) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام فى ذاته، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره. فيجب إذن أن تكون الاستحالة موضوعية (impossibilité objective) بالنسبة إلى جميع الناس، لا استحالة شخصية (impossibilité subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض.

ومن ثم فبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية. وإذا كان الالتزام ينقل الملكية فى هذا البيع مستحيلاً على البائع، فليس هو بالأمر المستحيل فى ذاته، ويستطيع المالك الحقيقى، بل يستطيع نفس البائع إذا أصبح مالكا، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام، ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (م ٤٦٦ من القانون المدنى الجديد)، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ.

(١) إذا كان النص فى المادة ١٣٢ من القانون المدنى على أنه «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلاً» يدل على أنه إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة بسبب سابق على الالتزام فإنها تجعل العقد باطلاً، وكان من شأن شراء الشخص لشيء كان مملوكاً له وقت البيع أن يكون محل البيع مستحيلاً استحالة مطلقة فإن العقد يقع باطلاً.

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٣ الطعن ٧٤٥ لسنة ٥٤ق).

التعهد فإنها تجعل العقد باطلاً، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين (١).

٢٢٠- الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية: والاستحالة فى الأمثلة التى قدمناها استحالة طبيعية. وقد تكون الاستحالة قانونية، أى ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب فى القانون، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى أو نقض فى قضية لا يجوز فيها النقض. ففى مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام.

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة: تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به، وتنتهى الالتزام إذا وجدت بعد ذلك. وينبنى على ما تقدم أن تعهد المحامى برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذى يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً فى جانبه، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامى ترك الميعاد ينقضى دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلاً، فإن الالتزام يوجد أولاً، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً، فيكون المحامى مسؤولاً عن التعويض.

## المبحث الثانى المحل معين أو قابل للتعين

٢٢١- النصوص القانونية: نصت المادة ١٣٣ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

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

٢- ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما استطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (٢).

(١) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة، إذا هى لم ترجع إلى تقصير من الملتزم، فينقضى الالتزام بها، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٨٤ من المشروع التمهيدي على النحو الآتى: ١- يجب أن يكون الشيء محل الالتزام معيناً بذاته، أو بنوعه ومقداره. ٢- ويكفى أن يكون الشيء معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما استطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من أى ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط. وفى لجنة المراجعة تقرر إدخال بعض تعديلات لفظية، والنص على حكم البطلان بعد أن استغنى عن المادة ١٨١ من المشروع، وحذف عبارة «صراحة أو ضمناً» من الفقرة الثانية لأن الاتفاق الضمنى يندرج تحت عبارة «استخلاص ذلك من أى ظرف آخر» وإضافة العرف كتخصيص يليه تعميم فى عبارة «من أى ظرف آخر». فأصبح النص كالتالى: ١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً. ٢- ويكفى أن يكون المحل =

ونصت المادة ١٣٤ على ما يأتي:

«إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر<sup>(١)</sup>».

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين (١). فإذا كان المحل نقوداً، وجب أن تكون هي أيضاً معينة أو قابلة للتعيين، أما قيمة هذه النقود إذا تغيرت فليس في الأصل لتغيرها أي اعتبار.

فتكلم: (أولاً) في كيفية تعيين المحل (ثانياً) في تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً.

= معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط. وأصبح رقم المادة ١٣٧ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وكذلك فعلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وأصبح رقم المادة ١٣٣. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٤ - ص ٢١٧). أنظر المادة ١٩٠ فقرة ٢ من التقنين اللبناني والمادة ٢٤٣ من التقنين الألماني.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٨٦ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي: (١) - إذا كان محل الالتزام نقوداً فلا يكون المدين ملزماً إلا بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك. ٢ - إذا لم يكن للنقد المعين في العقد سعر قانوني في مصر جاز للمدين أن يفي دينه بنقود مصرية بسعر الققطع في الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء. فإذا لم يكن في مكان الوفاء سعر معروف للققطع، فسعر قطعها في أقرب سوق تجارية. كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. ٣ - إذا تأخر المدين عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بتقصير منه كان ملزماً بفرق السعر، دون إخلال بفوائد التأخير. وفي لجنة المراجعة اقترح حذف النص كله لأنه يقرر حكماً في مسائل اقتصادية يحسن تركها لقانون خاص، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على ذلك مع استبقاء الفقرة الأولى على أن يحذف منها العبارة الأخيرة «ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك»، فأصبح النص الذي أقرته اللجنة هو ما يأتي: «إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر». وأصبح رقم المادة ١٣٨ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل، وكذلك فعلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وأصبح رقم المادة ١٣٤. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ - ص ٢٢٢).

أنظر المادة ٢٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي. هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن النص الآتي (م ٥٧٧/٤٧٤): «إذا كان الشئ المستعار نقوداً لزم رده بعين قيمته العديدة، أي كان اختلاف أسعار المسكوكات الذي حصل بعد وقت العارية». وهذا النص لا يختلف في المعنى عن النص الجديد، وإن كان مقصوراً على عقد القرض.

(١) مؤدى نص المادة ١٣٣ من القانون المدني أنه يكفي لتعيين محل الالتزام أن يحدد في عقد التجار العين المؤجرة تحديداً نافياً للجهالة.

(جلسة ١٩٨١/٣/٢١ الطعن ٧٩٠ لسنة ٥٠ ق ٣٢ ص ٥٧٣)

## ١ - كيفية تعيين المحل

٢٢٢ - تعيين محل الالتزام إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل: إذا التزم شخص أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل وجب أن يكون ما التزم به معيناً. فإذا تعهد مقاول ببناء وجب أن يتعين هذا البناء أو وجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين. وقابليته للتعيين ترجع إلى الظروف التي تستخلص منها نية طرفي الالتزام. فإذا التزم المقاول بأن يبني مستشفى أو مدرسة أو منزلاً للسكنى أو منزلاً للاستغلال أو نحو ذلك، فإن ظروف التعاقد يصح أن يستخلص منها العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب. أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أي نوع من البناء هو، كان المحل غير معين وغير قابل للتعيين، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعلوم.

٢٢٣ - تعيين محل الالتزام في الشئ موضوع الحق العيني: وإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني على شئ، وجب كذلك أن يكون هذا الشئ معيناً أو قابلاً للتعيين (١). وهنا يجب التمييز بين الشئ المعين بالذات والشئ غير المعين.

فإذا وقع العقد على شئ معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشئ معروفة، فيوصف الشئ وصفاً يكون مانعاً للجهالة. فإذا باع شخص منزلاً، وجب أن يبين موقع هذا المنزل في أية جهة هو وأن يذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل الأخرى. وإذا باع أرضاً، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها. وإذا باع سيارة معينة بالذات، وجب أن يبين أية سيارة يبيعها وأن يذكر أوصافها المميزة. لاسيما إذا كان البائع عنده أكثر من سيارة واحدة. وقد طبقت المادة ٤١٩ من القانون الجديد هذه القاعدة في صدد عقد البيع، فنصت على أنه «يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه».

أما إذا كان الشئ غير معين بالذات، وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، كأن يذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع الأشموني وأن مقداره عشرون قنطاراً. فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية

(١) النص في المادة ١/١٣٣ من القانون المدني على أنه «إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً» وفي المادة ١/٤١٩ منه على أنه «يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه» يدل على أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شئ وجب أن يكون هذا الشئ معيناً أو قابل للتعيين، فإذا وقع العقد على شئ معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشئ معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة أو بإمكان استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التي تم بها تنفيذها له.

(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٠ الطعن ١٤٤٠ لسنة ٥٢ ق ٣٧ ص ٥٧٨)

(جلسة ١٩٩٤/١/١١ الطعن ٢١٧٦ لسنة ٥٩ ق ٤٥ ص ١٢٩)



معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة.

وكثيراً ما يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف، كما إذا قام متجر بتوريد سلعة لمعمل له دون أن يبين الثمن، أو قام صانع بعمل دون أن يحدد أجره.

وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن المدين، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن الدائن<sup>(١)</sup>.

## ٢ - تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً

٢٢٤ - تعيين النقود - العملة الورقية ذات السعر القانوني: إذا كان محل الالتزام نقوداً، وجب أن تكون هي أيضاً معينة بنوعها ومقدارها شأن أي محل للالتزام. فيلتزم المدين مثلاً أن يؤدي للدائن مقدراً معيناً من الجنيهات المصرية أو من القروش أو من الملائيم. وتقضى المادة ١٣٤، كما رأينا، بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر<sup>(١)</sup>. ويترتب على ذلك أن المدين يلتزم بأداء المقدار المتفق عليه من النقود، سواء

(١) وقد يترك تعيين المحل لأجنبي كما إذا باع شخص عيناً بثمن يترك تقديره لحكم. فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزماً للمتعاقدين، وقام التزام المشتري على محل معين. أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضي أن يقوم مقامه في التقدير، لأن عمل العقود لا يدخل في مهمة القاضي، فيبقى الثمن غير معين، ويكون البيع باطلاً. ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة إذ يصبح التعاقد الآخر تحت رحمته، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم.

هذا وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص يعرض لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ من هذا المشروع، وقد جرت على النحو الآتي: ١٥ - إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد، فيجب أن يكون هذا التعيين قائماً على أساس عادل. فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل، فيكون تعيين الشيء بحكم من القضاء. ٢ - ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولمحض اختياره، فإن العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل. وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي لأنه يعرض لحالات تفصيلية قليلة الأهمية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ في الهامش). وبعد حذف النص لم يعد هناك مجالاً لاتباع أحكامه فيما خالفت فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها. أنظر أيضاً في هذا الموضوع المواد ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من القانون الألماني، وعن هذه المواد اقتبس المشروع التمهيدي المادة ١٨٥ التي حذفتها لجنة المراجعة.

(١) مفاد نص المادة ١٣٤ من التقنين المدني أنه إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر.

(جلسة ١٩٨٦/٣/٦ الطعن ٤٢٧ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٧٧/٧/٢٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ص ١٥٥٦)

ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت. فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين. وليس من اللازم أن يؤدي المدين النقود من النوع المنصوص عليه في العقد، جنيهات أو قروشاً أو ملاليم، بل إن المدين يؤدي دينه عادة بتقد ذى سعر قانوني (cours légal) يساوي القدر المتفق عليه، فيؤدي عملة ورقية إذا تقرر لها سعر قانوني.

والأصل في نظرنا أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانوني وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامي (cours forcé). فالسعر القانوني وحده كاف لجعل الدائن يستوفي حقه. ومهما يكن من خلاف في هذه المسألة فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامي، فإن الدائن الذي يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أي وقت شاء.

٢٢٥ - العملة الورقية ذات السعر الإلزامي (شرط الذهب): فإذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامي ظهرت خطورة المسألة، لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامي تكون قيمتها الاقتصادية أقل من قيمتها القانونية، وتنقص هذه القيمة الاقتصادية كلما زاد التضخم. فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامي. وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولاً فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك. لهذا جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً، وهذا ما يسمى بشرط الذهب (clause d'or)، فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب (payable en or) أو بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or). فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً؟ نرى أن ذلك لا يجوز في المعاملات الداخلية، وأن الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام، وأن العقد الذي تضمنه هذا الشرط يكون باطلاً كذلك إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسي على التعاقد. ونحن في هذا الرأي نتفق مع القضاء الفرنسي<sup>(١)</sup> ومع جمهرة من الفقهاء الفرنسيين<sup>(٢)</sup>. وما يؤيد ما نذهب إليه أن الغرض من تقرير السعر

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٢٥ وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ - ١ - ٤١ (مع تعليق هيبير Hubert) - محكمة باريس الاستئنافية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥ - ٢ - ١١٥ - وفي ١٣ أبريل ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥.

(٢) أوبري ورو الطبعة الخامسة ٤ ص ٣١٨ - ص ٣٦٠ - كايبتان في دالوز الأسبوعي سنة ١٩٢٦ باب المقالات ص ١ و ص ١٧ و ص ٣٣، وسنة ١٩٢٧ ص ١، وسنة ١٩٢٨ ص ٥٣ - ديموج في مقال له في جريدة موثقي العقود (Journal des notaires) سنة ١٩٢١ ص ١٣٧، وسنة ١٩٢٣ ص ٩٧ - جيز في مقال له في مجلة العلم والتشريع المالي (Revue de science et de législation financières) سنة ١٩٢٤ ص ٥ - ليون كان في تعليقه في سيريه ١٩٢٠ - ١ - ١٩٣ - سافاتييه جازيت دالوز ١٩٢٤ ص ٨٩ وتعليقه في دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ٨٩ و ١٠٥ و ١٥٣ وسنة ١٩٢٧ - ٢ - ١٥٣ و ١٥٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٦٨. على أن كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى عكس هذا الرأي ويقولون بصحة شرط الذهب حتى في المعاملات الداخلية (بودري =

الإلزامي هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب، فينعدم الفرق بين الورق والذهب في نظر القانون، ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد، لأن القانون إنما أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد في البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها.

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي إنما يبطل «شرط الذهب» في المعاملات الداخلية في فرنسا. أما في المعاملات الخارجية، وهي التي تقتضي خروج العملة من فرنسا أو دخولها فيها، كما إذا صدر تاجر في فرنسا بضاعة إلى الخارج أو استورد بضاعة من الخارج، وكما إذا عقدت دولة قرضاً في أسواق أجنبية، فإن «شرط الذهب» يكون صحيحاً. وذلك لأنه إذا استطاع القانون الفرنسي أن يعتبر قيمة العملة الورقية معادلة لقيمة الذهب فليس هذا التعادل إلا اعتبارياً، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا في المعاملات الداخلية حيث ينسب سلطان المشروع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً. أما في المعاملات الخارجية

= وبارد ٢ فقرة ١٤٧٥ - ديويش (Dupuich) في تعليقه في دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٣٧ - جني في مجلة القانون المدني ربيع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٥٥٧ وسنة ١٩٢٨ ص ٥ - لالو (Lalou) في تعليقه في دالوز سنة ١٩٢٤ - ٢ - ١٧ - ٩٧ - وسنة ١٩٢٦ - ٢ - ٦٩ - ٩٥ - ماتر (mater) في مجلة قانون البنوك (Revue de droit bancaire) ١ ص ١٩٣ و ص ٢٨٩ و ٢ ص ١٩٣ - جوران ٢ فقرة ٨٥٩.

وهذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً في هذه المسألة هو المادة ١٨٧، وقد جرت بما يأتي: «ومع ذلك إذا تقرر سعر إلزامي للنقد الورقي فلا يجوز الاتفاق على الوفاء بالنقود المعدنية أو بالنقود المصرية محسوبة بسعر الذهب، ولكن يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها». وفي هذا النص تحريم لشرط الذهب. وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ولهذا يعتبر اشتراط الدفع بالذهب أو على أساس قيمة الذهب باطلاً في حالة تقرير سعر إلزامي (حتى في المعاملات الدولية: المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ - قارن القانون الفرنسي في ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ التقويم السنوي للتشريع الفرنسي سنة ١٩٢٨) ويترب على بطلان الشرط بطلان العقد بأسره إذا كان الشرط هو الدافع الحافز على التعاقد. ومع ذلك فيجوز الاتفاق على أن يتم الوفاء بنقود أجنبية محتسب بسعر قطعها إذا كان الدين قد عقد بنقد أجنبي. وليس في هذا مساس بنص في القانون لأن النقد الأجنبي ليس له سعر إلزامي أصلاً. ثم إن العدل يقضي من ناحية أخرى بان يتم الوفاء في المعاملات الدولية على أساس سعر القطع الذي يمثل العلاقة بين النقد الوطني والنقد الأجنبي». وقد حذفت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي في المشروع النهائي لأنه يقرر حكماً في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص - (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٢١٨ - ص ٢١٩ في الهامش و ص ٢٢٠ - ص ٢٢١). وسرى فيما يلي أن هذا القانون الخاص الذي تركت المسألة لحكمه هو المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥، ويبطل هذا القانون شرط الذهب حتى في المعاملات الخارجية (الدولية). ويقلب أن تترك التقنيات مسألة التعامل بالنقود الأجنبية إلى تشريعات خاصة. وقد نصت المادة ١٣٥ من القانون المدني السوري الجديد على أنها «إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر، ما لم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي».

فالذهب وحده هو العملة الثابتة، ولا ينفذ اعتبار المشرع في غير بلده، وكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون إذن مشروعاً (١).

٢٢٦ - شرط الذهب في القانون المصري: أما في القانون المصري فقد مر القضاء بمرحلتين:

(المرحلة الأولى) في ظل المرسوم (القانون) الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤. وقد قضى هذا المرسوم بأن يكون للعملة الورقية التي يصدرها البنك الأهلي قيمة الذهب - وهذا هو السعر الإلزامي - وبأن ما يدفع من تلك الأوراق (لأي سبب وبأي مقدار) يكون دفعاً صحيحاً وموجباً لبراءة الذمة كما لو كان الدفع حاصلًا بالعملة الذهبية، بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط أو الاتفاقات الحاصلة أو التي تحصل بين أصحاب الشأن، أي سواء كانت هذه الشروط أو الاتفاقات موجودة قبل صدور المرسوم أو جددت بعد ذلك. والنص كما نرى صريح في أن شرط الذهب باطل إطلاقاً، ولم يميز المرسوم في ذلك بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية، بل إن هذا التشريع جعل له أثر رجعي، فهو يبطل شرط الذهب في عقد تم قبل صدوره كما يبطله في عقد تم بعد صدوره.

ولكن بالرغم من صراحة النص انقسم القضاء المصري في شأن شرط الذهب. فبعض الأحكام قضى ببطلانه، وبعض قضى بصحته، وبعض جرى على نهج القضاء الفرنسي فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلاً والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً (٢).

(المرحلة الثانية) وبقي القضاء المصري يواجه شرط الذهب مضطرباً غير مستقر حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥. وقد أراد المشرع المصري بهذا القانون أن

- (١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ٤١ - وفي ٣ يونيه سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١ - ١ - ٥ - وفي يولية سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٥ - ٤٥٧ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (Sem. Jur) ١٩٤٣ فقرة ٢٦٧٠ - محكمة بورديو الاستئنافية في ٢٣ مايو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ٦ - محكمة باريس الاستئنافية في ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ - وفي ٩ يولية سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٥٣٧ - وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٩ - محكمة بيزانسون الاستئنافية في ١٩ يناير سنة ١٩٣٩ سيريه ١٩٢٩ - ٢ - ٥٥. هذا وقد أيد المشرع الفرنسي وجهة نظر القضاء في هذا الموضوع فنص صراحة على اعتبار شرط الذهب صحيحاً في المعاملات الخارجية (أنظر قانون ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ وقانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧). أنظر في هذه المسألة بلانويول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٨٠ و فقرة ١١٨٥ - جوران ٢ فقرة ٨٦٠ مكررة - كولان وكايتان الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ فقرة ٤٩٢.
- (٢) أنظر في معنى البطلان محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ - وفي معنى الصحة محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يناير ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٢ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٦ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٩١ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ - وفي معنى التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية محكمة =

ويتبين من ذلك أن قانون سنة ١٩٣٥ أراد المشرع أن يكون قانوناً تفسيرياً يسرى على الماضي. وهو يتضمن النص الآتي: «تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون

= أن تشير - عرضاً ودون أن تقيم الدليل على رأيها - إلى أن أحكام ذلك المرسوم لا تسرى على الاتفاقات ذات الصبغة الدولية. وذهبت أحكام أخرى في دعاوى قائمة بالذات على هذا النوع الأخير من الاتفاقات إلى أن مدى تطبيق المرسوم المذكور لا يتعدى حدود الديار المصرية، وإلى أنه إذا صح تطبيقه على أحوال الوفاء داخل القطر فإنه لا يعفى المدين حيث يكون الوفاء في الخارج من دفع دينه ذهباً. ومن أجل ذلك تنكر تلك الأحكام أن يكون لأوراق البنكنوت سعر رسمي إلزامي حتى في داخل القطر المصري إذا كان الوفاء تنفيذاً لاتفاقات ذات صبغة دولية لأن في ذلك إضراراً بليغاً بالدائنين الذين يقتضون ديونهم في القاهرة أو في الإسكندرية، ولأنه يترتب عليه تفرقة غير مقبولة في المعاملة بين الدائنين. وواضح أن الأحكام المشار إليها تستمد التمييز بين نصوص الاتفاقات من القضاء الفرنسي، وإنما جاز ذلك التعبير في فرنسا لعدم وجود حكم تشريعي يقضي ببطان شرط الدفع ذهباً، ولأن بطلان هذا الشرط لم ينتج لا من أن أوراق البنكنوت جعل لها سعر إلزامي إلى جانب سعرها الرسمي، فكان للمحاكم مطلق الحرية في تحديد مدى بطلان شرط الدفع ذهباً مستوحياً في ذلك أسباب النظام العام القومي وحدها. ورغم من الحملات المتكررة التي حملها بعض الفقهاء على أحكام القضاء في هذا الشأن فإن المحاكم لم تلق صعوبة في الحكم ببطان شرط الدفع ذهباً في الاتفاقات الداخلية، على أن سيرتها كانت غير ذلك بالنسبة للاتفاقات ذات الصبغة الدولية. وقد حاولت المحاكم الفرنسية أول الأمر (راجع حكم محكمة النقض والإبرام الصادر في ٢ يونيو سنة ١٩٢٠) اعتبار شرط الدفع ذهباً باطلاً إذا كان المدين فرنسويًا وصحيحاً حيث يكون من شأن وفاء الأجنبي بدونه دخول الذهب في فرنسا. ولكنها انتهت إلى اعتماد صحة شرط الدفع ذهباً في العقود ذات الصبغة الدولية إطلاقاً. ويرى بعض الشراح أن المذهب الأخير لا يختلف عن المذهب الأول في تحقيق المصالح القومية إذا كانت فرنسا دائنة للبلاد الأجنبية غير مدينه. وقد أيد قانون تثبيت النقد الصادر في سنة ١٩٢٨ قضاء المحاكم بأن استثنى الديون الدولية المشروطة دفعها ذهباً بقيمة الفرنك الحديد، ولولا النص صراحة على هذا الاستثناء لانسحب حكم ذلك القانون على الديون الداخلية والدولية على السواء. على أنه بالرغم مما لقضاء المحاكم الفرنسية من قوة السند والحجة فإن التفرقة بين هذين النوعين من الوفاء (ولم يحاول أحد بناءها على أساس قانوني مقبول) غير مسلمة في جميع البلاد. فالمحاكم الإنجليزية الثلاث التي نظرت في دعوى شركة «تعاون البلدات البلجيكية للكهرباء» قضت اثنتان منها (المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية) ببطان شرط الدفع ذهباً، وقضى مجلس اللوردات بصحة الشرط المذكور، دون أن يجعل أي تلك الأحكام الثلاثة للصبغة الدولية للاتفاق أي شأن فيما ذهب إليه من الصحة أو البطلان، ثم إن قانون النقد الإنجليزي ينطبق على وتيرة واحدة على العقود الداخلية والدولية. وفي إيطاليا من جهة أخرى كان قد صدر قانون في أول مايو سنة ١٨٦٦ يقضى على الحكومة والأفراد بقبول التعامل بأوراق البنكنوت (وكان لها سعر إلزامي) بقيمتها الإسمية كما لو كان لها نفس القيمة الفعلية للمسكوكات ولو نص العقد على خلاف ذلك. وظل ذلك القانون معمولاً به حتى سنة ١٨٨١، ولم تكن محاكم إيطاليا تفرق في تطبيق هذا القانون بين العقود تبعاً لوصفها بأنها داخلية أو دولية، وكانت تقضي ببطان ما تضمنته الاتفاقات الدولية من شروط الدفع ذهباً. وفي مصر يحكى نظام أوراق البنكنوت من حيث سعرها الرسمي والإلزامي ما هو حاصل في وقتنا هذا بأمريكا وبين سنتي ١٨٦٦ و١٨٨١ في إيطاليا. ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أي تفرقة بين العقود التي يسرى عليها حكمه... (مجموعة القوانين والمراسيم والأوامر الملكية لسنة ١٩٣٥ ص ١٧٣ - ص ١٧٥).

يحسم ما نشب من خلاف في تفسير المرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بصدد المسألة التي قام فيها الخلاف الجوهري، وهي قيمة شرط الذهب في المعاملات الخارجية أو المعاملات ذات الصبغة الدولية. ذلك لأن المعاملات الداخلية لم يقم في شأنها خلاف جدى، إذ كان واضحاً أن شرط الذهب يجب أن يكون باطلاً في هذه المعاملات. وكذلك يجب أن يكون باطلاً في المعاملات الخارجية، وقد صرح بذلك قانون سنة ١٩٣٥، لأن النص الذي ورد في مرسوم سنة ١٩١٤ في بطلان هذا الشرط عام مطلق لا يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية كما قدمنا. وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٣٥ في هذا الصدد ما يأتي: «... ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أي تفرقة بين العقود التي يسرى عليها حكمه، وليس ذلك لأن النص عام فحسب، بل هو فوق ذلك صريح قاطع... فالدفع أياً كان نوعه حتى لو كان سببه التزاماً دولياً داخل بلائك في عموم هذا النص. وليس من سبيل مع مثل هذا النص الذي حدده فيه الشارع مقاصده بكل جلاء ووضوح للأخذ بقضاء المحاكم الفرنسية وقد بنى على اعتبارات خاصة بفرنسا مستمدة من أحوالها الاقتصادية. وذلك هو المعنى والمغزى الصحيح لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤، ولنفس من شرع حكم ذلك المرسوم أن يزيد مقاصده ووضوحاً فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية، وألا يدع أي شك يحوم حول تطبيق القاعدة التي أتى بها مرسوم سنة ١٩١٤ والتي تقرر أمراً من أمور النظام العام، على ذلك النوع من الاتفاقات، عملاً بنص المرسوم المذكور وروحه، وأخذاً بما اقتضته وتقتضيه مصلحة البلاد العامة» (١).

= الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥ - وفي ١٣ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٣١.

وكانت بعض المحاكم الكلية المختلطة تجزئ أحكام مرسوم سنة ١٩١٤، ففيه حكمان وهما اللذان يقران السعر القانوني والسعر الإلزامي لأوراق البنك الأهلي بنفذان على الأجانب دون حاجة لموافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة، لأنهما صادرا من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة، وأما الحكم الثالث وهو الذي ينص على بطلان شرط الذهب فلا ينفذ على الأجانب في رأي هذه المحاكم لأنه لم يصدر من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة، وهو يتناقض مع المادة ١٤٩ من القانون التجاري المختلط التي تقضى بأن وفاء الكميالية يكون بالعملة التي تذكر فيها، ولم توافق عليه الجمعية التشريعية. أنظر في أحكام المحاكم المختلطة في هذا المعنى محكمة اسكندرية الكلية في ٢١ مارس سنة ١٩٣٩ جازيت ٢٣ ص ٢٥٥ - وفي ٤ أبريل ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٦ - محكمة مصر الكلية في ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٧ - وفي ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٦٢ (قضية الدين العام). ومع ذلك أصدرت محكمة اسكندرية الكلية المختلطة في ٣ مارس سنة ١٩٣٤ حكماً قضت فيه بأن مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يدخل في أعمال السيادة وذلك في جميع أحكامه ورتبت على ذلك أن شرط الذهب يكون باطلاً (أنظر في هذا الحكم وفي غيره من أحكام أخرى نظرية العقد للمؤلف ص ٥١٥ حاشية رقم ١).

(١) وقد ورد في صدر المذكرة الإيضاحية تنفيذ الأحكام المصرية التي تقضى بالتمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية نقله فيما يلي: «اتفق لبعض الأحكام في سياق بحثها في تطبيق مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ على الاتفاقات الداخلية (تلك التي تنشأ ويكون الوفاء بها في القطر المصري) =



المبحث الثالث  
المحل قابل للتعامل فيه  
(dans le commerce)

(النظام العام والآداب)

٢٢٧- متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه: يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه، فلا يصلح أن يكون محلاً للالتزام، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد، كالشمس والهواء والبحر. ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته (١).

وقد يصبح التعامل ممكناً في هذه الأشياء من بعض النواحي، فأشعة الشمس يحصرها المصور (الفوتوغرافي)، والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للاحتلاك. فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام.

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له. فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه. والمال الموقوف، يجعل ريعه لسلسلة من المنتفعين، يقتضى ألا يجوز التصرف فيه مادام وقفاً. وعدم القابلية للتعامل هنا نسبي. فالملك العام إذا كان لا يصلح محلاً للتصرف فإنه يصلح محلاً للإيجار، كما في شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو «كابينات» على شواطئ البحار. والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره. والضابط في كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع إلى الغرض الذي خصص الشيء له، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز، أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز.

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع. وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا النظام العام أو للآداب. على أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام.

الحصر وعلى ذلك فلا يعتد بالشرط الوارد في اتفاقية فانسوفيا الذي يقضى بإداء التعويض بما يعادل قيمة الذهب المبيته له من العملة الوطنية إذا ان شرط الوفاء بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهباً ليس إلا تحايلاً على القانون الذي فرض للعملة الورقية سعراً الزامياً ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصورة.

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ الطعن ٣٦٦ لسنة ٢٣٣ ق ١٨ ص ٩٠٨).

(جلسة ١٩٦٠/٢/١١ الطعن ٩٥ لسنة ٢٥ ق ١١ ص ١٢٦).

(١) أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له، فهو مال مباح، كالطير في الهواء والسمك في البحر، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه.

الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبي آخر كان متداولاً قانوناً في مصر (الفرنك والجنيه التركي)، ولا يترتب عليها أى أثر. ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التليفون.

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١).

ولا يزال هذا القانون سارياً إلى اليوم، لأن القانون المدني الجديد لم يعرض لهذه المسألة، بل تركها للتشريعات الخاصة باعتبارها من المسائل الاقتصادية المتغيرة (٢). وقانون سنة ١٩٣٥ هو التشريع الخاص الذي لا يزال قائماً والذي يرجع إليه في بطلان شرط الذهب، دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية (١).

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٤٣. وقد قضت هذه المحكمة في حكم آخر (٣١ مارس سنة ١٩٣ م ٥٠ ص ٢٠٣) بأن بطلان شرط الذهب والشروط المماثلة في عقد لا يستتبع بطلان العقد كله أو بطلان الشروط الأخرى التي اتفق عليها المتعاقدان وتلاقت عندها إرادتهما في صدد طريقة وفاء الدين ومواعيد الوفاء والفوائد وغير ذلك. وحيث يكون شرط الذهب ممنوعاً فإنه يكون باطلاً سواء كان صريحاً أو ضمنياً، فيكون إذن باطلاً كل شرط - أياً كانت صورته - أملاء اعتبار يرجع لعدم الثقة في العملة الوطنية، وبخاصة الشروط التي يخبر بمقتضاها المتعاقد بين أنواع العملة وشروط الدفع بعملة أجنبية. وأن المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ نيز على وجه قاطع التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية. وإذا كان شرط الذهب المتفق عليه في عقد قرض باطلاً، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسؤولية التقصيرية ويدعوى الغش بسبب ما يساوى ما خسره من جراء نزول الجنيه المصري، فإن ذلك يكون تحايلاً منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب - ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة في أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صبح الشرط، ووجب الدفع بهذه العملة: ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٢ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢.

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٢٢٥ في الهامش) أن المشروع التمهيدي تضمن نصاً (١٨٧) يحرم شرط الذهب ولكنه يبيح في الوقت ذاته شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها. وقد حذف النص في المشروع النهائي لأنه يقرر حكماً في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص. وكانت مزية هذا النص أنه يحسم الخلاف في صحة شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها. والآن وقد حذف النص فإن الخلاف في صحة هذا الشرط يبقى قائماً، وقد رأينا تضارب أحكام القضاء المختلط في هذه المسألة.

(١) التشريع الخاص بشرط الذهب في مصر - وهو ما صدر بشأنه الأمر العالي في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يفرض السعر الإلزامي للعملة الورقية ثم المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذي نص على بطلان شرط الذهب في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية - تتعلق أحكامه بالنظام العام، ومن مقتضى تلك الأحكام بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء وهو أمر راعي فيه المشرع المصلحة العامة المصرية. ومن ثم فإنه لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى اتفاقية فانسوفيا بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ من شأنه التأثير في هذا التشريع الخاص بما بعد الغاء له أو استثناء من بطلان شرط الذهب بضاف إلى الاستثناءات الواردة فيه على سبيل

أو الآداب. فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو في الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أو أولهما معاً. ووجد النص دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً. أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض، كالنص الذي يحرم التعامل في التركة المستقبلية. أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده، كما حدد الربا الفاحش. أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه، كما حظر المشرع المصري الاتجار في الحشيش والخدرات وكما حرم بيع الوفاء. فيمكن القول إذن أن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد. وتقرر المادة ١٣٥ من القانون المدني الجديد هذه القاعدة العامة في العبارات الآتية: «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً»<sup>(١)</sup>. فلا يجوز إذن أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلاً للالتزام؛ ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب.

إذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين في القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام. وهذا ما نتولى الآن بحثه.

#### ٢٢٨ - النظام العام والآداب (\*) L'ordre public et les bonnes moeurs

القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم<sup>(١)</sup>، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصلحة الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة. ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٨٨ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى: «يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب». وفي لجنة المراجعة عدل النص لإعرا الحكم القاضي بطلان العقد، فأصبح مماثلاً للنص الذي انتهى إليه القانون الجديد، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم ١٣٩. ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ذاته. ثم وافقت لجنة القوانين المدنية بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٣٥، وكذلك وافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤).

(\*) بعض المراجع: بارتان (Bartin) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب - سافاتييه (Savatier) آثار الواجب الأدبي وجزاؤه (رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦) - ماركسيو (Marmion) في قوانين النظام العام (رسالة من باريس سنة ١٩٢٤) - ريبير (Ripert) في القاعدة الخليفة في الالتزامات - تشافداروف (Chavdaroff) في الآداب (رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧).

(١) لا شبهة في اتصال قاعدة عدم تملك الأجانب للأراضي الزراعية، وما في حكمها في جمهورية مصر العربية بالنظام العام فيسرى حكمها بأثر مباشر على محل من يملك من الأجانب وقت

المذاهب الفردية، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد، فلا تتدخل الدولة في شؤونه، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد، وتتولى حماية الضعيف ضد القوى، بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه، كما رأينا ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال. ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغير، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة «مصلحة عامة». ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد «النظام العام» تحديداً مطلقاً يتمنى على كل زمان ومكان، لأن النظام العام شيء نسبي. وكل ما نستطيعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار «المصلحة العامة»، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى<sup>(١)</sup>. والآداب، في أمة معينة وفي جيل معين، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية. وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس. وللدن أثر كبير في تكييفه. وكلما اقترب الدين

العمل بهذا القانون في ١٩ يناير سنة ١٩٦٣ أرضاً زراعية، كما يسرى هذا الحظر في المستقبل.

(جلسة ١٩٧٢/٣/٢٨ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ٢٣ ص ٥٣٣)

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٥ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ١٩ ص ١٩٦٥)

(جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ١٥ ص ٥٧٧)

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «ويلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً. وقد بلغ من أمر مرونتها أن عمد التقنين الألماني إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة ١٣٨. فعلى أثر مناقشات هامة عنيفة جرت بوجه خاص في مجلس الريشتاج انتهى الأمر إلى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للآداب وللنظام العام كذلك. وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تنطوي على فكرة عامة مجردة قد ترتب عليها نتائج بالغة الخطورة، من بينها أن القاضي ربما أباح لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبينها على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التشريع العامة أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية. وقد دافع الحزب الاشتراكي بكل قوته عن النص المقرر لفكرة النظام العام. وكان يرمى من ذلك إلى اعتبار كل عقد لا يتفق ومبادئ حماية الطبقة العاملة مخالفاً للنظام العام. على أن هذه النتائج بذاتها هي التي جعلت غالبية أعضاء الريشتاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار نظري، وترغب في وضع معيار عملي يحد قوامه العرف والمبادئ المستقاة من الآداب العامة. وعلى هذا النحو لا تكون الاتفاقات التي أشار إليها الحزب الاشتراكي باطلة طبقاً لمذهب من المذاهب الاشتراكية وإنما بناء على التيار الاجتماعي للآداب العامة (تعليقات على التقنين الألماني الجزء الأول ص ١٥٤ - ص ١٥٥). ومهما يكن من أمر فليس في الواسع نبد فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك أطراح ما توطد واستقر من التقاليد. وقد رأى من الواجب أن يفرد مكاناً لهذه الفكرة في نصوص المشروع لتظل منفذاً رئيسياً تجتذ منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني لتبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة. بيد أنه يخلق بالقاضي أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب. فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً شخصياً». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٣).

من الحضارة، كلما ارتفع المعيار الخلقى، وزاد التشدد فيه. ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة. فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك، بل في الصميم منه، ميزان إنساني يزن الحسن والقيبح، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له، ولو لم يأمرهم القانون بذلك. ومعيار الآداب أو «الناموس الأدبي» ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي، بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة. فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري، أصبحت الآن ينظر لها نظر آخر. وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب، كالاسترقاق وإدخال المهرجات في بلاد أجنبية، وكانت من قبل غير ذلك (١).

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما السبب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة. وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواضعوا عليه من آداب، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية. كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره، فالقاضي يكاد إذن يكون مشروعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشروع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة (٢). ونحن في العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية، ونشهد من ناحية أخرى تأثر القانون المضطرب بالعوامل الخلقية، حتى صبح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية في القانون (socialisation et moralisation du droit) (٣). على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور هما:

(أولاً) فكرة المعيار، فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة، ومعيار الآداب هو الناموس الأدبي، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان.

(١) وقد يستعين القانون على جعل القواعد الخلقية تتدخل في الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعي. فالاعتراف بالجميل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالاً، لا تكرمنا منه بل اعترافاً بجميل عليه، فالقانون يعد هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعاً. فالقانون إذن قد ينهى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة، بأن يجعل الاتفاق المخالف للآداب باطلاً، وقد يأمر، بطريق غير مباشر أيضاً، بما تأمر به الأخلاق مباشرة، بأن يجعل هذا الذي تأمر به التزاماً طبيعياً في ذمة المدين.

(٢) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون، تخضع لرقابة محكمة النقض.

(٣) وما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ. وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب.

(وثانياً) فكرة النسبية، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا في امه معينه، وفي جيل معين.

وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك، فنستعرض اتفاقات تخالف النظام العام، وأخرى تخالف الآداب، في عصرنا الحاضر.

## المطلب الأول

### الاتفاقات التي تخالف النظام العام

٢٢٩- روابط القانون العام وروابط القانون الخاص: حاول بعض الفقهاء حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع، فإن النظام العام يدخل دون شك في روابط القانون الخاص، ولا يقتصر على دائرة القانون العام. وقد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية، فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك، وهذه أيضاً نظرة ضيقة للنظام العام، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يتبين ذلك من التطبيقات التي سنوردها.

### ١- روابط القانون العام

٢٣٠- أنواع هذه الروابط: القانون العام ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض. وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية. ويشمل القانون العام فيما يشمله: (١) القواعد الدستورية والحريات العامة. (٢) النظم الإدارية والمالية. (٣) النظام القضائي. (٤) القوانين الجنائية. ونورد أمثلة لكل فرع من هذه الفروع.

٢٣١- القواعد الدستورية والحريات العامة: فالقاعدة الدستورية التي تقر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام، ولا يجوز لمرشح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل، كما لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته، وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته للنظام العام. كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في المسائل التي تعرض على الهيئة التي ينتمي إليها، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يجعل صوته لرأي معين، كما لا يجوز له النزول عن عضويته.

والحريات العامة التي قررها الدستور هي أيضاً من النظام العام، وذلك كالحرية الشخصية، وما يتفرع عنها من حرية الإقامة، وحرية الزواج، وحرمة النفس والحرمة الأدبية، وحرية الدين والاعتقاد، وحرية الاجتماع، وحرية العمل والتجارة.

فلا يجوز لأحد النزول عن حرمة الشخصية (أنظر المادة ٤٩ من القانون المدني التجديدي). ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخدم، فإذا كان



عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من القانون المدني الجديد).

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه «لا يجوز إبعاد مصري من الديار المصرية. ولا يجوز أن يحظر على مصري الإقامة في جهة ما ولا أن يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون». ومع ذلك يجوز أن يتقيد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك، كما يجوز أن يتعهد شخص بعدم الإقامة في جهة معينة إذا وجد مبرر قوي لهذا التعهد. وفي الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العيني.

وحرية الزواج من النظام العام. فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً، كان هذا التعهد في الأصل باطلاً، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق ألا تتزوج أصلاً. ومع ذلك قد يكون العهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترميلها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لهم رعاية أمهم بعد موته. وإذا كان التعهد صحيحاً، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج، بل يدفع المتعهد تعويضاً عن إخلاله بالتزامه، ويغلب أن يكون الجزاء هو حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له أو من المعاش الذي رتب له. وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين، فهو غير مقيد بتعده، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد، ولا يكون مسئولاً بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة في وقت غير لائق أو لارتكابه خطأ.

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها. فيكون باطلاً كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة، كالاتفاق على المباراة أو الملاكمة أو المصارعة، وإن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها. وحرمة النفس الأدبية لا يجوز انتهاكها. فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه.

ويكون باطلاً كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره، وكل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير.

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره، في هيئة أو جماعة، وأن ينتمي إلى ما يشاء من الجمعيات مادام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً. وأكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما. على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد

صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضمًا إلى نقابة، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبقى بعيداً عن النقابات (١).

ولكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتخذه حرقة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة. ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان. وأكثر ما تردد القيود الاتفاقية على حرية التجارة والعمل في عقود بيع المتاجر وفي عقود العمل. فإذا باع صاحب المتجر متجره، فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصي بمقتضى عقد البيع ذاته. ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر ينتزع به عملاء المتجر القديم، وإلا كان متعرضاً للمشتري ووجب الضمان. ولكن المشتري لا يكتفى عادة بهذا الضمان الذي يقرره القانون، بل يشترط في عقد البيع أن يكف البائع عن العمل في هذا النوع من التجارة. كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه في عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول، فيأمن بذلك على أسرار الصناعة أن يستغلها العامل في منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده. فإذا تعهد شخص بألا يعمل في تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل. وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام (١). وكان القضاء في فرنسا وفي مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان. أما إذا قيد بزمان، كأن يتعهد الشخص أن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة، أو بمكان، كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين، كان التعهد صحيحاً (٢). تم بدا ميل من جانب القضاء

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٦ دالوز ١٩١٦-١-٢٤٧ وسيريه ١٩٢٠ ١-١٧ مع تعليق بنكاز - أنظر في هذه المسألة بلاتبول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٤٨.

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ٢ يولية سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤-١-١٧٥ - حكم ثان في ١٤ مارس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤-١-٤٤٤ - حكم ثالث في ١٥ يولية سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢ ١-٢٠٠.

وانظر محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٢٠ ص ٢٥٠ - محكمة بني سويف في ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩٥ ص ١٨٤ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ الخمامة ١١ رقم ٣٢٥ ص ٦٥٥، محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٦ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦.

(١) ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمتجر والامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة في شتى صورته ومنها حظر التعامل مع العملاء، لا يكون باطلاً إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون في هذه الحالة مخالفاً لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام، أما إذا كان الشرط محددًا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولاً وهو ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإنه يكون صحيحاً.

(جلسة ١٩٦٢/٦/٧ الطعن ٣٨٧ السنة ٢٦ ق ١٣ ص ٧٦٤)

(جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ الطعن ٦٢ لسنة ٢٥ ق ١٠ ص ٥٠٥)

(جلسة ١٩٥٦/٣/٨ مجموعة المكتب الفني للنقض ص ٧ من ٢٩١)

إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها، فلا يكون المدار في الصحة والبطلان أن يتقيد التعهد بزمان أو بمكان أو لا يتقيد، بل المهم أن يكون التعهد معقولاً (raisonnable) لا تعسف فيه. ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان، ويكون التعهد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان. فالعبرة إذن بمعقولية التعهد لا بتقييده<sup>(١)</sup>. وقد جاء القانون المدني الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن، فاشتراط لصحة القيد أن يكون مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م ٦٨٦)، وإذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملة (م ٦٨٧)<sup>(٢)</sup>.

٢٣٢ - **النظم الإدارية والمالية:** كذلك النظم الإدارية والمالية تحقق مصلحة عامة، فهي إذن من النظم العام. ولا يجوز للأفراد، باتفاقات خاصة، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة.

فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر، على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلاً لتصرف ما. كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته، سواء رمى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها. وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً، يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام. وليس الأمر مقصوراً على الموظف، فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابل

يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تختم النزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع، ويكون تعاقدته باطلاً. فاتفق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو «مقاولة» يرسو «العطاء» عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام<sup>(١)</sup>. كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم عليه بل إن هناك من المهن، كالطب والمحاماة، ما ينظم تنظيمياً إدارياً، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة<sup>(٢)</sup>.

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص. فإذا اتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد، ففي مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصوري المكتوب. ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملتزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذى عينه القانون. لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثاني بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة. ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر، إذا كان هو مالك العين، ملتزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة.

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التى تنظم النقد والعملية تعتبر من النظم العام، وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء<sup>(٣)</sup>.

٢٣٣ - **النظام القضائي:** نظم التقاضى تحقق في مجموعها «مصلحة عامة»، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية.

فتحديد اختصاص المحاكم - فيما عدا الاختصاص المحلى - يعتبر من النظم العام<sup>(١)</sup>. ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٥ (السعى للحصول على رتبة أو نيشان) - وأنظر أيضاً في المعنى ذاته محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونيو سنة ١٩٠١ الحقوق ٦ ص ١٧٩ - المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢/٨٥.

(٢) فلا يجوز للمحامى أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكله ويؤجر الوسيط على وساطته، فهذا نوع من السمسرة يأباه شرف المهنة. ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدلى على أن يرسل الطبيب عملاء للصيدلى ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم في مقابل جعل. ولا يجوز للمحامى أن يأخذ في مقابل «أتعابه» جزءاً من الحق المتنازع عليه، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٦.

(٣) لما كان المقرر وفقاً للمادة ٢٢٦ من القانون المدني استحقاق الدائن لفائدة قدرها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، وكان مؤدى نص المادة ١/١٧٥ من الدستور والمادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. أن المحكمة الدستورية العليا هي الجهة المنوط بها - دون غيرها - مهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين فلا يكون لغيرها من

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٢٥٣ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٠ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ١٦٢ رقم ١٤٦ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٤٢٩ ص ٧٩٠.

وأنظر في هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية في القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - ليون سنة ١٩٢٥ - وأنظر أيضاً لاباتي (Labatut) في القيود الاتفاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل في القضاء الفرنسى - تولوز سنة ١٩٢٨.

(٢) ولكن التصرف في العملاء يجوز على النحو الآتى: يتعهد طبيب مثلاً ألا يباشر مهنة الطب في جهة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد - وهو الدائن في هذا التعهد - لعملائه على اعتبار أنه خليفته، ويصح هذا التعهد في الغالب تنازل من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار المكان الذى جعل فيه «عيادته». (أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٥٠٣ هامش رقم ٢).

ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي، فيرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الشرعية إلى محكمة من المحاكم الوطنية أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية. وقد كان قانون المرافعات الوطني القديم لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعي من النظام العام.

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام. فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله. ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة<sup>(١)</sup>.

**٢٣٤ - القوانين الجنائية:** ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام. فيعد باطلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال. ويعد باطلاً أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسئولية جنائية، والاتفاق التي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر. ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون، كأن يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديداً، فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة مبينة على سبيل الحصر<sup>(٢)</sup>.

## ٢ - روابط القانون الخاص

**٢٣٥ - الأحوال الشخصية والمعاملات المالية:** هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية، أو داخلية في دائرة المعاملات المالية.

**٢٣٦ - الأحوال الشخصية:** كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم. من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته.

=المحاكم الامتناع عن تطبيق نص في القانون لم يقض بعدم دستوريته وإنما إذا تراءى لها ذلك في دعوى مطروحة عليهم تعين وقفها واحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض طلب الفوائد بدعوى أن الدستور قد نص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع وأنها حرمت التعامل بالربا، فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه في هذا الصدد.

(جلسة ١٩٨٩/١١/٢٧ الطعن ١٩٨٣ لسنة ٥٣ق)

(١) أنظر في قواعد الإثبات وهل تعتبر من النظام العام. نظرية العقيد للمؤلف فقرة ٤٨٧ ص ٥٠٧ - ص ٥١٠.

(٢) ومن ذلك أن يتفق البائع والمشتري - في البيع بالتقسيط - على أن يسميا البيع إيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التبديد.

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك. بل إن القانون المدني الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدى عليها. فنصت المادة ٥٠ على أنه «لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر». ونصت المادة ٥١ على أنه «لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر». أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً فإنه يكون مالا يجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه.

وقواعد الأهلية من النظام العام، فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص. وقد نصت المادة ٤٨ من القانون المدني الجديد على أنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها». وكالأهلية الولاية، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته.

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقوقاً مالية محضة. مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية. ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق<sup>(١)</sup>. كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام. فللأب حق تربية أولاده، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلاً. والنفقات بمختلف أنواعها، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوى الأرحام، تعتبر كلها من النظام العام، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها.

**٢٣٧ - المعاملات المالية:** ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام. من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد، فهي تارة

(١) أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها، فليس في ذلك مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام. لكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل آتته هي اضطره إلى ذلك (نقض مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ ص ٨٥). ويكيف التعهد بأنه التزام أصلي معلق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج.



تفسح المجال للنشاط الفردي، وطوراً تحدد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف. ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية.

فمن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بغل يده عن التصرف فيه، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣ من القانون المدني الجديد). ولا يجوز أن يقيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ من القانون المدني الجديد)، لأن الشيوع يعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية.

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون في صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ من القانون المدني الجديد). وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات في حالة الاستغلال (م ١٢٩ من القانون المدني الجديد). وما قرره من إنقاص الالتزام المرهق في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ من القانون المدني الجديد). وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائي (م ٢٢٤ من القانون المدني الجديد). وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي يسمح به القانون (م ٢٢٧ من القانون المدني الجديد).

ومن الأحكام التي تحمي الغير حسن النية القواعد التي رسمها القانون لشهر الحقوق العينية، فيكون باطلاً اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المباعة سارية في حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون. كذلك لا يقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن في تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليسية. ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسؤوليته عن الغش الذي يصدر منه. ولا يجوز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ، ولا الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم.

## المطلب الثاني

### الاتفاقات التي تخالف الآداب

٢٣٨ - العلاقات الجنسية: كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب. كذلك يكون باطلاً كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر في مقابل إيجاد علاقات جنسية معه، أو في مقابل استمرار هذه العلاقات، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت. أما إذا كان المال الذي يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية، فالتعهد صحيح، بل هو اعتراف بالتزام طبيعي.

٢٣٩ - بيوت العهارة: وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة يعتبر باطلاً لمخالفته للآداب، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري. فبيع بيت يدار للعهارة، وإيجاره، وشراء مفروشات له، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه، وإنشاء شركة لاستغلاله، وإقراض مال للإعانة على إدارته، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب. وسنرى عند الكلام في السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورها، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث.

٢٤٠ - المقامرة: ويكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته للآداب، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه في خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك (م ٧٣٩ من القانون المدني الجديد). ويستثنى من ذلك الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية. ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه، ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ من القانون المدني الجديد). ويعد باطلاً بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة، سواء في ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد، ويكون المحل في هذه الحالة مخالفاً للآداب، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة، ويكون المخالف للآداب في هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا في بيوت العهارة.

٢٤١ - أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب: ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف. فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلاً، كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه. كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك. ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الذمة في التعامل. فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسؤوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلاً لأنه مخالف للآداب. وكان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون بالهتافة (claque) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح، لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور. ثم رجع القضاء عن ذلك، وأصبح الآن يقضي بصحة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد يؤديون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين. ولا يعد باطلاً اتفاق أحد النسابة (généalogiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبة ليحصل على ميراث يستحقه، مادام النسابة لم يخدع من تعاقد معه، بل كشف له عن سر حقيقي كان يجهله.

## الفرع الثالث

### السبب (\*)

#### (La Cause)

٢٤٢ - السبب عنصر متميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها: نعرف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه. والفرق بينه وبين المحل - كما يقال عادة - هو أن المحل جواب من يسأل: بماذا التزم المدين (Quid debetur)، أما السبب فجواب من يسأل: لماذا التزم المدين (Cur debetur) (١).

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام، بل يقتصر على الالتزام العقدي إذ الالتزام غير العقدي لم يقيم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه.

والسبب كعنصر في الالتزام العقدي دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة. والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها، ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة.

(\*) بعض المراجع: كاييتان: السبب في الالتزامات - لوى لوكا (Louis Lucas) الفين والعقد - جوسران: الباعث في الأعمال القانونية - ريبير: القاعدة الخلفية في الالتزامات - ديموج في الالتزامات جزء ٢ - بنكاز ملحق بودرى جزء ٢ - دراسات كاييتان: سيمونييس (Simonius) في السبب في القانون السويسرى ص ٧٥٣ - فان كان (Van Kan) أصل الالتزام دون سبب في القانون المدني ص ٨٧٥ - نظرية العقد للمؤلف من فقرة ٥٠٧ - الدكتور بهجت بدوى من فقرة ١٠٠ - الدكتور حشمت أبو ستيت من فقرة ٢٢٠ - الرسائل والمقالات: آرثير (Artur) باريس سنة ١٨٧٨ - بريسو (Brissaud) سنة ١٨٧٩ - تمبال (Timbal) تولوز سنة ١٨٨٢ - كولان (Colin) باريس سنة ١٨٩١ - سيفريادس (Séfériadés) باريس سنة ١٨٩٧ - باسنيلا (Plesnila) باريس سنة ١٩١٠ - بيخون (Pichon) باريس سنة ١٩١٤ - سافاتييه (Savatier) بواتييه سنة ١٩١٦ - دبيريل (Duberuil) ليون سنة ١٩١٩ - لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ - دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩١٩ ومقال له في المصائر الحديثة لنظرية السبب في الالتزامات في بلجيكا القضائية سنة ١٩٢٩ - موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - هامل (Hamel) باريس سنة ١٩٢٠ - يوناسكو (Ionasco) باريس سنة ١٩٢٣، ومقال في مجلة القانون المدني الإقليمية سنة ١٩٢١ - سيليس (Célice) باريس سنة ١٩٢٣ - كاسان في مجلة القانون التجارى السنوية سنة ١٩٢٣ - ماكرون (Macqueron) باريس سنة ١٩٢٥ - شيفرييه (Chevrier) باريس سنة ١٩٢٩ - برس (Bresse) في السبب في القانون الإنجليزي ديجون سنة ١٩٢٩ - رينو (Renaud) باريس سنة ١٩٣٠ - فيدل (Vedel) في السبب في القانون الإدارى تولوز سنة ١٩٣٤ - بواجيزان (Bois Juzan) بورجو سنة ١٩٣٩ - الأستاذ عبد الحميد رشدى مقال في المحاماة السنة العاشرة - الأستاذ نصيف زكى مقال في المحاماة السنة الحادية عشرة.

(١) وأول من قال بهذه المقارنة المشهورة بين المحل والسبب هو الأستاذ أودو (Audot)، ثم نقلها عنه كثير من الفقهاء: أوبرى ورو ٤ ص ٥٤٦ هامش رقم ٢ - هيك ٧ ص ٧٥ - ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٤٥ وفقرة ٣٥٥ - لوران ١٦ فقرة ١٠٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٢٩٧ وفقرة ٣٠٢ - ديموج ٢ فقرة ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٧٩.

فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها، بل هو عنصر متميز عن الإرادة. ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب، أى دون أن ترمى إلى غرض تهدف لتحقيقه، لذلك كان السبب، وإن تميز عن الإرادة، متصلاً بها أوثق الاتصال. فحيث توجد الإرادة يوجد السبب. ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعى، كإرادة المجنون. ولكننا رأينا أن الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعى وتميز، فالإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب.

ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن في العقد غير ركن الإرادة. ولكن الركنين متلازمان، لا ينفك أحدهما عن الآخر (١).

٢٤٣ - السبب والإرادة معنيان متلازمان، ولكن السبب والشكل معنيان متعارضان: وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية: كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد، وضعف حظ الشكل، زادت أهمية السبب. ذلك لأن الإرادة، من حيث أنها تحدث آثاراً قانونية، إذا انطلقت من قيود الشكل، وجب أن تقتيد بالسبب. وعندما كان الشكل وحده - دون الإرادة - هو الذى يكون العقد، لم يكن للسبب من أثر. وبدأ السبب فى الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل. وكلما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب، إلى أن تم تحريرها، فوجدت نظرية السبب كاملة محل الشكل.

ونرى مما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب، وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب. هكذا كانت الحال فى القانون الرومانى: فقد بدأ هذا القانون شكلياً، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب. ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيوداً لها بدلاً من الشكل. وهكذا كانت الحال فى القانون الفرنسى القديم: فإن السبب لم يكدهم يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية فى العقود. فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تسترته، وبرز قوياً ليحيط الإرادة بقيود محل قيود الشكل، وهكذا هى الحال فى القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم، فأبغيت نظرية السبب وتطورت، بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت فى القانون الكنسى، لولا أن العقد مجرد حل محل العقد الشكل فى الانتقاص من سلطان السبب.

٢٤٤ - علاقة السبب بالمشروعية وبعيوب الإرادة: منذ تحررت الإرادة من الشكل، حاطها السبب بقيود على ما قدمنا. وبدأ ذلك يكون لحماية المجتمع عن طريق المشروعية وفى صورة السبب المشروع. فالإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام ولا مع الآداب، وذلك حماية للمجتمع. ثم اتخذت نظرية السبب لها هدفاً آخر إلى جانب هذا الهدف الأول، فصارت تحمى المتعاقد نفسه من هزله ونسيانه وما قد يقع فيه من غلط أو تدليس أو إكراه. وهكذا بعد أن تحررت الإرادة من الشكلية

(١) أنظر أنفا فقرة ٦٨.

## المطلب الأول نظرية السبب في القانون الروماني ١ - العهد القديم

٢٤٨ - العقود كانت شكلية فلم يكن للسبب فيها أى أثر: كانت العقود فى العهد القديم للقانون الروماني شكلية. فكان العقد ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة، ولم يكن للإرادة أى دخل فى تكوينه. وكانت العقود الشكلية ثلاثة: عقد يتم بوزن صوري (nexum)، ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابي (litteris) ويتم بكتابة على نحو خاص، والعقد اللفظي (verbis) ويتم بألفاظ معينة. ولم تكن هذه العقود الشكلية عقوداً بالذات، بل كانت قوالب تصب فيها العقود. فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغير ذلك من العقود كانت توضع فى شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها. وهذه الأشكال هى التى كان الرومان يدعونها «السبب المدني» (causa civilis). فهى ليست سبباً للالتزام العقدي على النحو المعروف فى القانون الحديث، بل هى سبب لانعقاد العقد، أو هى الشكل القانوني الذى يجعل العقد يتكون<sup>(١)</sup>. وهذا الشكل ضروري فى انعقاد العقد، وهو فى الوقت ذاته كاف لانعقاده. فهو ضروري لأن العقد بدونه لا ينعقد. وهو كاف لأنه متى وجد انعقد العقد، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم، وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أو غرض غير مشروع. فالشكل وحده، لا الإرادة، هو الذى يوجد العقد.

ومن ثم يتبين أن السبب فى هذه العقود الشكلية لم يكن له أى أثر فى تكوين العقد، فسواء وجد أو لم يوجد، وسواء كان مشروعاً أو غير مشروع، فإنه لا شأن له بالعقد، مثله فى ذلك مثل الإرادة. ومتى توافر للعقد شكله القانوني انعقد، دون نظر إلى الإرادة، ودون نظر إلى السبب.

٢٤٩ - وكذلك طرق نقل الملكية كانت شكلية ولم يكن للسبب فيها أى أثر: وكما كانت العقود فى العهد القديم شكلية مجردة عن السبب، كذلك كانت طرق نقل الملكية. فلم تكن الملكية تنتقل بالعقد. بل كان العقد يتلوه وضع خاص هو الذى ينقل الملكية. وكانت هذه الأوضاع هى أيضاً ثلاثة: وضع يتم بأشكال عتيقة (mancipatio)، ووضع يتم بدعوى صورية أمام القضاء (in jure cessio)، ووضع مادى يتم بالتسليم (traditio). وأى وضع من هذه الأوضاع متى تم تنتقل به الملكية، دون نظر إلى السبب الذى انتقلت من أجله كبيع أو هبة أو شركة. فإذا باع شخص من آخر شيئاً، وتم وضع

(١) لم يقتصر «السبب المدني» (causa civilis) فى القانون الروماني على العقود الشكلية، بل كان بوجه عام هو المصدر القانوني الذى يكون العقد ويضفى عليه قوته الملزمة. ومن ثم يكون «السبب المدني» للعقود الشكلية هو الشكل، وللعقود العينية هو تسليم الشيء، وللعقود الرضائية هو مجرد الاتفاق، وللعقود غير المسماة هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، وهكذا.

أخذت تتحرر من العيوب عن طريق نظرية السبب. وبعد أن قامت نظرية السبب لحماية المجتمع، أخذت تقوم لحماية المجتمع والمتعاقدين جميعاً.

ولعل أول صورة تمثلت لعيوب الإرادة انطبعت فى نظرية السبب. ثم أخذت عيوب الإرادة تستقل عن السبب شيئاً فشيئاً، وتكسب لها كياناً ذاتياً خارجاً عن منطقة السبب. فانفصل الإكراه، ثم انفصل التدليس. وأصبح السبب الآن لا يختلط إلا بالغلط فى منطقة مشتركة، هى منطقة السبب المغلوط أو الغلط فى السبب. وقد أتم القانون المدني الجديد هذا التطور، ففصل بين الغلط والسبب فصلاً تاماً. وأصبح السبب فى هذا القانون مقصوراً على السبب المشروع. وهذه الدائرة المحدودة - دائرة السبب المشروع - هى الدائرة الأولى التى فيها السبب عندما بدأ يظهر فى القانون الكنسى. وبذلك رجع السبب سيرته الأولى، وعاد كما بدأ.

٢٤٥ - تطور العقد من عقد شكلي إلى عقد رضائي مسبب إلى عقد رضائي مجرد: وتاريخ نظرية السبب يهدينا إلى حقيقة أخرى. فسيقرنا هذا التاريخ أن العقد بدأ عقداً شكلياً (contrat formel) حيث السبب لا أثر له كما قدمنا. ثم تطور إلى عقد رضائي (contrat consensuel) حيث السبب له أكبر الأثر. ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد (contrat abstrait) حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر. وسرى أن القانون المصرى الجديد لم يماش هذا التطور إلى نهايته، ولم يسر فى ذلك على نهج القوانين الألمانية، بل حرص على أن يبقى فى دائرة القوانين اللاتينية، حيث لا يزال العقد رضائياً، وحيث تشغل نظرية السبب فى العقد المكان البارز، وحيث لا يوجد العقد المجرد إلا فى دائرة محدودة ضيقة.

٢٤٦ - خطة البحث فى نظرية السبب: ونستعرض نظرية السبب فى مبحثين، نتعقب فى المبحث الأول منهما كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت، ونبسط فى المبحث الثانى نظرية السبب فى القانون الحديث.

## المبحث الأول كيف نشأت نظرية السبب

٢٤٧ - القانون الروماني والقانون الفرنسى القديم: فى هذين القانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب. ولعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقى التاريخ على نظرية السبب. وسرى أن القانون الروماني ظل بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكلية. وقد نبهت النظرية ثم ترعرعت منذ تحررت الإرادة من الشكل فى عهد القانون الكنسى كما قدمنا. وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغاير طبيعتها، وانقلبت على يد دوما (Domat) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية نفسية إلى نظرية موضوعية. وبقيت كذلك عهداً طويلاً. وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسى الحديث، ضعيفة الأثر، قليلة الجدوى. وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جدتها فى العهد الأخير، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية نفسية.



من هذه الأوضاع الثلاثة ينقل به البائع ملكية المبيع إلى المشتري، انتقلت الملكية، دون نظر إلى ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم، ودون نظر إلى ما إذا كان قد تم صحيحاً أو كان فيه عيب.

## ٢ - العهد المدرسي

٢٥٠ - اختفاء أكثر العقود الشكلية: تطور القانون الروماني بانتشار التجارة وتقدم طرق التعامل، فاختفت أكثر العقود الشكلية. اختفى عقد الوزن الصوري (nexum) بزوال الفائدة التي كان يوليها، وهي دعوى من دعاوى الرومان القديمة تمكن الدائن من السيطرة على جسم المدين (manus injectio). واختفى العقد الكتابي (littris) باختفاء السجلات الخاصة التي كان هذا العقد يدون فيها، وكان الرومان قبل يحتفظون بها، ثم أخذوا يهجرون هذه العادة شيئاً فشيئاً حتى انقرضت، فانقرض بانقراضها الكتابي.

ولم يبق من القيود الشكلية إلا العقد اللفظي (verbis, stipulatio) لسهولة النسبية وللحاجة إليه إذا حرص المتعاقدان على استبقاء مزايا العقد الشكلية.

٢٥١ - بدء ظهور السبب في العقد اللفظي: على أن العقد اللفظي مع بقاءه شكلياً لم يخل مع تطور القانون الروماني من أن يتأثر بفكرة السبب. تأثر بها تأثيراً غير مباشر في ناحيتين، ثم تأثر بها تأثيراً مباشراً في ناحية ثالثة.

فإذا كان العقد اللفظي سببه غير موجود أو غير مشروع، فإن العلاج لم يكن بطلان العقد كما هو الأمر في القانون الحديث، بل كان العقد يبقى صحيحاً، ولكن المدين يعطى دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة في القانون الروماني (condictiones sine cause) يستطيع أن يسترد بها ما أعطاه دون سبب أو بسبب غير مشروع. وهذه الدعوى قد يلجأ إليها المدين كدعوى يرفعها على الدائن أو كدفع يدفع به دعوى الدائن. فهو إذا لجأ إليها كدفع يستطيع أن يتوقى مطالبة الدائن له بالتزام قام على سبب غير صحيح أو لسبب غير مشروع. وإذا لجأ إليها كدعوى يستطيع أن يسترد بها ما دفع للدائن وفاء لهذا الالتزام، أو أن يتخلص من الالتزام ذاته إذا لم يكن قد وفى به. وسنرى عند الكلام في الإثراء بلا سبب الصور المختلفة لدعوى الاسترداد هذه<sup>(١)</sup>. ويلاحظ أن هذه الدعوى كانت من خلق القانون الروماني المدني (Jus civil).

أما القانون البريطوري (droit prétorien) فقد جعل للمدين في الحالة المتقدمة دعواً هو الدفع بالغش (exceptio doli) يستطيع به أن يتوقى مطالبة الدائن، دون أن يستطيع مهاجمته للتخلص من التزامه أو لاسترداد ما دفع.

هاتان هما الناحيتان اللتان تأثر فيهما العقد اللفظي بفكرة السبب تأثيراً غير مباشر. ونقول غير مباشر لأن فكرة السبب لم تعترض العقد عند تكوينه ولم تؤثر فيه تأثيراً مباشراً

(١) ومن ثم كان أول مظهراً لفكرة السبب في تطورها مظهر اتخذت فيه صورة الإثراء بلا سبب، على فرق ما بين معنى «السبب» في الحالتين.

بأن تمنع نفاذه. بل بقي العقد صحيحاً نافذاً. ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب، فتوجب الاسترداد أو تمنع التنفيذ، عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع.

على أن هناك ناحية ثالثة تأثر فيها العقد اللفظي بفكرة السبب تأثيراً مباشراً كما أسلفنا القول. وقد كان ذلك في ناحية عقد القرض إذا كان واقعاً على مبلغ من النقود. فقد جرت العادة في القانون الروماني بأن يتعهد المقرض برد القرض بعقد لفظي، ثم بعقد مكتوب يكتب فيه الشرط اللفظي بدلاً من التفوه به، وذلك قبل أن يتسلم مبلغ القرض. فهو قد التزم قبل أن يتسلم شيئاً، والتزامه صحيح ما دام قد استوفى الشكل المطلوب. فإذا أراد أن يستعين بدعوى الاسترداد، فعليه هو أن يثبت أنه لم يتسلم شيئاً حتى يلتزم برده، ولا يكلف المقرض إثبات السبب. وكان من وراء ذلك أن تعسف المقرضون بالمقرضين، إذ كان هؤلاء يلتزمون مقدماً وقد لا يتسلمون شيئاً أو يتسلمون مبلغاً أقل من المذكور بالعقد، ويقع عليهم مع ذلك عبء الإثبات إذا أرادوا التخلص من هذا الالتزام. فأدخل قانون إمبراطوري (constitution impériale) تعديلاً في هذه الأحكام يقضي بأنه إذا التزم المقرض، واعترف كتابة أنه تسلم مبلغ القرض، فله أن يقرر بطريق الدعوى أو بطريق الدفع أنه لم يتسلم في الواقع شيئاً (querela non numeratae pecuniae)، وعلى المقرض إذا أراد استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقرض قد تسلم القرض. ومعنى هذا أن الدائن في هذه الحالة مكلف أن يثبت وجود سبب للالتزام، وإلا كان العقد غير نافذ، ومن هنا دخلت فكرة السبب في العقد اللفظي عن طريق مباشر، فانهدام السبب يمنع نفاذ العقد، ولا يقتصر على إباحة الاسترداد أو على التخلص من الالتزام بعد أن يصير العقد نافذاً<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أنه حتى عند ظهور هذا الأثر المباشر لفكرة السبب في العقد اللفظي، فإن السبب لم يقيم على أساس نفسى متصل بإرادة المتعاقد، بل قام على أساس موضوعي لا ضلة له بهذه الإرادة. فهو قد قام على واقعة أن المقرض لم يتسلم القرض، وأن العدالة تقضى في هذه الحالة ألا يلتزم بشيء نحو المقرض. فالسبب هنا كالسبب في الفرضين السابقين - دعوى الاسترداد والدفع بالغش - إنما قام على اعتبارات تتصل بالعدالة لا بالإرادة. وبقيت الشكلية في العقد اللفظي مانعة من ظهور السبب متصلاً بالإرادة ذلك أن الشكلية والإرادة في القانون الروماني ضدان لا يجتمعان، وإذا طردت الشكلية الإرادة إنها تطرد في الوقت ذاته السبب بمعناه النفسى وهو المعنى المتصل بالإرادة.

(١) وقد عدلت القاعدة بعد ذلك وأصبح عبء الإثبات لا يقع على المقرض إلا إذا لم يذكر في العقد المكتوب أن الالتزام له سبب قد نفذ (cautio discreta) أى إذا لم يعترف المدين كتابة أنه تسلم مبلغ القرض. فإذا اعترف بهذا كان هو المكلف بإثبات أنه لم يتسلم. ولم تقف القاعدة عند حد عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود، بل تجاوزت هذا العقد إلى عقد المهر، ثم إلى عقد القرض الواقع على المثليات غير النقود. وعممت القاعدة بعد ذلك، فأصبحت تشمل جميع العقود (أنظر كايبتان في السبب فقرة ٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه جزء ٢ فقرة ٢٨٤).

٢٥٢ - ظهور السبب في العقود غير الشكلية: وقد ظهر إلى جانب العقود الشكلية في القانون الروماني عقود أخرى غير شكلية، أهمها العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة وعقود التبرع. ولما كان أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة في تكوينه، فقد بدأت فكرة السبب تظهر بظهور الإرادة في تكوين العقد.

أما في العقود العينية - وهي القرض والعارية والوديعة والرهن - فإن الإرادة لم تكن ظاهرة، وكان أساس الإلزام في هذه العقود هو تسليم العين إلى الملتزم، فهو ملزم لأنه تسلمها وإلا كان مثرياً دون سبب.

وعلى النقيض من ذلك العقود الرضائية - وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة - فالإرادة فيها تدخل في تكوين العقد، بل هي وحدها كافية لتكوينه. ومن ثم ظهرت فكرة السبب في هذه العقود ظهوراً واضحاً. ففي عقد البيع التزام البائع سبب لالتزام المشتري، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يتم التزام المشتري لانعدام السبب. ولكن فكرة السبب في عقد البيع كانت تقف عند هذا الحد، فلا تجاوز مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه. وظهر ذلك في امتناع الدفع بعدم التنفيذ وفي امتناع الفسخ وفي تبعة هلاك المبيع، وكلها أمور ترجع إلى تنفيذ العقد وتتصل بفكرة السبب. فكان لا يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع، ولا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشتري عن دفع الثمن، فالتزام كل المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر. ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ. وإذا كان القانون الروماني جعل للمشتري فيما بعد دعوى الغش ليمتنع عن دفع الثمن حتى يتسلم المبيع، وجعل للبائع الحق في حبس المبيع حتى يقبض الثمن، فإن ذلك لم يكن أثراً لعقد البيع ذاته، بل لاعتبارات ترجع للعدالة، ولو كان البيع يوجد ارتباطاً بين التزامات كل من المتعاقدين لكان المنطق يقضي بأن تكون دعوى كل منهما ناشئة عن عقد البيع (actio ex empto)<sup>(١)</sup>. كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، بل يبقى البيع، وبطلب بتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ، حتى لو كان المتعاقد المطالب بالتنفيذ لم يقم من جانبه بتنفيذ التزامه، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر كما قدمنا. وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم، كانت تبعة الهلاك على المشتري لا على البائع. وفي هذا إمعان في تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند التنفيذ. ذلك أنه إذا استحال على البائع لهلاك المبيع تنفيذ التزامه، بقي المشتري مع ذلك ملزماً بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع. ويبدو هذا الحل الروماني قاطعاً في المعنى الذي أسلفناه إذا لاحظنا أن البيع في القانون الروماني لم يكن ينشئ في ذمة

(١) - أنظر كاييتان في السبب ص ٩٤.

البائع التزاماً بنقل الملكية، ولم يكن المشتري يصبح مالكا للمبيع بعقد البيع ذاته حتى يقال - كما قيل في القانون الفرنسي - إن المشتري يتحمل تبعة الهلاك لأنه أصبح مالكا. ومن كل ذلك نرى أنه إذا وجد ارتباط ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند تكوين عقد البيع حتى صح أن يقال إن كلا منهما سبب للآخر، فإن هذا الارتباط منعدم عند تنفيذ البيع، بل يصبح كل التزام في تنفيذه مستقلاً كل الاستقلال عن الالتزام الآخر، وتقف فكرة السبب كما قدمنا عند تكوين البيع، دون أن تجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ<sup>(١)</sup>.

وفي العقود غير المسماة ظهر السبب على الوجه الآتي: في عقد المقايضة مثلاً إذا سلم أحد المتقايضين العوض الذي يملكه، التزم الآخر بتسليم ما يقابله من العوض. وهذا الالتزام الأخير يقوم لا على إرادة الملتزم وحدها، بل على هذه الإرادة مضافاً إليها أن سببها قد تحقق. ذلك أن سبب إرادة المتعاقد الآخر في أن يلتزم بتسليم ما عنده هو أن يتسلم ما عند المتعاقد الأول، وقد تسلمه فعلاً، فتتحقق السبب. فإرادته هنا تؤخذ مقرونة بالسبب لا مجردة عنه<sup>(٢)</sup>.

وفي الهبة - وهي أهم عقود التبرعات - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير. فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع (animus donandi)، وهي السبب في التزام المتبرع. وتترتب على ذلك نتيجة هامة، هي أنه إذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطل التبرع. فمن تعهد بوفاء التزام طبيعي معتقداً أنه التزام مدني لا يكون متبرعاً، وبطل تعهده لانعدام السبب. والهبة المقترنة بشرط (donatine sub modo) يكون الشرط سبباً لها إذا هو الدافع إلى التبرع. فإذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط، كان للموهب أن يسترد هبته بدعوى استرداد (conditio causa data, causa non secuta)، وله أيضاً أن يجيز الموهوب له على تنفيذ الشرط. وفي الوصية - وهي إرادة منفردة - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد أنه مزججه بالبائع. فإذا اعتقد الموصي أن وارثه قد مات

(١) أما في عقد الإيجار فإن الارتباط يجاوز التكوين إلى التنفيذ، إذ كانت الأجرة في هذا العقد تقابل الانتفاع، فإذا تعذر الانتفاع ولو بقوة قاهرة، عند تكوين العقد أو عند تنفيذه، فإن الأجرة لا تجب. وإذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة مدة سنتين، كان للمؤجر الحق في استرداد العين المؤجرة (كاييتان في السبب ص ٩٨). ويرجع هذا إلى أن عقد الإيجار عقد زمني، الزمن فيه عنصر جوهري، وهو محل العقد ذاته.

(٢) وإذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من تسليم ما عنده للمتعاقد الأول، كان لهذا أن يطالبه بالتنفيذ كما قدمنا. وكان له أيضاً أن يسترد ما سلمه بدلاً من المطالبة بالتنفيذ. وقد يكون هذا أثراً من دعوى الاسترداد التي كانت للمتعاقد الأول قبل الاعتراف بالقوة الملزمة للعقود المسماة، أو قد يكون الحق في الاسترداد نتيجة لفسخ العقد، وفي هذا اعتراف بالسبب وهو الذي بنى على تخلفه فسخ العقد (كاييتان في السبب فقرة ٥١).

## ١ - نظرية السبب في العهد الذي سبق دوما<sup>(١)</sup>

٢٥٥ - الرومانيون والكنسيون: تداول فكرة السبب في هذا العهد فريقتان من الفقهاء: فريق الرومانيين (romanistes) وفريق الكنسيين (canonistes). فالرومانيون رجعوا للفكرة الرومانية في السبب، وهي فكرة شكلية موضوعية كما قدمنا، ولذلك لم تتقدم نظرية السبب على أيديهم أكثر مما كانت في القانون الروماني. أما الكنسيون فهم الذين خطوا بفكرة السبب خطوات جبارة، فانتزعوها من أصلها الروماني إلى أفق أرحب، وجعلوها فكرة مؤثرة فعالة. ونظر الآن كيف كانت فكرة السبب عند كل من الفريقين.

٢٥٦ - فكرة السبب عند فقهاء الرومانيين: عاد المحشون (glossateurs) إلى فكرة السبب الرومانية. وتطلبوا السبب في مختلف العقود. ولكن السبب عندهم كان أمراً شكلياً محضاً، والمهم ليس هو وجوده بالفعل، بل هو مجرد ذكره في الورقة المثبتة للعقد.

أما البارتوليون (bartolistes) فقد اقتفوا أثر من تقدمهم. وعنوا بنوع خاص بالعقود الملزمة للجانبين، فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في هذه العقود. ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الروماني، فلم يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ في البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كان يقضى عليهم بذلك. وميز البارتوليون، كما فعل المحشون، بين السبب والباعث، فسموا الأول «السبب القريب» (causa proxima) وكان المحشون يسمونه «السبب القصدى» (causa finalis)، وسموا الباعث «السبب البعيد» (causa remota) وكان المحشون يسمونه «السبب الدافع» (causa finalis). وجعلوا السبب دون الباعث هو الذي يؤثر في العقد. وهذا التمييز ما بين السبب والباعث غريب عن القانون الروماني، وقد ابتدعه فريق الفقهاء الرومانيين مستلهمين فيه الفلسفة اليونانية. أما الرومان فكان السبب عندهم هو ما كانوا يسمونه «بالسبب المدني» (causa civilis) وهو السبب الإنشائي الذي عرفناه فيما تقدم وهذا شيء آخر غير السبب القصدى الذي عارضه الفقهاء الرومانيون بالباعث.

ويمكن القول بوجه عام إن فريق الفقهاء الرومانيين قد أحيوا الفكرة الرومانية في السبب، ولكنهم ما قدمنا لم يجاوزوا الحدود التي التزمها القانون الروماني. فبقيت فكرة السبب عندهم، كما كانت عند الرومان، فكرة موضوعية لا نفسية، داخلية في العقد لا خارجة عنه، وهي واحدة لا تتغير في نوع واحد من العقود.

٢٥٧ - فكرة السبب عند فريق الفقهاء الكنسيين: أما فريق الفقهاء الكنسيين فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية اعتبارات أخرى أولى عندهم بالتقدم،

(١) أنظر بنوع خاص في هذا العهد كايبتان في السبب فقرة ٥٧ - فقرة ٧٧ - شيفريه (chevrier) في تاريخ السبب في الالتزامات باريس سنة ١٩٢٩ - بواجيزان (bois-Juzan) في السبب في القانون الفرنسي توردو سنة ١٩٣٩ ص ١١٠ - ص ١٤٤ - والمراجع المشار إليها في هذه المؤلفات.

فأوصى بماله لأجنبي، وتبين أن الوارث لا يزال حياً، واستطاع هذا أن يثبت أن الباعث على الوصية هو اعتقاد الموصي أن الوارث قد مات، فالوصية باطلة لانعدام سببها<sup>(١)</sup>.

٢٥٣ - موقف القانون الروماني من نظرية السبب: ويتبين مما قدمناه أن القانون الروماني اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود. وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها. وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب. ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية (objectif) لا ذاتية (subjectif)، ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد (intrinsèque) لا خارجاً عنه (extrinsèque)، وهو واحد لا يتغير (invariable) في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع. وإذا كانوا قد توسعوا في السبب فمزجوه بالباعث، فقد فعلوا ذلك في نطاق ضيق محدود، وكان ذلك بنوع خاص في بعض التبرعات على النحو الذي بيناه<sup>(٢)</sup>. وسنرى فيما يلي أن هذا التصوير الروماني هو الذي رجع إليه دوما (Domat)، في صياغته لنظرية السبب.

ونظر الآن كيف تطورت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم، قبل عهد دوما ومنذ ذلك العهد.

## المطلب الثاني نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

٢٥٤ - عهدان: بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال القرون السبعة التي سبقت التقنين المدني الفرنسي، من القرن الثاني عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر.

وفي خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسي المعروف دوما (Domat) في القرن السابع عشر. إذ هو الذي صاغ فكرة السبب نظرية عامة، بعد أن نهأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التي سبقتة. ومنذ صاغ دوما نظرية السبب تبعته الفقهاء في صياغته، وتناقلت عنه ما كتب، حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتيه (Pothier) إلى التقنين المدني الفرنسي.

فنحن نتابع تطور نظرية السبب في كل من هذين العهدين: (١) عهد ما قبل دوما (٢) العهد الذي بدأه دوما.

(١) كايبتان في السبب فقرة ٥٥.

(٢) على أن هذا التصوير الخاص لفكرة السبب لم يكن إلا نتيجة للصياغة الرومانية الشكلية، فلم تضع الرومان أية نظرية للسبب، بل إنهم كانوا إذا أطلقوا كلمة «السبب» قصدوا بها «السبب المدني» (causa civilis) الذي رأيناه فيما تقدم.



هي الاعتبارات الأدبية المسيحية. وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدئين:

المبدأ الأول أن الوفاء بالوعد واجب، وأن الإخلال به خطيئة. ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده. فكانت الإرادة عندهم - لا الشكل - هي التي تنشئ العقد وتجعله ملزماً. وتدرج الفقهاء الكنسيون في هذا المبدأ حتى أقروا أي عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين، دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الروماني يتطلبه.

والمبدأ الثاني أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان الهدف إلى غرض غير مشروع. ذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة. ولا يصح الاحتجاج بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد، والإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة هو أيضاً. فالخطيئة ليست في أن يخل بهذا الارتباط، بل في أن يرتبط بعقد غير مشروع. الارتباط يمثل هذا العقد يعتبر خطيئة، وتنفيذه يعد خطيئة أخرى. وما نحن نرى إلى أي مدى يسوق هذا المنطق. فالغرض الذي يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب في تعاقد. وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلاً. وإذا كانت الإرادة وحدها يلزم المتعاقد، إلا أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع، وإلا كانت عديمة الأثر. فيبرز أمامنا السبب في صورة أخرى غير الصورة التي ألفناها في القانون الروماني، شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية، وعاملاً نفسياً زاخراً بالقوة، بعيداً في الأثر. ويبدو لنا في وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة - بعد أن جردوها من الشكل - الغرض الذي ترمى إلى تحقيقه، وربطوها به، فأصبحت الإرادة لا تفصل عن الغرض الذي تهدف إليه، وهي إذا تجردت عن الشكل فليست تتجرد عن السبب. والسبب هنا ليس هو هذا السبب الروماني، الموضوعي، الداخلي في العقد، والذي يبقى واحداً لا يتغير في نوع واحد من العقود، بل هو الباعث النفسي، الخارج عن العقد، والذي يتغير فيختلف في عقد عنه في العقد الآخر.

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذي ابتدعه الفقهاء الكنسيون أموراً أربعة:

أولاً- أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملاً أساسياً في تكوين العقد.

ثانياً- أن فكرة السبب تطورت تطوراً خطيراً، فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد.

ثالثاً- أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيدا على الإرادة. فما دام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل، فلا أقل من أن يكون هذا الوعد متجهاً لتحقيق غاية مشروعة. ومن هنا استطاع الكنسيون أن يداوروا مبادئ القانون الروماني فلا يتعارضون معه تعارضاً صريحاً، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول بأن الاتفاق العاري (pacte nu) ملزم وحده، وأن يستبدلوا بعبارة «الاتفاق العاري» عبارة «الوعد المسبب» (promesse causée) فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة (pacta vestita) طائفة جديدة هي طائفة «الوعد المسببة».

رابعاً- أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة، فهو قد أطلقها من جهة أخرى، إذ حررها من الشكل، وجعلها ملزمة ما دامت تتجه لتحقيق، غاية مشروعة.

فالكنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب، لا بمعناها الروماني الضيق، بل بمعناها الجديد الواسع.

وإذا كانوا قد جعلوا من نظرية السبب بادئ الأمر أداة قوية لحماية المجتمع عن طريق إبطال العقود التي تتجه لتحقيق أغراض غير مشروعة، فإنهم ما لبثوا أن جعلوا أيضاً من النظرية ذاتها أداة لحماية الفرد وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والغش. ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع، في إبطال العقد، السبب غير الحقيقي. فإذا وقع غلط أو تدليس في الباعث على التعاقد، كان السبب غير حقيقياً، وبطل العقد. ومن هنا اختلطت نظرية الغلط بنظرية السبب، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك عند الكلام في نظرية الغلط.

هذا هو عمل الفقهاء من رجال الكنيسة، إليه وحده يعود الفضل الأكبر في إيجاد النظرية الصحيحة للسبب. وقد تبع رجال الكنيسة في نظريتهم هذه بعض من الفقهاء المدنيين (civilistes) من أمثال لوازيل (Loysel) (1) وديمولان (Dumoulin)، فقالوا بالإرادة وحدها مصدراً لتكوين العقد، واصلين في هذا ما بين الإرادة والسبب، وجاعلين للسبب المعنى الذي فهمه الفقهاء الكنسيون. وبقي فقهاء مدنيون آخرون، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Doneau) محافظين على تقاليد القانون الروماني، فلا يسلمون بأن الاتفاق العاري عقد ملزم، ولا يفهمون السبب إلا في ضوء الفكرة الرومانية الضيقة. ولكن ما لبث الفريق الأول أن فاز على الفريق الثاني. فاعترف الفقه والقضاء في فرنسا بأن الإرادة وحدها ملزمة ما دامت الغاية التي تهدف لتحقيقها غاية مشروعة، وفهم السبب بالمعنى الذي ابتدعه الكنسيون: الباعث الدافع إلى التعاقد. فأبطلت العقود التي تهدف لاستغلال النفوذ، واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها، وأصبح الباعث يؤثر في التبرعات من هبات ووصايا فإذا كان غير مشروع أو غير متحقق بطلت هذه التبرعات.

وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما يصوغ نظرية عامة للسبب. وننظر الآن ماذا فعل هذا الفقيه هو ومن جاء بعده من الفقهاء.

(1) وهو صاحب المثل المشهور: «يربط البقر بقرونه، ويربط الرجل بكلامه، ومجرد الوعد أو الاتفاق يعدل العقود اللفظية في القانون الروماني». «on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convention que les stipulations du Droit Romain». (Inst. cont. max. 357).

## ٢- نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدني الفرنسي (١)

٢٥٨- العوامل الذي أثرت في هذا العهد وفقهاؤه البارزون: جاء دوما في القرن السابع عشر، وبدأ عهداً جديداً كان من العهود الحاسمة في تاريخ تطور نظرية السبب. والعوامل البارزة التي كانت تؤثر في التفكير القانوني لرجال هذا العهد ثلاثة:

أولاً- انتكاص القانون الروماني وتقلص نفوذه. وقد أصبح تقسيم العقود إلى عقود شكلية وعقود غير شكلية، وتقسيم العقود غير الشكلية إلى عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة واتفاقيات بريطورية واتفاقيات شرعية، كل هذه التقسيمات العتيقة أخذت تهجر فتسير في طريقها إلى الاندثار. على أن فريقاً من الفقهاء المدنيين (civilistes) بقوا متأثرين بالنظرية الرومانية في السبب كما قدمنا.

ثانياً- أثر القانون الكنسي. وقد رأينا رجال هذا القانون يتم على أيديهم فتح مبین في ميدان سلطان الإرادة، فيقولون بأن الإرادة وحدها ملزمة، ويسير وراءهم في ذلك كثير من الفقهاء المدنيين.

ثالثاً- انتشار مبادئ القانون الطبيعي. وقد حمل لواءها جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندي المعروف. وهي مبادئ توحى بنبذ ما يحوط الإرادة من أوضاع وأشكال رومانية عتيقة، وتحكم العقل في كل ذلك فلا يتردد في إقصائها وتخريب الإرادة منها.

وهذا العهد الجديد بدأه دوما كما ذكرنا، وطبعه بطابعه. وبقي أثر هذا الفقيه الفرنسي الكبير حياً في النفوس طوال الأجيال. واقتصر من جاء بعده من الفقهاء على تديد ما كتبه في نظرية السبب، دون أن يضيفوا إليها شيئاً يذكر، غير الإسهاب في بعض التفاصيل. وأبرز هؤلاء الفقهاء فقيهان: بريفودي لاجانيس (Prévôt de la Janès) ويوتيه (Pothier). ونستعرض أولاً ما كتبه دوما في نظرية السبب، ثم ننظر ما قاله بعده هذان الفقيهان.

٢٥٩- نظرية السبب عند دوما: لم يكن دوما مبتدعاً فيما كتبه في نظرية السبب. بل هو نفسه لم يكن يشعر أنه يقول شيئاً جديداً عندما كان يقرر هذه النظرية في كتابه «القوانين المدنية». كان يسطها بسطاً موجزاً، دون مناقشة أو بحث، كما يسط أمراً من الأمور المقررة في عصره، فلا يرى نفسه في حاجة إلى تمحيص ما يورده من الآراء أو الدفاع عنها باعتبار أنها آراء جديدة. لذلك كان من المبالغة أن يقال - كما قال كثيرون - إن دوما له حظ كبير من الابتداع في نظرية السبب. بل نحن لا نشارك أصحاب النظرية التقليدية في السبب، من أمثال الفقيه الكبير كاييتان، رأيهم من أن دوما له فضل

(١) أنظر بنوع خاص في هذا العهد: كاييتان في السبب فقرة ٧٧ - فقرة ٨٠ - شيفريه ص ٢٤٦ وما بعدها - تمبال ص ٨٨ وما بعدها - يونسكو ص ٤٢ وما بعدها - بواجيزان ص ١٤٤ وما بعدها.

عظيم في دعم نظرية السبب على أساس صحيح. فعندنا أن دوما قد أساء إلى نظرية السبب أكثر مما أحسن، وعاق تطورها الطبيعي، وأعادها إلى وضعها الروماني نظرية قاحلة مجذبة. والغريب أن دوما قد انتقاد في هذا، لا لحكم العقل قواعد المنطق التي ألفها وسار عليها في كتابه (١)، بل إلى البقية من أثر القانون الروماني التي تسربت إلى القانون الفرنسي القديم على أيدي الفقهاء الرومانيين (romanistes) وفريق من الفقهاء المدنيين (civilistes) الذين تأثروا بالأولين.

على أن لدوما مزيتين لا ينكران في هذا الشأن: (أولاهما) هذه النظرية الشاملة التي أحاط بها موضوع السبب، فصاغ منه نظرية عامة محبوبة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذي قام به هو. كانت هناك أحجار مهياة للبناء، فشيء منها دوما بناء مدعماً متماسكاً، هو هذا الذي انتقل منه إلى من بعده من الفقهاء، ثم منهم إلى أصحاب النظرية التقليدية التي ظلت سائدة طوال القرن الماضي. (والمزية الثانية) أن دوما سجل في وضوح كامل ما وصل إليه عصره في تحرير الإرادة من الشكل والرسوم والأوضاع. فقد كانت التقسيمات الرومانية العتيقة لأصناف العقود قد دالت دولتها، وزالت التفرقة بين الاتفاق العاري غير الملزم والعقود والاتفاقات الملزمة، وأصبح كل اتفاق ملزماً. ويقرر الفقيه الكبير هذه الحقائق في عبارات جلية واضحة فيقول في كتابه «القوانين المدنية» (٢): «كل اتفاق، سواء أكان له اسم معين أم لم يكن، ينتج أثره دائماً ويلزم بما تم الاتفاق عليه... ولم يعد هناك محل لأن نسط ما كان القانون الروماني يقيمه من فروق بين العقود التي لها اسم معين والعقود التي لا اسم لها. فهذه التمييزات التي تنطوي على دقة زائفة لم تعد مقبولة في عرف عصرنا، وهي مدعاة للاضطراب من غير ما فائدة». ويلاحظ أن دوما يقرر أن الإرادة وحدها ملزمة على اعتبار أنها حقيقة مقررة في عصره، لا تحتاج إلى تمحيص أو مناقشة. فقد كانت القاعدة التي تقرر أن «الاتفاق وحده ملزم» (Solus consensus obligat) قد ظفرت في النهاية، وفاز أنصارها على معارضيها من الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الروماني.

أما العيب الجوهرى في نظرية دوما فهو أنه تأثر في هذه النظرية، كما قدمنا، بالفقهاء المدنيين الذين ظلوا أمناء القانون الروماني، فنقل عنهم النظرية الرومانية الضيقة (٣). وهنا يتولانا شيء من العجب. فإن دوما، وهو من أنصار المنطق والقانون الطبيعي، وقد رأينا يقول

(١) فقد كان دوما من دعاة القانون الطبيعي، وعرف بأنه هو الذي أحى التفكير المنطقي في الفقه المدني. فوضع كتابه المشهور «القوانين المدنية وفقاً للنظام الطبيعي» (Lois Civiles dans leur ordre naturel)، ولم ينهج فيه نهج من سبقه من الفقهاء في شرح نصوص القانون الروماني (corpus Juris Civilis)، بل كان لا يرجع إلى هذه النصوص إلا لتكون مؤيدة لما يقرره من أحكام العقل والمنطق، فيكون ذلك أبلغ في الإقناع وأدعى إلى الاطمئنان (mettre l'esprit en repos) كما يقول.

(٢) الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول فقرة ٧.

(٣) ويذكر كاييتان في كتابه في السبب (ص ١٦٠ - ص ١٦٣ و ص ١٦٣ هامش رقم ١) أن دوما =

بالإرادة وحدها مصدراً للالتزام فيطأوع في ذلك الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الكنسي، يرجع القهقري عندما يتولى بسط نظرية السبب، فلا يسير في منطقته إلى مدهاء، ولا يقول مع هؤلاء الفقهاء المدنيين أنفسهم إن الإرادة بعد أن أطلقت من عقال الشكل وجب أن تتقيد بالغرض الذي اتجهت إلى تحقيقه فيكون الباعث هو السبب، يأبى دوماً أن يكون منطقياً في نظريته للإرادة والسبب، ويرجع إلى الفكرة الرومانية، فيجعل من السبب أمراً موضوعياً داخلياً لا يتغير في نوع واحد من العقود! وقد يعلل ذلك أن دوماً أثر دقة الصياغة الرومانية فجرى على منوالها، ولكنه أضاع بذلك على القانون خصوبة النظرية الكنسية في السبب وما لها من مدى بعيد وأثر بالغ.

وهذا ما يقوله دوماً وهو ييسط نظرية السبب، بعد أن يقسم العقود أقساماً أربعة، الثلاثة الأولى هي عقود معاوضة والقسم الأخير خصص لعقود التبرع: «في الأقسام الثلاثة الأولى من العقود يجري التعامل دون أن يكون فيه أي تبرع، ويكون التزام أحد المتعاقدين هو الأساس للالتزام الآخر. وحتى في العقود التي يظهر أن شخصاً واحداً فيها قد التزم. كما في اقتراض مبلغ من النقود، قد سبق التزام المقترض ما وجب أن يعطيه إياه الطرف الآخر حتى يتكون العقد. وعلى ذلك فالالتزام الذي ينشأ من مثل هذه العقود لمصلحة أحد المتعاقدين يوجد سببه دائماً في جانب الآخر. ويكون الالتزام باطلاً إذا لم يكن مبنياً في الواقع على سبب»<sup>(١)</sup>. ثم يتابع دوماً بسط نظريته، وينتقل إلى عقود التبرع فيقول: «وفي الهبات... يكون التزام الواهب أساسه غرض من الأغراض المعقولة الحقة، كخدمة أسداها الموهوب له أو أية مزية أخرى فيه أو محض الرغبة في عمل الخير من جانب الواهب. وهذا الغرض يقوم مقام السبب بالنسبة إلى الطرف الذي أخذ ولم يعط شيئاً»<sup>(٢)</sup>. وقد يفهم من هذه العبارات الأخيرة أن دوماً يرى أن السبب في التبرعات قد يكون هو الباعث، كما كان الأمر في القانون الروماني على ما قدمنا. ولكنه في موضع آخر يعود إلى هذه المسألة فيقول: «يجب في الهبات أن تميز تمييزاً واسعاً ما بين البواعث التي يعلن الواهبون أنها هي أسباب تبرعهم وبين الشروط التي يفرضونها في هباتهم. وذلك لأنه بينما أن الإخلال بالشروط في الهبة المقترنة بشروط يبطلها، فإن الهبة تبقى قائمة حتى لو تبين أن البواعث التي ذكرت فيها ليست صحيحة. فلو أنه ذكر في هبة أنها تمت لخدمات أسديت أو لتمكين الموهوب له من أن يملك شيئاً يريد، فإن الهبة لا تبطل حتى لو ظهر أنه لم تكن هناك خدمات أسديت أو أن الامتلاك لم يتم. وذلك لأن إرادة من وهب تبقى دائماً قائمة،

= تأثر في نظريته في السبب بفقهاء مدنيين ينتمون إلى الفقهاء الرومانيين، من أمثال كونان (connan) ودونو (Doneau) - أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٧. (١) «القوانين المدنية» الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول - وقرر دوماً في موضع آخر من الكتاب أن الالتزام الذي قام على سبب انقطع بعد ذلك يصبح باطلاً (الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول فقرة ١٣)، فهو يستصحب السبب من تكوين العقد إلى تنفيذه. (٢) «القوانين المدنية» الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول.

وقد تكون له بواعث أخرى غير التي أعلنها<sup>(١)</sup>. ويستخلص الأستاذ كايبتان من هذه العبارات أن دوماً يميز في عقود التبرع بين السبب والباعث، فالسبب هو الذي يؤثر في صحة التبرع، أما الباعث فلا أثر له<sup>(٢)</sup>.

ويتبين مما قدمناه أن دوماً يشترط قيام السبب في جميع العقود. فالسبب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر، أي التزامه المقابل. والسبب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به المتعاقد الآخر، أي التسليم الذي تم من جانبه في مبدأ الأمر. والسبب في التبرعات هو إرادة المتبرع في أن يتبرع، أي نية التبرع. ومن ذلك نرى أن نظرية دوماً في السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة، وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الروماني.

٢٦٠ - نظرية السبب عند خلفاء دوماً من الفقهاء: ولم يزد الفقهاء الذين خلفوا دوماً في القانون الفرنسي القديم على أن يرددوا ما قاله دوماً في نظرية السبب. وأبرز هؤلاء الفقهاء، كما قدمنا، فقيهان: بريفو دي لاجانس وبوتيه.

كان بريفو دي لاجانس (Prévôt de la Janès) أستاذاً للقانون في جامعة أورليان في النصف الأول من القرن الثامن عشر، وقد توفي في سنة ١٧٤٩. ذكر في كتاب له<sup>(٣)</sup> أن الرضا يجب أن يكون مبنياً على سبب (fondé sur quelque cause). وعرف السبب بأنه الغرض (motif) الذي دفع المتعاقد إلى الالتزام. ولكنه بين ما يريد بكلمة «الغرض» عند الكلام في البيع، فذكر أن السبب في التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر المقابل له. فالسبب عنده في العقود الملزمة للجانبين هو السبب ذاته عند دوماً<sup>(٤)</sup>.

أما بوتيه (Pothier) الفقيه الفرنسي المعروف - وقد خلف بريفو دي لاجانس في أستاذية القانون بجامعة أورليان - فكان أوضح بياناً من سلفه في بسط نظرية السبب، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوماً في هذه النظرية. ذكر في كتاب «الالتزامات»<sup>(٥)</sup> ما يأتي: «يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف (cause honnête). ففي عقود المعاوضة

(١) «القوانين المدنية» الكتاب الأول - الباب العاشر - الفرع الأول فقرة ١٣.

(٢) كايبتان في السبب فقرة ٧٩. قارن بواجيزان (ص ١٥٠ - ص ١٥٥) وهو يستخلص من هذه العبارات أن دوماً يميز بين الباعث الدافع للهبة، ومظهره أن يكون شرطاً مفروضاً في العقد، وهو يؤثر في صحة التبرع، وبين الدوافع التي تذكر في العقد دون أن تفرض شروطاً، وهذه لا تؤثر لاحتمال أن يكون هناك دوافع أخرى حملت على التبرع.

(٣) (Principes de la Juris. fr. suivant l'ordre des actions) القسم الثاني - الباب الثامن - الفصل الثاني.

(٤) كايبتان في السبب فقرة ٨٠ - ويرى بريفودي لاجانس أن التعهد المكتوب يكون ذا سبب صحيح إذا ذكر المتعهد أنه يقر بمدنيونته ويتعهد بالدفع، فالإقرار بالمدنيونية سبب كاف للالتزام (بواجيزان ص ١٥٨ - ص ١٥٩).

(٥) فقرة ٤٢.



يكون السبب في الالتزام الذي يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر، أو ما يلتزم بإعطائه له، أو التبعة التي يتحملها. وفي عقود التبرع يكون الجميل الذي يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذي يعقده قبله. أما إذا لم يقم الالتزام على أي سبب، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذي عقد من أجله الالتزام غير صحيح، فالالتزام باطل، ويبطل العقد الذي يتضمنه. ثم ينتقل بوتييه إلى السبب غير المشروع فيقول: «إذا كان السبب الذي عقد من أجله الالتزام سبباً يجرح العدالة أو حسن النية أو الآداب (cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs)، فالالتزام باطل، ويبطل العقد الذي يتضمنه»<sup>(١)</sup>.

ونرى من ذلك أن بوتييه ردد في وضوح وإسهاب ما سبقه إليه دوما. وإذا كان قد زاد عليه في التفصيل، ففي المسائل الثلاث الآتية: (١) لم يكتف بأن يحدد السبب في العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، بل حدده أيضاً في العقود الاحتمالية وجعله التبعة التي يتحملها المتعاقد. (٢) ذكر في وضوح أن السبب في التبرعات هو نية التبرع، وكان دوماً غير واضح في ذلك وضوحاً كافياً كما رأينا. (٣) أفاض في ذكر السبب غير المشروع وقرنه بالسبب غير الموجود والسبب غير الصحيح، فوضع الأساس لشروط السبب في النظرية التقليدية<sup>(٢)</sup>.

وقد نقل قانون نابليون نظرية السبب عن دوما وبوتييه في المواد ١١٠٨ و ١١٣١ - ١١٣٣. وصارت هذه النصوص هي الأساس الذي تقوم على النظرية التقليدية في السبب. هذا هو تاريخ تطور نظرية السبب، وأوردناه في شيء من التفصيل حتى نتبين أن هذه النظرية قد انتقلت إلى القانون الحديث وهي تحمل أثراً واضحاً من ذكريات ماضيها، سواء في ذلك النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة. و تنتقل الآن لبسط نظرية السبب في القانون الحديث.

## المبحث الثاني

### نظرية السبب في القانون الحديث

٢٦١ - ترتيب الموضوع: انتقلت نظرية السبب كما رأينا من القانون الفرنسي القديم إلى قانون نابليون، فبسطها الفقهاء الفرنسيون على النحو الذي رأينا عند دوما وبوتييه. وهذه هي النظرية التقليدية في السبب. ولما كانت هذه النظرية عقيمة مجدية، إذ هي مشبعة بالفكرة الرومانية الضيقة كما قدمنا، فقد انتصب لها خصوم أشداء فندوها وزعزعوا الثقة بها وكادوا أن يقضوا على فكرة السبب كركن من أركان الالتزام. وأثارت هذه

(١) «الالتزامات» فقرة ٤٣.

(٢) وزاد بوتييه أيضاً في أنه ميز بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذي يقصد إليه الملتزم، فوضع بذرة التقسيم الثلاثي للسبب الذي سنراه في النظرية التقليدية.

الخصومة لنظرية السبب التقليدية فقهاء آخرين قاموا بتتصرون لفكرة السبب في ذاتها، سواء في صورتها التقليدية أو في صورة أخرى لها معدلة. ولكن القضاء في فرنسا كان بمعزل عن هذه الخصومات الفقهية، وأخذ من جانبه يعود إلى النظرية الكنسية المخصصة وهي النظرية التي تفسر السبب بالباعث فتجعل للسبب معنى منتجاً فعلاً. ومن ثم قامت النظرية الحديثة في السبب على أنقاض النظرية التقليدية، قامت في أول أمرها على أكتاف القضاء فهو الذي عبد لها الطريق كما رأينا، ثم تبع الفقه القضاء في ذلك. وقد تلقى القانون المدني الجديد النظرية وهي في مرحلة متقدمة من مراحل تطورها، فاستكمل حلقات التطور بفصل نظرية السبب عن نظرية الغلط فصلاً تاماً وكانا من قبل يتلاقيان في منطقة مشتركة.

فنحن نتكلم: (أولاً) في النظرية التقليدية. (ثانياً) في النظرية الحديثة. (ثالثاً) في نظرية السبب بعد انتقالها إلى القانون المدني الجديد.

## المطلب الأول

### النظرية التقليدية في السبب

٢٦٢ - النصوص في القانون المدني الفرنسي وفي القانون المدني المصري القديم: تلقى قانون نابليون نظرية السبب كما بسطها دوما، وانتقلت منه إلى الفقه الفرنسي. وبقي الفقهاء الفرنسيون يقررون هذه النظرية التقليدية طوال القرن التاسع عشر<sup>(١)</sup>. وسنرى ونحن نسط ما قرروه أنهم لم يتعدوا عما قرره دوما وبوتييه مما سبق بيانه.

وقد دخلت النظرية التقليدية في نصوص قانون نابليون على النحو الآتي:

نصت المادة ١١٣١ من هذا القانون على أن الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب (sans cause)، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح (fausse cause)، أو على سبب غير مشروع (cause illicite).

ونصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه.

ونصت المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون، أو إذا كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام.

وقد نقل القانون المدني المصري القديم عن قانون نابليون هذه النصوص بعد أن أوجزها في نص واحد على الوجه الآتي:

نصت المادتان ١٤٨/٩٤ من القانون المدني المصري القديم على أنه «يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً». والأصل الفرنسي لهذا

(١) أنظر بسطاً وافياً للنظرية التقليدية للسبب في ديمولومب ٢٤ ص ٣٢٩ وما بعدها.

النص العربي أدق، فهو يقضى بأن الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب محقق مشروع<sup>(١)</sup>، فجعل السبب شرطاً في وجود الالتزام لا في صحته فحسب.

وتتناول الآن النظرية التقليدية. فتكلم أولاً في معنى السبب في هذه النظرية وفي الشروط التي يجب توافرها فيه. ثم نستعرض بعد ذلك الحجج التي تقدم بها خصوم السبب في تفنيده، والحجج التي تقدم بها أنصاره في تأييده.

## ١ - معنى السبب في النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه

### أ - تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية

٢٦٣ - السبب الإنشائي والسبب الدافع والسبب القصدى: تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائي (cause efficiente) والسبب الدافع (cause impulsive) والسبب القصدى (cause finale)<sup>(٢)</sup>.

فالسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام. وقد عرفنا أن مصادر الالتزام هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون. والسبب بهذا المعنى لا يعنينا هنا، ويجب أن نستبعده.

والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام فمن يشتري منزلاً قد يكون الدافع له على الشراء والالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل، أو أن يخصصه لسكنائه، أو أن يجعل منه محلاً لعمله، أو أن يديره للعهارة، أو أن يجعل منه نادياً للمقامرة، ألخ ألخ. ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث الآتية: (١) هو شئ خارجي عن العقد (extrinsèque)، فلا يذكر في الاتفاق ضرورة، ولا يستخلص حتماً من الالتزام. (٢) هو شئ ذاتي للملتزم (subjectif)، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع. (٣) هو شئ متغير (variable)، لا في كل نوع من العقود فحسب، بل في كل عقد على حدة، فالباعث للمشتري في عقد غير الباعث للمشتري في عقد آخر. ولما كان الباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد، فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام، فمهما كان هذا الباعث شريفاً أو غير شريف، متفقاً مع النظام العام أو مخالفاً له، فإن العقد صحيح والالتزام قائم.

والسبب القصدى - وهو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية وإذا أطلقت كلمة السبب عنته بهذه الكلمة - يعرف عادة بأنه هو الغاية المباشرة (fin directe) أو الغرض

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي: "L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite".

(٢) وقد رأينا أصل هذا التمييز فيما نقله المحشون والبارتوليون عن الفلسفة اليونانية من التمييز بين السبب (cause proxima, finalis) والباعث (cause remota, impulsiva) (أنظر آنفاً فقرة ٢٥٦)، وفي التمييز الذي قال به بوتيه بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذي يقصد إليه الملتزم (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٠ في الهامش).

المباشر (but immédiat) الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه. فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم (causa proxima)، أما الباعث فغاية غير مباشرة (causa remota) تتحقق بعد أن يتحقق السبب، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام.

٢٦٤ - السبب في الطوائف المختلفة للعقود: وتستعرض النظرية التقليدية الطوائف المختلفة لتحديد السبب - ويفهم دائماً بمعنى السبب القصدى - في كل طائفة منها، على النحو الذي جرى عليه دوماً وبوتيه.

ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الآخر. مثل ذلك عقد البيع، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع، وسبب هذا الالتزام - أي الغرض المباشر الذي قصد البائع أن يحققه من وراء التزامه بنقل ملكية المبيع - هو التزام المشتري بدفع الثمن. ويلتزم المشتري بدفع الثمن، وسبب هذا الالتزام - أي الغرض المباشر الذي قصد المشتري أن يحققه من وراء التزامه بدفع الثمن - هو التزام بنقل ملكية المبيع. وقل مثل ذلك في العقود الأخرى الملزمة للجانبين، كالمقايضة والإيجار وعقد المقاوله وعقد العمل.

وفي العقود الملزمة لجانب واحد، إذا كان العقد عينياً، قرضاً كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة<sup>(١)</sup>، يكون سبب التزام المتعاقد الملتزم هو تسلمه الشئ محل التعاقد. فالمقترض يلتزم برد القرض لأنه تسلمه، وهذا هو الغرض المباشر الذي قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه.

وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً، كالوعد بالبيع، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائي، وهو الغرض المباشر الذي قصد إلى تحقيقه، وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق<sup>(٢)</sup>.

وفي عقود التبرع السبب في التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها. فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إسداء يد للموهوب له، وهذا هو السبب في تبرعه.

٢٦٥ - خصائص السبب: ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب في النظرية التقليدية هي عكس خصائص الباعث. فالسبب شئ داخلي في العقد (intrinsèque) يستخلص حتماً من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته. وهو شئ موضوعي (objectif) لا تؤثر فيه نوايا الملتزم. وهو غير متغير (invariable)، فيبقى واحداً في نوع واحد من العقود، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع.

وهذه الخصائص الثلاث هي عين الخصائص التي رأيناها لصيقة بالسبب في الفكرة الرومانية القديمة.

(١) وهذا في غير القانون المصري الجديد الذي ألغى العقود العينية كما رأينا، ولم يبق منها إلا هبة المنقول. ثم هذا يفرض أن العقود العينية ملزمة لجانب واحد كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء.  
(٢) كايبتان في السبب فقرة ٢٨.

٢٦٦ - قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه: وتحرص النظرية التقليدية على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه. فإذا قام السبب عند تكوين العقد، ثم انقطع قبل التنفيذ، سقط الالتزام. وتظهر أهمية هذا الحكم في العقود الملزمة للجانبين. فإن هذه العقود تتميز بأمر ثلاثة: (١) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما يترتب في ذمته من التزام، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ. (٢) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، وهذه هي نظرية الفسخ. (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعه هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر، وهذه هي نظرية تحمل تبعه. وسنعرض لهذه النظريات بالتفصيل في مواضعها. ويكفي أن نشير هنا إلى أن أصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه النظريات الثلاث على فكرة السبب ووجوب بقاءه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد. فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة، فإن التزام المتعاقد الآخر ينقطع سببه، ومن ثم يستطيع هذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، أو أن يطلب فسخ العقد، أو أن يجعل المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه يحمل تبعه هذه الاستحالة بعد سقوط الالتزام الذي انقطع سببه (١).

### ب- الشروط الواجب توافرها في السبب

٢٦٧ - شروط ثلاثة: يخلص من النصوص التي أوردناها في القانون المدني الفرنسي وفي القانون المدني المصري القديم أن السبب يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة: (١) أن يكون موجوداً. (٢) وأن يكون صحيحاً. (٣) وأن يكون مشروعاً.

٢٦٨ - وجود السبب: تقول النظرية التقليدية إن كان التزام يجب أن يكون له سبب. ووجود السبب ليس في الواقع شرطاً يجب توافره في شيء، بل هو الشيء ذاته. وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم.

ويغلب في السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط في وجوده، فظهر المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود. ولكن السبب الموهوم لا يدخل في دائرة هذا الشرط الأول، بل يدخل في دائرة الشرط الثاني كما سترى. أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود، أي غير واهمين في وجوده. ويصح التساؤل إذن كيف يقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك؟ تجيب النظرية التقليدية أن هذا يمكن أن يتحقق عند التعاقد وبعد التعاقد.

(١) ويلاحظ أن القانون الروماني كان يأبى أن يدفع فكرة السبب في عقد البيع إلى حد أن يتطلب بقاء السبب بعد تكوين العقد، بل كان يقف بفكرة السبب عند تكوين العقد، دون أن يجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ. فلم يكن يسلم بأية نظرية من هذه النظريات الثلاث: الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعه استحالة التزامه (أنظر انفاً فقرة ٢٥٢). فالنظرية التقليدية في السبب متقدمة في هذه الناحية على القانون الروماني.

فهو يتحقق عند التعاقد في فروض مختلفة نذكر منها فرضين: (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونيته وهو غير مدين، أي لسبب لا وجود له، كقرض لم يتم، فيكون كل من المتعاقدين على بينة من أن سبب المديونية غير موجود. وفي هذه الحالة يكون العقد الذي يقر فيه المتعاقد المكره بمديونيته باطلاً لانعدام السبب، ولا يكفي أن يقال إنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه. بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الإقرار بالمديونية قبل تسلم القرض، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلاً، فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلاً لانعدام السبب. ويستقيم الفرض حتى لو اعتبر الإقرار إرادة منفردة لا عقداً، فإن السبب ركن في التزام إرادى ولم يكن التزاماً عقدياً. (٢) يكون السبب غير موجود، دون أن يكون هناك وهم أو إكراه، فيما يسمى بسند المجاملة (effet de complaisance). وصورته أن يلتزم شخص آخر نحو آخر التزاماً صورياً، فيمضى سنداً لمصلحته، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصوري سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصوري بتوريد قيمته إلى المدين، فيدفعها هذا لحامل السند. وبذلك يستطيع الدائن الصوري أن يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم، لا من مدينه بالذات، بل بفضل إمضاء هذا الدين على سند المجاملة. ولا يحتاج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية، ولكن في العلاقة ما بين المدين ودائنه الصوري يستطيع الأول أن يتمسك ببطلان السند لانعدام السبب (١).

ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد التعاقد. ويقع ذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد، وانعدام السبب بعد وجوده في هذه الأحوال هو الذي يبرز نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل تبعه على ما بينا.

٢٦٩ - صحة السبب: ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً. فالسبب غير الصحيح (fausse cause) لا يصلح أن يقوم عليه التزام. ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين: (١) إما لأن السبب الظاهر - وهو السبب غير الصحيح - هو سبب موهوم أو مغلوط (cause erronée) (٢) وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صوري (cause simulée).

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة: وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث، فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه في الميراث، فهذا التخارج

(١) ويتحقق انعدام السبب، دون وهم أو إكراه، في عقد احتمالي يسمى «كرة الثلج» (boule de neige) (أنظر في ذلك نظرية العقد للمؤلف ص ٥٥١ هامش رقم ٣) كما قد يتحقق في سائر العقود الاحتمالية - وهي عقود السبب فيها هو احتمال المكسب والخسارة في كل من الجانبين - فإذا انعدم هذا الاحتمال في جانب انعدام سبب الالتزام، وقد يكون ذلك عن بينة وفي غير إكراه.



باطل لأن سببه موهوم. وارث يمضى إقراراً بدين على التركة ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث، فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم. وارث يتعهد لموصى له بعين في التركة أن يعطيه مبلغاً من المال في نظير نزوله عن الوصية، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها، فتعهد الوارث باطل لأن سببه موهوم. مدين يتفق مع دائته على تجديد الدين، فيتبين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه، فالتجديد باطل لأن سببه موهوم.

بقي السبب الصوري. والعقد الذي يقوم على سبب صوري لا يكون باطلاً لصورية السبب، فإن الصورية في ذاتها ليست سبباً في البطلان. ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقي. ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقي. فإن كان هذا السبب موهوماً سقط الالتزام لأن السبب الحقيقي موهوم لا لأن السبب الظاهر صوري. وإن كان السبب الحقيقي غير مشروع، وقد أخفى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب، سقط الالتزام أيضاً، لا لصورية السبب الظاهر، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقي. أما إذا كان السبب الحقيقي مشروعاً غير موهوم، فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر<sup>(١)</sup>.

٢٧٠ - مشروعية السبب: ويجب أخيراً أن يكون السبب مشروعاً. والسبب المشروع هو الذي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب<sup>(٢)</sup>. وقد بينا معنى المخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب عند الكلام في المحل غير المشروع. ونبين هنا أن مشروعية السبب، عند أصحاب النظرية التقليدية، شرط متميز عن مشروعية المحل. فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع. ويتحقق ذلك في فروض مختلفة، نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية:

(أولاً) إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود يأخذه منه، فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع، ولكن سببه - وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة - غير مشروع. فلا يقوم هذا الالتزام، لا لعدم مشروعية المحل، بل لعدم مشروعية السبب.

(ثانياً) كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود، فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع. فقد تعهد الأول بعدم ارتكاب الجريمة، وتعهد الثاني بدفع مبلغ من النقود، وكلا المحلين مشروع. ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن

(١) أنظر في هذا المعنى المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧).

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونيو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٧٩. محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩ - وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ - وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١١٩.

ارتكاب الجريمة هو التزام الثاني بدفع النقود، وهذا سبب غير مشروع. وسبب التزام الثاني بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة، وهذا أيضاً سبب غير مشروع. ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب، وهذا بالرغم من أن محل كل منهما مشروع. وكذلك الأمر في كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة آخر ليحمله على الالتزام بما يجب عليه دون إجازة، كالمودع يجيز المودع عنده حتى يرد الوديعة، والمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق، وكالمخطوف ولده يجيز الخاطف حتى يرد الولد، وكمن يخشى أذى دون حق من شخص يجيز هذا الشخص حتى يكف عن أذاه.

(ثالثاً) عقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) هو أيضاً عقد سببه غير مشروع، على رأى، وإن كان المحل مشروعاً. فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه، فإن كثيراً من الفقهاء<sup>(١)</sup> يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة. إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين. فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح، فيكون العقد مشروعاً. أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج، فهذا هو الاتفاق الباطل، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود<sup>(٢)</sup>. والقضاء في مصر غير مستقر، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية<sup>(٣)</sup> ببطلان العقد، لا سيما في بلد كمصر حيث يسهل على «الخاطبة» أن تخدع الزوج، في أمر زوجته بسبب انعزال المرأة عن الرجل<sup>(٤)</sup>. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة<sup>(٥)</sup> بصحة العقد إذ أن الغرض الذي يرمى إليه مشروع، فهو يسر أمر الزواج، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم يتم، ويكون باطلاً إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج. فإذا أخذ بهذا الرأى كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع. وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع، أحدهما يلتزم بإعطاء

(١) أوربى ورو ٤ ص ٥٥٣ - لارو مبيير م ١١٣٢ فقرة ١١ - ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣ - لوران ١٦ فقرة ١٥٠ - بفتنوار ص ٥٤١.

(٢) نقض فرنسي في أول مايو سنة ١٨٥٥ دالوز ١٨٥٥ - ١ - ١٤٧.

(٣) محكمة عابدين الجزئية في ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ - وأنظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩.

(٤) ويؤيد هذا الرأى والتون (جزء أول ص ٢٨٥ - ص ٢٨٨) والدكتور محمد صالح بك (الالتزامات ص ٢٥٤).

(٥) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ - وأنظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص ٩٠.

الأجر والثاني يلتزم بالعثور على زوج صالح، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر في مقابل أجر، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً في مقابل هذا الزواج.

## ٢ - خصوم السبب وأنصاره

### أ - خصوم السبب

٢٧١ - الهجوم على النظرية التقليدية: منذ أن استقرت النظرية التقليدية، منقولة عن دوما وبوتيه على النحو الذي بسطناه، بقيت مبعثاً لقلق الفقهاء، يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج. وأول من جاهر من الفقهاء بذلك كان الفقيه البلجيكي إرنست (Ernst) وكان أستاذاً في جامعة لياج، كتب مقالا في سنة ١٨٢٦ في مجلة (Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste)<sup>(١)</sup> يبين فيه أن السبب في النظرية التقليدية ليس ركناً متميزاً، فهو يختلط إما بالمحل في العقود الملزمة للجانبين، وإما بالرضا في عقود التبرع، ويستخلص من ذلك أن السبب لا ضرورة له، وتغني عنه أركان الالتزام الأخرى. ثم هاجم النظرية بعد ذلك لوران (Laurent)<sup>(٢)</sup> وكورنيل (Cornil)<sup>(٣)</sup>، وهما أيضاً فقيهان بلجيكيان. وتابعهما عدد من الفقهاء الفرنسيين، هاجموا النظرية مهاجمة عنيفة في رسائلهم<sup>(٤)</sup>.

ولكن الحملة على نظرية السبب لفتت النظر بنوع خاص عندما انحاز بلانيول إلى خصوم السبب<sup>(٥)</sup>. وردد الأستاذان بودري وبارد صدى هذه الحملة<sup>(٦)</sup>. وكذلك فعل دابان (Dabin)<sup>(٧)</sup> ووالتون<sup>(٨)</sup>.

(١) سنة ١٨٢٦ ص ٢٥٠ - ص ٢٦٤.

(٢) جزء ١٦ فقرة ١١١.

(٣) في رسالة عنوانها: «بمناسبة تنقيح القانون المدني، السبب في العقود» بروكسل سنة ١٨٩٠.

"A propos de la révision du Code Civil- De La Cause dans les conventions". Bruxelles 1890.

(٤) نذكر منهم أرتير (Arthur) في السبب في القانون الروماني والقانون الفرنسي باريس سنة ١٨٧٨ - تامبال (Timbal) في السبب في العقود والالتزامات تولوز سنة ١٨٨٢ - سيفريادس (Séfériadès) بحث انتقادي في نظرية السبب باريس سنة ١٨٩٧ - أنظر أيضاً هيك الجزآن السادس والسابع.

(٥) الجزء الثاني فقرة ١٠٣٧ - فقرة ١٠٣٩.

(٦) الجزء الأول فقرة ٣٢١ - فقرة ٣٢٧.

(٧) «نظرية السبب» بروكسل سنة ١٩١٩.

(٨) ويقول الأستاذ والتون إن نظرية السبب التقليدية مثار للنقد الشديد، ويتوقع أن التقنين المدني عند تنقيحه يستبعد فكرة السبب كركن في الالتزام، ويسير في ذلك على نهج التقنين الألماني والسويسري (والتون ١ ص ٥٩ - ص ٦٠).

ونقف عند نقد بلانيول لنظرية السبب التقليدية، ففيه خلاصة واضحة للحملات التي قام بها خصوم السبب، وكان هو المعول الفعال في هدمها.

٢٧٢ - نقد بلانيول لنظرية السبب التقليدية: يقول بلانيول إن نظرية السبب التقليدية نظرية غير صحيحة، ثم هي غير ذات فائدة.

أما أنها غير صحيحة، فذلك يظهر إذا استعرضنا السبب في فروضه الثلاثة: العقد الملزم للجانبين والعقد العيني وعقد التبرع. ففي العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول، كما تزعم النظرية التقليدية، إن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر، فإن في هذا استحالة منطقية، ذلك أن الالتزامين يولدان في وقت واحد من مصدر واحد هو العقد، فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر، لأن السبب يتقدم المسبب، وهما قد نشأ معاً كما رأينا. وفي العقد العيني يقولون إن سبب الالتزام هو تسليم العين، ولكن التسليم ليس إلا المصدر الذي كون العقد فأنشأ الالتزام، فيختلط هنا السبب بالمصدر ويصبحان شيئاً واحداً. وفي عقد التبرع يقولون إن سبب الالتزام هو نية التبرع، وهذا قول خال من المعنى، وإلا فأية قيمة لنية التبرع في ذاتها إذا لم تقرر بالعوامل التي دفعت إليها!

وأما أن النظرية غير ذات فائدة، فلأننا نستطيع الاستغناء عنها بشئ آخر. ففي العقود الملزمة للجانبين يكفي أن نقول إن الالتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثاني، وتغني فكرة الارتباط في هذه العقود عن فكرة السبب. وفي العقود العينية وعقود التبرع انعدام السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية هو انعدام التسليم في العقد العيني وانعدام نية التبرع في الهبة، وهذا معناه انعدام العقد ذاته، فلسنا إذن في حاجة إلى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب ما دام العقد ذاته غير موجود.

### ب - أنصار السبب

٢٧٣ - الدفاع عن فكرة السبب: أما أنصار السبب فكثيرون منهم من يدافع عن النظرية التقليدية بعد تحويرها، وعلى رأس هؤلاء كايبتان في كتابه المعروف «السبب في الالتزامات»<sup>(١)</sup>. ومنهم من يدافع عن فكرة السبب في ذاتها، ولكنه يهجر في الدفاع عنها النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التي وضع القضاء أسسها على ما سنرى.

ونبسط هنا دفاع كايبتان عن النظرية التقليدية، ثم نشير في إيجاز إلى بعض الفقهاء الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة.

٢٧٤ - دفاع كايبتان عن نظرية السبب التقليدية: يمكن القول أن كايبتان هو عميد أنصار النظرية التقليدية للسبب. ولكنه وهو في صدد الدفاع عنها قد حورها تحويراً جوهرياً في بعض نواحيها.

(١) أنظر أيضاً علماء الفقه التقليدي كأوبري ورو وديمولومب وبيدان وبغوار. وانظر بريسو في رسالة من بورديو سنة ١٨٧٩، وكولان في رسالة من باريس سنة ١٨٩٥ ويوناسكو في السبب سنة ١٩٢٣.

ف عند كاييتان أن السبب في العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل ذاته، بل هو تنفيذ هذا الالتزام<sup>(١)</sup>. ويقول، رداً على ما أخذه بلانيول على النظرية التقليدية من أن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سبباً ومسبباً، إن تنفيذ الالتزام هو السبب فلا يجوز الاعتراض بعد ذلك بأن الالتزام هو السبب والمسبب. ثم يضيف إلى ذلك أنه حتى لو فرض طبقاً للنظرية التقليدية أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته، فلا يصح أن يقال مع ذلك أن الشيء الواحد يعتبر سبباً ومسبباً، إلا إذا فهم السبب بمعنى «السبب الإنشائي»، فعند ذلك يستحيل منطقياً أن يكون الشيء منشئاً لشيء آخر وناشئاً في آن واحد. ولكن السبب هنا معناه «السبب القصدى» أي الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه، ويسهل مع هذا المعنى أن نفهم أن الغرض الذي قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الآخر بالذات، فكل من المتعاقدين قد التزم حتى يلتزم الآخر، ولا يكون في هذا خروج على المنطق.

أما الالتزام الذي ينشأ من عقد عيني فسببه هو تسليم الشيء كما تقرر النظرية التقليدية. وهذا صحيح في نظر كاييتان في عقود عينية ثلاثة هي القرض والعارية ورهن الحيازة. فإن هذه العقود إذا كانت عينية من حيث الصياغة، فهي من حيث طبيعتها عقود رضائية ملزمة للجانبين. فالقرض والمقترض مثلاً يتفقان على القرض، ويتم العقد بالاتفاق، فيلتزم المقرض بتسليم القرض كما يلتزم المقترض برد مثله. ومن هنا نرى أن التسليم، إذا رجعنا إلى طبيعة العقد، ليس هو حتماً السبب المنشئ للالتزام، بل هو الغرض الذي يسعى إليه المقترض من وراء التزامه برد الشيء. فلا يختلط في هذه العقود الثلاثة «السبب الإنشائي» و«السبب القصدى» كما يزعم خصوم نظرية السبب. ولا يبقى من العقود العينية إلا الوديعة. وهنا يسلم كاييتان أن الوديعة بطبيعتها عقد عيني ملزم لجانب واحد إذا كانت بغير أجر، ويرى أن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشيء، إذ يختلط بذلك السبب الإنشائي بالسبب القصدى، بل هو رغبة المودع عنده، وقد قبل أن يحفظ الشيء دون مقابل، في أن يسدى جميلاً للمودع. أما إذا كانت الوديعة بأجر فقد أصبحت عقداً ملزماً للجانبين، وصار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر<sup>(٢)</sup>.

أما في عقود التبرع، فسبب الالتزام هو نية التبرع ذاتها (animus donandi) كما تقرر النظرية التقليدية. ولا تختلط هذه النية بالرضاء كما يقول خصوم السبب. فإن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين: العنصر الأول هو إرادته أن يلتزم، وهذا هو الرضاء. والعنصر الثاني هو إرادته أن يكون هذا الالتزام دون مقابل على سبيل التبرع، وهذا هو السبب يتميز عن الرضاء كما نرى. والدليل على ذلك أن العنصر الأول، وهو الرضاء بالالتزام، قد يثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب وهو نية التبرع، كما إذا كتب شخص سنداً بدين في ذمته لآخر، ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود له، فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع في جانب المدين حتى يستوفي منه قيمة السند. فهذا مثل نرى فيه رضاء المدين بالالتزام ثابتاً دون أن تكون نية التبرع عنده ثابتة. على أن كاييتان لا يقف عند نية التبرع بل يجاوزها إلى الباعث الدافع فيجعله هو السبب في حالتين: (١) التبرع إذا اقترن بشرط يتبين أنه هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه، كما إذا وهب شخص مالا لجمعية خيرية واشتراط على الجمعية أن تنشئ بهذا المال مستشفى أو ملجأ، فإن سبب الهبة في هذه الحالة لا يكون نية التبرع بل هو القيام بالشرط الذي اقترن به التبرع. (٢) الوصية حيث لا توجد إلا إرادة واحدة هي إرادة الموصي، فلا يجوز الوقوف فيها عند نية التبرع، بل إن الباعث الذي دفع الموصي إليه تبرعه هو الذي يجب اعتباره سبباً للوصية. وفي هاتين الحالتين يسلم كاييتان باختلاط الباعث بالسبب.

ومن ذلك نرى أن كاييتان أدخل تحويراً في النظرية التقليدية، حيث يجعل الباعث يختلط بالسبب في الحالتين المتقدمتين، وحيث يحدد السبب في العقد الملزم للجانبين بأنه هو تنفيذ الالتزام لا وجوده، وحيث يحدد السبب في عقد الوديعة غير المأجورة بأنه نية التبرع عند حافظ الوديعة. ولكنه مع ذلك يحتفظ بجوهر النظرية التقليدية، فيستبقى التمييز بين السبب والباعث ولا يختلط بينهما إلا في فروض نادرة<sup>(١)</sup>، ويجعل المعيار في تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً، فيكون السبب عنده شيئاً داخلياً في العقد لا منفصلاً عنه، وهو واحد لا يتغير في أي نوع من العقود.

٢٧٥ - أنصار السبب الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة: وإلى جانب

(١) وينى كاييتان على أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ارتباط مصير كل من الالتزامين المتقابلين بمصير الالتزام الآخر. ويرتب على هذا الارتباط نظريات الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعية، فهذه النظريات جميعاً لا يمكن أن تقوم إلا على أساس أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده.

ويحدد كاييتان السبب في العقد الملزم للجانبين إذا كان احتمالياً بوجود الاحتمال ذاته في العقد (السبب فقرة ١٨ ص ٤٠)، وفي العقد الملزم للجانبين الذي يتوخى فيه جميع المتعاقدين غرضاً مشتركاً، كالجمعيات والشركات، بالقرض المشترك الذي قصد المتعاقدون تحقيقه (السبب فقرة ١٩).

(٢) كاييتان في السبب فقرة ٢٥ - ويستعرض كاييتان العقود الأخرى الملزمة لجانب واحد: فالوكالة بغير أجر سبب الالتزام فيها هو إسداء جميل للموكل كما في الوديعة بغير أجر - والوعد بالتعاقد سبب الالتزام فيه هو إتمام التعاقد النهائي - والالتزام بوفاء دين يختلف السبب فيه، فهو تارة يكون فكرة التبرع، وطوراً يكون فكرة التجديد، وثالثة يكون تحويل التزام طبيعي إلى التزام مدني (ويرى كاييتان =

= أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي ليس تجديدياً له بل هو إنشاء لالتزام مدني السبب فيه هو الالتزام الطبيعي) - والكفالة سبب التزام الكفيل فيها العلاقة بينه وبين المدين، وكذلك الإنابة في الوفاء، وقد يكون هذا السبب تبرعاً، وقد يكون وفاء لدين في ذمة الكفيل للمدين أو في ذمة المناسب للمنيب، أو قرضاً يعطيه الأولى للثاني (كاييتان في السبب فقرة ٢٦ - فقرة ٣٢).

(١) إلى جانب الحالتين اللتين رأينا كاييتان يخلط فيهما الباعث بالسبب توجد حالة ثالثة يعتد فيها كاييتان بالباعث أيضاً، وذلك إذا أدخل المتعاقدان الباعث في دائرة التعاقد (champ contractuel)، وأصبح جزءاً من العقد متفقاً عليه. ويختلف كاييتان في هذا عن النظرية الحديثة. ففنده لا يكفي للاعتداد بالباعث أن يكون معروفاً من المتعاقدين كما تقول النظرية الحديثة، بل يجب أن يكون متفقاً عليه بينهما (كاييتان في السبب ص ٢٤٤).



كايتان قام فقهاء يدافعون عن فكرة السبب، وينادون بوجود الاحتفاظ بها، ويخالفون بذلك بلانيول وغيره من خصوم السبب الذين يقولون بوجود حذف هذه الفكرة من القانون.

ولكن هؤلاء الفقهاء الذين ينتصرون للسبب، ومن أبرزهم جوسران وريبير وديموج وبنكاز، لا يدافعون عن السبب كما هو مبسوط في النظرية التقليدية، بل يتوسعون فيه ويخلطونه بالباعث، ويهجرون النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التي وضع أساسها القضاء الفرنسي، والتي تتولى الآن بسطها.

## المطلب الثاني النظرية الحديثة في السبب

٢٧٦ - وجوب التوسع في تحديد السبب: لم يرض القضاء، وهو الذي يواجه الحياة العملية، عن النظرية التقليدية في السبب. فهي نظرية ضيقة عقيمة لا غناء فيها. وسار في طريق غير طريق الفقه التقليدي، وتوسع في تحديد السبب، فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد. وقد عاد القضاء بذلك عن غير قصد إلى نظرية السبب عند الكنسيين، لأنها هي النظرية التي تنتج في العمل. وما لبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء في نظريته الجديدة، إذ أدرك مدى ما فيها من خصوصية ومرونة. ولم يكن يد من أن تقترون الإرادة بالباعث الذي يحركها - وهذا هو التصرف المسبب وهو الأصل والقاعدة - أو أن تتجرد عن هذا الباعث، وهذا هو التصرف المجرد ولا يرد إلا على سبيل الاستثناء.

فنحن نتكلم إذن في مسائل ثلاث: (١) استبعاد النظرية التقليدية. (٢) الأخذ بالنظرية الحديثة وهي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد. (٣) التصرف المجرد (acte abstrait).

### ١ - استبعاد النظرية التقليدية

٢٧٧ - العيب الجوهرى في النظرية التقليدية: رأينا أن الصياغة الرومانية الشكلية هي التي ساهمت كثيراً في تكييف نظرية السبب التي تنقلها دوماً عن الفقهاء المدنيين فأصبحت هي النظرية التقليدية. والعيب الجوهرى في هذه النظرية ليس في أنها غير صحيحة. فهي، حتى لو كانت صحيحة، عقيمة على كل حال. وهي لا تضيف شيئاً إلى الثروة القانونية، إذ هي تحدد السبب في أنواع العقود المختلفة تحديداً ألياً، وتطلب فيه شروطاً ثلاثة. ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب في صورته المختلفة، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدى الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء.

٢٧٨ - كيف نستغنى عن السبب الموجود: تخرص النظرية التقليدية على أن تشترط وجود السبب، وتستخلص من ذلك أن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لا يقوم. وتأتى لذلك بمثلين: مثل من أكره على إمضاء التزام ليس له سبب، ومثل من أمضى سند مجاملة عن بينة واختيار.

فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له، كقرض لم يتم، فإن العقد يكون باطلاً. ولا يكفي هنا استظهار الإكراه، فإنه يقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال بينما العقد باطل كما قدمنا. ولكن على أى أساس يقوم بطلان العقد؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب، إذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم. على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب. ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة، فهو التزام يدفع مبلغ واجب بعقد القرض، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم، فمحل الالتزام معدوم، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل. وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته، فالالتزام المقرض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض، ولا بد من أن يتسلم المقرض مبلغ القرض حتى يلتزم برده، إما لأن القرض عقد عيني لم يتم بالتسليم، وإما لأن القرض عقد رضائي (وفقاً للقانون الجديد) لم يتم فيه المقرض بتنفيذ التزامه<sup>(١)</sup>. وفي الحالين يسقط التزام من أمضى السند، لا لانعدام السبب، بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل.

أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صوري، فإن قواعد الصورية هنا تكفى وتغنينا عن نظرية السبب. فالسند صوري. والدين لا وجود له فيما بين الطرفين. أما بالنسبة إلى الغير (حامل السند) فيؤخذ بالعقد الظاهر.

على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً، واستعرضنا طوائف العقود المختلفة، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدى سهل الاستغناء عنه.

فالالتزام في العقد الملزم للجانبين سببه، كما تقول النظرية التقليدية، الالتزام المقابل. ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التي قال بها بلانيول. بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب. ذلك أن انعدام السبب جزاؤه البطلان كما هو معروف، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزاء واحداً في الحالتين، ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ويفسخ في الحالة الثانية، وفي هذا التفريق عيب فنى واضح. أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب. وهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد، إذ منطق الارتباط يقضى بأن العقد لا يوجد. وتسمح فكرة الارتباط في الوقت ذاته أن نقول إن العقد ينقضى بعد وجوده - أى يفسخ - إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد.

أما في العقود العينية وفي التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً. إذ تقول هذه

(١) ويعتبر القرض في هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين، يلتزم به المقرض أن يسلم للمقرض مبلغ القرض، ويلتزم به المقرض أن يرد هذا المبلغ للمقرض. فهناك ارتباط ظاهر بين الالتزامين، وسنرى أن فكرة الارتباط في العقود الملزمة للجانبين تعنى عن فكرة السبب. فإذا لم ينفذ المقرض التزامه، سقط التزام المقرض لما يوجد من ارتباط بين الالتزامين.

النظرية إن العقد العيني سببه التسليم، فإذا لم يتم التسليم لم يقد الالتزام لانعدام سببه. ومن السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم، لا لانعدام السبب، بل لعدم انعقاد العقد العيني. وتقول النظرية التقليدية إن السبب في التبرعات هو نية التبرع، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يقد التزام المتبرع لانعدام السبب. ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضى أن يتبرع، فرضاؤه يتضمن حتما نية التبرع. فإذا تبين أن هذه النية منعدمة، فذلك لا يكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم، وتكون الهبة باطلة في هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب.

٢٧٩ - كيف نستغنى عن السبب الصحيح: ومن السهل أيضاً أن نستغنى عن السبب الصحيح كما استغنيينا عن السبب الموجود. فالسبب غير الصحيح، كما رأينا، إما سبب موهوم أو سبب صوري.

وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية المحل. فالشخص غير الوارث الذي يتخارج مع وارث يتعامل في حق معدوم، وهذا هو حال دائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه، وحال الموصى له الذي يتعامل في الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصى قد عدل عنها، وحال الدائن الذي يجدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه.

أما السبب الصوري فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلا إذا كان يخفى سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع. وقد فرغنا من السبب الموهوم، فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع.

٢٨٠ - كيف نستغنى عن نظرية السبب المشروع: ومن السهل أن نستغنى عن السبب المشروع في العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التي قدمناها. فمن يتعهد بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لعدم مشروعية المحل، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع. ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم بالتزامه لاستحالة المحل، إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل. والوسيط الذي يتعهد بالنجاح في العثور على زوج صالح في مقابل مبلغ من النقود قد تعهد بأمر غير مشروع لا يتفق مع الآداب، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع.

أما في العقود العينية والتبرعات، فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم. فالسبب في العقود العينية هو التسليم، ولا يتصور أن يكون التسليم غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع، وعند ذلك لا ينعقد العقد لعدم مشروعية المحل لانعدام مشروعية السبب. والسبب في التبرعات هو نية التبرع، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع في ذاتها غير مشروعة! إن وجه الاستحالة في ذلك هو الذي يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية، ومنهم كاييتان، يجنحون إلى اعتبار السبب في التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع. بل إن القانون الروماني ذاته يعتد بالباعث في الوصايا وبعض الهبات كما أسلفنا.

٢٨١ - وجوب استبعاد النظرية التقليدية في أية صورة من صورها: ويتبين مما قدمناه، أن النظرية التقليدية في السبب نظرية عقيمة. وهي نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التي يراد أن تترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانوني آخر لا علاقة له بالسبب.

ويستوى في ذلك أن تكون النظرية التقليدية كما هي على أصلها، أو أن تكون محورة على النحو الذي يقول به كاييتان. وهناك من الفقهاء من يستبقى النظرية التقليدية، ويقصرها على السبب في الالتزام، ويضع إلى جانبها نظرية القضاء، ويجعلها في العقد لا في الالتزام، وبذلك تمكن المقابلة بين السبب في الالتزام والباعث في العقد<sup>(١)</sup>. فهذه صور ثلاث للنظرية التقليدية.

وفي أية صورة من هذه الصور الثلاث لا نرى للنظرية التقليدية نفعاً يخول لها حق البقاء، إذ يمكن الاستغناء عنها كما رأينا أياً كان الثوب الذي تلبسه. وما هي إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة، فوجب أن تزول معها. ووجب في الوقت الذي تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب في ذاتها، على أن تكون هي الفكرة الخصبة المنتجة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد، وهي النظرية التي قال بها القضاء الفرنسي. وننتقل الآن إليها.

### الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد

٢٨٢ - السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد: لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية ولم تستطع القضاء وهو الذي يعيش في غمار العمل أن ينتفع بها. لذلك لم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجاً صريحاً، فكسر الحواجز التي أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث، وخلط بينهما خلطاً تاماً، لا في التبرعات فحسب، بل فيها وفي سائر العقود. وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا المنهج مرونة لم تكن لها، وأصبحت النظرية في يده منتجة نافعة لا غنى عنها<sup>(٢)</sup>.

فالسبب في نظر القضاء هو الباعث الدافع الموجه (mobile impulsif et déterminant) للملتزم في أن يلتزم. وما دامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات، وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً، وأن يكون الغرض الذي ترمى الإرادة إلى

(١) أنظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٥٢ ص ٣٥٠ - فيفورنو في العقد في المشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المقارن فقرة ١٢٤ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣ - أنظر أيضاً أوربي ورو ٤ فقرة ٣٤٥ هامش رقم ١ - ديمانت وكوليه دي سانتير ٥ فقرة ٤٦.

(٢) أنظر في المقابلة ما بين جمود النظرية التقليدية ومرونة النظرية الحديثة إلى بنكاز ملحق بودري ٢ فقرة ٥٥٠ وقرة ٦١٣.

تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب. وبواعت  
الإرادة كثيرة متنوعة، منها الدافع وغير الدافع، ومنها الرئيسي وغير الرئيسي، فالباعث  
الدافع الرئيسي هو الذي يعتد به، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده، إذ يكون  
هو السبب. بهذا المنطق الصحيح شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة<sup>(١)</sup>، وسائر الفقه  
الحديث القضاء في هذا الطريق<sup>(٢)</sup>.

وها نحن رجعنا، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملي، إلى نظرية الفقهاء  
الكنسيين في السبب. وهي النظرية الخصبة المنتجة التي انحرف عنها دوماً إلى النظرية  
التقليدية، فكان هذا الانحراف سبباً في كل ما أحاط نظرية السبب من اضطراب وما  
أصابها من عقم طوال القرون الماضية<sup>(٣)</sup>.

٢٨٣ - مرونة الباعث وكيف ينضبط: والباعث بالتحديد الذي أسلفناه أكثر مرونة من  
السبب في النظرية التقليدية. ويكفي أن نعود إلى خصائص السبب، نضعها إلى جانب  
خصائص الباعث، لنرى التقيض إلى جانب التقيض. فقد قدمنا أن السبب معياره  
موضوعي وهو داخل في العقد لا يتغير في النوع الواحد من العقود. أما الباعث فمعياره  
ذاتي وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من  
البواعث. ومادام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير، كان من الواجب أن  
ينظر كيف ينضبط، حتى لا يكون مثاراً للترزع والقلقلة في التعامل.

ولا يجوز بداهة أن يعتد الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا  
الباعث مجهولاً من المتعاقد الآخر، وإلا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى  
أن الباعث له على التعاقد - وهو أمر مستكن في خفايا الضمير - من شأنه أن يجعل

(١) أنظر في تحليل القضاء إلى دابان في نظرية السبب فقرة ١٥٢ - فقرة ١٦٥.

(٢) ديموج ٢ فقرة ٧٤٦ ص ٥٤٣ - ليفي أولمان في مذكراته في الالتزامات في الربع الأول من القرن  
العشرين ص ٣٢٠ و ص ٣٢٨ - ص ٣٣٤ - بنكاز ملحق بودري جزء ٢ فقرة ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦١١ -  
جوسران ٢ فقرة ١٤٨.

(٣) وليست نظرية الباعث خصبة فحسب في نطاق القانون المدني والقانون الخاص بوجه عام، بل هي  
أيضاً خصبة في نطاق القانون العام. فنظرية التعسف في استعمال السلطة في القانون الإداري - وهي  
التي بنى على غرارها نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني - إنما هي تطبيق لفكرة  
الباعث. فإذا كان الباعث للموظف الذي صدر منه القرار الإداري غير مشروع، كان القرار باطلاً  
للتعسف في استعمال السلطة.

وكما جاز أن يقال بالتعسف في استعمال السلطة الإدارية تطبيقاً لفكرة الباعث، ألا يجوز أن يقال  
بالتعسف في استعمال السلطة التشريعية تطبيقاً لفكرة ذاتها؟ فلا يكون العيب في التشريع أن يكون  
مخالفاً للدستور فحسب، كما يخالف القرار الإداري القانون، بل يجوز أيضاً أن يكون التشريع منطوقاً  
على تعسف إذا هو مثلاً مس حقوقاً مكتسبة لا ينبغي أن تمس، أو إذا كان تحت ستار أنه قاعدة عامة  
مجردة لم يتناول في الواقع إلا حالة فردية ذاتية؟ هذا أمر نكتفي بالإشارة إليه، فليس هنا مكان البحث  
فيه.

العقد باطلاً. فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث، ولا بد من  
ضابط يرجع إليه في ذلك. وقد رأينا مثل هذا في الغلط.

فما هو هذا الضابط؟ أيكفي أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر؟ أو يجب أن  
يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين، فيشترط أن يكون  
الطرف الآخر مساهماً في الباعث الذي دفع الطرف الأول إلى التعاقد، دون أن يصل إلى  
حد الاتفاق معه عليه، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به؟

ونأتي بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة. شخص يقترض نقوداً من آخر ليقامر بها.  
فالمقرض قد يجهل الغرض الذي أخذ المقرض النقود من أجله، وفي هذه الحالة لا يعتد  
بالباعث الذي دفع المقرض إلى التعاقد<sup>(١)</sup>. وقد يكون المقرض صديقاً للمقرض، عالماً  
بغرضه، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقرض من المقامرة، وهذه هي مرتبة العلم. وقد  
يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله في إقراض المقامرين، فيكون قد قصد إلى تمكين المقرض  
من المقامرة، وهذه هي مرتبة المساهمة. وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر  
المقرض معه، فيتفقان على القرض للاستمرار في المقامرة، وهذه هي مرتبة الاتفاق. فآية  
مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث؟

رأينا كايبتان يقول بوجود الوصول إلى مرتبة الاتفاق. فلا يعتد بالباعث إلا إذا كان  
متفقاً عليه بين المتعاقدين، والاتفاق وحده في نظر كايبتان هو الذي يدخل الباعث في  
دائرة التعاقد (dans le champ contractuel)<sup>(٢)</sup>. ولاشك في أن الفقيه الفرنسي  
الكبير قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة في السبب، ولكن دون أن يدخل في  
نطاقها، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين  
المتعاقدين. وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة.

أما القضاء الفرنسي فيكتفي بمرتبة العلم، ويعتد بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى  
التعاقد، مادام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث، كما هي الحال في  
الغلط. وسرى بعد قليل تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسي تدور كلها في هذا النطاق.

والفقه يميز بين المعاوضات والتبرعات، فيتطلب في الأولى مرتبة أعلى. ولكن الفقهاء  
يختلفون في تحديد هذه المرتبة.

فيذهب جوسران إلى أنه يكفي أن يكون الباعث في المعاوضات معلوماً من  
المتعاقدين الآخر، حتى يكون في هذا وقاية للمتعاقد من أن يتزعزع. أما في التبرعات فإن

(١) ومع ذلك يعتد ريبير بالباعث حتى إذا انفرد به أحد المتعاقدين ولم يعلمه المتعاقد الآخر، إغراقاً منه في  
فكرته المأثورة من وجوب إخضاع التعامل لقواعد الآداب (القاعدة الأدبية في الالتزامات فقرة ٣٥  
ص ٦٥).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٤ في الهامش - وأنظر كايبتان في السبب ص ٢٤٤.



الإرادة التي تقف عندها هي إرادة المتبرع وحده، فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف، سواء في ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالهبة أو بإرادة واحدة كالوصية. وهو لذلك يعتد بالباعث الذي دفع المتبرع إلى تبرعه، سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً منه<sup>(١)</sup>.

ويذهب بواجيزان (Vois-Juzan) إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات. ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات في أن الأولى بذل فيها كل من المتعاضين شيئاً من عنده، وإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين العقد. ومن ثم يجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين في الباعث الذي دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية، وأن تتعاون الإرادتان معاً في تحقيق الغرض غير المشروع. أما في التبرعات فإن إرادة المتبرع وحدها هي الأساسية، إذ المتبرع وحده هو الذي بذل. ومن ثم جاز الاقتصار على هذه المرتبة السلبية وهي مرتبة العلم، فهي كافية لاستقرار التعامل<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الذي يعيننا في انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل، فالقضاء الفرنسي على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة.

#### ٢٨٤ - تطبيقات مقتبسة من القضاء الفرنسي: نستعرض للقضاء الفرنسي بعض

تطبيقات للسبب مفهوماً بمعنى الباعث الذي دفع إلى التعاقد، مرجعين القضاء المصري إلى حين الكلام في نظرية السبب في القانون المدني الجديد. وتنبع في هذا الاستعراض التقسيم الثلاثي المعروف للتصرفات إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود عينية وتبرعات.

ففي العقود الملزمة للجانبين، كثيراً ما يبطل القضاء في فرنسا عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع، وإن كان السبب، بالمعنى الذي تقول به النظرية التقليدية، مشروعاً في هذه العقود. فالبيع أو الإيجار، إذا وقع أي منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للعهارة، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري أو المستأجر، يكون باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسي. وقد أراد بعض الفقهاء التمييز بين فرضين: (١) منزل معد للعهارة يباع أو يؤجر بعد إعداده، فيعتبر متجراً (fonds de commerce) لا يجوز بيعه أو إيجاره، وفي هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلاً لعدم مشروعية المحل معاً. (٢) ومنزل يباع أو يؤجر قبل أن يعد للعهارة، باعتبار أنه مكان لا متجراً، وكان قصد المشتري أو المستأجر أن يديره للعهارة، وفي هذه الحالة لا يكون العقد باطلاً طبقاً للنظرية التقليدية التي تميز بين السبب والباعث<sup>(٣)</sup>. ولكن القضاء الفرنسي لم يأخذ

بهذا التمييز، فهو يبطل العقد في الفرضين، جاعلاً السبب هو الباعث، جرياً على النظرية التي يأخذ بها<sup>(١)</sup>. ويفعل القضاء الفرنسي ذلك أيضاً في الأماكن التي تدار للمقامرة، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل<sup>(٢)</sup>.

وفي العقود العينية، يبطل القضاء الفرنسي قرضاً يكون قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد<sup>(٣)</sup>. ويبطل القرض أيضاً إذا كان لغرض منه أن يتمكن المقترض من الحصول على منزل يديره للعهارة<sup>(٤)</sup>، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له<sup>(٥)</sup>. وكالقرض رهن الحيازة<sup>(٦)</sup>.

أما في التبرعات فقد كان القضاء الفرنسي أشد إمعاناً في جعل الباعث هو السبب. لم يقف عند نية التبرع، بل اعتد بالباعث على التبرع، ونقب عن العوامل النفسية التي دفعت المتبرع إلى التجرد عن ماله دون مقابل، أكان يريد الخير في ذاته، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة، أم يرمى إلى غرض غير مشروع. فإذا تبين أن الباعث الذي دفع إلى التبرع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرع. والتطبيقات على هذا المبدأ كثيرة متنوعة نذكر أهمها: (أولاً) التبرع لولد غير شرعي: يقضي القانون المدني الفرنسي بأن يكون نصيب لولد غير شرعي في مال أبويه، تبرعاً أو ميراثاً، محصوراً في حدود ضيقة. فإذا زاد التبرع على الحد المفروض كان الإنقاص إلى هذا الحد واجباً.

(١) أنظر كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ١١٣ ص ١٥٧ - وانظر أيضاً كايبتان في السبب فقرة ١١٠ - ومن الأحكام الفرنسية التي قضت ببطلان عقد الإيجار إذا كان المستأجر قد قصد إدارة العين المؤجرة للعهارة: محكمة ليون الاستئنافية في ١١ يولية سنة ١٨٦٢ سيريه ١٦٥-٢-٦٣ - محكمة باريس الاستئنافية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دي باليه ١٩٠٠-١-١٣٢. وهناك أحكام قضت ببطلان عقد الاستخدام في محل يدار للعهارة: محكمة النقض الفرنسية في ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللو - ٩١-١-٨٤. وأحكام قضت ببطلان عقد بيع مفروشات محل يدار للعهارة: محكمة السين التجارية في أول مايو سنة ١٨٨٨ جازيت دي باليه ١٨٨-١-٧٩٧. وأحكام قضت ببطلان بيع مشروبات اشتراها مرشح في الانتخاب لتقدمها إلى الناخبين حتى يحملهم على انتخابه وكان يبيع المشروبات يعرف قصد المشتري: محكمة تارب (Tarbes) الابتدائية في ١٤ مارس سنة ١٨٩٩ داللو ١٩٠٤-٢-٢٠١.

(٢) محكمة بو الاستئنافية في ٢٨ يولية سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧-٢-٦١ (متجر) - محكمة نيس الابتدائية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ جازيت دي تريينو ١٩١٠-١-١١٩ (مجرد مكان).

(٣) نقض فرنسي في ٤ يولية سنة ١٨٩٢ داللو ١٨٩٢-١-٥٠٠.

(٤) نقض فرنسي في أول ابريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦-١-٢٨٩.

(٥) نقض فرنسي في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ داللو ١٩٢٣-١-١٧٢.

(٦) أنظر مذكرات الأستاذ ليفي أولمان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٢٧.

(١) أنظر جومران في البواعث (Les Mobiles) فقرة ١٥٩ ص ٢٠١ وقرة ١٦٠ ص ٢٠٣.

(٢) أنظر بواجيزان (Bois-Juzan) في السبب في القانون الفرنسي ص ٥٧٣ - ص ٥٨٠.

(٣) لوران ٢٥ فقرة ٦٥ - بودرى وقال ١ فقرة ١٥٧.

### ٣- التصرف المجرد (L'acte abstrait)

٢٨٥- التصرف المسبب والتصرف المجرد: قدمنا أن السبب ركن من أركان الالتزام، لا يقوم الالتزام إلا به، على فرق ما بين معنى السبب في النظرية التقليدية ومعناه في النظرية الحديثة. وقد كان القانون الروماني لا يعتد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها في العقود الشكلية. ثم انتصر مذهب الرضائية في القرون الوسطى على يد الكنسيين، فأصبحت الإرادة وحدها - مجردة من الشكل - ملزمة. ولكن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحللت من هذا القيد، فهي من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل.

أما الإرادة مجردة من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كقاعدة في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية. فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقترب بسببها. ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة، ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد.

وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للإبطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب. فالدائن في التصرف المجرد يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لعيوب في الإرادة أو لعيوب في السبب. وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائته، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى. ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار. وإذا كان التعامل يتنازعه عاملان، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثاني. ومنذ انتكصت الشكلية في العقود وساد مذهب الرضائية، انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقده إلا بظهور التصرف المجرد فقيه ينتصر على الإرادة ما رأينا. ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي، ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد، تطوراً تعاقب فيه عاملاً الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة، كان الظفر في كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر. ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً مهذباً إلى التصرف الشكلي، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار، ولكن التصرف الشكلي يستجيب إليه في جمعية بدائية، ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية متحضرة.

على أن التصرف المجرد - على شدة الحاجة إليه في استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها واحتيج إلى أدوات الائتمان ثابتة - لم يظفر من القوانين

أما إذا كانت البنية غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً، فالتبرع جائز ولو زاد على الحد، مادام لم يثبت أن التبرع قد كان لولد غير شرعي. ولكن القضاء الفرنسي يبطل التبرع إذا ظهر أن الباعث للمتبرع على تبرعه هي علاقة بنوة غير شرعية، فيجعل الباعث هو السبب، ولا يكتفى بإنقاص التبرع إلى الحد الجائز، بل يبطله جميعه<sup>(١)</sup>. (ثانياً) تبرع الخليل لخليلته: ويبطل القضاء الفرنسي تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد كان لإيجاد هذه العلاقة غير الشريفة أو لاستبقائها أو لإعادتها<sup>(٢)</sup>. أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الخيلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت، فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً، بل هو في الواقع يعتبر وفاء لالتزام طبيعي<sup>(٣)</sup>. وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في محل الالتزام المخالف للآداب. (ثالثاً) تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه انفصلاً ودياً: انفصال الزوجة عن زوجها (séparation des corps) في القانون الفرنسي لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات خاصة نص عليها هذا القانون، أو يكون بالطلاق. وفيما عدا هاتين الحالتين فالاتفاق ما بين الزوجين على أن ينفصل أحدهما عن الآخر (séparation de fait) دون اتباع الإجراءات المرسومة لذلك يكون غير مشروع. فإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بهذا الانفصال الودي يكون سبب تبرعه، أو الباعث عليه، غير مشروع، ويبطل التبرع<sup>(٤)</sup>. (رابعاً) التبرع المقرون بشرط: إذا اقترنت التبرع بشرط غير مشروع، يبطل الشرط، وبقي التبرع، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي. إلا أن القضاء الفرنسي قيد من هذا الحكم بفضل نظريته في السبب. فقد ميز في الشرط الذي يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع، فالثاني وحده هو الذي يطبق عليه نص المادة ٩٠٠ ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائماً. أما الشرط الدافع إلى التبرع، أي الباعث على هذا التبرع، فقد اعتبره القضاء سبباً لالتزام المتبرع، وترتب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع، فإن التبرع جميعه يكون باطلاً، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط<sup>(٥)</sup>.

(١) نقض فرنسي في ٦ ديسمبر سنة ١٨٧٦ داللو ٧٧-١-٤٩٢ - وفي ٢٩ يونيو سنة ١٨٨٧ سيره ٣٥٨-١-٨٧.

(٢) نقض فرنسي في ٨ يولية سنة ١٩٢٥ سيره ١٩٢٧-١-٢٩٤ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ داللو ١١٣-١-١٩٢٧.

(٣) نقض فرنسي في ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيره ١٩١٨-١-١٧٠.

(٤) نقض فرنسي في ٢ يناير سنة ١٩٠٧ داللو ١٩٠٧-١-١٣٧.

(٥) نقض فرنسي في ١٧ يولية سنة ١٨٨٣ سيره ٨٤-١-٣٠٥ - وفي ٨ مايو سنة ١٩٠١ داللو ١٩٠٢-١-٢٢٠ - وفي ٢٣ يولية سنة ١٩١٣ داللو ١٩١٥-١-٤٩ - وفي ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللو ١٩٢٢-١-٢٣٩.

اللاتينية، وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة، إلا بمكان ضيق محدود. وعلى النقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد في القوانين الجرمانية، وهي التي تأخذ بالإرادة الظاهرة، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة. ولا غرابة في ذلك، فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى مع الإرادة الظاهرة التي تأخذ بها القوانين الجرمانية<sup>(١)</sup>. ويتعارض مع الإرادة الباطنة التي تأخذ بها القوانين اللاتينية.

ويبقى أن نستعرض حظ التصرف المجرد في كل من القوانين الجرمانية والقوانين اللاتينية ويدخل القانون المصى في هذه القوانين الأخيرة.

٢٨٦- التصرف المجرد في القوانين الجرمانية: لا نجد في التقنيات الجرمانية نصواً تعرض لنظرية السبب عرضاً مباشراً كما تفعل التقنيات اللاتينية. فالتقنين النمساوي لا يشير إلى السبب إلا في المادة ٩٠١ ليقدر أن الباعث لا أثر له في صحة عقود المعاوضات إلا إذا جعل منه المتعاقدان شرطاً صريحاً لصحة العقد. والتقنين الألماني لا يعرض للنظرية بنص صريح. وتقنين الالتزامات السويسري لا يعرض لها إلا في صورة عرضية عندما ينص في المادة ١٧ على أن الاعتراف بالدين صحيح حتى لو لم يذكر سببه. ويعلل ذلك عادة بأن هذه التقنيات تأثرت بالقانون الروماني. وهذا القانون كما رأينا لا يفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب إذ أن فكرة السبب فيه فكرة مادية لا تتبين لها نتائج عملية إلا في نطاق محدود، وبخاصة في نطاق دعاوى الإثراء. ولكن بالرغم من أن هذه التقنيات لا تنص على نظرية السبب نرى التصرفات فيها نوعين: النوع الأول هو التصرفات المسببة (Kausale Rechtsgeschaeft) وهي أغلب التصرفات المدنية وفيها السبب ركن يجب أن تتوافر فيه شروطه المعروفة فيكون صحيحاً مشروعاً، والنوع الثاني هو التصرفات المجردة (Abstrakte Rechtsgeschaeft) لا يعتد فيها بالسبب ولا بعيوب الإرادة وقد وضعت لها قواعد عامة سيأتي بيانها.

(١) يفسر الدكتور أبو عافية - في رسالته «التصرف المجرد» القاهرة سنة ١٩٤٧ - التصرف المجرد على أساس الإرادة الظاهرة. وعنده أن التصرف المجرد هو التصرف الذي يصح بغض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة (فقرة ٨٤ من الرسالة المشار إليها). ويرتب على ذلك أن التصرف المجرد «نظام استثنائي خارج على القواعد العامة، ولا فرق في ذلك بين القانون الألماني والقانونين المصري والفرنسي» (فقرة ٨٥). ويرفض أن يكون المعيار في التصرف المجرد هو تجرده عن السبب، ويذهب إلى أن المعيار هو تجرد التصرف عن الإرادة الباطنة ليمحض إرادة ظاهرة.

ونلاحظ على هذا المذهب أن التصرف المجرد وهو يتجرد عن الإرادة الباطنة يتجرد في الوقت ذاته عن السبب، وذلك سواء اعتبر السبب عنصراً مستقلاً عن الإرادة الباطنة كما هي الحال في القوانين اللاتينية، أو اعتبر عنصراً غير مستقل عن الإرادة الباطنة وعد من مقومات هذه الإرادة كما هي الحال في القانون الألماني. فالتصرف المجرد يتميز في جميع الأحوال بتجرده عن السبب. على أن المذهب الذي يقول به الدكتور أبو عافية يضيف شيئاً جديداً، هو أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السبب فحسب، بل أيضاً بتجرده عن الإرادة الباطنة ذاتها.

فالسبب لا يزال إذن موجوداً في القوانين الجرمانية، ولكنه سبب بالمعنى المفهوم في النظرية التقليدية يراد به الغرض الموضوعي المباشر من التعاقد تمييزاً له عن الباعث، ويشترط فيه أن يكون صحيحاً مشروعاً وإلا بطل العقد. أما الباعث فلا أثر له في صحة العقد ولو كان هو الذي دفع إلى التعاقد<sup>(١)</sup>.

والى جانب التصرفات المسببة توجد التصرفات المجردة، وقد أفسح لها مجال واسع كما قدمنا. وهي طائفتان: طائفة عقود انتقال الملكية وطائفة العقود المنشئة للالتزامات.

فالأولى تنتقل بها الملكية - والحق العيني بوجه عام - دون اعتبار للسبب. ذلك أن الملكية في هذه التقنيات لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها، بل لابد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقاري ويعلنان اتفاقهما ويسجلان هذا الاتفاق في السجل العقاري (Livre Foncier). وعقد انتقال الملكية، في القانون الألماني بنوع خاص، عقد مجرد، تنتقل به الملكية سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً. وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً وأن الملكية انتقلت دون سبب، فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من

(١) أنظر كايبتان في السبب فقرة ٨٢ - فقرة ٨٤ ونوع خاص ص ١٨١ - ص ١٨٢. ويستعرض الدكتور أبو عافية في رسالته المشار إليها (فقرة ٤١ وما بعدها) نظرية السبب في القانون الألماني من ناحيتي التصرف المجرد ومبدأ الإثراء بلا سبب. فيبدأ بتحديد ما يسميه الألمان «الإضافة إلى الذمة» (vermogenszuwendug)، وهي عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخصي بمقتضى عمل إرادي مشروع (تصرف قانوني أو عمل مادي) يصدر من المقتدر. وسبب «الإضافة إلى الذمة» هو عبارة عن الغرض المباشر الذي يرمى إلى تحقيقه المضيف للذمة. ويحدد هذا السبب وفقاً للفقهاء الألماني على أساس تقسيم ثلاثي للسبب موروث عن دعاوى الإثراء في القانون الروماني، يكون السبب بمقتضاه إما الوفاء (causa solvendi) أو الإدانة (causa credendi) أو التبرع (causa donandi). والإدانة هي التصرف بمقابل، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداد ما أعطاه المضيف أو استرداد قيمته كما في القرض وفي الوكالة، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما في العقود الملزمة للجانبين فالبايع يحصل على دين بالثمن في مقابل التزامه بنقل ملكية المبيع. ولا يختلط سبب الإضافة إلى الذمة بالباعث عليها. ويلاحظ الفقيه الألماني فون تور أنه «لا يجب الخلط بين السبب القانوني والأغراض البعيدة التي يرمى إليها المضيف، أي البواعث (Beweggrunde) التي تدفعه إلى تنفيذ التزامه أو إلى الحصول على مقابل أو إلى الهبة. فوراء كل سبب قانوني بواعث تختلف باختلاف الأحوال. فالهبة مثلاً قد تتم بناء على عطف أو بسبب الرأي العام، ولكن هذه البواعث لا تدخل في حسابنا كقاعدة عامة لتقدير وجود الإضافة ونتائجها القانونية إلا إذا كانت قد اشترطت في التصرف القانوني». وسنعود إلى هذه المسألة مرة أخرى عند الكلام في الإثراء بلا سبب وتحديد معنى السبب في الإثراء في القانون الألماني. وبكفي هنا أن نشير إلى التقارب الواضح بين معنى السبب في النظرية التقليدية ومعنى سبب الإضافة إلى الذمة في الفقه الألماني.

أنظر أيضاً في نظرية مادة للسبب في الفقه الإيطالي، على أساس أن السبب يرتبط بإرادة القانون لا بإرادة الأفراد وباعتبار أن لكل تصرف وظيفة قانونية فهذه الوظيفة هي السبب، إلى رسالة الدكتور أبو عافية المشار إليها فقرة ٣٦.



تلقاها هي دعوى الإثراء بلا سبب. وبذلك يتوافر لهذا العقد مزية الاستقرار والثبات فما على الشخص حتى تثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقاري، فمن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك، ولو كان في ذلك توضيحاً للمالك الحقيقي - أما التقنين السويسري فلا يحمي الغير الذي اعتمد على السجل العقاري إلا إذا حسن النية (م ٩٧٣ من التقنين السويسري). ومن ثم نرى أن التجريد يحتمل التدرج. وتأييداً لذلك نسوق مثلاً آخر به من القانون المصري. فقد قضت المادة ١٥ من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري بوجوب تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية أو التأشير بها، وترتب على هذا التسجيل أو التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما. ويتبين من ذلك أن من يتعامل مع غير المالك في عقار وهو حسن النية، ويسجل عقده قبل أن يسجل المالك دعوى الاستحقاق، يفضل على المالك وتخلص له ملكية العقار. والقاعدة كما نرى تنطوي على ضرب من التجريد.

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزامات. وتشمل: (أولاً) حالات معينة بذاتها، منصوصاً عليها. وهي - عدا الأوراق التجارية والسندات - حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصي والإنابة في الوفاء. وفي هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذي رأيناه في عقود انتقال الملكية. فيتم نقل الحق أو الدين ويتحقق التنازل عن الحق الشخصي دون اعتبار للسبب في هذه الحوالة أو في هذا التنازل، فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء. كذلك التزام المناب للمناب لديه بالوفاء التزام مجرد عن السبب، فلا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بما كان له أن يحتج به من دفع ضد المنيب (أنظر في التقنين الألماني: م ٣٩٨ وم ٤١٣ لحوالة الحق، وم ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين، وم ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصي، وم ٧٨٤ للإنابة في الوفاء - وأنظر في تقنين الالتزامات السويسري: م ١٦٤ وما بعدها لحوالة الحق، وم ١٧٩ فقرة ثالثة لحوالة الدين، وم ١١٥ للتنازل عن الحق الشخصي، وم ٤٦٨ للإنابة في الوفاء). (ثانياً) التعهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de payer والاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette)، وهما صورتان العامتان للتصرف المجرد. فتضع التقنينات الألمانية هنا قاعدة عامة للتصرف المجرد، وتجيز أن يتفق الدائن مع مدينة على أن يكون التزام المدين أو اعترافه بالدين مجرداً. فيوجد الالتزام في ذمته منفصلاً عن السبب، ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع. وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح، فيتخلص بذلك من التزام موجود أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام<sup>(١)</sup>. واشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين الألماني لصحة الالتزام المجرد أن

(١) وقد عبد الطريق أمام التقنين الألماني في إجازة الالتزام المجرد أن المؤتمر التاسع لفقهاء الألمان، تحت تأثير إهراج الفقيه الألماني المعروف، أقر هذا الضرب من الالتزام.

يكون في ورقة مكتوبة، إلا إذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا تشترط الكتابة. ولا يشترط تقنين الالتزامات السويسري الكتابة إطلاقاً (م ١٧) (١).

٢٨٧ - التصرف المجرد في القوانين اللاتينية وفي القانون المصري: أما القوانين اللاتينية، وهي مشبعة بنظرية السبب كما رأينا، فلا تسلم بالتصرف المجرد. أو هي على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الألمانية. وإذا كان هناك نص في كل من القانونين المصري والفرنسي يقضي بقيام الالتزام ولو لم يذكر سببه (م ١٣٧ من القانون المصري الجديد وم ١١٣٢ من القانون الفرنسي)، فسرى أن هذا النص لا يعرض إلا لمسألة من مسائل الإثبات ليلقى عبء الإثبات في السبب على عاتق المدين. وهناك فرق بين التزام مسبب، يلقي على المدين عبء إثبات انعدام السبب، والتزام مجرد عن السبب. فالالتزام الأول، إذا أثبت المدين أنه لا يقوم على سبب مشروع، يكون العقد فيه باطلاً. أما في الالتزام الثاني، وهو الالتزام المجرد، فيبقى العقد صحيحاً حتى لو أثبت المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته، وليس أمام هذا إلا دعوى الإثراء كما سبق القول.

فالالتزام في القوانين اللاتينية هو إذن التزام مسبب. على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرد في حالات معينة منصوص عليها بذاتها، وهي قليلة العدد. وقد نص القانون التجاري - حيث تشد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته - على عدد منها، هي الكمبيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها. أما القانون المدني فقد نص على حالتين: التزام المناب في الوفاء نحو المناب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن.

ونقتصر هنا على ما ورد في هذا الصدد في القانون المدني المصري الجديد. فقد نصت المادة ٣٦١ على أن «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب. كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره»<sup>(٢)</sup>. أما في الكفالة

(١) أنظر في موضوع التصرف المجرد في القوانين الألمانية كايبتان في السبب فقرة ٨٥ - فقرة ٨٦ وفقرة ١٦٥ - فقرة ١٧٤ - سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ٢٦٠ - فقرة ٢٦٦ - مذكرات الأستاذ ليفي أولمان ص ٣٦١ - ص ٣٦٤ - فيفرونو فقرة ١٢٨ - ديموج أ فقرة ٩١ و٢ فقرة ٨٤٧. ويربط ديموج نظرية الالتزام المجرد بنظرية الإرادة الظاهرة كما فعل الدكتور أبو عافية في رسالته المشار إليها، فما دمتنا نأخذ بالإرادة الظاهرة كما هي فلا شأن لنا بالغاية التي تسعى إليها هذه الإرادة ولا بالباعث الذي حركها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٠).

(٢) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - وفي ٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٠١ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ - وقارن حكماً لمحكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ قصرت فيه هذه القاعدة على الإنابة الكاملة دون الإنابة غير الكاملة (وهي التي لا تنطوي على تجديد الدين)، أما القانون الجديد فنصه هو كما رأينا عام مطلق لا يميز بين الإنابة الكاملة والإنابة غير الكاملة. أنظر أيضاً الدكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٦٢.

ويذهب الدكتور أبو عافية (التصرف المجرد فقرة ٦١) إلى أن المناب لا يجوز له أيضاً أن يتمسك =

## المطلب الثالث

### نظرية السبب في القانون المصري الجديد

٢٨٨- مسائل ثلاث: تلقى القانون الجديد النظرية الحديثة في السبب ميراثاً عن القانون القديم والقضاء المصري، فقد كان الفقه والقضاء في مصر، قبل صدور القانون الجديد، قد عبد الطريق لنبذ النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الخصبية. ولكن القانون الجديد خطاً خطوة أخرى إلى الأمام، إذ أرجع السبب سيرته الأولى عندما كان في يد الفقهاء الكنسيين عاملاً لحماية المشروعية قبل أن يكون عاملاً لتحسين الإرادة من عيوبها. ففصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط، واقتصر في شروط السبب على المشروعية دون الصحة. ثم عرض في نص هام لإثبات السبب.

فنحن نستعرض هنا مسائل ثلاثاً: (١) اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب. (٢) الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد. (٣) إثبات السبب.

### ١- اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب

٢٨٩- النصوص القانونية: نص القانون الجديد في المادة ١٣٦ على ما يأتي:

«إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً» (١).

وكان القانون القديم ينص في المادتين ١٤٨/٩٤ على أنه «يشترط لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً».

ونلاحظ منذ الآن الفرق ما بين النصين. فنص القانون القديم يشترط في السبب الصحة والمشروعية. أما نص القانون الجديد فلا يشترط إلا المشروعية، إذ السبب غير الصحيح يدخل في منطقة الغلط كما قدمنا.

عليه الملتزم من وراء التزامه كما هو الأمر في السبب، بل هو الغرم الذي الذي تحمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين (٢) نية التبرع لا تصلح «اعتباراً» في القانون الإنجليزي وتصلح «سبباً» في النظرية التقليدية. ومن هنا كانت عقود التبرع في القانون الإنجليزي شكلية لخلوها من «الاعتبار» (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦١).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المشروع التمهيدي على الوجه المبين: ١٨٩م: يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع - ١٩٠م: يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب. وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة على الوجه الآتي: «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً». وأصبح رقم المادة ١٤٠ في المشروع النهائي - ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وكذلك فعلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وأصبح رقم المادة ١٣٦. ووافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٨).

فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين (م ٧٨٢ مصرى جديد)، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين. ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها ضد المدين. فإذا كفل الكفيل المدين في نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يتقل عقار الكفيل، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن (١).

ويتبين مما قدمناه أن القانون المصري قد انحاز انحيازاً تاماً إلى القوانين اللاتينية، وبقي في حظيرتها كما أسلفنا الإشارة. فاشترط في التصرفات أن تكون مسببة، ولم يسلم بالتصرف المجرد إلا في حالات معينة بذواتها (٢).

=بالدفع التي تكون للمنيب قبل المناب لديه، فلو دفع المنيب الدين المناب لديه فإن هذا لا يمنع المناب لديه أن يطالب المناب بالدين الذي التزم به، ويرجع المنيب في هذه الحالة بدعوى الإثراء على المناب لديه. ونرى، مع محكمة الاستئناف المختلطة (أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ ص ٧٨) التي انتقد الدكتور أبو عافية حكمها، أن المنيب إذا دفع الدين للمناب لديه كان هذا رجوعاً في الإثابة يستطيع المناب أن يتمسك به، فإذا طالب المناب لديه بعد ذلك المناب بالدين، جاز لهذا أن يدفع المطالبة بانقضاء الدين، وليس في نص المادة ٣٦١ من القانون الجديد ما يحول دون هذا الدفع. ولكن إذا حول المناب لديه حقه قبل المناب إلى أجنبي، بقي التزام المناب مجرداً بالنسبة إلى هذا الأجنبي - ذلك أن التصرف المجرد لإرادة ظاهرة تجردت عن الإرادة الحقيقية وعن السبب، وفقاً لما يقضى به القانون لمصلحة يتوخاها. فالقانون هو الذي يمسك بزمام التجريد، فلا يبيحه إلا لضرورة، ويقدر هذه الضرورة. ومن ثم تدرج التجريد تبعاً للقدر الذي تقتضيه الضرورة. وفي المثال السابق يزول التجريد بالنسبة إلى المناب لديه لأن الضرورة لا تقتضيه، ويبقى بالنسبة إلى الأجنبي لأن الضرورة تستوجب بقاءه.

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ - الدكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٥٩ - فقرة ٦٠.

(٢) ويلاحظ أن الشرائع التي تأخذ بالإرادة الظاهرة يغلب ألا تفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب، وتكون فكرة السبب عندها فكرة مادية، وتقر التصرف المجرد. رأينا ذلك في القوانين الجرمانية، ونقول الآن كلمة موجزة عن الشريعة الإسلامية وعن القانون الإنجليزي.

فالشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد. ويظهر أن هذا هو الذي منع من تقدم نظرية السبب فيها مع أنها شريعة مشبعة بالروح الدينية والخلقية كالقانون الكنسي الذي هو المصدر الأول لنظرية السبب الحديثة. وإذا أمكن أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامي نظرية للسبب، فهذا النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية. ويستطيع الباحث أن يستخلص من نصوص الفقه الإسلامي التمييز ما بين الغرض المباشر الذي قصد المتعاقدان الحصول عليه من العقد وبين الباعث ل علي التعاقد. فالباعث لا أثر له في صحة العقد إلا إذا ذكر صراحة وأصبح جزءاً من الاتفاق (أنظر بحثاً في هذه المسألة في نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٢).

والقانون الإنجليزي كالشريعة الإسلامية نظرية السبب فيه نظرية مادية. والعقود عنده إما شكلية وهذا يكفي في صحتها الشكل وحده، وإما رضائية وهذه لا بد فيها من وجود اعتبار (consideration) وهو ما يقابل السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية، أي السبب المادي الداخلي الذي لا يتغير ويختلف «الاعتبار» عن «السبب» في أمرين: (١) الفكرة في الاعتبار ليست هي الغرم الذي حصل

ولم يصرح القانون الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من «السبب» . ولكن لاشك فى أنه يعتنق النظرية الحديثة، وينبذ النظرية التقليدية. فقد كان هذا هو شأن القانون القديم، وهو لا يزيد فى صراحة التعبير عن القانون الجديد. وكان الفقه والقضاء فى مصر يفسران عبارات القانون القديم على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية. ولم يقطع القانون الجديد صلته بهذه التقاليد، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضاة المصريين والفرنسيين. وقد ذكر ذلك صراحة فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد فيها ما يأتى: «لم ينهج المشروع نهج التقنينات الجرمانية بشأن نظرية السبب، بل اختار على النقيض من ذلك مذهب التقنينات اللاتينية وانتصر معها لهذه النظرية. والواقع أن السبب كما يصوره القضاءان الفرنسى والمصرى بمعنى الباعث المستحث يدخل فى نطاق القانون المدنى عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحد من نزعة المادية، وهى بعد نزعة يشتد طغيانها فى بعض الأحيان» (١). وجاء فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتى: «يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر. فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاضات» (٢).

فالسبب إذن، فى نظر القانون الجديد، هو الباعث الدافع إلى التعاقد (cause impulsive) لا مجرد الغرض المباشر المقصود فى العقد (cause finale). وهو أمر نفسى خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث. وكل ما أورده عن النظرية الحديثة فى السبب ينطبق فى القانون الجديد. ولا بد فى القانون الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من التعاقد الآخر، فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع، ولم يكن التعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به، ويكون العقد صحيحاً، ويقوم لا على الإرادة الحقيقية فهى غير مشروعة، ولكن على الإرادة الظاهرة، شأنه فى ذلك شأن العقد الذى يقوم على إرادة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥. وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى تعديلين استحدثتهما القانون الجديد فقالت: «ورغم أن المشروع قد التزم حدود التصوير التقليدى للسبب كما ارتسنت معاملة فى التقنينات اللاتينية، إلا أنه عرض له بتعديلين متفاوتى الأهمية. فبراعى أولاً أنه اقتصر على رد عدم مشروعية السبب إلى تعارضه مع النظام العام أو الآداب دون أن يشير إلى مخالفته لنص من نصوص القانون. وهو بإغفال هذه الإشارة يخالف ما اتبعه التقنين الفرنسى وأكثر التقنينات اللاتينية معتداً فى ذلك بعين الاعتبار التى أملت عليه مسلكه فيما يتعلق بعدم مشروعية المحل. والواقع أنه قد يؤخذ على الإشارة إلى مخالفة السبب لنص من نصوص القانون إفراطها فى السعة أو تجردها من الفائدة. فهى تجاوز حدود المقصود إذا صرفت عبارة «نص القانون» إلى الأحكام التشريعية كافة. وهى تصبح عديمة الغناء إذا اقتصر المقصود من هذه العبارة على الأحكام الآمرة التى لا يجوز الخروج عليها بمشيئة الأفراد. وبراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر «السبب الصحيح»، وهو ما يكون غير مطابق للواقع، وهذا هو أهم التعديلين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧.

معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم التعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به، وقد مر بنا ذلك (١).

وهذه النظرية الحديثة التى أخذ بها القانون الجديد سبقه إليها، كما قدمنا، الفقه والقضاء فى مصر. ونعرض الآن لكل منهما.

٢٩٠ - الفقه فى مصر: أخذ بعض الفقهاء فى مصر بالنظرية التقليدية فى السبب، ونقلوها عن الفقهاء الفرنسيين كما أوردها فيما تقدم (٢).

ولكن كثرة الفقهاء جاوزوا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة، وهى نظرية القضاء الفرنسى، فأثروها على النظرية التقليدية (٣).

وهناك من الفقهاء من قال بازدواج السبب، فاستبقى النظرية التقليدية وأكملها بالنظرية الحديثة على غرار التقنين اللبناي (٤).

ونحن لا نرى مقتضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكميلها بالنظرية الحديثة. وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا نفع فيها والاستغناء عنها ميسور. هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين يختلفان كل الاختلاف فى النزعة وفى الأصل التاريخى. وقد رأينا أن إحداهما تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين فى القرون الوسطى وهى تحمل أثر الصنعة الرومانية، والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد

(١) وقد يقال أيضاً - كما قيل فى صدد الغلط والتدليس والإكراه - إن العقد يقوم لا على التراضى، بل على سبيل التعويض.

(٢) أنظر الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى النظرية العامة فى الالتزامات ص ١٤٥ وما بعدها - الدكتور محمد صالح بك فى أصول التعهدات ص ٢٦٤ وما بعدها.

(٣) أنظر والتون ١ ص ٦١ - ص ٦٣ - الدكتور محمد وهيب فى النظرية العامة فى الالتزامات فقرة ٣١٨ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٤ - فقرة ٥٤٨.

(٤) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى نظرية السبب المزوجة التى أخذ بها التقنين اللبناي ولم يأخذ بها القانون الجديد، فقالت فى هذا الصدد ما يأتى: «ويفرق التقنين اللبناي بين سبب الالتزام وسبب العقد (م ١٩٤م). فسبب الالتزام هو الباعث الذى يدفع إليه مباشرة. وهو بهذا الوصف يتمثل فى صورة واحدة فى كل ضرب من ضروب الالتزام، ويعتبر جزءاً من التعاقد نفسه. فهو فى العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل، وفى العقود العينية تسلم العقود عليه، وفى التبرعات نية التبرع، وفى المعاضات الملزمة لجانب واحد التزام مدنى أو طبيعى كان قائماً بين المتعاقدين قبل التعاقد (م ١٩٥م). أما سبب العقد فهو الباعث الشخصى الذى يدعو المتعاقد إلى إبرامه، وهو لا يعتبر شقاً من التعاقد، فهو يختلف باختلاف الأحوال فى العقد الواحد. بيد أن هذه التفرقة ليست فى الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب فى الفقه التقليدى وبين دلالة الحديثة كما استخلصها القضاء. ولما كان التصوير التقليدى ضيق الحدود فقد رؤى الإعراض عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧) - أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٤٨.

ومن يقول بازدواج السبب الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٢٤٢، وهو صريح فى هذا المعنى. أنظر أيضاً الدكتور بهجت بدوى بك ص ١٧٣ - ص ١٧٤.



بنوها على أصول خلقية دينية وبعدها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية. فقيم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا التنافر! وما الجدوى في هذا الربط، والنظرية التقليدية يمكن الاستغناء عنها، والنظرية الحديثة فيها وحدها كل الغناء!

٢٩١ - القضاء في مصر: والقضاء في مصر كان أكثر تمثيلاً من الفقه مع النظرية الحديثة، فأخذ بها في كثير من أحكامه، وقد اقتضى في ذلك أثر القضاء في فرنسا.

فقضت محكمة الاستئناف الوطنية في دعوى ثبت فيها أن شخصاً أودع عقداً عند رجل يأتونه، فاتفق ابن المودع مع الأمين على أن يسلمه العقد المذكور في مقابل أن يكتب له عقداً يبيع سبعة أفدنه - بأن هذا البيع باطل لأن السبب فيه غير مشروع، وأن الأمين الخائن لا حق له في طلب ملكية العين ولا في الثمن<sup>(١)</sup>. ويلاحظ في هذه القضية أن البيع إذا كان جدياً دفع المشتري فيه ثمناً، كان عقداً ملزماً للجانبين اعتبر السبب فيه هو الباعث الدافع. أما إذا كان، كما هو الغالب، هبة في صورة بيع، هبة في صورة بيع، كان تبرعاً أبطله القضاء لعدم مشروعية الباعث على اعتبار أن الباعث هو السبب - وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليلته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلاً، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليفة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً<sup>(٢)</sup> - وقضت محكمة الزقازيق الكلية بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب المباشر وذلك في حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث، ويعتبر الباعث في هذه الحالة أمراً ملاحظاً في العقد وأنه بدونه لا يمكن أن يتم العقد<sup>(٣)</sup>.

على أن النظرية التقليدية في السبب لم تعد لها مكاناً في القضاء الوطني، وقد تردد صداها في بعض الأحكام. فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه لا محل للبحث في عقد البيع في الأسباب التي يدعيها البائع كباعث على صدور العقد، لأن الباعث من الأمور التي لا يلتفت إليها في صحة العقد، وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما<sup>(٤)</sup>. وقضت محكمة النقض بأن السبب القانوني في عقد القرض هو دفع المقرض نقداً إلى المقترض، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد<sup>(٥)</sup>. ويجوز أن يؤول حكم محكمة استئناف مصر بأن الباعث لم يكن

(١) ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢١٦ ص ٢١٠.

(٢) ١٣ يونية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦ - الحقوق ٢٤ ص ٢٣٠.

(٣) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢.

(٤) ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٧ ص ٢٩٥.

(٥) ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٦.

معلوماً من الطرف الآخر فلا يعتد به، وأن يؤول حكم محكمة النقض بأن السبب الذي عتته في حكمها هو السبب المنشئ لعقد القرض.

وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعاناً من القضاء الوطني في الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب. وإذا كانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت في حكم قديم لها<sup>(١)</sup> بأن الإيجار أو القرض لا يكون باطلاً حتى لو كان المستأجر أو المقرض قصد إدارة العين للعھارة أو استعمال المبلغ المقرض في إدارة العين للعھارة، وحتى لو كان المؤجر أو المقرض عالماً بذلك، فقد هجرت بعد ذلك هذه النظرية التقليدية، وأخذت في أحكام كثيرة بالنظرية الحديثة. فقضت بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب متى كان البائع عالماً بهذا التحريم<sup>(٢)</sup>. وقضت بأن اتفاق البائع والمشتري على الثمن الحقيقي للصفقة، مع بقاءه مخفياً حتى يذكرها ثمناً صورياً أقل من الثمن الحقيقي، فيتمكن المشتري بذلك من تخفيض رسوم التسجيل بطريق الفس، يكون اتفاقاً باطلاً لعدم مشروعية السبب، ولا يستطيع المشتري التمسك بالثمن الحقيقي في مواجهة الشفيع، كما لا يستطيع البائع التمسك بهذا الثمن في مواجهة المشتري<sup>(٣)</sup>. وقضت بأن عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالماً بهذا القصد<sup>(٤)</sup>، لكن إذا ثبت أن المقرض لم يستعمل القرض فعلاً في المقامرة فإن الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض صحيحاً<sup>(٥)</sup>. وقضت بأن التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة في البورصة عقد باطل لعدم مشروعية

(١) ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٨.

(٢) ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦.

(٣) ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ - ومحكمة النقض قضاء في مسألة كهذه في حكم لها صدر أخيراً (لم ينشر بعد) ذهبت فيه إلى أن الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة إلى الثمن الصوري، فله أن يأخذ به دون الثمن الحقيقي ما دامت له مصلحة في ذلك. وعندنا أن الشفيع لا يعتبر من الغير في عقد البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري الخفض، لأن الغير في الصورية هو شخص يثبت له حق على العين محل التصرف الصوري دون أن يكون هذا الحق ناشئاً عن التصرف الصوري ذاته، والشفيع شخص يثبت له حق على العين المشفوعة نشأ عن البيع الصوري فلا يكون «غيراً». وإذا أراد الأخذ بالشفعة وجب أن يدفع الثمن الحقيقي، قل هذا الثمن عما هو مذكور في العقد أو زاد. وسنعرض لهذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في الصورية.

أما قضاء محكمة الاستئناف المختلطة الذي أوردناه هنا، فوجه الاستشهاد به أنه يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب. ولكن نأخذ عليه أنه إذا اعتبر الاتفاق على الثمن الحقيقي باطلاً لعدم مشروعية السبب، وجب أيضاً أن يعتبر الاتفاق على الثمن الصوري غير موجود لصورته، فيسقط الاتفاق في الحالتين. ولا يستطيع الشفيع أن يتمسك لا بالثمن الصوري ولا بالثمن الحقيقي، بل هو لا يستطيع الأخذ بالشفعة إطلاقاً لأن البيع الذي يريد بسببه الأخذ بالشفعة غير موجود لانعدام الثمن.

(٤) ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤.

(٥) ٢٤ يونية سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٧٩ ص ٢٤٩.

السبب<sup>(١)</sup>، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به<sup>(٢)</sup>. وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة ما بين الخليل وخليلته كان العقد باطلاً، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخلية من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح<sup>(٣)</sup>. ولم يكن القضاء المختلط يعتبر التبرع لولد غير شرعي باطلاً، بل يعتبره وفاء لالتزام طبيعي، يعطيه حكم الوصية فيجوز فيما لا يزيد عن الثلث<sup>(٤)</sup>.

وإذا كان القضاء المصري - لا سيما القضاء الوطني - قد أخذ في الماضي بالنظرية التقليدية في بعض أحكامه، فلم يعد بعد صدور القانون الجديد محل للأخذ بهذه النظرية. وأصبح من المتعين الآن الأخذ بالنظرية الحديثة التي اعتنقها القانون الجديد، على ما تصرح به الأعمال التحضيرية فيما قدمت<sup>(١)</sup>.

## ٢ - الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد

٢٩٢ - إبعاد «السبب غير الصحيح» من دائرة السبب إلى دائرة الغلط: قدمنا عند الكلام في نظرية الغلط أن التمييز بين السبب غير الصحيح والغلط في الباعث كان مفهوماً وقت أن كانت النظرية التقليدية في كل من الغلط والسبب قائمة. فالتنظرية التقليدية في الغلط كانت تميز بين الغلط في السبب وهو يجعل العقد باطلاً، وبين الغلط في الباعث وهو لا يؤثر في صحة العقد، والنظرية التقليدية في السبب كانت تميز بين السبب أي الغرض المباشر من الالتزام وهو الذي يعتد به، وبين الباعث وهو عديم الأثر، ومن ثم كان مفهوماً أن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً وأن الغلط في الباعث لا يؤثر في صحة العقد، لأن السبب بالمعنى التقليدي ألصق بالعقد من الباعث فالغلط فيه أمر خطير من شأنه أن يعدم العقد، أما الباعث فأمر خارجي عن العقد فلا يعتد بالغلط فيه.

(١) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣.

(٢) ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٧ ص ٥٠.

(٣) ٨ يونية سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٥٣٦ ص ١٧٦.

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٠.

(I) مؤدى نص المادتين ١٣٦، ١٣٧ من القانون المدني أن المشرع قد وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله، وإن ادعى المدين صورية السبب المذكور في العقد كان عليه أن يقدم الدليل على هذه الصورية ومن ثم ينتقل عبء اثبات أن للعقد سبباً آخر مشروعاً على عاتق المتمسك به.

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ الطعن ٨٦ لسنة ٢٦ ق ١٣ ص ١٢١٤)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٩ الطعن ١٠١ لسنة ٣٦ ق ٢١ ص ٧١٤)

(جلسة ١٩٨٧/١١/٨ الطعن ٢٥١٩ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٨٩/١١/٧ الطعن ٢٨٠٩ لسنة ٥٧ ق)

ثم تطورت نظرية الغلط، فاستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة. وأصبح الغلط في الباعث طبقاً لهذه النظرية الأخيرة يجعل العقد قابلاً للإبطال. فإذا نحن واجهنا هذه النظرية الحديثة في الغلط بالنظرية التقليدية في السبب، بقي الفرق قائماً بين الغلط في السبب بمعناه التقليدي وهو الغرض المباشر من الالتزام وبين الغلط في الباعث وهو أمر خارجي عن العقد، وأمكن تبرير الفرق في الحكم: فالغلط في السبب اللصيق بالعقد يجعل العقد باطلاً، أما الغلط في الباعث الخارج عن العقد فلا يجعل العقد إلا قابلاً للإبطال.

ولكن لما تطورت نظرية السبب هي الأخرى واستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة، وأصبح السبب هو عين الباعث، لم يعد هناك محل للتمييز بين الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد وبين الغلط في الباعث. فكلاهما غلط في الباعث. ووجب إذن أن ندرك أن نظرية الغلط قد اتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب، حتى تدخلت كل دائرة في الأخرى، فأصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتعين أن نستخلصها لإحداهما، وإلا وقعنا في المحذور الذي أشرنا إليه عند الكلام في نظرية الغلط، ووقع خلط عجيب ما بين نظرتي السبب والغلط، إذ تبقى هذه المنطقة المشتركة فيما بينهما يتنازعاها كل منهما، فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال<sup>(١)</sup>.

لذلك كان لا بد من التأمل فيما صارت إليه الأمور بعد تطور نظرية السبب ونظرية الغلط واستبدال النظرية الحديثة في كل منهما بالنظرية التقليدية. وقد لفت ذلك نظر بعض الفقهاء، ولكنهم لم يشيروا في ذلك برأى حاسم<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٧٣.

(٢) من ذلك ما ورد في بلانيول وريبير وبولانجيه (الطبعة الثالثة ١٩٤٩) ٢ فقرة ٢٠٥ وفقرة ٣٠٤ وفقرة ٨٢٤ (وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً في حاشية الفقرة ١٧٣ من هذا الكتاب) من أن الغلط في الباعث هو في الواقع غلط في السبب، والجزء في الحالتين هو البطلان النسبي لا البطلان المطلق، وذلك لأن شرط الصحة في السبب تراد به حماية مصلحة فردية، فجزاء الإخلال به البطلان النسبي، أما شرط المشروعية فتراد به حماية مصلحة عامة، فجزاء الإخلال به البطلان المطلق - أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٦٣.

ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه الدكتور حلمي بهجت بدوى بك (أصول الالتزامات ص ١٧٩ و ص ١٨٦ و ص ٢٣٢) من أن الغلط صورة من صور السبب غير الصحيح، فهو يصوغه على أنه قصور الغرض المباشر الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقد عن إجابة الحافز الرئيسي الذي حفزه للتعاقد، ويقول إن هذه الصيغة هي بعينها صيغة السبب غير الصحيح، وهي على هذا الوجه صالحة للتطبيق على جميع أنواع الغلط دون حاجة إلى تقسيم الغلط إلى غلط في الشخص وغلط في الشيء وغلط في غير ذلك، لأن العبرة ليست بذات الشخص أو بذات الشيء وإنما بالغرض الذاتي أي بالحافز الرئيسي. فإذا ما خلاص له أن حالتي الغلط والتدليس هما بعينهما حالة السبب غير الصحيح، جعل الجزاء في كل هذه الأحوال البطلان النسبي لا البطلان المطلق. فهو يلحق الغلط بالسبب في ماهيته، ثم يلحق السبب بالغلط في جزائه. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً حاشية الفقرة ١٧٣).

السبب، فالأولى تحمي مصلحة خاصة للأفراد، أما الأخرى فتحمي مصلحة عامة للجماعة. وإلى رجاء نظرية السبب سيرتها الأولى، فتمحض لحماية المصلحة العامة. وينتقل السبب غير الصحيح إلى دائرة الغلط، ولا يبقى في دائرة السبب إلا السبب غير المشروع. وهذا ما فعله القانون الجديد.

٢٩٣ - لا يوجد للسبب في القانون الجديد إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً: ومن ثم لا نجد في القانون الجديد عبارة «السبب الصحيح» التي كنا نقرأها في القانون القديم، فقد اختفت وأختلت باختفائها الميدان للسبب المشروع وحده. وقد رأينا أن المادة ١٣٦ من القانون الجديد تنص على أنه إذا لم يكن للالتزامات سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب<sup>(١)</sup>، كان العقد باطلاً، وكان القانون القديم في المادتين ١٤٨/٩٤ يتطلب لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً.

فلا يشترط إذن في السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً. ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت، وإليها وحدها عادت في القانون الجديد.

والواقع من الأمر أن السبب، بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد، يجب استبقاؤه، على ألا يستخدم إلا لحماية المشروعية في التعاقد. ذلك أنه وحده الذي يستطيع أن يقوم بهذه الحماية في صورة السبب المشروع، ولا يغني عنه ركن آخر، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء<sup>(١)</sup>. ولكن عند هذا الحد يجب أن تقف مهمته، فلا يتجاوز ذلك إلى حماية التعاقد ضد الغلط في صورة السبب الصحيح، فإن نظرية الغلط تغني عندئذ عن نظرية السبب، بل وتفضلها من حيث الجزاء.

وقد فهم القضاء، في مصر وفي فرنسا، وهو يلامس الحياة العملية، مهمة السبب على هذا الوجه. فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع في إبطال العقد. وقل أن نجد

(١) ولا يجوز أن يقال إنه يمكن الاستغناء عن مشروعية السبب، والاقتصر على اشتراط أن يكون العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب كما فعل التقنين الألماني مثلاً. فإن هذا الاشتراط لا يستقيم إلا إذا قيل إن المقصود به أن يكون غرض العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب. وغرض العقد هو سببه، والتعبير عن الغرض بالسبب أدق من ناحية الصياغة الفنية.

(١) أ- السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة ١٣٦ من القانون المدني يجب أن يكون معلوماً للمتعاقد الآخر فإذا لم يكن على علم به أو ليس في استطاعته أن يعلمه فلا يعتد بعدم المشروعية.

(جلسة ١٩٧٩/١١/٢٩ الطعن ٢٢٦ لسنة ٤٤٦ ق س ٣٠ ص ١٠٣)

(جلسة ١٩٨٨/١١/٧ الطعن ٢٨٠٩ لسنة ٥٥٧ ق س ٤٠ ص ٢٢)

ب- لما كانت المادة ٥٥١ من القانون المدني لا تجيز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية فإن التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانوناً. ومن ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائفة في حدود سلطتها الموضوعية أن عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن دعوى الحجر وإن لنا لم يدفع فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ١٣ ص ١٢١٤)

أما القانون الجديد فقد وقف موقفاً صريحاً من هذه المنطقة المشتركة ما بين السبب والغلط، واعتبر أن السبب غير الصحيح (أو السبب المغلوط) هو والغلط في الباعث شيء واحد، كلاهما غلط في الباعث كما قدمنا، وكلاهما يجعل العقد قابلاً للإبطال. وبعد أن كانت المنطقة المشتركة المشار إليها يتنازعها كل من السبب والغلط على النحو الذي بيناه، استخلصها القانون الجديد للغلط، واختفى من نصوص السبب في القانون الجديد النص الخاص بالسبب غير الصحيح. وهذا النظر تبرره اعتبارات منطقية واعتبارات تاريخية.

أما الاعتبارات المنطقية فترجع إلى أنه بعد أن اتسعت فكرة السبب فأصبح السبب هو الباعث، فإن الغلط فيه لم يعد هو الغلط في السبب بل صار هو عين الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد ذات النظرية التقليدية في السبب، بل صار هو عين الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد ذات الحكم الذي يعطى للغلط في الباعث، وهو قابلية العقد للإبطال لا بطلانه، فيتزحزح الغلط في السبب عن دائرة السبب إلى دائرة الغلط، ولا يصبح هناك محل للكلام عن السبب غير الصحيح في نظرية السبب، فهو لا يزيد على أن يكون غلطاً في الباعث، ومحل الكلام عنه إنما يكن في نظرية الغلط. أما الغلط في السبب بمعناه التقليدي فقد قدمنا أنه غلط يمنع من تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل، فالكلام فيه هو أيضاً لا يكون في نظرية السبب<sup>(١)</sup>.

وأما الاعتبارات التاريخية فترجع إلى تاريخ نظرية السبب، وكيف استخدم الفقهاء الكنسيون هذه الفكرة بعد أن حرروا الإرادة من قيود الشكل على ما قدمنا. فقد رأينا أنهم هم الذين صنعوا نظرية السبب، وجعلوا منها نظرية خصبة منتجة. وقد استخدموها بادئ الأمر لحماية مصلحة عامة هي المشروعية. ثم أقحموا بعد ذلك على السبب غرضاً آخر بعيداً عن الغرض الأول، فاستخدموا نظرية السبب لحماية مصلحة خاصة فردية هي تحوير الإرادة من عيب الغلط. فمن وقع في غلط دفعه إلى التعاقد، كمن تعاقد لسبب غير مشروع، يستطيع أن يتمسك بنظرية السبب. وظاهر أن فكرة الغلط دخيلة على نظرية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي: «ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر «السبب غير الصحيح»، وهو ما يكون غير مطابق للواقع، وهذا هو أهم التعديلات. فالحق أن الغلط في هذا الشأن لا يعدو وأن يكون غلطاً في الباعث. وقد كان يخلق التنبه إلى ما في الإبقاء على التفرقة بين الغلط والسبب غير الصحيح من تشبث بأهداف السطحيات والفوارق الصناعية، بعد أن أصابت فكرة الغلط من السعة ما جعلها تتجاوز نطاقها المادي الضيق، وتصبح فكرة نفسية تتناول الباعث المستحث، وتنتهي بذلك إلى صورتها السوية في «الغلط التجوهرى». ولهذا روى إخراج «السبب غير الصحيح» أو الغلط في السبب من بين أسباب البطلان المطلق واعتباره سبباً للبطلان النسبي، شأنه في ذلك شأن سائر ضروب الغلط. ولم يستبق المشروع من صور السبب غير الصحيح إلا السبب الصوري. ومع ذلك فقد رد حكمه إلى فكرة المشروعية، وجعل السبب الحقيقي مرجع الحكم فيما يرتب العقد من آثار، فإن كان هذا السبب مشروعاً صح العقد، وإن كان غير مشروع يبطل العقد لعدم مشروعية سببه لا للصوروية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦).



تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط في العمل بالغلط. ويكفي للتثبت من ذلك استظهار ما أوردناه من أحكام القضاء المصري والفرنسي في السبب لتراها جميعاً قد عرضت للسبب غير المشروع لا للسبب غير الصحيح<sup>(١)</sup>. وهذا إن دل على شيء فهو يدل على أن القضاء قد اتجه اتجاهاً عملياً منتجاً في نظرية السبب. وقد قام على هذا النحو بمهمته خير قيام. أما الفقه فلا يزال مطلوباً منه أن يقوم بمهمته هو الآخر، فيعين القضاء على شق طريقه، ويصوغ له نظرية جديدة في السبب تتمشى مع مقتضيات العمل. وقد سبق القانون الجديد الفقه إلى ذلك، فخطا بنظرية السبب خطوة جديدة حاسمة في تاريخ تطوره الحديث. فأتسع أفق السبب بعد هذا الضيق الذي كان ملحوظاً في النظرية التقليدية، وخلص من الشوائب التي كانت تعتربه من جراء اختلاطه بنظرية غريبة عنه هي نظرية الغلط.

٢٩٤- مأخذان على القانون الجديد: على أن هناك مأخذان على القانون الجديد، تجمعا في العبارة التي صدرت بها المادة ١٣٦. فقد جاء في صدر هذه المادة: «إذا لم يكن للالتزام سبب». فالسبب قد نسب إلى الالتزام وكان الأولي أن ينسب إلى العقد إذ هو متلازم مع الإرادة كما رأينا. ثم افترض النص احتمال أن يكون التزام دون سبب، وهذا احتمال لا يتصور، فما دمنا نجعل السبب هو الباعث، فكل إرادة لا بد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذي تمييز<sup>(٢)</sup>.

والعبارة التي نتقدها أليق بالنظرية التقليدية، ففي هذه النظرية ينسب السبب إلى الالتزام ويتصور أن يكون غير موجود. ولكن لا يجوز أن يفهم من ذلك أن القانون الجديد قد استبقى النظرية التقليدية، فإن الأعمال التحضيرية صريحة في أنه قد نبذها واعتنق النظرية الحديثة<sup>(٣)</sup>.

### ٣- إثبات السبب

٢٩٥- النصوص القانونية: نصت المادة ١٣٧ من القانون الجديد على ما يأتي:

١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

(١) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه (الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩) ٢ فقرة ٢٨١، وقد جاء في هذه الفقرة ما يأتي: «لم يستخدم القضاء كثيراً فكرتي انعدام السبب والسبب غير الصحيح، فقد كان لديه لهذا الغرض أداة أخرى هي إبطال العقد للغلط. ولكنه على النقيض من ذلك استخدم إلى مدى بعيد فكرة السبب غير المشروع، فقد أعطته المادة ١١٣٣ وسيلة من وسائل الصنعة الفنية لتفريد جزاء للقاعدة التي اشتملت عليها المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي».

(٢) وكان من الخير أن تصاغ المادة ١٣٦ على الوجه الآتي: «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، كان العقد باطلاً».

(٣) قارن الدكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٥٤ ص ١٩٩ هامش رقم ٥.

٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه<sup>(١)</sup>.

وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم، ولكنه يقرر أحكاماً غير مستحدثة. فقد كان القضاء المصري يطبقها من قبل. ولم يفعل القانون الجديد إلا أن قننها لما لها من أهمية عملية.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: (١)

«أما فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان: (أولاهما) افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك. ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدعي الذي يطعن في العقد. (والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدعي الدليل على صوريته. فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية<sup>(٢)</sup>».

ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين: (الأول) أن يكون السبب غير مذكور في العقد.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٩٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «١- يفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً، ولو لم يذكر هذا السبب في العقد، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. ٣- فإذا قام الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه». وقد اقترح في لجنة المراجعة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة في فقرة واحدة وحذف عبارة «أو على عدم مشروعيته» من الفقرة الثالثة لأنها تنص على حالة من حالات صورية السبب، واقترح أحد الأعضاء إدخال تعديل لفظي على الفقرة الأولى، فوافقت اللجنة على هذه الاقتراحات، وأصبح نص المادة النهائي (م ١٤١) مطابقاً للنص الوارد في القانون الجديد. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اقترح حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهي: «فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه»، لأن هذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات، ولكن اللجنة انتهت آخر الأمر إلى إقرار بقائها. وأصبح رقم المادة ١٣٧. ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٩- ص ٢٣٢).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧.

(١) المادة ١٣٦ من القانون المدني وإن كانت توجب أن يكون للالتزام سبب مشروع إلا أنها لم تشترط ذكر هذا السبب في العقد، بل أن المادة ١٣٧ تنص على أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك وهو ما يقطع بأن عدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يؤدي إلى بطلانه.

(جلسة ١٩٦٦/٤/١٧ الطعن ٢٠٧ لسنة ٢٣ ق ص ٢٠ ص ٦٢٧)

(جلسة ١٩٨٦/٢/٦ الطعن ٦٦٩ لسنة ٥١ ق).

(والثاني) أن يكون هناك سبب ذكر في العقد<sup>(١)</sup>. ونستعرض كلا من الفرضين.

**٢٩٦ - السبب غير مذكور في العقد:** وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٣٧. وقد كان المنطق القانوني يقضى بأن الدائن، وهو المكلف بإثبات الدين، هو الذي يثبت السبب الأول لأن الدين لا يقوم بدونه. ولكن القانون الجديد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب. على أن القرينة قابلة لإثبات العكس. فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته. وله الإثبات بجميع الطرق، بما في ذلك البيينة والقرائن<sup>(٢)</sup>. وقد كان الفقه<sup>(٣)</sup> والقضاء<sup>(٤)</sup> في مصر يأخذان بهذه الأحكام دون نص، فجاء القانون الجديد مؤيداً لها كما قدمنا.

ويلاحظ أنه إذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع وأثبت ذلك، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب. وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية. ويستوى في ذلك ألا يكون السبب مذكوراً في العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صوري وثبت أن السبب الحقيقي غير مشروع كما سيأتي.

**٢٩٧ - السبب مذكور في العقد:** وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الثانية من المادة ١٣٧. وقد وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي الذي رضى المدين أن يلتزم من أجله. والقرينة قابلة لإثبات العكس. فإذا ادعى

(١) سواء ذكر في السند المكتوب الذي يثبت العقد أو ذكر عند التعاقد ذاته. وغنى عن البيان أن السبب يذكر في العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وإن كان الباعث قل أن يذكر في العقد. ويبدو أن نص المادة ١٣٧ من القانون الجديد أكثر مسايرة للسبب بمعناه في النظرية التقليدية، لا سيما عندما تتحدث المذكرة الإيضاحية عن عبء إثبات عدم وجود السبب. ولكن لا شيء يمنع من أن يذكر السبب بمعنى الباعث في العقد، وعندئذ يعتبر هذا السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته.

(٢) نقض مدني في ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥١ ص ٢٨٤ - وفي ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٨٢ ص ٥١٧ - استئناف وطني في ١٨ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٢ ص ١٦١ - محكمة استئناف مصر في ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٦ رقم ٤٩ ص ١٠٥.

وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد: الأول إذا أثبت المدين أن له سبباً غير مشروع يكون باطلاً كما رأينا، أما الثاني فلا يطل ولكنه يدفع بدعوى الإثراء بلا سبب فيتخلص منه المدين إذا كان لم يوفه أو يسترده إذا كان قد وفاه. وقد تقدم ذكر ذلك في التصرف المجرد.

(٣) دي هلتس ٣ ص ١١٧ فقرة ١٤ - هالتون ١ ص ٢٤١ - والتون ١ ص ١٠٢ - عبد السلام ذهني بك فقرة ١٧٣ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٩ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ١٠٦ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٢٤٤.

(٤) استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٠ - وفي ٢ فبراير ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ - وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٤ - وفي ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ - وفي أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٣.

المدين أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي، بل هو سبب صوري يستر سبباً غير مشروع، فله أن يتخذ أحد موقفين: (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية، وفي هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي ومشروعيته إلى الدائن<sup>(١)</sup>. (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقي للعقد غير مشروع.

فإذا أراد أن يثبت صورية السبب. وكانت قيمة التزامه تزيد على خمسمائة جنيه، وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها<sup>(٢)</sup>. ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه إذا كان السبب الصوري مكتوباً، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة<sup>(١)</sup>.

وإذا أراد المدين أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البيينة والقرائن، حتى لو كان السبب الصوري مكتوباً، ومهما بلغت قيمة الالتزام، لأن إخفاء عدم المشروعية غش، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق<sup>(٣)</sup>.

(١) ومن ذلك نرى أن السبب إذا لم يذكر في العقد فهو مفروض، وعلى المدين إثبات العكس. أما إذا ذكر وأثبت المدين صوريته فإن عبء إثبات السبب الحقيقي ينتقل إلى الدائن (نقض مدني في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ - وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٥ ص ٤٦٩). وانظر في أحكام القضاء المصري في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٥٧٩ هامش رقم ٢.

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد في سند الدين وذكر سبباً آخر مشروعاً على أنه السبب الحقيقي، كان إقراره هذا غير قابل للتجزئة، وكان الالتزام قائماً وصحيحاً ما لم يثبت أن هذا السبب الأخير غير صحيح (١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠ - وفي هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به، فإذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً، ثم اتضح من الوسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدينها في مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدي المدين وتشكر له إحسانه وتبرعه لها، فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلاً كتابياً كافياً في نفي وجود قرض حقيقي (١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ - ويلاحظ أن السبب هنا مفهوم بالمعنى المعروف في النظرية التقليدية، ويعني عنه ركن التراضي على عقد القرض، فيكون عقد القرض ذاته في هذه القضية هو العقد الصوري، ولا محل للكلام في صورية السبب، إلا إذا اتخذت طبيعة العقد قرينة على سببه، وهذا ما يقع غالباً).

(١) مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدني ان ذكر سبب الالتزام في العقد لا يمنع المدين من اثبات أن هذا السبب غير حقيقي وأن الالتزام في الواقع معدوم السبب، إلا أن الادعاء بذلك لا يجوز للمدين إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنياً لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي طالما لم يدع المتعاقد بوقوع احتيال على القانون بقصد مخالفة قاعدة أمرة من قواعد النظام العام وذلك عملاً بما تقضى به المادة ١/٦١ من قانون الإثبات.

(جلسة ١٩٩٠/٢/١٨ الطعن ٢٩٠٢ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩١/١/٣٠ الطعن ٣٦٦ لسنة ٥٨ ق السنة ٤٢ ص ٣٤٦)

(٣) استئناف مصر الوطنية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٣٤ - وفي =

## الفرع الرابع الجزء: نظرية البطلان (\*)

٢٩٨ - نظرية البطلان في القانون القديم وفي القانون الجديد: بطلان العقد هو الجواز القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها، على النحو الذي يبيانه فيما تقدم. ولذلك كان منطقياً أن نتكلم في بطلان العقد على أثر الفراغ من الكلام في أركانه.

ولم يكن القانون القديم يفرد مكاناً لنظرية البطلان، بل كنا نجد القواعد العامة في البطلان محتوية نصوص متناثرة في أمكنة متفرقة متباعدة، كما هو شأن القانون المدني الفرنسي. أما القانون الجديد فقد عني بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً، جمع فيه

١٢= مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ - وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٤ ص ٦٩ - استئناف مختلط في ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٩ - وفي ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٣ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ - هذا وإذا تبين أن سبب السند هو الربا الفاحش فللمدين إثبات ذلك بجميع الطرق لأن السبب غير مشروع (استئناف مصر الوطنية في ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ - استئناف مختلط في نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨). على أن مجرد الادعاء بوجود الربا الفاحش لا يكفي للترخيص في إثباته، إذ أنه لا يجوز قبول الإثبات بالبينة على ما يخالف المكتوب ما لم تدل الوقائع الثابتة في الدعوى على أن هناك قرائن قوية على وجود الربا الفاحش (استئناف وطني في ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٩ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ - استئناف مختلط في ٣ ديسمبر ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣١٠ ص ٢٦٣ - وفي ٤ مارس سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣). فإذا ثبت أن هناك فوائد ربوية، فعلى الدائن أن يثبت كم كان المقدار المقترض، فإذا لم يثبت ذلك فإن المحكمة تقبل اعتراف المدين (استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه).

(\*) بعض المراجع: بفتوار ص ٦٤٦ وما بعدها - بنكاز (ملحق بودري) ٣ ص ١ وما بعدها - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٨٠ وما بعدها - إيرنج: أعماله المختارة جزء ٢ ص ٣ وما بعدها - هيمار في بطلان الشركات والشركات الواقعية - دروجول (Drogoul) رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ - لوييه (Loyer) رسالة من رن سنة ١٩٠٨ - جاييو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ - بييليه ليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ - جيبير (Guyard) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - كافاليوني (Cavaliotti) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - هلسنار (Hilsenard) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ - لوتزسكو (Lutzesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - برتراند (Bertrand) رسالة من ليل سنة ١٩٣٩ - السندور (Alcindor) في بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - دي سوتو (De Sotto) في بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٥ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ١٤٥ وما بعدها ومقالاته في آثار التصرفات الباطلة في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٢٧٩ وما بعدها ٤ ص ٣١٧ وما بعدها - الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٢٤٨ وما بعدها.

النصوص الرئيسية التي ترسم القواعد العامة في بطلان العقد (١٣٨-١٤٤). ونحن نبسط نظرية البطلان في هدى هذه النصوص (١).

٢٩٩ - ضرورة تمييز البطلان عما يقاربه من النظم: ويحسن منذ البداية أن نميز البطلان (nullité) عما يقاربه من النظم. نميز بينه وبين عدم السريان (inopposabilité)، وبينه وبين الفسخ (résolution).

فالبطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين، وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك.

وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين، ولكنه لا يسرى في حق الغير. فالعقد الحقيقي في الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين، غير نافذ في حق الغير. والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يحتج به على الغير. والعقد غير ثابت التاريخ تاريخه حجة على المتعاقدين دون أن يكون حجة على الغير. والعقد الذي أبرمه المدين المعسر إضراراً بحق دائته صحيح فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يسرى في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية. والبيع في مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يسرى في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة. بل قد يكون العقد قابلاً للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو في الوقت ذاته لا يسرى في حق الغير. فبيع ملك الغير قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري، ثم هو لا يسرى في حق المالك الحقيقي، وقد يجيز المشتري العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان والبطلان إذا كان قابلاً للزوال يزول بالإجازة (confirmation) على ما سنرى. أما عدم السريان فيزول بإقرار الغير للعقد (ratification). ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة أن «الغير» ليس له مدلول واحد، يختلف مدلوله في مثل عنه في المثل الآخر.

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في النظر العامة للبطلان ما يأتي: «اتفق المشروع ما تستهدف له التقنينات اللاتينية من مآخذ حين تجمع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات في صعيد واحد. وقد نهج في هذا الشأن نهج التقنين البرازيلي. وجعل للبطلان نظرية جامعة، فهياً بذلك مكاناً مناسباً لطائفة من الأحكام تثار وتنفرد عقدها، مع ما بينها من سبب جامع، كالنصوص الخاصة بالتزام ناقص الأهلية برد ما تسلمه عند إبطال العقد. وقد استمسك المشروع بتقاليد المذهب اللاتيني فيما استحدث في هذا الشأن بوجه عام. على أن المذهب الجرمانى لم يعد أثره في هذه الناحية. فقد اقتبس المشروع أحكاماً هامة من التقنين الألماني والسويسرى. فمن ذلك... نظرية انتقاص العقود ونظرية تحويل العقود أو انقلابها. وتطبق الأولى عند ورود البطلان المطلق أو النسبي على شق من العقد، وتطبق الثانية إذا توافرت للعقد الباطل أو القابل للبطلان شروط انعقاد عقد آخر (أنظر المادتين ١٣٩، ١٤٠ من التقنين الألماني). ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد نص على تقادم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات، مستلهما في ذلك تقنين الالتزامات السويسرى (أنظر المادة ٢٢٩ وهي تجعل المدة سنة واحدة)، هذا فضلاً عن التقادم الطويل المقرر بمقتضى القواعد العامة. ويراعى أن مبدأ سريان التقادم القصير في هذه الحالة يختلف عن مبدأ سريان التقادم الطويل، ولذلك يكون لهذا التقادم الطويل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤).



والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد، أما في الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها، فينشأ العقد صحيحاً، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقد الآخر، ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقد الملزم للجانبين.

٣٠٠ - أنواع البطلان: لما كان البطلان بعدم العقد، فإن المنطق يقضي بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج، إذ العدم لا تفاوت فيه. ولكن نظرية البطلان، مع هذه البساطة المنطقية، قد تعقدت لاعتبارات تاريخية، ولا اعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية، ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان تبعاً لذلك إلى مراتب متدرجة. ومن ثم قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثلاثي للبطلان. وقد هوجمت من ناحيتين مختلفتين: فكثرة الفقهاء يكتفون بتقسيم ثنائي، وبعضهم لا يكفيهم التقسيم الثلاثي ويذهب إلى تنويع البطلان مراتب متعددة.

فالنظرية التقليدية تقسم البطلان كما قدمنا إلى مراتب ثلاث: الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبي (nullité relative). وأساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لا بد من قيامها حتى يتكون. ولهذه الأركان شروط لا بد من توافرها حتى لا تختل. وركن من هذه الأركان - وهو الرضاء - لا بد أن يصدر من ذي أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب حتى يكون صحيحاً. وأركان العقد الرضاء والمحل والسبب، وكذلك الشكل في العقود الشكلية، فإذا انعدم ركن منها كان العقد منعدماً. وشروط المحل أن يكون ممكناً معيناً مشروعاً، وشروط السبب أن يكون مشروعاً، فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. وإذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية أو شابه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه، كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً.

وكثرة الفقهاء تنعى على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً. إذ التمييز يصطدم مع المنطق، وليس بذى فائدة. أما أنه يصطدم مع المنطق فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني، فهو يستوي في الانعدام مع العقد المنعدم، ولا يمكن أن يقال أن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت في العدم كما قدمنا. وأما أن التمييز غير ذي فائدة فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعدم: كلا العقدين لا ينتج أثر، ولا تلحقه الإجازة، ولا يرد عليه التقادم. والواقع أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه الفرنسي في مناسبة عقد الزواج، إذ قرر هذا الفقه ألا بطلان في هذا العقد دون نص، صيانة له من التزعزع. فقامت حالات بطلان لاشك فيها، ولكن لم يرد في شأنها نص، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه. فخلقت نظرية الانعدام حتى تغطي هذه الحالات. وكان الأولى عدم التقييد بالقاعدة الضيقة

التي تقضي بأن البطلان لا يكون بغير نص في عقد الزواج، أو في القليل قصر هذه القاعدة على الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود في دائرة المعاملات المالية.

وهناك من الفقهاء من يذهب، على النقيض مما تقدم، إلى عدم الاقتصار على مراتب البطلان الثلاث التي تقول بها النظرية التقليدية. فإن هذا التقسيم الثلاثي في نظرهم تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات. وأصحاب هذا الرأي يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج أثراً معينة، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين، فإذا اختل شرط كان العقد باطلاً في الناحية التي تتلاءم مع هذا الشرط، فتتعدد وجوه البطلان وتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التي توخاها القانون<sup>(١)</sup>. ومهما قيل في مزونة هذا الرأي وفي أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية، كما في إجازة الواهب أو ورثته لهبة لم يتوافر فيها شرط الشكل (م ٤٨٩م جديد). وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي (م ٤٦٧م جديد)، وكما في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير (م ٥٠٧م جديد)، إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً، وهي لا تسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد ليس لها من الثبات والاستقرار ما يبرر الاطمئنان إليها<sup>(٢)</sup>.

فالوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثبات ولا استقرار. وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً (ويدخل فيه العقد المنعدم) وعقد باطل بطلاناً نسبياً، لما قدمناه من عيب التمييز ما بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً. بل خير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق. ذلك لأن العقد باطل بطلاناً نسبياً يمر كما سنرى على مرحلتين: (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً. (المرحلة الثانية) يلقي فيها العقد أحد مصيرين، فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشئاً لجميع آثاره، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح، وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً. فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً كما نرى لا يعدو في مآله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه. فهو إما عقد صحيح على

(١) أنظر دروجول (Drogoul) في رسالته في النظرية العامة في البطلان ص ٢٠٦ وما بعدها - جايو (Japiot) في رسالته في بطلان العقود ص ١٥١ و ص ١٥٤.

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٨١٩ - فقرة ٨٢٠.

الدوام، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية. والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق. ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان، يندمج فيها البطلان النسبي، كما اندمج فيه الانعدام<sup>(١)</sup>.

٣٠١- تأصيل البطلان: على أن إرجاع أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضى المنطق القانوني، فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضي شيئاً من التنوع. والأولى من ناحية الصياغة المحضة الرجوع إلى التقسيم الثنائي، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً، أو كما يقول القانون الجديد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال. ونقف عند هذا التقسيم، على أن نتولى تأصيله.

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية. ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكلي الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً، ولكن بالقدر الذي يتطلبه القانون من الشكل. وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون، والقانون هو الذي يعين له الجزء الكافي في حالات الإخلال به. فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا تلحقه الإجازة. وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ جديد) وكما في الشركة التي لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد). وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية. فالشكل كما قدمنا من خلق القانون، صنعه على عينه، ويقده على القالب الذي يختاره<sup>(٢)</sup>. ونحن في هذه الدائرة وحدها - دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب - نتمشى مع القائلين بتنوع مراتب البطلان.

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية، فهنا يجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد. وقبل ذلك نقول إن البطلان قد يرجع إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع، كما في بطلان بيع ملك الغير (م ٤٦٦ جديد) وفي بطلان تصرف السفينة الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥ جديد). وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع

(١) وقد ورد في «نظرية العقد» للمؤلف (ص ٦١٨ هامش رقم ١) في هذا الصدد ما يأتي: «لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر: الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق، بل لا توجد إلا حالتان: الصحة والبطلان المطلق. والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة، ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان. ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق».

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ في الهامش.

في شأنه النص الذي يعالجه. ولكن البطلان الذي يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية تتولى الآن تفصيلها.

ذلك أن للعقد أركاناً ثلاثة هي الرضاء والمحل والسبب. فإذا انعدم أي ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعة، ويكون باطلاً. ومثل انعدام الركن اختلال شرطه. فالرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية، والسبب تشترط فيه المشروعية. فشروط التمييز والتقابل والتطابق في الرضاء، وشرط الإمكان والتعيين في المحل هي شروط طبيعية لا يقوم العقد بدونها. وشرط المشروعية في المحل وفي السبب هو شرط قانوني لا يقوم العقد أيضاً بدونه. فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً<sup>(١)</sup>. والبطلان هنا تمليه طبيعة الأشياء أو يفرضه القانون لحماية لمصلحة عامة. والعقد الباطل منعدم طبيعة أو شرعاً، فلا ينتج أثراً، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، ولا تصح إجازته، ولا يرد عليه التقادم.

وهناك ركن في العقد قد يقع أن يكون قائماً مستوفياً لشروطه ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة، وهذا هو الرضاء. فالرضاء كما رأينا يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، ولكنه يكون رضاء معيباً غير صحيح. وفي هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه، فهو منعقد ترتب عليه آثاره. ويبقى أن المتعاقد الذي صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب يكون من حقه أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية. فله وحده أن يطلب إبطال العقد، كما له أن يجيزه، وإذا سكت سقط حقه في إبطال العقد بالتقادم. ذلك أن هذا الحق في إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة، يعالج به ما اعتبر رضاءه من نقص<sup>(٢)</sup>.

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد باطلاً، فنصت المادة ١٩٣ من هذا المشروع على ما يأتي:  
«يكون العقد باطلاً في الحالات الآتية:  
أ) إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقاً.

ب) إذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب، أو إذا لم تتوافر في المحل وفي السبب شروطه الجوهرية.  
ج) إذا اشترط القانون في العقد شكلاً يكون باطلاً بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل. أو إذا أغفل المتعاقد إجراء شكلياً يعتبره القانون ركناً في تكوين العقد.  
د) إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان».

وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي «لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ في الهامش).  
(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد قابلاً للإبطال فنصت المادة ١٩٥ من هذا المشروع على ما يأتي:

وليس فيما قدمناه من تأصيل للبطلان إلا نتائج منطقية لمقدمات تؤدي إليها ومعلومات معقولة لعل ظاهرة (١).

= يعتبر العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية.

(ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.

(ج) إذا ورد في القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للبطلان.

وقد حذف هذه المادة في المشروع النهائي لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ في الهامش).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ترد أسباب البطلان

المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة

تفريعاً على ذلك أو كانتفاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً. وغني عن البيان أن تخلف

ركن من أركان العقد، في حكم الواقع أو حكم القانون، يحول دون انعقاده أو وجوده، وهذا هو ما

يقصد بالبطلان المطلق. أما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه

ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء يفسد بسبب عيب يداخله، أو بسبب نقص أهلية أحد العاقدين،

ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته، وهو من

داخل رضاء العيب أو من لم تكتمل أهليته. ومن الجلي أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد

في مرحلتين متتابعتين: الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره، والثانية مرحلة البطلان

ويعتبر العقد فيها باطلاً لا حكم له من وقت نشوئه. فليست ثمة مراحل ثلاث، الصحة وقابلية

البطلان والبطلان، وإنما توجد مرحلتان، الصحة والبطلان، وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبي

بمقتضى نص خاص في القانون» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٥ - ٢٥٦).

هذا ويمكن القول إن القوانين الأخرى، من قديمة وحديثة، تعرف تقسيم البطلان إلى مراتب

متعددة، وتجعل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتج من العقد الباطل من الآثار.

فالقانون الألماني يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبي (م ١٤١ - ١٤٢). بل إن الفقه الألماني يعرف

العقد المتعذر.

ويميز قانون الالتزامات السويسري بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (م ١١ و ١٩ و ٢٠) والعقد الباطل

بطلاناً نسبياً (م ٢١ و ٢٣ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩).

والقانون الإنجليزي يميز بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (void) ويدخل فيه العقد المتعذر، والعقد

الباطل بطلاناً نسبياً (voidable) والعقد غير النافذ (unenforceable). ويريد بالأخير عقد

صحيحاً لا يمكن إثباته طبقاً للقواعد القانونية، كعقد غير مكتوب لا يجوز إثباته بغير الكتابة. مثل

هذا العقد لا يكون باطلاً ولا يجوز طلب إبطاله، ولكن لا تمكن المطالبة بتنفيذه، على أنه إذا نفذ

الملتزم اختياراً فليس له أن يسترد ما دفع. وظاهر أن هذا الفرض هو إحدى حالات الالتزام الطبيعي في

القانونين المصري والفرنسي، ولما كان القانون الإنجليزي لا يعترف بالالتزام الطبيعي كمنظرة عامة، فقا

وضع إحدى حالاته في نظرية البطلان.

أما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص في تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره

ومراتب العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هي العقد الباطل، ثم الفاسد، ثم الموقوف، ثم

النافذ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر. فالعقد الباطل ما ليس مشروعاً أصلاً ولا وصفاً، أي ما كان في ركنه أو في محله خلل، وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في

٣٠٢ - خطة البحث: والآن نستطيع أن نرسم خطة لبحث نظرية البطلان. فالعقد

الباطل والعقد القابل للإبطال يمران بأدوار مختلفة منذ نشأتهما إلى أن يتقرر بطلانهما.

فقد يترتب عليهما بعض الآثار، وقد يرد على العقد القابل للإبطال الإجازة أو التقادم

فينقلب صحيحاً. ولكن في أكثر الأحوال يطلب ذو الشأن تقرير بطلان العقد فيتعذر.

فالأدوار إذن ثلاثة: (١) ترتيب الآثار. (٢) الإجازة والتقدم. (٣) تقرير البطلان.

وتتولى بحث كل من هذه الأدوار.

## المبحث الأول

### الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال

٣٠٣ - الآثار العرضية والآثار الأصلية: العقد الباطل ليس عملاً قانونياً (acte

juridique) إذ هو كعقد لا وجود له، ولكنه عمل مادي (acte matériel) أو واقعة

قانونية (fait juridique). وهو بهذه المشابة قد ينتج أثراً قانونياً، ليس هو الأثر الأصلي

الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقداً، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل

المادي باعتباره واقعة قانونية. على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره

الأصلي باعتباره عقداً، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل، وطوراً وجوب

حماية حسن النية.

والعقد القابل للإبطال إذا تقرّر بطلانه انعدم منذ البداية، وصار هو والعقد الباطل

بمنزلة سواء. فإذا قلنا العقد الباطل، كان المقصود أن يدخل في مضمونه العقد القابل

للإبطال بعد أن يتقرر إبطاله (١).

ونتناول الآن كلا من الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل.

= الأعيان المالية ولا بالقبض. والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، بأن يكون المعقود

عليه أو بدله مجهولاً جهالة فاحشة، أو يكون العقد خالياً من الفائدة، أو يكون مقروناً بشرط من

الشرائط الموجبة لفساد العقد. وهو لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا يقبضه برضاء صاحبه. والعقد

الموقوف هو ما كان العاقد فيه فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه، أو كان صيباً مميّزاً. فلا يظهر

أثر العقد الموقوف ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجاز المالك في الصورة الأولى، والولي أو الوصي في

الصورة الثانية. والعقد النافذ هو ما صدر من ذي أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه. والعقد اللازم

هو ما كان خالياً من خيارات أربعة: خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية. ويستخلص

من ذلك أن قواعد البطلان في الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن قواعد البطلان في

القانون الحديث.

(١) وقد يكون العقد القابل للإبطال قبل أن يتقرر بطلانه منتجا لبعض الآثار كواقعة مادية لا كعقد. فهو

يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية يستند إليه الحائر في التملك بالتقدم الخمسي، بخلاف

العقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك. فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك، وكان البائع قاصراً، صلح

هذا البيع أن يكون سبباً صحيحاً، وتملك المشتري العقار بالتقدم الخمسي. وظاهر أن البيع الصادر من

القاصر غير المالك يعتبر في العلاقة ما بين المشتري والمالك الحقيقي واقعة مادية لا عقداً. وهو لا

يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إبطاله، أما إذا أبطله القاصر أو المشتري فإنه لا يعود صالحاً لأنه يكون =



## المطلب الأول

### الآثار العرضية للعقد الباطل

٣٠٤ - استعراض بعض هذه الآثار: قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتبارها واقعة مادية كما قدمنا. من ذلك الزواج غير الصحيح، فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين، ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب العدة في بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف في الرأي<sup>(١)</sup>. وهذه الآثار لا تترتب على الزواج باعتباره عقداً، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثراً، ولكنها تترتب عليه باعتباره واقعة مادية. فإذا وقع أن رجلاً وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين، فالعدة واجبة على أثر هذا الاتصال الفعلي، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء، والمهر بمثابة تعويض عن الدخول، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية.

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلاً، ولكنه ينتج بعض الآثار. من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف بها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصة، فتكون باطلة وهي مع ذلك تقطع بالتقادم (م ٣٨٣ جديد). ومن ذلك أيضاً العطاء اللاحق في المزايعة يسقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء اللاحق باطلاً (م ٩٩ جديد).

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل أثاراً يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين، إحداهما نظرية تحول العقد. والأخرى نظرية الخطأ عند تكوين العقد. ونقول كلمة موجزة عن كل منهما.

### ١ - نظرية تحول العقد (\*)

(conversion de contrat)

### (ونظرية انتقاص العقد Réduction du contrat)

٣٠٥ - النصوص القانونية: لم يكن القانون القديم يتضمن نصاً يقرر النظرية كمبدأ عام ولكن القضاء كان يطبقها في بعض الحالات. أما القانون الجديد فقد أورد فيها نصاً

= سبباً صحيحاً. ويتصور أن المشتري يبطله إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على القاصر، لاسيما إذا نزلت قيمة العقار عن الثمن وأمكن المشتري أن يرجع بالثمن على القاصر باعتبار أنه قد أقاد منه إفاضة كاملة.

(١) فتح القدير ٥ ص ٣٠ وما بعدها و٤٠ ص وما بعدها.

(\*) بعض المراجع: سالي في إعلان الإرادة م ١٤٠ - فقرة ١ - فقرة ٢٣ - جاييو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٦٧٢ وما بعدها - بران (Perrin) رسالة من ديجون سنة ١٩١١ - بييد لييفر (Picdelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ ص ١١٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي. مقال في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٠٥ - ص ٤٣٢.

صريحاً هو المادة ١٤٤، وهي تجرى على الوجه الآتي:

«إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد<sup>(١)</sup>».

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية، صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة في نص صريح هو المادة ١٤٠<sup>(٢)</sup>. وعلى نهج التقنين الألماني سار القانون المدني الجديد.

٣٠٦ - كيف يتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح: وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل، إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح. وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً.

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح «كمبيالة» لم تستوف الشكل الواجب فتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند عادي صحيح. ومن الأمثلة أيضاً شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له، فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier)، ولكنه يتحول

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول». وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية، وأصبح رقم المادة ١٤٨ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول حذف العبارة الأخيرة من النص، وقيل في الرد على ذلك بأن المقصود بهذه المادة أن نضع للقاضي معياراً لتحقيق العدالة، فنحن لا نلزمه بالبحث عن نية المتعاقدين، ولكننا نطالبه أن يستخلص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد، وهذا التكييف القانوني من القاضي يقع تحت رقابة محكمة النقض على أن يكون مفهوماً أن القاضي يبحث في النية التي كان مفروضاً قيامها قبل النزاع. وانتهت اللجنة إلى الاقتصار على حذف عبارة «لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول» لأنها تزيد لا محل له، ولأن المسألة نيط أمرها بالنية، ولا محل للتقيد بعد ذلك بالعلم أو بأي ظرف آخر مادام الأمر سيرجع في النهاية إلى تقدير القاضي. وأصبح رقم المادة ١٤٤ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٧).

(٢) وقد قضت المادة ١٤٠ من التقنين الألماني بما يأتي: «إذا كان العمل القانوني الباطل يفى بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كان يعلمان بالبطلان». ويجمع هذا النص شروط التحول الثلاثة التي سيأتي ذكرها، وقد أخذ بالإرادة المحتملة، لا بالإرادة الاحتياطية ولا بانعدام الإرادة العكسية على ما سيأتي بيانه (أنظر في هذا الموضوع سالي في إعلان الإرادة م ١٤٠ ص ١٥٨).

إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها. ومن أمثلة التحول كذلك وصية لاحقة لوصية سابقة، فإذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة، ومثل هذا تصرف باطل في شيء كان قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف، فيتحول التصرف الباطل إلى عدول صحيح عن الوصية.

٣٠٧- شروط تحول العقد: ويتبين مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح: (١) بطلان التصرف الأصلي. (٢) وتضمنه لعناصر تصرف آخر. (٣) وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر<sup>(١)</sup>.

فيجب أولاً أن يوجد تصرف أصلي باطل<sup>(١)</sup>. وترتب على هذا الشرط نتيجتان: (١) لو أن التصرف الأصلي كان صحيحاً، فلا يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد تحويل العقد ما يأتي: «استقيمت أحكام المادة ٢٠٣ (م ١٤٤م) من التقنين الألماني أيضاً. بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانتقاص التي تقدمت الإشارة إليها. فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين. بل الواقع أن القاضي يحل نفسه محلها، ويبدلها من عقدهما القديم عقداً جديداً يقيمه لهما. ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للبطلان. فإذا كان صحيحاً فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره. ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعاً في العقد الأصلي الذي قام به سبب من أسباب البطلان، فلا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصلي. ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان. ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست سلطة تحكيمية. فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التعاقد، إلا أنه يسترشد في ذلك بإرادتهما بالذات. وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحدد من إطلاق تقدير القاضي على نحو يتيح تقريب الشقة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونتيجهما الحقيقية. ولعل اعتبار الكمبيوتر التي لا تستوفي ما ينبغي لها من الشروط الشكلية سنداً أدنياً أو مجرد تعاقد مدني من أبرز التطبيقات العملية التي يمكن أن تساق في صدد فكرة التحويل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤).

(١) أ- يشترط لتطبيق نظريتي الانتقاص والتحول المنصوص عليهما في المادتين ١٤٣، ١٤٤ من القانون المدني أن يكون العقد في شق منه أو كله باطلاً أو قابلاً للإبطال، فإذا كان العقد قد علق على شرط لم يتحقق، فإن مؤدى ذلك هو عدم اعمال حكم المادتين المشار إليهما في شأنه.

(جلسة ١٩٦٦/٦/١٤ الطعن ٢٤٣ لسنة ٣١ ق ١٧ ص ١٣٥٩)

ب- ثبوت بطلان عقد ايجار عين النزاع مفروضة لصدوره من أجنبي. طلب استجارتها خالية. اعتداد الحكم المطعون فيه بنص المادتين ١٤٢، ١٤٤ من القانون المدني فتحول العقد الباطل دون اعمال نص المادة ٢٥ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الواجب التطبيق وما يقضى به القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧. خطأ. علة ذلك. تعارض النص الخاص مع النص العام وجوب تطبيق النص الخاص. بطلان التصرف لمخالفته قوانين ايجار الأماكن. وجوب تطبيق حكم المادة ٢٥ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١. عدم جواز التحدي بأحكام المادتين ١٤٢، ١٤٤ من التقنين المدني.

(جلسة ١٩٩٤/٤/١٤ الطعن ٧٤٤٨ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٥ ص ٧٠٩)

=

على التصرف الأول، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر. مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية، ويتبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة، فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة، لأن الهبة وقعت صحيحة، ولا يتحول إلا التصرف الباطل. (٢) يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بأكمله. أما إذا كان جزء منه باطلاً وكان التصرف قابلاً للانتقاص، فلا يكون هناك محل لتحول التصرف، بل لانتقاصه (réduction)، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح. وقد نصت المادة ١٤٣ من القانون المدني الجديد صراحة على هذا الحكم، فقضت بأنه «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله»<sup>(١)</sup>. مثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك، فتقع قسمة الموقوف باطلة، وتبقى قسمة المملوك صحيحة، إلا إذا أثبت من يطعن في القسمة كلها أنها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف. ويتبين من ذلك أن وجود شرط باطل في وصية، يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف، أو يبطل هو وحده

= ج) تحول التصرف الباطل إلى آخر صحيح. شرطه بطلان التصرف الاصلى وأن تتوافر فيه جميع عناصر التصرف الآخر.

(جلسة ١٩٩٤/٤/١٣ الطعن رقم ٢٩١١ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٥ ص ٦٩٤)

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٠٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي: «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للبطلان، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للبطلان». وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية، وأصبح رقم المادة ١٤٧ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت عبارة «أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً» لأن هذه العبارة جاءت على سبيل الإيضاح وهي تقرر نتيجة تستخلص في غير عناء من النص نفسه، وأصبح رقم المادة ١٤٣. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي: «اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ (م ١٤٣م) من التقنينات الجرمانية، ومن بينها التقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري والتقنين البولوني بوجه خاص (أنظر أيضاً المادتين ٣٠٨/٣٢٧ من التقنين التونسي والمراكشي). وهي تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبي على شق منه. فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع، أو أن بيعاً ورد على عدة أشياء وقع التعاقد في غلط جوهرى بشأن شيء منها، ففي كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق أو النسبي من العقد إلا الشق الذي قام به سببه. وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلاناً مطلقاً، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشيء الذي وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً، ويبطل ما بقي من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذي يبطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً لا يتفصل عن جملة التعاقد (قارن المادة ١٣٩ من التقنين الألماني والمادتين ٣٠٨/٣٢٧ من التقنين التونسي والمراكشي، وهي تلقى عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقي من أجزاء العقد). وغني عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٠).

إذا لم يكن هو الدافع، يدخل في نطاق قاعدة انتقاص العقد. ويدخل في نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود علي أن ينقص ما يزيد على هذا الرقم، كعقد بقاء في الشيوخ اتفق على أن تكون مدته أكثر من خمس سنوات فتتقصر المدة إلى خمس (م ٨٣٤ جديد)، أو عقد قرض بفوائد تزيد على ٧ في المائة فتتقصر الفوائد إلى ٧ في المائة (م ٢٢٧ جديد). في مثل هذه الأحوال ينتقص العقد لا يتحول مادام قابلاً للتجزئة. أما إذا لم يكن قابلاً لها فإنه يبطل بأكمله. وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحويله إلى عقد آخر صحيح، كما قد يكون هناك محل في حالة الانتقاص لتحويل الجزء الباطل وحده إلى عقد آخر صحيح. وانتقاص العقد ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، وكان القضاء يأخذ به في ظل القانون القديم (١).

ويجب ثانياً أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد. فإذا احتل هذا الشرط لم يجز التحول. مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض (٢).

ويجب أخيراً أن تتصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي. وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادوا التصرف الآخر إرادة حقيقية، بل

(١) محكمة الزقازيق في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦٥ ص ٢٢٢ - وانظر في موضوع الانتقاص مقالاً للدكتور حلمي بهجت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٠٥ - ص ٤٠٧ - وانظر أيضاً المادة ٢٠ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسري.

(٢) ومن ثم لا يعد تحولا ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدني الجديد. وقد رأينا، تطبيقاً لهذه المادة، أن الشخص الذي اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أثنى يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثنى الذي قصد شراؤه (انظر آنفاً فقرة ١٧٨). وليس في هذا تحول يبيع شيء غير أثنى إلى بيع شيء أثنى، لأن البيع الثاني أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً في البيع الأول، وهو الشيء الأثنى بالذات، فتختلف بذلك شروط من شروط التحول.

ويحسن في هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز ما بين تصحيح العقد وتحويله وإجازته. فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً. فعرض البائع على المشتري أن يعطيه الشيء الأثنى الذي قصد شراؤه في المثل المتقدم يجعل المشتري مرتبطاً بالعقد كما قدمنا، وإدخال هذا العنصر الجديد - الشيء الأثنى - على العقد قد أدى قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً. وفي الاستغلال يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف المستغل دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، فعرض ما يكفي لرفع الغبن هو إدخال عنصر جديد في العقد أدى إلى تصحيحه. وكذلك الحال في تكملة الثمن إلى أربعة أثمان ثمن المثل في بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس. ويعتبر أيضاً تصحيحاً لعقد القسمة إكمال نصيب المتقاسم المغبون ما نقص من حصته إذا لحقه غبن يزيد على الخمس. ومن قبيل تصحيح العقد تخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧٪، وتخفيض الأجل الاتفاقي للبقاء في الشيوخ إلى خمس سنين، وإن كان التصحيح في هاتين الحالتين الأخيرتين قد أتى عن طريق انتقاص العقد =

معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصلي باطل. فأرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصلي، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر (I). ومن هنا نرى أن القاضي قد استخلص من التصرف الباطل - باعتباره واقعة مادية - عناصر تصرف صحيح انصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين، فأقام هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل، وجعل ذلك أثراً عرضياً لهذا (١).

= وهو إجباري بمقتضى القانون لا اختياري بإرادة المتعاقد، ويجرى التصحيح، كما رأينا، بتغيير في عنصر من عناصر العقد: إما بإبداله بعنصر جديد كما في إبدال غير الأثنى بالأثنى، وإما بزيادة فيه كالتكملة في حالتى الاستغلال والغبن، وإما بانتقاص منه كتخفيض الفوائد الاتفاقية. وانتقاص الأجل الاتفاقي للبقاء في الشيوخ. والتصحيح هو مزيج من تصرف إرادي وعمل مادي يصدر، بخلاف الإجازة. من الطرف الذي لم يتقرر بطلان العقد لصالحه. وله أثر رجعي كالإجازة، فيعتبر العقد المصحح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه - وتصحيح العقد غير مراجعة القاضي للعقد. فالتصحيح يكون بمقتضى إرادة المتعاقد أو بمقتضى حكم القانون، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضي. والتصحيح لا يكون إلا في عقد نشأ معيماً منذ البداية، أما مراجعة العقد فقد تكون في عقد نشأ معيماً كإنتقاص الالتزامات في الاستغلال وفي عقود الإذعان، وقد تكون في عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضي للمسائل غير الجوهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدان (م ٩٥ جديد) وإنتقاص الالتزام المرهق في نظرية الحوادث الطارئة.

أما تحويل العقد فهو، كما رأينا، استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أى عنصر جديد، بل تبقى عناصر العقد القديم كما هي، وإنما تكييف تكييفاً قانونياً غير التكييف الأول، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم. وعدم إدخال أى عنصر جديد هو الذي يميز التحول من التصحيح.

وأما إجازة العقد فهي، كما سترى، استبقاء العقد القابل للإبطال بعناصره كما هي، وفي هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح، مع استبقاء العقد المجاز على تكييفه القانوني الأصلي دون أن يكتف تكييفاً جديداً، وفي هذا تتفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول.

(١) أ- المادة ١٤٤ من القانون المدني تشترط لتحويل العقد الباطل أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما في العقد الأصلي من أسباب البطلان. وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا معقب عليها في ذلك متى أقام رأيه على أسباب تسوغه.

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤ الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٥٠ ق ٣٤ ص ١٦٦٤)

(جلسة ١٩٧٠/١١/٢٩ الطعن ٤٦٤ لسنة ٣٥ ق ٣١ ص ٢١٣).

(جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ الطعن ٤٠٧ لسنة ٣٤ ق ١٩ ص ١٤٢٠)

ب- فكرة تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح تفترض قيام العقد الجديد بين نفس المتعاقدين بصفاتها التي اتصفا بها في العقد القديم، فليس في سلطة القاضي إجراء أى تغيير في هذه الصفات لخروج ذلك عن نطاق التحول. لما كان ذلك فإن تحول العقد يكون ممتعاً إذا كان يستلزم ذلك إدخال متعاقد جديد للعقد. وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقصد بتحويل العقد الأصلي الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلاً لغيره إلى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية، فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(١٩٧٠/١١/٢٦ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ٢١ ص ١١٧٦)



## نظرية الخطأ عند تكوين العقد (\*)

(Culpa in contrahendo)

٣٠٨ - كيف يكون هناك خطأ عند تكوين العقد - وما هو جزاء هذا الخطأ: قد يكون العقد باطلاً أو قابل للإبطال، ويكون سبب البطلان آتياً من أحد المتعاقدين، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد، ويطمئن إلى ذلك، وينسى تعامله على هذا الاعتقاد. فإذا تقرر بطلان العقد، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه. فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته، وعلى أي أساس قانوني يكون هذا الرجوع؟

هذا هو وضع المسألة في نظرية الخطأ عند تكوين العقد. ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل. فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسئولية المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته، فكيف إذن يمكن الرجوع عليه؟

ونأتي بأمثلة توضح ما أسلفناه. قد يكون العقد باطلاً لانعدام الرضاء، كشخص يترك خاتمته عند آخر فيوقع هذا به عقداً يطمئن إليه الطرف الآخر، وكمدبر شركة يصدر سندات غير صحيحة يطمئن إليها من يشتريها، وكالموجب يعدل عن إيجابه قبل أن يتلقى بالقبول ولكن المتعاقد الآخر يطمئن إلى أن العقد قد تم. وقد يرجع سبب البطلان للمحل

(١) ويرر ذلك أن التصرف الصحيح قد قام على الغاية التي قصد إليها المتعاقدان (volonté téléologique) كما يقول سالي. فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها، وقد اختار لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه. فإن كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى الغاية ذاتها، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح يؤدي إلى الغاية العملية التي قصدها. فالعبرة إذن بالغاية العملية، لا بالإرادة القانونية.

هذا وهناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشترط في التحول أن تصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذي تحول إليه التصرف الباطل. فلا تكفي الإرادة المحتملة. بل يجب أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلي فتصرف إرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقيق هذا الاحتمال. والإرادة الاحتياطية هي كما نرى إرادة حقيقية. ويكون المتعاقدان قد أرادوا تصرفاً باطلاً في الأصل، وأرادوا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط، فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا على إرادة محتملة.

وعلى النقيض من ذلك يوجد من أنصار نظرية الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لا إرادة احتياطية ولا إرادة محتملة، بل يكفي بانعدام الإرادة العكسية. فيتحول العقد ما لم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول.

(\*) بعض المراجع: إهرنج: أعماله المختارة جزء ٢ ص ١ ص ١٠٠ - سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٥٣ - فقرة ١٦١ - سالي في إعلان الإرادة م ١٢٢ فقرة ١ - فقرة ٦ وم ١٤١. فقرة ٥٤ - فقرة ٦٠ - روبييه رسالته في المسئولية السابقة على التعاقد - لجر (Legros) في المسئولية عند بطلان العقد ديجون سنة ١٩٠٠ - رو (Roux) في التعويض عن بطلان العقد باريس سنة ١٩٠١ - هلسنراد في الالتزامات التي تنشأ عند إعداد العقد باريس سنة ١٩٢٢ - الدكتور جلي بهجت بدوى مقاله في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٨٤ - ص ٤٠٥.

أو السبب، كأن يبيع شخص شيئاً غير موجود أو لم تتوافر فيه شروط المحل، وكان يلتزم البائع لسبب غير مشروع، ولكن المشتري لا يعلم سبب البطلان ويطمئن إلى قيام العقد. وقد يكون العقد قابلاً للإبطال، كأن يتقدم قاصر إلى التعاقد ويطمئن من يتعاقد معه إلى صحة العقد، وكأن يقع أحد المتعاقدين في غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر بل يطمئن إلى أن التعاقد صحيح، وكمن يشتري من غير المالك معتقداً أنه المالك.

ومن هذه الأمثلة ما عالجه القانون بنصوص خاصة. فالموجب الذي يعدل عن إيجابه إذا وصل عدوله إلى الطرف الآخر بعد وصول الإيجاب لم يعتد بالعدول (م ٩١ جديد). ولا يعتد بعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك كما أسلفنا. ويلزم ناقص الأهلية بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (م ١١٩ جديد). وإذا شاب التعاقد غلط لم يشترك فيه الطرف الآخر ولم يعلم به، فالغلط لا يؤثر في صحة العقد (م ١٢٠ جديد). وإذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ جديد).

ولكن في غير الأمثلة التي ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيري، رجوع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذي أتى من جهته سبب البطلان. ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً، لا على أساس أنه عقد، بل على أساس أنه واقعة مادية.

٣٠٩ - نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد: على أن إهرنج (Ihering) الفقيه الألماني المعروف واجه هذا القرض في صورته المتعددة، فوضع له نظرية معروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in contrahendo). ودعا إلى ذلك أن القانون الروماني كان في ألمانيا هو القانون المعمول به في عهده. ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسئولية مدنية، بل كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون أكيليا (Aquilina) المعروف. فلم يستطع إهرنج أن يقرر أن العقد الباطل كواقعة مادية، يعتبر خطأ يوجب التعويض. ولكنه نقب في نصوص القانون الروماني فعرى على بعض النصوص التي تقضي برجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بحقتضى دعوى العقد ذاتها<sup>(١)</sup>. واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية. ولم يرد الاقتصار على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني، بل رسم مبدأ عاماً يقضى بأن كل متعاقد تسبب، ولو بحسن نية، في إيجاد مظهر تعاقدى اطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر، يلتزم

(١) إهرنج: أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٠ وما بعدها.

بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعرض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد، بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير إليها لو لم يتعاقد<sup>(١)</sup>.

وتتميز نظرية إهرنج هذه بأن كلا من المقومات الثلاثة للمسئولية - الخطأ والعقد والتعويض - يتلون فيها بلون خاص.

أما الخطأ فينحصر في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد، وكان واجباً عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب توجب بطلان العقد، على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان، فإنه يبقى أن ضرراً قد وقع، وأن من العدل أن يتحملة هو وقد وجد سبب البطلان في جانبه، لا أن يتحملة المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب. فوجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأ (culpa) يوجب التعويض.

وأما العقد الذي أحل به المتعاقد المسئول فقد كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد. ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمنى لهذا التعهد، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين. ولكن إهرنج يصطدم هنا أيضاً بقواعد القانون الروماني، فهذه القواعد ضيقة في العقد كما هي ضيقة في الخطأ. وليس كل إيجاب وقبول في القانون الروماني يعتبر عقداً. لذلك لا يقيم إهرنج مسئولية المتعاقد على عقد الضمان هذا، إذ هو لا يعتبر عقداً كما قدمنا، بل يقيمها على العقد الباطل ذاته، ولكن لا كواقعة مادية فليس كل عمل ضار يعتبر خطأ في القانون الروماني، بل كعقد حيث تسعفه مجموعة من النصوص استخلص منها إهرنج قاعدة عامة كما أسلفنا. فإذا قيل إن العقد باطل فرضاً فكيف ينتج أثراً، أجاب إهرنج بأنه لا يجوز أن يجرد العقد الباطل من كل آثاره، وإذا نقص العقد ركن أو شرط فأصبح باطلاً، كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط. واستشهد إهرنج على صحة هذا الرأي بتطبيقات مختلفة في القانون الروماني<sup>(٢)</sup>. وهذا رأي يقرب كثيراً من نظرية تنوع مراتب البطلان التي سبقت

الإشارة إليها. ونرى من ذلك أن إهرنج يرتب على العقد الباطل أثراً أصلياً، لا باعتباره واقعة مادية، بل على أساس أنه عقد. وهذه الخصيصة هي أبرز خصائص نظريته.

وأما التعويض فلونه الخاص في نظرية إهرنج هو ألا يكون تعويضاً كاملاً كما في التعويض عن عقد صحيح. فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية (intérêt positif- Erfüllungs Interesse). أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية (intérêt négatif- negative Vertrags Interesse). ويأتي

إهرنج بمثل يبين الفرق بين التعويضين: شخص احتجز غرفة في فندق وتخلف عن الحضور. فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولاً عن تعويض المصلحة الإيجابية، أي عن الضرر الذي أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد، فيدفع أجر الغرفة. أما إذا كان العقد باطلاً ومع ذلك اطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التي كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد. ويرتب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محتجزة. وقد رأينا في الحالة الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد. - ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الإيجابية. ويضرب إهرنج لذلك مثلاً: تاجر باع عشرة صناديق من «السجاير»، وكان العقد صحيحاً ولكن المشتري لم ينفذه، فللبائع أن يطلب تعويضاً عن المصلحة الإيجابية، أي الربح الذي كان يجنيه من الصفقة والخسارة التي لحقت من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات في إرسال الصناديق واستردادها. أما إذا كان العقد باطلاً، بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلاً ولكن وقع خطأ مادي في الرسالة جعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق، فإن التعويض الذي يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التي كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد. فيرجع بتنفقات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذي كان يربحه لو تمت الصفقة. فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية. - وقد يكون مساوياً له، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية ينطوي هو أيضاً على عنصرين: الخسارة التي لحقت الدائن والمكسب الذي فاته. فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة بالثمن ذاته وامتنع عن إتمامها ظناً منه أن الصفقة الأولى قد تمت، ففي هذه الحالة يرجع أيضاً بالمكسب الذي فاته إلى المصروفات التي أنفقها، فيستوى التعويضان - وإذا فرض أن الصفقة التي امتنع عن إتمامها كانت تدر عليه ربحاً أكثر من ربح الصفقة الأولى ولكنه رفضها احتراماً لتعاقد الأول، فإن التعويض عن المصلحة السلبية يكون في هذه الحالة أكبر من التعويض عن المصلحة الإيجابية. ولكن الظاهر أن الدائن إذا تقاضى تعويضاً عن المصلحة السلبية، فلا يصح أن يجاوز هذا التعويض حدود التعويض عن المصلحة الإيجابية، وإلا استفاد دون حق من بطلان العقد. - على أن التعويض عن المصلحة السلبية

(١) وقد ضرب إهرنج لذلك مثلاً: متجر في مدينة كولونيا أبقى إلى مصرف في مدينة فرانكفورت أن يبيع لحسابه عدداً معيناً من السندات. ولكن لفظ «يبيع» بالألمانية (verkaufen) وقع فيه خطأ مادي، وحذف منه المقطع الأول (ver) فأصبح (kaufen)، وهذا اللفظ معناه «يشترى». فكان من ذلك أن اشترى المصرف لعميله بدلاً من أن يبيع. ونزل سعر السندات بعد ذلك، فبلغت الخسارة مبلغاً جسيماً (إهرنج: أعماله المختارة الترجمة الفرنسية جزء ٢ ص ٧-٨).

(٢) إهرنج: أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ٢٨ - ص ٣٠.

قد يكون في بعض الفروض منعدماً، ففي المثال الذي نحن بصدده إذا فرض أن التاجر تبين بطلان العقد قبل أن يرسل الصناديق إلى المشتري وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى، فإنه لا يتقاضى تعويضاً ما، إذ لم يفته مكسب ولم يتكبد خسارة<sup>(١)</sup>.

٣١٠ - أثر نظرية إهرنج في القوانين الحديثة: وقد تأثرت بعض القوانين الحديثة بنظرية إهرنج سالفة الذكر. وتتعبق هذا الأثر في القانون الألماني بنوع خاص. ثم نرى إلى أي حد أخذ بالنظرية كل من القانون الفرنسي والقانون المصري القديم والقانون المصري الجديد.

أما في القانون الألماني فقد أخذ المشرع بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، ولكن لا كبنظرية عامة، بل في مواطن متفرقة. فنص في المادة ١٢٢ على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلاً وفقاً للمادة ١١٨ (إرادة غير جديّة)، أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين ١١٩ (الغلط) و ١٢٠ (الخطأ في نقل الإرادة)، فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين أن يعرض هذا الشخص، وإذا لم تكن موجهة لشخص ما أن يعرض أي شخص، عن الضرر الذي أصابه لاعتقاده صحة الإرادة، دون أن يجاوز مقدار التعويض حد ماله من المصلحة في أن تكون الإرادة صحيحة. وينقطع الالتزام بالتعويض إذا كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب البطلان أو القابلية للإبطال. وهذا النص تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد في فروض معينة: فرض الإرادة غير الجديّة وفروض الغلط. ونصت المادة ٣٠٧ من القانون الألماني على أن الطرف الذي يعلم، أو يجب ضرورة أن يعلم، عند إتمام عقد يرمى إلى عمل مستحيل، باستحالة هذا العمل، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد، دون أن يجاوز مبلغ التعويض حد المصلحة التي لهذا الطرف في صحة العقد. على أنه لا محل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم، أو يجب ضرورة أن يعلم، بهذه الاستحالة. وهذا النص تطبيق آخر للنظرية في فرض بطلان العقد لاستحالة المحل، ويتميز بأنه يشترط فيه خطأ في جانب الطرف المسئول، فهو إما أن يكون غالباً باستحالة تنفيذ العقد وفي هذه الحالة يكون سعي النية، وإما أن يكون في استطاعته أن يعلم بهذه الاستحالة وفي هذه الحالة يكون مقصراً، فهو مخطن في الحالتين ومسئوليته مبنية على هذا الخطأ. ونلاحظ أن القانون الألماني إذا كان قد أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد في الفروض التي قدمناها، فإنه لم يبين المسؤولية على خطأ عقدي كما فعل إهرنج، فقد جعل المسؤولية تقصيرية في الفرض الأخير كما رأينا، وجعلها مسئولية مادية في الفرض الأول.

أما في القانون الفرنسي فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد. واستند سالي في ذلك إلى نص المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسي، وهو يقضي بأن يبيع الغير باطل ويترتب عليه الحكم بالتعويض إذا كان المشتري يجهل أن الشيء مملوك للغير. فمصدر التعويض في هذه الحالة، في نظر سالي، لا يمكن أن يكون خطأ من

(١) إهرنج: أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٨ - ص ٢٢.

البائع فقد يكون حسن النية، وإنما هو عقد ضمان يستخلص من ظروف التعاقد، إذ أن البائع بإقدامه على البيع يكون قد تعهد ضمناً بكفالة صحة العقد<sup>(١)</sup>. على أن جمهرة الفقهاء الفرنسيين لا تأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، وترى في حالة ما إذا كان العقد باطلاً أن من أتى سبب البطلان من جهته لا يكون مسئولاً إلا إذا ثبت خطأ في جانبه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(٢)</sup>.

والقانون المصري القديم كالقانون الفرنسي لم يؤخذ فيه بنظرية الخطأ عند تكوين العقد<sup>(٣)</sup>.

وكذلك هو الأمر في القانون الجديد. بل إن المشرع التمهيدى لهذا القانون كان قد تضمن نصاً يقرر هذه النظرية، فحذف النص في المشروع النهائي «لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها»<sup>(٤)</sup>. وإذا كانت الفقرة الأولى في المادة ١٤٢ من القانون الجديد تنص على أنه «في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد»، فليس المقصود من هذا كما سنرى التعويض عن المصلحة السلبية المعروفة في نظرية الخطأ في تكوين العقد، بل أن يرد كل من المتعاقدين ما تسلمه من الآخر، دون تعويض عن أية مصلحة إيجابية أو سلبية، إلا إذا ثبت في جانب المسئول خطأ تقصيري، وإذا تعذر الرد حكم بتعويض متبادل. وإذا كانت المادة ١١٩ تنص على أنه «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته». فالتعويض هنا كما هو ظاهر، مبنى على أساس المسؤولية التقصيرية، وهي ترجع إلى الطرق الاحتياطية التي استعمالها القاصر، بحيث لو لم يستعملها لما أُلزم بتعويض لا عن مصلحة إيجابية ولا عن مصلحة سلبية. وإذا كانت المادة ٤٦٨ في بيع ملك الغير قد نصت على أنه «إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو

(١) سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٦١ - أنظر أيضاً في هذا المعنى بتوسع كبير بودري وباردا فقرة ٣٦٢.

(٢) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٣١ وفقرة ٣٢٤ - ومع ذلك أنظر فقرة ١٨٩. مازو فقرة ١١٦ - ١٢١ - هلسنراد ص ٧٥ وص ١٨٩ - ص ١٩٠.

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٩٢.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ في الهامش - وكانت المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتي: ١٥ - إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للبطلان، فعلى الطرف الذي يتمسك بالبطلان أن يعرض الطرف الآخر عن الضرر الذي لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد، دون أن يجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التي كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحاً. ٢ - على أنه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد في وقوع هذا البطلان، أو كان يعلم بسببه، أو ينبغي أن يعلم به. وقد اقترح في لجنة المراجعة حذف النص لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها، فوافقت اللجنة على ذلك. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣ في الهامش).



## المطلب الثاني

### الآثار الأصلية للعقد الباطل

٣١٢- لأي غرض يرتب العقد الباطل آثاره الأصلية: قد يرتب القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية، لا باعتباره واقعة مادية كما هو الأمر في الآثار العرضية، بل باعتباره عقداً، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء. وفي هذا خروج صريح على القواعد العامة، يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر (apparence) لاسيما إذا اصطحب بحسن النية (bonne foi)، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل.

فالظاهر المستقر الذي اطمأنت إليه الناس في تعاملهم يبقى في حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها. هذا الأصل الجوهري من أصول القانون، الذي تندرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية في مختلف تطبيقاتها، يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً.

٣١٣- أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية: ونورد بعض الأمثلة على ما قدمناه. فمن ذلك الشركة التجارية التي لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً، فإنها تقع باطلة. ومع هذا فقد قضت المادة ٥٤ من قانون التجارة بأنه إذا قضى ببطلان الشركة، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل طلب البطلان تجرى وفقاً لشروط الشركة التي قضى بطلانها. وهذا الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً. ووجه ذلك أن الشركة التي قضى بطلانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية (société de fait)، تنتج الآثار التي تنتجها الشركة الصحيحة، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً، ويجوز للشركاء الربح ويتحملون الخسارة، ويقتسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها في العقد الباطل.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من القانون الجديد من أنه يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن. ويتبين من هذا النص أن عقد الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون - إذ أن سند ملكيته قد أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأي سبب - يبقى بالرغم من بطلانه مرتباً عليه آثاره الأصلية، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن.

= يطالب بالتعويض إثبات أن العقد الباطل قد استكمل عناصر الخطأ، لأن الخطأ واجب الإثبات هنا. ويجب أيضاً أن يلاحظ أن الخطأ التقصيري يختلف عن الخطأ العقدي في الأهلية وفي مدى التعويض وفي الإعذار وفي التضامن وفي الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية، وسيأتي بيان هذا كله عند الكلام في المسؤولية التقصيرية.

كان البائع حسن النية، فذلك لأن المشرع قد اعتبر أن بيع الشخص لشيء غير مملوك يعتبر في ذاته خطأ تقصيرياً يوجب التعويض، ولو كان هذا الشخص حسن النية.

٣١١- رفض نظرية إهرنج والرجوع إلى فكرة الخطأ التقصيري دون الخطأ العقدي والواقع من الأمر أن نظرية إهرنج كانت من نظريات الضرورة، قال بها اضطراراً لما ضا القانون الروماني عن أن يتسع لحاجات التعامل، فوسّع من فكرة الخطأ ومن فكرة العت كما رأينا. أما الآن فنحن في سعة من أمرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الروماني وأصبح كل خطأ موجباً للمسئولية أياً كان هذا الخطأ. فإذا ثبت في جانب من أتى سبب البطلان من جهته تقصير كان مسؤولاً، ولن نحار في تكييف هذه المسئولية، فهي مسئلة تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت.

على أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية غير صحيحة. فهي بين أمرين. إما أن تجعل قيام سبب البطلان في جانب المتعاقد خطأ حتماً، وقد يكون هذا المتعاقد يجهل ك الجهل سبب البطلان ولم يرتكب أي تقصير في ذلك، فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحم التبعة منه إلى الخطأ التقصيري. وإما أن تفرض عقداً ضمناً بكفالة المتعاقد، ونحن إن تناول هذا العقد ونفسر عليه المتعاقد قسراً ولا نتمشى في ذلك مع نيته الحقيقية. على أن هذا العقد الضمني لا يستقيم لنا في كل الأحوال. فلو أن سبب البطلان كان القصد أ يكون القاصر، وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذي تقرر إبطاله لنقص أهليته، ملتزماً بالغة الضمني الذي يكفل به صحة التعاقد! وأين نقص الأهلية! ألا يؤثر في العقد الضمني ك أثر في العقد الصريح! وقل مثل ذلك في حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة، فمن ك هازلاً في العقد الصريح ألا يكون أكثر هزلاً في العقد الضمني! ثم إن التعويض المصلحة السلبية دون المصلحة الإيجابية ينطوي على شيء من التحكم قد يصعب تبريره في بعض الحالات. كذلك الباقي من المقومات الثلاثة للنظرية - الخطأ والعقد - في ك منهما انحراف غير مستساخ عن القواعد العامة، وهو انحراف لم نعد الضرورة تبرر والقانون الألماني ذاته لم يأخذ، كما رأينا، بالنظرية كقاعدة عامة، بل قصر النص فيها على حالات معينة، وهو في هذه الحالات حاد عن النظرية في الصميم منها، فلم يجع المسئولية العقدية، بل جعلها تقوم تارة على تحمل التبعة وطوراً على التقصير، وقد قد بيان ذلك.

فالأولى إذن الرجوع على فكرة المسئولية التقصيرية في الخطأ عند تكوين العقد واعتبار العقد الباطل واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض ويكون العقد الباطل، في هذه الحالة أيضاً، قد أنتج أثراً عرضياً، لا باعتباره عقداً، باعتباره واقعة مادية<sup>(١)</sup>.

(١) قارن الدكتور حلمي بهجت بدوى في أصول الالتزامات فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٩ - ولا يغيب البال أننا، وقد جعلنا المسئولية تقصيرية، نوجب الأخذ بقواعد هذه المسئولية. فيجب على من

وشبيه بذلك المالك إذا فسخ سند ملكيته، فإن أعمال الإدارة التي صدرت منه قبل الفسخ، وبخاصة عقود الإيجار التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات، تبقى قائمة بالرغم من فسخ سند الملكية بأثر رجعي، وذلك حماية لاستقرار التعامل في أعمال الإدارة.

ويتصل بذلك العقد الصوري، وهو عقد لا وجود له، ومع ذلك يقوم بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه. وكالعقد الصوري تصرفات الوارث الظاهر، فإنها تبقى رعاية لاستقرار التعامل. وهناك تطبيقات أخرى كثيرة للمبدأ القاضي بأن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون (error communis facit jus).

## المبحث الثاني

### الإجازة والتقدم

٣١٤ - مقارنة بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال من حيث الإجازة والتقدم: العقد الباطل لا وجود له منذ البداية، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة أو أن يتقدم الدفع ببطلانه. أما العقد القابل للإبطال فهو في مرحلته الأولى، كما رأينا، يرتب جميع آثاره كالعقد الصحيح، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله. ويزول هذا الحق بالنزول عنه، وهذه هي الإجازة، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل، وهذا هو التقدم. فالعقد القابل للإبطال إذن، خلافاً للعقد الباطل، تلحقه الإجازة ويرد عليه التقدم (١).

## المطلب الأول

### الإجازة (Confirmation)

#### ١ - العقد الباطل

٣١٥ - العقد الباطل لا تلحقه الإجازة: نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «وتظهر أهمية التفريق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من وجوه: ..... (ب) ومادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة. ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان، فهي تصحح بالإجازة، ولو كانت ضمنية، بشرط أن تتوافر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقد القاصر سن الرشد وقت الإجازة مثلاً) وأن تكون الإجازة ذاتها منزهة عن العيب، إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها باعتبارها تصرفاً قانونياً. وإذا كان أثر الإجازة يستند، أو ينعطف على الماضي، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير. فلا تضر الإجازة مثلاً من يشتري عقاراً كان قد سبق للمالك بيعه، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع. ولما كان التدليس والإكراه من قبيل الأفعال الضارة التي تلحق بها صفة التقصير المدني، فيظل مرتكبها مسؤولاً عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة، رغم إجازة العاقد الآخر للتعاقد، ما لم تنطو الإجازة على إسقاط هذه المسؤولية. (ج) ومادام العقد المطلق البطلان معدوماً، أو غير موجود، فلا يتصور أن يرد عليه بالتقدم. وعلى النقيض من ذلك ينعدم البطلان النسبي بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء العقد، أو بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ زوال نقص الأهلية أو تبين الغلط أو التدليس أو انقطاع سلطان الإكراه». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧).

القانون الجديد على أنه «إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة» (١).

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم، والعدم لا يصير وجوداً ولو أجزى (١). وإذا كانت المادة ٤٨٩ من القانون الجديد قد نصت على أن «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه»، فإن ذلك يحمل على أن القانون هو الذي يعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قدمنا، فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعيب في الشكل قابلاً لأن تلحقه الإجازة. أو يقال إن الهبة الباطلة من ناحية الشكل يتخلف عنها، بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته، التزام طبيعي، إذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هذا وفاء لا يسترد طبقاً لقواعد الالتزام الطبيعي (٢).

٣١٦ - ولكن يجوز عمله من جديد: وإذا كان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة، فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد. وهناك فرق بين الإجازة (confirmation) وعمل العقد من جديد (refection) (٣). فالإجازة، كما سنرى، عمل قانوني صادر من جانب واحد هو المحيز، ولها أثر رجعي يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز. أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد، ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل. ولذلك يجب توافر الأهلية في كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد، ويكتفى بتوافرها في المحيز وقت الإجازة.

### ٢ - العقد القابل للإبطال

٣١٧ - العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة: نصت المادة ١٣٩ من القانون الجديد على ما يأتي:

- (١) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ٣١٩ في الهامش).
- (٢) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الهبة الباطلة شكلاً ليست مجردة من كل الآثار القانونية، إذ ينشأ عنها التزام أدبي في ذمة الواهب، بمعنى أنه إذا أوفاه لا يستطيع استرداده، وبمعنى أنه ينقلب التزاماً مدنياً إذا حصل استبداله (٣٠ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ ص ٦٥٣).
- (٣) كما يوجد فرق بين هذين وبين إقرار العقد (ratification). فأقرار العقد عمل قانوني صادر من جانب المقر، وهو من الغير، فيجعل العقد بهذا الإقرار سارياً في حقه، كذلك يقر بيع الغير للملكه، وكالموكل يقر عقداً أبرمه الوكيل مجاوزاً فيه حدود الوكالة.
- (١) مؤدى البطلان المطلق للعقد أن يصبح معدوماً فلا ترد عليه الإجازة أو التصحيح فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر بان اعتبار القرار اللاحق باعتماد التقسيم يزيل البطلان الذي شاب العقد ويصحح ويرتب على ذلك قضاءه بصحة العقد يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.
- (جلسة ١٩٩٤/١/١٣ الطعن رقم ٢٤٠٦ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٥ ص ١٤٧)
- (جلسة ١٩٧٧/١/١٩ السنة ٢٨ ص ٢٦١)
- (جلسة ١٩٦٧/٤/١٧ السنة ١٨ ص ٩١٨)
- (جلسة ١٩٥٧/٧/٣١ الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٢٢ ق ص ٨ ص ٢٤١)

١- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية.

٢- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير (١).  
وقد قدمنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال لأن له وجوداً قانونياً مادام بطلانه لا يتقرر، وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال، فإذا لحقته الإجازة استقر.

والإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد، فلا حاجة لاقتراح قبول بها، ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر (٢).

والذي يجيز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطلان (١). فناقص الأهلية ومن شاب رضائه عيب هما اللذان تصدر منهما الإجازة. وهذا ما يقضى به المنطق القانوني، لأن الإجازة تزول عن التمسك بالبطلان، ولا ينزل عن الحق إلا من يملكه (٣) ويجب في المميز وقت الإجازة أن يكون كامل الأهلية بالنسبة إلى العقد الذي يجيزه، وألا

تشوب الإجازة - وهي عمل قانوني كما قدمنا - عيب من عيوب الإرادة، غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال. ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجل البطلان. فناقص الأهلية لا يستطيع إجازة العقد مادام ناقص الأهلية، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك. ومن شاب رضائه عيب لا تكون إجازته صحيحة مادام تحت تأثير هذا العيب، حتى إذا انكشف الغلط أو افتضح التدليس أو ارتفع الإكراه صحت الإجازة بعد ذلك.

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية (١). ولا يشترط في الإجازة الصريحة أن تشتمل على بيانات معينة (قارن م ١٣٣٨ من القانون المدني الفرنسي)، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح، بشرط أن تكون نية المميز في الإجازة واضحة (١). والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان (٢)، أو بإتيانه عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان (٣)، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد كما إذا اشترى قاصر عيناً وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكاً وهو عالم بأن له حق إبطال العقد الذي اشترى به العين (٤). وعقب إثبات الإجازة يقع على عاتق الطرف الآخر

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٩٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: ١٥- العقد الباطل بطلاناً نسبياً تصححه الإجازة الصريحة كما تصححه الإجازة الضمنية. وتتحقق الإجازة على الأخص إذا نفذ العقد مختاراً من له الحق في طلب البطلان وهو عالم بذلك. ويشترط لإجازة العقد أن تتوافر فيه وقت الإجازة الشروط اللازمة لصحته، وأن تكون الإجازة ذاتها خالية من كل عيب. ٢- وتنسحب الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير. وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً. وأصبح رقم المادة ١٤٣ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تقرر أن تكون الفقرة الأولى من المادة كما يأتي: «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية» مع حذف بقية الفقرة لأن في القواعد العامة ما يعني عن إيرادها. ثم إنتقلت اللجنة إلى الفقرة الثانية من المادة فتساءل الرئيس كيف تحل الإجازة بحقوق الغير، فأجيب بأن ذلك يتحقق مثلاً في حالة شخص باع منزله مرتين وكان البيع الأول قابلاً للإبطال، فرأى البائع إجازة هذا العقد، فالمشتري الثاني يجب حمايته لأن التصرف الثاني يعتبر بمثابة تنازل عن حق الإجازة، ولذلك يجب عدم نفاذ الإجازة في حق المشتري الثاني. وبعد مناقشة طويلة انتهى رأى اللجنة إلى استبقاء الفقرة الثانية متضمنة عبارة «دون إخلال بحقوق الغير»، وأقرت اللجنة النص في النهاية على الوجه الوارد في القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٣٩ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٠ - ص ٢٤٦).

(٢) استئناف مختلط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥.

(٣) وشذ بيع ملك الغير، إذ يجوز فيه أن تصدر الإجازة من المالك الحقيقي مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان. ويفسر هذا علة البطلان في بيع ملك الغير، وهي ترجع إلى أن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري، فإذا أجاز المالك الحقيقي العقد لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية، فتنتفي علة البطلان، فيزول.

(٤) الإجازة التي تصحح العقد القابل للإبطال هي التي تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد وأن يكون قاصداً أجازته.

(جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦ الطعن ٣٦ لسنة ٢١ ق ٥ ص ٢٠٢)

(جلسة ١٩٥٥/٢/١١ الطعن ١٩٧ لسنة ١٨ ق)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ لسنة ٢٤ ص ٥٧٧)

(١) استئناف مختلط في ١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٧ - وفي ٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٦١ - والتون ١ ص ١٤٩.

(٢) استئناف مختلط في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ - وفي ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣١.

(٣) كينائه على الأرض التي اشتراها. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن استيلاء الشريك على الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بعد القسمة وقيامه فيه بالأعمال التي يقوم بها المالك في ملكه بعد أن كشف العيب الذي شاب عقد القسمة يعتبر إجازة ضمنية للعقد (٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧) - كذلك يعد إجازة ضمنية للقسمة استيلاء القاصر بعد بلوغه من الرشد على ربع الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه في قسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية وقت أن كان قاصراً، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال.

(٤) إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية استخلاصاً سائفاً من وقائع الدعوى ومستنداتها، إجازة الطاعنة لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها من الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن أصل التملك يرجع إلى عقد القسمة المذكور. (جلسة ١٩٦٢/٥/٣ السنة ١٣ ص ٥٩٥)

(٤) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٥.

وتصرف البائع في الثمن إجازة ضمنية لبيع قابل للإبطال (استئناف مختلط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥). وسماح القاصر بعد بلوغه من الرشد لوكيله بالاستمرار في الإدارة إجازة ضمنية لعقد الوكالة (استئناف مختلط في ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤).

وانضمام القاصر بعد بلوغه من الرشد لأبيه في طلب قسمة عقار مشترك بينهما إجازة ضمنية لقسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية قبل بلوغ القاصر من الرشد (استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٥). واستتجار القاصر بعد بلوغه من الرشد للعقار الذي باعه =



## المطلب الثاني التقادم ١ - العقد الباطل

٣١٩- دعوى البطلان تسقط بالتقادم: نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من القانون الجديد على ما يأتي: «تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد»<sup>(١)</sup>.

وكان المنطق يقضي بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم. لأن العقد الباطل معدوم، والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد. وقد كان هذا رأينا في عهد القانون القديم<sup>(٢)</sup>. ولكن القانون الجديد، تمثيلاً مع محكمة النقض الفرنسية<sup>(٣)</sup> ومع بعض الفقهاء الفرنسيين<sup>(٤)</sup>، قرر أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت العقد<sup>(٥)</sup>. وكان المشروع التمهيدي للقانون الجديد (م ١٩٤) يقضي بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم، فعكس المشروع النهائي الحكم، وانتقل الحكم معكوساً إلى القانون الجديد على النحو المبين في الأعمال التحضيرية<sup>(٦)</sup>.

(١) تاريخ النص: (المادة ١٤١ بفقرتها): ورد هذا النص في المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «للمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة، كما أن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، وهذا البطلان لا تلحقه الإجازة ولا يزول بالتقادم». وفي لجنة المراجعة عدل صدر المادة واستعملت عبارة «كل ذي مصلحة» لأنها أكثر شمولاً من التعبير الوارد في النص الأصلي. وطرح مسألة زوال البطلان بالتقادم، وبعد المناقشة والرجوع إلى الاستفتاءات قررت اللجنة أن تسقط دعوى البطلان بالتقادم، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط. مثال ذلك هبة باطلة شكلاً إذا لم يسلم الواهب الشيء الموهوب، ومضى على الهبة أكثر من ١٥ سنة، ورفع الموهوب له دعوى يطالب بالموهوب بمقتضى عقد الهبة الباطل، فللواهب أن يدفع بالبطلان حتى بعد مرور ١٥ سنة. أما إذا كان الواهب في هذا المثال قد سلم الهبة للموهوب له بعد سنتين مثلاً من وقت العقد، ثم انقضت ١٣ سنة من وقت التسليم، وأراد الواهب أن يرفع دعوى ببطلان الهبة، فلا يجوز له ذلك، لأن دعوى البطلان تكون قد سقطت بمضى ١٥ سنة من وقت الهبة. ويلاحظ أن التقادم هنا هو التقادم المسقط، لا التقادم المكسب الذي يقتضي أن الموهوب له بعد تسليم الهبة يضع يده عليها خمس عشرة سنة. وأقرت لجنة المراجعة نص المادة بعد إضافة فقرة ثانية على النحو الآتي: «وتسقط دعوى البطلان بمضى خمسة عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به»، وأصبح رقم المادة ١٤٥ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص بعد تعديلات. وحذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «دون الدفع به» من الفقرة الثانية لأن من المتفق عليه أن الدفع لا يتقادم. وأصبح رقم المادة ١٤١. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ - ص ٢٥٣).

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٥.

(٣) نقض فرنسي في ٥ مايو سنة ١٨٧٩ دالوز ١٨٨٠ - ١ - ١٤٥.

(٤) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣١٠.

(٥) أنظر أيضاً في هذا المعنى الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ١٦١.

(٦) أنظر تاريخ نص المادة ١٤١ والأعمال التحضيرية الخاصة بها، وقد سبق ذكرها في هامش هذه الفقرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ - ص ٢٥٣).

غير المحيز، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يشبها بجميع الطرق ولو بالبينة أو بالقرائن<sup>(١)</sup> (١).

٣١٨- أثر الإجازة: وإذا أجزى العقد القابل للإبطال، زال حق المتعاقد في التمسك بإبطال العقد، واستقر وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال. وهذا معناه أن العقد ينقلب صحيحاً بوجه بات. ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة، لأن للإجازة أثراً رجعياً. ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء موضوع العقد. فلو أن قاصراً باع عيناً، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرتهن، وتنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن<sup>(٢)</sup>.

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة. فإن كانت هناك عيوب أخرى بقي باب الطعن مفتوحاً من أجلها. ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعاً في غلط، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية، بقي له الحق في إبطال العقد للغلط.

= وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع. (استئناف وطني في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٣ ص ١٢٣) - ولا يعتبر تنفيذ الالتزام مع التحفظ الصريح إجازة ضمنية (استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤٥) - ومجرد السكوت عن طلب البطلان لا يعتبر إجازة مهما طالت المدة، إلا إذا سقط الحق بالتقادم (استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٢)، ما لم يفهم من هذا السكوت أن المتعهد قد نزل عن طلب البطلان (بني سويف الجزئية في ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ١٣٣) - ولا يعتبر إجازة ضمنية أن يدفع المتعاقد بوجه من وجوه البطلان ويترك الوجوه الأخرى (استئناف مختلط في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨٥) ولا دخول المتعاقد في مفاوضات للصلح لم تكن منتجة (اسكندرية المختلطة التجارية في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١ ص ٤)، ولا الإمضاء على محضر حصر التركة المشار فيه إلى العقد القابل للإبطال مادام من أمضى لا يقصد بإمضائه إجازة العقد.

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٦ - قارن دي هلتس ١ لفظ (confirmation) فقرة ١٢.

(٢) ومن الفقهاء من يقول بعكس هذا الرأي على الترخيص الآتي: البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر بطلانه، ولذلك تنتقل الملكية إلى المشتري، ويكون الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد صادراً من غير مالك، فلا يسرى في حق المالك وهو المشتري، وبعد إجازة البيع تنتقل العين نهائياً إلى المشتري خالية من الرهن (بلانيول ٢ فقرة ١٣٠١).

هذا وإذا كان العقد القابل للإبطال من شأنه أن يشهر حتى يصير حجة على الغير، فلا حاجة لإعادة شهره بعد إجازته، ويبقى الشهر الأول حافظاً لحجته (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٤ ص ٤١٨ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٩٢).

(١) عيب إثبات إجازة العقد القابل للإبطال على من ادعاه.

(جلسة ١٩٩٥/٢/١ الطعن ٢١٣٧ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٦ ص ٣٠٢)

(جلسة ١٩٧٣/٢/١٥ الطعن ١٨٩ لسنة ٣٧ ق السنة ٢٣ ص ١٦٢)

فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة، ثم رفع ذو مصلحة دعوى البطلان، أمكن دفعها بالتقادم. ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ صدور العقد الباطل، وبقيت دهنراً طويلاً، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان. ولكن هذا لا يعني أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً، فهو لا يزال باطلاً، ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم.

٣٢٠- ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم: ولأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحاً بالتقادم، بل يبقى كما كان دائماً معدوماً، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة (١). فإذا باع شخص أرضاً، وكان البيع باطلاً، ولم يسلم الأرض للمشتري، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم. ولكن مادامت الأرض في يده ولم يسلمها للمشتري، فهو في غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان. وإذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط كما قدمنا.

وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشتري، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم، ولكن بدعوى الاستحقاق وهي لا تسقط أبداً. فإذا تمسك المشتري في دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل، دفع البائع ببطلان البيع والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا. فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض، ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب، وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان (١). على أنه يلاحظ، من الناحية العملية المحضة، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان، وهي دعوى شخصية يسيرة الإثبات، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق، وهي دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً.

وكذلك المشتري إذا كان قد دفع الثمن في بيع باطل، وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع، جاز أن يسترده، لا بدعوى بطلان البيع، ولكن بدعوى

(١) وهذا بخلاف ما إذا كان العقد قابلاً للإبطال، فإن بطلان العقد يزول بالتقادم كما سترى. وفي المثل الذي نحن بصدد، لو كان البيع قابلاً للإبطال وتقدمت الدعوى، فإن المشتري يكسب ملكية الأرض، لا عن طريق التقادم المكسب لحق الملكية، بل عن طريق عقد البيع ذاته الذي غطى التقادم عليه.

(١) العقد الباطل يظل معدوماً ولا ينقلب مع الزمن صحيحاً وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضي المدة الطويلة أما إذا أثير البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم.

(٥) (جلسة ١٩٥٧/٤/١١ السنة ٨ ص ٤٠٤)  
(٣) (جلسة ١٩٥٢/٤/١٧ السنة ٣ ص ٩٤٤)  
(١) (جلسة ١٩٧٥/١١/٢٥ السنة ٢٦ ص ١٤٧٧)

استرداد ما دفع دون حق. فإذا تمسك البائع في دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع المشتري ببطلانه وهو دفع لا يسقط. فيتمكن المشتري عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن، ما لم يسقط دعوى الاسترداد ذاتها بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع.

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذي أثر كبير. فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه، ولا يمنع المشتري من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه. أما إذا فقد البائع حقه في استرداد المبيع، أو ضاع على المشتري حقه في استرداد الثمن، فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان، بل إلى التقادم المكسب لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد (١).

## ٢- العقد القابل للإبطال

٣٢١- الدعوى والدفع يسقطان بالتقادم: نصت المادة ١٤٠ من القانون الجديد على ما يأتي:

- ١- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات.
- ٢- ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه. وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه. وفي كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد (٢).

(١) أنظر الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ١٦١ ص ٢٤٧.  
(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: ١٥- لا يجوز الطعن في عقد باطل بطلاناً نسبياً إذا لم يقم من له حق الطعن فيه بإعلان البطلان للطرف الآخر في ظرف ثلاث سنوات. ٢- ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب البطلان عدم نوافر الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب، وإذا كان سبب البطلان وجود غلط أو تدليس فمن الوقت الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس، وإذا كان سبب البطلان هو الإكراه فمن اليوم الذي ينقطع فيه الإكراه، وإذا كان السبب هو الاستغلال فمن اليوم الذي يتم فيه العقد. وفي كل حال لا يجوز التمسك بالبطلان لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشر عاماً من وقت تمام العقد. ٣- وتسقط كذلك بالتقادم الدعوى التي يراد بها إنقاص الالتزامات في حالة الاستغلال إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت العقد. وأدخلت لجنة المراجعة في النص بعض تعديلات لفظية وأصبح رقم المادة ١٤٤ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت من الفقرة الثانية الإشارة إلى الاستغلال وحذفت كذلك الفقرة الثالثة بأكملها، لأن حكم سقوط الحق في رفع الدعوى المترتبة على الاستغلال قد واجهته الفقرة الأولى من المادة ١٣٣ (م ١٢٩ فقرة ثانية جديدة). وأصبح رقم المادة ١٤٠. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٦-٢٤٩).

ومن هذا النص يتبين أن الحق في إبطال العقد يسقط بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة حسب الأحوال. فإذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع<sup>(١)</sup>. وهكذا يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال. ويصبح العقد في حكم المجاز، يثبت وجوده منذ صدوره، إذ للتقادم أثر رجعي كما للإجازة. ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير. فقد قدمنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير، أما في زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر. مثل ذلك أن يبيع قاصر عيناً، ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد، فيتقادم البطلان ويؤول، ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره. فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقادم البطلان رتب على العين رهناً، ثم تم التقادم، فإن ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بحق الرهن. وهذا عكس ما قرره في حالة الإجازة.

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل وتقدمها في العقد القابل للإبطال. فقد قدمنا أن تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحاً، بل يبقى العقد باطلاً، ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لتقدمها. أما تقادم البطلان في العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحاً كما رأينا، ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات.

**٣٢٢ - مدة التقادم:** وقد كانت مدة التقادم في العقد القابل للإبطال في القانون القديم خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد. وقد رأى القانون الجديد أن هذه مدة طويلة يبقى في خلالها العقد غير مستقر، ومن أجل ذلك جعل المدة ثلاث سنوات فقط، يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته، أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس، أو من وقت انقطاع الإكراه، بحسب الأحوال. فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة، بأن لم ينكشف الغلط مثلاً إلا بعد أربع عشرة سنة، فإن الحق في إبطال العقد يتقادم في هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط، لأن المدة الأولى هي الأقصر، فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين: ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد<sup>(١)</sup>. ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا في حالات استثنائية كالحالة التي تقدم ذكرها. وأياً كانت مدة التقادم، فإنها توقف وتنقطع وفقاً للقواعد المقررة في التقادم.

(١) ويلاحظ أن الدفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان في العقد الباطل في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكذلك هو في صورته، إذ سيخذ، من ناحية الإجراءات، صورة دعوى فرعية يقيمها المدعي عليه ويطلب فيها إبطال العقد، أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات. ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم، لأنه دعوى والدعوى يرد عليها التقادم. أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم، لأنه دفع والدفع لا يتقادم.

(١) نص المادة ١٤٠ من القانون المدني يدل على أن الحق في طلب إبطال العقد يسقط بانقضاء مدة ثلاث سنوات دون التمسك به من صاحبه. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم.

وقد حذا القانون الجديد في تقصير مدة تقادم البطلان حذو القوانين الحديثة. أما القانون السوري الجديد فقد أمعن، كالقانون السويسري، في تقصير مدة التقادم في البطلان، فنصت المادة ١٤١ من هذا القانون على أن تكون هذه المدة سنة واحدة. وسرى أن القانون المصري الجديد جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أيضاً في الدعوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب. ولكن العلة تختلف هنا عنها هناك. فقد روعي في تقصير المدة في تقادم البطلان أن يستقر العقد في خلال مدة معقولة، فلا يبقى مزعماً مدة طويلة. وروعي في تقصير المدة في تقادم الدعوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب أن الالتزامات في هذه الدعوى لم يكن مصدرها إرادة الملتزم، فهي تختلف من هذه الناحية عن الالتزامات العقدية التي تنشأ عن إرادة المدين ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة. وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في العمل غير المشروع وفي الإثراء بلا سبب. ويلاحظ أن مدة التقادم في الاستغلال - وهو عيب من عيوب الرضاء - أقصر من مدته في العيوب الأخرى. فقد مر بنا أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع في خلال سنة من تاريخ العقد (م ١٢٩ فقرة ٢)، فتكون المدة في الاستغلال أقصر من ناحيتين: ناحية القياس الزمني وناحية مبدأ السريان.

**٣٢٣ - سريان مدة التقادم الجديدة على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون الجديد:** ولما كان القانون الجديد قد قصر مدة التقادم في البطلان على النحو الذي قرره، فإن هذه المدة القصيرة هي التي تسرى بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل نفاذ القانون الجديد إذا كان التقادم فيها لم يكتمل وقت نفاذ هذا القانون، وذلك ما لم يكن الباقي من مدة التقادم المقررة في القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد (م ٨ جديد). ويتضح ذلك في المثل الآتي: قاصر أبرم عقداً في أول يناير سنة ١٩٤٨، وبلغ سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٤٩. فيدرك القانون الجديد، في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، هذا العقد وتقادم البطلان فيه لا يزال سارياً، إذ بدأ هذا السريان منذ بلوغ القاصر سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٤٩. ولا يتم التقادم بحسب القانون القديم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة، أي في ١٤ يناير سنة ١٩٦٤. فيجب في هذه الحالة أن تسرى المدة القصيرة التي قررها القانون الجديد، وهي ثلاث سنوات، ويكون مبدأ سريانها من وقت العمل بالقانون الجديد، أي من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩. فيتم التقادم في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد، لا في ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ وفقاً للقانون القديم.

= الذي يستكمل فيه ناقص الأهلية أهليته، ويبدأ سريانها بالنسبة لحالة الغلط أو التدليس أو الإرادة من اليوم الذي ينكشف الغلط أو التدليس أو من يوم انقطاع الإكراه وأما بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

(جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٨ الطعن ١٤٣٩ لسنة ٥١ ق س ٤٠ عدد ٣ من ٤٨٢)

(جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١ الطعن ٢٤٨ لسنة ٥٦ ق)



أما إذا كان القاصر قد بلغ سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٣٦، وكان قد أبرم العقد قبل ذلك، فإن التقادم يتم في هذه الحالة في ١٤ يناير سنة ١٩٥١ وفقاً للقانون القديم، لا في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث

#### تقرير البطلان

#### (دعوى البطلان)

٣٢٤- مسائل ثلاث: يعيننا في تقرير البطلان أن نبحث مسائل ثلاثاً: (١) من الذي يتمسك ببطلان العقد. (٢) وكيف يتقرر البطلان. (٣) وما الأثر الذي يترتب على تقريره.

### المطلب الأول

#### من الذي يتمسك بالبطلان

٣٢٥- العقد الباطل والعقد القابل للإبطال: في العقد الباطل يجوز أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة في ذلك، بل وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها. أما في العقد القابل للإبطال، فلا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الآخر<sup>(٢)</sup>.  
ونفصل ما أجملناه.

### ١- العقد الباطل

٣٢٦- النصوص القانونية: نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ على ما يأتي:  
«إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن

(١) أنظر في كل ذلك المادة ٨ من القانون الجديد. وسنعود لتطبيق هذه المادة في شأن التقادم في العمل غير المشروع. ويقاس تطبيقها في شأن التقادم في الإثراء بلا سبب على كل من هذين التطبيقين.  
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «فما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المعدوم - فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو لم يكن طرفاً في التعاقد، كالمستأجر مثلاً في حالة بطلان بيع الشيء المؤجر بطلاناً مطلقاً، بل ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه. أما البطلان النسبي فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد هو الطرف الذي يشرع البطلان لمصلحته، ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٦). وكان المشروع التمهيدي يقضى في المادة ٢٠٠ منه بأن: «كل من ادعى سبباً للبطلان المطلق أو النسبي يكون عليه إثباته»، فحذف هذا النص في المشروع النهائي لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥ في الهامش).

تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة<sup>(١)</sup>.

وقد كان المشروع التمهيدي أوضح بياناً في تعيين ذوى المصلحة الذين لهم أن يتمسكوا بالبطلان. فكانت المادة ١٩٤ من هذا المشروع تنص على أن «للمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين المتمسك بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة».

٣٢٧- يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى به: العقد الباطل لا وجود له كما قدمنا. وسنرى أن بطلانه يتقرر عادة عن طريق الدفع، وقد تقضى الضرورة العملية في بعض الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى. وسواء كان تقرير البطلان عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى، فإن الذي يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك<sup>(٢)</sup>.

والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه. ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة، دون قيام هذا الحق، لا يكفي. فلا يجوز مثلاً أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد. ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له.

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان. ففي البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان: البائع حتى يسترد المبيع. والمشتري حتى يسترد الثمن. ودائنو كل من البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب، بل أيضاً بطريق مباشر، وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم. وورثة كل من البائع والمشتري يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة، وذلك أيضاً بمقتضى حق مباشر لهم. وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان، فالمرتبهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق المرتبهن، والمرتبهن من المشتري يطلب البطلان حتى يسترد الدين، ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى في العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ، ومستأجرها من المشتري يطلب البطلان حتى يسترد الأجرة. وكل هؤلاء يطلبون البطلان. لا عن طريق استعمال حق مدنيهم بالدعوى غير المباشرة، بل بمقتضى حق مباشر لهم.

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم المتعاقدان والدائنون والخلف العام والخلف الخاص.

(١) أنظر تاريخ النص آنفاً فقرة ٣١٩ في الهامش.

(٢) محكمة المنصورة الكلية الوطنية في ١٤ فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١١٢ ص ٢٤٧.

بل للمحكمة أيضاً أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها، لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني، والقاضي لا يستطيع إلا أن يقرر ذلك.

٣٢٨- متى يجوز التمسك بالبطلان: إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى، فلا بد من رفعها في خلال خمسة عشرة سنة من وقت صدور العقد، وإلا سقطت بالتقادم. أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع، فيجوز ذلك في أي وقت كما سبق القول، ويجوز إيداع الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز إيداعه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف<sup>(١)</sup>.

## ٢- العقد القابل للإبطال

٣٢٩- النصوص القانونية: نصت المادة ١٣٨ من القانون الجديد على ما يأتي:

«إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق»<sup>(٢)</sup>.

وقد كان المشروع التمهيدي يورد هذا النص على وجه يبين الحكمة فيه، فكانت المادة ١٩٦ من هذا المشروع تنص على أنه «ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة».

٣٣٠- لا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته: العقد القابل للإبطال لم تتقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد المتعاقدين. فهذا المتعاقد وحده، دون المتعاقد الآخر، هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان. فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية، فنقص الأهلية وحده هو الذي يتمسك بالبطلان<sup>(٣)</sup>. وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة، فمن شاب إرادته العيب هو الذي يتمسك بإبطال العقد. وفي بيع ملك الغير المشتري وحده هو الذي يتمسك بالبطلان.

(١) استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦م ٥٩ ص ٣٥ (وكان الدفع بالبطلان للغلط، وهو في هذا مثل الدفع بالبطلان المطلق). وقضت محكمة النقض بأن الدفع بالبطلان، الذي جوزت المادة ١٣٢ من قانون المرافعات (قديم) إيداعه قبل الدخول في موضوع الدعوى وقضت المادتان ١٣٨ و١٣٩ مرافعات (قديم) بسقوط الحق فيه بالحضور أو بالرد على الورقة الباطلة، بما يفيد اعتبارها صحيحة، إنما هو الدفع الخاص ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى وبطلان أوراق الإجراءات والمرافعات. فليس يصح تعدية هذه الأحكام إلى الدفع ببطلان العقد، لأن الدفع يكون عندئذ من الدفع الموضوعية التي يجوز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى أو تطبيق عليه أحكام الإجازة الخاصة إذا كان البطلان نسبياً لا مطلقاً (نقض مدني في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٣ ص ٥١٠).

(٢) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ٣٣٥ في الهامش).

(٣) وقد يكون كل من المتعاقدين ناقص الأهلية فلكل منهما أن يتمسك بالبطلان، ولا يكون العقد لذلك باطلاً بل يبقى قابلاً للإبطال، فتصح إجازته ويزول بطلانه بالتقادم، ولو كان العقد باطلاً لما جاز ذلك.

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشر لهم. ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للمتعاقد، فيستعملون حقه في طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة. كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضى بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة<sup>(١)</sup>.

٣٣١- متى يجوز التمسك بالبطلان: ويجوز التمسك بالبطلان، دعوى أو دفعا، مادام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء العقد. ويجوز إيداع الدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذي بيناه في العقد الباطل<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني كيف يتقرر البطلان ١- العقد الباطل

٣٣٢- لا حاجة إلى حكم لتقرير البطلان: لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانوني، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله، ولا ضرورة للحكم بالعدم على معدوم. وهذه نتيجة منطقية تستقيم في كثير من الأحوال، فلا يحتاج من له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً، ويصدر في تصرفه عن هذا الاعتبار. فلو كان العقد الباطل بيعاً، كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف في المبيع، فهو لا يزال في ملكه، ويكون بيعه صحيحاً. وإذا رفع المشتري في هذا المثل دعوى يطلب فيها بالمبيع، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع.

(١) للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه في كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه.

(جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧ السنة ٩ ص ١٦١)

(٢) وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضي خمسة عشر سنة إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبداً، ذلك أن العقد الباطل يظل معدوماً فلا ينقلب مع الزمن صحيحاً وإنما تتقدم الدعوى به فلا تسمح بعد مضي المدة الطويلة أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم لأنه دفع والدفع لا تتقدم. فإذا كان الحكم قد انتهى إلى بطلان سند الدين بطلاناً مطلقاً فإن ذلك يكفي لتقرير نتيجته اللازمة قانوناً وهي عدم تقدم الدفع بهذا البطلان بغير حاجة إلى الإشارة إلى ذلك صراحة أو للرد على ما يتمسك به الدائن في هذا الصدد.

(جلسة ١٩٥٧/٤/١١ السنة ٨ ص ٤٠٤)

(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٥ السنة ٢٦ ص ١٤٧٧)

فالذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يفعل ذلك في أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى.

٣٣٣- ولكن قد تقضى الضرورة العملية بالحصول على حكم: وذلك يتحقق إذا قضت الضرورة على المتمسك ببطلان عقد باطل أن يبادر إلى رفع دعوى البطلان. ويعرض هذا في بعض فروض عملية. منها أن يكون البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري، وأراد أن يسترده، فهو بين أن يرفع دعوى البطلان في مدى خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق في أي وقت، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد. ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضي كما إذا سببه مخالفة النظام العام أو الآداب، ففي مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطعن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه.

والحكم الذي يصدر في دعوى البطلان لا يبطل العقد الباطل، بل يقتصر على الكشف عن بطلانه.

## ٢- العقد القابل للإبطال

٣٣٤- لا يتقرر البطلان إلا بالاتفاق أو بالقضاء: أما العقد القابل للإبطال فله وجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه. ومن ثم لا بد من تقرير البطلان من التراضي أو التقاضي. أما التراضي فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية في كل منهما. فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك. وحكم القاضي هو الذي يبطل العقد، أي ينشئ البطلان، ولا يقتصر على الكشف عنه كما في العقد الباطل. ولكن إذا رفعت دعوى الإبطال ووجد سببه قائماً، فالقاضي لا يملك إلا أن يبطل العقد<sup>(١)</sup>. وليس له حق التقدير الذي سراه له في حالة الفسخ<sup>(١)</sup>.

٣٣٥- فلا يتقرر بإرادة منفردة: ويتبين من ذلك أن المتعاقد ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد. ولا يجوز أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة، كما أجاز ذلك كل من القانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري<sup>(٢)</sup>. وقد كان المشروع النهائي

(١) استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣.

(١) مجرد نقص أهلية البائع كاف لقبول دعوى إبطال البيع حتى ولو تجرد التصرف من أي غبن ومهما كانت أفادة البائع مما قبض من ثمن.

(جلسة ١٩٥١/٢/١ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ٢ ص ٢٨٩)

(٢) تقضى الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من القانون الألماني بأن البطلان يتقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر. وتقضى المادة ٣١ من قانون الالتزامات السويسري بأن العقد إذا شابه غلط أو تدليس أو

للقانون الجديد يتضمن نصاً يجيز إبطال العقد في حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي: «ويكفي لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره، دون إخلال بحق المتعاقد الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان». وقد حذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا النص «توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال، وتجنباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية»<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثالث أثر تقرير البطلان

٣٣٦- النصوص القانونية: نصت المادة ١٤٢ من القانون الجديد على ما يأتي:

= إكراه يعتبر قد أجزى إذا كان الطرف الذي لا يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تصميمه على إبطاله، أو دون أن يسترد ما دفعه، وتسرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه (أنظر في ترجيح هذا الحكم نظرية العقد للمؤلف ص ٦٤٨ هامش رقم ٢ وهامش رقم ٣).

(١) كان هناك نصان في المشروع التمهيدي هما اللذان يقابلان المادة ١٣٨ من القانون الجديد، وكانا يجريان على الوجه الآتي: م ١٩٦ - ليس لتغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة. وهذا البطلان تلحقه الإجازة ويؤول بالتقادم. م ١٩٧ - ١: يكفي في تقرير البطلان النسبي إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً - ٢: وإذا كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً، وتقرر بطلانه، اعتبر باطلاً من وقت صدوره ولكنه يبقى منتجاً لآثاره حتى يتقرر البطلان - ٣: على أن إبطال العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان. وفي لجنة المراجعة أدمج النصان في مادة واحدة، بعد حذف الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ لأن حكمها وارد في مكان آخر، وبعد جعل جواز إبطال العقد بمجرد الإعلان مقصوراً على حالة نقص الأهلية مع إعطاء الحق للطرف الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة، وبعد تحوير في اللفظ يجعل النص أقرب إلى التطبيق العملي من التقرير الفقهي، فأصبح النص في المشروع النهائي (م ١٤٢) يجري على الوجه الآتي: ١ - إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق. ٢ - ويكفي لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره دون إخلال بحق المتعاقد الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان». ووافق مجلس النواب على هذا النص - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان، وانقسمت اللجنة في ذلك، ثم وافقت الأغلبية على عدم قبول هذا الحكم وعلى حذف الفقرة الثانية توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال وتجنباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية. وأصبح رقم المادة ١٣٨. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ - ص ٢٤٠).



## ١ - فيما بين المتعاقدين

٣٣٧ - زوال كل أثر للعقد: إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له<sup>(١)</sup>، وأرجع كل شيء إلى أصله. وجاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية<sup>(١)</sup>.

فإذا كان العقد يباعاً وتقرر بطلانه، رد المشتري المبيع إلى البائع، ورد البائع الثمن إلى المشتري. ويرد المشتري المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية، وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذي يرد إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك. وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد.

أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلًا بأن هلك المبيع مثلاً في يد المشتري وبخطأ منه<sup>(٢)</sup>، حكم القاضي بتعويض معادل، فألزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا على أساس العقد الذي تقرر بطلانه، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق.

وإذا كان العقد زمنياً كالإيجار وتقرر بطلانه، فالمنفعة التي استفادها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعرض عنها. وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله حق امتياز.

بقي أن نشير إلى حالتين خاصتين: (١) حالة عدم المشروعية (٢) وحالة نقص الأهلية.

(١) فيما عدا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية ترتب على العقد الباطل.

(٢) أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة قاهرة، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمناه، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام. وهي تقضي - كما سنرى عند الكلام في دفع غير المستحق - بأن المشتري إذا كان حسن النية، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له، فلا يكون مسؤولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين، وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف في الصورة التي آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف. أما إذا كان المشتري سيئ النية، أي يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك، ولا يعفيه من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان في يد البائع (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٦٥٣ هامش رقم ١).

(١) - ترتيب الأثر الرجعي لبطلان عقد البيع وإن كان يقتضي اعتبار ملكية المبيع لم تنتقل من البائع إلى المشتري بسبب العقد، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكسب هذا المشتري أو الغير تلك الملكية بسبب آخر من أسباب الملكية إذا تحققت شرائطه القانونية.

(جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ١٥ ص ١٠٩١)

ب - أساس الحكم بالتعويض المعادل - في حالة ابطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبله - إنما هو المسؤولية التقصيرية.

(جلسة ١٩٦٩/٦/٤ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ٢٠ ص ٨٦٨)

١٥ - في حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل.

٢٠ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد<sup>(١)</sup>.

ويتبين من ذلك أن العقد الباطل أو القابل للإبطال، إذا تقرر بطلانه، يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير<sup>(١)</sup>. ونستعرض كلاً من هاتين الحالتين.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: ١٥ - إذا تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أو نسبياً، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان ذلك مستحيلاً استبدلا به تعويضاً معادله. ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. ٣ - لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه، إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب. وفي لجنة المراجعة حوز النص تحويراً لفظياً لتجنب استعمال ألفاظ البطلان المطلق والبطلان النسبي، وحذفت الفقرة الثالثة لأنها لا تتماشى مع منطوق البطلان. فأصبح النص مطابقاً للوجه الوارد في القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٤٦ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عليها دون تعديل أيضاً، وأصبح رقمها ١٤٢. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٤ - ص ٢٥٩).

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي: «بيد أن عبء إثبات البطلان يقع دائماً على عاتق من يتمسك به. وتتبع القاعدة نفسها، بل ويكون اتباعها أولى فيما يتعلق بالبطلان المطلق. فإذا حكم بالبطلان المطلق أو النسبي استند أثره، واعتبر العقد باطلاً من وقت نشوئه، دون أن يخل ذلك بما يكون الغير حسن النية قد اكتسب من حقوق عقارية، سجلت قبل تسجيل إعلان التصريح بالبطلان في حالة البطلان النسبي (وقد اتبع المشروع التمهيدى نظام تقرير البطلان النسبي عن طريق الإعلان كما رأينا). ويلتزم كل من المتعاقدين بأن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد. ويستثنى من هذه القاعدة حالتان: أولاهما حالة ناقص الأهلية، فهو لا يسأل عن الرد إلا وفقاً لقواعد الإبراء بلا سبب. والثانية حالة وفاء أحد المتعاقدين بالتزام في عقد باطل لسبب مخالفته للآداب، فلا يجوز لمثل هذا المتعاقد أن يسترد ما أدى إذا نسب إليه ما يخالف الآداب. وعلى هذا النحو أبان المشروع وجه الحكم في مسألة أثير بشأنها خلاف شديد (أنظر المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من التقنين الإسباني، والمادة ٦٩٢ من التقنين البرتغالي، والمادة ٢٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي، والمادتين ٧٢/٧٧ من التقنين التونسي والمراكشي، والمادة ٨١٧ من التقنين الألماني، والمادة ٦٦ من تقنين الالتزامات السويسري، والمادة ١٣٢ من التقنين البولوني، والمادة ٩٧١ من التقنين البرازيلي، والمادة ١٨٠ من التقنين الصيني، والمادة ١٤٧ من التقنين السوفيتي).

(١) الأثر المترتب على بطلان العقد هو أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إلا أن يكون ذلك مستحيلاً وهو ما لازم أن يحو البطلان كل أثر للعقد سواء كان هذا الأثر نتيجة انتقال صريح أو ضمني بين عاقديه وإذا خلص الحكم المطعون فيه إلى بطلان العقد وعودة طرفيه إلى ما كانا عليه من قبل التعاقد بتسليم العين وما عليها من مبان للمطعون ضده مقابل استحقاق الطاعن لما أودع على ذمته من تعويض فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨ الطعن ١٤٨٢ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٣ الطعن ٢٢٧٠ لسنة ٥٦ق)

٣٣٨ - حالة عدم المشروعية (\*): اشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص في هذا الصدد. فقضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠١ من هذا المشروع بأنه «لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب». فحذفت هذه الفقرة فى المشروع النهائى «لأنها لا تتماشى مع منطق البطلان». ذلك أن منطق البطلان تقضى فى العقد الباطل، أيا كان سبب البطلان، بإعادة كل شئ إلى أصله، فإذا كان أحد المتعاقدين سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد الباطل جاز له استرداده.

إلا أن قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية فى العقد الباطل لعدم المشروعية. فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً لعقد غير مشروع، لم يكن له أن يسترد ما سلم إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت من جهته. مثل ذلك شخص يعطى للآخر مالا ليرد له ما سرقه منه، فيستطيع أن يسترد المال لأن عدم المشروعية غير آت من جهته. أما فى الرشوة والاتصال الجنى غير المشروع والمقامرة وما إلى ذلك، فمن أعطى المال لا يستطيع أن يسترده، لأن عدم المشروعية آت من جهته أو هو شريك فيه، فهو طرف ملوث لا يجوز له أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans). وقد احترم الفقه الفرنسى هذه القاعدة بآدى الأمر (١)، ثم تحول عنها لأن المشروع الفرنسى لم ينقلها إلى نصوصه (٢). أما القضاء الفرنسى فقد كان يحترمها كذلك، ثم أخذ هو أيضاً يتحول عنها، وأصبح الآن لا يطبقها إلا فى العقود المخالفة للآداب (٣).

(\*) أنظر فى هذا الموضوع فاجنر (Wagner) فى بطلان السبب غير المشروع رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ - أربيس (Arbus) فى السبب غير المشروع رسالة من مونبليه سنة ١٩٠٣ - سافاتييه (savatier) آثار الواجب الأدبى وجزاؤه رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ ص ٢٣٩ وما بعدها - كاييتان فى السبب فقرة ١١٤ - فقرة ١١٩ - ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ - فقرة ٨٨٠ - والتون ١ ص ٣٤٧ - ص ٣٥٤ - الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فى مقال له فى مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٣٦٠ - ص ٣٦٣.

(١) تولىيه ٦ فقرة ١٢٦ و ١١ فقرة ٦٢ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٤٦ مكرر ص ٣٢٢ هامش رقم ٨ - لارومبيير ١١٣٣ فقرة ١٠.

(٢) ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٣ - لوران ١٦ فقرة ١٦٤ - هيك ٨ فقرة ٣٩٢ - بفتوار ص ٦٥٤ - بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٦ - ديموج ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٨١٠.

(٣) أنظر تحليلاً تفصيلياً فى القضاء الفرنسى فى كاييتان فى السبب فقرة ١١٥ - فقرة ١١٨. ويستخلص كاييتان من استعراض القضاء الفرنسى فى هذه المسألة أن هذا القضاء لا يطبق القاعدة الرومانية فى جميع العقود غير المشروعة، بل يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للآداب دون العقود المخالفة للقوانين أو للنظام العام. ويذهب فى ذلك إلى أن العقود المخالفة للآداب لا يلقى أن تنظر فيها المحاكم، بل الجدير أن تغسل يدها من مثل هذه القضايا الملوثة، فلا تحكم فيها بقبول أو برفض: أنظر بنوع خاص فى هذا المعنى محكمة بروج الاستئنافية فى ١٣ يونية سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ٣٢٩ - ٥ - محكمة الجزائر الاستئنافية فى ٥ مايو سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ - ٢ - ٣٠٢ - وأنظر محكمة النقض الفرنسية فى ٤ يناير سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ١٢٦ فى الاتصال الجنى غير المشروع - وفى ١٥ مارس سنة ١٩١١ دالوز ١٩١١ - ١ - ٣٨٢ فى الرشوة - وأنظر أيضاً ديموج ٢ فقرة ٨٧٧.

ولا يزال القضاء المصرى يحترم القاعدة (١)، ولم يخرج عليها إلا فى أحكام قليلة (٢).

وقد أخذت التقنيات الحديثة بالقاعدة الرومانية، من ذلك التقنين الألمانى (م ٨١٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٦٦) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٧ فقرة ٢) (٣).

ومهما يكن من أمر فإن القاعدة الرومانية التى كانت أساساً لهذه الحركة الفقهية والقضائية والتشريعية هى قاعدة معيبة من الوجهتين المنطقية والعملية، فمنطق البطلان يقضى بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال، حتى لا يترتب أثر على العقد الباطل. وإذا كان الرومان يأبون الاسترداد على من كان ملوئاً من الطرفين، فذلك يرجع إلى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت. وذلك أن العقد فى هذا القانون كان يستمد قوته الملزمة من شكلية، فإذا أعطى المتعاقد الذى سلم الشئ حق استرداده، فلم يكن ذلك لأن العقد لشكلى غير ملزم، بل عن طريق إعطاء المتعاقد دعوى خاصة (condictio ob turpem causam)، من العدل أن تنكر على من كان ملوئاً من الطرفين إذ لا يصبح

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٥ ص ١٦٠ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١١٥ - وانظر فى القضاء المصرى تفصيلاً نظرية العقد للمؤلف ص ٦٥٥ هامش رقم ٣ ومرجع القضاء ملحق م ١٤٧ رقم ٥٢٧٧ - ٥٢٨٣ - بسطوروس ٢ ص ٤٣٥ - ص ٤٣٦. هذا وقد ذهبت بعض الأحكام فى مصر إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه القاعدة الرومانية ذاتها، فقضت بأن من يدفع فوائد تربو على النصاب القانونى ليس له أن يطلب استئزال ما دفعه زيادة عن ذلك النصاب من أصل دينه (استئناف وطنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ - وفى ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ رقم ٢٢٩ - استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٢ - وفى ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨). ذلك أن المدين الذى دفع الفوائد الربوية غير ملوث، والملوث هو الدائن الذى اضطر المدين إلى ذلك (أنظر فى جواز استرداد الفوائد الربوية استئناف مختلط فى ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٧ - والمادة ٢٢٧ فقرة أولى من القانون الجديد).

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونية سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣/٨٥ ص ٢٢٤ - وقضت محكمة العطارين الجزئية فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ (الحاماة ١٣ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٠٣) بأنه وإن اختلفت الآراء فى جواز استرداد ما دفع تنفيذاً لتعهد قائم على سبب مخالف للآداب أو للنظام العام، إلا أنه مما لا شك فيه أن نتيجة الرأى القائل بعدم جواز الاسترداد يؤدى حتماً إلى إقرار حالة بأباها القانون، لأن حرمان أحد المتعاقدين من استرداد ما دفعه عقاباً له على ما فرط منه معناه تمكين التعاقد الآخر من الاستمتاع بما حصل عليه جزاء على إجرامه أو تدليس أو خروجه على الآداب العامة، ومهما قال أنصار هذا الرأى فى تأييده فإن الأوفق والأكثر انطباقاً على القانون ألا يترتب على العقد ذى السبب غير المشروع أى أثر قانونى وأن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد، ويكفى المسترد عقاباً ما يناله من تشهير يترتب على إذاعة محتويات العقد وما كان يدبره فى الخفاء مخالفاً للقانون والآداب.

(٣) وأخذت بها بعض التقنينات الأقدم عهداً: القانون النمساوى (م ١١٧٤) والقانون الإسبانى (م ١٣٠٥ - ١٣٠٦) والقانون البرتغالى (م ٦٧١ - ٦٩٢) - ويقضى بأن المال الذى لا يسترد يكون ملكاً للخزينة تصرفه فى أغراض خيرية.

## ٢ - بالنسبة إلى الغير

٣٤٠ - تأثر حق الغير بالبطان: ولا يقتصر أثر البطان على العلاقة فيما بين المتعاقدين، بل يجاوزها إلى الغير. فإذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل أو قابل للإبطال حقاً عينياً، رهناً أو حق ارتفاق مثلاً، ثم تقرر بطان البيع، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري. كذلك لو باع المشتري العين من آخر، فإن البائع بعد تقرير البطان يستردها من المشتري الثاني.

### ٣٤١ - وجوب تسجيل دعوى البطان: على أن البائع في المثل المتقدم، حتى

يستوثق من الوصول إلى هذه النتيجة، يجب عليه أن يسجل دعوى البطان أو أن يؤثر بها على هامش تسجيل العقد الباطل. فقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه «يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً، كدعاوى البطان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى». وتنص المادة ١٧ من هذا القانون معدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة. ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول».

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطان، فإن حقه يزول بتقرير بطان العقد، سواء كان سعي النية أو كان حسن النية. أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطان، فالظاهر من نص المادة ١٧ أن حقه يزول إذا كان سعي النية، ويبقى إذا كان حسن النية. ومهما يكن من أمر - وليس هنا مجال التفصيل في ذلك - فإن القانون أورد حكماً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً، فنص في المادة ١٠٣٤ على أنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن».

جديراً بها. أما الآن فالوضع القانوني للمسألة قد تغير، وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف الملوث، ولم يعد هناك محل للنظر في إعطاء دعوى الاسترداد أو إنكارها عليه مادام العقد غير ملزم له. والوجه العملي للمسألة، كوجهها المنطقي، يقضي هو أيضاً بأن يكون الاسترداد جائزاً في كل الأحوال، فمادام الغرض محاربة العقود غير المشروعة، فلن يكون ذلك بمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله، إذ يكون بقاء المال في يد هذا الطرف الآخر - كالموظف يستبقى الرشوة، والمأجور على جريمة يستبقى الأجر - أبلغ في التشجيع على الفساد من سلبه إياه. وما على المجرمين إذن إلا أن يتعاملوا نقداً حتى يأمنوا غائلة القانون!!

لذلك أحسن القانون الجديد صنفاً في إغفاله النص الذي كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه، وقد حذف في المشروع النهائي كما قدمنا، لأنه نص لا يتمشى مع منطوق البطان. وإذا كانت هناك أحوال تقتضي النظر، فإن القواعد العامة تكفي في معالجتها. كما إذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذي يريد الاسترداد بالطرف الآخر. مثل ذلك الشخص اتصل بامرأة اتصالاً غير مشروع في مقابل مال إعطاء إياها، وهو يريد الآن استرداد هذا المال. في مثل هذه الحالة لا نتردد في إنكار الاسترداد عليه، وتستبقى المرأة المال، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثراً، ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهي قاعدة عتيقة لا يجوز الأخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذي أصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع<sup>(١)</sup>.

٣٣٩ - حالة نقص الأهلية: وإذا كان العقد قابلاً للإبطال لنقص أهلية أحد المتعاقدين، وأبطل، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التي قدمناها. أما المتعاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ وقد تقدم ذكرها. والأصل في ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ من القانون الجديد في دعوى غير المستحق، إذ قضت بأنه «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به». وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في حالة الوفاء لناقص الأهلية في دعوى غير المستحق.

(١) هذا وإذا اعتبرنا أن القانون الجديد قد جاء مفسراً للقاعدة القانونية التي يجب اتباعها في صدد العقود غير المشروعة وجواز استرداد ما دفع تنفيذاً لها، فإنه يطبق بأثر رجعي، شأن سائر القوانين المفسرة، ويسرى على جميع العقود، حتى التي أبرم منها في ظل القانون القديم، أما إذا اعتبرنا القانون الجديد قد استحدث الحكم الذي أتى به، فإن هذا الحكم لا يسرى على العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم فلا يجوز فيها الاسترداد، ويسرى على العقود التي أبرمت في ظل القانون الجديد فيجوز الاسترداد فيها. ونحن نميل إلى اعتبار الحكم مستحدثاً، لأنه أتى مخالفاً لما جرت عليه الكثرة من الأحكام.



والخلف العام (ayant - cause à titre universel) هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها. والخلف الخاص (ayant- cause à titre particulier) هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها، كالمشتري يخلف البائع في المبيع، والموصى له بعين في التركة يخلف فيه الموصى، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع.

والخلف، عاماً كان أو خاصاً، لا يعتبر من الغير في العقد، فينصرف إليه أثره على التفصيل الذي نذكره فيما يلي.

## المطلب الأول الخلف العام

٣٤٥- النصوص القانونية: نصت المادة ١٤٥ من القانون الجديد على ما يأتي:

«ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام»<sup>(١)</sup>.

٣٤٦- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام: ويتبين من النص المتقدم أن أثر العقد تنصرف إلى الخلف العام. ومعنى ذلك أن الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد

ودعوى الصورية (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٨ - ص ٢٦٩).

وانصراف أثر العقد إلى الدائن لا يعنى أنه خلف عام أو خلف خاص، بل إن الدائن بالنسبة إلى العقود التي يبرمها مدينه في موقف يتميز عن موقف كل من الخلف العام والخلف الخاص.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٠٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا تحويراً لفظياً)، وأقرته لجنة المراجعة بعد هذا التحوير اللفظى تحت رقم ١٤٩ فأصبح مطابقاً لنص القانون الجديد ثم أقره مجلس النواب، فلهذا القانون المدني مجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٥، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١ - ص ٢٧٣). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي: «لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم، بل يتجاوزهم إلى من يخلفهم خلافاً عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلاقة القانونية شخصية بحتة. ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين، صريحة كانت أو ضمنية، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة، أو من نص في القانون، كما هو الحال في حق الانتفاع، وعلى ذلك ينتقل إلى الوارث ما يترتب العقد من حقوق والتزامات. أما الحقوق فيكون انتقالها كاملاً. بيد أن حكم الالتزامات يقتضى تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث. ذلك أن الوارث لا يلتزم بديون مورثه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة... فليس ينبغى أن يعزل هذا النص عن النصوص التي تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٢).

## الفصل الثاني

### آثار العقد

٣٤٢- نسبة آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع: إذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به.

فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد: ومن هنا نرى نسبة آثار العقد من حيث الأشخاص. ويلتزمان بما تضمنه العقد من التزامات دون غيرها: ومن ثم نرى النسبية من حيث الموضوع.

فالعقد نسبي إذن في قوته الملزمة: (أولاً) من حيث الأشخاص. (ثانياً) ومن حيث الموضوع.

ونبحث كلا من هذين الأمرين.

### الفرع الأول

#### قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص

٣٤٣- المتعاقدان والغير: العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين. ولا يجاوزهما إلى الغير إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير. فنحن نبحث: (أولاً) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين. (ثانياً) أثر العقد بالنسبة إلى الغير.

### المبحث الأول

#### أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٣٤٤- الخلف العام والخلف الخاص: إذا قلنا إن العقد لا يتناول أثره إلا المتعاقدين فيجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع في فهم كلمة «المتعاقدين». فليس المقصود بالكلمة المتعاقدين فحسب، بل المقصود هما ومن يمثلانه في التعاقد. فالمتعاقدان إذا تعاقدوا انصرف أثر العقد إليهما، وانصرف كذلك إلى الخلف العام، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص<sup>(١)</sup>.

(١) وينصرف كذلك إلى الدائنين على نحو معين سنبينه في الجزء الثاني عند الكلام فيما يكفل الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان. وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً هو المادة ٢٠٧ من هذا المشروع، جرت على الوجه الآتي: «يحتج بالعقد على دائني المتعاقدين إلا إذا انطوى على كان عقداً صورياً». فحذف النص في المشروع النهائي لأن أحكامه مذكورة بالتفصيل في تالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٤ في الهامش). وعند معالجة أثر العقد بالنسبة للدائنين يأتي الكلام في دعاوى الثلاث المعروفة: الدعوى غير المباشرة والدعوى البولية

موت المورث المتعاقد. أما الالتزامات فيلاحظ في شأنها أن في الشريعة الإسلامية - وهم الشريعة التي تطبق في مصر في أكثر الأحوال في مسائل الميراث - مبدأ خاصاً يقضى بأثر تركته إلا بعد سداد الدين. ومقتضى هذا المبدأ أن يبقى الالتزام في التركة، دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث، حتى ينقضى. ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث. ومن ثم عني القانون الجديد بتنظيم تصفية التركة، فأورد نصوصاً هامة في هذا الشأن (م ٨٧٥ - ٩١٤) تنظم سداد ديون التركة، وتكفل حقوق دائتيها، ويحمي الغير الذي يتعامل مع الوارث.

ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له وعليه (١) (١)، وفي الصورية يسرى في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري.

٣٤٧- متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً: على أنه يستثنى من القاعدة المتقدمة أحوال أشير إليها في المادة ١٤٥، وفيها لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً، وهي ثلاث:

(الحالة الأولى) إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين، فإذا أراد أن يحقاً أو التزاماً نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد، فلا ينتقل إلى الوارث من بعده، صح الشرط إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام أو للأداب. فيجوز مثلاً أن يتفق المتعاقدان في بيع على أن يمنح المشتري أجلاً لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته، فإذا مات المشتري وجب على الورثة دفع الثمن في الحال من التركة. كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع (٢).

(الحالة الثانية) إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ من العقد تأتي أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام (٢). وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً. فإذا حصل شخص

(١) وسرى أن هناك فروضاً يكون فيها الخلف العام من الغير، فلا يكون العقد حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ.

(٢) ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري أن ما يتبقى من أقساط الثمن بعد موت البائع يدفع إلى أحد الورثة دون الآخرين، إلا في حدود الوصية.

(١) يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه لأنه يعتبر قائماً مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحاً، وخلصت له قوته الملزمة.

(جلسة ١٩٧٢/٥/١١ الطعن ٣٤٦ لسنة ٣٦ ق ٢٣ ص ٨٥)

(جلسة ١٩٦٨/٢/١٣ الطعن ١٠٦ لسنة ٣٣ ق ١٩ ص ٢٥٤)

(٢) أ- مفاد نص المادة ١٤٥ من القانون المدني يدل - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية -

على حق انتفاع بموجب عقد، فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته، لأن حق الانتفاع تقضى طبيعته القانونية بأن ينقضى بموت صاحبه. وإذا حصل شخص بمقتضى عقد على إيراد مرتب طول الحياة، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معاً تقضى بانتهائه بموت صاحب الإيراد. كذلك كل التزام نشأ من عقد، ولو حظت فيه شخصية الملتزم أو صفة خاصة به، ينقضى بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعة الالتزام المادية، كفنجان أو جراح أو مهندس أو محام يلتزم بالعقد أن يقوم بعمل من أعمال مهنته، فلا ينتقل التزامه هذا إلى ورثته ولو في التركة.

(الحالة الثالثة) إذا كان هناك نص في القانون يقضى بالأثر ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام. والقانون ينص على ذلك في مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً. من ذلك ما قضت به المادة ٥٢٨ من أن الشركة تنقضى بموت أحد الشركاء، وما قضت به المادة ٦٠٢ من أن الإيجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه، وما قضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضى بموت المزارع، وما قضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل أو الوكيل.

٣٤٨- متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير: وهناك فرض ينظر فيه إلى الخلف العام باعتباره من الغير. ذلك أن القانون يعطي للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه، ويقصد بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به. ولذلك يعتبر الوارث في هذه الفروض من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات (١). فالقانون يبيح للمورث التصرف في جميع أمواله حال حياته، معاوضة أو تبرعاً، حتى لو أضر هذا التصرف بالورثة، وحتى لو تعمد المورث هذا الإضرار. أما إذا تصرف في ماله لما بعد الموت

=على أن طبيعة التعامل التي تأتي أن ينتقل الحق أو الالتزام من المتعاقد إلى خلفه العام تستوجب أن يكون هذا الحق أو الالتزام مما ينقضى بطبيعته بموت المتعاقد لنشوءه عن علاقة شخصية بحتة.

(جلسة ١٩٨٥/٣/١١ الطعن ١٦٥٧ لسنة ٤٩ ق ٣٦ ص ٣٦٧)

ب- يبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني ومذكرتها الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضى بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافاً عامة عن طريق الميراث أو الوصية واستثنى من هذه القاعدة الحالات التي تكون فيها العلاقة القانونية شخصية بحتة، وهي تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو نص في القانون.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٣ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ١٩ ص ٢٥٤)

(١) الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف أنه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته يخفى وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر حيثثذ في حكم الوصية وأن الوارث في هاتين الصورتين يستمد حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الارث فان حق الوارث في الطعن في تصرف مورثه في هذه الحالة انما يستمد من المورث لا من

## المطلب الثاني

### الخلف الخاص (\*)

٣٤٩ - النصوص القانونية: نصت المادة ١٤٦ من القانون الجديد على ما يأتي:

إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه» (١).

وإذا كان هذا النص قد استحدثه القانون الجديد، فإنه - كما تقول المذكرة لإيضاحية للمشروع التمهيدي - ليس إلا «تأصيلاً لتطبيقات القضاءين المصري والفرنسي في هذا الشأن».

٣٥٠ - وضع المسألة بالنسبة إلى الخلف الخاص: انصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف في الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام. ويحسن بادئ الأمر أن نحدد تحديداً دقيقاً من هو الخلف الخاص. فقد قدمنا أنه هو من يتلقى من سلفه ملكية شئ معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشئ. والشئ الذي يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب، وقد يكون حقاً شخصياً. فالمشتري خلف خاص للبائع في شئ المبيع، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة. وصاحب حق الانتفاع خلف خاص

=التاريخ صوري وأن التصرف واقع في مرض الموت. وظاهر أن هذا ترخيص يمنح للوارث المذكور في هذه الحالة لإثبات ما يدعيه لأنه أجنبي عن التصرف بحيث إذا لم يقيم بإثباته كان التاريخ العرفي المعترف به من المورث حجة عليه (١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٣١ رقم ١٣٣ ص ٣٥٧ - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٧٨ ص ٧٤٠ - استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩).

(\*) أنظر في هذا الموضوع مقالا للأستاذ ليبارنيير (Lepargneur) في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٤ ص ٤٨١ - ص ٥٨٣ - ومقالاً آخر للأستاذ حامد فهمي (باشا) في حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال في حق الخلف بسبب خاص في مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الرابع ص ٤٤ - ص ٦٥.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدي بما يتفق مع نص القانون الجديد مع تحوير لفظي بسيط. ووافقت عليه أغلبية لجنة المراجعة على استبقائه في المشروع النهائي تحت رقم المادة ١٥٠ - ووافق عليه مجلس النواب - وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ استبدلت بعبارة «إذا أنشأ العقد حقوقاً والتزامات» عبارة «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية» لأن النص يتعلق بالخلافة الخاصة ولا ينتقل من طريق هذه الخلافة إلا ما كان شخصياً من الحقوق التي يولدها العقد. وحذف من الشق الأخير من النص عبارة «أو يستطيع أن يعلم به» حتى يقتصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به لدقة الرضع. وأصبح رقم المادة ١٤٦. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٨).

طريق الوصية. وهو تصرف لا يكفله شيئاً في حياته، فيتحكم بذلك في حظوظ ورثته تحكماً يأباه النظام العام، فإن القانون - والمقصود به هنا الشريعة الإسلامية إذ هي التي تطبق في مصر غالباً في هذه المسألة - يتقدم لحماية الوارث، ويقيد من تصرفات المورث، فلا يبيح له أن يتصرف في ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث. وكالوصية كل تصرف صدر في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع (م ٩١٦ جديد) (١).

ويترب على ذلك أنه إذا باع المورث عيناً وهو في مرض موته لوارث أو لغير وارث، وكانت العين تزيد على ثلث التركة، فإن البيع لا يسرى في حق الورثة فيما يزيد على الثلث إلا إذا أجازوه، ومن ثم لا يكون عقد البيع حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ. فلو أن تاريخ العقد العرفي يرجع إلى عهد كان المورث فيه غير مريض، لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم، ولهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمداً حتى لا يظهر أن العقد قد صدر في مرض الموت. وقد نص القانون الجديد على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ إذ يقول: «وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً» (٢).

= القانون ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان لمورثه من طرق الإثبات وذلك لأن الوارث خلف عام لمورثه لا يستطيع أن يسلك في الإثبات سبيلاً لما كان لمورثه أن يسلكه ولا يغير من هذا يكون التصرف الصادر من المورث من شأنه أن يقلل نصيب الوارث في التركة إذ هذا الإخلال يعتبر اضراً بحق الوارث يصبح معه من الغير بالنسبة لتصرف مورثه.

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠ الطعن ٤١٣ لسنة ٤٤٩ ق)

(جلسة ١٩٨٤/٥/١٥ الطعن ١٩٣٥ لسنة ٤٤٩ ق)

(١) وهذا بخلاف الدائن فإن القانون يحميه أكثر مما يحمي الوارث، فلا يبيح للمدين أن يتصرف في ماله ولو معاوضة إذا قصد الإضرار بالدائن. وفرق ما بينهما أن الوارث يتلقى المال من غير عوض، أما الدائن فيتلقاه بعوض.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث في صدد حجة التصرف الذي صدر منه لأحد الورثة إلا في حالة خلو هذا التصرف من محل طعن، فإذا كان التصرف يمس وارث في التركة عن طريق الغش والتدليس والتحويل على مخالفة أحكام الإرث، فلا يكون الوارث ممثلاً للمورث بل يعتبر من الأغيار، ويباح له الطعن في التصرف وإثبات صحته طعنه بكافة الطرق (نقض مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠).

ويلاحظ أن الورثة لا يكونون من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر في مرض الموت، ولذلك كان عبء الإثبات عليهم في ذلك. وقبل هذا الإثبات يكون التاريخ العرفي للتصرف حجة عليهم لأنهم يصبحوا بعد من الغير، حتى إذا ما أثبتوا أن التصرف صدر في مرض الموت أصبحوا من الغير. ويكون عندئذ حجة عليهم إلا التاريخ الثابت للتصرف - وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية في مرض الموت إما أن يكون بمحرر ذي تاريخ ثابت أو غير ثابت، فإذا كان تاريخه ثابتاً يصبح الاحتجاج به على الوارث إلا من اليوم الذي اكتسب فيه هذا التاريخ الثابت بناء على أحد الأغيار، ولا عبارة في هذه الحالة بالتاريخ العرفي الذي يحمله المحرر طبقاً للمادة ٢٨٨ (قديم). أما إذا كان تاريخه غير ثابت كان للوارث الحق في أن يثبت بكل الطرق القانونية أن



لمن تلقى منه هذا الحق، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة. والمحال له خلف للمحيل في الحق المحال به، وهذا استخلاف في حق شخصي. والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذي رهنه، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على حق شخصي. ويخلص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً، سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً أو حقاً شخصياً، أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء. أما من يترتب له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يكون خلفاً خاصاً له، بل يكون دائماً. فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر، بل هو دائن له (١). والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلي. إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار، لأنه تلقى عنه حقاً شخصياً، ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حق شخصي. ولا يعتبر البائع الذي يسترد العين من المشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفاً خاصاً للمشتري، لأن كلا من الفسخ والإبطال له أثر رجعي، فلا يكون البائع متلقياً للملكية من المشتري كما في المقابلة، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلاً إلى المشتري فلا يصح أن يقال إنه تلقاها منه ثانية (٢).

والمثل المألوف في الخلف الخاص هو من يتلقى عيناً من سلفه (١). كالمشتري يخلف البائع في العين المبيعة. فإذا كان البائع قد أبرم عقداً بشأن العين التي باعها، فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري؟ بديهياً أن العقد إذا كان قد أبرم بعد انتقال المبيع إلى المشتري فإن أثره لا ينصرف إلى المشتري إذ يعتبر من الغير. أما إذا كان العقد قد أبرم قبل انتقال المبيع إلى المشتري، فهنا يختلف الوضع. إذ يصح التساؤل هل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري وقد تلقى المبيع والعقد في شأنه قائم؟ فلا تعرض إذن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا توافر شرطان: (أولاً) أن يكون العقد قد أبرم في شأن الشيء المستخلف فيه. أما إذا كان قد أبرم في شأن آخر فلا تعرض المسألة، كما إذا باع شخص

(١) فيجوز أن يستعمل حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة، كأن يقطع التقادم ضد شخص وضع يده على العين المؤجرة. ويجوز كذلك أن يطعن في تصرف مدينه بالدعوى البوليصية، كما إذا باع المؤجر العين متواطئاً مع المشتري حتى يتخلص من حق المستأجر بفرض أن الإيجار غير ثابت التاريخ. (٢) والظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إداري، كعقد أو وصية، فمن يكسب عيناً بالتقادم لا يكون خلفاً خاصاً للمالك الأصلي (دى هلتس ١ في الخلف فقرة ٢٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٠١ - قارن لابلورد لاكوست فقرة ١١٦ وما بعدها). والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشيء إلى الخلف يكون بأي سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتقادم، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف إلا إذا كان انتقال الشيء بعمل إداري، فهو وحده الذي يتمشى مع فكرة حوالة الحق أو الدين وهي الفكرة التي يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف كما سنرى.

(١) الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه شيئاً سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً على هذا الشيء، أما يترتب له ابتداء حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يكون خلفاً خاصاً له بل يكون دائماً. فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر بل هو دائن له، إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار.

(جلسة ١٩٧٨/١/٢ الطعن ١٥ لسنة ٤٤٤ ق من ٢٩ ص ٦١).

عيناً وأصبح المشتري خلفاً خاصاً له في هذه العين، فلا محل للتساؤل عما إذا كان هذا الخلف ينصرف إليه أثر قرض عقده البائع حتى لو كان هذا القرض سابقاً على البيع مما جعل العين المبيعة تدخل في الضمان العام للمقرض، وليس للمقرض في هذه الحالة إلا الطعن في البيع بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها. (ثانياً) أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشيء المستخلف فيه للخلف الخاص. فيجب إذن أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقاً على التاريخ الذي انتقل فيه الشيء إلى الخلف (١) (١).

وتأتي بمثلين يبينان الأهمية العملية للمسألة التي نحن بصددتها: أمن شخص على

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «الخلف الخاص هو من يكتسب من يستخلفه حقاً عينياً على شيء معين، كالمشتري والموهوب له والمنفع، فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يترتب هذا العقد من حقوق والتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة: أولها أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف للملكية الشيء ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ... (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٥).

والحكم كالعقد لا يتعدى أثره إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء إلى الخلف، ولا يكفي أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء إذا كان الحكم قد صدر بعد ذلك (أنظر في هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦٢١ ص ١٤٢٨).

(١) أ- مفاد المادة ١٤٦ من التقنين المدني أن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص لا يصادف محلاً إلا إذا كان متعلقاً بالشيء الذي انتقل إليه، وكان عقد السلف سابقاً على العقد الذي يوجبه انتقال الشيء إلى الخلف، أما العقود التي يرميها السلف في شأن الشيء المستخلف فيه بعد انتقاله إلى الخلف فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة إليها ولا يسرى أثرها عليه، والحكم كالعقد في هذا الشأن فلا يتعدى أثره ولا تمتد حجته إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء إلى الخلف واكتسابه الحق عليه، ولا يكفي أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء إذا صدر الحكم فيما بعد. (جلسة ١٩٧٩/٢/٢١ الطعن ٥٢٩ لسنة ٤٤٨ ق)

ب- الأصل أن البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم في الدعوى، وإن للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع شائعة ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقاً أو قضاءً، فإذا تجاهله شركاؤه واجروا القسمة مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض السنة ٢٦ ص ١٦٧٨)

ج- الحكم الذي يصدر ضد البائع متعلقاً بالعقار المبيع يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه بعد صدوره وذلك على أساس أن المشتري يعتبر ممثلاً في شخص البائع له في تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ الطعن ٧٣٩ لسنة ٤٤٢ ق)

(جلسة ١٩٧٥/٣/١٨ مجموعة المكتب الفني محكمة النقض السنة ٢٦ ص ٦٢٧)

(جلسة ١٩٦٩/٢/١١ مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض السنة ٢٠ ص ٢٩٢)

(١) الحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الشيء (١). فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق للعين، فإن الخلف الذي تنتقل إليه العين يتلقاها متمتعة بهذا الحق (١).  
(٢) الحق الذي يكون تأميناً للشيء، سواء كان هذا التأمين عينياً أو شخصياً، لأن التأمين يعد مكملاً للشيء، إذ هو يحفظه ويقويه. فإذا حول الدائن حقه، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة أو رهن أو غير ذلك (٢).

(٣) وينتقل أيضاً إلى الخلف الحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها درء ضرر عن الشيء، لأن الحق الذي يقصد به وقاية الشيء من الضرر يعد مكملاً لهذا الشيء إذ هو يحفظه كما في التأمينات. فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق، ثم باع المنزل، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل المشتري (٣). وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين (٤). ومثل حق البائع في التأمين حقه قبل البائع له في ضمان الشيء ضمان استحقاق أو ضمان عيب، فالبايع لشيء ينقل مع هذا الشيء إلى المشتري حقه في الضمان (٥). ومثل هذا أيضاً حق بائع المتجر في عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو

(١) ونحن في هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف حقاً شخصياً أو حقاً عينياً، خلافاً لما ورد في الأعمال التحضيرية أمام لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ (قارن أيضاً الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٠٤ - فقرة ٢٠٤ مكررة).

(٢) وكالتأمينات دعاوى الفسخ فهي من شأنها تأكيد الحق، فالمحال له بالثمن ينتقل إليه حق البائع في الفسخ إذا لم يستوف الثمن من المشتري، بخلاف دعاوى البطلان فهي لا تنتقل إذ هي تنافي مع الحق لا تؤكد. كذلك ينتقل الحق في الحصول على سند تنفيذي بالدين المحال به (محكمة استئناف أسيوط في ٩ مارس سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٨ ص ١٠٤٨).

(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي أولاً، ثم عدل عن ذلك وأصبح الأمر الآن يتعلق بتفسير عقد التأمين ويورد فيه عادة شرط يقضى بانتقال الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف بقيود معينة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٤ هامش رقم ٤). أما القضاء المصري فالظاهر أنه يرى أن الحق الناشئ عن عقد التأمين لا ينتقل مع الشيء المؤمن عليه إلى الخلف (محكمة مصر الوطنية مستعجل في ١٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٧٠ ص ١١٤٣ استئناف مختلط في ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ ص ٤٣ م ٢٥). ولكن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تشير صراحة إلى عكس ذلك فتقول: «... أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعقود التأمين مثلاً، أو إذا كانت هذه الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٥). أنظر أيضاً في هذا المعنى قانوناً خاصاً صدر في سويسرا سنة ١٩٠٨.

(٤) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٥.

(٥) وللمشتري أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لبايئته بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب أو بأى ضمان اشترطه البائع لنفسه. ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان، فإن هذا لا يمنع المشتري من الرجوع بالضمان على البائع.

(١) من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري بما يكملها وبما يحددها ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتخصيص عليه بالذات في عقد البيع كى يمكن للمشتري التحدى به.

(جلسة ١٩٥٩/١/١٣ - م.ق.م - ٦٤ - ٣٥٤)

منزله من الحريق ثم باعه، فهل ينتقل للمشتري حق البائع في التأمين؟ باعت شركة أرضاً واشترطت على المشتري أن يكون البناء على نحو معين، ثم باع المشتري الأرض لمشتري ثان، فهل ينتقل إلى المشتري الثاني التزام المشتري الأول بالبناء على نحو معين؟

٣٥١- متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص: وقد وضع القانون الجديد معياراً يعرف به متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص. فذكر أن الحقوق والالتزامات التي تنشأ من العقد تنتقل إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه. وقد قدمنا أن هذا المعيار ليس إلا تأصيلاً لما جرى عليه القضاء في مصر وفي فرنسا قبل صدور القانون الجديد.

وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له، كما تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له. يبرر ذلك أن الحقوق المكملة للشيء إنما هي في الواقع من الأمر تعتبر من توابع هذا الشيء، والتابع ينتقل مع الأصل (١). أما الالتزامات التي تحدد الشيء فيجب أن تنتقل أيضاً معه، لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك. ومن ثم كانت الحقوق المكملة للشيء والالتزامات المحددة له هي من مستلزمات هذا الشيء، تنتقل معه إلى الخلف الخاص (٢). وننظر الآن في تطبيقات عملية لهذين المعيارين الفرعيين.

٣٥٢- الحقوق المكملة للشيء: الحق، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف، يجب أن يكون مكملاً للشيء الذي انتقل إلى الخلف كما قدمنا. وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف:

(١) متى كان عقد الايجار منصوباً فيه على أن كل ما يحدده المستأجر في الاعيان المؤجرة من اصلاحات أو انشاءات يكون ملكاً للمؤجر، ثم باع المؤجر هذه الاعيان فكل الحقوق التي كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري وتبعاً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الاعيان (جلسة ١٩٥١/١١/٢٢ مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض السنة ٣ ص ٨٢).

(جلسة ١٩٦٦/٢/١ مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض السنة ١٧ ص ٢٢١).

(٢) أنه وإن كان الأصل في الخلف الخاص أن يعتبر من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقود اجراءها سلفه إلا أن هذه الفيرية تنحصر عنه متى كان ما رتبته السلف يعد من مستلزمات الشيء، فيصبح في هذه الحالة في حكم الطرف في العقد الذي أجراه السلف وكان الالتزام يعتبر من مستلزمات الشيء الضرورية إذا كان محدداً له بأن كان من شأنه أن يقيد من استعمال الشيء أو يغفل اليد عن مباشرة بعض الحقوق عليه، وكان القانون قد اعتبر الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الايجار من مستلزمات الشيء المؤجر. فإن المتنازل له عن الايجار يعتبر خلفاً خاصاً للمستأجر الأصلي فينصرف به أثر الايجار من الباطن لأنه عقد ابرم في شأن ما استخلف فيه وهو حق المؤجر متى كان الايجار من التاريخ وسابقاً على التنازل وكان المتنازل إليه عالماً به وقت حصول التنازل بالتطبيق لحكم المادة ١٠٠٠ آفة الاشارة.

(جلسة ١٩٧٧/١/٢ الطعن ٢٥٩ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ الطعن ٦٠١ لسنة ٤٣ ق ص ٢٨ ص ٨٧٧)

في تقييد موظف قديم في حريته في العمل حتى يمتنع عن هذه المنافسة، هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدراً خطر المنافسة عن متجره فهي مكملة للمتجر وتنتقل معه إلى المشتري.

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكملًا للشيء فإنه لا ينتقل إلى الخلف (1). وعلى ذلك لا ينتقل:

(1) حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشيء الذي انتقل إلى الخلف أو حره الخطر عنه. فإذا تعاقد السلف مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التي انتقلت إلى الخلف لم ينتقل حق السلف إلى الخلف. ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر مكاناً تأوي إليه السيارة (جراج)، فإذا باعها لم ينتقل هذا الحق إلى المشتري.

(2) حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته. فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم عليها مستشفى متنقلاً، وتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة في أوقات محددة لهذا المستشفى، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشتري للأرض بعد نقل المستشفى، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التي بيعت. وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض وبنى المشتري على هذا الجزء مصنعاً لتوليد الكهرباء، واشترط البائع على المشتري أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض، فإن هذا الشرط لا ينتفع به المشتري لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع.

٣٥٣ - الالتزامات المحددة للشيء. والالتزام، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف، يجب أن يكون محدداً للشيء (1). وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف:

(1) ويقال عادة إن الالتزام ينتقل إلى الخلف عن طريق حوالة الدين، كما ينتقل الحق إليه عن طريق حوالة الحق. وقد كان القانون المدني القديم لا يعرف حوالة الدين ولم يكن فيه نص يقضي بالتحويل أثر العقد إلى الخلف الخاص، ومن ثم كانت هناك مشقة في تأصيل انتقال الالتزام إلى الخلف، فذهب الفقه إلى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير مصوراً أن السلف اشترط على الخلف أن يقوم بالتحويل لمصلحة الدائن (نظرية العقد للمؤلف ص ٧٤٣ هامش رقم ١ - قارن الدكتور حلمي بهجت بك ص ٢٠٧ وما بعدها)، أما في القانون الجديد فلا حاجة بنا إلى هذا التصوير بعد أن اعترف القانون بحوالة الدين ونظمها في نصوصه. بل إن نص المادة ١٤٦ من القانون الجديد أصبح يكفي وحده سندا لانصراف أثر العقد إلى الخلف، وتكون حوالة الحق أو الدين تمت بحكم القانون (1) الإيجار السابق على التصرف الناقل للملكية إنصراف أثره إلى الخلف الخاص. شرطه، حقوق والتزاماته. ثبوتها لهذا الخلف دون حاجة لاشتراط علمه بها وقت انتقال الشيء إليه. تقاضيه السابق لعين النزاع مبلغ خلو رجل ومقدم إيجار من المستأجر. عدم مسئولية المالك الحالية بهذه المبالغ. علة ذلك.

(جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢ الطعن رقم ٥١١٩ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٨ ص ٧٦٤)

(١) الارتفاقات العينية التي ترتب على الشيء إذا كانت قد شهرت طبقاً لما يقتضيه القانون: فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق على العين، فإن العين تنتقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف، أما إذا كان ما رتبه السلف التزاماً شخصياً كالتزام المؤجر، بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها، فلا تنتقل التزاماته إلى المشتري إلا بنص في القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف (١).

(٢) الالتزام الذي يقيد من استعمال ملكية العين وكيف هذا الاستعمال. فإذا التزم السلف بعقد ألا يستعمل المنزل الذي يملكه في حي للسكنى مقهى أو مطعماً، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف. كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته، فإن هذه القيود، سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاقات عينية، تنتقل إلى المشتري بمقتضى هذه القاعدة أو بمقتضى القاعدة السابقة. وقد اعتبرها القانون الجديد (م ١٠١٨) ارتفاقات عينية ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

(٣) التزام السلف الذي يغفل يده عن استعمال بعض حقوق المالك، كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل في استخراج المعادن فاشتطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة في جهة معينة كفاً للمنافسة (٢).

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء الذي انتقل إلى الخلف، فلا ينتقل مع الشيء إلى الخلف. وعلى ذلك لا ينتقل:

(١) التزام السلف إذا كان لا يشغل العين أو وكيف من استعمالها أو يمنع من

(١) كذلك التزام صاحب المتجر نحو مستخدميه لا ينتقل إلى المشتري للمتجر، فلا يجبر المشتري على احترام عقود هؤلاء المستخدمين إلا إذا اشترط عليه ذلك، ويبقى البائع وحده مسؤولاً عنهم، كما أن حق البائع قبلهم لا ينتقل إلى المشتري - هذا ويلاحظ أن المتجر في ذاته مجموع من المال، فلو اعتبرنا أن المشتري يخلف البائع في هذا المجموع فيصبح بهذا الاعتبار خلفاً عاماً، لانتقلت جميع حقوق المتجر والتزاماته إلى المشتري، وقد يدخل في ذلك حقوق المتجر والتزاماته نحو المستخدمين، إذا اعتبرناها داخلة في هذا المجموع من المال. ولكننا نعتبر مشتري المتجر خلفاً خاصاً لياثمه، لأن المتجر وإن كان في ذاته مجموعاً من المال، إلا أنه بالنسبة إلى مجموع مال البائع لا يخرج عن أن يكون عيناً معينة وليس بجزء شائع في هذا المجموع.

(٢) أنظر مع ذلك محكمة الاستئناف المختلطة وقد قضت بأنه إذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بأن يمتنع عن تصدير هذه المواد إلى الخارج قطعاً للمنافسة، ثم باع الحق الذي اشترى إلى مشتري ثان، فإن الالتزام الذي ترتب في ذمته لا ينتقل إلى المشتري الثاني (٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٧).

ويقع أن تباع الحكومة أرضاً، وتشتري على المشتري أنها إذا نزع ملكيتها للمصلحة العامة في خلال مدة معينة فلا تلتزم إلا برد الثمن فقط، فإذا باع المشتري الأرض لمشتري ثان التزم المشتري الثاني بهذا الشرط باعتباره خلفاً خاصاً للمشتري الأول.



استعمال بعض حقوقها. فالترام بائع الأرض الذي اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشتري الأرض كما لا ينتقل الحق على النحو الذي قدمناه. والترام بائع السيارة نحو صاحب «الجراج» لا ينتقل إلى من اشترى السيارة كما لا ينتقل الحق<sup>(١)</sup>. كذلك لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشيء الذي انتقل إلى الخلف من الضرر، سواء كان هذا التعويض ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو كان ناشئاً عن العمل الضار ذاته<sup>(٢)</sup>.

(٢) التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته. فليس على من اشترى ما وهب لبايعه، على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته، قضاءً شئ من ذلك.

**٣٥٤ - وجوب علم الخلف بالالتزامات والحقوق حتى تنتقل إليه:** وغنى عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه أو حقوقه إلا إذا كان عالماً بها وقت انتقال الشيء إليه. وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص في انتقال الالتزامات، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فمن العدل أن يكون عالماً بها وقت انتقالها إليه.

ويشترط العلم اليقيني لا مجرد استطاعة العلم. وقد كان كل من المشروع التمهيدى والمشروع النهائي للقانون الجديد يكتفى باستطاعة العلم، ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عدلت النص حتى يقتصر حكمه على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به<sup>(٣)</sup>.

ويغنى عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن.

## المبحث الثاني

### أثر العقد بالنسبة إلى الغير

**٣٥٥ - الخلف قد يكون من الغير:** قدمنا أن كلا من الخلف العام والخلف الخاص ينصرف إليه أثر العقد، إلا في أحوال معينة يصبح فيها من الغير.

فالخلف العام يكون من الغير، كما رأينا، إذا أثبت أن التصرف الذي صدر من سلفه قد صدر في مرض الموت، فلا يسرى التصرف في حقه إلا على اعتبار أنه وصية.

والخلف الخاص يكون من الغير، ولا ينصرف إليه أثر العقد، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء إلى الخلف، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له.

(١) ويمكن القول بوجه عام إنه إذا لم ينتقل الحق، فإن الالتزام هو أيضاً لا ينتقل.

(٢) استئناف مختلط في ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٣ - ولا ينتقل إلى المشتري الالتزام الذي نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع قبل أن يبيع العين للمشتري.

(٣) أنظر الأعمال التحضيرية التي سبقت الإشارة إليها أنفاً فقرة ٣٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨).

وتبين من ذلك أنه إذا كانت القاعدة هي ألا يكون الخلف من الغير، فينصرف إليه أثر العقد، إلا أن الخلف، عاما كان أو خاصا، يصبح في أحوال معينة من الغير، فلا ينصرف إليه أثر العقد أصلاً، أو ينصرف إليه على اعتبار أنه وصية.

**٣٥٦ - الغير الأجنبي أصلاً عن العقد:** أما الغير، الذي لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً لأحد من المتعاقدين، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلاً عن العقد (penitus extranei)، فلا ينصرف إليه أثر العقد مادام بعيداً عن دائرة التعاقد<sup>(١)</sup>. فالصلح الذي يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسرى في حق بقية الورثة. والعقد الذي يصدر من أحد الشركاء في الشيوخ لا يقيد بقية الشركاء إلا في حدود الفضالة. يبيع ملك الغير لا يسرى في حق المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفاً في العقد.

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضى بانصراف أثر العقد إلى الغير.

فالعدالة قد تقضي بأن يكون للغير دعوى مباشرة (action directe) هي دعوى أحد المتعاقدين على الآخر في عقد لم يكن هذا الغير طرفاً فيه. ولا يكون ذلك إلا بنص خاص في القانون. من هذا ما تقضى به المادة ٥٩٦ من أن يكون المستأجر من الباطن

(١) أ- الثمن الذي توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدني على الشفيع ايداعه حتى لا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة هو الثمن الذي حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري وانعقد به البيع ولا يكون هذا الثمن دائماً هو الثمن المسمى في العقد إذ يحتمل أن يكون هذا الثمن غير حقيقي بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة، وللشفيع أن يطعن في هذا الثمن بالصورية وبأن يزيد على الثمن الحقيقي وعندئذ يقع عليه عبء اثبات هذه الصورية بطرق الاثبات القانونية كافة.

(جلسة ١٩٦٣/١٢/٥ الطعن ٢٧ لسنة ٢٩ ق ١٤ ص ١١٣١)

(جلسة ١٩٥٩/٤/٢ الطعن ٣٧٢ لسنة ٢٤ ق ١٠ ص ٣٠٣)

ب- المشتري يعتبر من الغير بالنسبة للتصرف الصوري الصادر من البائع إليه وله أن يثبت صورية هذا التصرف بغير الكتابة.

(جلسة ١٩٥٧/١٠/٣١ الطعن ١٨٩ لسنة ٢٣ ق ٨ ص ٧٥٩)

(جلسة ١٩٦٦/٥/٢٦ الطعن ٣٤ لسنة ٣٣ ق ١٧ ص ١٢٧١)

ج- الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من الغير في الصورية ويجوز له اثباتها بطرق الاثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري بل يصح أن يكون حقه تالياً لهذا التصرف إذ أن التصرف الصوري الصادر من المدين يبقى صورياً بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا معه هذا التصرف ويظل الشيء محل التصرف داخلاً في الضمان العام للدائنين جميعاً.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ الطعن ١٥٨ لسنة ٣١ ق ١٦ ص ١٢٢٣)

د- وكيل الدائنين في تقليسة المدين يعتبر من الغير في احكام الصورية بالنسبة لعقد الايجار الصادر عن الجراج باسم زوجة المدين المقلس ولا يتقيد في اثبات حقيقة العقد بعبارات ونصوصه.

(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ الطعن ٣٢٦ لسنة ٣٤ ق ١٩ ص ١١٤١)

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير، ولا يرتب في ذمته التزاماً . والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير، ويكسبه حقاً.

ونبحث الآن كلا من هاتين المسألتين: (١) التعهد عن الغير. (٢) والاشتراط لمصلحة الغير.

## المطلب الأول

### التعهد عن الغير (\*)

#### (Promesse de porte - fort)

٣٥٧- النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٣ من القانون الجديد على ما يأتي:

١- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهدده. فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به.

٢- أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد<sup>(١)</sup>.

=العقود من حقوق، فلا ينصرف نفعها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم. على أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير، وهذا هو الاستثناء الوحيد الذي يرد على القاعدة. (مجموعة الأعمال التحضيرية).

ويقابل هذا النص في القانون الجديد النصوص الآتية في القانون القديم:

٢٠٢/١٤١: لا ترتب على المشاركات منفعة لغير عاقدتها....

٢٠٣/١٤٢: لا يترتب على المشاركات ضرر لغير عاقدتها....

(\*) بعض المراجع: تامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ - بللوماير (Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - سافاتييه (Savatier) في (Répertoire pratique du notariat) سنة ١٩٢٨ ص ٦١ و ص ١٠٠ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٧٠ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٦٣ وما بعدها - الدكتور أمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣١١ وما بعدها.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٠٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: ١- إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه. ويجب عليه أن يعرض من تعاقد معه إذا رفض الغير يلتزم. ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به، إذا كان في استطاعته من غير أن يضر بالدائن - ٢- أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن ينسحب أثر الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد. وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص وأصبح رقمه ١٥٧ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ استبدلت كلمة «تعهد» ومشتقاتها بكلمة «وعد» ومشتقاتها، لأن التعهد يؤدي معنى الالتزام وهذا ما لا يفيد الوعد، وحذفت عبارة «إذا أمكن ذلك دون إضرار بالدائن» من الفقرة الأولى، وأدخلت =

ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر. فالمؤجر يرجع إذن بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن، هي دعوى المستأجر الأصلي في عقد الإيجار من الباطن، مع أن المؤجر لم يكن طرفاً في هذا العقد. وكذلك يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حـ مطالبته رب العمل مباشرة بما لا يجاوز المقدار الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقد رفع الدعوى (م ٦٢٢). وللموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآء (م ٧٠٨). وسنعرض تفصيلاً للدعوى المباشرة عند الكلام في الدعوى غير المباشرة.

واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه. كالتصرف الذي يصدر من الوارث الظاهر فإنه يسرى في حق الوارث الحقيقي مع أن هذا لم يكن طرفاً فيه، وكالإيجار الذي يصدر من غير المالك دون غش لمستأجر حسن النية فإنه يسرى في حق المالك الحقيقي في بعض الأحوال<sup>(١)</sup>.

ولكن الأثر الذي انصرف إلى الغير في الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود، لم ير المتعاقدان وقت التعاقد، فهو مبني على اعتبارات لا دخل للإرادة فيها. أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ويكون أثراً مقصوداً أرادته المتعاقدان، فذلك تكفلت ببيان الحكم فيه المادة ١٥٢ من القانون الجديد، إذ تقول:

«لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً»<sup>(١)</sup>.

(١) لكن كانت نظرية الأوضاع الظاهرة تقوم على اعتبارات مردها الضرورات العملية بقصد حم الأوضاع الظاهرة واستقرار المعاملات وذلك بالاعتداد بالتصرفات التي تصدر من صاحب المركز الظ إلى الغير حسن النية وتصحيحها باعتبار أنها صدرت من صاحب المركز الحقيقي، إلا أنها - و نطاق الدعوى الرأية - تفتقر إلى سندها القانوني، ذلك أن القانون المدني لم يتخذ فيها مبدأ يسرى على كافة التصرفات وإنما أورد بشأنها نصوصاً استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات ا وردت بصدها، فلا يجوز التوسع في تطبيق هذه النظرية على غير هذه الحالات التي ارتأها المش لحماية الأوضاع الظاهرة كما لا يجوز القياس عليها.

(جلسة ١٩٨٢/٥/٢٧ الطعن ٤٧٥ لسنة ٥١ ق س ٣٣ ص ٥٩٣)

(جلسة ١٩٨٣/٦/١٦ الطعن ١٤٢٠ لسنة ٤٩ ق)

(جلسة ١٩٨٦/٢/١٦ الطعن ١٢٦ لسنة ٥٤ ق هيئة عامة س ٣٣ ص ٦٣٩)

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٠٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لنص القا الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٦ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النوا وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة لتعديله، ثم انتهت اللجنة إلى إا كما هو تحت رقم المادة ١٥٢. ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٤ -

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «الأصل في العقوا تقتصر آثارها على عاقدتها. فلا يترتب ما تنشئ من التزامات إلا في ذمة المتعاقدين ومن ينوب عـ من الخلفاء والدائنين، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة. وكذلك الشأن فيما ترتب

ولا مقابل لهذا النص في القانون القديم. إلا أن النص لا يستحدث حكماً جديداً، فقد كان الفقه والقضاء يجريان على مقتضاه قبل صدور القانون الجديد.

**٣٥٨- الصور العملية للتعهد عن الغير:** والتعهد عن الغير غير نادر الوقوع في الحياة العملية. ويراد به في الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا ذي الشأن لسبب، فيلتزم عنه غيره. مثل ذلك شركاء في الشبوع يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات المحكمة المختصة بالولاية على المال، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطيع انتظاره خوف ضياع الصفقة، أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويغون توقي الإجراءات المعقدة للقسمة القضائية. في مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد عن أنفسهم وملتزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة. كذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة، ولم يتمكن من الحصول على إذن في ذلك من الموكل، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل.

**٣٥٩- مقومات التعهد عن الغير وتمييزه عما يقاربه:** ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر المقومات الثلاثة الآتية:

(أولاً) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه. ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير وبين الوكيل والفضولي، فالوكيل يعمل باسم الأصيل، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه. والفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته، فيلزمه بعمله. أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه، وينصرف إليه هو أثر العقد.

(ثانياً) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير (1). ذلك أنه إذا تعاقده باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقد، فإن العقد يكون باطلاً لاستحالة المحل، إذ لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفاً فيه. والتزام الغير إنما يأتي لا من تعاقده المتعهد بل من عقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد كما سنرى. ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والمشترط لمصلحة الغير. فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من ذات العقد الذي أبرمه المشترط، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة

= تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٥٣ ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٥ - ٣٠٩).

(1) متى كان الطاعن قد اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على اجازة العقد الخامس بإشراكه في إدارة عمل رما على ابن الطاعن كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فبذلك للمطعون عليه مبلغاً معيناً بصفة تعويض وكان مقتضى هذا الشرط الجزائي أن يكون على الطاعن الذي أخل بالتزامه - فحق عليه التعويض - عبء اثبات أن ابنه قد خسر في الصفقة وأنه بذلك يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه في العمل المذكور.

(جلسة ١٩٥٢/١٠/٣٠ الطعن ٢٢١ لسنة ٢٠٢٠ق)

الغير استثناء من القاعدة التي تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير، ويجعل التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة (١).

(ثالثاً) أن يكون الالتزام الذي أخذه المتعهد على نفسه هو القيام بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد. فالمتعهد إذن يلتزم دائماً بعمل شيء (obligation de faire). أما الغير إذا قبل التعهد. فإنه يلتزم بهذا التعهد وقد يكون محله عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل، أو الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر، أو نقل حق عيني كما إذا تعاقد الشركاء في الشبوع متعهدين عن شريك لهم على بيع الشيء الشائع. والتزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو التزام بالوصول إلى غاية (obligation de résultat) وليس التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen). فليس يكفي أن يبذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب أن يصل فعلاً إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد. ولكن إذا قبل الغير التعهد، وقف التزام المتعهد عن هذا، فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد. ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل. فالكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد، ولا يكفل إيجاده. أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه (٢).

**٣٦٠- للغير أن يقبل التعهد أو يرفضه:** والغير حر في قبول التعهد أو رفضه (١). ذلك

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «وقد أشير ابتداءً إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالتزام الغير (التعهد عن الغير). فالأول يخول الغير حقاً مباشراً، على نقيض الثاني فهو لا يلزم الغير بذاته. فالوعد يلتزم شخصياً، ويكون من واجبه أن يعرض من تعاقد معه عيناً أو نقداً إذا رفض الغير أن يتعاقد. ومؤدى هذا أن الغير لا يلتزم إلا بمقتضى إقراره للوعد، ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدورها ما لم تنصرف النية إلى غير ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «فإذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر، ونصب نفسه زعيماً بذلك، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير. وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شيء هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذي بذل عنه. ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة. فليس يكفي عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما في وسعه للحصول عليه، ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارتضى إقراره. وهذا ما يفرق الوعد بالتزام الغير عن الكفالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦).

هذا وقد قضى تقنين الالتزامات السويسرى (م ١١١) بأن المتعهد عن الغير لا يكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير فحسب، بل يكفل أيضاً تنفيذ هذا الالتزام. فالتعهد عن الغير في القانون السويسرى يتضمن الكفالة.

(1) من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل فله الخيار بين قبولها أو رفضها، ولم يطلب القانون ممن حصل التعهد على ذمته أن يظهر رغبته في قبولها في زمن معين، وكل ما اقتضاه منه في حالة عدم القبول أن يعلم الرفض، أما القبول فيكفى فيه السكوت. (جلسة ١٩٣١/١٢/١٧ الطعن ١٨ لسنة ١٩٣١ق)



أن التعهد لم يلزمه بشئ كما قدمنا، فهو أجنبي عن العقد أصلاً (penitus extranei)، فلا ينصرف إليه أثره. وهذا ما يجعل التعهد عن الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة كما مر. ويبقى أن نستعرض الحالتين: (١) قبول الغير للتعهد. (٢) رفضه إياه.

## ١ - قبول الغير للتعهد

٣٦١ - كيف يكون القبول: يكون القبول صريحاً أو ضمناً. ومثل القبول الضمني أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد. والقبول تصرف قانوني، فتشترط فيه الأهلية. ولا يشترط فيه شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك، كما في الرهن الرسمي والهبة.

٣٦٢ - أثر القبول: يعتبر التعهد - وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه - بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد. فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب، وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد. وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذي تم أولاً بين المتعهد والمتعاقد معه.

ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد، ومن حيث الالتزامات التي تنشأ، ومن حيث الوقت الذي يتم فيه كل منهما.

أما من حيث أطراف التعاقد، فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه. والعقد الثاني طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير. فهناك طرف مشترك في العقدين، هو المتعاقد مع المتعهد. أما الطرف الآخر فمختلف، وهو المتعهد في العقد الأول والغير في العقد الثاني.

وأما من حيث الالتزامات، فالعقد الأول ينشئ التزاماً بعمل شئ في ذمة المتعهد، هو حمل الغير على قبول التعهد. والعقد الثاني ينشئ التزاماً في جانب الغير قد يكون محله نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل. وقد مر بيان ذلك.

وأما من حيث وقت تمام العقد، فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه. والعقد الثاني لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير. فليس للقبول إذن أثر رجعي، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد، كما هو صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ وقد مر ذكرها. فإذا تعاقد شركاء في الشروع متعهدين عن قاصر فيهم، وقيل القاصر بعد بلوغه سن الرشد، فالمفهوم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي، يستند إلى وقت تعاقد الشركاء. وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعي، فإن هذا الأثر ينتفى بالنسبة إلى أحد شخص كسب حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعي. فإذا تعهد (أ) أن (ب) يبيع منقولاً يمتلكه (ب) (ج)، ولكن (ب) باع المنقول إلى (د)، ثم قبل التعهد الصادر من (أ)، فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين، المرة الأولى إلى (د)، والمرة الثانية إلى (ج). فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر رجعي أضرب هذا بالمشتري (د) إذ يتأخر عن المشتري (ج). لذلك

يكون للقبول أثر رجعي بالنسبة إلى (د) فيتقدم على (ج). أما إذا كان المبيع عقاراً، فالفاضل يكون بالأسبقية إلى التسجيل<sup>(١)</sup>.

وإذا كان صدور القبول من الغير يرتب في ذمته التزاماً على النحو الذي بيناه، فهذا الالتزام قد نشأ من العقد الثاني الذي كان هو طرفاً فيه. ومن ثم لا يكون التعهد عن الغير إلا محض تطبيق القاعدة العامة كما قدمنا، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذي كان أجنبياً عنه، بل التزم بالعقد الثاني الذي كان طرفاً فيه. والتزام الغير بالعقد الثاني يقضي التزام المتعهد بالعقد الأول، إذ أن المتعهد يكون قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد.

## ٢ - رفض الغير للتعهد

٣٦٣ - عدم مسئولية الغير: قدمنا أن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه. فإذا رفضه كان غير مسئول، لأن التعهد لم يرتب في جانبه أي التزام<sup>(٢)</sup>.

٣٦٤ - مسئولية المتعهد: ولكن المتعهد يبقى مسئولاً عن العقد الذي تم بينه وبين المتعاقد معه<sup>(٣)</sup>. وهو لا يتخلص من التزامه العقدى إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبي. ولا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سبباً أجنبياً<sup>(٤)</sup>. فإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الأجنبي كان مسئولاً. وجزاء هذه المسئولية دفع تعويض للطرف الآخر المتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد. ويقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة.

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذي كان يراد من الغير أن يقبله. ولكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام، إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير. فالتزام المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام هو إذن التزام بدلي. إذ التزامه الأصلي هو

(١) وقد كان الفقه في القانون القديم يميل إلى أن يجعل للقبول أثراً رجعياً (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٨٧٠ - ص ٨٧١ وبنوع خاص الحاشيتين ١ و ٢ في ص ٨٧١) - هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ويتحلل الواعد من التزامه بمجرد إقرار الغير للوعد. والواقع أن التزام الواعد ينقضي في هذه الصورة من طريق الوفاء. ويترتب على الإقرار أن يصح الغير مديناً مباشرة للعقاد الآخر، لا على أساس الوعد الذي قطعه الواعد، بل بناء على عقد جديد يقوم بداهة من تاريخ هذا الإقرار، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر الإقرار إلى الوقت الذي صدر الوعد فيه. وغنى عن البيان أن الإقرار ينزل منزلة القبول من هذا العقد الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦ - ص ٣٠٧).

(٢) استئناف مختلط في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦.

(٣) استئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٢.

(٤) ولكن يعتبر سبباً أجنبياً (قوة قاهرة) أن يكون الغير قد أصبح في حالة لا يستطيع معها أن يصدر منه قبول صحيح بعد أن كان يستطيع ذلك وقت التعهد عنه، بأن يكون قد حجر عليه أو مات وكان الالتزام متصلاً بشخصه لا يستطيع ورثته أن تقوم به

دفع التعويض، ولكن يستطيع أن يبرئ ذمته من التعويض بأن ينفذ الالتزام المشار إليه (م ٢٧٨) (١).

## المطلب الثاني الاشتراط لمصلحة الغير (\*) (Stipulation pour autrui)

٣٦٥- النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٤ من القانون الجديد على ما يأتي:

- ١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية.
- ٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد.
- ٣- ويجوز كذلك للمتشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك (٢).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وإذا امتنع الغير عن إجازة الوعد، فلا تترتب على امتناعه هذا أية مسؤولية، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته. ويكون من واجبه تنفيذ التزامه، إما بتعويض الفاقد الآخر الذي صدر الوعد لمصلحته، وإما بالوفاء عيناً بالتعهد الذي ورد الوعد عليه إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالدائن. ويستوي في هذا أن يكون الوعد متعلقاً بالتزام ينقل حق عيني أو بعمل شيء أو بالامتناع عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦).

هذا وقد كان الفقه المصري في القانون القديم متردداً في أن يجيز للغير أن يعدل عن التعويض إلى تنفيذ الالتزام عيناً (أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٨٧٣ هامش رقم ٧). وقد جاء نص القانون الجديد صريحاً في حسم هذا الخلاف، وقضى بجواز ذلك.

(\*) بعض المراجع: رسالة الأستاذ لامبير باريس سنة ١٨٩٣ - رسالة الأستاذ شامبو (champeau) باريس سنة ١٨٩٣ - رسالة لبري (Le Bray) باريس سنة ١٨٩٩ - سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٥٨ - رسالة الدكتور حامد الهيمى في الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الإنجليزي باريس سنة ١٩٢٥ - مقال للأستاذ لاييه (Labbé) في المجلة العملية (Revue pratique) سنة ١٨٩٩ ص ٣١٤ - مقال للأستاذ بنشون (pinchon) في المجلة الانتقادية (revue critique) في المجلد التاسع والعشرين ص ٦١٢ - مقال للأستاذ بيكار (Picard) في المجلة الفصلية سنة ١٩٢٢ ص ٥.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢١٠ من المشروع التمهيدي على وجه لا يختلف عما هو إلا في بعض تعبيرات لفظية. وقد أقرته لجنة المراجعة، بعد تعديلات لفظية، تحت رقم المادة ١٥٨ في المشروع النهائي. وأقره مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة «بتنفيذ الالتزام» بعد لفظ «المتعهد» في الفقرة الثانية لإزالة الشبهة التي قامت حول كلمة «المتعهد» وجواز انصرافها إلى كل من العاقدين، وأدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد. وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٤. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٩ - ص ٣١٣).

ونصت المادة ١٥٥ على ما يأتي:

- ١- يجوز للمتشرط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن في ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد.
- ٢- ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المتشرط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك. وللمتشرط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة (١).

ونصت المادة ١٥٦ على ما يأتي:

- «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقلاً أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة (٢)».

أما القانون القديم فقد اشتمل على نص واحد في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير هو نص المادتين ١٩٨/١٣٧ ويجرى بما يأتي:

«من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه، فله الخيار بين قبولها أو رفضها (٣)».

وبالرغم مما يسود نص القانون القديم من اضطراب وغموض، وما تتميز به نصوص القانون الجديد من جلاء ووضوح، فإن القانون الجديد لم يستحدث شيئاً في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير، ولم يفعل إلا أن قنن في نصوص واضحة ما جرى عليه القضاء

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق. وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٩ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل في تفسير عبارة «ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد» إن نقض الاشتراط يكون مخالفاً لما يقتضيه العقد إذا كانت العلاقة ما بين المتشرط والمنتفع تقوم مثلاً على هبة من الأول للثاني، وتكون هبة لا يجوز الرجوع فيها. وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٥. ووافق على النص مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٣ - ص ٣١٥).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢١٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً، كما يجوز أن يكون شخصاً لم يعين وقت العقد مادام تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره». وأقرت لجنة المراجعة النص، مع استبدال عبارة «متى كان» بعبارة «مادام»، تحت رقم المادة ١٦٠ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة «أو جهة مستقلة» بعد عبارة «شخصاً مستقبلاً» لأن الاشتراط يجوز أن يكون لمصلحة جهة تنشأ فيما بعد، وعدل النص تعديلاً لفظياً يناسب هذه الإضافة. وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٦. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥ - ص ٣١٩).

(٣) أنظر في انتقاد الغموض والاضطراب في هذا النص، وفي الحيرة بين أن يكون نصاً في الفضالة أو في التعهد عن الغير أو في الاشتراط لمصلحة الغير نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٧٨.

٣٦٦- وضع المسألة: ونبدأ بوضع المسألة على نحو يبين مكان الاشتراط لمصلحة الغير من النظم المدنية. فلو أننا سرنا في الاشتراط لمصلحة الغير على القواعد العامة كما فعلنا في التعهد عن الغير، لترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين: العقد الأول ما بين المشتري والمتعهد، يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع. والعقد الثاني ما بين المتعهد والمنتفع، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع. ويكون الأساس القانوني واحداً في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير: في كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب في ذمته التزام، لا بمقتضى العقد الذي لم يكن طرفاً فيه، بل بمقتضى عقد جديد كان أحد طرفيه.

لو كان الأمر هو ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير لما احتاج إلى كبير عناء، ولكننا عالجنا الاشتراط مع التعهد في مكان واحد لوحدة الأساس القانوني. ولكن الأساس القانوني في الاشتراط لمصلحة الغير غيره في التعهد عن الغير. ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير، بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد، ثم بين المشتري والمتعهد، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات، أي من عقد لم يكن

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما تقول في هذا الصدد: «... أصبح اليوم الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا في حالات بخصوصها. ولهذا العلة استبدل المشروع بالمادة الغامضة الوحيدة التي تضمنها التقنين الحالي نصوصاً جلية مفصلة حددت في وضوح شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره، فأوجبت أن يكون للمشتري مصلحة شخصية، مادية أو أدبية، في تنفيذ الالتزام المشتري لمصلحة الغير. وأباحته له أن ينقض الاشتراط أو يستبدل بالمنتفع شخصاً آخر، بل وأباحته له أن يستأثر لنفسه ولورثته بمنفعة المشاركة مادام الغير لم يعلن رغبته في الاستفادة منها. ويتلقى المنتفع بمقتضى الاشتراط حقاً مباشراً مصدره العقد ذاته، وفي هذه الناحية تتجلى الفكرة الأساسية في فقه هذا الوضع بأسره، فإن الغير يكسب حقاً بناء على عقد لم يكن طرفاً فيه. ويجوز للمنتفع أو المشتري أن يطالب بقضاء هذا الحق، لأن لكل منهما مصلحة في ذلك. وأخيراً نص على جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو شخص غير معين وقت العقد، ويعتبر ذلك قصارى ما وصل إليه تطور هذا النظام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩).

(١) مفاد نص المادتين ١٥٤، ١٥٥ من القانون المدني، وكما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن الاشتراط لمصلحة الغير أصبح قاعدة عامة، بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا في حالات بخصوصها، وهو ينطوي على خروج طبيعي على قاعدة اقتصر منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم فالتعهد يلتزم قبل المشتري لمصلحة المنتفع، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد، وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدراً لهذا الحق، ولهذا أوجبت أن يكون للمشتري مصلحة شخصية، مادية أو أدبية في تنفيذ الالتزام المشتري لمصلحة الغير، وأباحته له أن ينقض الاشتراط مادام الغير لم يعلن رغبته في الاستفادة منها إلا أن يكون ذلك منافياً لروح التعاقد، فإذا قبل المنتفع الاشتراط أو كان الشرط التزاماً على المشتري أصبح حقه لازماً أو غير قابل للنقض، وهو حق مباشر مصدره العقد، فيجوز له أن يطالب بتنفيذ الاشتراط.

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٩ الطعن ٦٠٤ لسنة ٤٤٤ ق س ٣١ ص ٣٤٤)

(جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩ الطعن ٥٣٣ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ٦٩٣)

هو طرفاً فيه. فكيف ثار المشرع المصري، في القانونين القديم والجديد، هذه الثورة على القواعد التقليدية؟ وأجاز أن ينشئ العقد حقاً للغير؟

الواقع من الأمر أن المشرع المصري لم يكن مبتدعاً عندما قرر ذلك. فقد سبقه القانون الروماني في هذا الطريق، ومن بعده القانون الفرنسي القديم، ومن بعدهما القانون الفرنسي الحديث، ثم إن القاعدة لم تقف عند ما قرره المشرع الفرنسي الحديث، بل تطورت على يد القضاء والفقه تطوراً سريعاً حتى وصلت إلى أن تكون مبدأ عاماً قرره القانون المصري الجديد في صراحة ووضوح على النحو الذي رأيناه في النصوص التي نقلناها عن هذا القانون.

فنحن نبحث: (أولاً) كيف تطورت القاعدة وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية. (ثانياً) شروط تحققها. (ثالثاً) أحكامها.

## ١- كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية

٣٦٧- القانون الروماني: بدأ القانون الروماني في عهده الأولى أميناً على القاعدة التي تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير. ووصل في ذلك إلى حد أن منع النيابة في التعاقد. فكما لا يجوز للمتعاقد أن يشترط حقاً للغير إذا تعاقد باسمه الشخصي، كذلك هو لا يستطيع إيجاد حق للغير حتى لو تعاقد باعتباره نائباً عن الغير. ولكن كلا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية النيابة تطورت في القانون الروماني. ويعيننا هنا تطور نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

فإن القيود التي ترجع إلى الصياغة الرومانية ما لبثت أن تصدعت أمام الضرورات العملية. فالمدني الذي يبيع عيناً ويريد أن يشترط على المشتري دفع الثمن لدائته سداداً للدين، ولاشك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة مادية. والابن الذي يريد أن يجعل ثمن ما باعه إيراداً مرتباً يدفع لأبيه مادام هذا حياً، لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة أدبية. وكلتا المصلحتين، المادية والأدبية، جديدة برعاية القانون. فعالج الرومان هذا الأمر على أساس أن جعلوا المشترياً لمصلحة الغير يصطنع لنفسه حقاً شخصياً في العقد، وذلك بأن يضع شرطاً جزائياً (stipulatio poene) يطالب به المتعهد إذا لم يقيم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع. ثم انقلب الشرط الجزائي الصريح إلى شرط جزائي مفروض، فأعطى لمشتري دعوى تعويض قبل المتعهد إذا لم يقيم هذا بالتزامه لمصلحة المنتفع دون حاجة وضع شرط جزائي. ويكفي لتبرير دعوى التعويض هذه قيام مصلحة مادية أو أدبية. ولكن لم يكن للمنتفع حق مباشر يكسبه من التعاقد، يستطيع أن يطالب به المتعهد.

واستمر القانون الروماني في تطوره. فأعطى للمنتفع حقاً مباشراً يكسبه من العقد،



ولكن في صورة دفع (exceptio). ثم أعطاه الحق المباشر في صورة دعوى (actio)، ولكن في حالات استثنائية معدودة دعت إليها الضرورات العملية. وهذه الحالات هي: (١) الهبة إذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير (donation sub modo). (٢) اشتراط المورث لمصلحة ورثته. (٣) اشتراط المتعاقد حقاً للغير في عقود معينة: عقد المهر يوجب فيه المشتري على المتعهد أن يعطي مهراً للمتزوج، وعقد الوديعة والعارية يلزم فيهما المودع والمعيّر حافظ الوديعة والمستعير بأن يرد العين للمتزوج، وعقد رهن الحيازة إذا باع الدائن المرتهن العين لاستيفاء حقه من ثمنها فيشترط على المشتري رد العين إلى الراهن إذا رد هذا إليه الثمن.

٣٦٨ - القانون الفرنسي القديم: وورث القانون الفرنسي القديم هذه الاستثناءات عن القانون الروماني. وأضاف إليها استثناء جديداً، كان الرومان لا يعطون فيه للمتزوج إلا دفعاً فأعطى دعوى بدل الدفع. وهذه هي حالة اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث.

٣٦٩ - قانون نابليون: واحتفظ قانون نابليون بالقاعدة الرومانية، إذ قرر في المادة ١١١٩ أنه لا يجوز لمتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه. ثم استثنى من هذه القاعدة حالتين أجاز فيهما الاشتراط لمصلحة الغير. وهاتان حالتان، على ما تقرّر المادة ١١٢١ من هذا القانون، هما: (١) إذا وهب المشتري شيئاً للمتعهد، واشترط عليه في مقابل ذلك حقاً لأجنبي عن العقد هو المتزوج. وهذه هي الهبة بشرط (donation sub modo) التي عرفها كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. (٢) إذا صدر من المشتري عقد معاوضة اشترط فيه أولاً حقاً لنفسه، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير. وهنا نجد شيئاً من التجديد لم نعده لا في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم. فإن هذين القانونين كانا يستثيان من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير عقوداً معينة بالذات ذكرناها فيما تقدم. أما المشروع الفرنسي فقد وسع من جهة، وضيق من جهة أخرى. وسع في أنه لم يخص عقوداً دون أخرى بالاستثناء. وضيق في أنه لم يجز للمتعاقد أن يشترط لغيره حقاً إلا إذا كان مقروناً باشتراطه حقاً لنفسه.

٣٧٠ - القضاء والفقه: على أن تطور القاعدة بقي مستمراً يواجه الحاجات العملية المتجددة، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التي كان لها أكبر الأثر في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير. ففسر الفقه والقضاء في فرنسا كلمة (stipulation) الواردة في المادة ١١٢١، لا بالاشتراط كما هو معناها الدقيق، بل بالمتعاقد بوجه عام، سواء كان المتعاقد مشترطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته. فيكفي أن يتعاقد المشتري لنفسه ويستطيع بعد ذلك أن يشترط للغير حقاً دون أن يشترط حقاً لنفسه. والمهم توافر شرطتين (١) أن يتعاقد لنفسه مشترطاً حقاً أو مرتباً التزاماً كما قدمنا. فإذا كان لم يشترط شيئاً لنفسه، فيكفي أن يلتزم بشيء عن نفسه. وبذلك يتسع صدر الاستثناء لأن يضم ما استبعد من الحاجات. ففي عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير، وفي عقد التأمين الذي يبرم

رب العمل لمصلحة عماله، نرى المتعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً، ولكنه رتب في ذمته التزاماً هو دفع أقساط التأمين. (٢) أن يكون للمتعاقد مصلحة مادية أو أدبية تدفعه إلى الاشتراط لمصلحة الغير. لأن محل التعاقد يشترط أن تكون فيه فائدة شخصية للمتعاقد، والمشتري قد تعاقد على منفعة تؤدي للغير، فيجب أن تكون له في هذه المنفعة مصلحة شخصية، مادية أو أدبية، وإلا بطل التعاقد.

على أن الشرط الأول من هذين الشرطين - وهو أن يكون للمشتري دور شخصي في التعاقد مشترطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته - لم يلبث أن اختفى هو أيضاً<sup>(١)</sup>، وأصبح يكفي أن يكون للمشتري مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة المتزوج، وليس من الضروري أن يشترط لنفسه أو يلتزم عن نفسه.

بل إن القضاء والفقه وصلا في التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين، بل لمصلحة شخص غير موجود. فرب العمل الذي يؤمن من مخاطر العمل لمصلحة عماله إنما يؤمن لمصلحة أي عامل يدخل في خدمته. فالمتزوج هنا بالتأمين أشخاص غير معينين، ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره<sup>(٢)</sup>. وكثيراً ما يؤمن الشخص مصلحة أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم (enfants nés et à naître)، بل قد لا يكون له أولاد ومع ذلك يؤمن لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل. فالمتزوج هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين، ولكنهم لا ينالون حقاً إلا إذا جدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره. وهذا الوضع يتمشى مع النظرية المادية للالتزام التي لا تشترط وجود الدائن وقت صدور العقد، وتكتفي بوجوده وقت تنفيذ العقد<sup>(٣)</sup>.

٣٧١ - القانون المصري القديم والجديد: هذا هو التطور الذي وصلت إليه قاعدة اشتراط لمصلحة الغير، فانقلبت من استثناء محدود إلى قاعدة عامة. وهذا ما عبر عنه قانون القديم في عبارات غامضة مضطربة سبق إيرادها، وما عبر عنه القانون الجديد في

(١) وأنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠٢.  
(٢) أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠١ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ومع ذلك فلم يكن من الهين إدراك فكرة انصراف منفعة العقد إلى غير عاقديه باعتبارها صورة من صور الأوضاع القانونية مع ما هو ملحوظ من بساطتها. فالتقنين الفرنسي ذاته، وأغلب التقنينات اللاتينية من بعده، قد جعلت منها جميعاً مجرد استثناء لا يطبق إلا في حالات. ولم يسم هذا الاستثناء إلى مرتبة الأصل، ويسقط نظافة على سائر الحالات، إلا في خلال القرن التاسع عشر، وعلى وجه الخصوص على أثر ما أصاب عقد التأمين من نمو وذيوع. وقد بلغ التوسع في تطبيق هذا الأصل شأواً بعيداً وانتهى الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المتزوج شخصاً مستقبلاً أو شخصاً لم يعين وقت التعاقد مادام تعيينه مستطاعاً عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن في التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من ذرية المؤمن. وقد نقل المشروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير في صورتها التي انتهت إليها في آخر مرحلة من مراحل تطورها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٦ - ص ٣١٧).

عبارات صريحة واضحة، فقال في المادة ١٥٢ إن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً. ثم طبق القاعدة في المادة ١٥٤، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية (١). فلم يستيق من القيود التي كانت تحيط بالقاعدة في خلال تطورها إلا الشرط الأخير، وهو وجود مصلحة شخصية للمشتري، وأجاز في المادة ١٥٦ للمشتري أن يشترط لمصلحة شخص غير معين والمصلحة شخص غير موجود على النحو الذي رأيناه في النصوص التي أرودها. فيكون القانون المدني الجديد قد سجل في نصوصه آخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.

٣٧٢ - التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير: والقاعدة، في آخر تطورها لها على النحو الذي بيناه، لها تطبيقات عملية كثيرة نذكر منها ما يأتي:

١ - التطبيقات التقليدية: ومن هذه التطبيقات الهبة أو البيع مع اشتراط الوهاب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب إيراد أو حق ما للغير (٢). ومنها بيع العين المرهونة

(١) أ - مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشتري مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ التعهد لالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد وأن المنتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشتري والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعاً فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو يكون مستطاعاً تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره.

(جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٠ ص ٦٩٣)  
(جلسة ١٩٦٩/٥/٢٧ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٠ ص ١١)  
(جلسة ١٩٧٦/٤/١٩ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٧ ص ٩٨١)

ب - لم يورد المشرع المصري على خلاف بعض التشريعات نصاً خاصاً يقرر أن للمصاب حقا مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، والذي يسأل عنه قبل المستأمن نوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتعرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسؤولية المستأمن قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها اتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين فإذا كان الحق الذي اشترطه المستأمن إنما اشترطه لنفسه، فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير، أما إذا تضمنت مشاركة التأمين أن العاقدين قصداً تخويل المصاب الحق المباشر في منافع العقد فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق.

(جلسة ١٩٥٥/٥/٥ الطعن رقم ٣١ لسنة ٢٢ ق من ٤ ص ٢١٩)  
ملاحظة هذا الحكم عن واقعة سابقة على قانون التأمين الاجباري على السيارات رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥.

(٢) إذا اتفق البائع والمشتري على أن يحتفظ المشتري ببعض الثمن تأميناً وضمناً للدين الآخر على هذا الشكل فما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحة الغير وحكمه المادة ١٢٧ مدني (قديم) ان للمشتري في هذا الاتفاق يفيد قانوننا اشتراطاً لمصلحة الغير ولا يجب في نقض الاتفاق أن يشترط في نقضه ما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحة الغير قبوله له ولا يجب في نقض الاتفاق أن يشترط بشكل مخصوص بل هو كما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمناً، ولا محل ما لتطبيق المادة ١٢٧ مدني (قديم) فان هذه المادة مجالها أن يكون حق الدين لا يزال باقياً في ذمة المتعهد له

مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن (١)، ويلاحظ في هذه الحالة أن المشتري وقد أصبح ملتزماً بالدين التزاماً شخصياً لا يستطيع تطهير العقار (٢). وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حالة اشتراط فيها البائع على الجار ألا يأخذ بالشفعة رعاية لمصلحة المشتري، فكسب المشتري حقاً من هذا العقد الذي لم يكن طرفاً فيه (٣). كذلك قد يشترط صاحب المتجر إذا باع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين، فيأخذ على المشتري عهداً أن يقيهم في العمل أو ألا ينقص من أجورهم. وفي عقود النقل يتم العقد بين شركة النقل ومرسل البضاعة، فيتولد عن هذا العقد حق مباشر للمرسل إليه يستطيع بمقتضاه أن يطالب شركة النقل بتنفيذ شروط العقد، كتسليم البضاعة في حالة جيدة وفي مكان معين (٤).

٢ - عقود التأمين: عقد التأمين على الحياة هو خير مثل للاشتراط لمصلحة

= استعمال الدائن هذا الحق، فإذا ما انقضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أي حق حتى يصح للدائن أن يباشره باسمه.

(١١/٦/١٩٤٢ طعن رقم ٦٨ لسنة ١١ ق).

(١) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ١٨٤ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ - وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد أحد المتبادلين في أطيان بأن يدفع بعض المستحق عليه من فرق البديل في نصيب المتبادل الآخر من دين على أطيان أخرى هو شريك له فيها على الشروع، فهذا التعهد هو من قبيل الاشتراطات لمصلحة الغير، لا يصح فيه للمتبادل الآخر أن يطلب دفع المبلغ إليه، بل له فقط أن يطالب المتعهد بتنفيذ تعهده (نقض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الدين إلى الدائن المرتهن لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الدائن إلا إذا تدخل الدائن في عقد البيع وقبل الاشتراط لمصلحته (٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣). ونرى أنه ليس من الضروري تدخل الدائن في عقد البيع ذاته، ويكفي أن يصدر منه قبول ولو مستقلاً عن البيع، وبهذا تقضى القواعد المقررة في قبول المنتفع. ولكن إذا رفض الدائن قبول الاشتراط، زال حقه الشخصي قبل المشتري. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى بأنه إذا قبل المشتري أن يدفع الدين المضمون بالرهن على العقار المبيع، فإن هذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر قبل المشتري، ولكن إذا استمر الدائن المرتهن في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون التي كان بدأها قبل البيع، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى شخصية على المشتري لأن هذا لم يقبل الاشتراط لمصلحة الغير إلا على أساس أن الدائن المرتهن لا ينزع ملكية العقار (٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤).

(٣) أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ - ويلاحظ أنه كان من المقرر في القانون القديم أن الشفيع لا يصح نزوله عن حقه في الأخذ بالشفعة إلا بعد قيام هذا الحق ببيع العقار المشفوع فيه. فكان من المستطاع مداورة هذا الحظر عن طريق تصوير الشفيع متعهداً بالامتناع عن عمل هو المطالبة بالشفعة في اشتراط لمصلحة المشتري. أما في القانون الجديد فيجوز أن ينزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ جديد).

(٤) أنظر في تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على الأوراق التجارية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٩٥.

غير. والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده إذا مات قبل مدة معينة (1)، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين دون أن يشترط لنفسه شيئاً. وفي الحالتين نجد اشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع بمقتضاه حقاً مباشراً من عقد التأمين. وقد يؤمن المستحق في وقف على حياته لمصلحة دائته، حتى إذا مات وانقطع استحقاقه استطاع الدائن أن يستولى على حقه من مبلغ التأمين. وعلى العكس من ذلك قد يؤمن الدائن على حياة مدينه ضماناً لحقه (2). وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى شترط فيها المؤمن لمصلحة الغير. فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله مما يصيبهم من ضرر أثناء العمل، فيكون الغير هنا هم العمال يكسبون حقاً مباشراً قبل شركة التأمين عما يصيبهم من الضرر (3). ويقرب من هذا أن يتفق رب العمل مع طبيب لعلاج العمال مجاناً، ففي هذه الحالة يكون للعمال حق مباشر قبل الطبيب إذا أهمل علاجهم أو رفض ذلك (4). وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة، ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير (5). وقد يؤمن المدين الراهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن. وعقد التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن عليه (assurance pour le compte de qui il appartiendra) فيه اشتراط للغير، فقد يكون الشيء منزلاً يؤمن صاحبه من حريق أو بضاعة يؤمنها من التلف أو الغرق أو نحو ذلك من المخاطر، ويشترط على شركة التأمين أن تدفع التعويض في حالة تحقق الخطر لأي شخص يكون مالكاً في ذلك الوقت للشيء المؤمن عليه.

(1) قارن استئناف مختلط في ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧.

(2) أما إذا أمن رب العمل على مسؤوليته نحو العمال عما يحدث لهم من الضرر أثناء العمل، وبوجه عام إذا أمن شخص على مسؤوليته عن الحوادث، كحوادث السيارات وحوادث النقل ونحو ذلك، فإن المؤمن لا يكون مشترطاً لمصلحة الغير بل لمصلحته هو. ولا يكسب من يكون دائناً في هذه المسؤولية حقاً مباشراً قبل شركة التأمين، وإن كان يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له قبل شركة التأمين ولكن يتعرض في هذه الحالة لمزاحمة دائني المؤمن له (استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط في ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ جريدة مصر القضائية (L'Egypte Judiciaire) السنة الأولى العدد العاشر ص ١٠ - وانظر في رجوع شركة التأمين بما دفعته من تعويض للمؤمن له رجوعاً مباشراً على المسئول عن الحريق في حالة التأمين من الحريق المادة ٧٧١ من القانون المدني الجديد).

(3) والتون ٢ ص ٥٩.

(4) استئناف مختلط في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٧١.

(5) إذا كان الحق الذي اشترطه المستأمن في وثيقة التأمين إنما اشترطه لنفسه فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى ولو كانت ثمة منفعة تعود منه على الغير، أما إذا تبين من مشاركة التأمين أن العاقدين قصداً تخويل الغير الحق المباشر في منفعة العقد فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق.

(جلسة ١٩٨٥/١/١ الطعن ٩٨٨ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٤٧/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ ص ٢١٨)

٣- عقود الاحتكار والتزام المرافق العامة: إذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقاً من المرافق العامة، كالاحتكار الذي يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك، فإن مانح الاحتكار - الحكومة أو أحد المجالس المحلية - يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المنتفعين من الجمهور. فيشترط مثلاً حداً معيناً من الأجر لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه. في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر ويطلبه بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته (1) (2). وقد أكد هذا المبدأ القانون المدني الجديد في النصوص التي أفردتها لعقد التزام المرافق العامة، فنص في المادة ٦٦٩ على أن ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين (أنظر أيضاً المادتين ٦٧٠ و٦٧١).

٤- عقود المقاولات: وكثيراً ما يفرض رب العمل في عقود المقاولات على المقاول شروطاً لمصلحة العمال، لاسيما إذا كان رب العمل هنا هو الحكومة أو شخص معنوي عام أو إحدى الشركات. ويثبت ذلك في دفتر الشروط (cahier des charges)، فيضع حداً معيناً للأجر لا يجوز أن تنزل عنه، وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات ونحو ذلك. فيصبح للعمال قبل المقاول حق مباشر استمدوه من عقد المقاولات التي لم يكونوا طرفاً فيها، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير (2).

(1) استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ - وفي ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٦٥ - قارن استئناف مختلط في ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٢.

(2) تعهد الملتزم في عقد امتياز المرافق العامة باستخدام عمال الملتزم السابق بذات الشروط والأجر على أن يعتبر تعيينهم جديداً، هذا التعهد وإن ورد في عقد الالتزام إلا أنه ليس من الشروط التي وضعت لأداء خدمة عامة للجمهور بل هو تعاقد بين جهة الإدارة وباسمها وبين الملتزم الجديد لصالح العمال المذكورين ولجهة الإدارة في هذا الاشتراط مصلحة أدبية هي استمرار هؤلاء العمال في عملهم واستقرار حقوقهم مع حرص جهة الإدارة على عدم تفشي البطالة، وإذا كان المستفيد من الاشتراط لصالح الغير يستفيد حقاً شخصياً مباشراً بمقتضى العقد يستطيع أن يطالب المتعهد بوفائه وكانت هذه العلاقة العقدية من علاقات القانون الخاص لقيامها بين المستفيد والمتعهد فإن مؤدى ذلك أن جهة القضاء العادي تكون هي المختصة بنظر النزاع بينها.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ الطعن ٢ لسنة ٣٥ تنازع م ٢٠ ص ٥٢٩)

(جلسة ١٩٥١/٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ ص ٣٨٥)

(3) ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير الاكتتابات العامة، فإذا فتحت جريدة أو مجلة اكتتاباً لعمل خيرى أو عمل عام، أمكن القول إن المكتتب تعاقد مع من نظم الإكتتاب مشترطاً لمصلحة الغير (والتون ٢ ص ٥٨ - ٥٩). وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ (الحاماة ١٨ رقم ٤٦٥ ص ١٠٦٦) بأن قول الوارث الآخر إن المورث لم يقصد بإيداع أموال لبعض الورثة أن يهبهم إياها، بل أراد إما التحايل على نظام صناديق التوفير الذي لا يجيز لأحد أن يكون =



## ٢- شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٣- متى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير: الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة: المشتراط (stipulant)، والمتعهد (promettant)، والمنتفع (bénéficiaire). ولكي يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية:

(١) أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنتفع، دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد.

(٢) أن يشترط المشتري على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع.

(٣) أن يكون للمشتراط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية.

وهذا ما أجملته الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ من القانون الجديد إذ تقول: «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية».

٣٧٤- المشتراط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع: وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، اتفاقية كانت أو قانونية. فالنائب، وكيلًا كان أو ولياً أو وصياً أو قيمياً أو فضولياً أو غير ذلك، يتعاقد باسم الأصل لا باسمه. أما المشتراط فيتعاقد باسمه لا باسم المنتفع، والأصيل لا النائب هو الطرف في العقد، ورضاء النائب يعنى عن رضائه. أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمشتراط لا المنتفع هو الطرف في العقد، وقبول المنتفع للاشتراط ضروريته حتى يتأكد في شخصه حق كسبه من عقد ما لم يكن طرفاً فيه.

ويترب على ما تقدم أن المشتراط يختلف عن الفضولي اختلافاً جوهرياً. فالفضولي نائب عن رب العمل، بخلاف المشتراط فلا يتوب عن المنتفع. وقد كان هناك رأى، بين الآن فساده، يجعل المشتراط فضولياً يتعاقد لمصلحة المنتفع، وقبول المنتفع يعتبر إقراراً بعمل الفضولي فينقلب هذا وكيلًا، وعن طريق الفضالة والوكالة ينصرف أثر العقد إلى المنتفع. أما فساد هذا الرأى فراجع إلى أن المشتراط إنما يتعاقد باسمه كما قدمنا، في حين أن الفضولي يتعاقد نيابة عن رب العمل. وهذا الفرق بين الوضعين تبني عليه نتائج عملية هامة، نذكر منها ما يأتي:

١- أكثر من دفتر واحد ولا أن تزيد وديعته على خمسمائة جنيه، وإما الوصية بتلك الأموال لم أودعت باسمه، قول لا يقبل ما لم يقم عليه دليل مقنع. ومجرد بقاء الدفاتر تحت يد المورث لا يكتفى لإثباته، بل الراجح الذي يؤيده العرف الجارى بين الآباء هو أن المورث أراد بالإيداع أن يكون المال حق من أودع الودائع باسمه في الحال، وقد يكون له بواسطة بقاء الدفاتر عنده الإشراف الفعلي على تصرف هذا الوارث. على أنه حتى إذا كان المورث قد أراد ألا يؤول المال المودع إلى الوارث المذكور إلا بعد وفاته، فإن هذا لا يجعل التصرف وصية مادام الإيداع قد حصل باسم الوارث طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير يرجع حق المنتفع دائماً إلى يوم العقد نفسه ولو كانت الوصية تؤول إليه فعلاً إلا بعد وفاة المشتراط كما في حالة التأمين على الحياة.

ويلاحظ أن الحكم في فرضه الأخير وكيف العقد بأنه وديعة اشتراط المودع فيها أن يسلم المودع المال بعد وفاة المودع لشخص بالذات وبه المودع هذا المال حال حياته.

١- لما كان المشتراط ليس بنائب عن المنتفع، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير مادامت له مصلحة شخصية في ذلك، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لا بد من وجود ضرورة تقضى بذلك كما سنرى عند الكلام في الفضالة.

٢- يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية، لأنه يتعاقد باسمه. أما الفضولي فهو، على النقيض من ذلك، يجب ألا تكون له مصلحة شخصية في إدارته لشئون رب العمل.

٣- الفضولي، وهو يعمل لحساب رب العمل، يلتزم بالمضى فيما بدأ به، ولا يجوز له الرجوع فيه. أما المشتراط، وهو يعمل لحسابه، لا يلتزم بالمضى في عمله، بل هو، على النقيض من ذلك، يجوز له الرجوع في الاشتراط للمنتفع وإضافة الحق لنفسه أو لشخص آخر غير المنتفع.

٣٧٥- المشتراط يشترط حقاً مباشراً للمنتفع: فإذا كان الحق الذي اشترطه المشتراط إنما اشترطه لنفسه، ولكن تعود منه فائدة على الغير، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير. مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسؤوليته عما ينجم من الضرر للغير، فلا يعد هذا اشتراطاً لمصلحة الغير، لأن المؤمن له إنما إراد أن يشترط لنفسه هو لا للمصاب، وإن كان التعويض الذي يأخذه وإن زاحمه في ذلك سائر دائني المؤمن له. وعلى ذلك لا يكون للمصاب حق مباشر من عقد التأمين، فلا يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى مدية.

ولا يكفي إعطاء حق للمنتفع، بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد الذي تم ما بين المشتراط والمتعهد. فإذا كان المشتراط قد اشترط هذا الحق الذي نشأ من العقد لعقد لنفسه أولاً، ثم حوله بعد ذلك أو انتقل عنه إلى شخص آخر، لم يكن في هذا اشتراطاً لمصلحة الغير. ويترب على ذلك أنه لو باع شخص منزلاً، ثم حول الثمن إلى دائن الخيل ودائنه وهو المحال له. ولو أمن شخص لمصلحة نفسه، ثم مات وانتقل حق التعويض إلى ورثته، فإن هؤلاء يتلقون الحق عن مورثهم بالميراث، ولا يكسبون حقاً مباشراً من عقد التأمين ذاته. وليس في كل ذلك اشتراط لمصلحة الغير. كذلك لا يقصد المشتراط أن يلتزم المتعهد قبل المنتفع بعقد جديد يتم بينهما، ولا أن يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله هذا فيتم عقد جديد بينه وبين المنتفع. ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذي يكسبه المنتفع لا يتلقاه عن المشتراط عن طريق الحوالة أو عن طريق الميراث أو عن طريق عقد جديد، ولا يتلقاه عن المتعهد عن طريق عقد جديد، وإنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذي تم بين المشتراط والمتعهد.

ولا يشترط في المنتفع أن يكون موجوداً وقت صدور هذا العقد، أو أن يكون معيناً في ذلك الوقت، بل يجوز، كما رأينا في الأمثلة التي قدمناها، وكما تقرر المادة ١٥٦ التي

أسلفنا ذكرها، أن يكون شخصاً مستقبلاً أو شخصاً غير معين وقت عقد الاشتراط، متى وجد أو كان مستطاع التعيين وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة. وهذه هي ميزة كبيرة، تطور الاشتراط لمصلحة الغير حتى وصل إليها كما رأينا.

٣٧٦- **المشروط له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير:** ذلك أن المشروط إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه، فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير، وإلا كان فضولياً. والمصلحة الشخصية هي الفرق الجوهرى ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير كما قدمنا.

ولا يشترط أن تكون المصلحة مادية، بل يجوز أن تكون أدبية. فيصح التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد، والاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو اللقطاء أو لأى عمل آخر من أعمال البر.

ولكن يكفي أن يكون للمشروط مصلحة شخصية، مادية أو أدبية، وليس من الضروري أن يكون له دور شخصى فى العقد. وقد رأينا فى تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أن للمشروط أن يشترط لمصلحة المنتفع دون أن يكون له دور شخصى فى هذا الاشتراط، لا مشروطاً لنفسه ولا متعهداً عنها. مثل ذلك أم تتعاقد مع والد ابنها على أن يتعهد الأب بترتيب إيراد لابن دون أن تلزم الأم بشئ قبل الأب. ففى هذا الفرض نرى الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنها، دون أن تشترط لنفسها حقاً أو ترتب فى ذمتها التزاماً، وليست الأم تقوم هنا بعمل الفضولى لأن لها مصلحة شخصية فى الاشتراط، وهى مصلحة أدبية، فهى مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة. ومثل ذلك أيضاً أن تمنح الإدارة المحلية احتكاراً لإحدى الشركات، ثم تعود فتشترط عليها فى عقد مستقل شروطاً لمصلحة الجمهور، وتقبل الشركة هذه الشروط دون مقابل، فيتحقق فى هذا الفرض اشتراط لمصلحة الغير دون أن يكون للمشروط دور شخصى.

### ٣- أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٧- **العلاقات المختلفة فى الاشتراط لمصلحة الغير:** قدمنا أن هناك أشخاصاً ثلاثة فى الاشتراط لمصلحة الغير: المشروط والمتعهد والمنتفع. وعلينا أن نبحث علاقاتهم بعضهم ببعض. فتكلم فى مسائل ثلاث: (أولاً) علاقة المشروط بالمتعهد. (ثانياً) علاقة المشروط بالمنتفع. (ثالثاً) علاقة المتعهد بالمنتفع.

٣٧٨- **علاقة المشروط بالمتعهد:** هذه يحددها العقد الذى تم فيما بينهما. ففى عقد التأمين مثلاً يلتزم المشروط بأن يدفع للمتعهد (شركة التأمين) أقساط التأمين فى مواعيد محددة وتلتزم شركة التأمين فى حالة ما إذا كان المشروط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو المشروط فتدفع له مثلاً المبلغ المتفق عليه إذا بقى حياً إلى المدة المتفق عليها. ولكل من المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع التى يتمسك بها بالنسبة إلى هذا العقد الذى تم بينهما من أوجه البطلان أو أسباب انقضاء.

وإذا لم يقوم أحد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الآخر وجب تطبيق القواعد العامة. فيجوز للمتعاقد الذى لم يحصل على حقه أن يطلب التنفيذ عينياً إذا كان هذا ممكناً، أو أن يطلب تعويضاً عن عدم التنفيذ. وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه.

ولما كان للمشروط مصلحة شخصية فى التزام المتعهد نحو المنتفع كما قدمنا، فإن للمشروط أن يراقب تنفيذ المتعهد لهذا الالتزام لأنه ليس أجنبياً عنه. وعلى هذه المصلحة الشخصية بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير، وعليها الآن نبني حق المشروط فى مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع. فللمشروط أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام للمنتفع، وأن يرفع دعوى باسمه لا باسم المنتفع للمطالبة بذلك، وهى دعوى قوامها المصلحة الشخصية الثابتة للمشروط. بل قد تنصرف نية المشروط إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، دون أن يكون للمنتفع نفسه دعوى للمطالبة بهذا التنفيذ، كما إذا اشترطت الحكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطاً لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها، دون أفراد الجمهور، بالحق فى مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط. وعلى العكس من ذلك يجوز أن يتبين من العقد أن المنتفع وحده دون المشروط هو الذى تجوز له المطالبة بتنفيذ المتعهد لالتزامه نحوه، كما إذا اشترط رب العمل على مصحة أن تنزل من يشاء من عماله لقضاء دور النقاهة فيها على أن يترك ذلك لاختيار العامل. وإلى هذا تشير الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ إذ تقول: «ويجوز كذلك للمشروط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك».

كذلك للمشروط، إذا لم يقوم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة. ويلاحظ أن المشروط إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المنتفع، سواء كان ذلك لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع أو لالتزامه نحو المشروط، فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه، فيرجع هذا به على المشروط إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه<sup>(١)</sup>.

٣٧٩- **علاقة المشروط بالمنتفع:** قد تكون هذه العلاقة علاقة تبرع، وقد تكون علاقة معاوضة.

فإذا كان المشروط أراد التبرع للمنتفع، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الهبة للشكل، لأن الهبة هنا غير مباشرة. وسنرى أن للمشروط نقض الاشتراط، سواء كان تبرعاً أو معاوضة، مادام المنتفع لم يصدر منه إقرار لما اشترط لمصلحته. أما إذا كان الاشتراط تبرعاً للمنتفع، جاز للمشروط، حتى بعد أن يقر المنتفع بهذا الاشتراط، أن ينقض حق المنتفع طبقاً لقواعد الرجوع فى الهبة<sup>(٢)</sup>. ذلك أن العلاقة التبرعية فيما بين المشروط والمنتفع، إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة من حيث الشكل، فهى تخضع لها من حيث الموضوع. فيجب توافر أهلية التبرع فى المشروط، وتعتبر الهبة قد صدرت من وقت صدور العقد، فإذا

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٩٠٨ هامش رقم ١.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذى =

صدرت من المشرط وهو في مرض موته أخذت حكم الوصية. ويجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ولا يشترط أن يكون المنتفع سعي النية لأنه موهوب له. ويلاحظ أن المقدار الموهوب بالنسبة إلى المشرط ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المنتفع، بل هو مقدار ما دفعه المشرط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع. فلو أن شخصاً أمن على حياته لمصلحة أولاده تبرعاً منه لهم، فإن مقدار ما تبرع به لا يكون المبلغ الذي تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمن له، بل هو مقدار الأقساط التي دفعها المؤمن له لشركة التأمين حال حياته بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين. أما إذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف، واشترط عليه التزاماً لمصلحة الغير قيمته خمسمائة، فإن المقدار الذي وهبه المشرط للمنتفع هو خمسمائة لا ألف (١).

أما إذا كان المشرط لم يرد التبرع، فالعلاقة بينه وبين المنتفع يحددها موقف الأول من الثاني بحسب الأحوال. فقد يكون المشرط مديناً للمنتفع، واشترط له وفاء لدينه. وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط لمصلحته، ويكون القرض تبرعاً إذا كان غير فوائد ومعاوضة إذا كان بفوائد. ومثل القرض الوديعة، فإذا تسلم المنتفع العين من المتعهد أصبح بالنسبة إلى المشرط حافظاً لوديعة وطبقت أحكام الوديعة فيما بينهما، وهكذا.

**٣٨٠ - علاقة المتعهد بالمنتفع - حق مباشر مصدره عقد الاشتراط: وعلاقة المتعهد بالمنتفع هي أخص ما في الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد. ذلك أن المنتفع - ولم يكن طرفاً في العقد الذي التزم به المتعهد - يكسب من هذا العقد حقاً شخصياً مباشراً (droit propre) يستطيع أن يطالب به المتعهد. وهكذا يتحقق ما في الاشتراط لمصلحة الغير من خروج على القاعدة العتيقة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير. وهذا هو ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني الجديد في هذا الصدد: «ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل**

= تعاقد عليه مع شركة تأمين، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشتراطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق لا يترتب حقاً للمستحق قبل المشرط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع المشرط عن دفع أقساطه، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشرط. وليس هو حوالة من المشرط للمستحق تفيد بذاتها مديونية المشرط له بمقابل قيمتها (نقض مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٥ ص ٢٩٦).

(١) ومتى تحددت قيمة التبرع على النحو المتقدم، فهذه هي القيمة التي تعتبر عند تطبيق الأحكام الموضوعية للهبة في العلاقة ما بين المشرط والمنتفع. فلو طعن دائن المشرط بالدعوى البوليصية في عقد التأمين الصادر من مدينه وتوافرت شروطها، فإن الدائن لا ينفذ بحقه إلا بمقدار أقساط التأمين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ رقم ١٣٦ ص ٤٨ - أنظر أيضاً في حق المؤمن في الرجوع بأقساط التأمين على المنتفع باعتبارها وصية لا تنفذ في حقهم (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣). وإذا أراد المؤمن له الرجوع في الهبة فإنه يرجع على المنتفع بمبلغ الأقساط التي دفعها لشركة التأمين، وهذا بخلاف ما إذا كان المشرط قد نقض حق المنتفع فإنه يرجع الحق في مبلغ التأمين لا في الأقساط وحدها.

المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك. فالعقد الذي تم ما بين المشرط والمتعهد هو إذن مصدر الحق المباشر الذي ثبت للغير، وهذا العقد هو الذي أنشأ هذا الحق (١). وإذا قيل كيف ينشئ العقد حقاً للغير؟ قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير. ثم ما الذي يمنع من ذلك؟ ولماذا لا ينشئ العقد حقاً للغير مادام هذا الغير يرضى بأن يكون هذا الحق له! ليس في المنطق القانوني ما يجعل هذا متعذراً، وإنما هي القاعدة الرومانية العتيقة التي كانت تحول دون التسليم بهذا المبدأ. وقد قضت، نزولاً عند اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان، بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين. ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها. وليس ثمة ما يمنع من التسليم بأن العقد قد ينشئ حقاً للغير. وهذا ما صرح به القانون المدني الجديد (١).

ما كنا لنسهب في تقرير ذلك مع وضوحه، لولا أن الفقهاء يعقدون عادة بحثاً تقليدياً يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذي ثبت للمنتفع؟ لعله يكون في عقد جديد تم

(١) المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير يكسب حقاً مباشراً من العقد ذاته المبرم بين المشرط والمتعهد تعيين المنتفع يكون بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو من الممكن تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره. (جلسة ١٩٩٥/٤/٣٠ الطعن رقم ١٣٨٩ لسنة ٥٦ ق السنة ٤٦ ص ٧٤٩) (جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٦٩٣)

(١) رأينا المادة ١٥٢ من هذا القانون تصرح بأن العقد لا يترتب التزاماً في ذمة الغير «ولكن يجوز أن يكسبه حقاً».

والذي نقره هنا من أن عقد الاشتراط هو الذي أنشأ حق المنتفع ما سبق أن قررناه في كتابنا «نظرية العقد» ص ٩١١، وقرره بعد ذلك الدكتور حلمي بهجت بدوى بك في عبارات لا تخرج عن هذا المعنى، إذ يقول: «ما الذي يحول في القواعد العامة دون اجتماع إرادة شخصين على أن ينشأ لثالث حق مباشر قبل أحدهما؟ اللهم لا حائل دون ذلك، لا من القواعد التي تنتهي إليها من تحليل الإرادة ولا من قواعد النظام العام». (أصول الالتزامات ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥). ويبدو أن الدكتور حلمي بهجت بدوى لم يتنبه للرأي الذي قلنا به، فهو عندما عرض للنظريات التقليدية في هذا الموضوع حشرنا بين فقهائنا (أنظر أصول الالتزامات فقرة ٢٤٥ ص ٣٥٢ هامش رقم ١)، ومضى بعد ذلك يقرر ما سبق لنا أن قررناه.

ونحن لم تقتصر على إدخال قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حظيرة القواعد العامة، بل نبهنا إلى أن قاعدة التعاقد عن الغير هي الأخرى في حاجة إلى إمعان في النظر. ولم نر ما يمنع في المنطق القانوني من أن تقوم قاعدة التعاقد عن الغير على غرار قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، تلزم الغير بعقد التعاقد ذاته لا بعقد جديد. وفسرنا قصور قاعدة التعاقد عن الغير في الوصول إلى هذه المرحلة من التطور بأن الضرورات العملية لم تقتض بعد، كما اقتضت في قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترك فيه، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانوني دون ذلك.

وهذا ما سبق لنا أن قلناه في هذا الصدد: «ويمكن القول بوجه عام إن القانون الحديث، بعد تدرج في التطور، أصبح يعترف بأن المتعاقدين بإرادتهما أن يشترطا حقاً للغير. ولكنه وقف عند ذلك، فلم يعترف حتى اليوم بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما كذلك أن ينشئا التزاماً في ذمة الغير. ولم يجر هذا التطور إلا تحت ضغط الضرورات العملية، فهي التي اقتضت جواز أن يستفيد الغير حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه، ولعلها لم تقتض بعد جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترط فيه، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانوني دون ذلك». (نظرية العقد ص ٨٦٣ - ص ٨٦٤).



بين المشتري والمنتفع، أو بين المتعهد والمنتفع. أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشتري على أساس أنه فضولي يعمل لمصلحة المنتفع. أو لعله يكون هو حق المشتري كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع. ولكل نظرية من هذه النظريات أنصار يدافعون عنها. على أنه من اليسير تنفيذها جميعاً. فقد قدمنا أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المتعهد أو المشتري يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله أو يرفضه كما تذهب إلى ذلك نظرية الإيجاب المعروض (théorie de l'offre)، لأن حق المنتفع إنما ينشأ من العقد الذي تم ما بين المشتري والمتعهد لا من عقد جديد بين المنتفع والمتعهد أو بين المنتفع والمشتري. وليس معناه أن المشتري يقوم بعمل من أعمال الفضالة للمنتفع (théorie de la gestion d'affaire)، لأن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة هو وجود المصلحة الشخصية في الحالة الأولى وانعدامها في الحالة الثانية، وليس معناه أن المشتري يكسب الحق لنفسه أو لا ثم يحوله بعد ذلك للمنتفع (théorie de la cession)، لأن المنتفع لا يتلقى الحق عن المشتري ولا يعتبر خلفاً له فيه، بل هو حق كسبه مباشرة من عقد الاشتراط. سبق أن فندنا كل هذا. ونفند الآن كذلك نظرية أخرى لجأ إليها بعض الفقهاء (1) أخيراً يذهبون فيها إلى أن حق المنتفع مصدره إرادة المتعهد المنفردة (théorie de la volonté unilatérale)، ولو كان هذا صحيحاً لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المنتفع بالدفع الواردة على عقد الاشتراط، ولكان للمتعهد وحده لا للمشتري حق النقص إلى أن يصدر إقرار المنتفع.

ثم قلنا في الحاشية: «والواقع من الأمر أن القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير عتيقة بالية، ورثناها عن القانون الروماني، ونحن نستقيها الآن أسماً لا فعلاً، ولا فنحن نخرج عليها كلما اقتضى تقدم المعاملات ذلك وكثيراً ما يقتضيه... وليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن شخصين يتفقان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليد التزام في ذمته. وليس هذا معناه أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو المدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك، فقبوله ضروري في الحالتين حتى لا يكون دائماً أو مدينياً بالرغم من إرادته، ولكنه إذا قبل يعتبر الحق الذي كسبه أو الالتزام الذي تعلق في ذمته قد نشأ من نفس العقد الذي لم يكن طرفاً فيه... ولا فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير في ذلك. ولا يجوز أن يقال إن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً للمنتفع عن الغير فيبذل التزاماً، وأنه إذا صح أن الغير يكسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه، فلا يصح أن يتعلق في ذمته التزام من عقد لم يصدر منه قبول به. ذلك لأن قبول الغير ضروري في الحالين كما قدمنا. ففي الاشتراط لمصلحة الغير لابد من قبول المنتفع كما سنرى. كذلك في التعهد عن الغير لابد من اشتراط قبول الغير، فإذا صدر هذا القبول فما الذي يمنع، من حيث المنطق القانوني من اعتبار الالتزام الذي نشأ في ذمة الغير، وقد قبله التزاماً في ذمته، متولداً من العقد الذي لم يكن طرفاً فيه، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير؟» (نظرية العقد ص ٨٦٤ هامش رقم ١) وأنظر أيضاً ص ٨٧١ هامش رقم ٢ - هذا ولم يرض القانون المدني الجديد أن يسبق الزمن، في قاعدة التعهد عن الغير عند مرحلتها القاصرة، وسجل لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطورها وقال في المادة ١٥٢: «لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً».

(١) أنظر ورمز (worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ ص ١١٤ - بودري وبارد ١ فقرة ١ كولان وكايتان ٢ ص ٢٢٨ - جوسران ٢ فقرة ٢٠٤.

والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسوا ما قرروه من قبل، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التي سبق لهم أن أنكروها! فلا يجرؤ فقيه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة! أما نحن فلا نتردد في أن نقرر أن حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط، وليس للحق مصدر غير هذا العقد (١). ونقرر كذلك أن هذا الحق مباشر، لم يتلقه المنتفع من المشتري. ولكل من هاتين الخاصتين - حق مباشر، وحق مصدره عقد الاشتراط - نتائج عملية هامة ترتب عليها.

٣٨١ - علاقة المتعهد بالمنتفع (ثمرة) - ما يترتب من النتائج على أن حق المنتفع حق مباشر مصدره عقد الاشتراط: أما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لا يتلقاه من المشتري فهي ما يأتي:

(١) لا شأن لدائتي المشتري بهذا الحق بعد موته، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشتري. ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مثقلاً بديون التركة. وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عقد التأمين على الحياة. فإذا تعاقد المؤمن له مشروطاً لمصلحة أولاده ثم مات، فإن الأولاد لا يتلقون الحق في تركة أبيهم، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين. ويترتب على ذلك أن دائتي المؤمن له ليس لهم أن يعتبروا حق الأولاد داخلاً في تركة مدينتهم حتى يرجعوا عليه كما يرجعون على جميع حقوق التركة، بل تأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصاً لهم، ولا يدفعون منه شيئاً لسداد ديون أبيهم، وهذه هي أهم ميزة للتأمين. وقد استقر الفقه والقضاء على هذا المبدأ في فرنسا وفي مصر (٢).

(٢) كذلك لا شأن لدائتي المشتري بهذا الحق حال حياته، فإن الحق لم يدخل يوماً ما في مال المشتري حتى يكون داخلاً في ضمانتهم العام. وينبني على أنه لا يجوز للدائنين التنفيذ على هذا الحق، وليس لهم أن يستعملوه باسم مدينتهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين.

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ تقول: «ينطوي الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقي على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم. فالمتعهد يلتزم قبل المشتري لمصلحة المنتفع، فيكسب الأخير ذلك حقاً مباشراً ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد، وبهذه المثابة يكون التعاقد ذاته مصدراً لهذا الحق. ولهذا التصور على بساطته ووضوحه فضل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز شخصاته من حيث شدوده عن حكم القواعد العامة، وهو فضلاً عن ذلك يقبل من عناء استظهار سائر وجوه التفسير والتخريج التي جهد الفقه التقليدي في التماسها وتفصيل جزئياتها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٦).

(٢) هيك ٨ فقرة ٥١ - بودري وبارد ١ فقرة ٢٠٤ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦٢ - ديموج ٧ فقرة ٨١٣ مكررة - والتون ٢ ص ٦١ - ص ٦٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨١٦ - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٤٤ - الدكتور حنمت أبو ستيت بك فقرة ٢٢٨ - نقض فرنسي في ٢٢ يونيو سنة ١٨٩١ سيريه ١-٩٢-١٧٧ - وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١-٣٩١ - وفي ٢٩ يونيو سنة ١٨٩٦ سيريه رقم ٩٦-١-٣٦١ - محكمة المنياء الكلية =

(٣) وإذا كان لدائني المشتري أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصية عند توافر شروطها، فالواجب مع ذلك ألا تعتبر المنتفع في مركز من تلقى الحق عمن تصرف له المدين. ولتوضيح ذلك نفرض أن (أ) أعطى (ب) منزلاً قيمته ألف، واشترط عليه أن يعطى (ج) مبلغاً مقداره خمسمائة. وأراد دائن (أ) أن يطعن بالدعوى البوليصية في هذا العقد. في هذه الحالة يجب التمييز بين تصرفين: (التصرف الأول) هو الصادر من (أ) إلى (ب)، وهو معاوضة بالنسبة إلى (ب)، فيشترط التواطؤ بين (أ) و(ب) لنجاح الدعوى البوليصية، دون أن يشترط تواطؤ (ج) لأنه تلقى حقاً مباشراً ولم يخلف (ب) في حق انتقال إليه من (أ). وإذا ثبت التواطؤ بين (أ) و(ب) اعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن، وكان لهذا أن ينفذ بحقه على المنزل، ويرجع (ب) على (أ) بما أعطاه إلى (ج) أو يفسخ العقد فيزول التزامه نحو (ج). (والتصرف الثاني) هو الصادر من (أ) إلى (ج) عن طريق الاشتراط، فإذا كانت العلاقة بين (أ) و(ج) هي علاقة تبرع، فإن دائن (أ) يستطيع بالدعوى البوليصية أن يجعل هذه الهبة ومقدارها خمسمائة غير نافذة في حقه حتى لو كان (ج) حسن النية. أما إذا كانت العلاقة بين (أ) و(ج) هي علاقة معاوضة، فليس للدائن حق الطعن إلا إذا أثبت التواطؤ فيما بينهما.

(٤) ولما كان المنتفع لا يتلقى حقه من المشتري بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط، فيصبح دائماً للمتعهد، فإنه يترتب على ذلك أن دائني المتعهد، وقد أصبح المنتفع واحداً منهم، يشتركون مع المنتفع شركة غرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد، ولهم أن يستعملوا حق مدينتهم في التمسك قبل المنتفع بأي دفع من الدفع الواردة على عقد الاشتراط، ولهم أن يطعنوا في التزام مدينتهم نحو المنتفع بالدعوى البوليصية لأن هذه الدعوى تجوز في القانون الجديد في عمل يزيد به المدين من التزاماته (م ٢٣٧ جديد) (١).  
أما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع المباشر مصدره العقد الذي تم ما بين المشتري والمتعهد فهي ما يأتي:

(١) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط، فهو يوجد منذ صدور هذا العقد (١). لا من وقت إعلان المنتفع لرغبته في الاستفادة من الاشتراط ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته في الفترة ما بين صدور العقد وصدور رغبة المنتفع، فلا يكون هذا مانعاً للمنتفع من أن يعلن عن رغبته. ويترتب على ذلك أيضاً أن المنتفع إذا رفض الاشتراط، جاز الطعن في رفضه بالدعوى البوليصية، لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصاً من حقوقه (م ٢٣٧ جديد).

(٢) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط، فإن المتعهد يستطيع أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفع الجائزة في هذا العقد، فله أن يطعن فيه بأي وجه من وجوه البطلان، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ (٢). وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني الجديد إذ تقول: «ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد» (٣).

(٣) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط الذي تم بين المشتري والمتعهد، فهذه المتعاقدين أن يكتفيا هذا الحق طبقاً لما يتم عليه الاتفاق بينهما. ويترتب على ذلك أنه يجوز للمشتري أن يتفق مع المتعهد على أن يكون للمشتري وحده دون المنتفع حق المطالبة بتنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٤). ويترتب على ذلك أيضاً أنه يجوز للمتعاقدين - المشتري والمتعهد - أن يجعلوا حق المنتفع غير قابل للنقض أو قابلاً للنقض بعد الاتفاق مع المتعهد على ذلك. وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمناً إذا ثبت أن للمتعهد مصلحة في الاشتراط، فلا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يستقل بنقض حق المنتفع، كما إذا تعهد أحد المتقايضين بأن يدفع المستحق عليه من

(١) استئناف مختلط في ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣.

(٢) أنظر في الفرق ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة في الوفاء نظرية العقد للمؤلف ص ٩١٦ هامش رقم ١.

(٣) وإذا كان العقد ما بين المشتري والمتعهد عقداً صورياً، جاز في نظرنا للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد. ذلك أن المنتفع لا يعتبر «غيراً» في هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر، فهو قد استمد حقه من هذا العقد، وشرط الغير في الصورية ألا يكون حقه الذي تراد حمايته من الصورية مستمداً من العقد الصوري ذاته. وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة، وسنعود إليها ببيان أوفى عند الكلام في الصورية.

(٤) أنظر أنفاً فقرة ٣٧٨ - وقد ضربنا مثلاً لذلك أن تتعاقد الحكومة مع شركة احتكار مشرطة عليها شروطاً في مصلحة الجمهور، ولكنها تحتفظ لنفسها، دون أفراد الجمهور، بحق إلزام الشركة بتنفيذ هذه الشروط (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط في ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٣ - والتون ٢ ص ٥٧ - ص ٥٨).

= في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٣٢ ص ٤٦٠ - محكمة طنطا الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٨٣ ص ١٤٠ - استئناف مختلط في ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١١ - وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٤ ص ٢٧ - وفي ٧ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٤٩ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ - وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ - قارن استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٨ - وفي ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٣.

(١) وما يترتب أيضاً من النتائج على أن المتعهد أصبح مديناً للمنتفع لا للمشتري أن المتعهد لا يستطيع أن يتمسك بالمقاومة بين حق له على المشتري والتزامه نحو المنتفع (استئناف مختلط في ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦). ويترتب أيضاً على ذلك أن المتعهد لا يستطيع عند رجوع المنتفع عليه أن يطلب تجريد المشتري (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١).

فرق البديل في نصيب المتقايض الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشيوخ<sup>(١)</sup>.

**٣٨٢ - علاقة المتعهد بالمنتفع (تمة) - جواز نقض حق المنتفع:** وحق المنتفع المباشر الذي يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من القانون المدني الجديد إذ تقول: «يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد».

والذي يثبت له حق النقض هو المشترط، إلا إذا نزل عن هذا الحق. وقد يكون حق النقض مخالفاً لما يقتضيه العقد فلا يقوم، كما إذا كان حق المنتفع هبة من المشترط لا يجوز فيها الرجوع<sup>(٢)</sup>. وقد يشترط المتعهد أن المشترط لا يستعمل حق النقض إلا بموافقة إذا كانت له مصلحة في تنفيذ الالتزام للمنتفع، وقد سبق بيان ذلك. بل قد يشترط المتعهد أن يكون له هو أيضاً حق النقض بشرط أن يحل محل المنتفع المشترط أو منتفعاً آخر حتى لا يتحلل من التزامه بمحض إرادته<sup>(٣)</sup>. وحق النقض حق شخصي يرجع لاعتبارات خاصة بالمشترط أو بمن يملك هذا الحق معه، لذلك لا يجوز للدائنين استعماله باسم المدين، ولا ينتقل إلى الورثة. فإذا مات المشترط دون أن ينقض الحق، فليس للورثة حق النقض ولو لم يصدر إقرار المنتفع، وإلا لاندفعت الورثة بعامل مصلحتهم إلى نقض حق لم ينقضه مورثهم.

ويوجه المشترط النقض إلى المنتفع أو إلى المتعهد، ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقض حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع<sup>(٤)</sup>. وليس للنقض شكل مخصوص وكما يقع صريحاً يصبح أن يكون ضمناً<sup>(٥)</sup>.

(١) نقض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٧ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٧.

(٢) أنظر مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وقد ذكر هذا المثل أمامها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥).

(٣) استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ - وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣٨ ص ٣٨. أنظر أيضاً بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٥٨.

(٤) استئناف مختلط في ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٧.

(٥) ومن قبيل النقض الجزئي أن يرهن المؤمن له بوليصة التأمين لدائنه، فلا يعود مبلغ التأمين للمنتفعين إلا بعد أن يستوفي الدائن حقه (استئناف مختلط في ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٦٢ ص ١٦٢).

وقضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق البائع والمشتري على أن يحتفظ المشتري ببعض الثمن وضماناً لدين آخر على البائع، فهذا الاتفاق يعتبر قانوناً اشتراطاً لمصلحة الغير، وحكمه أن للمشتري الحق في نقض ما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له. ولا يجب في نقض الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص، بل هو كما يقع صريحاً يصبح أن يكون ضمناً. ولا محل هنا لتطبيق

وإذا نقض المشترط حق المنتفع ولم يعين منتفعاً آخر ولم يبرأ ذمة المتعهد فإن الحق ينصرف إليه هو، ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض، وقد ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل إليه من المنتفع، ولذلك ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادي لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين. ويجوز للمشترط عند النقض أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الأول، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك ولا يتلقاه من المنتفع الأول. وإلى هذا تشير الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ إذ تقول: «ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة». وإذا نقض المشترط حق المنتفع وأضافه إلى نفسه، فإنه يجوز له أن يعدل عن ذلك ويعين منتفعاً آخر، سواء كان هو المنتفع الأول أو غيره، ويعتبر حق أي من هؤلاء ثابتاً من وقت العقد دائماً، يعود العقد كما كان اشتراطاً لمصلحة الغير<sup>(١)</sup>.

**٣٨٣ - علاقة المتعهد بالمنتفع (خاصة) - وجوب إقرار المنتفع لحقه:** ولا ينقطع حق نقض إلا إذا صدر إقرار المنتفع<sup>(٢)</sup>. وإقرار المنتفع إذن هو تثبيت لحقه، وليس قبولاً لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشترط كما بينا. ولا بد من صدور إقرار من المنتفع كفي لا يت له حق بدون رضاه. فإذا صدر الإقرار تثبت الحق، واعتبر موجوداً من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما أسلفنا الإشارة.

المادة ١٤١ من القانون المدني (القديم) لتمكين دائن البائع من استعمال حق مدينه والرجوع على المشتري، فإن هذه المادة مجالها أن يكون حق المدين (هنا البائع) لا يزال باقياً في ذمة المتعهد (هنا المشتري) عند استعمال الدائن هذا الحق، فإذا ما انقضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أي حق يصبح للدائن أن يباشره باسمه (نقض مدني في ١١ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧١ ص ٤٧٣). ونلاحظ هنا أن دائن المشترط لا يجوز له أن يستعمل حق النقض باسم مدينه لما قدمناه من أن هذا الحق شخصي للمشترط، وقد ورد نص القانون الجديد صريحاً في ذلك كما رأينا. فإذا امتنع على دائن البائع أن يستعمل حق النقض باسم مدينه، فإن هذا يرجع إلى شخصية حق النقض، لا إلى أن الثمن لم يعد باقياً في ذمة المشتري كما ذهبت المحكمة.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وللمشتري أن ينقض المشاركة قبل إقرار المنتفع لها إلا أن يكون ذلك منافياً لروح التعاقد. وله عند نقض المشاركة أن يعين منتفعاً آخر أو أن يستأثر لنفسه بمنفعتها، ما لم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى أن الإلغاء يترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط. ولما كان نقض المشاركة أمراً يرجع إلى تقدير المشترط ذاته، فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته. وإذا رفض المنتفع المشاركة نهائياً فيكون للمشترط عين الحقوق التي تقدمت الإشارة إليها في الفرض السابق، والظاهر أنه يجوز له فوق ذلك أن يطلب فسخ العقد باعتبار أن المتعهد يستحيل عليه تنفيذ التزامه قبل المنتفع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧).

وإذا صدر نقض من المشترط وإقرار من المنتفع قبل أن يعلم أحدهما بما فعل الآخر، فالعبرة ليست بتاريخ صدور النقض والإقرار، بل بتاريخ إعلانهما إلى المتعهد، فمن أعلن المتعهد أولاً هو الذي يسرى صرحه، ويعتبر حق المنتفع منقوضاً إذا سبق المشترط إلى إعلان النقض للمتعهد، أو يعتبر قد ثبت غير قابل للنقض إذا سبق المنتفع إلى إعلان إقراره للمتعهد (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦١).



ويستطيع المنتفع أن يصدر إقراره في أى وقت شاء مادام المشتروط لم ينقض الحق (١). ولا يسقط حقه في إصدار الإقرار إلا بالتقادم. والذي يسقط بالتقادم هنا هو حق المنتفع الذي لم يثبت بالإقرار ولم يستعمل في خلال مدة التقادم.

والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمنياً، ولا يشترط له شكل مخصوص حتى لو تلقى المنتفع الحق تبرعاً، فإن المتبرع هنا ليس هبة مباشرة تستلزم الشكل، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ويعلن المنتفع إقراره للمتعهد أو للمشتروط، ولكن لا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسرى في حقه. والإقرار كالتنقض تصرف قانوني يعقد بإرادة منفردة.

فإذا صدر الإقرار وصار الحق غير قابل للنقض، كان المدين بهذا الحق هو المتعهد أو ورثته. فإذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض. ولكن لا يجوز للمنتفع أن يطلب فسخ العقد، لأنه ليس طرفاً فيه. والذي تجوز له المطالبة بالفسخ هو المشتروط كما قدمنا (٢).

وقد يرفض المنتفع. صراحة أو ضمناً، الحق الذي اشترط لمصلحته. وفي هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشتروط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض. والرفض، كالتنقض والإقرار، تصرف قانوني يعقد بإرادة منفردة. ويجوز لدائني المنتفع الطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها كما قدمنا. وغنى عن البيان أن المشتروط يجوز له عند رفض المنتفع، أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الذي رفض، ويثبت حق هذا المنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيينه.

(١) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ - وفي ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ - وقضت محكمة النقض بأن المادة ١٣٧ من القانون المدني (القديم) نصت على أن من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها ورفضها، ولم يطلب القانون ممن حصل العقد على ذمته أن يظهر رغبته في قبولها في زمن معين، وكل ما اقتضاه منه في حالة علم القبول أن يعلن الرفض، أما القبول فيكفي فيه السكوت (نقض مدني في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠).

هذا ويجوز لكل من المشتروط والمتعهد أن يحدد أجلاً معقولاً للمنتفع يختار فيه بين الإقرار والرفض، فإذا انقضى الأجل عد رافضاً. وللقاضى الرقابة على ما إذا كان الأجل معقولاً (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧).

(٢) وإلى هذا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ تقول: «وإذا صح عزم المنتفع على قبول الاشتراط، فيجوز له أن يعلن المتعهد أو المشتروط بإقراره، ويراعى أن هذا الإقرار تصرف قانوني يعقد بإرادة منفردة. ولا يشترط له استيفاء شكل ما، ولم يحدد المشرع أجلاً معيناً لصدوره. ولا يجوز انذار المنتفع بالإفصاح عما يعتره في فترة معقولة. ويصبح حق المنتفع لازماً أى غير قابل للمتنفق بمجرد إعلان الإقرار. وهو حق مباشر مصدره العقد، ويترتب على ذلك تبيجتان: الأولى أنه لا يجوز للمنتفع أن يطالب بتنفيذ الاشتراط ما لم يتفق على خلاف ذلك. ولما كان للمشتروط مصلحة شخصية في هذا التنفيذ، وهو يفرق عن الفضولي من هذا الوجه، فيجوز له أيضاً أن يتولى المطالبة بنفسه إذا قضى العقد بغير ذلك. والثانية أنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنفذ العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧).

## الفرع الثاني

### قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع

٣٨٤- نسبة العقد من حيث الموضوع: العقد نسبي أيضاً في أثر قوته الملزمة من حيث موضوع التعاقد. والملتزم بالعقد مسئول عن ذلك، وهذه المسئولية هي التي نسميها بالمسئولية العقدية، وهي الجزء الذي يكفل قوة العقد الملزمة.

فنحن نبحت إذن أمرين: (أولاً) تحديد موضوع التعاقد (ثانياً) المسئولية العقدية.

## المبحث الأول

### تحديد موضوع التعاقد

٣٨٥- كيف يكون تحديد موضوع التعاقد: لا يلتزم المتعاقد إلا بما ورد في العقد. وقد يرى القاضى العقد في حاجة إلى التفسير. فإذا فسره وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه، ليعين مدى ما أنشأ من الالتزامات. ثم وجب على الملتزم أن يقوم بالتزامه كما تحدد في العقد دون نقص أو زيادة، لأن العقد شريعة المتعاقدين.

فنحن نتكلم إذن في مسائل ثلاث: (١) تفسير العقد. (٢) تحديد نطاق العقد. (٣) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين.

## المطلب الأول

### تفسير العقد (\*)

#### (Interprétation du contrat)

٣٨٦- النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

«١- إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين».

(\*) بعض المراجع: ديويه (Dereux) في تفسير التصرفات القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ - جونو (Gounot) رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ - جنى (Gény) في طرق التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ - سالي (Saleille s) في الالتزامات في القانون الألماني - وفي إعلان الإرادة - بلانيول وريبير وإسمان ١ - فقرة ٣٧٣ - فقرة ٣٧٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ - فقرة ٤٤٩ - فقرة ٤٥٩ - الدكتور الشيتي في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد رسالة تقدم بها معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ - حامد فهمي (باشا) والدكتور محمد حامد فهمي بك في النقض في المواد المدنية والتجارية - والتون ١ ص ٣٦٢ - ص ٣٩٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بك فقرة ١٨٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٤٦ وما بعدها.

«٢- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات»<sup>(١)</sup>.

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتى:

«١- يفسر الشك فى مصلحة المدين».

«٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى»<sup>(٢)</sup>.

ويقابل هذه النصوص، النصوص الآتية فى القانون المدنى القديم:

م ١٣٨/١٩٩: «يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها مع ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجارى».

م ١٣٩/٢٠٠: «وهكذا يكون التفسير فى الشروط المعلن عليها إبقاء المشاركة أو تأييدها».

م ١٤٠/٢٠١: «فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد».

ولم يستحدث القانون الجديد فى تفسير العقد قواعد لم تكن فى القانون القديم، ولم يعد أن قن القضاء المصرى فيما جاوز النصوص القديمة، فأورد الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ ملزمة بعدم الانحراف عن عبارة العقد إذا كانت واضحة، وقضاء محكمة النقض جرى على هذا المبدأ كما سنرى. وأورد الفقرة الثانية من المادة ١٥١ فى تفسير عقود الإذعان. وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ كما رأينا عند الكلام فى عقود الإذعان.

ولكن القانون الجديد، مع ذلك، أبرز فى وضوح أن التفسير يتجه إلى الإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهه إلى الإرادة الباطنة، بأن أوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل والعرف الجارى، وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هى المصدر الذى تستخلص منه الإرادة الباطنة.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٢١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق، فيما عدا بعض خلاقات لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة «وبالغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه» فقد تضمنها نص المشروع التمهيدي. وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة اكتفاء بعبارة «فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين»، وأجريت بعض تعديلات لفظية، فأصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب وكذلك وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٥٠. ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٨).

(٢) أنظر تاريخ النص آنفاً فقرة ١١٨.

### ٣٨٧- البحث فى تفسير العقد يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد وفى صحته:

ويلاحظ يادى الأمر أن البحث فى تفسير العقد إنما يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد والبحث فى صحته. إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً، حتى يكون قابلاً للتنفيذ<sup>(١)</sup>.

ونطاق البحث فى انعقاد العقد وصحته غير نطاق البحث فى تفسير العقد لتحديد آثاره. ففى انعقاد العقد وصحته يدور البحث حول الإرادة التى يؤخذ بها هل هى الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة. فإذا كانت هى الإرادة الباطنة فهل اتفقت أو انحرفت عن الإرادة الظاهرة لتتعرف هل هى صحيحة أو معيبة، وهل تطابقت الإرادتان تطابقاً تاماً حتى تخلص منهما إرادة مشتركة للمتعاقدين. أما فى تفسير العقد لتحديد آثاره، فنحن بعد أن نكون قد استخلصنا الإرادة المشتركة للمتعاقدين، نقف عند هذه الإرادة الظاهرة لتفسير معانيها، ما وضح منها وما غمض، مقترضين أن هناك تطابقاً بينها وبين الإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل على العكس. وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلى.

### ٣٨٨- القانون والواقع فى تفسير العقد: ويعنيان أن نبين منذ الآن ما يعتبر فى تفسير

العقد قانوناً يخضع لرقابة محكمة النقض، وما يعتبر واقعاً لا يخضع لرقابتها.

ويمكن حصر مسائل القانون فى تفسير العقد فى المسائل الثلاث الآتية:

(أولاً) هناك قواعد نص عليها القانون فى تفسير العقد. وهذه القواعد يلتزم القاضى باتباعها تحت رقابة محكمة النقض، فإذا خرج عليها نقض حكمه لخالفته للقانون. ويستخلص من نصوص القانون الجديد المتقدم ذكرها أن قواعد التفسير الملزمة قانوناً ثلاث:

(١) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ١) من أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة فيه مخالفة للقانون. وسنعرض فيما يلى لهذه القاعدة تفصيلاً، ونبين إلى أى حد تنبسط رقابة محكمة النقض فى ذلك.

(٢) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ٢) من أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ.

(١) ويلاحظ الدكتور الشيتى فى رسالته «تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد» (ص ٤٥ - ص ٤٦) أن نظرية التفسير ضرورية للبحث فى انعقاد العقد وفى صحته وفى تحديد آثاره، إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لكل من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين، وهذا هو انعقاد العقد، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة الباطنة، وهذه هى صحة العقد، وما هو مدى هاتين الإرادتين المتطابقتين الصحيحتين، وهذا هو تفسير العقد لتحديد آثاره. ويستخلص الدكتور الشيتى من ذلك الأهمية البالغة التى لنظرية التفسير، ويعتبر أنها هى المحك الذى يميز ما بين النظم القانونية المختلفة.

للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه (١).

(ثالثاً) متى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين، ملتزماً في ذلك القواعد القانونية التي تقدم ذكرها، كيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية. وهو خاضع في التكييف وما رتب عليه من آثار رقابة محكمة النقض، لأنه يطبق القانون على الواقع، وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية (٢).

(١) نقض مدني في أول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ - أنظر أيضاً ما قرره محكمة النقض من أنه إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى من دلائلها المقدمة له تقديماً صحيحاً، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض، إلا أنه متى أثبت لهذا الفهم دليلاً وهمياً لا وجود له، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص هذا الفهم منه، فإن حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة النقض لمخالفته لقواعد الإثبات القانونية. فإذا انتحل الحكم للحادث الضار سبباً تقصيرياً لا يمكن استخلاصه فعلاً من عناصر التحقيق التي كانت أمام المحكمة تعين نقضه (نقض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ - ص ٦٣٠).

(٢) تالامون (Talamon) في رقابة محكمة النقض على تفسير العقود وتطبيقها رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - مارتى (Marty) في التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقض رسالة من تولوز سنة ١٩٢٩ - حامد فهمى باشا والدكتور محمد حامد فهمى بك في النقض في المواد المدنية والتجارية فقرة ٢٩٩ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن من حقها أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانوني لما تثبتته في حكمها من الوقائع، وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكييف قد جاء موافقاً للقانون أم مخالفاً له. فإذا أدرعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته بعقد مسجل ضمن معين أقر يقضه أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشتري تبين له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته وتصرح فيه بأنه في حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه، وتمسكت هي في دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة يتنازل لها فيه عن ربيع الأرض المبيعة، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مكيفاً للعقد المتعلق بالملكية الوارد في إقرار المشتري وتمتعا لعقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد نقلت ملكية الرقبة والمنفعة معاً إلى المشتري، فهذا الاعتبار لا يمكن حسابه تفسيراً لعقد البيع ولا لإقرار المشتري أو تنازل البائع، وإنما هو وصف وتكييف للعقد، أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه في إقرار المشتري من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هي قبله، ويكون لمحكمة النقض أن تصحح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذي لا خلاف على ثبوته ولا على دلالته، فتعتبره وصية لا بيعاً صحيحاً (نقض مدني في ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٨ ص ١٩٢) - والمتعاقدان قد يخطئان في تكييف العقد جهلاً أو عمداً، والتعمد يكون عادة لإخفاء غرض غير مشروع، كريباً فاحش يستتر تحت اسم إيجار أو بيع (استئناف وطني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٢٠٤ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٤ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٢ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣).

(٢) استئناف مختلط في ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢١ - نقض فرنسي في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيره ١٩٢٤ - ١ - ١٥٩ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيره ١٩٢٨ - ١ - ١٢٨ -

العبرة بالإرادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هذه الإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين (١) على النحو الذي سنفصله فيما يلي. وهذه قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عليها عند تفسير العقد. فالقاضي الذي يقرر في حكمه أن المتعاقدين أرادوا شيئاً معيناً، وكان هذا الشيء جائزاً قانوناً، ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضى بما أراد المتعاقدان بل بما تقضى به العدالة، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه (٢). أما ما ذكره النص بعد ذلك من الاستهداء في تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، فهذه قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضي. وهو حر في ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يجدي ولا يؤدي به إلى تعرف نية المتعاقدين. وهو رداً جهر بذلك لا ينقض حكمه.

(٣) ما نص عليه القانون (م ١٥١) من أن الشك يفسر في مصلحة المدين، مع استثناء عقود الإذعان ففيها لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المدعى. فهذه هي أيضاً قاعدة قانونية ملزمة في تفسير العقد. إذا خالفها القاضي نقض حكمه. وسرى فيما يلي مدى تطبيق القاعدة، ومتى يمكن القول بأن هناك شكاً في إرادة المتعاقدين. ولكن نلاحظ منذ الآن أن تحديد معنى الشك ومتى يمكن القول بأن الشك موجود هو أيضاً من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض.

(ثانياً) إذا التزم القاضي في تفسير إرادة المتعاقدين القواعد القانونية الملزمة التي تقدم ذكرها، فهو يكشف عن هذه الإرادة وله سلطة التقدير في الكشف عنها، وهذه سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض كما سرى. ولكنه يتقيد قانوناً - ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض - بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض في كثير من أحكامها. ذلك أن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذي ثبت عنده، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلاً لا وهماً، غير مناقضة للثابت في الدعوى، وتؤدي عقلاً لاستخلاص الواقعة التي تثبت عند القاضي. فإذا أثبت القاضي مصدرراً للواقعة وهمياً لا وجود له، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو، كان حكمه مخالفاً.

(١) استئناف وطني في ١١ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٥ - استئناف مختلط في ١١ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٣ - وفي ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٤ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٢ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣.

(٢) استئناف مختلط في ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢١ - نقض فرنسي في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيره ١٩٢٤ - ١ - ١٥٩ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيره ١٩٢٨ - ١ - ١٢٨ -



أما ما يعتبر من الواقع في تفسير العقد ولا يخضع لرقابة محكمة النقض، فهو هذه

(استئناف وطني في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٥٢ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٣ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٤ - وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٤).

وكثيراً ما تستر الوصية تحت اسم آخر، كالبيع، فعلى محكمة الموضوع أن تتبين إرادة المتصرف، وأن تكيف هذه الإرادة التكييف القانوني الصحيح خاضعة في ذلك لرقابة محكمة النقض (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٨ هامش رقم ١ وفيه إشارة لأحكام كثيرة لمحكمة استئناف مصر تكيف التصرف تارة بأنه وصية وطوراً بأنه بيع - ويضاف إلى هذه الأحكام ما يأتي: استئناف مصر في ٢٧ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣ ص ٤٨ - وفي ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص ٣٠١ - وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٥ ص ١١٢ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٩ ص ١١٧٨ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ١٥٩ ص ١١٨١ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٩ ص ٧٣٧ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٢ ص ٢٧٣ - وفي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٣٢ ص ١٤٢٤).

وتخضع محكمة النقض هذه التصرفات لرقابتها تارة عن استظهار نية المتصرف وهي مسألة موضوعية، ولكن محكمة النقض تشترط في استظهار النية كما رأينا أن تكون الوقائع التي استخلصت منها هذه النية قائمة على مصادر موجودة غير متناقضة ومؤدية إلى النتيجة التي قررتها في حكمها (نقض مدني في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص ٢٢٧)، ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة كاستمرار وضع يد البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد وكعدم تسجيل العقد وكاستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرية أو العوائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته (استئناف مصر في ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٩ ص ٦٦٤) - وطوراً عن طريق إخضاع التكييف القانوني للتصرف لرقابتها، وقد رأينا في الحكم السابق ذكره الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٣٣ أنها كيفت التصرف وصية لا بيعاً، وفي حكم آخر كيفته هبة لا وصية، فقضت بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أدنى إلى نية المتعاقدين، مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها، إلا أنه إذا أدى هذا التفسير إلى إعطاء العقد وصفاً قانونياً خاطئاً، فإن حكمها في ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض التي يجب عليها في هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ، فإذا صدر عقد من شخص إلى حفيده ببيع قطعة من الأرض له، نص فيه على أن البائع باع تلك الأطنان لحفيده يبعاً قطعياً لا رجوع فيه ونزل له عنها في مقابل ثمن قدره كذا قبضه من المشتري، وأنه سلم الأطنان للمشتري لكي يضع يده عليها ويزرعها ويبيع محصولاتها الخاصة بنفسه إلى غير ذلك، وسجل هذا العقد تسجيلاً تاماً، واستمر البائع واهضاً يده على الأطنان، ثم تنازع مع المشتري على ملكيتها، ودفع لدى القضاء بأن هذا العقد وصية وأنه سبق أن أخذ ورقة ضد من المشتري مقتضاها أن تبقى الأطنان تحت يده هو يستغلها لحين وفاته ولكن هذه الورقة ضاعت منه، إذا حصل ذلك وحكمت محكمة الموضوع اعتبار هذا العقد وصية بناء على ما بان لها من الظروف التي لا يستتبع تحرير العقد وحالة البائع وظرف المشتري ومركزه بالنسبة للبائع وبقاء العين تحت يد صاحبها، كان حكمها خاطئاً في تطبيق القانون ووجب هلي محكمة النقض تصحيحه باعتبار هذا العقد عقد تبرع منجز أي هبة مستترة في صورة بيع، فهي هبة صحيحة (نقض مدني في ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ١١٨).

وقد كان تكييف التصرف على أنه وصية أو هبة أو بيع في القانون المدني القديم أمراً محيراً (أنظر ما جاء في ذلك من الضوابط نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٨ في آخر الحاشية رقم ١ ومجد الأحكام

السلطة التقديرية التي للقاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها من الوقائع

مشاراً إليها في أسفل ص ٩٣٢ - ص ٩٣٣). وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ وتقتضي بأنه إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يتم دليل يخالف ذلك. ويرر مسلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة، مما يؤدي في الغالب إلى تقييد التصرف، أن باعث القضاء على التساهل في تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم. فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيصال لوارث، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً في القانون ليصحح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيوع أو هبات منجزة. أما اليوم فقد عدل المشرع المصري من أحكام الوصية، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث، فلم يعد هناك مقتض لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة، فلا محل إذن للوصية المستترة.

وقد كانت محكمة النقض، قبل القانون المدني الجديد، تجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين لا بحقه في الانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية - قبل أن تصبح في القانون الجديد قرينة قانونية - لا سيما إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشتري في الرقبة طول حياة البائع: أنظر في هذا المعنى نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ - وفي ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر رقم ٣٦ ص ٦٩ - وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ - وفي ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٤٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - ومع ذلك أنظر: نقض مدني في ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤ (إقرار ألقى شروط المنع من التصرف) - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ - وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٩ ص ٧١٠ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٧٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - كذلك قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل العقد قرينة على أنه وصية (نقض مدني في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ - وفي ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ - وفي أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص ١٠٧ - وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٣ ص ٢٣١ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٨٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر. ومع ذلك أنظر: نقض مدني في ١٨ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١٣ ص ٧٦٤ - وانظر في أن تنازل البائع عن ورقة الضد يدل على تنجيز العقد: نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٦ سنة ١٨ قضائية، وفي أن تسليم البائع العقد للمشتري وتخليه من الحيازة له قبل الوفاة (حتى لو ثبت أن العقد لم يسجل وأن ثمناً لم يدفع) يدل على التنجيز وعلى تخلي المورث عن فكرة الرجوع في التصرف: نقض مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٥١ سنة ١٩ قضائية لم ينشر، وفي أن التصرف يعتبر وصية إذا كان البائع قد أصدر عقد البيع منفرداً ولم يقبض ثمناً ولم يسلم العقد للمشتري بل احتفظ به طوال حياته: نقض مدني في ٩ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر، وانظر في الهبة بعوض وهي سافرة: نقض مدني في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٨ =

الثابتة أمامه في الدعوى. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (1)(1).

= وفي الهبات المسترة في صورة سندات: نقض مدني في ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٢ ص ٢١٠ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ - وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢ - وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧.

ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أقامها القانون الجديد - وهي احتفاظ المورث بالحيازة ويحقه في الانتفاع مدى حياته - هي الشيء الثابت في هذه المسألة. وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا المعنى، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشتري قاصر وأن البائع يباشر الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض قرينة أن التصرف وصية.

والذي يعتينا أن نقرره هنا هو أن لمحكمة النقض رقابة تامة على التكييف القانوني للعقد. وقد قضت بأن تعليق كلاً من الزوجين الآخر ماله بعد وفاته هو تبادل منفعة معلق على الخطر والضرر، ولا غرض منه سوى حرمان وريثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث، وهو من قبيل الرقي المحرمة شرعاً (نقض مدني في ١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٩٩ - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام في الشركة المستقبلية فقرة ٢١٧). وقضت أيضاً بأن العقد الذي يزيد فيه ما يدفع من الثمن نقداً عما يدفع منه عينا هو بيع لا مقايضة، فتكييف محكمة الموضوع العقد على هذا النحو لا غبار عليه (نقض مدني في ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٧ ص ٨١٤).

(I) لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود وتقرير ما ترى أنه كان مقصود المتعاقدين مستعينة بظروف الدعوى وملابساتها.

(جلسة ١٩٥٣/٣/١٩ الطعن ٢٩٨ لسنة ٢٠٠ق)

(جلسة ١٩٩٧/٢/١٩ الطعن ١٣٨٨ لسنة ٥٨ ق السنة ٤٨ ص ٢٩٠)

(١) وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في أحكام كثيرة. من ذلك ما قضت به من أن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدوا به أن يكون البيع تاماً منجزاً بشرط جزائي، ولم يقصدوا أن يكون بيعاً يعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدني في ٥ يناير سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣). وقضت كذلك بأن تفسير العقود هو من شؤون محكمة الموضوع، فلها أن تقرر معناها على أي وجه تراه مفهوماً من صيغتها وتعتبره متفقاً مع قصد المتعاقدين، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي تأخذ به (نقض مدني في ٢ فبراير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٥ ص ١٧١). وقضت أيضاً بأن استظهار نية المتصرف مسألة موضوعية لا تدخل فيها لمحكمة النقض مادامت الوقائع التي سردتها المحكمة في حكمها والظروف التي بسطتها فيه تؤدي إلى النتيجة القانونية التي قررتها (نقض مدني في ٢٥ مايو ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص ٢٢٧). وقضت بأن لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاً، وفي موازنة بعضها ببعض الآخر، وترجيح ما تظمن نفسه إلى ترجيحه منها، واستخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه في ذلك ولو أخطأ في نفس الأمر، لأن خطأه يكون في فهم الواقع في الدعوى لا في فهم حكم القانون في هذا الواقع، ومحكمة النقض لا تنظر إلا في مسائل القانون. ولا يستثنى من هذه القاعدة

٣٨٩ - حالات التفسير الثلاث: رأينا أن القانون المدني الجديد نظر إلى حالات ثلاث في تفسير العقد، ووضع لكل حالة قاعدة قانونية ملزمة. فإذا كانت عبارة العقد واضحة لم يجز الانحراف عن المعنى الظاهر. أما إذا كانت غير واضحة فيجب تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين. فإذا قام شك في تبين هذه الإرادة فسر الشك لمصلحة الملتزم في غير عقود الإذعان.

وتبحث الآن بالتفصيل كلام هذه الحالات الثلاث.

## ١ - عبارة العقد واضحة

٣٩٠ - القاعدة التي تتبع في التفسير: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تقضي

بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. وهذا النص ليس إلا تقنياً لقضاء محكمة النقض عندنا. فإن هذه

=إلا صورة واحدة هي أن يثبت القاضي مصدراً للواقعة التي يستخلصها يكون وهماً لا وجود له، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته، أو غير مناقض ولكن يتسجل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو (نقض مدني أول مارس ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨). وقضت أنه بحسب قاضي الموضوع أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يذكر دليلها، وما عليه أن يتتبع الخصوم في مناحي أقوالهم ومختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب آثاره في مراقبتهم، مادام قيام الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها في التعليل الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات (نقض مدني في ٣١ مايو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٩ ص ٤١٤).

أنظر أيضاً في هذا المعنى أحكاماً كثيرة نذكر منها: نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ ص ٢٠٥ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٥ ص ٢٩١ - وفي ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٧ ص ٣٢٧ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ ص ٦٤٦ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٣ ص ٢٤٠ - وفي ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٦ ص ١٤٠ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٢ ص ١٧٧ - وفي ٦ يونيو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٦ ص ٢٣١ - وفي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ ص ٢٥٩ - وفي ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٠ ص ٣٩٣ - وفي ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨ - وفي ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٤ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٤ ص ٢٥١ - وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٧ ص ٢٥٦ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص ٢٦٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ ص ٢٧٤ - وفي ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٧ ص ٥٦٧ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٨٠.

هذا ويلاحظ أن تفسير إرادة المتعاقدين لا يكون مسألة موضوعية إذا أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة، فإن تفسير هذه الإرادة يكون إذن مسألة قانونية كتفسير نصوص القانون ذاته، ويكون التفسير في هذه الحالة خاضعاً لرقابة محكمة النقض (نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٧ هامش رقم ٢).

المحكمة، وقد جرت في ذلك على نهج محكمة النقض الفرنسية، تفرق في العقد بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة. وتطلق سلطان قاضي الموضوع في تفسير الشروط الغامضة ليستخلص منها إرادة المتعاقدين على الوجه الذي يؤدي إليه اجتهاده. أما في تفسير الشروط الظاهرة فلا تجيز محكمة النقض لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر. ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم (1).

٣٩١- العبارة الواضحة قد تكون محلاً للتفسير: ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها (2). بل إن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة، مهما بلغ وضوحها، وسلس معناها، وارتفع عنها اللبس والإبهام. ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدوا معنى وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر. ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان. وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح، بل وينحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسحه أو يشويه. ولكن لا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك إلا بشرطين:

(الشرط الأول) هو أن يفرض بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك.

(والشرط الثاني) هو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني لقيام أسباب

(1) مفاده المادة ١/١٥٠ من القانون المدني أن القاضي يلزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك، ولما كان ما تقضى به هذه المادة المشار إليها يعد من القواعد التي وضعها المشرع وينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ومسح وتشويه لعبارة العقد الواضحة ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٨٤/٦/١٢ الطعن ٣٦٣ لسنة ٥١ ق ٣٥ ص ١٦٢٧)

(جلسة ١٩٧٧/١١/٣٠ الطعن ١٠٣ لسنة ٤٤ ق ٢٨ ص ١٧٢٤)

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٣١ الطعن ١٥٧٣ لسنة ٥٣ ق)

(2) المقرر أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين أو حملها على معنى مغاير لظاهرها ما لم يبين القاضي في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر ذلك. ويخضع في هذه الحالة لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٩٠/٦/١٠ الطعن ٣٠٩٣، ١٢٠ لسنة ٥٧، ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١ الطعن ٢٥٣ لسنة ٥٦ ق ٤٥ ص ١٦٢٧)

تبرر ذلك، ويجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب. وفي هذا تقول محكمة النقض: المحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هي أوفى بمقصود المتعاقدين، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملاساتها. ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتضت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبار مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها. فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلاً لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانوناً أن يبنى عليها (١).

(نقض مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤١ ص ٨٣ - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفهم نصوص العقد وما قصده العاقدان منه دون أن تتقيد بألفاظها، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها في ذلك ما دامت قد بينت في أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به في قضائها، ولماذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد، وما هي الظروف والملابسات التي رجحت عندها ما ذهبت إليه (نقض مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤). وقضت أيضاً بأنه مهما يقل بأن للمحكمة أن تعدل عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما تراه هي أنه مقصود العاقدين، فلا شك في أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بغير ظاهر العقد أن تبين في حكمها لم عدلت عن المدلول الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت صيغته المعنى الذي أخذت به ورجحت أنه مقصود العاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد اعتمدت في تأويلها إياه على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص ما استخلصته منها. فإذا هي لم فعل كان حكمها معيياً بقصور أسبابه (نقض مدني في ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨ ص ٣٦). وقضت أيضاً بأنه إذا لم تأخذ المحكمة بظاهر مدلول عبارة وردت في ورقة من أوراق الدعوى، وأوردت في أسباب حكمها الاعتبارات التي دعته إلى ذلك، وكانت هذه الاعتبارات مقبولة عقلاً، فلا يصح النعي على حكمها أنها مسخت الورقة التي قصدت لتفسيرها أو أنها حرفت معناها (نقض مدني في ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤).

نظر أيضاً في هذا المعنى: نقض مدني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٩ ص ١٦١ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٩ ص ٢٨٣ - وفي ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ - وفي ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٥ ص ١١٥٥ - أنظر كذلك النقض في المواد المدنية والتجارية، لحامد فهمي باشا والدكتور محمد حامد فهمي بك فقرة ١٠٢ والأحكام المشار إليها فيه، وانظر فقرة ١٠٣ وفقرة ١٠٤ من هذا كتاب في نقد قضاء محكمتي النقض المصرية والفرنسية في هذه المسألة وإلى رأى خاص لمؤلفي هذا كتاب.

قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية هذا المذهب في أحكامها، وعنها أخذت محكمة النقض المصرية لما سلفت الإشارة: أنظر نقض فرنسي في ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ داللو ٧٢-١-١٧٦ - وفي أول يونيو سنة ١٨٨٦ داللو ٨٧-١-٢١٧ - وفي ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ داللو ٨٦-١-٤٦٩ - وفي ديسمبر سنة ١٨٩١ داللو ٩٢-١-١٠٤ - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - وفي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٧-١-١٢٧ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢-١-٧٩ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥-١-١٦٦ - وفي أول =



يذكر الأسباب التي تبرر ذلك، بل يكفي بتقرير أن العبارة غامضة، وأن المعنى الذي استخلصه هو مقصود المتعاقدين، وأن هذا وذاك يدخل في سلطان تقديره الموضوعي دون تعقيب عليه من محكمة النقض.

٣٩٣ - هل الأخذ بالمعنى الظاهر للفظ الواضح أخذ بالإرادة الظاهرة: وبعد أن بسطنا القاعدة في تفسير العبارة الواضحة للعقد، يحق لنا أن نتساءل: مادام القاضي لا ينحرف عن المعنى الظاهر للفظ الواضح، وقد أزمه القانون ذلك بصريح النص (١)، فهل لنا أن نفهم أن القانون قد أخذ في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة، مادام لا يجوز الانحراف عن الأولى؟

إن الإطلاق الذي رأيناه في نص القانون قد تقيده بما قدمناه من أن القاضي له أن يعدل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلى معنى آخر نقتنع بأنه هو المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان، مادام يورد الأسباب المعقولة التي تبرر ذلك (١). ويستخلص من هذا أن القاضي لا يأخذ في العبارة الواضحة بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هي ذات الإرادة الباطنة. فإذا قام دليل على أن هناك تغييراً ما بين الإرادتين، وجب عليه أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل في أسباب الحكم.

ومن ذلك نرى أن القانون المدني الجديد - وقد نهج في هذا نهج محكمة النقض كما قدمنا - لم يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا مفترضاً أنها هي ذاتها الإرادة الباطنة. فالإرادة الظاهرة عنده هي الدليل على الإرادة الباطنة، ولكنها دليل يقبل إثبات العكس، ومتى ثبت العكس فالعبرة بالإرادة الباطنة.

## ٢ - عبارة العقد غير واضحة

٣٩٤ - البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين: تقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٠:

(١) وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأييداً لذلك ما يأتي: «لا ريب أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يرتب التعاقد من آثار. بيد أن هذه الإرادة، وهي ذاتية بطبيعتها، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية، هي عبارة العقد ذاتها. فإذا كانت هذه العبارة واضحة، لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أرادته العاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل. تلك قاعدة يقتضى استقرار التعامل حرصاً بالغا في مراعاتها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ فقرة ١).

(١) للقاضي السلطة في تفسير العقود والمحركات على وفق نية المتعاقدين أو نية الملتزم منها ولو اقتضى ذلك مخالفته للمعنى اللغوي للالفاظ التي صيغت بها، وإنما يجب عليه في هذه الحالة أن يبين سبباً مقبولاً لعدم اعتداده ولاخذ بالمعنى الذي ذهب إليه.

(جلسة ١٩٣٦/١٢/٣ الطعن ٦٣ لسنة ٦٦)

(جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣ الطعن ٢٨٩ لسنة ٢٧ ص ١٣ ص ٢١٤٠)

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١ الطعن ٢٥٣ لسنة ٥٦ ص ٤٥ ص ١٦٢٧)

(جلسة ١٩٩٨/١/٨ الطعن ٥٥٢٧ لسنة ٦١)

٣٩٢ - رقابة محكمة النقض في تفسير العبارات الواضحة: ويتبين مما قدمناه أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم. فإذا التزمت محكمة الموضوع المعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن في حاجة إلى تسبب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح وهو الذي يعبر عن مقصود العاقدين (١). أما إذا عدلت عن هذا المعنى الواضح إلى معنى آخر تعتبر أنه هو الذي قصد إليه المتعاقدان، وجب عليها أن تبين في أسباب الحكم لم كان هذا العدول. ومحكمة النقض تراقب الأسباب، فإذا اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تسوغه سلم الحكم من النقض، وإلا نقض لقصور التسبب (١).

ويبدو أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل أيضاً في رقابة محكمة النقض، وإلا جاز للقاضي أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر دون أن

= يولية سنة ١٩٢٦ سيريه ١-٢٨٦ - وفي ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ سيريه ١-٣٦٥-١-١٩٣٠ وأنظر في تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية والمعهد الثلاثة التي مر بها هذا القضاء كتاب «النقض في المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمى باشا والدكتور حامد فهمى بك فقرة ٨٩-١٠١.

هذا ولعل فيما قدمناه من جواز تفسير العبارة الواضحة رداً على ما استدركه الدكتور أبو عافية (في رسالته في التصرف المجرى نسخة عربية ص ٢٨٤ هامش رقم ٨) على القانون المدني الجديد، فقد ذهب إلى أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تمنع من تفسير العبارة الواضحة للعقد. وقد رأينا أن هذا النص في القانون الجديد لم يقصد به إلا تقنين قضاء محكمة النقض في هذه المسألة، بمنع وليس من تفسير العبارة الواضحة بالشرطين اللذين بيناهما.

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول: «ويلاحظ أخيراً أن القاضي ينبغي أن يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية، سواء أكان هناك محل لتفسير العقد أم لا. فليس للقاضي المدني ما يتمتع به القاضي الجنائي من حرية في تكوين عقيدته. وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض - أنظر قضاء هذه المحكمة فيما يتعلق بقصور الأسباب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧ فقرة ٣).

(١) أ- متى كان الحكم قد انتهى في تكييف عقد ايجار سفينة إلى أنه مشاركة نقل لزم موقوف أبعداً بعنوانه ونصوصه والمبادئ الفقهية في شأنه فلا يكون الحكم قد أخطأ في تكييف العقد ولا في القانون متى كان لم يخرج عن عبارات العقد ونصوصه والقرض الذي عناه الطرفان من ابرامه وكان هذا التكييف متفقاً مع مؤدى هذه النصوص.

(جلسة ١٩٥٦/٢/٢ الطعن ٣٢٩ لسنة ٢١ ص ٧ ص ١٣٥)

ب- متى كان قد نص في عقد البيع صراحة على أن المشتري دفع عربونا وحدد مقداره والحالة التي تبيح للمشتري استرداده وتلك التي تبيح للبائع الاحتفاظ به كما حدد في العقد موعد الوفاء بالثمن وشرط استحقاقه فإن تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوى خيار الطرد هو تكييف سليم.

(جلسة ١٩٥٦/٤/٥ الطعن ٣٢٧ لسنة ٢٢ ص ٧ ص ٥٠٨)

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣١ الطعن ٤٧٦ لسنة ٢٦ ص ١٣ ص ٧٣٤)

(جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧ الطعن ٥٢ لسنة ٦٠ ص ٤٥ ص ٤٤٥)

وأما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ.

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ فواضح. وإذا كنا لا نقف هذا المعنى وعبارة العقد واضحة كما رأينا، فأولى بنا ألا نقف عنده وعبارة العقد واضحة، لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر، بل تحتل أكثر من معنى. وأما أن العبرة تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، لا بالإرادة الفردية لكل منهما، فهذا واضح أيضاً، الإرادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان، فهي التي يؤخذ بها<sup>(١)</sup>، دون اعتداد لأي متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الآخر فيها<sup>(٢)</sup>.

ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة، أو النية المشتركة؟ تشعبت الآراء في ذلك فمن الفقهاء من يرى أن هذه النية المشتركة التي تكون محلاً للتفسير لا يمكن إلا أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد. ذلك أن التفسير لا يكون إلا في الصحيح كما قدمنا، ومادام العقد صحيحاً فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق طرفا العقد مطابقة للإرادة الباطنة، وإلا لداخل العقد عيب من عيوب الإرادة ولما صححاً. فلا يجوز إذن أن يكون تفسير العقد وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة على الظاهرة، وإنما يكون التفسير وسيلة لاستخلاص الإرادة الباطنة من الإرادة الظاهرة، فلا الظاهرة وحدها هي التي تكون محلاً للتفسير على أساس أنها مطابقة للإرادة الباطنة

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: وإذا كانت عبارة العلة واضحة أو مبهمه بحيث تحتل في جزئياتها أو في جملتها أكثر من معنى، تعين الالتجاء للتفسير. والجوهري في هذا هو كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لا الإرادة الفردية لكل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٧).

(٢) استخلاص نية المتعاقدين في العقد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، فإذا الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه لا ينال من البيع لغير وارث أن يحتفظ البائع لنفسه الانتفاع مدة حياته وأن يقيد الملكية قيداً مؤقتاً، وإن النص في العقد على التزام البائع - خلال محدد - بتحويل العقد النهائي وإلا كان للمشتري الحق في دعوى بائبات صحة ذلك العقد لا معه مظنة إضافة التملك إلى ما بعد موت البائع، فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ الطعن ٣٩٢ لسنة ٢٦ ق م ١٣ ص ١٢٧)

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥ الطعن ٣٥٩٠ لسنة ٦٠ ق م ٤٥ ص ١٦٨٣)

(جلسة ١٩٩٨/١/٨ الطعن ٥٥٢٧ لسنة ٦١ ق)

(٢) ويقول الدكتور محمود أبو عافية في هذا المعنى، بعد أن ينعي على الفقهاء الفرنسيين الخلط بين صحة التصرفات القانونية وتفسيرها، ما يأتي: «وهذا خطأ بين يجب استبعاد هاتين المسألتين إحداهما عن الأخرى للسبب السابق ذكره، وهو أن تحديد أثر التصرف في توضع إلا بعد التسليم بصحة، وصحة التصرف تفترض بدورها اتفاق الإرادة المعلنة الحقيقية، فلا معنى إذن لإهمال الإرادة المعلنة بحجة الأخذ بالإرادة الحقيقية، بل يجب بمضمون الإرادة المعلنة... يجب إذن فصل المنطقة التي يعمل فيها مبدأ اتفاق الإرادة الحقيقية الحقيقية كشرط لصحة التصرف عن منطقة المبدأ المتعلق بتحديد أثر التصرف. والنتيجة

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يفترض عند تفسير العقد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة حتماً للإرادة الباطنة. وهذا إن صح في الكثرة الغالبة من الأحوال، إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدان قد قصداً أمراً اتفقا عليه، ولكن عبراً عنه تعبيراً غير دقيق، فتتحرف هنا الإرادة الظاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة المشتركة، ولا نكون في هذا الفرض في منطقة صحة العقد، فالعقد صحيح والمتعاقدان متوافقان تمام التوافق على أمر واحد. وإنما نكون في منطقة تفسير العقد، مع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من تباين. والواجب في هذه الحالة عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة، فلا تكون هي محل التفسير، بل يجب نبذها والبحث عن الإرادة الباطنة في تفسير العقد. ومن ثم يكون الرأي الذي يذهب إلى وجوب اعتبار الإرادة الظاهرة عند تفسير العقد مطابقة حتماً للإرادة الباطنة. وجعل الإرادة الظاهرة على هذا الأساس هي دائماً محل التفسير، رأياً فيه إطلاق يجدر تقييده. والصحيح أن يقال إن الإرادة الظاهرة هي التي تعبر في العادة عن الإرادة الباطنة، والمفروض عند تفسير العقد أن الإرادتين متحدتان، فيكون الأصل أن الإرادة الظاهرة هي محل التفسير، ما لم يقم الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تعبر تعبيراً دقيقاً عن الإرادة الباطنة، وأن بين الإرادتين تبايناً، فتكون العبرة في هذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة، وتكون الأولى لا الثانية هي محل التفسير.

ومن الفقهاء من يرى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل في الإيجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر، مفهوماً على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به<sup>(١)</sup>. فالإيجاب يصدر من الموجب ويتلقاه الطرف الآخر، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين. فهذا الفهم الحاصل فعلاً أو المستطاع تحصيله هو الذي نقف عنده لأنه هو القدر المتيقن الذي تلاقى عنده المتعاقدان. وعيب هذا الرأي أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائي يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير. ولكن الذي يقع في العمل غير ذلك. فالمتعاقدان يتفاوضان، ويتساومان، ويتبادلان تعبيرات غير نهائية، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيه معاً، ولنا نعلم من منهما صاحبه، هو ثمرة مفاوضات دارت بينهما، ولكل منهما نصيبه فيه.

وتحتمل على ذلك هي أنه مادام التعبير عن الإرادة صحيحاً فتفسيره لتحديد أثره لا يجوز أن يكون وسيلة لتغليب الإرادة الحقيقية على الإرادة المعلنة، وإنما وسيلة لاستخلاص الإرادة الحقيقية من صيغة التعبير. ولا نزاع في أن للقاضي عندئذ أن يصرف النظر عن المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة في التعبير. ولكن القاضي عندما يفعل ذلك لا يغفل التعبير عن الإرادة وإنما يفسره (التصرف المجرد: نسخة عربية ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤).

وتحتمل أيضاً في تحديد منطقة كل من الغلط والتفسير ولكن مع جعل الإرادة الباطنة أساساً لكل منهما الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ١٨٦. نظر في هذا المعنى الدكتور الشيتي في رسالته في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري ص ٥٨.

ويذهب سالي (Saleilles) إلى أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي هذه الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين، دون أن يضحى إحداهما لمصلحة الأخرى. وظاهر أن هذا الرأي يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما، بل هي إرادة من صنع القاضي، هو الذي يقوم بنسخ خيوطها ثم يفرضها عليهما فرضاً (١).

ونحن نؤثر ألا ننحاز لرأى من هذه الآراء، وأن نستبقى للمسألة بساطتها الأولى. فنقول إن الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجي للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين، أي إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة. فإذا لم يقم دليل على غير ذلك، وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين - وهي النية المشتركة التي نبحت عنها - من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير نستهدى بها، هي التي نتولى الآن الكلام فيها.

### ٣٩٥- العوامل التي يستهدى بها القاضي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين:

ويستهدى القاضي للكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل مختلفة ذكر القانون الجديد بعضاً منها لأهميته. فهو يستهدى «بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات» (م ١٥٠م ٢). وغنى عن البيان أن القانون الجديد لم يذكر ما ذكر من هذه العوامل على سبيل الحصر. فإلى جانب ما ذكر توجد عوامل أخرى لم يذكرها ويصح أن يستهدى بها القاضي.

ويمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسبها بالعوامل الداخلية، وأخرى يفسر بها العقد وهي خارجة عنه ونسبها بالعوامل الخارجية. والكثرة الغالبة من هذه العوامل هي عوامل موضوعية لا عوامل ذاتية، يطمئن إليها القاضي فى تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل. إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين - وهذه مسألة نفسية خفية - بعوامل مادية ظاهرة. وتكلم فى كل من العوامل الداخلية والعوامل الخارجية.

### ٣٩٦- العوامل الداخلية فى تفسير العقد: ذكر القانون منها طبيعة التعامل وما ينبغى

أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، ونضيف إلى هذين قواعد أخرى يستأنس بها القاضي فى تفسير العقد بالرجوع إلى العقد ذاته، ذكرها القانون المدنى الفرنسى لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الارشاد. من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد، فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدنى فرنسى). ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (م ١١٦١ مدنى فرنسى). ومن ذلك أخيراً أن

(١) سالي: فى الالتزامات فى القانون الألمانى (المادة ١٥٧ ص ٢٢٨ وما بعدها) - وانظر انتقاد الدكتور الشينى لرأى سالي فى رسالته فى «تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد» ص ٥٥ رقم ٢٣.

تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدنى فرنسى). ونقول كلمة موجزة فى كل من هذه العوامل.

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل، أى بحسب طبيعة العقد وموضوعه. فإذا احتملت العبارة معاني مختلفة، اختار القاضي المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشاركة (١). إذ المعقول أن المتعاقدين قصداً أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التى تقتضيهما طبيعته ما لم يصرح بخلاف ذلك. فإذا اشترط المعير فى عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشئ أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادوا عارية الاستهلاك، بل قصد المعير أن يلزم المستعير فى حالة هلاك الشئ يرد مثله لا بأن يدفع تعويضاً (٢). وإذا كانت العبارة عامة، فإنها تحدد بالرجوع إلى الموضوع الذى تم التعاقد عليه. إذ المعقول أن المتعاقدين لا يريدان أن يخرجوا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتهما صريحة فى مجاوزته. فإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه فى الميراث، فسر ذلك بأنه يتنازل عن جميع حقوقه فى التركة التى يتخارج فيها حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولاً منه. ولكن لا يشمل التخارج حقوقاً مورثة من تركة أخرى (٣).

ويستهدى القاضي بما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين. والأمانة (loyauté) واجب على المتعاقد، والثقة (confiance) حق له. وبيان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة فى التعامل. فإذا كان هناك خطأ فى التعبير أو لبس، واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه، فالأمانة فى التعامل تقضى عليه ألا يستغل ما وقع من إبهام فى التعبير، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه. ويقابل هذا الواجب حق. فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب. وهذه هى الثقة المشروعة، وتنطوى على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة فى تفسير العقد.

(١) أنظر أيضاً: استئناف مختلط فى ٢٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤م ص ٣٩٢ - نقض فرنسى فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠١ داللو ١٩٠٣ - ١ - ٢١٣.

(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف لفقرة ٨٣٤.

(١) لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير العقود وتقرير ما ترى أنه كان مقصود العاقدين مستعينة بظروف الدعوى وملاساتها، إذ فمتى كان الحكم قد استظهر من عبارة الاتفاق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى البيع لا التنازل عن الصفقة الراسى مزادها على المطعون عليه عن طريق احلال الطاعن محله فيها، وكان هذا الذى استخلصه الحكم مستندا من أوراق الدعوى ولا يخالف الثابت بها فان ما نعام عليه الطاعن يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٥٢/٥/١ الطعن ٢١٢ لسنة ٢٠ق)

(جلسة ١٩٥٩/٦/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٤٠٤)

(جلسة ١٩٦٢/١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١٣)

(جلسة ١٩٩٤/١/١٩ الطعن ١٠٣٨ لسنة ٥٩ق السنة ٤٥ ص ٢١٠ وجلسة ١٩٩٧/١٠/٢٣

الطعن ١٠٢٦١ لسنة ٦٥ق)



وإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد، وكان أحد هذه المعاني هو الذي ينتج قانونياً، حملت العبارة على هذا المعنى، إذ أعمال الكلام خير من إهماله. فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له في مقابل دين، واشترط الدائن أن يستولى على ربع الأرض في نظير الفوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة فإنها لا ينتج أثراً قانونياً، لأن الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضي الخراجية. فيفسر على أنه رهن حيازة، ولا يسمح للدائن أن يستولى على ما يزيد عن القيمة الأقصى الذي يجوز الاتفاق عليه في الفوائد (١).

وعبارات العقد يفسر بعضها بعضاً. فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كلي هو العقد. فقد تكون هناك عبارة مطلقة وتحدد عبارة سابقة أو لاحقة. وقد تقرر العبارة أصلاً يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها. وقد تكون العبارة مبهمه، وتفسرها عبارة وردت في موضع آخر. فإذا باع شخص مفروشات منزله، ثم عين هذه المفروشات في مكان آخر من العقد، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى، إذ الخاص يقيد العام. ولا يدخل في المبيع ما لم يذكر في المفروشات المعينة، حتى لو كان داخلاً ضمن مفروشات المنزل. وإذا قام التناقض بين عبارتين، اجتهد القاضى في التوفيق بينهما. فلو أمكنه إعمال العبارتين معاً فعمل بهما. اجتهد في إعمالهما إلى أقصى حد دون إرهاق للفظ أو قسر له على غير معناه. فإذا كان التناقض يستعصى معه الجمع بين العبارتين على أية صورة، اختار العبارة التي يظهر له منها المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى (٢).

وتخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم. فإذا باع شخص أرضاً زراعية مملوكة من توابعها مواش خصت بالذكر في عقد البيع، فليس هذا معناه أن المواشى وحدها هي التي تدخل ضمن الشيء المبيع، فكل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبانٍ وغيرها ذلك يدخل أيضاً. أما تخصيص المواشى بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشياً أن يشك في أن المبيع يشملها فصرحاً بذلك حسماً للنزاع، أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة على المواشى.

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ١١٠٥ من القانون المدني الجديد. وأنظر في أمثلة أخرى نظرية المؤلف للمؤلف فقرة ٨٣٣.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة - في دعوى طلب إثبات صحة تعاقد المدعى عليه بأن الاتفاق الذي تم بينه وبين المدعى على البيع قد عدل عنه وزال أثره - قد يثبت الوقائع كما استخلصتها من الأوراق، ثم حصلت على المكاتبات التي تبودلت بين محامي الطرفين المدعى أنكر التعاقد منذ حصوله، مستعينة على ذلك بإيراد ألفاظ وعبارات من تلك المكاتبات مؤيدة لما حصلته، فلا عليها إذا كانت لم تقف عندما ورد في مكاتبة منها على لسان محامي المدعى مفيداً أن موكله يرى أن المدعى لا ينكر البيع وإنما ينزاع في تفصيلاته فقط، إذ المحكمة حين المحررات إنما تفسرها كما تفهمها هي، وهي إذ تعالج تفسير محررات متبادلة مترابطة إنما تلتزم بتفديده في جملتها لا بما تفديده عبارة معينة من عباراتها (نقض مدني في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٠ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٠ ص ٤٦٩) - أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٥.

على هذه المواشى فأفرداها بالذكر. ونرى من ذلك أن هذه القاعدة تقيض للقاعدة السابقة التي تقضى بأن الخاص يقيد العام. فقواعد التفسير قد تتضارب، وعلى القاضى أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذي يدعى لتفسيره.

٣٩٧- العوامل الخارجية في تفسير العقد: ذكر القانون منها العرف الجارى في المعاملات، ونضيف إليه الطريقة التي ينفذ بها العقد.

فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجارى في التعامل. إذ المعقول في المسائل التي توطد فيها عرف أن يفرض في المتعاقدين أنهما عالمان به وقد ارتضياه، وإلا لصرحا بمخالفته. فإذا كانت عبارات العقد مبهمه وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف (١). وقد قضت محكمة النقض بأن القاضى يفسر العقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجارى، فله أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ في طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاع الجار المرفق بالمطل والنور والهواء (١). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضى بأن يكون أجر السمسار ٢,٥٪ من قيمة الصفقة (٢). والعرف يكون عاماً (٣)، لكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص (٤). ويجب أن يكون العرف مستقراً (٥). وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العادة التي تقضى بأن يكون نزع البئر في جهة رمل الإسكندرية على المستأجر ليست عادة مستقرة فلا يحكم بها (٦). ويجب أن يكون العرف غير مخالف لا للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب (٧).

(١) نقض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٥ ص ١٣٧.

(٢) لمحكمة الموضوع السلطة في تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته، فإذا كان بين من الحكم أن محكمة الموضوع وهي بصدد الفصل في الخصومة التي قامت بين الطرفين حول ما إذا كانت الهبة قد صدرت من الواهب للطاعتين بصفتها الشخصية أو باعتبارها نائبين عن اهالي بلدة معينة لبناء مدرسة بها، قد رجعت - بجانب ما تضمنه العقدان الابتدائي والنهائي من عبارات - إلى ظروف التعاقد وملابساته - واستخلصت - ذلك أن فكرة إنشاء المدرسة قد نبتت لدى الأهالي وأن تشييدها كان تنفيذاً لهذه الفكرة وأن الهبة قد صدرت من الواهب تنفيذاً لهذا الغرض، وكان هذا الرأي الذي استخلصته محكمة الموضوع سائغاً لا يجافى المنطق ولا يناقض الثابت بالأوراق، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

- (جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص ٦٩٣)  
 (جلسة ١٩٩٤/٦/٩ الطعن ١٢٥١ السنة ٤٥ ص ٩٦٨)  
 (٢) ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٠٩.  
 (٣) استئناف مختلط في ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٢.  
 (٤) مسينا جزء ١ فقرة ٦١.  
 (٥) استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٤.  
 (٦) ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٠.  
 (٧) استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٦١.

### ٣- قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين

٣٩٨- يفسر الشك في مصلحة المدين - مبررات هذه القاعدة: وضع القانون نصاً صريحاً في هذه الحالة - الفقرة الأولى من المادة ١٥١ - يقضى بأن يفسر الشك في مصلحة المدين. فإذا قام شك في مدى التزام المدين بعقد، فسر هذا الشك في مصلحته، وأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد هذا المدى. ويرر هذه القاعدة الاعتبارات الآتية:

(أولاً) إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد مدى التزام المدين، فذلك لأن الأصل براءة الذمة، والالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه. هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحملة عبارات العقد. فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق.

(ثانياً) ثم إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع، كان عاجزاً عن إثبات ذلك، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل. فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير (١).

(ثالثاً) ويقال أيضاً في تبرير القاعدة إن الالتزام يملية الدائن لا المدين. فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين، إذا كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا يجول الشك فيه. ومزية هذا الاعتبار أنه يفسر لم نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعن حتى لو كان دائناً. فإن عقد الإذعان يملية الطرف القوي على الطرف المدعن في جميع مشتملاته، فتكون التزامات هذا الطرف القوي هي أيضاً من إملائه، فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المدعن وهو هنا الدائن.

٣٩٩- نطاق تطبيق القاعدة: وللقاعدة المتقدمة نطاق محدد تطبق فيه، ويرد عليها في حدود هذا النطاق استثناء معين.

أما نطاقها فهو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين: مجرد شك، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل، ولا ترجيح لوجه على وجه. أما إذا استحال التفسير، ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجهاً واحداً لتفسير

(١) وتشير المذكرة الإيضاحية إلى هذا الاعتبار فيما يأتي: «إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد، وبقي الشك يكتنف إرادة المتعاقدين المشتركة رغم إعمال أحكام التفسير التي تقدمت الإشارة إليها، فسر هذا الشك في مصلحة المدين دون الدائن. تلك قاعدة أساسية أخذت بها أغلب التقنينات، وهي ترد إلى أن الأصل في الذمة البراءة، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود ديبته باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل، فإذا بقي شك لم يوافق الدائن إلى إزالته فمن حق المدين أن يفيد منه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩).

ولا يطبق العرف، كما تقول محكمة النقض (١)، إلا عندما تستغلق نصوص القانون لم يسكت المتعاقدون عن تنظيم في ناحية مما تعاقدا عليه أو ينظمونه في غموض. وهناك مسائل يجرى فيها العرف مجرى القانون، كما في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري ونحو ذلك، ففي هذه المسائل يرجع القاضي إلى العرف لا لتفسير نية المتعاقدين فحسب، بل أيضاً لتكملة العقد ذاته وتحديد نطاقه كما سنرى، ويلاحظ أن العرف عندما يكون عاملاً من عوامل تفسير العقد غير العرف عندما يكون مصدراً من مصادر القانون، فإن القاضي إذا خالف العرف في الحالة الأولى لم يكون حكمه عرضة للنقض، أما العرف في الحالة الثانية فهو قانون إذا خالفه القاضي نقض حكمه.

وقد تتضح إرادة المتعاقدين من الطريقة التي ينفذان بها العقد. فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن، فسرت إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها. مثل ذلك أن يغفل عقد الإيجار ذكر مكان دفع الأجرة، وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة بأن الأجرة تدفع في محل المستأجر، ولكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر، فيحمل ذلك على أن المتعاقدين أرادوا أن تدفع الأجرة في هذا المحل (٢).

٣٩٨- بأية إرادة يؤخذ في تفسير العقد: ويخلص مما قدمناه أن القاضي في تفسير العقد الغامض يأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين، ويستخلصها عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها. فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة. ولا هو لا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة. وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة التي يستطيع التعرف عليها (volonté reconnaissable) (٣).

ونرى من ذلك أن القانون الجديد، في حالتي العقد الواضح والعقد الغامض، لا يعيد بالإرادة الظاهرة إلا على اعتبار أنها دليل على الإرادة الباطنة. وهو على كل حال قابل يقبل إثبات العكس.

(١) نقض مدني في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٧ ص ١٤١.  
(٢) أنظر في القضاء المصري نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٨.

هذا وقد تتضح إرادة المتعاقدين عن طريق أي عامل آخر خارجي عن العقد. مثل ذلك ما عرفت به محكمة النقض من أنه إذا كانت المحكمة، حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع، بخلاف ظاهره، قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع، فبطلت هذه النية من ورقة الضد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرته في الدعوى الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن في حكمها، فيتعين رفض طلبه (نقض مدني في ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٠ ص ٣٩٠).

(٣) وهذا يقرب من النظرية الألمانية المعروفة بنظرية الثقة (Vertrauenslehre) التي أقرها الدكتور الشيتي في رسالته في تكوين العقد وفي تفسيره في القانون المصري الجديد ص ٥٣. وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك.

العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها (١).

## المطلب الثاني

### تحديد نطاق العقد

٤٠١- النصوص القانونية: نصت المادة ١٤٨ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية.  
٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (٢).  
وهذا النص يبين في الفقرة الأولى منه كيف ينفذ العقد، وفي الفقرة الثانية كيف يحدد نطاقه.

٤٠٢- التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه: وهناك مسائل ثلاث

(١) محكمة اسكندرية الكلية التجارية المختلطة في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ٢٨٧ ص ١٦٥ - أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ٢٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٥ ص ٧٣ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ - استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ - وفي ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ - وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٣ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٩ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٠ - وفي ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ - أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٠ ص ٩٤٨.

(٢) تاريخ النص: تقتصر على الفقرة الثانية من هذا النص وهي التي تعيننا هنا، مرجحين الفقرة الأولى إلى المطلب الثالث عند الكلام في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد. وقد ورد النص في المادة ٢١٤ فقرة ٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام، وفقاً للعدالة والعرف والقانون». وفي لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من النص على النحو الآتي: «وفقاً للقانون والعرف والعدالة»، وأصبح رقم المادة ١٥٢ فقرة ٢ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص كما هو في المشروع النهائي. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يعطي للقاضي سلطة خطيرة إذ يمكنه أن يزيد في التزامات المتعاقدين وفي ذلك إهدار لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ولما كانت المادة ١٥٤ تتكلم عن تفسير العقود فيمكن الاستغناء بها عن المادة ١٥٢ لأن الالتزام بالعرف والعادة ونية الطرفين يكون في تفسير العقود وليس في تنفيذها. وبعد مناقشة استعصت عن عبارة «ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام» بعبارة «ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته» وأضيفت عبارة «بحسب طبيعة الالتزام» في آخر الفقرة، وقالت اللجنة في تقريرها إن التعديل يجعل الحكم أوضح دون أن يمس جوهره. وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة ٢. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ - ص ٢٩٠).

العقد مهما كان جانب الشك فيه، فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها، بل أراد كل منهما شيئاً لم يردده الآخر، فلم ينعقد العقد. ولا بد من جهة أخرى، أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه. فإذا أمكن القاضي أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين - مهما كان هذا عسيراً - واستطاع أن يزيح عنها الشك، وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة، ولو كان التفسير في غير مصلحة المدعى (١).

أما الاستثناء الذي يرد على القاعدة فهو ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من أنه «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى». فيجب إذن أن يكون التفسير لمصلحته دائماً، ولو كان دائماً، على خلاف القاعدة التي نحن بصدددها من أن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتعاقد إلا إذا كان مديناً. وقد مر بيان ذلك عند الكلام في عقود الإذعان (٢).

٤٠٠- تطبيقات للقاعدة: فإذا وجد القاضي نفسه في نطاق تطبيق القاعدة طبقها. وفسر العقد الملزم لجانب واحد لمصلحة الجانب الملزم. وفسر العقد الملزم للجانبين لمصلحة أي من المتعاقدين يكون مديناً في الالتزام الذي يفسره، فيكون التفسير تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وطوراً لمصلحة الآخر.

فإذا كان هناك شك في وجوب إعدار المدعى، فسر هذا الشك في مصلحته ووجب الإعدار (٣). وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائي مستحقاً في حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ، كان الشرط غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ (٤). وإذا كان المدعى ملتزماً بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها، كان للمدعى أن يتبع ما هو أيسر عليه وأخف مؤونة (٥). وإذا اشترطت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاشتباه في الغرض المقصود من المشاركة الذي يجب معه تفسير المشاركة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذي يقوم في نفس القاضي لخلو الدعوى من دليل مقنع. فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت في اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشتري بمطالبتة بثمان القطع المبيع له أنه تسلم المبيع، ثم قضت بالزامه بالثمان، فإن حكمها يكون سليماً ولا غبار عليه (نقض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٩ ص ٤٧٨).

(٢) أنظر أيضاً فقرة ١١٨ - وما جاء في الذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وينبغي كذلك تفسير ما يعمض من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمدعى»، دائماً كان أو مديناً وليس له، على كلا الحالين، يد في هذا الغموض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١).

(٣) استئناف مختلط في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١.

(٤) استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ - وفي ١١ يونيو سنة ١٩٠٨ م ١٤ ص ٢٧٠.

(٥) استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩.



يجب تمييزها بعضها عن بعض: تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه. وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هي تفسير العقد. فإذا فرغ القاضى من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين، انتقل إلى تحديد نطاق العقد. فلا يقتصر في هذا التحديد على ما ورد في العقد وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين، بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. ثم ينتقل القاضى، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه، إلى المسألة الثالثة وهي تنفيذ العقد. فيلزم المتعاقدين بتنفيذه، طبقاً لما اشتمل عليه - والمشتتات يعرفها القاضى عن طريق التفسير وتحديد النطاق - ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١٤٨م فقرة أولى) (١).

وقد فرغنا من الكلام في تفسير العقد، فننتقل الآن إلى الكلام في تحديد نطاقه.

**٤٠٣ - العوامل التي يسترشد بها القاضى في تحديد نطاق العقد:** لا يقتصر القاضى، كما قدمنا، في تحديد نطاق العقد على ما انجهدت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد. وقد ذكر القانون، لا على سبيل الحصر، أهم العوامل التي يسترشد بها القاضى في تحديد هذه المستلزمات، ومن ثم في تحديد نطاق العقد. وهذه هي: (١) طبيعة الالتزام. (٢) القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة. (٣) العرف ويضاف إليه الشروط المألوفة (clauses de style). (٤) العدالة.

**٤٠٤ - طبيعة الالتزام:** وطبيعة الالتزام (nature de l'obligation) تملى على القاضى أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف

(١) التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتنفيذه يعين على رفع اللبس في مسائل تبقى مضطربة دون هذا التمييز. ففي تفسير العقد نعى بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. وفي تحديد نطاق العقد نضيف إلى هذه النية المشتركة ما لم تتناول في الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماتها. وفي تنفيذ العقد نجعل هذه النية المشتركة بعد أن نضيف إليها مستلزماتها هي شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ونرى هذا التمييز واضحاً في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، وإن ذهبت هذه المذكرة إلى أنه يبدأ بتحديد نطاق العقد ثم يعرض بعد ذلك أمر التفسير، على أن هذا الترتيب العكسى لم يخلط ما بين المسألتين بل أبقى كلا منهما في الحدود المرسومة لها. وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن: «وما هو جدير بالذكر أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ (م ١٤٨م جديد) تنص على طبيعة الالتزام في معرض تحديد مضمون العقد، وتنص... على العرف الجارى في شرف التعامل بصدده كيفية تنفيذه. والواقع أن التفرقة من هذا الوجه بين تحديد مضمون العقد وتفسيره وكيفية تنفيذه جد دقيقة. ذلك أنه يبدأ بتحديد مضمون العقد، وقد يستتبع ذلك استكمال ما لم يصرح به فيه. ثم يعرض أمر تفسير هذا المضمون وهو يقتصر على شق الثابت بالعبارة دون ما يستكمل منه من طريق الدلالة. فإذا تم للمتعاقدين تحديد مضمون العقد وتفسيره عمداً إلى تنفيذه وفقاً لما يفرضه حسن النية وما يقتضى العرف في شرف التعامل (أنظر م ٢٢١ من التقنين اللبناني). وإذا كان التفريق بين هذه المراحل الثلاث ميسوراً من الناحية المنطقية البحتة، فمن البين أنها تختلط في الواقع ببعضها، ويتجلى ذلك بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد وتفسيره (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧).

والعدالة (١) (١). فمن باع عيناً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء (٢) (م ٤٣٢ جديد). ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده، كرهن وكفالة أو دعوى ضمان. ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية (accessoires) التي لا غنى عنها في تسييرها. ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم للمشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك (٢).

(١) وقد رأينا أن نص المشروعين التمهيدي والنهائي واضح في أن طبيعة الالتزام تتحدد وفقاً للقانون والعرف والعدالة. وغرض هذا المعنى بعد التعديل الذي أدخلته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، على أن اللجنة في تقريرها إنها قصدت من التعديل أن تجعل الحكم أوضح دون أن تمس جوهره. وليس نمة كبير أهمية لهذه التحويرات، فطبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة كلها عوامل تساهم في تحديد نطاق العقد. وعلى هذا الوجه جرينا في شرح النص.

(٢) أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٤ ص ٤٠٠ - ويقول الأستاذة بلانيول وريبير وبولانجيه في وسيطهم إن القضاء الفرنسى يضيف إلى نطاق العقد التزامات ثلاثة يستخلصها من طبيعة العقد. الالتزام الأول هو بحسن نية (agir de bonne foi)، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ العقد لا بتحديد نطاقه. والالتزام الثانى هو التزام الضمان (oblig. de garantie)، وقد نظم القانون التزام الضمان هذا في بعض العقود كالبيع والإيجار، ولكنه التزام قائم في كل العقود التي تقتضى طبيعتها ذلك. والالتزام الثالث هو ضمان السلامة (oblig. de sécurité)، وهو التزام تقتضيه طبيعة بعض العقود، فعقد العمل يقتضى أن يضمن رب العمل سلامة العمال، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص الذين ينقلهم من مكان إلى مكان (بلانيول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٤٥٥ - ٤٥٩ وفقرة ٩٥٨ - ٩٦٣).

(١) مفاد النص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني على أن لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكنه يتناول ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، أن الالتزام التعاقدى قد يتسع ليشمل ما لم يتفق عليه صراحة مما تقتضيه طبيعته، فإذا اتفق على نزول مسافر في فندق فإن العقد لا يقتصر على الزام صاحب الفندق بتقديم مكان النزول وإنما يلزمه أيضاً بما مقتضاه طبيعة الالتزام بالأبواب، ومن هذا القبيل وفق ما جرى به العرف بين الناس اتخاذ الحيطه واصطناع الحذر بما يرد عن النزول عائلته ما يهدد سلامته من مخاطر ويحفظ عليه أمنه وراحته فيعصمه من الضرر على نحو ما يعصمه ابواؤه إلى سكنه.

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٣ الطعن ١٤٦٦ لسنة ٤٨م ص ٣١ ص ٢٥٥)

(جلسة ١٩٦٨/٥/٢٨ الطعن ٢٣٧ لسنة ٣٤م ص ١٩ ص ١٠١٤)

(٢) مؤدى نصوص المواد ١/١٤٨، ٤٣٢، ٥٦٦ من القانون المدني أن العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره في العقد بشأنها إنما تشمل أيضاً ما يكون من ملحقاتها التي لا تكتمل منفعتها المقصودة من الإيجار إلا بها وأنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب أعمال اتفاقهما فإن لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء واتباع العرف دون التقيد في هذا الخصوص بواسطة بعينها من وسائل الأثبات لأن هذه الأمور هي من قبيل المادى الذى يجوز اثباته بكافة الطرق.

(جلسة ١٩٧٩/٢/٢٤ الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٤م)

(جلسة ١٩٧٧/٥/١٦ الطعن ٨١١ لسنة ٤٣م مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٢١٤) =

٤٠٥ - القوانين التكميلية والمفسرة: والقوانين التكميلية والمفسرة (lois supplé- tives, interprétatives) تعين القاضي إلى حد كبير على استكمال نطاق العقد. ذلك أنه يصعب في كثير من الأحوال أن ينظم المتعاقدان العلاقة فيما بينهما في جميع تفصيلاتها فهما في الغالب يتركان بعض التفاصيل، إما لأنهما لم يتوقعاها، وإما اعتماداً على أحكام القانون<sup>(١)</sup>. وهنا تأتي الأحكام القانونية المفسرة تكمل العقد. مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع، فبيعا المبيع والثمن، وقد يغفلان بعض التفاصيل كتعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية وما إلى ذلك. كل هذه التفاصيل بين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع، وجعل هذه الأحكام أحكاماً تكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها، وأحكاماً تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك واعتمدا على هذه الأحكام المفسرة. وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد. وهذا ما يعلل أن ليس لها أثر رجعي ينسحب على العقود التي أبرمت قبل صدورهما، لأن هذه العقود وجدت في وقت كانت أحكام أخرى تكمل فيه إرادة المتعاقدين وكانت هذه الأحكام جزءاً من العقد، فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين لاحقة. فلو أن شخصاً اقترض مبلغاً من النقود بالسعر القانوني في ظل القانون القديم (وكان السعر القانوني ٥ في المائة)، فإن القانون الجديد، وقد نزل بالسعر القانوني إلى ٤ في المائة، لا يسرى على هذا القرض ويبقى السعر ٥٪.

ولما كانت هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذي يريانه، فهي ليست من النظام العام. وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس.

٤٠٦ - العرف والشروط المألوفة: رأينا أن العرف يجري مجرى القانون في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري. وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه. ويتصل بالعرف الشروط المألوفة (clauses de style). فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه، وهي

(جلسة ١٩٩٤/١/٢٦ الطعن رقم ٢٠١٤ لسنة ٦٣ق)

(جلسة ١٩٩١/٢/١٧ الطعن ٢٥٩٦ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٨٩/٧/٣٠ الطعن ١١١٣ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥ الطعن ٢٠٣٣ لسنة ٥١ق)

(١) وهذه غير الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٥، والتي مر ذكرها، وهي حالة ما إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة. والفرق بين الحالتين أن المتعاقدين في الحالة التي نحن بصددنا أغفلا بعض التفاصيل لأنهما لم يتوقعاها أو توقعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون. أما في الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٥ فإن التفاصيل التي تركها المتعاقدان دون تنظيم هي تفاصيل توقعاها وأرادا أن ينظماها باتفاقهما، ولكنهما لم يستطيعا الوصول إلى هذا الاتفاق. والقاضي في هذه الحالة الأخيرة لا يفسر نية المتعاقدين ولا يكمل نطاق العقد، وإنما يحل محل المتعاقدين في صنع العقد.

شروط أكثر تحديداً من العرف. ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها أن تشمل على عبارات معينة، حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذي فائدة. وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط ولو لم تذكر، لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد. مثل ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من أن يضاف إلى حساب العمل نسبة مئوية تنفع بها الخدم، فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك العميل وحتى لو لم يره مكتوباً. ولكن عند تعارض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج في العقد، فالشرط الخاص هو الذي يعمل به<sup>(١)</sup>.

٤٠٧ - العدالة: وقد يسترشد القاضي بقواعد العدالة في استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه. فالبايع لا يلتزم فحسب أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، بل يجب عليه أيضاً أن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً. وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد، وقد يورد القانون في شأنه نصوصاً صريحة (أنظر م ٤٢٨ من القانون المدني الجديد). وبائع المتجر يلتزم نحو المشتري ألا ينافس منافسة ينتزع بها عملاء المتجر، وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد. والعامل الفني إذا عمل في مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلتزم ألا يبوح بهذه الأسرار لمصنع منافس ولو لم يشترط عليه ذلك (قارن م ٦٨٦ جديد). وما يستنبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق رب العمل، إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضي منه إفراغ جهده في الابتداء، ولو لم يشترط رب العمل في العقد أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من الاختراعات (م ٦٨٨ فقرة ٢ جديد). وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتف عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية. وإذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة. هذا وليست نظرية الحوادث الطارئة - وقد وضع لها القانون الجديد نصاً عاماً وطبقها في عقود مختلفة - إلا تطبيقاً لمبدأ العدالة في تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام صار مرهقاً للمدين إلى حد يخل بالعدالة الواجبة.

٤٠٨ - تحديد نطاق العقد هو من مسائل القانون: وإذا حدد القاضي نطاق العقد<sup>(١)</sup>، خضع في هذا التحديد لرقابة محكمة النقض، فتستطيع هذه المحكمة أن تعقب على

(١) استئناف مختلط في ٦ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٢.

(١) العقد النهائي - دون العقد الابتدائي - هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين، ومن ثم فإذا تبين أن عقد البيع النهائي قد خلا من النص على الشرط الجزائي الوارد في عقد البيع الابتدائي أو الاحالة إليه، فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفتا نيتها إلى عدم التمسك به أو تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٠/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٥١٣)

(جلسة ١٩٥٨/١/٩ الطعن ٣٤٣ لسنة ٢٣ق السنة ٩ ص ٦٢)

فإذا تركنا عقود الإذعان بقى أن نبحث مسألتين: (١) القاعدة وهي تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه (٢) ثم الاستثناء وهو ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة.

### ١- تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

٤١٠- النصوص القانونية: نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

«العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون» (١) (١).

«يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية» (٢).

٤١١- العقد شريعة المتعاقدين: بعد أن يفسر القاضى العقد ويحدد نطاقه، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه، ما دام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً، وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا في الدائرة التي يجيزها القانون، أى في نطاق لا يصطدم فيه مع لنظام العام ولا مع الآداب.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «العقد شريعة المتعاقدين ما دام قد انعقد صحيحاً، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون». وأقرته لجنة المراجعة بعد حذف عبارة «ما دام قد انعقد صحيحاً» لعدم الحاجة إليها، وأصبح رقم النص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٧ فقرة أولى، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٨ - ص ٢٨٦).

(٢) مفاد ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بمفرده بنقضه أو تعديله كما يمنع ذلك أيضاً على القاضى. فممنوع نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.

(جلسة ١٩٨٦/١١/٥ الطعن ١٤٠٢ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٩/٢/٩ الطعن ٩٧٣ لسنة ٥٥ق ص ٤٠ ص ٤٤٠)

(جلسة ١٩٩٠/٤/٥ الطعن ١٨٠٤ لسنة ٥٦ق)

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل». وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً على النحو الآتي: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وما تقتضيه نزاهة التعامل»، وأصبح رقم النص المادة ١٥٢ فقرة أولى في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل تعليقاً على النص إنه وإن كان العقد شريعة المتعاقدين فليس ثمة عقود تحكم فيها المياني لا المعاني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها، وحذفت اللجنة عبارة «وما تقتضيه نزاهة التعامل»، وعللت هذا الحذف في تقريرها بأن «في عموم تعبير حسن النية ما يعنى عنها»، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة أولى. ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ - ص ٢٩٠).

حكمه، وأن تأخذ عليه أنه انتقص من نطاق العقد أو زاد فيه. فإذا طبق القاضى بعض شروط العقد دون بعضها الآخر، كان في ذلك انتقاص من نطاق العقد ووجب نقض العقد (الحكم (١)).

### المطلب الثالث

### إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

### (العقد شريعة المتعاقدين)

٤٠٩- القاعدة العامة والاستثناء منها: القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه. وقد أورد القانون الجديد، عند الكلام في آثار العقد (٢)، على هذه القاعدة استثنائين. الاستثناء الأول ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضى للعقد (م ١٤٧ فقرة ٢)، والاستثناء الثاني ما تقضى به نظرية عقود الإذعان من جواز تعديل القاضى للشروط التعسفية أو الإغفاء منها (م ١٤٩). ولا نعود إلى عقود الإذعان فقد سبق الكلام فيها (٣). ونقتصر هنا على ملاحظة العقد. إذا تم بطريق الإذعان واشتمل على شروط تعسفية، فإن العيب الذي يلحق العقد في هذه الحالة يلحقه منذ تكوينه، لا عند تنفيذه كما هو الأمر في نظرية الحوادث الطارئة فنظرية عقود الإذعان أقرب إلى نظرية عيوب الرضاء. وما الإذعان إلا ضرب من الإكراه الاستغلال يرتب عليه القانون نتائج محدودة. وكان المنطق يقضى بأن يوضع النص الخاص بعقود الإذعان في المكان الذي وضع فيه النص الخاص بنظرية الاستغلال، فهذه أشكال بتلك.

(١) وإلى هذا الرأي ذهبت محكمة النقض عندما قضت بأن الخطأ في تطبيق نصوص العقد خطأ في تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض. ففي دعوى الما قول الذي لم يدفع للمدعى عليه (توريد الحرية) غير التأمين المؤقت، وعندما أعلن بقبول عطاءه وكلف بإيداع التأمين النهائي امتنع ولم يوفى عقد التوريد وطلب إعفاءه من التعهد، فألغى المدعى عليه عطاءه وانصرف إلى غيره في استيفاء المطلوب له - في هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها الذي كان يجب تطبيقه، فلمحكمة النقض أن تنقض الحكم وتفصل في الدعوى على أساس الشروط الواجبة التطبيق، ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها الآخر في الدعوى هو يدخل في ولاية قاضى الموضوع دون رقابة عليه فيما يرتبته من تفسير هذه الشروط، لأن تطبيق من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٩ ص ٢٢٣) - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تفسير بند في العقد تفسيراً صحيحاً مع ترك البنود الأخرى يوجب نقض العقد (نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٣ ص ٥٣٢). أنظر أيضاً في المعنى «النقض في المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمي باشا والدكتور محمد حامد فهمي ص ٢٩٦ - ص ٢٩٩ (والتمييز غير واضح في هذا المرجع بين تفسير العقد وتحديد نطاقه).

(٢) وإلا فإن القانون أورد استثناءات أخرى كثيرة تفرقت في أماكن مختلفة كما سنرى.

(٣) أنظر أنفاً فقرة ١١٨ وما بعدها.



ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين<sup>(1)</sup>. بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب، وقد رأينا أن الأحكام القانونية التي تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد، كان العقد هو القانون الذي يسرى عليهما، وتوازي البديل أمام الأصيل. وهذا هو المعنى الذي قصدت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ حين قالت: «العقد شريعة المتعاقدين». وتقول المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي في هذا المعنى: «الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون» (Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites). وقد نقل المشرع الفرنسي هذا النص عن دوما (Domat) كما قدمنا<sup>(١)</sup>.

٤١٢- فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون: والنتيجة المباشرة للمبدأ القاضي بأن القعد شريعة المتعاقدين، هي أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

(١) وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين، فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق. وقد عقد جوسران (جزء ٢ فقرة ٢٤٧ - فقرة ٢٤٨) مقارنة بين العقد والقانون. أما وجوه الشبه ففي أن كلا منهما ملزم، وفي أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف، وفي أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بعين الطريقة التي صنع بها كل منهما، وفي أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية. ووجوه الخلاف هي أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام أما القانون فيلغى قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام، والعقد قد يحل بإرادة واحدة فيمكن إذن حله بطريقة غير التي صنع بها في أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يلغى إلا بالطريقة التي صنع بها، وتفسير العقد مسألة موضوعية (على تفصيل سبق بيانه) لا رقابة لمحكمة النقض عليها أما تفسير القانون فمسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

(1) أ- المقر وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني، أن العقد شريعة للمتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، أو للأسباب التي يقررها القانون، ومن ثم لا يعتد بتعديل فيه يستقل به أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة، كما يحق لأي من طرفيه الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به إعمالاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدني.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/١٧ الطعن ٢٣٢٤ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٩٠/٦/٢٨ الطعن ٤٨٨ لسنة ٥٧ق ص ٤١ ص ٤٠).

ب- متى كان البيع الصادر قبل ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ قد وقع طبقاً لأحكام القانون المدني فإنه يبقى صحيحاً بعد صدور قانون الإصلاح الزراعي وبظل ملزماً لعاقديه ولو كان من شأنه أن يجعل المتصرف إليه مالكا لأكثر من الحد المقرر وتخضع الزيادة في هذه الحالة لأحكام الاستيلاء لدى المتصرف إليه، ومن ثم فإنه لا يترتب على بلوغ ملكية المشتري الحد الأقصى للملكية المقرر في قانون الإصلاح الزراعي وجوب رد هذه الأطنان الزائدة إلى البائعين.

(جلسة ١٩٦٩/١٢/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٢٨٩)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٦١٢)

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضي، فلا يجوز لهذا أن ينقض عقداً صحيحاً أو يعدله يدعوى أن النقص أو التعديل تقتضيه العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها. ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أي من المتعاقدين، فإن العقد وليد إرادتين، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة.

هذا هو الأصل. ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقررها القانون.

فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً، إما باتفاقهما على ذلك عند النقص أو التعديل، أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما. والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو في تعديله.

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون. فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها، كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل. وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولاً عند اعتبارات عادلة، كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي (م ٢٢٤)، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة (م ٣٤٦)، وفي جواز الرجوع في الهبة (م ٥٠٠)، وفي جواز تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩)، وفي جواز رد الالتزام المهرق إلى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة التي سنتناولها بالبحث بعد قليل<sup>(١)</sup>.

٤١٣- ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية: كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد ينص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي: «فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل. وبهذا يجمع المشروع بين معيارين: أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد وقد اختاره التقنين الفرنسي، والآخر مادي يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألماني»<sup>(٢)</sup>. ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، عند ما حذف المعيار الثاني الخاص بنزاهة التعامل من المشروع النهائي، قد استبقت في

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي: «العقد شريعة المتعاقدين، ولكنه شريعة اتفاقية، فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً، والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله، بل ولا يجوز ذلك للقاضي، لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديه وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء العاقدين. فلا يجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي عاقديه - ويكون هذا التراضي بمثابة عقد جديد - أو لسبب من الأسباب المقررة في القانون، كما هو الشأن في أسباب الرجوع في الهبة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٨.

الواقع المعيار الذاتي دون المعيار المادى. أما ما ذكرته في تقريرها من أنها حذفت العبارة التي تقر المعيار المادى «لأن في عموم تعبير حسن النية (وهذا هو المعيار الذاتى) ما يعنى عنها» (١) فغير صحيح، لأن المعيار الذاتى لا يعنى عن المعيار المادى. لذلك يجب، بعد هذا التعديل، الاقتصار على المعيار الذاتى، وهو معيار حسن النية.

فالقاضى عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضى منهما أن ينفذه بطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية. ذلك أن حسن النية هو الذى يسود في تنفيذ جميع العقود. ولم يعد هناك، كما كان الأمر في القانون الرومانى، عقود حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrats de bonne foi) بل العقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية (٢).

ويرتب القضاء الفرنسى على وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد أن المقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن (٣)، وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصح بالنسبة إلى صاحبها (٤).

ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن النية (م ٣٤٦م فقرة ٢). ويجازى سوء النية في عدم تنفيذ العقد، فيلزم المدين في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذى كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين في عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً (م ٢٢١م فقرة ٢) وهذا وذاك ينمان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمّر بحسن النية في تنفيذ العقد.

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية في التنفيذ في صورة التزام بالتعاون، وهو التزام يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في تنفيذ العقد. ففي عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء في تنفيذ العقد أمر ملحوظ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أحل أحد الشركاء بهذا الواجب (م ٥٣٠ - ٥٣١ من القانون المدنى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٠.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ويستخلص مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين، فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٨) - وتقول الأساتذة بلانيول وبولانجي في وسيطهم (جزء ٢ فقرة ٤٥٥ - فقرة ٤٥٧) إن القاضى كما يمنع التديس (dol) في تكوين العقد، كذلك يمنع الغش (fraude) في تنفيذه. والتديس والغش شيء واحد يتخذ اسمين مختلفين، فهو تديس عند تكوين العقد، وهو غش عند تنفيذه.

(٣) نقض فرنسى في ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ داللو الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٧٧.

(٤) نقض فرنسى في ٣١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧-١-٤٢٠.

الجديد والمادة ١٨٧١ من القانون المدنى الفرنسى). وفي عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما في وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع (قانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ في فرنسا: م ١٧ و ١٩ و ٢١). ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤلف عما تم في بيع كتابه. وعلى المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع في وقت ملائم (م ٤٤٠م جديد). وإذا كشف عيباً في المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به في خلال مدة معقولة (م ٤٤٩م). ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة (م ٥٧٠م). ويجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائى والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك، فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لإتمام شيء من ذلك جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل (م ٥٨١م). ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يعتدى أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥م). وعلى الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة (م ٧٠٥م). وعلى أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧م) (١).

ويمكن القول بوجه عام إن التزام التعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية يعنى في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق. فإن التعاقد الذى يحيد عن حسن النية في المطالبة بحقه يكون مسئولاً على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدى من وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، قبل أن يكون مسئولاً على أساس المسؤولية التقصيرية للتعسف في استعمال الحق (٢).

## ٢ - نظرية الحوادث الطارئة\*

### (Théorie de l'imprévision)

٤١٤ - النصوص القانونية: نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد على ما يأتي:

(١) الدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ٣٩١ - ص ٣٩٩. وقد أورد تطبيقات كثيرة لفكرة التعاون.

(٢) بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٤٥٥ - فقرة ٤٥٧.

(\* بعض المراجع: برينيه (Brunet) رسالة من أكس سنة ١٩١٧ - سان مارك (Saint-Marc) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ - جيليت (Gueulette) رسالة من باريس سنة ١٩١٩ - موري (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ - ردوان (Radouant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - فيوت (Fyot) رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ - بريزان (Bruzin) رسالة من بوردو سنة ١٩٢٢ - فواران (Voinin) رسالة من نانسى سنة ١٩٢٢ - لا بيير (Lapeyre) رسالة من پواتييه سنة ١٩٢٣ - مانيان دى بورنييه (magnan de Bornier) رسالة من مونيبييه سنة ١٩٢٤ - =

«ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»<sup>(١)</sup>. وهذا نص مستحدث لم يكن له نظير في القانون القديم.

=ديجونكير (Desjonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - جاكمار (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨ - أوفرنى (Auverny) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - حامد زكي رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ (في القانون الإنجليزي) - دي جودان دي لاجراخ (De Gaudin de Lagrauge) رسالة من موبيليه سنة ١٩٣٥ - بارير (Barreyre) رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ - فولا (Foula) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - زاكساس (Zacksas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ - مقال للأستاذ عبد الفتاح السيد بك في مجلة مصر المعاصرة السنة الثانية والثلاثون ص ٦٤٩ وما بعدها (ويشير فيها إلى قرارات مؤتمر باريس الدولي في سنة ١٩٣٧).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إن اقتضت العدالة ذلك». وأضافت لجنة المراجعة كلمة «عامة» بعد عبارة «حوادث استثنائية»، والمراد بإضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء. وحذفت اللجنة العبارة الأخيرة من المادة وهي «إن اقتضت العدالة ذلك» على أن يحل محلها عبارة «تبعاً للظروف» توضع بعد عبارة «جاز للقاضي». وأضافت في آخر النص عبارة «ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». وأصبح رقم المادة ١٥١ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة كما وردت في المشروع النهائي. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قبل في إيضاح النص إن الحوادث الاستثنائية العامة تنصرف إلى ما كان عاماً من هذه الحوادث كالفيضان والجراد، ولا تنصرف إلى الحوادث الفردية - كحريق المحصول مثلاً - ولا يعد انتشار الدودة حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع. وقيل أيضاً إن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد. وذكر أن المشروع قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصيغة وبذلك غير القانون البولوني الذي أخذ عنه نص المادة لأن هذا التفتين قد أخطأ التوفيق في هذا الصدد إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول بأسره في بعض ما ساق من تطبيقات فخلط بذلك بين العلة والمعلول. وقيل كذلك إن استعمال القاضي للرخصة في إنقاص الالتزام المرهق خاضع لمراقبة محكمة التقض من حيث توافر الشروط التي تبيح استعمال هذه الرخصة. ولما اعترض على عبارة «ينقص الالتزام المرهق» لأن القاضي قد يرى زيادة الالتزام المقابل لا إنقاص الالتزام المرهق كان الرد أن الإنقاص غير مقصود به الإنقاص المادي وإنما قصد به التعديل وينسب دائماً إلى عبء الالتزام، فاستعاضت اللجنة عن عبارة «ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول» بعبارة «يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول». ثم قام اعتراض على النص في ذاته بدعوى أنه يخرج القاضي عن وظيفته، إذ أن وظيفته هي تفسير إرادة المتعاقدين لا تعديل هذه الإرادة، وبدعوى أن النص يشير مشاكل ومنازعات تهدد المعاملات لأن أقل حادث سياسي قد يترتب عليه تارة رفع الأسعار وأخرى انهيارها، =

٤١٥ - وضع النظرية: ونظرية الحوادث الطارئة تفترض الوضع الآتي: «عقد يتراخي وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال، كعقد توريد، ويحل أجل التنفيذ، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً. وليكن الحادث خروج السلعة التي تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، فيرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار. فهل يؤخذ المدين في هذه الحالة بتنفيذ التزامه مهما بلغت الخسارة؟

لو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، لكان قوة قاهرة ينقضى بها الالتزام. أو لو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة، لما كان له من أثر، فالتاجر يكسب ويخسر، وكل من المكسب والخسارة أمر متوقع. ولا يلزم المدين بتنفيذ التزامه كاملاً. ولكننا نفرض فيما قدمناه أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلاً، ومن جهة أخرى صار مرهقاً يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف. ثم أننا نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل جد عند تنفيذه<sup>(١)</sup>. فماذا يكون الحكم؟ تقول نظرية الحوادث الطارئة: لا ينقضى التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، يطبقه بمسقة ولكن في غير إرهاب.

هذه هي نظرية الحوادث الطارئة. وترأها وهي تقوم في مرحلة تنفيذ العقد تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد<sup>(٢)</sup>. فهي مثل نظريتها تصلح اختلال التوازن: هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تكوين العقد، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد. على أن

=فأجيب على هذه الاعتراضات بأن القاضي يحكم طبقاً لقواعد العدالة عندما لا يجد نصاً في العقد وهو في هذا يعمل في حدود وظيفته. وبعد مناقشة لم تر اللجنة الأخذ بهذه الاعتراضات، وأقرت النص تحت رقم المادة ١٤٧. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٨ - ص ٢٨٦).

(١) فلو أن الالتزام نشأ في ذمة المدين مرهقاً فادحاً منذ تكوين العقد، كمن يتعهد بحفر بئر تبلغ تكاليف حفرها أضعاف ما قدره (دي باج فقرة ٥٧٤ ص ٤٩١)، لبقينا في دائرة تكوين العقد ولم نخرج إلى مرحلة تنفيذه، ولكان علينا أن نلتزم العلاج في عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو نحو ذلك.

(٢) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «فيلاحظ أولاً أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الإجمال إلا بسطة في نطاق نظرية الاستغلال. فالتين إذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقاً له (وهي حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم أثره فيما يكون للمتعاقد من قوة الإلزام. فقد يكون سبباً في بطلانه أو في انتقاصه على الأقل». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨١).



اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين ومن ثم تتوزع تبعته بينهما. وفي النظريتين الأخرين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوى من المتعاقدين للضعيف منهما، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن<sup>(١)</sup>.

ونظرية الحوادث الطارئة لها تطور معروف، وقد أخذ بها القانون المدني الجديد نظراً عامة وطبقها تطبيقاً تشريعياً في حالات معينة. فنحن نتكلم: (أولاً) في التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة. (ثانياً) في نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني الجديد.

## ١ - التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة

٤١٦ - النظرية في العصور الوسطى: لما كانت نظرية الحوادث الطارئة ذات جانب أدبي بارز، فهي تسعف المتعاقد المنكوب عندما يختل التوازن الاقتصادي للعقد، فإن ظهوره لا يستغرب في القوانين المشبعة بالروح الدينية، ظهرت في العصور الوسطى في القانون الكنسي، ولها أثر ملحوظ في الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup>.

فقد كان رجال الكنيسة في العصور الوسطى يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجب تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين أثراً قانونياً. فهناك غبن يقع على المدين المرهق، والغبن لا يجزئ سواء عاصر تكوين العقد أو جد عن تنفيذه. إذ هو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكلاً وهو إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق. وقامت الصياغة الفنية للنظرية في القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus). فالعقد يفترض فيه شرط ضمنى هو أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير

(١) وتعين نظرية الظروف الطارئة على التوازن ما بين التنفيذ العيني للعقد وتنفيذه من طريق التعويض ففي تنفيذ العقد من طريق التعويض لا يلتزم المدين إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عا وقت التعاقد. وما نحن، بفضل نظرية الظروف الطارئة، نقرر ما يقرب من ذلك في التنفيذ العيني، يلتزم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى تنفيذاً عينياً إلا بالقدر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وما زاد هذا القدر المتوقع فلا يتحمل تبعته كاملة. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا المعنى ما يأتي: «ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة تقيم ضريباً من ضرر التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه من طريق التعويض. إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ (من المشروع التمهيدي وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من القانون الجديد) المدين لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. ويجوز بفضل النظرية أن يقتصر التنفيذ العيني إلى حد بعيد عما كان في الوضع أن يتوقع عقلاً وقت انعقاد العقد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢).

هذا وتختلف نظرية الظروف الطارئة ومعها نظرية الإذعان عن نظرية الاستغلال في أن نظرية الاستغناء ذات معيار شخصي: استغلال هوى جامع أو طيش بين. أما نظريتا الحوادث الطارئة والإذعان فهما معيار مادي: حادث طارئ عام واحتكار لسعة أو مرفق.

(٢) أما في القانون الروماني فلا نسمع لها صدى إلا في أقوال الفلاسفة من أمثال شيشيو (Cicéron) وسينيك (Sénèque).

تغيراً جوهرياً. فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجئ في الظروف الاقتصادية.

وسلم رجال الفقه الإسلامي بنظرية الحوادث الطارئة في بعض العقود، وبخاصة في عقد الإيجار. فينسخ الإيجار بالعدر في مذهب الحنفية، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر<sup>(١)</sup>.

٤١٧ - النظرية في القانون الحديث - اندثارها في القانون الخاص: ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضى إلى العقد فينال من قوته الملزمة، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم، واندثرت بعد ذلك أمام النظرية المعارضة، نظرية القوة الملزمة للعقد. وثبت القانون المدني الحديث على هذا الموقف، فلم يقر النظرية لا فقهاً - على خلاف في الرأي - ولا قضاءً.

أما في الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء، وحاولوا أن يجدوا لها سنداً في المبادئ العامة للقانون المدني. فقيل إن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضى بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن في حسبانته<sup>(٢)</sup>. ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضى بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه، لا أن يعدل القاضى هذا الاتفاق، فينتفح الباب واسعاً للتحكم - وقيل إن النظرية تفسر في ضوء المبدأ القاضى بأن المدين في التزام تعاقدى

(١) البدائع ٤ ص ١٩٧ - والعدر إما أن يرجع للعين المؤجرة كما استأجر حماماً في قرية مدة معلومة، فنفر الناس ووقع الجلاء، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣). وإما أن يرجع للمؤجر، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من لمن العين المؤجرة، فيجعل الدين عذراً في فسخ الإجارة، وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨ - ص ١٩٩ - الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ - ص ٤٦٣). وإما أن يرجع العذر للمستأجر، نحو أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفراً، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧)، وكما إذا كانت الإجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعاً، تنتقض الإجارة من غير نقض، كما لو استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة أو لقلع السن عند الوجع، فبرأت الأكلة وزال الوجع، تنتقض الإجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨ - ابن عابدين ٥ ص ٧٦).

ونظرية العذر في الفقه الإسلامي - كما نرى - واسعة. وقد وضع الفقهاء للعدر معياراً مرناً، فقال ابن عابدين (جزء ٥ ص ٧٦): «والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاد العقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ». فالنظرية تنتظم ما يعتبره القانون الحديث قوة قاهرة، وما يعتبره حوادث طارئة، وما يعتبره دون هذه وتلك. قارن أيضاً تصحيح الحكم (عقد الإيجار للمؤلف فقرة ١٦١ ص ٢٠٩).

(٢) ريبير في القاعدة الأدبية فقرة ٨٤ وما بعدها - بلانبول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦.

لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقفاً وقت التعاقد<sup>(١)</sup>. ويرد الخصوم بأن هذا الحكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين، لا عند تنفيذه كما هي الحال في نظرية الحوادث الطارئة - وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب، فالقاضي بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين<sup>(٢)</sup>. ويرد على ذلك بأن الدائن لم يثر بلا سبب، بل إن هناك سبباً لإثرائه هو العقد - وقيل إن نظرية السبب تصلح سنداً، إذ متى التزم المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاصه. ولكن نظرية السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادي ولا استمراره إذا وجد، وإلا لكان الغبن سبباً في بطلان العقد - وقيل أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف في استعمال الحق، فالدائن يتعسف في استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها. ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد بتراخي التعاقد إلى مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف، فإذا هي تغيرت وطالب بحقه الذي تعاقد من أجله كان متبصراً لا متعسفاً<sup>(٣)</sup> - ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع. فإذا جدت أحوال لتقتضي تدخل المشرع، عولجت بالتشريع المناسب ويقدر الحاجة. وهذا ما فعله المشرع في مصر وفي فرنسا على أثر الحربين العالميتين في تأجيل الديون (moratorium)، وفي عقود الإيجار، وفي تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية، وفي بعض العقود التجارية<sup>(٤)</sup>.

أما القضاء المدني فلم يقر النظرية، لا في فرنسا ولا في مصر. وقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر حيث كان متفقاً أن تروى مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية تافهاً كل التفاهة<sup>(٥)</sup>. وأبت أيضاً أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت

أن كانت الجندية في فرنسا بالاقتراع، ثم زيد عدد الجيش إلى النصف تقريباً مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالاً، فزاد الخطر الذي تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارئ<sup>(١)</sup>.

والقضاء المصري، في ظل القانون القديم، كالقضاء الفرنسي لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة. وقد اضطرد القضاء المختلط في هذا المعنى فعنده أن الالتزام لا ينقضي إلا إذا صار تنفيذه مستحيلًا، أما إذا كان التنفيذ ممكناً فإنه يجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للمدين<sup>(٢)</sup>. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم أخير بأن التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة، فلا يجوز الاحتجاج بها للتخلص من الالتزام<sup>(٣)</sup>.

والقضاء الوطني أيضاً لم يقر نظرية الحوادث الطارئة. وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بالنظرية في حكم لها معروف، ثبت فيه من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من «الذرة العويجة» بسعر معين، فورد بعض ما تعهد به، ثم طالبت المصلحة بتوريد جزء آخر، فامتنع بعد أن ارتفع سعر هذا الصنف من الأذرة على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنهين وربيع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات. وقد قررت المحكمة في حكمها: «أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلًا استحالة مطلقة لحادث قهري، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف. فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد، وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازنهما في العقد إخلالاً خطيراً، وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال، فإنه يكون من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب. وإن نظرية الطارئ بما لم يكن في حساب المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبري، إذ أن هذه تتطلب

(١) نقض فرنسي في ٩ يناير سنة ١٨٥٦ سيريه ١-٥٦-١٢٩ - أنظر أيضاً أحكاماً رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة: نقض فرنسي في ١٧ يونيو سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨-١-١٠٩ - وفي ٦ يونيو سنة ١٩٢١ وفي ٦ يونيو سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١-١-١٩٣.  
(٢) استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩م ١٢ ص ٣٩ - ٢٩ مايو سنة ١٩١٢م ٢٤ ص ٣٦٨ - ١٦ فبراير سنة ١٩١٦م ٣٨ ص ١٥٥ - ١٥ مارس سنة ١٩١٦م ٣٨ ص ٢٠٢ - ١٩ أبريل سنة ١٩١٦م ٣٨ ص ٢٦٠ - ٧ يونيو سنة ١٩١٦م ٢٨ ص ٤١٤ - ٧ يونيو سنة ١٩١٦م ٢٨ ص ٤١٦ - ١٧ يناير سنة ١٩١٧م ٢٩ ص ١٥٧ - ٧ مايو سنة ١٩٢١م ٣٣ ص ٣٠٨ - ٨ مارس سنة ١٩٢٢م ٣٤ ص ٢٢٦ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢م ٣٤ ص ٢٧٩ - ٦ يونيو سنة ١٩٢٢م ٣٤ ص ٤٦٨ - ١٣ يونيو سنة ١٩٢٢م ٣٤ ص ٤٨١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧م ٤٠ ص ١١٢ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١م ٤٤ ص ٣٥ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤م ٤٧ ص ٥٣ - قارن استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤م ٣٧ ص ٥١ - ٤ مارس سنة ١٩٢٥م (مشار إليه في رسالة الدكتور حامد زكي (باشا) ص ١٤٠ - ص ١٤١).  
(٣) ٢ يونيو سنة ١٩٤٨م ٦٠ ص ١٣٣.

(١) قارن بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٤٤.  
(٢) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٥.  
(٣) بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٤٦٢.  
(٤) أنظر قانون فايو (Faillot) الصادر في فرنسا في ٢١ يناير سنة ١٩١٨ - وراجع في التشريع الفرنسي بعد الحرب العالمية الثانية مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه للأستاذ موران (Morin) وأنظر في اقتصاص المشرع على التدخل عند الاقتضاء في حالات استثنائية الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٣٢٩ ص ٤١٥ - الدكتور أحمد حشمت أبو شيت بك فقرة ٣٥٨ - فقرة ٣٥٩ - وأنظر عكس ذلك في وجوب تدخل المشرع بنص عام يقرر النظرية في جملتها الدكتور حلمي زكي (باشا) في رسالته في الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي ص ٣٧٥ ونظرية العقد للمؤلف ص ٩٧٦ هامش رقم ١.  
(٥) نقض فرنسي في ٦ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ١٨٧٦-١-١٦١ - أنظر حكماً آخر في أغسطس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣-١-٤٦.

لأجل أن تتحقق استحالة التنفيذ كلية، وتلك تتطلب استحالة نسبية، أو بالأحرى ظرفاً يجعل التنفيذ أفدح خسارة وأعظم إرهاباً للمدين. وإن الروح التي أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط في استعمال الحق مع عدم وجود نصوص في القانون خاصة بهما هي نفسها التي تملئ نظرية احترام الظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد، وقد أخذ بتطبيقاتها في نظرة الميسرة وفي الضرر غير المتوقع<sup>(١)</sup>. ونرى من ذلك أن محكمة الاستئناف أسندت النظرية إلى مبادئ العدالة، وقرنتها بنظريتي الإثراء بلا سبب والتعسف في استعمال الحق من بحث أن النظريات الثلاث لم ترد فيها نصوص في القانون القديم ومع ذلك أخذ القضاء بها. ولكن هذا الحكم الفذ ما لبث أن نقضته محكمة النقض. وقد قررت هذه المحكمة في حكمها: «أنه لا ينقض الالتزام العقدي بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لظروف حاد جبري لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه، فإن كان الحادث الطارئ لا يبلغ أن يكون كذلك، بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب، فلا ينقض الالتزام. وإذن فالحكم الذي يقرر المساواة بين هاذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ في كليهما، زعماً بأن القانون المصري، وإن لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وإن جعل التنفيذ مرهقاً للمدين، إلا أنه قد أباح الأخذ بها في بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك، وبأن في نظريتي الإثراء على حساب الغير والإفراط في استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر - الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه، لأن الشارع وإن كان قد أخذ بنظرية حساب الطوارئ في بعض الأحيان، إلا أنه قد استبقى زمامها بيده، يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة، وبالقدر المناسب، ولمصلحة العاقدين كليهما، فما يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه<sup>(٢)</sup>. ويلاحظ أن محكمة النقض أبت الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كسبب لانقضاء الالتزام، لا لرده إلى الحد المعقول، وعلى أساس أن نصوص القانون المدني القديم تتعارض مع إقرار النظرية. فهي إذن لا تأتي أن يوضع للنظرية نص تشريعي عام يجعل الجزاء إنقاص الالتزام لا انقضاءه. بل هي تصرح بذلك في الحكم ذاته إذ تقول: «ومن حيث إنه وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها، فيكون عليها هي وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها، وتحديد ما ينبغي على قاضي الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية في حق العاقدين كليهما توزيعاً للفرم بينهما». وقد رأينا أن القانون المدني الجديد قد سد هذا النقض، وأتى بالتشريع الذي كانت محكمة النقض تبنيه.

ومهما يكن من أمر، فإن القضاء الوطني بقي، في ظل القانون القديم، عند موقفه من نظرية الحوادث الطارئة. فقضت محكمة استئناف أسبوت بأنه ليس للمحاكم في مصر أن تأخذ بنظرية الطوارئ، بل عليها أن تحكم بتنفيذ العقود كما هي وتفسيرها، لا إدخال أي تعديل في الشروط المتفق عليها بين الطرفين<sup>(١)</sup>. وعادت محكمة النقض إلى رفض النظرية مرة أخرى، فقضت بأنه «ليس في أحكام القانون المدني (القديم) ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يرتبها العقد، بل إن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين. ولئن كان هذا القانون في المادة ١٦٨ قد أجاز للقاضي في أحوال استثنائية أن يأذن في الوفاء على أقساط أو ببيعاد إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين، وأجاز له في المادة ٥١٤ أن ينظر في أجر الوكيل المتفق عليه وتقديره بحسب ما يستصوبه، فهذا وذاك استثناء من الأصل كان لا بد لتقريره في النص عليه. ثم إن ما كان من الشارع المصري إبان الحرب العالمية الأولى وفي أعقابها وفي أثناء الحرب الثانية وعقب انتهائها من إصدار تشريعات مختلفة بوقف الآجال وإعطاء المهل والتدخل في عقود الإجارة وتحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية - ذلك يدل على أنه أراد أن يستبقى بيده زمام نظرية الطوارئ، فيتدخل فيما شاء وقت الحاجة، وبالقدر المناسب، ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية، بل عليه أن يطبق القانون كما هو. وعلى ذلك فالحكم الذي يرفض القضاء بفسخ العقد بالرغم من أن ظروف الحرب العالمية وطوارئها قد جعلت تنفيذ التزام العاقد عسيراً عليه مرهقاً له، لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون<sup>(٢)</sup>».

٤١٨ - ازدهارها في القانون العام: على أن نظرية الحوادث الطارئة إذا كانت قد اندثرت في القانون الخاص، فقد ازدهرت في القانون العام. بدأت في القانون الدولي العام شرطاً ضمنياً مفروضاً في المعاهدات الدولية، فهي تنقضي بتغير الظروف (rebus sic stantibus)، على ما هو معروف في هذا القانون.

ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري. وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافت مجلس الدولة الفرنسي للأخذ بها في قضية معروفة، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بورجو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن في سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً في سنة ١٩١٥. ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد<sup>(٣)</sup>. ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى<sup>(٤)</sup>.

(١) ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ الهامة ٢٢ رقم ٢٣٨ ص ٦٨٣.

(٢) نقض مدني في ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥.

(٣) مجلس الدولة الفرنسي في ٣٠ يونيو سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ - ٣ - ١٧.

(٤) مجلس الدولة الفرنسي في ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٤ - ٣ - ٢ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٣ - ٣ - ٣٣ - وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ٣ - ١٠٨.

(١) استئناف مصر الوطنية في ٩ أبريل سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣ - وانظر تعليقاً للدكتور حامد زكي (باشا) في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية.

(٢) نقض مدني في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢.



وقد أخذ القضاء الإداري - دون القضاء المدني - بنظرية الحوادث الطارئة  
لسببين:

(السبب الأول) أن الأفضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالاً وثيقاً  
بالمصالح العام. ولذلك يحرص القضاء الإداري على أن يوفق في أحكامه بين تطبيق  
القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة. فإذا نظر قضية كقضية شركة الغاز التي  
أشرفنا إليها، وجب أن يحسب حساباً للخدمة العامة التي تقدمها الشركة للجمهور، إذ  
هي تقوم بمرفق عام، فلا يجوز أخذها بالعنت وإلا أفلست، وقاسى الجمهور من ذلك  
أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولاً على حكم الحوادث الطارئة. أما القضاء المدني  
فالكثرة الغالبة من أفضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة.  
فليس أمامه هذا الاعتبار الذي يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه  
المصلحة العامة.

(والسبب الثاني) أن القضاء الإداري ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالقانون المدني.  
فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع، وتيسر له على كل  
حال أن يماشى تطور الظروف. أما القضاء المدني فمقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف  
عنها إلا في كثير من الجهد والمداورة. وهو يعرف القوة القاهرة، ويعرف أن أهم شرطاً لها  
هو أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وإلا فإن الالتزام يبقى كما هو دون أن يعدل. فلا  
يسهل على القضاء المدني أن يغير من هذه القواعد حتى يدخل شيئاً من المرونة على فكرة  
القوة القاهرة، ويتدرج بها من المستحيل إلى المرفق، ويجعل لكل منزلة حكمها. وحتى إذا  
كان هذا القضاء المدني يختص بالنظر في أفضية إدارية - كما كانت الحال في مصر قبل  
إنشاء مجلس الدولة، بل كما هي الحال الآن إذ القضاء المدني في مصر لا يزال مختصاً  
بالنظر في أفضية إدارية مشتركاً في ذلك مع مجلس الدولة - فإنه ينزع إلى تطبيق نصوص  
القانون المدني على هذه الأفضية الإدارية. وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية في قضية  
توريد الأذرة إلى مصلحة الحدود وهي القضية التي سبقت الإشارة إليها. فقد كان من حق  
محكمة النقض بل من واجبها - والقضية التي تنظرها قضية إدارية - أن تسير وراء مجلس  
الدولة في فرنسا فتأخذ بنظرية الحوادث الطارئة. ولكنها سارت وراء محكمة النقض  
الفرنسية فلم تأخذ بها.

وقد جد في مصر، لمصلحة تطبيق نظرية الحوادث الطارئة، أمران: (أولهما) إنشاء  
القضاء الإداري، وهو أكثر استعداداً لقبول هذه النظرية من القضاء المدني. (والثاني) ظهور  
القانون المدني الجديد، وقد وجد فيه القضاء المدني ذاته النص الذي كان يتلمسه للأخذ  
بالنظرية.

٤١٩ - ظهورها أخيراً في القانون الخاص: ومن ثم أخذت نظرية الحوادث الطارئة  
تنتعش في السنين الأخيرة، حتى في دائرة القانون الخاص. فبدأت تظهر في التقنينات

الحديثة. ظهرت في قانون الالتزامات البولوني، ثم في القانون المدني الإيطالي الجديد، ثم  
في القانون المدني المصري الجديد<sup>(١)</sup>.

أما قانون الالتزامات البولوني فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام في نظرية  
الحوادث الطارئة. فقد نص في المادة ٢٦٩ على ما يأتي: «إذا جرت حوادث استثنائية،  
كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية، فأصبح  
تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن  
المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد، جاز للمحكمة، إذا رأت ضرورة لذلك، تطبيقاً  
لمبادئ حسن النية، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام، أو أن  
تحدد مقداره، بل وأن تقضى بفسخ العقد».

ثم تلى قانون الالتزامات البولوني القانون المدني الإيطالي الجديد، فنص في المادة  
١٤٦٧ على ما يأتي: «في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل  
إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا  
الالتزام أن يطلب فسخ العقد. وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً  
شروط العقد بما يتفق مع العدالة».

وثالث التقنينات الحديثة التي اشتملت على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة هو  
لقانون المدني المصري الجديد. وقد مر بنا النص الذي وضعه لهذه النظرية في الفقرة الثانية  
من المادة ١٤٧.

ونرى من ذلك أن نظرية الحوادث الطارئة أخذت تسلك طريقها إلى التقنينات الحديثة،  
وأن ثلاثة من أحدث هذه التقنينات أوردت نصاً عاماً يقرها<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر في هذه النظرية في القانون الإنجليزي مقالا للأستاذ ليفي أولمان في حوليات القانون التجاري  
سنة ١٩٢١ ص ٢٧٩ وسنة ١٩٢٢ ص ٤١ - ورسالة الدكتور حامد زكي (باشا) في نظرية الحوادث  
الطارئة في القانون الإنجليزي باريس سنة ١٩٣٠.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي: «وقد استحدث المشروع... حكماً  
بالغ الأهمية، إذ استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التي تحجر على القضاء  
تعديل العقود. وقد بادر القضاء الإداري في فرنسا إلى قبول هذا المبدأ، ومضى في هذا السبيل قدماً  
مخالفاً في ذلك ما جرى عليه القضاء المدني. ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت  
مذهب القضاء المدني في فرنسا، فلم تر الأخذ بنظرية الطوارئ غير المتوقعة، وألغت في هذه المناسبة  
حكماً أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأي. وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولوني  
(م ٢٦٩) فيما أورد من أحكام تشريعية في هذا الشأن، إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين:  
(أ) فإعفى من ناحية أنه رسم في وضوح ما يفرق بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة  
من حدود. ففي الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى على حد تعبير المشروع مرهقاً يجاوز حدود  
السعة دون أن يكون مستحيلاً، ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هي التي تتحقق فيها هذه الاستحالة.  
(ب) وإعفى من ناحية أخرى أنه قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه، دون أن  
يورد أمثلة تطبيقية قهية الصيغة، إذ جمع بين الحرب والوباء، وبين هلاك المحصول بأسره، في بعض  
ما ساق من تطبيقات، فخلط بذلك بين العلة والمعلول» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠).

## ب- نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني الجديد

٤٢٠- شروط تطبيق النظرية: لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة، نيسطها فيما يلي،

ولم يأخذ القانون المدني الجديد بالشرط الأول منها:

(أولاً) أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراخياً: ذلك أن طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد - وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية - يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه (١). على أن العقد إذا كان غير متراخ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية. ولهذا أثر القانون المصري - مقتدياً في ذلك بالقانون البولوني - أن يسكت عن شرط التراخي فهو شرط غالب، ولا شرط ضروري. أما القانون الإيطالي فقد نص على الشرط، بل عدد أنواع العقود التي تطبق فيها النظرية، فهي العقود ذات التنفيذ المستمر أو ذات التنفيذ الدوري (وهذه هي العقود الزمنية التي مر ذكرها) والعقود ذات التنفيذ المؤجل. ويجتمع هذه العقود في أن هناك فاصلاً زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه، فهي عقود متراخية (١).

(١) أنظر الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٣ - ص ١٦٦ - بلاتيوول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٥ - هذا ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة فى البورصة لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير (بلاتيوول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٦).

(١) أ- لا يشترط فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني، أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ، بل يكفى وجود التزام على أحد المتعاقدين متراخى التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ ثم صار مرهقاً للمدين دون ما اعتبار يكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخياً كذلك.

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢١ مجموعة أحكام النقص السنة ١٤ ص ٣٤٧)

ب- فى حال أعمال الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مقسطاً يجب على القاضى ألا يصل الجزاء المنصوص عليه فى هذه الفقرة إلا بالنسبة للمقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقاً له بحيث يهدده بخسارة فادحة، أما باقى الأقساط المستقبلية فأن القاضى لا يصل فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالاً لزوال أثر هذا الطارئ عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة، كما أنه لا يجوز أعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين فى الوفاء بها حتى وقوع الحادث، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظروف الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين.

(١٦/٣/١٩٦٤ مجموعة أحكام النقص السنة ١٥ ص ٤٠٩).

(١٣/١/١٩٦٣ الطعن ٢٦٣ لسنة ٢٦ ق السنة ١٤ ص ٣٧)

(٢٠/١٢/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقص السنة ١٣ ص ١١٧٩)

(ثانياً) أن تجدد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة: مثل ذلك زلزال، أو حرب، أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية، أو إلغائها، أو ارتفاع باهظ فى الأسعار، أو نزول فاحش فيها، أو استيلاء إدارى، أو وباء ينتشر، أو جراد يزحف أسراباً. ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها (١). ولم يأت النص المصرى بأمثلة، تاركاً ذلك للفقهاء والعمل. وكذلك فعل القانون الإيطالي. أما القانون البولونى فقد مثل الحوادث الاستثنائية بالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكاً كلياً.

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المصرى الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية، كما فعل القانونان البولونى والإيطالي. ولكن لجنة المراجعة، رغبة منها فى تضيق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا ترزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد، اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة. «والمراد بإضافة هذا الوصف - كما قيل فى اللجنة - أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس، كفيضان عال غير منظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض، أو غارة غير منتظرة للجراد، أو انتشار وباء» (١). ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين - كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصوله - لا تكفى لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (٢).

(ثالثاً) أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها: فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة، ففيضان النيل (إلا إذا كان فيضاناً استثنائياً)، واختلاف سعر العملة (٣)، وانتشار دودة القطن، كل هذه حوادث فى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢.

(٢) أنظر ما دار من المناقشة فى هذا الصدد فى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وقد نقلناه فى تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ (أنظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش - وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤).

(٣) ومن ثم قضت المادة ١٣٤ من القانون الجديد بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر.

(١) مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني، أنه يشترط فى الحادث الطارئ أن يكون حادثاً استثنائياً عاماً غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث الطارئ عاماً إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس والمعيار فى توافر ما اشترطه النص فى وصف الحوادث المشار إليها من أنها تلك التى لم يكن فى الوسع توقعها هو ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصولها لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما إذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلاً أم لم يتوقعه، وتقدير هذا الأمر هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع متى أقام قضاؤه على أسباب سائفة.

(جلسة ١٩٧٥/٣/٤ الطعن ٥٨، ٦٥ لسنة ٤٠ ق ص ٢٦ ص ٥١٥)

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٧ الطعن ٩٨٠ لسنة ٥٢ ق)

لوسع توقعها<sup>(١)</sup>. ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه، فإن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوى في شأنه أن يكون متوقفاً أو غير متوقع.

(رابعاً) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً: وهنا نرى الفرق بين لحادث الطارئ والقوة القاهرة. فهما إذا كانا يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما لحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب<sup>(١)</sup>. ويترتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الأثر. إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي فلا يتحمل المدين تبعه عدم تنفيذه<sup>(٢)</sup>، أما لحادث الطارئ فلا يقضى الالتزام بل يردده إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعه الحادث<sup>(٣)</sup>.

(١) أنظر ما دار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وقد نقلناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧، وقد قيل في هذه اللجنة وفي لجنة المراجعة إن انتشار الدودة لا يعد حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع، أما الفيضان العالي غير المنتظر أو غارة الجراد غير المنتظرة أو انتشار الوباء فهذه حوادث ليس في الوسع توقعها (أنظر أيضاً فقرة ٤١٤ في الهامش - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٤).

(٢) ولكن إذا كان العقد ملزماً للجانبين، فالمدين الذي انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بقوة القاهرة يتحمل التبعة في صورة أخرى، فهو إذا لم يتحمل تبعه عدم تنفيذ التزامه، إلا أن العقد ينسخ، فيسقط الالتزام المقابل الذي كان فيه هذا المدين دائناً، فيتحمل المدين التبعة من هذه الجهة، وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الفسخ.

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «ولما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها، فمن الأهسية بمكان أن نستبين وجوه التفرقة بين النظرية التقليدية للطوارئ غير المتوقعة وتنظيمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم. ولكنه يفترق عنها في أثره في تنفيذ الالتزام. فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة. ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء. فالقوة القاهرة تفضي إلى انقضاء الالتزام وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعته كاملة. أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٨١).

(١) نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين فإن النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدوري كما تنطبق على العقود القورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقيق حكمة التشريع في الحالات التي يصح فيها ما أختل من التوازن الاقتصادي للعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التي طرأت خلال هذه الفترة وذلك برفع العنت عن المدين تمكيناً من تنفيذ التزامه وإرهاق كبير وهذا الإرهاق كما يحدث في الالتزامات التي تنفذ بصفة دورية أو مستمرة يحدث في الالتزامات المؤجلة التنفيذ على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخي الالتزام إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذا

والإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف. فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر. وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكن مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى. لهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة. فالخسارة المألوفة في مامل لا تكفى، فإن التعامل مكسب وخسارة<sup>(١)</sup>.

وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرم في شأنها العقد. فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة، كانت الخسارة فادحة حتى كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته. نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد ما محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة، فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم يضاعف الخسارة المألوفة، ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التي أصبحت رقيقة، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين. فإذا تعاقد الفرد مع حكومة، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليه، حكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التي عقدها تهددها خسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة في ذاتها، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل الخسارة إذ هي شيء هين بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة. بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها. التزم تاجر بتوريد قمح، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن يكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح، ثم علا سعر القمح لحادث ربي أضعافاً مضاعفة، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها. أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو،

الحالة من تقصيره، كما أن هذه النظرية لا تنطبق على عقود الغرر إذ أنها تعرض بطبيعتها - للعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة.

(جلسة ١٩٦٣/١/٣ الطعن ٢٦٣ لسنة ٢٦٦ ق السنة ١٤ ص ٣٧)

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٥ الطعن ١١٧ لسنة ٢٣١ ق السنة ١٧ ص ٢٨٧)

(جلسة ١٩٧٧/٣/١ الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق)

(١) لما كان نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني يستلزم في الإرهاق الذي يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ، أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة فإن الخسارة المألوفة في التعامل لا يعتد بها.

(جلسة ١٩٦٣/٢/٢٧ الطعن ٢٥٩ لسنة ٢٢٨ ق السنة ١٤ ص ٣٤٧)

(جلسة ١٩٦٧/١٢/١٢ الطعن ٢٥٧ لسنة ٣٢٢ ق السنة ١٨ ص ١٨٦٠)

(جلسة ١٩٦٩/١١/١١ الطعن ٣١٧ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٠ ص ١١٩٣)

(جلسة ١٩٧٧/٣/١ الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق)



ولا شأن للدائن به. ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين (١).

٤٢١ - **الجزاء في نظرية الظروف الطارئة:** إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر، «جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» (٢). وكان المشروع النهائي للقانون الجديد ينص على أن القاضي «ينقص» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولما كان الإنقاص لم يقصد به الإنقاص المادى وإنما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه، فقد رأت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ، توخياً للدقة في تحرى هذا المعنى، أن تعدل نص المشروع النهائي، فيصبح على القاضي أن «يرد» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (٣) (١). وهذا التعديل قد أزال كل شك في أن القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذى يواجهه. فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضى إنقاص الالتزام المرهق، ولا زيادة الالتزام المقابل، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ. وقد يرى زيادة الالتزام المقابل. وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق.

قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال فى وقت قصير (٤). مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار

(١) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٦.

(٢) هذه هى العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٤ - ٢٨٦ - أنظر آنفاً فقرة ٤١٤ (فى الهامش).

(٤) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦.

(١) أ- تعطي المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى القاضي رخصة يجربها عند توافر شروط معينة وتقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدى الذى لم يتم تنفيذه إلى الحد المعقول إذا كان تنفيذه مرهقاً للمدين دون أن يكون له فسخ العقد أو اعفاء المدين من التزامه القائم أو الزام الدائن برد ما استوفاه منه. (جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٠ ص ١٣٢٠).

ب- مفاد المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى أنه متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ على القاضي سلطة تعديل العقد الذى صار مرهقاً إلى الحد المعقول، وهو حين يختار فى حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده، ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التى ستصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما باعتبار أن ذلك افراط فى مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين، لان المشرع - وعلى ما أفصحت عنه - الأعمال التحضيرية للقانون - أضفى على نظرية الحوادث الطارئة صبغة مادية ولم يأخذ فيها بمعيار ذاتى أو شخصى، وإنما جعل معيارها موضوعياً.

(جلسة ١٩٧٧/٣/١ الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق، ص ٢٨ ص ٦٠٠)

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٤ ص ١٣٢٠)

(جلسة ١٩٧٠/٥/٥ الطعن ٥٣٢ لسنة ٣٥ ق السنة ٢١ ص ٧٨٧)

بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد، فيقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى فى الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن فى هذا الموقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى (١).

وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق (١). وقد ضرب لذلك مثل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ: «تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات، فيرفع القاضي السعر الوارد فى العقد (٢)». ولكن يلاحظ هنا أمران: (الأمر الأول) أن القاضي لا يرفع السعر الوارد فى العقد إلى أربعة جنيهات، وإلا كان فى ذلك تحميل للطرف الآخر، ليس فحسب تبعه الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله، بل أيضاً تبعه الارتفاع المألوف. والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحملة المدين، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف. فإذا فرضنا فى المثل الذى نحن بصدده أن الارتفاع المألوف فى سعر الشعير هو عشرون قرشاً، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون أن يشترك معه فيه الطرف الآخر، وما زاد على ذلك - ويبلغ فى مثلنا ثلثمائة وعشرين قرشاً - هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين، حتى يتحمل كل منهما نصيبه فى الخسارة غير المتوقعة، فيصيب منه مائة وستون قرشاً. ويرفع القاضي السعر، ومقداره ستون، بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون، فيصل إلى

(١) قارب من ذلك نظرة الميسرة المنصوص عليها فى المادة ٣٤٦ فقرة ثالثة.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٥.

(١) مفاد نص المادة ٢/١٤٧، ٤/٦٥٨ من القانون المدنى أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل، وكان ذلك بسبب حادث استثنائى غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه أن أصبح تنفيذ العقد مرهقاً، فإنه يكون للقاضي وبصفة خاصة فى عقد المقاول، فسخ العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق بما يؤدى إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

(جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤ الطعن ١٩٩ لسنة ٣٦ ق ص ٢١ ص ١١٤٨)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤ الطعن ٥٨٥ لسنة ٥٢ ق)

- يتعين لأعمال اثر نظرية الظروف الطارئة اللجوء للقضاء إذا كانت أجرة الطحن قد تحددت فى التعاقد بمبلغ معين لطحن الاربد من الغلال فان الطرفين يكونان ملتزمين بهذا الاتفاق ولا يجوز للمؤجر أن يتخذ ذريعة للفسخ بإرادته أن وزارة التموين قررت زيادة الأجر أو أن ظروف طرأت جعلت تنفيذ العقد مرهقاً.

(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٩٨)

- لا يجوز التمسك بأعمال نظرية الحوادث الطارئة لأول مرة أمام محكمة النقض.

إذا لم يطلب الطاعن «المشترى» أمام محكمة الموضوع تطبيق الظروف الطارئة فلا يجوز له ابداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٦٨/٧/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٢٣٩)

مائتين وعشرين. وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلا من السعر المتفق عليه. (والأمر الثاني) أن القاضى عندما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين، لا يفرض على الطرف الآخر أن يشترط بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد. فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلا للمدين، إذ يرتفع عن عائقه كل أثر للحادث الطارئ.

وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المرهق. مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية. ثم يقل المتداول فى السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ: حرب منعت استيراد السكر، أو إغلاق بعض مصانع السكر، أو نحو ذلك. فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع حلوى جميع الكميات المتفق عليها. فيجوز فى هذه الحالة للقاضى أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذى يراه، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول. فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التى عينها القاضى لا أكثر، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين. فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عيناً أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة. ويجوز له كذلك، إذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض.

ويلاحظ فى حالتى إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضى لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف. فقد يزول أثر الحادث الطارئ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل (١).

وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل، فإنه لا يجوز له فسخ العقد. ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن «يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول». فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضى، ولكن يرد إلى الحد المعقول. فتتوزع بذلك تبعه الحادث الطارئ بين المدين والدائن، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢). أما القانون البولونى فقد أجاز للقاضى فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك، كما يتبين من نص المادة ٢٦٩ من هذا القانون وقد مر ذكرها. ويعالج القانون الإيطالى المسألة بطريقة أخرى. فهو يقضى - كما رأينا فى نص المادة ١٤٦٧ من هذا القانون - بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق فى أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة. وقد أراد القانون الإيطالى بالطريقة التى اختارها أن يجعل تعديل العقد من

(١) بلانبول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٨.

(٢) وقد قيل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ إن أساس النظرية هو توضيح من الجانبين، وليس إخلاء أيهما من التزامه، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة، لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٤ - وأنظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش).

عمل المتعاقد لا من عمل القاضى، ولكنه يفرض عليه هذا التعديل عن طريق تهديده بفسخ العقد (١).

ويبقى أن نلاحظ فى شأن الجزاء الذى قرره القانون المصرى الجديد لنظرية الظروف الطارئة أمرين: (١) هو أنه مع مرونته يعتبر من النظام العام. فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه. وقد صرح النص بهذا الحكم إذ قال: «ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» (٢). (٢) أن مهمة القاضى فى توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة. فهو لا يقتصر على تفسير العقد، بل يجاوز ذلك إلى تعديله (٣).

## ٤٢٢ - تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة فى القانون الجديد: ولم يقتصر

(١) والجزاء الذى جعله القانون المصرى الجديد لنظرية الظروف الطارئة - وهو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول - هو كما نراه جزء من يسر على القاضى أن يعالج كل حالة بحسب ظروفها الخاصة مع الموازنة بين مصلحة الطرفين. ولم يجعل القانون معيار النظرية ذاتياً، بل جعله معياراً موضوعياً يحد من تحكم القاضى. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة، فهى تستهدف للنقد باعتبارها مدخلاً لتحكم القاضى. بيد أن المشروع قد جهد فى أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار، فأضفى عليها صبغة مادية يتجلى أثرها فى تحديد الطارئ غير المتوقع وفى إعمال الجزاء الذى يترتب على قيامه. فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء يقدره تقديراً ذاتياً أو شخصياً، كما فعل القانون البولونى فى نصه على إثبات خيار المحكمة فى هذا الصدد إذا رأت ضرورة لذلك، بل اتخذ المشروع من عبارة «إن اقتضت العدالة ذلك»، (وقد استبدل بها فى لجنة المراجعة عبارة «تبعاً للظروف» وهى لا تقل فى الموضوعية) بديلاً من هذا النص. وهى عبارة تحمل فى ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعى النزعة. وفضلاً عن ذلك فإذا ثبت للقاضى من قيام الطارئ غير المتوقع، وعمد إلى إعمال الجزاء بإنقاص الالتزام الذى أصبح يجاوز السعة، فهو ينقص منه إلى «الحد المعقول»، وهذا قيد آخر مادى الصبغة لا نظير له فى التقنين البولونى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١).

(٢) وقد اقترحت هذه الإضافة فى لجنة المراجعة، وروعى فى إثباتها أن الجزاء قد يندو صورياً لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه، فيستطيع المتعاقد القوى أن يملى شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه القانون الجديد بهذا النص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢). وإذا كان القانون الجديد قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة (م ٢١٧ فقرة أولى) ولم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الطارئ وهو أقل خطراً من القوة القاهرة، فذلك لأن الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطراً، أما الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الطارئ فمغامرة قد تهون حالة الاضطرار الإقدام عليها.

هذا ويجوز للمدين المرهق، بعد وقوع الحادث الطارئ، أن يتفق مع دائته على ما يخالف هذا الجزاء، إذ الاتفاق عندئذ لا يحاط بشبهة الضغط على المدين. فيجوز للمدين إذن أن ينزل عن حقه فى التمسك بالحادث الطارئ، وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملاً غير منقوص.

(٣) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ويراعى أخيراً أن تطبيق نظرية الطوارئ غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد، بل يجاوز ذلك إلى تعديله» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢).

قانون الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة، بل أورد إلى جانب هذا  
نص العام نصوصاً أخرى تطبق النظرية في حالات خاصة.

ومن هذه النصوص نصان لم يستحدثهما القانون الجديد، بل كان القانون القديم  
يشتمل عليهما، نص في نظرية الميسرة<sup>(١)</sup>، والآخر في جواز تخفيض أجر الوكيل<sup>(٢)</sup>.  
واستحدث القانون الجديد نصوصاً أخرى، سبقت الإشارة إليها، وهي تطبيقات صريحة  
لنظرية الظروف الطارئة. من ذلك ما نراه في عقد الإيجار<sup>(٣)</sup>، وفي عقد المقاولة<sup>(٤)</sup>، وفي  
حق الارتفاق<sup>(٥)</sup>.

(١) تنص المادة ٣٤٦ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه «يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم  
يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت  
حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم». وهذا النص قد يكون في بعض صور  
تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة إذا وقف القاضي تنفيذ العقد لحادث طارئ، وقد مرت الإشارة إلى  
ذلك.

(٢) تنص المادة ٧٠٩ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه «إذا اتفق على أجر للوكالة، كان هذا الأجر  
خاضعاً لتقدير القاضي». وهنا أيضاً قد يكون هذا النص في بعض صور تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة  
إذا جد بعد إبرام الوكالة حادث طارئ يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته.

(٣) تنص المادة ٦٠٨ من القانون الجديد على أنه «إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين  
أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جددت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ  
الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التبني  
بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً». وتنص المادة ٦٠٩ على  
أنه «يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا  
كان هذا الإيجار معين المدة، على أن يراعى المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣، ويقع باطلاً كل اتفاق  
على غير ذلك». وتنص المادة ٦٠١ على أنه «إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد  
أثبتوا أنه بسبب مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مورثهم، أو أصبح الإيجار مستأجر  
حدود حاجتهم». وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التبني بالإخلاء المبينة في المادة ٥٦٣ وقد  
يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من موت المستأجر». أنظر أيضاً ٦١٦ فقرة ٢  
في إيجار الأراضي الزراعية - ويلاحظ أن الحوادث الطارئة في هذه الحالات جميعها هي حوادث  
شخصية لا عامة.

(٤) تنص المادة ٦٥٨ فقرة ٤ من القانون الجديد على أنه «إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل  
من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتدابير  
بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ  
العقد» - ويلاحظ هنا أن الحادث الطارئ هو حادث استثنائي عام، كما تقضى بذلك نظرية الحوادث  
الطارئة، ولكن النص أجاز للقاضي فسخ العقد على خلاف ما تقضى به هذه النظرية.

(٥) تنص المادة ١٠٢٣ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه «إذا كان الموضع الذي عين  
(لاستعمال حق الارتفاق) قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق، أو أصبح الارتفاق مانعاً  
إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر  
العقار، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك. كل هذا متى  
استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في

وهذه الحالات الخاصة يجب أن تخضع للنصوص التشريعية التي وردت في شأنها،  
حتى لو خرجت هذه النصوص على القواعد المقررة في نظرية الظروف الطارئة. من ذلك أنه  
لا يشترط في أكثر هذه الحالات أن يكون الحادث الطارئ حادثاً عاماً، بل يجوز أن يكون  
حادثاً شخصياً. ومن ذلك أيضاً أن الجزء في أكثر هذه الحالات قد يصل إلى حد فسخ  
العقد.

٤٢٣ - سريان الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من حيث الزمان: وقد رأينا فيما قدمناه أن  
القانون القديم لم يكن يشتمل على نص في نظرية الحوادث الطارئة، وأن القانون الجديد هو  
الذي استحدث هذا النص. ولما كان النص جديداً، وجب البحث عن مدى سريانه من  
حيث الزمان لأهميته ذلك من الناحية العملية. ونميز في هذا الصدد بين أحوال ثلاث:

الحالة الأولى - عقد أبرم وينتهي تنفيذه قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة  
١٩٤٩): لاشك في أن القانون القديم هو الذي يسرى على هذا العقد، فلا تطبق نظرية  
الظروف الطارئة في شأنه، وهذا ما كان القضاء يجرى عليه في ظل القانون القديم.

الحالة الثانية - عقد أبرم بعد نفاذ القانون الجديد: لاشك هنا أيضاً في أن القانون  
الجديد هو الذي يسرى، وتطبق في شأن هذا العقد نظرية الحوادث الطارئة على النحو الذي  
فصلناه.

الحالة الثالثة - عقد أبرم قبل نفاذ القانون الجديد وتراخى تنفيذه إلى ما بعد نفاذ هذا  
القانون: كانت قاعدة استمرار القانون القديم (survie de la loi ancienne) تقضي  
بسريان القانون القديم على هذا العقد، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الحوادث  
الطارئة<sup>(١)</sup>. ولكن لما كانت أحكام هذه النظرية تعتبر من النظام العام كما قدمنا، فإنها  
تسرى بأثر فوري (effet immédiat) على وقائع التنفيذ التي تستجد منذ نفاذ القانون  
الجديد، ولا تسرى بأثر رجعي (effet rétroactif) على وقائع التنفيذ التي تمت قبل  
نفاذ هذا القانون<sup>(٢)</sup>.

وضعه السابق». وتنص المادة ١٠٢٩ على أن «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو  
بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب ألبتة مع  
الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به». أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥ - وهنا الحادث الطارئ هو  
حادث شخصي لا حادث عام.

(١) والأصل أن العقد يحكمه القانون الذي انعقد في ظله، سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو  
من حيث انقضاؤه، حتى أنه لو تكون العقد في ظل قانون معين، ثم أنتج أثره أو انقضى في ظل  
قانون آخر، فقانون العقد هو القانون الأول، ويستبعد القانون الجديد في تطبيقه الرجعي (rétroactif)  
وفي تطبيقه الفوري (immédiat) على السواء (أنظر روبييه (Roubier) في تنازع القوانين من  
حيث الزمان ١ ص ٥٦٥ - وأنظر في سريان التشريع الجديد على العقود الزمنية أو عقود المدة رسالة  
الدكتور عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ١٤٣ - ص ١٤٧).

(٢) القاعدة أنه إذا كان القانون الجديد معتبراً من النظام العام، طبق بأثر فوري - لا بأثر رجعي - على  
الحوادث التي تستجد من وقت سريان هذا القانون. مثل ذلك أن يعدل قانون جديد من السعر =



## المبحث الثاني المسئولية العقدية (جزاء العقد) (\*)

### (La Responsabilité Contractuelle)

٤٢٤- نطاق المسئولية العقدية<sup>(١)</sup>: المسئولية العقدية تقابل المسئولية التقصيرية. فالأولى جزاء العقد، والثانية جزاء العمل غير المشروع. ويعتبر هنا المسئولية العقدية، أما المسئولية التقصيرية فتكون محل البحث عند الانتقال إلى العمل غير المشروع كمصدر للالتزام.

وقيام المسئولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه. ففي هذه الحالة تقول الفقرة الأولى من المادة ١٩٩: «ينفذ الالتزام جبراً على المدين». وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣: «يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين

الالتزامي للفائدة، فيسرى السعر الجديد حتى على العقود التي أبرمت قبل سريان القانون الجديد، ولكن بالنسبة إلى الفوائد التي تستحق منذ سريان هذا القانون. أما الفوائد التي استحققت قبل ذلك، فلا يسرى عليها القانون الجديد بأثر رجعي (أنظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد تخفيض السعر الاتفاقى من ٨٪ إلى ٧٪: مجموع الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ - وأنظر عكس ذلك محكمة النقض الفرنسية في ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ جازيت دي باليه في ٢ مارس سنة ١٩٤٣ وقد أشير إلى هذا الحكم في رسالة الدكتور عبد الحى حجازى ص ١٤٧).

(\*) بعض المراجع: مازو في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية - سافاتييه في المسئولية المدنية - بنكار (ملحق بودرى) جزء ٢ - ديموج في الالتزامات جزء ٦ - بلانبول وريبير وإسمان جزء ١ - بنوايا مذكرات لقسم الدكتوراه - هنرى مازو مذكرات لقسم الدكتوراه - جرانمولان رسالة من رن سنا ١٨٩٢ - مينييه (Meynié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ - ماري مادلين ديفور (Marie - Mad. Dufort) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - رينولت (Renault) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - أميو (Amiot) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - رينولت (Renault) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٦ - ليفبغ غير مطبوعة سنة ١٩٤٥ - رابيت (Rabut) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٦ - ليفبغ (Lefebvre) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٤ ص ٢٥١ - ص ٣٢٠ - كروزيل (Crouzel) مقال في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٤ ص ٦٥ - هنرى مازو مقال في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٦ ص ١١ و ص ١١٠ - إسمان مقالة في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ وما بعدها - ١٩٢٩ ص ٥٥١ - إسمان مقالة في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٤٢ وما بعدها - بيندك (Vigny) مقال في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٦٥٧ - جاردينا (Gardenat) تعليق في (Beindix) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ ص ١٠٢ - ١ - تونك (Tunc) مقال في مجلة القانون الأسبوع القانونى (Sem. Jur.) سنة ١٩٣٩ ص ١٠٢ - ١ - تونك (Tunc) مقال في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٥ ص ٢٣٥ وما بعدها - صليب سامى باشا مقال في المجلة سنة ١٢ عد ٩ - نصيف زكى بك مقال في المجلة سنة ١٣ عدد ٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٨ وما بعدها - الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٦ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أ ستيت بك فقرة ٣٦١ وما بعدها.

(١) سنحدد بالتفصيل نطاق المسئولية العقدية عند مقابلتها بالمسئولية التقصيرية (أنظر ما يلي فقرة ٥١٣).

٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. فإذا أمكن التنفيذ العينى - وطلبه الدائن - أجبر المدين عليه. وإلى هنا لا تقوم المسئولية العقدية، إذ نحن فى صدد التنفيذ العينى للالتزام لا فى صدد التعويض من عدم تنفيذه. إما إذا لم يكن التنفيذ العينى - أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداداً للتنفيذ العينى - ففي هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه، جزاء عدم تنفيذ الالتزام. وهنا تقوم المسئولية العقدية. فالدائن يطالب المدين بالتعويض. فعلى القاضى أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذ التزامه العقدى. وتجب المادة ٢١٥ - وهى نص جوهرى فى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ومن ثم وضعت فى الباب المعقود لآثار الالتزام - بأنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه». فما هى إذن الأركان التى تقوم عليها المسئولية العقدية؟ وما هى الآثار التى تترتب عليها إذا قامت أركانها؟ هذه هى فى إيجاز المسائل التى تشتمل عليها المسئولية العقدية.

ويتبين مما تقدم أن المسئولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العينى للالتزام العقدى<sup>(١)</sup>. وهى أيضاً لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه بسبب أجنبى. وإنما تتحقق المسئولية العقدية إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى تنفيذاً عينياً ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد استحال بسبب أجنبى.

٤٢٥- تشتت مسائل المسئولية العقدية - خطة البحث: ومسائل المسئولية العقدية على النحو الذى بسطناه موزعة فى أماكن متفرقة ونحن نلم شتاتها. ولكننا مع ذلك نترك الكلام فى التميز بينها وبين المسئولية التقصيرية، وهل تعدد المسئولتان، وهل تجوز الخيرة بينهما إذا تعددتا، إلى باب العمل غير المشروع. ونترك كذلك الكلام فى تقدير التعويض تقديراً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً، وما يسبق استحقاق التعويض من إعذار، إلى الجزء الذى نتناول فيه الكلام فى آثار الالتزام<sup>(٢)</sup>.

ويبقى بعد ذلك من مسائل المسئولية العقدية أركانها وآثارها كما قدمنا. ولكننا - نوخياً للإيجاز - سندمج آثار المسئولية العقدية فى أركانها، على خلاف الخطة التى سنتبعها فى المسئولية التقصيرية إذ يقتضى المقام وهناك الإسهاب والتبسيط.

(١) ويترتب على ذلك ألا قيام للمسئولية العقدية إذا كان محل الالتزام العقدى هو دفع مبلغ من النقود، فالنقد العينى هنا ممكن دائماً، ولا محل للمسئولية العقدية (بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٨٧).

(٢) وننبه إلى أن كثيراً من أحكام المسئولية التقصيرية تسرى على المسئولية العقدية. ونستطيع أن نقرر بوجه عام أن كل ما سيقال فى المسئولية التقصيرية ينطبق على المسئولية العقدية إلا إذا تعارض مع القواعد الخاصة التى تقررها فى المسئولية العقدية. فمن المسائل التى تتحد فيها أحكام هذين النوعين من المسئولية: علاقة السببية والسبب الأجنبى - السبب المنتج والسبب المباشر - دعوى المسئولية - تقدير الضرر - التأمين من المسئولية الخ الخ.

وأركان المسؤولية العقدية - كأركان المسؤولية التقصيرية - ثلاثة: (١) الخطأ العقدي. (٢) الضرر. (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر. ونبخها الآن ركناً ركناً.

## المطلب الأول الخطأ العقدي

(la faute contractuelle)

٤٢٦- مسائل ثلاث: الأصل أن يكون المدين مسئولاً عن خطأه الشخصي. ولكنه قد يكون مسئولاً عن عمل الغير أو عن الأشياء التي في حراسته، كما هو الأمر في المسؤولية التقصيرية. وقد تعدل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين.

فنحن نبحث إذن مسائل ثلاثاً: (١) الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عملاً الشخصي. (٢) المسؤولية عن الغير أو عن الأشياء. (٣) تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين.

### ١- الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عمله الشخصي

٤٢٧- ما هو الخطأ العقدي: نبادر إلى القول بأن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد. فالمدين قد التزم بالعقد، فيجب عليه تنفيذ التزامه. والنصوص كثيرة في هذا المعنى. تقول المادة ١٤٧ فقرة أولى: «العقد شريعة المتعاقدين». وتقول المادة ١٤٨ فقرة أولى: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه». وتقول المادة ١٩٩ فقرة أولى: «ينفذ الالتزام جبراً على المدين». وتقول المادة ٢٠٣ فقرة أولى: «يجبر المدين بعد إعداء، طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً». وتقول المادة ٢١٥: «إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه».

فإذا لم يقم المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي<sup>(١)</sup>. ويستوى في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالتزام ناشئاً عن عمد، أو عن إهماله، أو عن فعله (أو دون عمد أو إهمال). بل إن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة. ولكن يلاحظ في هذه الحالة الأخير أنه إذا تحقق الخطأ العقدي، فإن علاقة السببية - وهي ركن في المسؤولية العقدية -

(١) عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى، يعتبر خطأ في ذاته يرتب مسؤوليته التي لا يدروها عنه إلا إذا أثبت قيام السبب الأجنبي الذي تنتفى به علاقة السببية.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٥ الطعن ٥٦٣ لسنة ٣٤ ق م ١٩ ص ١٤٩٠)

(جلسة ١٩٧٢/١٢/١٢ الطعن ٤٢٢ لسنة ٣٧ ق م ٢٣ ص ١٣٦٤)

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٨ الطعن ٨٧٣ لسنة ٤٩ ق)

تتعد، ولا تتحقق المسؤولية على ما سئرى. وعلى هذا الوجه ينبغي فهم المادة ٣٧٣، وهي تنص على أنه «ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه». فانقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عينياً ولعدم تحقق المسؤولية العقدية بانعدام أحد أركانها.

ويتبين فيما قدمناه أن الخطأ العقدي ليس هو إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد، أي كان السبب في ذلك<sup>(١)</sup>.

٤٢٨- نوعان من الالتزامات: الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية: ولكن يجب في هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزامات.

فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام فالالتزام بنقل حق عيني - أي كان محل الحق - والالتزام بعمل معين - تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك - والالتزام بالامتناع عن عمل معين، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة، هي نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل، فتنفيذه لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية. فإذا لم تتحقق الغاية - أي كان السبب في ذلك - بقي الالتزام غير منفذ. وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في الفقه الفرنسي بعبارة (obligation de résultat)، ونسبناه نحن «الالتزام بتحقيق غاية».

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق الغرض أو لم يتحقق. فهو إذن التزام بعمل، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته. والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقداراً معيناً من العناية. والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق. فمتى بذل المدين العناية المطلوبة منه، يكون قد نفذ التزامه، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود. فالمستأجر يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة أولى). وعلى المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة أولى). وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠). وإذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد، فإن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤). وقد عرضت المادة ٢١١ لهذا النوع من الالتزام في عمومها،

(١) استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية عن الخطأ العقدي من سلطة محكمة الموضوع التقديرية.

(جلسة ١٩٩٧/١١/٢٠ الطعن ٩٦٢ لسنة ٦٦ السنة ٤٨ ص ١٢٧٩)

ونطبق هذه القواعد على الالتزام بغاية والالتزام بعناية.

ففي الالتزام بغاية<sup>(1)</sup>، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع، يثبت الدائن - وهو هنا المشتري - عقد البيع وعدم انتقال الملكية المبيع إليه. فيثبت بذلك في جانب البائع خطأ عقدياً، لا يستطيع هذا أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع، لأنه ملتزم بتحقيق غاية. وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية، وإلا فالخطأ ثابت في جانبه ومسئوليته العقدية متحققة. ولا نقول هنا - كما كان يقال عادة - إن عدم تنفيذ البائع للالتزام يجعل الخطأ العقدي مفروضاً في جانبه، بل نقول إن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ العقدي، وقد أثبتته الدائن، فليس هو بالخطأ المفروض في جانب المدين، بل هو خطأ ثابت<sup>(1)</sup>. وللبائع، عندما يثبت المشتري عقد البيع، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المشتري يثبت الخطأ العقدي على النحو الذي يناه، بل يقف موقفاً إيجابياً ويثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه عيناً ونقل ملكية المبيع إلى المشتري فلا محل إذن لمطالبته بالتعويض، فنخرج بذلك من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني.

وفي الالتزام بعناية<sup>(2)</sup>، كالتزام الطبيب بعلاج المريض<sup>(2)</sup>، يثبت المريض أن الطبيب

(1) مازو 1 فقرة 662 - 2 ص 619 - ص 620.  
(2) التزام الطبيب بعلاج المريض ليس التزاماً بتحقيق غاية هي شفاء المريض، بل هو التزام ببذل العناية الواجبة في علاج المريض وفقاً لأصول صنعة الطب.  
(1) - إذا كانت الالتزامات التي اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعن مخالفاً بها هي التزامات بتحقيق نتيجة إيجابية، فإن عبء اثبات تحقق هذه النتيجة يقع على عاتق المدين الطاعن وما على الدائن إلا أن يثبت الالتزام ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الخلال الطاعن بتلك الالتزامات ثابتاً بعدم تقديمه أي دليل على وفائه بها، لم يخالف قواعد الإثبات.  
(جلسة 1969/6/12 مجموعة أحكام النقض السنة 20 ص 929).  
ب- عند نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب بمعنى أن يكون ملزماً بأن يوصله إلى الجهة المتفق عليها سليماً، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب فإنه يكفي أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا منه إثباتاً لعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسؤوليته.

(جلسة 1969/1/27 مجموعة أحكام النقض السنة 17 ص 199)

(جلسة 1970/1/21 مجموعة أحكام النقض السنة 11 ص 77)

(جلسة 1966/5/31 الطعن 408 لسنة 22 ص 642)

(2) التزام الطبيب، ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل المريض جهوداً صادقة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقف في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي احاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت درجة جسامته.

(جلسة 1971/12/21 مجموعة أحكام النقض السنة 22 ص 1062)

(جلسة 1966/3/22 مجموعة أحكام النقض السنة 17 ص 637)

(جلسة 1964/1/30 مجموعة أحكام النقض السنة 15 ص 154)

الترزم بعلاجه - وهذا هو العقد الصريح أو الضمني - ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبذل في علاجه العناية المطلوبة، بأن يثبت على الطبيب إهمالاً معيناً أو انحرافاً عن أصول الصنعة. فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدي. وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه للالتزام وعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي، فتتعدم علاقة السببية، ولا تتحقق المسؤولية العقدية. وللطبيب هنا أيضاً، عندما يثبت المريض العقد، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدي، بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً وبذل كل العناية المطلوبة منه في علاج المريض<sup>(1)</sup>.

٤٣٠ - نظرية مهجورة - تدرج الخطأ (gradation des fautes): وهناك نظرية

قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى أقسام ثلاثة: خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به - وخطأ يسير (culpa levis) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص معتاد -

(1) أنظر مازو 1 فقرة 662 وما بعدها - بلانبول وريبير وأسيمان 1 فقرة 377 - الدكتور سليمان مرقص في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص 89 - ص 97 - ومع ذلك قارن بلانبول وريبير وبولاجيه 2 فقرة 699 - نظرية العقد للمؤلف فقرة 851 - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة 296 - فقرة 303 وقرة 315 - فقرة 321.

وأصحاب الرأي الآخر يذهبون إلى أن عبء الإثبات يقع على المدين، سواء كان ذلك في نطاق التنفيذ العيني أو كان في نطاق المسؤولية العقدية. فالدائن يثبت الالتزام. وعلى المدين بعد هذا أن يثبت أنه قد قام بتنفيذه. فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض. غير أنه في الالتزام ببذل عناية، إذا عجز المدين عن إثبات أنه قد قام بتنفيذ التزامه، فالغالب أن التنفيذ العيني يصبح مستحيلاً، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض. فالمدين في المسؤولية العقدية هو الذي يقع عليه إذن عبء الإثبات. أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات الخطأ التقصيري. ويرر ذلك أن الخطأ التقصيري هو إخلال بالالتزام قانوني عام بالامتناع عن الإضرار بالغير، ولما كان هذا الالتزام يترتب في ذمة الناس كافة، فمن العقول أن نفرض أنه مرعى منفذ حتى يثبت الدائن أن شخصاً بالذات لم ينفذه. أما الخطأ العقدي فهو إخلال بالالتزام عقدي مترتب في ذمة مدين بالذات، فعلى هذا المدين أن يثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات، وإلا ألزم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض.

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف، فإن أثره محدود من الناحية العملية. ففي العمل يبدأ الدائن بإثبات الالتزام. ثم هو لا يقف مكتوف اليد بعد ذلك، ينتظر حتى يثبت المدين أنه نفذ الالتزام أو حتى يعجز عن هذا الإثبات، بل هو يبادئ المدين مقدماً ما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام. والمدين من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة، بل يتقدم بأدلة هو أيضاً ليثبت أنه قد قام بتنفيذ الالتزام. وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بأدلة، والقاضي يوازن ما بينهما، ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر. فإن كان هو الدائن، حكم له بالتنفيذ العيني أو بالتعويض بعد أن ثبت عنده أن المدين لم ينفذوا التزامهم. وإن كان هو المدين، رفض طلب الدائن بعد أن ثبت عنده أن المدين قد قاموا بتنفيذ الالتزام. (قارن مازو 1 ص 645 - ص 653).



وخطأ تافه (culpa levissima) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم حريص. وهذه النظرية تقسم أيضاً العقود إلى طوائف ثلاث: عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة، فيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم - وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير - وعقد لمنفعة المدين وحده، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه.

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الروماني، وهي ليست منه، بل هي من خلق القانون الفرنسي القديم. نرى دوماً يرسم خطوطها الرئيسية<sup>(١)</sup>، ونراها مبسطة بوضوح عند بوتييه<sup>(٢)</sup>. ولكنها هجرت في القانون الحديث وهي نظرية متقدمة من ناحيتين: ما تشتمل عليه من العموم، وما تقول به من التدرج.

أما من ناحية العموم فالنظرية ليست صحيحة، فهي لا محل لتطبيقها في الالتزام بتحقيق غاية. وقد رأينا أن الخطأ العقدي في هذه الطائفة من الالتزامات ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام. فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي، ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها، فهناك خطأ عقدي في جانبه، أياً كانت درجة تقصيره. فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه. وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً. وقد يكون مقصراً تقصيراً يسيراً. وقد يكون مقصراً تقصيراً تافهاً. بل قد لا يكون هناك أى تقصير في جانبه. فالخطأ العقدي قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه، وهو مسئول عن خطئه في جميع هذه الأحوال. وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك، فقلنا إن المدين قد يمنعه من تنفيذ التزامه سبب أجنبي كالقوة القاهرة، ومع ذلك يبقى خطؤه العقدي قائماً لأنه لم ينفذ التزامه، وإن كانت رابطة السببية تنتفي بوجود السبب الأجنبي، فتتعدم المسؤولية لانعدام السببية لا لانعدام الخطأ، ومن هنا نرى أن التناقض الذي يستظهره الفقه عادة بين نصين من نصوص القانون المدني الفرنسي، هما المادتان ١١٤٧ و ١١٣٧ تناقض ظاهري لا حقيقة له. فالمادة ١١٤٧ من هذا القانون تقرر أن المدين مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك لسبب أجنبي لا يد له فيه. والمادة ١١٣٧ تقضى بأن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء يلزم الشخص الموكل إليه ذلك أن يبذل فيه عناية الشخص المعتاد. ولا تناقض ما بين النصين كما قدمنا. فلكل نص نطاق خاص به. فالمادة ١١٤٧ تقرر في عبارة عامة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو خطأ عقدي. وهذا صحيح، وهو يصدق في الالتزام بغاية وفي الالتزام بعناية. ويكون المدين مسئولاً عن هذا الخطأ إلا إذا نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي. أما المادة ١١٣٧ فهي لا تعرض لشيء مما تعرض له المادة ١١٤٧، بل هي تحدد مدى التزام المدين في الالتزام ببذل عناية، وتقرر أن العناية المطلوبة هي في الأصل عناية الرجل المعتاد. فالمادة ١١٤٧

(١) القوانين المدنية: الكتاب الأول الباب الأول الفرع الثالث الفقرة الرابعة.

(٢) الالتزامات فقرة ١٤٢.

تنطبق إذن على جميع الالتزامات، سواء ما كان منها التزاماً بغاية أو كان التزاماً بعناية، وتعرض للمسئولية العقدية في ركنين من أركانها، ركن الخطأ وركن السببية. والمادة ١١٣٧ لا تتناول إلا طائفة الالتزام ببذل عناية، وتتناولها لا لتحديد المسئولية العقدية، بل لتحديد مدى الالتزام<sup>(١)</sup>. وقد أتى القانون المصري الجديد بنصين يقابلان المادتين ١١٤٧ و ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي<sup>(٢)</sup>. فالمادة ٢١٥ تقضى بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، فهي تقابل المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي. والمادة ٢١١، وتقابل المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي، توجب في الالتزام بعناية أن تكون العناية المبذولة هي عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود. ولا تناقض ما بين هذين النصين، كما لا تناقض ما بين نصي القانون الفرنسي.

وأما من ناحية التدرج فالنظرية أيضاً ليست صحيحة. فنحن، حتى إذا قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية، لا نتبين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ تافه تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة المدين وحده. وقد هدم القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٣٧ التي سبق ذكرها هذه التقسيمات جملة واحدة. فقال إن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد. فقضى هذا النص على التقسيم في شقيه، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة. وأوجب في جميع العقود، كأصل عام، أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد. وذلك هو شأن القانون المصري الجديد<sup>(٣)</sup>. فقد جاء واضحاً كل الوضوح في نفي نظرية تدرج الخطأ. والأصل عنده أن العناية المطلوبة هي

(١) أنظر ما زو ١ فقرة ٦٥٩ - فقرة ٦٦١، وانظر في هامش فقرة ٦٥٩ عرضاً للآراء المختلفة في محاولة التوفيق ما بين النصين - الدكتور سليمان مرقص في الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ٧٤ - ص ١٠٠ - وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥١.

(٢) أما القانون المصري القديم فلم يتضمن نصين يقابلان تماماً نصي القانون الفرنسي المتقدم ذكرهما، وإن كان قد أورد في بعض نصوصه ما يفيد أن المدين لا يكون مسئولاً عن عدم تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم التنفيذ بخطأ منه (أنظر المواد ١٧٧/١١٩ و ١٧٧ - ٢٤٠/١٧٨ - ٢٤١). ولكن الفقه والقضاء في مصر، في ظل القانون القديم، كانا يفسران هذه النصوص بما يفسر به المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي، فكان عدم تنفيذ المدين لالتزامه في العقد يعد خطأ في جانبه (أنظر الدكتور سليمان مرقص في الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ١٠٧ - ص ١١٢).

(٣) أما القانون المصري القديم فلم يتضمن نصاً كنص المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي، ولكنه كان في العقود المختلفة يطلب تارة عناية الشخص بملكه (مثلاً المادتان ٤٦١/٣٧٦ في الإيجار والمادتان ٥٩٠/٤٨٢ في الوديعة)، ويطلب طوراً العناية التامة فيحاسب حتى على الخطأ اليسير (مثلاً المواد ٤٦٨ - ٤٦٩/٥٦٩ - ٥٧١ في عارية الاستعمال)، فلم يكن واضحاً لا في إثبات نظرية تدرج الخطأ ولا في نفيها.

عناية الرجل المعتاد (م ٢١١). ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل إما بنص القانون وإما بالاتفاق. وقد نص القانون فعلاً في بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل المعتاد كما رأينا فيما تقدم (١). كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل. بل يجوز لهما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم (م ٢١٧ فقرة ٢). وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في الإعفاء من المسؤولية (٢).

## ٢ - المسؤولية العقدية عن الغير وعن الأشياء

### ١ - المسؤولية العقدية عن الغير:

٤٣١ - نطاق المسؤولية العقدية عن الغير: المسؤولية العقدية عن الغير قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدى، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذى أضر بالدائن فى الالتزام العقدى. فيوجد إذن: (١) المسئول وهو المدين فى الالتزام العقدى. (٢) والمضروب وهو الدائن فى هذا الالتزام. (٣) والغير وهم الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه. وتقوم المسؤولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضروب وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد. فالمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن قبل المؤجر: المسئول هنا هو المستأجر، والمضروب هو المؤجر، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار الأصلى، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو المستأجر من الباطن. ويتبين من ذلك أن هناك حدين لنطاق المسؤولية العقدية عن الغير: الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح، والحد الثانى أن يكون الغير معهوداً إليه فى تنفيذ هذا العقد.

أما أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح، فذلك لأن مسؤولية المسئول نحو المضروب هي مسؤولية عقدية، فوجب أن تنشأ هذه المسؤولية عن عقد تم بينهما، فإذا كان العقد قد تم بين المسئول والغير الذى أحدث الضرر، لا بين المسئول والمضروب، كالتابع

(١) أنظر مثلاً المادة ٥٢١ فى الشركة، والمادة ٥٨٣ فقرة ١ فى الإيجار، والمادة ٦٤١ فى العارية، والمادة ٦٨٥ فى عقد العمل، والمادة ٧٠٤ فى الوكالة، والمادة ٧٢٠ فى الوديعة.

(٢) وهذه بعض أمثلة تشريعية من القانون الجديد للمسؤولية العقدية فى بعض العقود المسماة: عقد البيع (التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بغاية م ٤٣١ و ٤٣٧ و ٤٣٨ - والتزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية هو التزام بغاية م ٤٣٩ و ٤٤٧) - عقد الإيجار (التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة هو التزام بعناية م ٥٨٣ - والتزام المستأجر بالمحافظة على العين من الحريق هو التزام بعناية م ٥٨٤ - والتزام المستأجر برد العين المؤجرة هو التزام بغاية م ٥٠٠) - عقد العارية (التزام المعيّر بتسليم العين التزام بغاية م ٦٣٦ - والتزام المستعير بالمحافظة على العين التزام بعناية م ٦٤١ - والتزام المستعير برد العين التزام بغاية م ٦٤٢) - عقد الوكالة (التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزام بعناية م ٤٧٧ - عقد الوديعة (التزام المودع عنده بالمحافظة على العين التزام بعناية م ٧٢٠ - والتزام المودع بتسليم العين التزام بغاية م ٧٢٢) - عقد رهن الحيازة (التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الشئ المرهون بعناية والتزامه برده التزام بغاية م ١١٠٣ وقد تضمنت الالتزامين معاً).

يربطه بمتبوعه عقد ثم يلحق الضرر بالمضروب فى أثناء تأدية وظيفته، فهذه مسؤولية تقصيرية لا عقدية، سنفصلها فى مكانها. كذلك المؤجر لا يكون مسئولاً مسؤولية عقدية عما يحدثه مستأجره من الضرر لشخص لا يربطه عقد بالمؤجر. وإذا تولى الغير، نيابة عن المسئول، المفاوضات فى عقد، ثم قطعت المفاوضات، فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر، فالمسؤولية عن الغير هنا لا تكون عقدية، لأن العقد بين المسئول والمضروب لم يتم إذ هو لم يجاوز مرحلة المفاوضات. ويجوز أن تقوم فى هذا المثل مسؤولية تقصيرية، هي مسؤولية المتبوع عن تابعه، إذا توافرت أركانها. وإذا انعقد العقد غير صحيح فى المثل الذى نحن بصدد، فإن المسؤولية لا تكون هنا أيضاً مسؤولية عقدية. إذ أن العقد غير الصحيح يزول بإبطاله، فلا تنشأ المسؤولية - إذا تحققت - من العقد، بل تكون مسؤولية تقصيرية. ويتحقق ذلك بأن يكون الغير الذى أبرم العقد غير الصحيح نيابة عن المسئول هو المتسبب فى البطلان، فيكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية نحو الطرف الآخر، ويكون من أبرم العقد باسمه مسئولاً عنه مسؤولية تقصيرية هي مسؤولية المتبرع عن التابع. فلا بد إذن لقيام المسؤولية العقدية عن الغير أن يكون هناك عقد صحيح بين المسئول والمضروب.

ويجب أيضاً أن يكون الغير قد عهد إليه فى تنفيذ هذا العقد. فلو كان الغير لم يعهد إليه فى ذلك، فإن تدخله فى الإخلال بتنفيذ العقد قد يحقق مسؤولية المدين، ولكن هذه المسؤولية تكون مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن الغير. فالمؤجر يلتزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين الانتفاع المقصود من العقد، فإذا تدخل جيران المستأجر من تلقاء أنفسهم، حتى لو كانوا مستأجرين من نفس المؤجر (١)، فى انتفاع المستأجر بالعين ومنعوه من ذلك، فإن مسؤولية المؤجر نحو المستأجر تكون مسؤولية عقدية، ولكنها مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن الغير، إلا أن يثبت المؤجر أن تدخل الجيران هو سبب أجنبى، فعندئذ تنتفى مسؤولية المؤجر بتاتا. كذلك المستأجر يلتزم بعقد الإيجار نحو المؤجر أن يحافظ على العين، وهو مسئول عما يصيب العين من تلف بفعله أو بفعل أحد ممن يسكن معه، ومسؤوليته فى الحالتين مسؤولية عقدية عن عمله الشخصى لا عن عمل الغير (١). فلا بد إذن لقيام المسؤولية العقدية عن الغير أن يكون هذا الغير مكلفاً من المدين بتنفيذ العقد، فيصبح المدين بهذا التكليف مسئولاً عن الغير مسؤولية عقدية. مثل ذلك المقاول مسئول عن عماله وعن المقاول من الباطن نحو رب العمل، والمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن نحو المؤجر، والوكيل مسئول عن نائبه فى تنفيذ الوكالة نحو الموكل. وقد يكون

(١) أنظر المادة ٥٧١ فقرة ٢ من القانون المدنى الجديد.

(١) لا محل لمسألة المستأجر إذا كان تلف الشئ المؤجر لم ينشأ عن فعله أو عن فعل خدمه وإنما نشأ عن فعل شخص آخر غير هؤلاء.

(جلسة ١٩٥٧/٤/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٤١٣).

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢ طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٤٦ ق).

(جلسة ١٩٩٠/١٠/٢٨ طعن رقم ١٥٧٩ لسنة ٥٠ ق).

التكليف بتنفيذ العقد غير آت من قبل المدين بل من القانون، كالولي أو الوصي أو القيم يقوم بتنفيذ عقد أحد طرفيه الصغير أو المحجور، فهنا أيضاً تكون مسئولية الصغير أو المحجور عن الولي أو الوصي أو القيم مسئولية عقدية عن عمل الغير.

٤٣٢- نصوص القانون المدني الجديد الواردة في المسئولية العقدية عن الغير: لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر القاعدة العامة في المسئولية العقدية عن الغير، على غرار النص الذي يقرر القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية عن عمل الغير<sup>(١)</sup>. ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسئولية العقدية عن الغير، وهذا النص هو الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ وتجرى بما يأتي: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه». ونقول بطريق غير مباشر، لأن مبدأ المسئولية العقدية عن الغير إنما يستخلص ضمناً من هذا النص. فما دام أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسئولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص، فيستطيع بالاتفاق أن ينفي عنه هذه المسئولية. ومن ثم يمكن القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تقرر مبدأ عاماً، هو أن المدين مسئول مسئولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدى.

وقد وردت تطبيقات تشريعية متعددة لهذا المبدأ في صدد عقود مختلفة: من ذلك عقد الإيجار. فقد نصت المادة ٥٧١ على ما يأتي: «١- على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع. ٢- ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبنى على سببه قانونى يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر». ومسئولية المؤجر عن أعمال المستأجرين الآخرين أو عمّن تلقوا الحق منه إنما هي مسئولية عقدية عن عمل شخصي<sup>(١)</sup>، أما مسئوليته عن الأعمال التي تصدر من أتباعه ممن يكلفهم بتنفيذ عقد الإيجار فهي مسئولية عقدية عن عمل الغير<sup>(٢)</sup>.

وفي عقد المقاولة نصت المادة ٦٦١ على ما يأتي: «١- يجوز للمقاول أن يكفل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية. ٢- ولكنه يقر

(١) وهو نص المادة ١٧٤ الذى يقرر مسئولية المتبوع عن تابعه.

(٢) أنظر أيضاً فى مسئولية المستأجر نحو المؤجر عن أعمال المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار المواد ٥٩٥ - ٥٩٧.

(١) ضمان المؤجر للتعرض الحاصل للمستأجر من مستأجر آخر شرطه أن يكون هذا المستأجر قد استأجر من نفس المؤجر. م ٥٧١ مدنى.

فى هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل». فهذا نص صريح فى مسئولية المقاول نحو رب العمل عن عمل المقاول من الباطن، وهى مسئولية عقدية عن عمل الغير.

وفى عقد الوكالة نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ على ما يأتى: «إذا أُناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية». وهنا أيضاً نص صريح فى مسئولية الوكيل عن عمل نائبه نحو الموكل، وهى مسئولية عقدية عن عمل الغير.

٤٣٣- شروط المسئولية العقدية عن الغير وأحكامها: ويتبين مما تقدم أن الغير الذى يكون المدين مسئولاً عنه هو كل من كان مكلفاً - اتفاقاً أو قانوناً - بتنفيذ العقد. فالعمال والمقاولون من الباطن يكون المقاول مسئولاً عنهم نحو رب العمل. والمستأجر من الباطن والمتنازل له عن الإيجار يكون المستأجر مسئولاً عنهما نحو المؤجر. وعمال أمين النقل وأمناء النقل المتتابعون يكون أمين النقل الأصلي مسئولاً عنهم نحو العميل<sup>(١)</sup>. والبواب يكون صاحب المنزل مسئولاً عنه نحو المستأجرين<sup>(٢)</sup>. ونائب الوكيل يكون الوكيل مسئولاً عنه نحو الموكل. والولي والوصي والقيم يكون الصغير أو المحجور مسئولاً عنهم نحو المتعاقد الآخر. وبوجه عام كل من كلف، اتفاقاً أو قانوناً، بالحلول محل المدين فى تنفيذ الالتزام، كالمستأجر من الباطن ونائب الوكيل والوصي، أو بمساعدته فى تنفيذه، كالعمال وأمناء النقل المتتابعين، يكون هو «الغير» فى المسئولية العقدية عن الغير. ولا يشترط فى الغير هنا، كما يشترط فى المسئولية التقصيرية، أن يكون تابعاً، فقد رأينا أن الولي والوصي والقيم يعتبرون «غيراً» فى هذه المسئولية العقدية ولا يعتبرون «تابعين» فى المسئولية التقصيرية.

(١) = (جلسة ١٩٩١/٩/١٨ طعن ١٨٨٢ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٨٧/٣/١٢ طعن ١٣٨٧ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٦ طعن ١٠٨ لسنة ٤٥ق)

(١) أنظر فى المسئولية العقدية عن البواب، فى صدد مسألتين هامتين هما سرقة المنزل وضياع المراسلات، مازو ١ فقرة ٩٩٧ - ٢.

(١) أ- مسئولية هيئة السكك الحديدية عن إصابة راكب نتيجة سقوطه من القطار. خطأ المحكم القاضى برفض دعوى التمويض استناداً إلى أن إصابة الراكب قد نشأت عن خطأ الغير المتمثل فى وقوف الراكب بباب عربة السكك الحديدية وتزاحمهم وتدافعهم حال دخول القطار محطة الوصول خطأ الغير على هذا النحو كان فى مقدور هيئة السكك الحديدية توقعه أو تفاديه باتخاذها الاحتياطات الكفيلة بفتح ابواب القطارات أثناء سيرها ما لا يدرأ عنها المسئولية.

جلسة ١٩٩٥/١١/٢٨ الطعن ٢٢٧١ لسنة ٥٩ق

ب- مصلحة البريد تعتبر أمينة للنقل ومن ثم فهى ضامنة للخطأ الذى يقع من تعهد إليهم ببعض المهام الموكولة اليها، ولا تستطيع أن تدفع عنها المسئولية بخطأ أمين النقل الذى اختارته هى بغير تدخل من صاحب الرسالة. (جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٣٦٤).



ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر في حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه، على النحو الذي سنراه في مسؤولية المتبوع عن التابع. وخطأ الغير في الالتزام بغاية يكون بعدم تحقيق الغاية المتفق عليها، وفي الالتزام بعناية يكون بعدم بذل العناية المطلوبة، فخطأه هو خطأ الأصل سواء.

فإذا توافرت هذه الشروط تحققت المسؤولية العقدية عن الغير، ويصبح المدين مسئولاً عن خطأ الغير الذي استخدمه في تنفيذ التزامه. واختلف في الأساس الذي تبنى عليه هذه المسؤولية. فمنهم من يقيمها على خطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس. ومنهم من يرتبها على فكرة تحمل التبعة. ومنهم من يبنينا على فكرة حلول الغير محل الأصل فيعتبر نائباً عنه فيما ارتكب من خطأ. ومنهم من يؤسسها على فكرة الضمان. وهذا الخلاف عينه نجد في تأصيل مسؤولية المتبوع عن التابع. وستكلم فيه هناك بالتفصيل.

وغنى عن البيان أنه إذا تحققت مسؤولية المدين عن الغير، جاز للأول أن يرجع على الثاني إما بالمسؤولية العقدية إذا كان هو الذي كلفه بتنفيذ العقد، وإما بالمسؤولية التقصيرية إذا كان الثاني مكلفاً بتنفيذ العقد بمقتضى القانون.

ب- المسؤولية العقدية عن الاشياء:

٤٣٤- نطاق المسؤولية العقدية عن الاشياء: إذا لم يحم المدين بتنفيذ العقد كان هذا خطأ عقدياً كما قدمنا. فإذا كان عدم تنفيذه للعقد راجعاً لا إلى فعله الشخصي بل إلى «فعل الشيء» (fait de la chose)، أى إلى تدخل إيجابى من شئ أفلت من حراسته على النحو الذى سنبينه فى المسؤولية التقصيرية عن الاشياء، كان المدين مسئولاً مسؤولية عقدية ولكن لا عن «فعله الشخصى» بل عن «فعل الشئ». ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية:

(١) يسلم المدين الشئ محل العقد للدائن - البائع يسلم الآلة المبيعة للمشتري فتفجر الآلة فى يد المشتري وتصيبه بضرر فى نفسه أو فى ماله. هنا يصبح البائع مسئولاً بمقتضى التزامه العقدى من ضمان العيوب الخفية. ولم ينشأ هذا الضمان عن حالة سلبية للآلة المبيعة كوجود عيب فيها، بل عن حالة إيجابية هى انفجار الآلة. فيكون البائع مسئولاً مسؤولية عقدية، ولكن لا عن فعله الشخصى، بل عن فعل الشئ.

(٢) يكون المدين مسئولاً عن رد الشئ محل العقد للدائن، كالمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة، فيتدخل شئ آخر فى حراسة المستأجر - كمواد متفجرة - تدخل إيجابياً يتسبب عنه حريق العين. فهنا لم ينفذ المستأجر التزامه العقدى برد الشئ، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية، ولكن لا عن فعله الشخصى، بل عن فعل الشئ، والشئ هنا هو المواد المتفجرة لا العين المؤجرة.

(٣) يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعماله شيئاً، فيؤدى هذا الشئ الدائن ويكون المدين مسئولاً عن سلامة الدائن بمقتضى العقد. مثل ذلك عقد النقل، بفعله

أمين النقل بوسائل المواصلات الخلفة، قطار أو سيارة أو طائرة أو غير ذلك، فيصطدم القطار أو تفجر السيارة أو تسقط الطائرة، فيصاب الراكب بالضرر. هنا أيضاً لم ينفذ أمين النقل التزامه نحو الراكب، إذ هو ملتزم بسلامته، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية، ولكن لا عن فعله الشخصى، بل عن فعل الشئ.

٤٣٥- المسؤولية العقدية عن الاشياء كالمسؤولية العقدية عن الفعل الشخصى تحكمها قواعد واحدة: والفروض الثلاثة التى قدمناها لا فرق فى الحكم بينها وبين المسؤولية عن الفعل الشخصى. فالمدين بالعقد مسئول عن عدم تنفيذ التزامه مسؤولية عقدية. وسواء كان هذا راجعاً إلى فعله الشخصى أو إلى فعل شئ فى حراسته، فمسئوليته متحققة فى الحالتين، وتطبق القواعد ذاتها فى كل منهما. ويعتبر «فعل الشئ» فى الفروض المتقدمة هو فعل شخصى للمتعاقد، لأن الشئ فى حراسته، وهو مسئول عنه. فالمسؤولية العقدية عن الاشياء هى كالمسؤولية العقدية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ شخصى (١).

### ٣- تعديل قواعد المسؤولية العقدية

٤٣٦- تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق التأمين على المسؤولية: يستطيع المدين أن يؤمن على مسؤوليته العقدية كما يؤمن على مسؤوليته التقصيرية. ويؤمن على كل خطأ يصدر منه عدا الفعل العمد، وعلى كل خطأ يصدر من أتباعه أو ممن يستخدمهم فى تنفيذ التزامه حتى عن الفعل العمد. فيستوى التأمين فى المسؤوليتين. وتستوى قواعد التأمين أيضاً. وسنصلها عند الكلام فى المسؤولية التقصيرية.

٤٣٧- تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق الاتفاق - النصوص القانونية: تنص المادة ٢١٧ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

- ١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ، والقوة القاهرة.
- ٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه.
- ٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع (٢).

(١) أنظر فى الموضوع ما زو ٢ ص ٣٢٥ - ص ٣٤١.  
(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدي على وجه مماثل بخلاف لفظى طفيف. وقد أدخل هذا التعديل اللفظ فى لجنة المراجعة فأصبح النص مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد، وأصبح رقم النص هو المادة ٢٢٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٧، ثم مجلس الشيوخ. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ - ص ٥٥٤).

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ - بعد أن قضت الفقرة الأولى بأن مدى العناية الواجبة في الالتزام ببذل عناية هي عناية الشخص المعتاد ما لم يوجد اتفاق مخالف - على ما يأتي: «وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم». وقد سبق ذكر النص بأكمله (١).

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً فيما نص عليه من الأحكام المتقدمة، بل اقتصر على تقنين ما كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليه من المبادئ في شأن التعديل الاتفاقي من قواعد المسؤولية العقدية، وعلى تثبيت هذه المبادئ وتأكيداتها في نصوص تشريعية.

#### ٤٣٨- الأصل هو الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق: ولما كانت

المسؤولية العقدية منشأها العقد، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية. وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية، فإن لها أن تعدلها (١). فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب.

= وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنيناً للقواعد التي جرى القضاء المصري على اتباعها في هذا الشأن. فقد يجعل عبء المسؤولية أشد وقرأ بالاتفاق على تحمل تبعه الحادث الفجائي، وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن من وجه. وقد تخفف المسؤولية، على نقيض ذلك، باشتراط الإعفاء من تبعه الخطأ التعاقدى، إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم. فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز في المسؤولية التعاقدية، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، أيا كانت درجة الخطأ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلاً للنظام العام. على أن ذلك لا ينفي جواز التأمين على الخطأ، ولو كان جسيماً، بل وفي نطاق المسؤولية التقصيرية ذاتها، متى كان لا يرتفع إلى مرتبة الغش. كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم، بل وعن غش الواقع من هؤلاء، سواء أكانت المسؤولية تعاقدية أم تقصيرية». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٨ - وأنظر تاريخ النص في هامش هذه الفقرة.

(١) أ- المسؤولية العقدية عن تعويض الضرر الذي تسبب عن خطأ الدين متى تحققت لا ترتفع عن هذا المدين بإقرار الغير بتحمل هذه المسؤولية عنه مادام الدائن المضرور لم يقبل ذلك ولم يكن طرفاً في الورقة التي أقر فيها الغير بتحمل تلك المسؤولية، ولا يعتبر هذا الإقرار من الغير اتفاقاً على الإعفاء من المسؤولية مما تجيزه المادة ٢١٧ من القانون المدني لأن الاتفاق الذي تعنيه هذه المادة هو الاتفاق الذي يحصل بين الدائن المضرور وبين المدين المسئول بشأن تعديل أحكام المسؤولية الواردة في القانون إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً، أما حيث يتفق المسئول مع الغير يشمل ليتحمل عنه المسؤولية دون دخل للمضرور في هذا الاتفاق فإن هذا يكون اتفاقاً على ضمان المسؤولية لا يؤثر على حق المضرور في الرجوع على المسئول الأصلي ولا ينتقص من هذا الحق.

(جلسة ١٩٦٨/٤/٤ الطعن ١٦١ لسنة ١٩٤٤ ق السنة ١٩ ص ٧٢٩)

ب- إذا كان الحكم المطعون فيه إنما اعلم في قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان في عقد =

أما المسؤولية التقصيرية فهي ليست وليدة الإرادة الحرة، بل هي حكم القانون. وسرى لذلك أنه لا يجوز تعديل قواعدها بالاتفاق، كما جاز في المسؤولية العقدية.

#### ٤٣٩- الأحكام التي قررتها النصوص في جواز تعديل المسؤولية العقدية بالاتفاق:

والأحكام التي قررتها النصوص، والتي كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليها في غير اضطراد فاستقرت بعد أن قننتها نصوص تشريعية، يمكن ردها إلى مبدئين رئيسيين:

**المبدأ الأول:** يقضى بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية. فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية، بأن يجعل المدين مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي، ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن (١). ولهما أن يتفقا على التخفيف منها بالأصل يجعل المدين مسئولاً حتى عن تقصيره.

**المبدأ الثاني:** يقضى بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين، فلا يجوز التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم. وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفى نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدى، لكان التزامه معلقاً على شرط إرادى محض. وهذا لا يجوز. والخطأ الجسيم ملحق بالفعل العمد، ويأخذ حكمه. ولكن يجوز للمدين أن يعفى نفسه من المسؤولية عن عمل الغير، حتى لو كان هذا العمل عمداً أو خطأ جسيماً، فإن عمده الغير لا ينزل منزلة الشرط الإرادى المحض (٢).

= البيع، وما ورد فيه عن ضمان الضامن المتضامن مع البائع وكان يجوز للمشتري الاتفاق على أن يعرضه البائع في حالة حصول تعرض له في انتفاعه بالبيع، كما يحق للمتعاقدين ان يحددا مقدما التعويض بالنص عليه في العقد فان الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٩٣٣)

ج- الاتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة هو اتفاق جائز قانوناً ولا مخالفة فيه للنظام العام.

(جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٨٩)

د- لكن كان الاصل في قيام مسؤولية المؤمن قبل المؤمن له في الخسارات البحرية وفقاً لما تقضى به المادة ٢٣٤ «قديم» من قانون التجارى البحرى ألا تقبل الدعوى بالمسؤولية قبل المؤمن عن تلف البضاعة أو عجزها إذا كان يقل عن واحد في المائة من قيمة الشيء الحاصل له الضرر، إلا أنه إذا وجد شرط خاص في مشاركة التأمين يصدد المسؤولية عن العجز أو التلف، فانه يجب اعمال ذلك أن القاعدة الواردة في المادة سالفة البيان ليست من القواعد الآمرة بل يجوز الاتفاق على مخالفتها بتشديد مسؤولية المؤمن أو تخفيفها وفقاً للشروط الخاصة بذلك التي تحددها مشاركة التأمين البحرى.

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١١٢٨)

(١) استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٩.

(٢) استئناف مختلط في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١١ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - والتون ٢ ص ٢٧٠ - ص ٢٧٢ - الدكتور

عبد السلام ذهنى بك فقرة ٢٧٣ - الدكتور محمد صالح بك في أصول التعهدات فقرة ٤٧ =

٤٤٠ - تحليل لهذه الأحكام وتطبيقها على الالتزام بغاية والالتزام بعناية: وإذا حللتنا الأحكام التي قدمناها في ضوء ما عرفناه من قواعد المسؤولية العقدية، رأينا أن الأمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدى. وتدرج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً (١).

ففي الالتزام بغاية، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة الدرجة القصوى، إذ يطلب دائماً تحقيق الغاية المتعاقد عليها، لا ترتفع مسؤولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي. ويكون المدين مسئولاً عن الفعل العمد، وعن أى خطأ، جسيماً كان أو يسيراً أو تافهاً، بل وعن الفعل مجرداً من أى خطأ. ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية حتى تشمل المسؤولية عن السبب الأجنبي، وهذا كما قدمنا ضرب من التأمين يلتزم به المدين نحو الدائن. كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية في أدنى صورة من صورها، فلا يكون المدين مسئولاً عن فعله المجرد من الخطأ.

= وفي عقود النقل كان القضاء المصرى يحرم الإعفاء من المسؤولية عن العمد والخطأ الجسيم (استئناف مختلط في ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٣٢٢ ص ٧٣). وكان من شأن الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ اليسير أن ينقل عبء الإثبات فيجعله في جانب الدائن كما كان الأمر في فرنسا قبل قانون رابيه (Rabier) (استئناف مختلط في ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ - ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٠ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١). ولكن قبضت محكمة الاستئناف المختلطة بعد ذلك بأن شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود النقل غير جائز عن الخطأ اليسير، بل ليس من شأن هذا الشرط أن ينقل عبء الإثبات إلى الدائن (استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ - قارن استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ - أنظر والتون ٢ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠). وبذلك سارت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم قانون رابيه دون أن يكون في مصر قانون مماثل، وذلك لاعتبارات خاصة في عقود النقل تشديد في مسؤولية أمين النقل أمراً مرغوباً فيه (أنظر في هذه الاعتبارات والتون ٢ ص ٢٨٠ ص ٢٨٣). وقد تصلح نظرية عقود الإذعان سبباً لإبطال الإعفاء من المسؤولية في عقود النقل.

أما الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية العقدية عن عمل الغير في الخطأ اليسير فجاز في مصر في الفقه والفقه (استئناف مختلط في ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ - والتون ٢ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٤) وإذا كان خطأ الغير جسيماً أو عمدياً، فكان القضاء في مصر لا يجيز الإعفاء من المسؤولية (استئناف مختلط في ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ - وفي ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٢٢٢)، ويجيزه الفقه في الخطأ الجسيم (والتون ٢ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢)، والقانون المدني المصري يجيزه حتى في العمد كما بينا (قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧). هذا ولا يعتبر خطأ من عمل الغير مدير الشركة، فالمدبر أداة (organe) الشركة لا وكيل عنها، فلا يجوز للشركة أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من مديرها. ولكن يجوز أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من عمالها.

(١) تدرج مقدار العناية المطلوبة من المدين، بحيث تدرج المسؤولية معها عن أخطاء متدرجة، من العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى الخطأ التافه، وهو القدر الذى يصلح للبقاء في نظرية تدرج الخطأ المهجورة. أما توزيع هذه الأخطاء المتدرجة على طوائف مقسمة من العقود الأساس الذى قامت عليه هذه النظرية، فهذا هو الذى ظهر فساداً وكان السبب في هجر النظرية.

وعند ذلك ينقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية، ولا يكون المدين مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً (١). وقد يتدرج المدين في التخفيف من المسؤولية (١)، فيشترط إعفائه من المسؤولية عن الخطأ التافه، ثم عن الخطأ اليسير. فإذا وصل إلى هذا المدى لا يكون مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن في جانبه العمد أو الخطأ الجسيم. ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل في التخفيف من مسؤوليته، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد. فلا

(١) ويقع عبء الإثبات في المسؤولية العقدية المخففة على الدائن، وقد رأينا أن هذا العبء يقع عليه في المسؤولية العقدية الكاملة، فأولى أن يقع في المسؤولية المخففة. ففي عقد النقل - حيث يلتزم أمين النقل بسلامة الراكب، والتزامه غايه فيكون مسئولاً إلا إذا أثبت السبب الأجنبي - إذا اشترط أمين النقل إعفائه من المسؤولية العقدية وأمكن تفسير ذلك على أنه إعفاء من المسؤولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه، فلا يكون أمين النقل مسئولاً إلا إذا أثبت الراكب في جانبه خطأ يسيراً، ومن ثم يصبح عبء الإثبات على الراكب لا على أمين النقل. أما القضاء الفرنسى فيذهب هذا المذهب، ولكن على أساس أن شرط الإعفاء من المسؤولية يسقط المسؤولية العقدية، فتبقى المسؤولية التقصيرية إذا أثبت الراكب خطأ في جانب أمين النقل. وعيب هذا التأسيس أنه يسمح بالخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وسرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أنه لا خيرة بين المسئوليتين، وأن المسؤولية العقدية إذا تحققت لا تفسح للمسؤولية التقصيرية مكاناً إلى جانبها (أنظر في هذا الموضوع مازو ٣ فقرة ٢٥٤٥ وما بعدها). وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (فقرة ٤٤١).

(١) أ- الاتفاق في سند الشحن على إعفاء مصلحة السكك الحديد من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالبضائع يكون صحيحاً طالما أن تلك الأضرار لم تنشأ عن غش أو خطأ جسيم من جانبها، فلا يسوغ إصدار شرط الإعفاء من المسؤولية في حال ثبوت تراخي الناقل في استلام البضاعة من محطة الوصول إلى ما بعد استحقاق وعدم الأرضية ثم اكتشافه وجود عجز في البضاعة بعد ذلك. (جلسة ١٩٦٢/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٣٧٣).

ب- النص في عقد الأيجار على إعفاء المؤجر من كل مسؤولية تنشأ عن الرى وعطل آلاته وتغيير طريقته هو شرط صحيح قانوناً ملازم للمستأجر. (جلسة ١٩٥٤/١١/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ١٢٧).

ج- الاتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانوناً ولا مخالفة فيه للنظام العام، كما أن عقد الأيجار الذى يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الإذعان. (جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٨٩).

د- يسرى شرط تحديد المسؤولية المنصوص عليه في عقد النقل - وهو شرط جائز قانوناً في غير احوال الغش أو الخطأ الجسيم - سواء كانت البضاعة المنقولة مؤمناً عليها أو غير مؤمن عليها لدى إحدى شركات التأمين، ومن ثم فإن هذا التأمين لا شأن لهيئة السكك الحديد - الناقل - به ولا يمكن أن يؤثر على مدى مسؤوليتها الذى يحدده عقد لنقل المبرم بينهما وبين مرسل البضاعة، ولا تكون مسؤولية كاملة غير محددة بالحدود المشار إليها في تعريف البضائع إلا إذا قام المرسل بالتأمين على بضاعته لديها مقابل قيامه بإداء مبلغ التأمين المنصوص عليه (ب) من البند ٢٥ من تعريفه البضائع. (جلسة ١٩٦٩/٢/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٣٦٣).

(جلسة ١٩٧٥/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١١٤١).



يجوز أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم، ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك<sup>(١)</sup>. وقد ورد نص تشريعي في ضمان استحقاق المبيع، وهو التزام بغاية، يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام. إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان». ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه «يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي». وكذلك الأمر في ضمان العيوب الخفية في المبيع، حيث نصت المادة ٤٥٣ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه».

وفي الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة، حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص، هي عناية الشخص المعتاد. فلا يكون المدين مسئولاً عن السبب الأجنبي، ولا عن الفعل المجرى من الخطأ، ولا عن الخطأ التافه. ويكون مسئولاً عن فعله العمد، وعن خطأه الجسيم، وعن خطأه اليسير. وقد يشدد باتفاق خاص من هذه المسؤولية، فيصبح مسئولاً عن الخطأ التافه، ثم عن الفعل المجرى من الخطأ. وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية، إذ يصبح المدين مسئولاً عن تحقيق غاية لا يتخلص من المسؤولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبي. وقد يشدد في مسؤوليته إلى مدى أبعد فيصبح مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي، وهذا ضرب من التأمين كما قدمنا. وقد يتخفف من مسؤوليته، فلا يكون مسئولاً عن الخطأ اليسير. ويبقى مسئولاً عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم، فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسؤولية عنهما، ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير.

ونرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد ينقلب إلى التزام بعناية، وأن الالتزام بعناية قد ينقلب إلى التزام بغاية، وأن المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين. فمن السبب الأجنبي، إلى الفعل المجرى من الخطأ، إلى الخطأ التافه، إلى الخطأ اليسير، إلى الخطأ الجسيم، إلى الفعل العمد، يتدرج المدين في مسؤوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير، ولما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق، ولا يقف دون ذلك حتى هذا التقسيم الجوهري للالتزام إلى التزام بغاية والتزام بعناية<sup>(٢)</sup>.

(١) قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧ - ويرى الأستاذان أن المدين لا يستطيع أن يشترط إعفاءه من الفعل المجرى من الخطأ الجسيم حتى لو كان صادراً من الغير، لأن الخطأ الصادر من الغير يعتبر صادراً منه هو.  
(٢) هذه القواعد التي بسطناها في الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية العقدية في حاجة إلى مزيد من التوضيح في فروع ثلاثة، حيث تستهدف الاعتراضات يسهل دفعها:

(أ) قد تشترط شركة إعفاءها من المسؤولية العقدية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من الغير، وقد أخذ على قواعد الإعفاء الاتفاقي المتقدم ذكرها أنها تجعل هذا الشرط صحيحاً لأنه لا يمس المسؤولية عن فعل الغير، وكان الواجب أن شرطاً كهذا لا يصح. وردنا على ذلك ما قدمناه من

٤٤١ - الآثار التي تترتب على شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية: إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً على النحو الذي فصلناه، فإنه يعفى المدين من المسؤولية بالقدر الذي يتسع له الشرط. ويبقى المدين مسئولاً فيما وراء ذلك. ولكن القضاء الفرنسي - واقتدى به القضاء المصري في ظل القانون القديم - يضيق من أثر شرط الإعفاء. فعنده أن المسؤولية التقصيرية تجتمع مع المسؤولية العقدية، بقيت المسؤولية التقصيرية، وعلى الدائن أن يثبت خطأه في جانب المدين حتى يطالبه بالتعويض<sup>(١)</sup>، لا على أساس المسؤولية العقدية وقد أعفى المدين منها، بل على أساس المسؤولية التقصيرية وشرط الإعفاء لا يتناولها ولا يجوز أن يتناولها لأن الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يتعارض مع النظام العام. فكأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لم يفعل إلا أن نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن. وهذه النتيجة تلزم من يقول بالخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. أما نحن فلا نقول بالخيرة كما سنبين عند الكلام في المسؤولية التقصيرية. ولذلك نرى أن شرط الإعفاء إذا كان صحيحاً أعفى المدين من المسؤولية العقدية، ولا محل للمسؤولية التقصيرية إذ أن هذه لا تجتمع مع تلك<sup>(١)</sup>.

== مدير الشركة لا يعتبر وكيلها عنها، بل يعتبر أداة لها (organe)، فمسئولية الشركة عن فعله تعتبر مسؤولية عن فعل شخصي لا عن فعل الغير. فلا يجوز إذن للشركة أن تعفى نفسها من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها، فهذا وذاك بمنزلة سواء.

(ب) تستطيع شركات النقل أن تعفى نفسها من المسؤولية عن السرقات التي ترتكبها عمالها، إذ أن هذا يعتبر إعفاء من المسؤولية عن فعل الغير وهو صحيح وفقاً للقواعد المتقدم ذكرها. وردنا على ذلك أن مثل هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضي إبطاله وفقاً للمادة ١٤٩.

(ج) يستطيع المدين أن يعفى نفسه من المسؤولية العقدية عن الضرر الذي يحدثه بالدائن في جسمه بخطأه اليسير، ويكون الإعفاء صحيحاً طبقاً للقواعد المتقدم ذكرها، مع أن هناك ميلاً إلى جعل الإعفاء من المسؤولية لا يجوز إلا في الضرر الذي يلحق المال دون الجسم (أنظر مازو ٣ فقرة ٢٥٢٩ وما بعدها). وعلاج ذلك أن تميز بين ما إذا ورد هذا الشرط في عقد من عقود الإذعان، كعقد النقل أو العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض، فيجوز للقاضي أن يبطله، وما إذا ورد في غير عقود الإذعان فيصح. والقضاء الفرنسي يعتبر الشرط صحيحاً في جميع الأحوال. ويحسن، بالنسبة إلى عقد النقل، أن يصدر في شأنه تشريع خاص يواجه ملاساته المختلف.

(١) استناد الخصم إلى الخطأ العقدي لا يمنع المحكمة من أن تبني حكمها على خطأ تقصيري متى استبان لها توافر هذا الخطأ عند تنفيذ العقد. إذ كان الحكم المطعون فيه قد استبان من تقرير الخبر أن الطاعنين قد ارتكبا خطأ تقصيرياً باتلافهم غراس المطعون عليهم مما تكون معه تلك الأعمال قد تجاوزت الإخلال بالالتزام التعاقدية. فإذ الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أعمال أحكام المسؤولية التقصيرية، وقضى بالزامها متضامين بالتعويض بغير اعدار سابق ودون اعتداء بما اتفق عليه الطرفان بعقود الأيجار لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٥/٥/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٩٤٢)  
(جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٥٦٠)  
(١) هذا وقد قدمنا أنه يمكن تفسير الإعفاء من المسؤولية العقدية في بعض العقود، وبخاصة في عقد =

وعلى المدین الذي يتمسك بشرط الإعفاء أن يثبت وجود هذا الشرط. ويصعب في كثير من الأحوال على المدین إثبات أن الدائن قبل شرط الإعفاء، لاسيما إذا كان هذا الشرط منزوياً في ورقة مطبوعة هي «بوليصة شحن» أو «تذكرة سفر»، أو في ورقة موضوعة في مكان غير ظاهر في فندق أو مطعم أو نحو ذلك. وتقوم صعوبتان في مثل هذه الحالات لقبول شرط الإعفاء: أولاً احتمال أن يكون الدائن لم ير هذا الشرط فلا يعتبر قابلاً له وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة، والثانية أن الشرط - بفرض أن الدائن قد رآه ولم يعترض عليه - قد يعتبر شرط إذعان تعسفي للقاضي أن يظلمه.

أما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية باطلاً وفقاً للقواعد التي تقدم ذكرها، فشرط الإعفاء وحده هو الذي يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الإعفاء<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### الضرر

#### (Le préjudice)

٤٤٢ - عبء إثبات الضرر: الركن الثاني في المسؤولية العقدية هو الضرر. فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسؤولية في ذمة المدین. والدائن هو الذي يحمل عبء إثبات الضرر، لأنه هو الذي يدعيه. ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدین لم يحم بالتزامه العقدي، فقد لا ينفذ المدین التزامه ولا يصيب الدائن ضرر من ذلك<sup>(١)</sup>. ففي عقد النقل

= النقل، على أنه إعفاء من الفعل المجرى من الخطأ ومن الخطأ التافه. فإذا استقام هذا التفسير في عقد، جاز القول في نظرنا إن مسؤولية المدین العقدية - لا التقصيرية - تتحقق إذا أثبت الدائن في جانب المدین خطأ يسيراً. ويكون الخطأ في هذه الحالة خطأ عقدياً لا خطأ تقصيرياً (أنظر سابقاً فقرة ٤٤٠ في الهامش). ولكن يغلب أن يتناول شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كلى ما يمكن الإعفاء منه في هذه المسؤولية، فيشمل المسؤولية عن الفعل المجرى من الخطأ وعن الخطأ التافه وعن الخطأ اليسير، دون المسؤولية عن الفعل العمد أو الخطأ الجسيم، فهذان لا يجوز الإعفاء من المسؤولية عنهما كما قدمنا.

(١) مازو ٣ فقرة ٢٥٦٢ - فقرة ٢٥٦٤. وهذا إلا إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كان قائماً هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد كله، ولا يتحقق هذا نادراً.

وتسرى القواعد التي قدمناها في صورتين تعتبران إعفاء اتفاقياً محوراً من المسؤولية العقدية: (الصورة الأولى) أن يشترط المدین في المسؤولية العقدية ألا تتجاوز مسؤوليته، إذا تحققت، مبلغاً معيناً من المال أقل من الضرر الذي وقع. ولكن يشترط أن يكون المبلغ المتفق عليه جدياً، لا رمزياً يقصد به الإعفاء الكامل من المسؤولية. أما إذا قصد أن يكون المبلغ معادلاً للضرر، فهذا هو الشرط الجزائي. (والصورة الثانية) أن يشترط المدین في المسؤولية العقدية مدة لتقادم التزامه العقدي تكون أقصر من المدة المقررة قانوناً.

(١) أ- الضرر ركن من أركان المسؤولية، والحق في التعويض لا يترتب إلا حيث يكون هناك اختلال أو مصلحة مالية للمضرور.

(جلسة ١٩٦٠/١/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص ٢٥)

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧١٦)

مثلاً، إذا تأخر أمين النقل في تسليم البضاعة، أو تأخر الراكب عن الوصول في الميعاد، فإن مجرد التأخر لا يكفي لاستخلاص وجود الضرر، بل يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر<sup>(١)</sup>.

ويستثنى من ذلك فوائد النقود. فإذا استحققت فوائد عن التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، فإن الضرر مفترض ولا يكلف الدائن إثباته. بل لا يجوز للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسؤولية. وقد نصت المادة ٢٢٨ على هذا الحكم فقالت: «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير».

أما الشرط الجزائي فلا يغني عن إثبات الضرر. ولكنه ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدین. فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدین أنه لم يقع<sup>(١)</sup>. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ على هذا الحكم إذ تقول: «لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدین أن الدائن لم يلحقه أي ضرر».

٤٤٣ - مسألتان للبحث: والضرر إما أن يكون مادياً أو أدبياً. والتعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية محدود المدى، فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع.

فنبحث إذن مسألتين: (١) الضرر المادي والضرر الأدبي. (٢) مدى التعويض عن الضرر.

## ١ - الضرر المادي والضرر الأدبي

٤٤٤ - كيف يتحقق كل من الضرر المادي والضرر الأدبي: قد يصيب الدائن في المسؤولية العقدية ضرر مادي في ماله أو في جسمه، كالمعير لا يستطيع استرداد الشيء المعار،

(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١٠٤٣)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٨٥٤)

ب- المدین في المسؤولية العقدية يلزم طبقاً لنص المادة ١٧٢٢١، ٢ من القانون المدني بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وهو يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي أي بالضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف التي يوجد بها المدین لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدین بالذات، وهذا الضرر الموجب للتعويض هو ما كان محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً.

(جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩ الطعن ٦٦٨ لسنة ٤٦ ق السنة ٣١ ص ١٥٦٧)

(جلسة ١٩٧٠/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٤٢٠٠)

(١) أنظر فيما يتعلق بعقد النقل مازو ٢ فقرة ١٦٨٢.

(١) إذا وجد شرط جزائي في العقد يلزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التي لا يوردها، فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن إثباته ويقع على عاتق المدین (البائع) في هذه الحالة عبء إثبات انتفاء الضرر.

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٦٤١)

بالعين المؤجرة خلافاً يخشى معه أن تتهدم العين. فالخلل ضرر حال، ولكن تهدم العين ضرر محتمل. ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً. أما الضرر المحتمل فلا يعرض عنه إلا إذا تحقق. وسرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أنه يجب التمييز أيضاً بين الضرر المحتمل، ولا يعرض عنه إلا إذا تحقق كما قدمنا، وتفويت الفرصة، ويعرض عنه في الحال (1).

#### ب- الضرر الأدبي (préjudice moral):

٤٤٨- أمثلة على الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية: سرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أن الضرر الأدبي قد يصيب الجسم فيما يلحق به من ألم أو يحدث فيه من تشويه، وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض، وقد يصيب العاطفة والحنان والشعور. وهو إذا كان يقع كثيراً في المسؤولية التقصيرية، فإن وقوعه في المسؤولية العقدية نادر. إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية.

ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقدين في تنفيذ العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي. فالراكب إذا أصيب بجرح في أثناء النقل لحقه من ذلك ضرر أدبي في جسمه. والطبيب إذا أساء علاج المريض أصابه كذلك بضرر أدبي في صحته. وقد يذيع الطبيب سراً للمريض لا يجوز إذاعته، فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته. كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله ما يؤذيه في اعتباره. وقد يشتري شخص تذكراً عائلياً ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه، فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه كان الضرر الذي يصيب المشتري من جراء ذلك ضرراً أدبياً. والناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبي. والفنان إذا تعاقد مع شخص على عمل فني، ففسخ المتعاقد معه العقد فسخاً تعسفياً، قد يرى في هذا الفسخ إضراراً أدبياً بسمعته. والقطار إذا تأخر عن الوصول في ميعاده، فلم يستطع أحد الركاب أن يشيع جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب في عاطفته. بل إن امتناع المدين عمداً عن تنفيذ العقد يجعل التعويض أوسع مدى، إذ يمتد إلى الضرر غير المتوقع، وليس هذا إلا ضرباً من التعويض عن ضرر أدبي أصاب الدائن بسبب سوء نية المدين.

٤٤٩- جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية: وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام، وعن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية بوجه خاص. وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية

(1) ليس في القانون ما يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه.  
(جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٥٢٧)

وكالراكب يؤدي في سلامته عند النقل. والضرر المادي هو الأكثر الأغلب. ولكن قد يكون الضرر، وهذا نادر في المسؤولية العقدية، أدبياً يصيب الدائن في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك.

ويجب على كل حال في الضرر أن يكون واقعاً أو محقق الوقوع. ونبعث هذا الشرط في الضرر المادي لأن ظهور الحاجة إليه أكثر وضوحاً فيه. ثم نبعث الضرر الأدبي.

#### أ- الضرر المادي (préjudice matériel):

٤٤٥- الضرر الحال (préjudice actuel): الضرر الحال هو الضرر الذي وقع فعلاً. والأصل أن التعويض يكون عن الضرر الحال. ويعرض عن الضرر المستقبل إذا كان محقق الوقوع كما سرى.

أما إذا لم يقع ضرر أصلاً فلا تعويض. مثل ذلك تأخر الراكب في الوصول قد لا ينجم عنه ضرر، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل. وإذا كلف الموكل وكيله أن يقيده رهناً لمصلحته، فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين، فلا تعويض للموكل إذا لم يلحقه ضرر.

٤٤٦- الضرر المستقبل (préjudice futur): وقد لا يقع الضرر في الحال، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل (1). مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات يدخرها للمقبل من الأيام. فيخلل المورد بالتزامه نحوه. فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال إذ عنده خامات كافية، ولكن يلحق به الضرر مستقبلاً عندما ينفد ما عنده ويصبح في حاجة إلى الجديد الذي تعاقد على استيراده. ولما كان الضرر في هذا المثل محقق الوقوع في المستقبل، ويستطاع تقدير التعويض عنه في الحال، فإن للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد. ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال، إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لما يعرف. مثل ذلك راكب يصاب بحادث في أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت قصير، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض، وجب التريص حتى يعرف مدى الضرر ليتقاضى عنه تعويضاً كافياً. وسنعالج هذه المسألة بتفصيل أوفى في المسؤولية التقصيرية.

٤٤٧- الضرر المحتمل (préjudice éventuel): وقد يكون الضرر محتملاً لا هو قد تحقق فعلاً، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل. مثل ذلك أن يحدث المستأجر

(1) الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققاً بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتماً في الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع فإن التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلاً.  
(جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٥٧٠)  
(جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٧٣٦)  
(جلسة ١٩٧٨/٤/٦ الطعن رقم ٦٠٢ لسنة ٤٥ ق)  
(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ الطعن ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق)



«ومع ذلك إن كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد»<sup>(١)</sup>.

ونأني بمثال يوضح ذلك نقله عن «نظرية العقد»<sup>(٢)</sup>: يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر. فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة، وتلف بعض المفروشات في أثناء النقل. ثم يكون في المنزل الجديد «ميكروب» مرض معد ينقل إليه هذا المرض. فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع. وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع. وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر. والمؤجر لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع، ما لم يكن قد أحل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. كما في المسئولية التقصيرية. ولا يكون المدين مسئولاً عن الضرر غير المباشر أصلاً حتى في المسئولية التقصيرية<sup>(٣)</sup>.

ومن المهم إذن أن نحدد عند اللبس ما إذا كانت المسئولية عقدية لا تعويض فيها إلا عن الضرر المتوقع، أو هي مسئولية تقصيرية يكون التعويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع. فإذا أصيب الراكب في حادث وتحققت مسئولية أمين النقل العقدية، لم يكن أمين النقل مسئولاً قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث. أما إذا طالبت الورثة بتعويض باسمهم الشخصي، لا باعتبارهم ورثة، فإن ذلك يكون على أساس المسئولية التقصيرية. ويستطيعون على هذا الأساس أن يحصلوا على تعويض ما

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق. وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٨ في المشروع النهائي. وأقره مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٢١، ثم مجلس الشيوخ. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٣ - ص ٥٦٦).

ويقابل هذا النص في القانون المدني القديم المادتان ١٨٠/١٢٢ من هذا القانون، ويجريان على الوجه الآتي: «ومع ذلك إذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين، فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقع الحصول عقلاً وقت العقد».

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ويكون للمسئولية التعاقدية، في حالتها الغش والخطأ الجسيم، حكم المسئولية التقصيرية. أما في غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتخلف عن الوفاء بمجردهما، بل يشترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. فإذا لم يتحقق في النتيجة هذا الشرط، خرجت بذلك من نطاق المسئولية التعاقدية وسقط وجوب التعويض عنها. ويراعى في هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه، بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٥).

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٤ ص ٩٥٩.

(٣) استئناف مختلط في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١ - نقض فرنسي في ١٨ مايو سنة ١٩١٥ سيريه ١٩١٧ - ١ - ٣٨.

خصوم يعتد بهم، فإن بعضاً من الفقهاء لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية. ويرجع السبب في ذلك إلى أن تقاليد القانون الفرنسي القديم كانت لا تميز هذا التعويض، وقد ردد دوماً وبوتيه هذا الحكم زاعمين خطأ أنه هو حكم القانون الروماني. ولكن الكثرة في الفقهاء الفرنسيين تميز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية<sup>(١)</sup>.

أما في القانون المصري، فقد كان التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية جائزاً فقهاً وقضاءً<sup>(٢)(١)</sup>. وأورد القانون الجديد نصاً صريحاً في جواز التعويض عن الضرر الأدبي في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من هذا القانون على ما يأتي: «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء».

٤٥٠ - إحالة: وسنتوفي بحث التعويض عن الضرر الأدبي عند الكلام في المسئولية التقصيرية. فما يقال هناك ينطبق هنا، وبخاصة في تعيين من له حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي ومتى يمكن انتقال هذا الحق.

## ٢ - مدى التعويض عن الضرر

٤٥١ - الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعرض عنه في المسئولية العقدية: الضرر غير المباشر (indirect) لا يعرض عنه أصلاً، لا في المسئولية العقدية ولا في المسئولية التقصيرية. فلا يعرض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct).

ولكن في المسئولية التقصيرية يعرض عن كل ضرر مباشر، متوقفاً كلياً (prévisible) أو غير متوقع (imprévisible). أما في المسئولية العقدية فلا يعرض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتها الغش والخطأ الجسيم. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ صراحة على هذا الحكم إذ تقول:

(١) أنظر في الفقه الفرنسي مازوا فقرة ٣٢٩ - فقرة ٣٣٤.

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٣ ص ٩٥٩.

(١) لكن كان من المقرر أنه لا يعيب الحكم أن يدمج الضررين المادي والأدبي ويقدر التعويض عنهما في تخصيص لمقداره عن كل منهما، فإن ذلك لا يحول دون قيام تلك الحقيقة الواقعة وهي إن كل عنصر من هذين العنصرين كان له حسابه في تحديد مقدار التعويض به، ومن ثم إذا أستأنف محكوم ضده حكماً نص بالتزامه بأداء تعويض عن اضرار مادية وأدبية ولم يكن هذا الحكم قد حدد مقداراً خص كل عنصر منهما في التعويض ورأت محكمة الاستئناف عدم الأحقية في التعويض بالضرر لأحد هذين العنصرين، فقد وجب عليها عندئذ أن تخصص ما يقابل ذلك العنصر من التعويض المقدر به ابتداءً، وهو ما يقتضى بطريق اللزوم النزول به عن المقدار الذي صدر به الحكم المستأنف.

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٠ الطعن رقم ٨٦١ لسنة ٤٦ق)

(جلسة ١٩٧٨/٦/٢٧ الطعن ١٧ لسنة ٤٧ق)

(جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١١٨٩)

(جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٣٧٣)

أصابعهم هم، لا ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع<sup>(١)</sup>.

٤٥٢ - ماذا يبرر قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع: ويقال عادة في تبرير قصر التعويض على الضرر المتوقع إن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر. فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد، فلا تعويض عنه. أما إذا كان هناك غش - أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم - في جانب المدين، فمسئولية المدين تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع، وينتقد الأستاذان هنري وليون مازو فكرة انقلاب المسؤولية العقدية بالغش إلى مسؤولية تقصيرية، إذ لا يزال المدين مسؤولاً بالعقد، حتى لو كان سعى النية في عدم تنفيذه، ويرى أن المسؤولية عن الضرر غير المتوقع في هذه الحالة ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون<sup>(٢)</sup>.

ونرى من جانبنا أن نتلمس مبرراً لقاعدة في الاعتبارات الآتية: الأصل في المسؤولية، عقدية كانت أو تقصيرية، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله، حتى لو كان غير متوقع. ذلك أن المدين المسؤول عن كل هذا الضرر، فهو الذي أحدثه مباشرة بخطأه. إلا أن المسؤولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد، فإرادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها. وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين، فهذا هو المقدار الذي يمكن أن يفترض افتراضاً معقولاً أن المدين قد ارتضاه. ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفافي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع. ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالتي غش المدين وخطأه الجسيم كما قدمنا، أصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر، متوقعاً كان أو غير متوقع، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفافي الذي يعدل من مقدار المسؤولية. ولعل هذا التبرير يعين على تفسير القواعد التي سنسبها الآن في تحديد الضرر المتوقع.

٤٥٣ - تحديد الضرر المتوقع - توقع سبب الضرر ومقداره - معيار موضوعي: لما كان مفروضاً أن المدين في المسؤولية العقدية لم يلزم نفسه إلا بالضرر المتوقع كما قدمنا، وجب جرياً وراء هذا الفرض المعقول، أن يكون المدين قد توقع الضرر، لا في سببه فحسب، بل أيضاً في مقداره. فإذا تعهدت شركة نقل بنقل «طرده»، ثم ضاع «الطرده» في الطريق، وتبين أنه يحتوي على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد، فلا تكون الشركة مسؤولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر، وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع «الطرده»، بل لا تكون مسؤولة إلا عن القيمة المعقولة «للطرده»، إذ هي لا تسأل إلا عن الضرر الذي كانت تتوقعه في سببه وفي مقداره<sup>(٣)</sup>.

وينبنى أيضاً على هذا الفرض المعقول من أن المدين لم يلتزم إلا بالضرر المتوقع، أن الوقت الذي ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد<sup>(١)</sup>. فلو أن المدين لم يتوقع الضرر في هذا الوقت، ثم توقعه بعد ذلك، فإنه لا يكون مسؤولاً عنه، لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد. وهذا هو ما ورد صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٢٢١، إذ تنص على أن المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً لا يلتزم «إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد».

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي. فالضرر المتوقع هو - كما يقول النص - الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة، أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات. فإذا أهمل المدين في تبين الظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر، فإن الضرر يعتبر متوقعاً، لأن الشخص المعتاد لا يهمل في تبين هذه الظروف. أما إذا كان عدم توقع المدين للضرر يرجع إلى فعل الدائن، كأن سكت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن «الطرده» يحتوي على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره، فإن الشركة لا تكون مسؤولة عن هذا الضرر، إذ من حقها ألا تتوقعه، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله. كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة، للحصول مثلاً على تعريفه مخفضة للنقل، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذي يترتب على عدم صحة هذه البيانات. بل إن سكوت المدين عن إعطاء بيانات لازمة قد يعتبر في بعض الأحوال إخفاء للضرر، فيكون المدين معذوراً إذا لم يتوقعه. فإذا سكت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول في الميعاد لأنه سيشارك في سباق، أو سيؤدي امتحاناً، أو سيحضر اجتماعاً هاماً، أو سيمضي عقداً، أو سيتقدم في مزاد، أو نحو ذلك من الأشياء العاجلة التي يجب أن تتم في وقت محدد، فلا يكون أمين النقل مسؤولاً عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد، وإنما يكون مسؤولاً عن الضرر الذي ينجم عن التأخر في الظروف المعتادة. أما إذا رجع عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن، بل إلى سبب

(١) - المدين في المسؤولية العقدية لا يلزم في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، وذلك عملاً بالمادة ١/٢٢١ من القانون المدني، والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات.

(جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٥٣٨)

(جلسة ١٩٧٠/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١٢٠٨)

ب- يجب لاعتبار الضرر متوقعاً أن يتوقعه الشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي وجه فيها المدين وقت التعاقد، ولا يكفي توقع سبب الضرر فحسب، بل يجب أيضاً توقع مقداره ومداها.

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٦١٦)

(جلسة ١٩٧١/٤/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١٧٢)

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٩٢٩)

(١) مازو ٣ فقرة ٢٣٧٧.

(٢) أنظر مازو ٣ فقرة ٢٣٧٥ - ٣ إلى فقرة ٢٣٧٦.

(٣) نقض فرنسي في ٧ يولية سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٣٢١ - ومع ذلك أنظر نقض فرنسي في

١١ يونية سنة ١٩٢٨ جازيت دي باليه ١٩٢٨ - ٢ - ٣٢٧ - مازو ٣ فقرة ٢٣٨٨.

## الفصل الثالث زوال العقد

٤٥٦- كيف يزول العقد: العقد يزول بالانقضاء (extinction) والانحلال (dissolution) والإبطال (annulation).

فهو ينقضى بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها، وهذا هو مصيره المألوف.

ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه، أو قبل البدء في تنفيذه، فينحل. فالفرق إذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه، والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ.

وانحلال العقد غير إبطاله، كلاهما زوال (dispartition) للعقد، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال. والعقد، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي، لا يزول فحسب، بل يعتبر كأن لم يكن.

وقد رأينا فيما مر كيف يبطل العقد. ونبحث الآن كيف ينقضى وكيف ينحل.

٤٥٧- انقضاء العقد: يجب التمييز هنا بين العقد الفوري والعقد الزمني.

فالعقد الفوري، ولو كان مؤجلاً التنفيذ، ينقضى بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات. فالبيع مثلاً ينقضى بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسلمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد. وكل هذه الالتزامات، عندما يحل وقت الوفاء بها، تنفذ فوراً، جملة واحدة أو على أقساط.

والعقد الزمني انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن، لأن الزمن كما قدمنا عنصر جوهري فيه. فالإيجار ينقضى بانتهاء المدة المحددة، فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذي يعينه القانون أو الاتفاق. وكالإيجار الشركة وعقد العمل<sup>(١)</sup>.

٤٥٨- انحلال العقد: وينحل العقد قبل انقضائه، بل وقبل البدء في تنفيذه في كثير من الأحيان، باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. فالانحلال باتفاق الطرفين هو التقايل (résiliation conventionnelle). أما الأسباب التي يقررها

(١) أنظر في الإيجار م ٥٦٣، وفي الشركة م ٥٢٩، وفي عقد العمل م ٦٩٤ فقرة ٢ وهذا وقد سبق العقد حتى بعد انتهاء مدته، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقضى به القانون في ظروف استثنائية، كما في التشريعات الخاصة بعقود إيجار المباني عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك. وقد ينقضى العقد حتى قبل انتهاء مدته بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد، كما في الشركة والمزارعة والإيجار الذي تراعى فيه شخصية المستأجر.

أجنبي عنهما معاً، فإن المعيار الموضوعي للشخص المعتاد هو الذي يطبق في هذه الحالة، وينظر هل كان الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أو لا يتوقعه<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثالث علاقة السببية بين الخطأ والضرر (Lien de causalité)

٤٥٤- عبء الإثبات: لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أي أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر. فقد يكون هناك خطأ من المدين، كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر. مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة، فتكسر البضائع، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه.

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة، فلا يكلف الدائن إثباتها. بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة. فعلى الإثبات يقع عليه لا على الدائن. والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو يرجع إلى خطأ الدائن أو يرجع إلى فعل الغير. والنص صريح في هذا المعنى. فقد قضت المادة ٢١٥ بأنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه<sup>(٢)</sup>.

٤٥٥- إحالة: يبين مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ. وينعدم ركن السببية مع بقاء ركن الخطأ قائماً، إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ، بل يرجع كما قدمنا إلى سبب أجنبي. كذلك ينعدم ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج، أو كان السبب المنتج، ولكنه لم يكن السبب المباشر.

والكلام في السبب الأجنبي، وفي السبب المنتج والسبب المباشر، تشترك في المسؤولية العقدية والتقصيرية. لذلك نرجئ بحث هذه المسائل حتى نعرض للمسئولية التقصيرية، فنستوفي هناك بحثها تفصيلاً.

(١) أنظر انتقاداً لقاعدة قصر المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع في مازو ٣ فقرة ٢٢٩١.

(٢) أنظر أيضاً المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي.



القانون لانحلال العقد فأهمها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution).

٤٥٩ - التقايل: قد يتقايل المتعاقدان بأن يتفقا على إلغاء العقد. والتقايل يكون بإيجاب وقبول، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي (١) (١). والأصل أن التقايل ليس له أثر رجعي، فيكون هناك عقدان متقابلان. فإذا تقايل المتبايعان البيع، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري، يعقبه عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع. وقد يتراضى المتبايعان على أن يكون للتقايل أثر رجعي، فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن.

وسواء كان للتقايل أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر، فهو على كل حال، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل، عقد ثان أعقب العقد الأول. ويترتب على ذلك إنه إذا كان العقد الذي حصل التقايل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين، فالتقايل لا يمس حقوق الغير، وترجع العين إلى مالكها الأصلي مثقلة بهذه الحقوق. كذلك يجب تسجيل التقايل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التفاوض (التقايل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين، وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالفسخ الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي التعاقد، وأن تبين كيف تلاقحت هاتان الإرادتان على حل العقد (نقض مدني في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢١ ص ٤٧٠). وقضت أيضاً بأن حصول التفاوض من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاوض من عبارات واردة في أوراق الدعوى مؤدية إليه، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض. فإذا كان كل ما شرطه المشتري في إنذاره البائع لقبول التفاوض هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والملحقات عرضاً حقيقياً علي يد محضر في ظرف أسبوع، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها على أن الإيداع أيضاً في ظرف الأسبوع كان شرطاً للتفاوض، وكان الثابت بالحكم أن المشتري تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستنداً في ذلك إلى أن المبلغ المعروض لم يكن شاملاً الرسوم التي دفعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع في الأسبوع، فإنه لا يجوز للمشتري أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض في حين أن إيداع المبلغ المعروض لم يتم في الأسبوع (نقض مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠١ ص ٦٠١).

(١) الأصل في العقود أن تكون ملزمة لطرفيها بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضا المتعاقد الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على فسخ العقد والتقايل عنه، وإذا كان الرأي في طبيعة هذا الاتفاق - وهل يعد تفسخاً وإبراماً لعقد جديد - فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين وبحسب محكمة الموضوع إذ هي قالت بأيهما أن تورد من القرائن والإدلة أو من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي العقد وكيف تلاقحت هاتان الإرادتان على حله.

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٩ الطعن ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/١٠ الطعن ٩١٨ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠ الطعن ٧٦٩ لسنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ الطعن ٦١ لسنة ٣٣ السنة ١٨ ص ٣٩٤)

٤٦٠ - الإلغاء بإرادة منفردة: وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد. نص القانون على ذلك في عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاولة والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والهبة والشركة.

ففي الوكالة يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة (م ٧١٥)، كما يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل (م ٧١٦).

وفي العارية، يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (م ٦٤٣ فقرة ٣)، ويجوز للمستعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها في أحوال معينة (م ٦٤٤).

وفي الوديعة، يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢).

وفي المقاولة، لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المفاوض عن جميع ما أنفقته من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٦٣ فقرة ١).

وفي القرض، إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٥٤٤).

وفي الدخل الدائم، يجوز استبدال الدخل في أي وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة في ذلك (م ٥٤٦).

وفي عقد التأمين على الحياة، يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م ٧٥٩). ويجوز له أيضاً، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل، أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً (م ٧٦٢).

وفي الهبة، يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك، وهذا يعتبر تقايلاً. فإذا لم يقبل الموهوب له، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ - ٥٠٣). والرجوع في هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر الهبة كأن لم تكن.

وفي الشركة، يجوز للمحكمة أن تقضي بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل، وهذا ضرب من الفسخ. كما يجوز لأي شريك إذا كانت الشركة

## الفرع الأول

### فسخ العقد

٤٦٢- الفسخ والمسئولية العقدية: هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية،

فكلاهما جزء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي. فإذا كان العقد ملزماً للجانبين جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه كما قدمنا. وجاز له أيضاً أن يطالب بالتعويض، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض، وهذه هي المسئولية العقدية التي فصلنا أحكامها فيما تقدم.

على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزاماته إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسئولية العقدية، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثاني في بعض الأحوال. إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فتنتفي مسئوليته العقدية، ولكن يبقى الفسخ، بل إن العقد في هذه الحالة ينفسخ بحكم القانون كما سئرى.

٤٦٣- أساس نظرية الفسخ: وليست نظرية الفسخ بالنظرية التي تبده العقل القانوني،

فيسلم بها بادئ ذي بدء، بل هو ثمرة تطور طويل. فقد كان القانون الروماني يأبى التسليم بها. وكان العقد الملزم للجانبين في هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض، ولا تقابل بينها، كما قدمنا في نظرية السبب. فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ، ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ. ولكن الرومان بعد تطور أفكارهم لفكرة الفسخ مجالاً ضيقاً في عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً. فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يجعل الحق للبايع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن<sup>(١)</sup>. وفي الفقه الإسلامي لا يعرف الفسخ نظرية عامة، وإنما أعطى للبايع خيار النقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن. وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسي القديم، فقالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح، ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائي. وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب في القانون الكنسي على النحو الذي قدمناه، وقد ربطت فكرة السبب ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، لا عند تكوين العقد فحسب، بل أيضاً عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ، ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على أيدي فقهاء القانون الطبيعي حتى أصبحت أمراً مسلماً، وقامت نظرية الفسخ على أساسها. ولكن القانون المدني الفرنسي عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية، فذكر في المادة ١١٨٤ على أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يقم أحد

(١) Lex Commissoria (أنظر جيرار ص ٧٢٢).

معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها (م ٥٣١)، وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء<sup>(١)</sup>.

٤٦١- الفسخ ووقف التنفيذ: وفي العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد، وللقاضي سلطة تقدير هذا الطلب<sup>(٢)</sup>. ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد.

ونقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لأهميتهما، ونفصل ما يتعلق بهما من الأحكام.

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي ثلاثة نصوص في إلغاء العقد، حذفها لجنة المراجعة جميعاً في المشروع النهائي لأنها تطبق للقواعد العامة، ويمكن الاستغناء عنها بالمادة ٢١٣ من هذا المشروع (تقابلها المادة ١٤٧ من القانون الجديد).

وهذه النصوص هي:

٢٢٥م من المشروع التمهيدي: لا يجوز إلغاء العقد إلا باتفاق المتعاقدين جميعاً، وذلك فيما عدا العقود التي تنتهي بموت أحد المتعاقدين.

٢٢٦م من المشروع التمهيدي: ١- ومع ذلك يجوز أن ينفرد أحد المتعاقدين بإلغاء العقد إذا كان هذا الحق قد اشترط في العقد أو نص عليه في القانون. ٢- فإذا كان من أعطى الحق في إلغاء العقد قد تعسف في استعمال هذا الحق جاز الرجوع عليه بالتعويض.

٢٢٧م من المشروع التمهيدي: إذا ألغى العقد فلا ينتهي إلا من يوم انحلاله دون أن يكون لذلك أثر رجعي.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «والأصل أن إلغاء العقود لا يقع إلا بتراضي المتعاقدين، فيجوز مثلاً إلغاء عقد الإيجار إذا كان محدد المدة قبل انقضاء الأجل المعين له باتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك، ولكن يجوز أن يقع الإلغاء دون حاجة إلى التراضي في أحوال ثلاث: أولاً حالة العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة لذاتها كالمزارعة، فيقع إلغاؤها بموت من كانت شخصيته محلاً للاعتبار. والثانية حالة العقود التي يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإلغاء، فيكون له أن يلغى العقد بإرادته المنفردة، ويكون للعقد الآخر أن يقتضى ما يجب له من التعويض عند إساءة استعمال هذا الحق. أما الحالة الثالثة فهي حالة العقود التي ينص القانون بصددها على تحويل حق الإلغاء بإرادة منفردة، والأصل في هذه العقود أن تكون غير محددة المدة (كالشركة والإجارة)، أو أن تكون قابلة للنقض بطبيعتها (كالوكالة)، ويقع الإلغاء في هذه الحالة بالإرادة المنفردة التي تحولها القانون ذلك، في غير إحلال بما يكون للعقد الآخر من حق في التعويض عند الإساءة في استعمال الحق».

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ - ص ٣٣٢ في الهامش). هذا ويتبين من نقلنا من نصوص المشروع التمهيدي ومذكرته الإيضاحية أن إلغاء العقد بإرادة منفردة قد يكون مشروطاً في العقد ذاته، لا أتياً من نص في القانون. فيستمد من له حق إلغاء العقد بإرادته المنفردة هذا الحق من اتفاق سابق. وهذا ضرب من التقابل يتم باتفاق إرادتين سابقتين مقرونتين بصدور إرادة لاحقة. ويشترط فيه ألا يتعسف صاحب حق الإلغاء في استعمال حقه. والفسخ هو انحلال للعقد بأثر رجعي، ويختلف عن الإلغاء في أنه يتم عادة بحكم قضائي.

## المبحث الأول الفسخ بحكم القضاء

٤٦٥- مسائل ثلاث: نتكلم في مسائل ثلاث: (١) شروط المطالبة بالفسخ (٢) كيف يستعمل حق الفسخ (٣) ما يترتب على الفسخ من أثر.

## المطلب الأول شروط المطالبة بالفسخ

٤٦٦- النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٧ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

«١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعداره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض». «٢- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته» (١).

١- تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢١٨ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً. وأقر في لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً، وأصبح رقم المادة ١٦١ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٥٧، فمجلس الشيوخ. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٩ - ص ٣٢٢).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الآخر فسخه، ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به. ويقع الفسخ بناء على حكم يقضى به أو بتراضى العاقدين أو بحكم القانون. وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً على حسب الأحوال. ففي حالة الفسخ القضائي يتخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه، رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً، ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل. فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه، وهو يدخل في حدود الإمكان، كما هو حكم القرض، تبين أن يستجيب القاضي لهذا الطلب، وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك. أما إذا اختار الفسخ، فلا يجبر القاضي على إجابته إليه، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظر، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء، بل ويجوز له أن يقضى بذلك من تلقاء نفسه، وله كذلك، ولو كان التنفيذ جزئياً، أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف عن تنفيذه إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام. على أن للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه ويقضى بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة محل لذلك. ولا يكون التعاقد ذاته، في حالة الفسخ، أساساً للإلزام بالتعويض إذ هو ينعدم انعداماً تاماً يستند أثره بفعل الفسخ، وإنما يكون مصدر الإلزام في هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره. على أن القاضي لا يحكم بالفسخ إلا بتوافر شروط ثلاثة: أولها أن يظل تنفيذ العقد ممكناً، والثاني أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه، والثالث أن يبقى المدين على تخلفه، فيكون من ذلك ميرر للقضاء بالفسخ. فإذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ أو تقصير». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٧ - ص ٣٢٨).

المتعاقدين بما في ذمته من التزام. وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التي تقضى بجواز فسخ العقد إذا لم يوف المدين بالتزامه. أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبارات التاريخية التي قدمناها.

وليس صحيحاً أن أساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمني. ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فيفسخ العقد من تلقاء نفسه. وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق، وللقاضي حق التقدير فيجيب طلب الفسخ أو يرفضه، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه، كل ذلك على النحو الذي سنبينه فيما يلي (١).

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ، كما تذهب جمهرة الفقهاء. ونؤثر، كما بينا في نظرية السبب، أن تجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر فيبدو أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام، وهذا هو الفسخ (٢).

٤٦٤- خطة البحث: والفسخ يكون بحكم القاضي، وهذا هو الأصل. وقد يكون باتفاق المتعاقدين. ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون، ويسمى عند ذلك انفساخاً. فنحن نبين: (١) فسخ العقد بحكم القضاء (٢) فسخ العقد بحكم الاتفاق (٣) انفساخ العقد بحكم القانون.

(١) ومن ثم نرى أن استعمال عبارتي «الشرط الفاسخ الضمني» و«الشرط الفاسخ الصريح»، اللتين ارتبطتا كثيراً في لغة القضاء المصري وبخاصة في لغة محكمة النقض، ليس بالتعبير الدقيق. (٢) قارن نظرية العقد للمؤلف لفقرة ٦٢٣.



ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الموضوع. وقد كان القانون القديم ينص في المادتين ١٧٣/١١٧ على ما يأتي: «إذا امتنع المدين من وفاء ما هو ملزم به بالتزام فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذي لم يقم المدين بوفائه فقط».

على أن نص القانون الجديد أكثر إحاطة بالموضوع وأوضح بياناً. ومنه يتبين أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد، اثنين منها يصرح بهما النص، والشرط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ. وهذه الشروط هي: (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذي يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى.

### ١- لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين

٤٦٧- العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه القضائي والاتفاقي والقانوني: أن يكون العقد ملزماً للجانبين هو شرط عام في جميع أنواع الفسخ، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون. ذلك أن الفسخ، بأنواعه الثلاثة، مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قلنا وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التي ينشأ عنها التزامات متقابلة. فهي وحدها التي تتوافر فيها حكمة الفسخ.

وقد قدمنا عند الكلام في تقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم للجانب واحد أن بعض العقود التي كانت تعتبر عقوداً ملزمة لجانب واحد في عهد القانون القديم، كالعارية والقرض ورهن الحيازة، يرد عليها الفسخ. وقد منا أن الفقهاء اختلفوا أمر هذه العقود مذاهب شتى. فمنهم من ينكر فيها حق الفسخ. ومنهم من يقره على أن يسميه إسقاطاً (déchéance) لا فسخاً (résolution). ومنهم من يقره على أن يذهب إلى أن حق الفسخ يكون في العقود الملزمة لجانب واحد. وعندنا أن الفسخ في هذه العقود لأنها عقود ملزمة للجانبين حتى في عهد القانون المدني القديم، لنا بيان ذلك.

أما العقود التي لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد، كالوديعة والوديعة كالتأجير والوديعة إذا كانت بغير عوض، فقد قدمنا أنه لا يمكن تصور الفسخ طرفاً واحداً هو الملتزم، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة في طلب الفسخ إذ ليس في ذمته أي التزام يتحلل منه بالفسخ، بل مصلحة هي في تنفيذ العقد.

٤٦٨- وكل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ: وإذا كانت الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ، فإن الفسخ من جهة أخرى

جميعاً (١). وسنرى أن العقد الزمني يرد عليه الفسخ بأثر يختلف عن أثر الفسخ في العقد الفوري.

وقد كان القانون المدني القديم يستثنى عقداً واحداً ملزماً للجانبين يمنع فيه الفسخ هو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة. فكانت المادتان ٥٨٨/٤٨٠ تنصان على أنه «يجوز لصاحب الإيراد في حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها» (١). فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه، وليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العيني، فيبيع من أموال المدين ما يكفي ريع ثمنه لأداء المرتب المتفق عليه. وقد كنا انتقدنا هذا النص في عهد القانون القديم (٢)، ورأيناه نصاً غريباً يخرج علي القواعد العامة دون سبب ظاهر. وقد نقله المشرع المصري عن المشرع الفرنسي (٣). ومن أجل ذلك ورد القانون المدني الجديد قاطعاً في هذه

(١) أنظر أيضاً المادة ١٩٧٨ من القانون المدني الفرنسي، وهي لا تمنع الفسخ إلا في حالة عدم الوفاء بالإيراد دون الحالات الأخرى المذكورة في نص القانون المصري القديم.

(١) أ- ما نص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني من تخويل كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، هو من النصوص المكتملة للإرادة التعاقدية ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح يحظر فيه طلب الفسخ.

(جلسة ١٩٨٢/٦/١٥ الطعن ٥٩٨، ٦٧٢ لسنة ٤٠ ق من ٣٣ ص ٧٥٧)

(جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ الطعن ٢٣ لسنة ٣٥ ق من ٢٠ ص ٣٢٥)

ب- العقد الذي تبرمه الحكومة مع مقال رست عليه مناقصة أشغال عامة، سواء اعتبر عقداً مدنياً أو عقداً ادارياً، فإن وصفه لا يحول دون القضاء بفسخه إذا أخل المفاوض بالتزاماته المحددة فيه.

(جلسة ١٩٥٤/٤/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص ٧٨٨)

(جلسة ١٩٧٥/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١١٤١)

ج- الفسخ القضائي كما يرد على البيع بالممارسة يرد على البيع بالمزاد العلني جبرياً كان أو اختيارياً. (جلسة ١٩٧٦/٦/٢١ الطعن ٤٠٥ لسنة ٤٦ ق).

د- الفسخ يرد على الصلح، كما يرد على سائر العقود الملزمة للجانبين فإذا لم يقم أحد المتصلحين بما أوجبه الصلح في ذمته من التزامات جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له محل.

(جلسة ١٩٧٥/٢/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٧٣٥)

هـ- لما كان الاقرار اختيارياً بأمر وليس انشاءً لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ، فان الحكم المطعون فيه وقد رد على دفاع الطاعنين المؤسس على أن عقد الصلح قد فسخ لعدم تنفيذ ما أبرم من أجله، فإن ذلك العقد ينطوي على اقرار بملكية المطعون عليه بوصفه شريكاً في العقار، وان هذا الاقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح، فان هذا الذي قرره الحكم صحيح في القانون.

(جلسة ١٩٧٢/١٢/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٣١٧)

(أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٣٨).

ويعلل الفرنسيون النص الذي ورد في قانونهم بتعليق كل منهما محل للنظر: (الأول) أن عقد =

٤٧٠ - عدم التنفيذ يرجع إلى فعل المدين: فيجب إذن أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلًا بفعل المدين، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقوم بالتنفيذ. ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد. وقد رأينا أن المسؤولية العقدية تتحقق أيضاً في هذا الفرض، فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية أو المطالبة بفسخ العقد. بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية<sup>(١)</sup>.

٤٧١ - عدم التنفيذ الجزئي: وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً - ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ معيماً - فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ. والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ، أو يكفي إعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ. فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ، بقي عليه أن يرى هل يقضى بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر. ويقضى بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي من الالتزام.

٣ - لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه

وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها

٤٧٢ - وجوب أن يكون الدائن مستعداً للقيام بالتزامه وأن يكون من الممكن إعادة الشيء إلى أصله: ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه الذي نشأ من العقد الملزم للجانبين. فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام<sup>(٢)</sup>.

أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبي، فإن العقد يفسخ بحكم القانون انقضاءه فيما إذا كانت الاستحالة في جانب المدين.

(١) إذ يدل نص المادة ١٥٧ من القانون المدني على أن الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العدي.

(جلسة ١٩٧٥/٣/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٤٥٧)

(٢) لا يكفي للحكم بالفسخ أن يكون الفسخ وارداً على عقد ملزم للجانبين وأن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي وإنما يشترط أيضاً أن يكون طالب التنفيذ مستعداً للقيام بالتزامه الذي نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره، فإذا كان قد أدخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام.

(جلسة ١٩٦٩/٤/١٨ الطعن ٤٨ السنة ٣٥ ق ٢٠ ص ٥٧١)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٨٤٠)

(جلسة ١٩٧٨/١/١٩ الطعن ٥٨ لسنة ٤٤)

المسألة، وقد رد عقد الإيراد المرتب مدى الحياة إلى القواعد العامة، ولم يمنع فيه الفسخ، فنصت المادة ٧٤٦ على أنه «إذا لم يقوم المدين بالتزامه، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد، فإن كان العقد بعوض جاز له أيضاً أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل».

وذهب القضاء الفرنسي إلى أن عقد القسمة لا يجوز فيه طلب الفسخ إذا لم يقوم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلاً، وإنما يطالب المتقاسم الذي أدخل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام. ويريد القضاء الفرنسي من ذلك أن يحافظ على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقض القسمة بالفسخ<sup>(١)</sup>. وهذا القضاء أيضاً محل للنظر. والأولى أن يترك الأمر لتقدير القاضي وهو الذي يقبل المصلحة الراجحة فيقضى بالفسخ أو لا يقضى، وهذه هي القاعدة العامة في الفسخ فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها<sup>(٢)</sup>.

٢ - لا يكون الفسخ إلا إذا لم يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٤٦٩ - عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي: إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالة لسبب أجنبي، فإن التزام المدين ينقضى فينقضى الالتزام المقابل له، وينفسخ العقد بحكم القانون. وهذا ما سنعرض له بعد قليل.

ومن ذلك ترى أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلًا لسبب أجنبي خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانقضاء<sup>(٣)</sup>.

=الإيراد المرتب مدى الحياة عقد احتمالي. فإذا سمحنا بفسخ العقد وإعادة الشيء إلى أصله، وأمكن الدائن أن يرد إلى المدين ما قبضه من الإيراد، فماذا يسترد المدين؟ إذا اكتفى باسترداد رأس المال، يكون قد حرم من جزء من الغلة المدة التي بقي فيها رأس المال عند المدين هو الفرق ما بين غلة رأس المال جميعه وغلة المقبوض من الإيراد. وإذا قيل إن الدائن يستبقى ما قبضه من الإيراد ولا يسترد من رأس المال إلا بنسبة ما بقي من عمره إلى ما انقضى منه منذ قبض الإيراد، تعذرت معرفة الباقي من عمره إذ ليس لقانون الاحتمال أثر في حادث فردي - ولم نر هذا التعليل مقنعاً، فمن السهل عند فسخ العقد أن يجعل الدائن يرد ما قبضه من الإيراد مع فوائده القانونية ويسترد رأس المال مع فوائده القانونية، وبذلك نعيد كل متعاقد إلى حالته الأصلية قبل التعاقد (قارن ما أوردناه في هذا الخصوص في نظرية العقد ص ٦٨٤ هامش رقم ١). (والتعليل الثاني) أن الدائن يكون عادة في حاجة إلى الإيراد يؤثره على رأس المال، ففيه ضمان لحاجته وأمن من تقلبات سعر الاستغلال فيما لو استرد رأس المال، والفسخ يضع عليه ذلك - ولكن هذا التعليل هو أيضاً غير مقنع، فإن الفسخ إنما يكون جائزاً للدائن لا واجباً عليه، فما عليه إذا رأى المصلحة في عدم الفسخ، إلا أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ، ويطلب الفسخ إذا كان في مصلحته كما إذا رأى أنه يستطيع أن يستغل رأس المال عند استرداده على وجه أكثر نفعاً.

(١) نقض فرنسي في ٩ مايو سنة ١٨٣٢ سيريه ٣٢-١-٣٦٧.

(٢) على أن القضاء الفرنسي ذاته أجاز اشتراط جواز الفسخ في عقد القسمة (نقض فرنسي في ٦ يناير سنة ١٨٤٦ دالوز ٤٦-١-١٦).

(٣) أنظر في هذا المعنى محكمة مصر الوطنية في ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٧ - نقض فرنسي في ٥ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دي باليه ١٥ يونية سنة ١٩٢٠ - قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٦٨٥ هامش رقم ١ والمراجع المشار إليها في هذا المكان.

التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل شيء وعمله المدين (م ٢٠٠) (١).

٤٧٤ - صدور حكم بالفسخ: ولا بد من رفع دعوى وصدور حكم بفسخ العقد. ونص المادة ١٥٧ من القانون الجديد صريح في هذا المعنى، وقضاء المحاكم في عهد القانون القديم مضطرد في وجوب صدور حكم بالفسخ (١).

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق. ففي الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانقاسخ بحكم القانون) يكون الحكم مقررًا للفسخ لا منشأً له، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ (٢). ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال التصرف، وإذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة المختصة كانت الدعوى غير مقبولة (٢).

(١) قضت محكمة النقض بأنه من المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن الشرط الفاسخ الضمني، كالتأخر عن دفع الثمن في ميعاده، لا يقضي بذاته الفسخ، بل لا بد لفسخ العقد من حكم قضائي بذلك، وهذا الحكم يصدر بناءً على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٥ ص ٤٨ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ - وفي ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٨ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣). (١) - وإن كان يتعين لكي تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً للشرط الفاسخ الضمني أن يبينه البائع على المشتري بالوفاء تنبيهاً رسمياً إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد صرح بعدم رغبته من القيام بالالتزام فإذا كان المشتري قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم سداده وصمم على ذلك لحين الفصل في الدعوى فلا تكون هناك حاجة لكي يصح الحكم بالفسخ - إلى ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المستحق.

(جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ٧ ص ٦٣١) ب- لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أن اعتبر الأخطاء الفنية التي وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فان مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المعاولة قد أصبح غير ممكن تنفيذه، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العيني لا يكون قد خالف القانون. (جلسة ١٩٦٦/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٧٩٧).

(٢) إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر أعمالاً لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدني لا استناداً إلى وجود شرط فاسخ صريح في العقد فان هذا القضاء يكون منشأً للفسخ لا مقررًا له. (جلسة ١٩٦٦/٤/٥ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٧ ص ٧٩٧).

(٢) استئناف مصر في ٢٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٦٧١.

وقضت محكمة النقض بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكماً. فالشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهّل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ. أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ من القانون =

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون للدائن الذي يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ. فإذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد، وباعه من آخر، فالالتزام بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه إذ في هذا إخلال بالالتزام الضمان. وسنرى في العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هذه العقود، فليس من الضروري إذن للمطالبة بفسخها أن يرد ما سبق تنفيذه.

أما إذا كان المدين هو الذي استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ، ويقضى على المدين في هذه الحالة بالتعويض (م ١٦٠). وسيأتي بيان ذلك.

## المطلب الثاني

### كيف يستعمل حق الفسخ

٤٧٣ - إعذار المدين: قضت الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ بأن الدائن، حتى يطالب بفسخ العقد، يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ (١). ولم يكن في القانون القديم نص على الإعذار، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته (١). على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً (٢).

وإعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية تظهر في أمرين: (١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ. (٢) ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ (٣).

ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالالتزام، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في أول أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧٨ ص ١٤٩ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥.

(١) - أ- إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة التأخر في تنفيذ التزامه، والأصل في هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام، ومن ثم فلا يعد إعذاراً إعلان المشتري بصحيفة دعوى فسخ البيع لإخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا احتلت صحيفة على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام. (جلسة ١٩٧٩/١/٢٥ الطعن ٥٤٤ سنة ٤٨ ق).

ب- وإذا كان بروتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم بإعلانها المحضر إلى المدين لآليات امتناعه عن الدفع... فان البروتستو يعتبر إعذاراً للمدين بالمعنى ٥٧٥٥٧٥٥٧٥٥٧٥ الذي يتطلبه القانون في الاعذار.

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٠٢٨) (٢) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٩٥ ص ٢١٦ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤.

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٥٠.



٤٧٥ - الخيار بين الفسخ والتفويض: فإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتفويض. وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي.

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل، قبل الحكم، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ. كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ (١). على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد (٢). كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطرفين، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولاً منه عن الطلب الآخر (٣).

=المدني (القديم) موجب للفسخ حتماً، فلا يملك معه القاضي إمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار، وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود التبادلية، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كالتفويض متفقاً عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وأنه قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ نزولاً على الشرط الفاسخ الصريح عملاً بنص المادة ٣٣٤ مدني (قديم).

ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين باختلاف شرطي الفسخ الصريح والضمني طبيعة وحكما، وهذا تعارض في أسباب الحكم يعين ويستوجب نقضه (نقض مدني في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥). وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بني الفسخ الذي قضى به على الشرط الضمني، لم جاء الحكم الاستئنافي مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائي، فإنه يكون متناقضاً باختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر (نقض مدني في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ ص ٣٥) - على أنه قد يجتمع الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق في عقد واحد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع المذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وياق له من غير أي اشتراط في العقد بخصوصه، فإن تفسيرها لا خلاف عليه (نقض مدني في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ ص ٧٥٠).

(١) استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٣٧ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ ص ١٨٧.

(٢) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ وقد سبقت الإشارة إليه - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨.

(٣) ومحكمة الموضوع أن تقدر هل تعتبر العمل الذي صدر من المدين نزولاً عن أحد الطرفين، كما تقدم في توزيع لمال المدين ويراد أن يفهم من ذلك نزوله عن الفسخ: نقض فرنسي في ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيريه ٤٠-١-١٢١ - وكما إذا رضى ببيع صدر من المشتري منه فنزل بذلك عن حكمه.

وللمدين كذلك، قبل النطق بالحكم النهائي، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ (١) (١). ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك محل للحكم بتعويض للدائن.

=في المطالبة بفسخ البيع الأول: نقض فرنسي في ١٥ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩٠٩-١-٣٩١ - وكما إذا أجرى المشتري إصلاحات في العقار الذي اشتراه فنزل بذلك ضمناً عن حقه في طلب فسخ البيع: استئناف مختلط في ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٩ - وكما إذا طالب البائع المشتري بدفع الثمن واتخذ إجراءات تحفظية لذلك فنزل ضمناً عن الفسخ: استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٣٩ ص ٩٦.

سبقت الإشارة إليه - وكما إذا تقدم البائع كدائن بالثمن في تغطية المشتري فلا يجوز له أن يطلب استرداد الشيء المباع بعد ذلك: استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨ وقد سبقت الإشارة إليه.

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يسوغ للمستأجر أن يمنع الحكم بفسخ الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع المبلغ المستحق قبل صدور الحكم النهائي (٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٨٣). وقضت بأنه إذا طلب البائع من المحكمة فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع ثمن البيع، فللمشتري أن يتدارك فسخ البيع بغرض الثمن، ولو بعد صدور الحكم عليه، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به أو تأييده استئنافياً. وهذا الحق الذي للمشتري يرجع إليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد أن حكمت، ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ، لأن قبول التماس يعيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ - انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٩ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٤) - على أن كثيراً من أحكام القضاء المختلط كان يذهب إلى عكس ذلك، ولا يجعل المدين يتجنب الفسخ بأن ينفذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي: استئناف مختلط في ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٨ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠١ - وفي ٩ يناير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٠٩ ص ٤٧ - وفي ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧١. ولكن محكمة النقض حسمت الأمر، فقضت بأنه إذا كان الشرط الذي تضمنه العقد شرطاً فاسخاً ضمناً، فللمشتري - إلى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ - الحق في توقي الفسخ بدفع الثمن - وإذا كان المشتري يعرض على البائع باقى الثمن إلا عند رفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ، فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين في حكمها برفض دعوى الفسخ، إذ هو كان محقاً في طلب الفسخ حتى انقضاء المشتري بهذا العرض، فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول الغرض (نقض مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٨ ص ٥٨).

(١) - من المقرر أن الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني يخول للمدين الحق أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائي ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن فلا عبء بمقدار ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة بل العبء بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائي.

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ الطعن ٣٧٦ لسنة ٥٤ ق)  
(جلسة ١٩٨٩/٣/٦ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ ق)  
(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٨ الطعن ٢٠٢٢ لسنة ٥٤ ق)  
(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢ الطعن ١٩٥٤ لسنة ٥٠ ق ص ٣٥ ص ١٣٩٠)

ويلاحظ الحالات التي يقضى فيها القانون بحرمان المدين من توقي الفسخ كالتأخر في قانون إيجار الأماكن حين يقضى بفسخ الأجرة بسبب الإيجار من الباطن أو التنازل من المستأجر ولو أزال المستأجر المخالفة قبل صدور الحكم. (جلسة ١٩٧٩/٢/٧ الطعن ٥٠٩ لسنة ٤٦ ق)

عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه. ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

كذلك القاضى ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ. بل إن له في ذلك سلطة تقديرية. فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك<sup>(1)</sup>. وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه<sup>(1)(2)</sup>. وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته». ومما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله في ذلك إهمالاً واضحاً رغباً من إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى<sup>(2)</sup>. ومما يحمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته كما يقول النص<sup>(3)</sup>. ومما يحمله على إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون للمدين عذر

في تأخره عن التنفيذ، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر<sup>(1)</sup>، أو أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين<sup>(2)</sup>. ولا يمنع القاضى أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى<sup>(3)</sup>. وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضونهما، وليس له أن يتعدها، بل ليس للقاضى أن يعطيه مهلة أخرى<sup>(4)</sup>. ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضى في حكمه على ذلك<sup>(5)(1)</sup>. وهذا بخلاف الأجل الذى يمنحه القاضى في دعوى التنفيذ، فإنه يجوز للقاضى في هذا الصدد

=سلطة المحكمة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها (نقض مدنى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨).

(١) استئناف مختلط فى أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ (ولم يتسلم المشتري السندات، ولكن ذلك لم يصبه بضرر ما وكان فى إمكانه تسلمها) - وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨ (أراد البائع لأرض انتهاز فرصة أن المشتري تأخر قليلاً عن دفع جزء من الثمن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأراضى).

(٢) وإذا كان هناك خطأ فى جانب كل من الطرفين، فقد يدعو ذلك القاضى إلى عدم الحكم بالفسخ والاكتفاء بالتعويض (استئناف مختلط فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٠). وقد يخطئ المدين فى تفسير العقد فيتأخر وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ (محكمة مصر المختلطة الجزئية فى أول فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣-١٧٣ ص ٩٠).

(٣) فللقاضى إذن سلطة التقدير، فله أن يفسخ العقد، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه. وسلطته هذه مسألة موضوعية لا معقب عليها من محكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع فى صدد كتابة الأسباب لفسخ التعاقد أمر موضوعى خارج عن رقابة محكمة النقض. فلا تشرىب عليها إذا هى رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد، وبينت الأسباب التى استندت إليها فى ذلك (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص ٥٦٦). وقضت أيضاً بالألا يكون الشرط الفاسخ مقتضياً لفسخ حتماً إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار. أما الشرط الضمنى الفاسخ فلا يلزم القاضى به، بل هو يخضع لتقديره. فللقاضى ألا يحكم بالفسخ، وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ (نقض مدنى فى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦). وقضت أخيراً بأنه لما كان القانون لا يوجب على القاضى فى خصوص الشرط الفاسخ الضمنى أن يقضى به، إنما حوله سلطة تقديرية، فله أن يحكم به، وله أن يعطى المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام فى غضونهما، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - أنظر أيضاً نقض مدنى فى ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥١ ص ٤١٩ - وفى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢).

(٤) على أنه يجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت فى دعوى بالتنفيذ لا فى دعوى بالفسخ (نقض فرنسى فى ٨ يناير سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١-٤٩٧).

(٥) نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية وقد سبقت الإشارة - استئناف مختلط فى ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠.

(١) يلاحظ أن أحكام محكمة النقض اللاحقة على هذا الحكم قضت بأن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتماً، انظر البند السابق.

(١) محكمة الإسكندرية الوطنية فى ٢٧ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٤ - محكمة طنطا الكلية فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٣٥ ص ٤١٨ - استئناف مختلط فى ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ - وفى أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ - وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٨ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ - ومع ذلك أنظر استئناف مختلط فى ١٨ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٠ - ولكن القانون الجديد صريح فى جواز عدم استجابة القاضى لطلب الفسخ وإعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه.

(٢) أو أن يكون الفسخ مشروطاً صراحة إذا تحققت ظروف معينة على وجه التحديد استئناف مختلط فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٦.

(١) تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها، ونفى التصغير عن طالب الفسخ أو اثباته هو من شأن محكمة الموضوع ولا تدخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة. (جلسة ١٩٧٠/٣/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٤٥٠) (جلسة ١٩٧٩/٤/٥ الطعن ١١٣ لسنة ٤٦ ق)

(٢) الفسخ إذا لم يشترط بنص فى العقد، فإنه يكون طبقاً لنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى، خاضعاً لتقدير قاضى الموضوع، يحكم به أو يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، وإن كان الوفاء فى غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتماً، إذ لا ينطوى منح الأجل ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وإنما تبقى سلطة قاضى الموضوع التقديرية فيظل العقد قائماً، ويكون الوفاء بالالتزام لا يزال ممكناً بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائى، ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء فيقضى بالفسخ أو يرفضه.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٦٨٣)

(جلسة ١٩٧٨/١/١٤ الطعن ١٧٥ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢٢٠)

(جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٢٩٦)

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح، وكان الفسخ مقاماً على الشرط الفاسخ الضمنى، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب فى حال الإخلال الجزئى إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل فى قصد العاقدين فسخ العقد.

طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ - في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (١).

٤٧٦- تقادم دعوى الفسخ: ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها، فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار، طبقاً للقواعد العامة في التقادم المسقط (١). وهذا بخلاف دعوى الإبطال، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (٢).

### المطلب الثالث

#### ما يترتب على الفسخ من أثر

٤٧٧- النصوص القانونية: نصت المادة ١٦٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي: «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض» (٣).

(١) ونرى من ذلك أن القاضى يجوز له أن ينظر المدين إلى آجال، أى إلى أجل بعد أجل، إلى أجل واحد.

(١) لئن كان حق المشتري في استرداد الثمن من البائع في حالة فسخ البيع يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير حق. الأمر الذى أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدني بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذ الالتزام زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه في عقد فسخ بعد ذلك إلا أنه في حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه - طبقاً للمادة ١٥٩ مدنى - لاستحالة تنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية بسبب الاستيلاء لديه على الأطنان المبيعة تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعى ومنازعه البائع في حصول هذا الانفساخ قبل رفع الدعوى وأثناء نظرها لا يقضى برد الثمن إلا كالأثر المترتبة على فسخ العقد أو انفساخه طبقاً للمادة ١٠٦ من القانون المدني وإذا كانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولا تقادم إلا بخمس عشرة سنة فإنه طالما يكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالأثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن إذ لا يكون هذا الثمن مستحق الأداء ويمكننا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ.

(جلسة ١٩٦٨/٦/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٣٤٥)

(٢) ويوجد بين الفسخ والإبطال، إلى جانب هذا الفرق، فرقان آخران: (أ) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، ويرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة (ب) فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضى كما بينا، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضى ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال.

(٣) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٢١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى: ١٥- إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان ذلك مستحيلاً استبدلاً به تعويضاً يعادله. ٢- على أن فسخ العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ. وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص اكتفاءً بورد حكمها في نص عام في التسجيل هو المادة ١٣٧، وأدخلت تعديلات لفظية على العبارة الأخيرة =

ويلاحظ أن هذا النص عام، يبين ما يترتب على الفسخ من أثر، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون. ويتبين من النص أيضاً أنه إذا حكم القاضى بفسخ العقد فإن العقد ينحل، لا من وقت النطق بالحكم فحسب، بل من وقت نشوء العقد. فالفسخ له أثر رجعى، ويعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن، ويسقط أثره حتى فى الماضى. وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون، حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ ولا ينشئ الفسخ. فإنه أيضاً مفهوم فى الفسخ بحكم القاضى ولو أن الحكم هنا منشئ للفسخ لا مقرر له (١). ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ وأن يكون له أثر رجعى، فالحكم بالشفعة حكم منشئ ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم.

والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير.

٤٧٨- أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين: ينحل العقد ويعتبر كأن لم يكن. وتجب إعادة كل شئ إلى ما كان عليه قبل العقد.

فإذا كان العقد بيعاً وفسخ، رد المشتري المبيع إلى البائع، ورد البائع الثمن إلى المشتري (٢). ويرد المبيع بشمراته والثمن بفوائده القانونية، وذلك كله من وقت المطالبة

من الفقرة الأولى، فصارت كالآتى: فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض معادل، وأصبح رقم المادة ١٦٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بعد حذف كلمة «معادل» الواردة آخر النص نغياً لشبهة الاتجاه إلى تقرير حكم يخالف القواعد العامة فى التعويض، وأصبح رقم المادة ١٦٠، ثم مجلس الشيوخ. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٦-٣٣٠).

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى: ويترتب على الفسخ قضائياً كان أو اتفاقياً أو قانونياً، انعدام العقد انعداماً يستند أثره، فيعتبر كأن لم يكن. وبهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد، بعد أن تم فسخه. وإذا أصبح الرد مستحيلاً وجب التعويض على الملتزم وفقاً للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق. ومع ذلك فقد استثنى المشروع من حكم هذه القاعدة صورة خاصة تعرض فى فسخ العقود الناقلة للملكية العقارات. فنص على أن هذا الفسخ لا يضر بالغير حسن النية إذا كان قد تلقى من العاقد الذى آلت إليه ملكية العقار بمقتضى العقد المفسوخ حقاً على هذا العقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (أنظر المادة ٣٧٥ من المشروع). ومؤدى هذا أن يظل حق الغير قائماً، ويرد العقار مثقلاً به، رغم فسخ العقد الناقل للملكية. وغنى عن البيان أن هذا الاستثناء يكفل قسطاً معقولاً من الحماية للغير حسن النية، ويهيئ بذلك للتعامل ما يخلق به من أسباب الاستقرار (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٩).

(١) إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر اعملاً لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدني لا استناداً إلى وجود شرط فاسخ فى العقد فإن هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقرر له.

(جلسة ١٩٦٩/٧/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١١١٨)

(٢) النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدني يدل على أن يترتب على فسخ عقد البيع انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعة إلى البائع، بالحالة التي كانت عليها وقت التعاقد، وأن يرد إلى المشتري ما دفعه من الثمن.

(جلسة ١٩٨٣/٣/٨ الطعن ١٤٥٨ لسنة ٤٩ ق ص ٣٤ ص ٦٥٢)



القضائية طبقاً للقواعد العامة<sup>(١)</sup>. واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق، كما رأينا في البطلان ويسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله<sup>(٢)</sup>.

وإذا بنى المشتري أو غرس في العين المبيعة طبقت القواعد العامة (م ٩٢٤ - ٩٢٥)، ويعتبر المشتري في هذا الخصوص حسن النية أو سيئها تبعاً لما إذا كان الفسخ حكماً به له أو عليه<sup>(٣)</sup>.

وإذا هلك المبيع، وكان المشتري هو الذي يطالب بالفسخ، لم يجب إلى طلبه إذ تنذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا، ولكنه يستطيع المطالبة بتعويض على أساس المسؤولية العقدية. أما إذا كان البائع هو الذي يطالب بالفسخ، وهلك المبيع في يد المشتري، فإن كان الهلاك بخطأ المشتري حكم عليه بالتعويض، وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتعويض كما رأينا. فإذا كان الهلاك بسبب أجنبي، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان، وجب القول بأن المشتري وقت أن تسلم المبيع، والعقد قائم لم يفسخ، كان حسن النية، فلا يكون مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، كما إذا انتفع بأنقاض منزل في بناء منزل آخر. وللبيع أن يسترد الشيء التالف في الصورة التي آل إليها دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف. غير أنه لا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ بعد أن يعلم أن المبيع قد هلك بسبب أجنبي، فغير له في هذه الحالة أن يستبقى البيع، فيطالب بالثمن، وبذلك يتحمل المشتري تبعاً الهلاك<sup>(٤)</sup>.

وللدائن الذي أجيب إلى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان علم قيام

(١) هذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً، هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع، ويقضى «إذا انحلت العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه، أو يقلم ضماناً لهذا الرد وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس». وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأنه تطبيق للقاعدة في حق الحبس. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الهامش) - فإذا احتجبت أن التزام البائع برد الثمن قد ترتب في ذمته بسبب التزام المشتري برد المبيع وارتبط كل التزام بالآخر (م ٢٤٦)، كان لكل من الطرفين أن يحبس ما بيده حتى يسترد ما بيد الآخر. ويكون هذا صحيحاً أيضاً في حالة البطلان.

(٢) استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٤.

(٣) استئناف مختلط في ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ - وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ١٤ رقم ٢١٨ ص ١٣٨ - حلمي عيسى باشا في البيع فقرة ١٦٤٨ - نجيب الهلالي باشا في

فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١.

(٤) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ - وإذا استبقى المشتري المبيع في يده بعد فسخ البيع ولم يرده فأصبح سيئ النية، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي، وجب على المشتري أن يرد للبائع قيمته وقت الهلاك، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ. وهذا هو الحكم في استرداد ما دفع دون حق إذا هلك في يد من تسلمه وهو سيئ النية (م ٩٨٤).

المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه، لإهمال أو تعمد<sup>(١)</sup>. والتعويض هنا يبنى على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية<sup>(١)</sup>، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض، وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملاً قانونياً كما في البطلان. أما العاقد الذي لم يقم بتنفيذ التزامه فليس له أن يطالب بالتعويض<sup>(٢)</sup>. وإذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه، جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية كما قدمنا، لأن العقد في هذه الحالة بقي قائماً ولم يفسخ. فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض، إما مع بقاء العقد على أساس المسؤولية العقدية، وإما بعد فسخ العقد على أساس المسؤولية التقصيرية. وهذا هو ما عنته الفقرة الأولى من

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه «ينسخ حتماً عقد البيع باستحالة تنفيذه، يستوى في ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشتري أو بتقصير البائع. ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات من أحد العاقدين على الآخر. فإذا كان المشتري قد أذّر البائع له وكلفه بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التعاقد بينهما ليقيم الحكم فيها مقام عقد رسمي قابل للتسجيل، وبسبب مطلق المدعى عليه وتسويفه لم يحكم نهائياً للمدعى إلا بعد نزع الملكية جبراً ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتهن، فإن هذا يكفي لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاء بعد تكليف المشتري للبائع رسمياً بالوفاء بالتزامه، مما يفسخ به البيع من تاريخ نزع الملكية، ويجعل البائع مسئولاً عن النتائج التي ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن مع التضمينات. فإذا حكمت المحكمة في هذه الحالة برفض طلب المدعى بالتضمينات، واسترداد ثمن المبيع استناداً إلى قيام الحكم الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبراً من ملك البائع، كان حكمها خاطئاً متعيناً نقضه» (نقض مدني في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢).

والحكم فيما قضى به صحيح، لأن البائع في القضية هو المقصر بعد أن كلف بالوفاء رسمياً، ولم تنزع الملكية جبراً عنه إلا بعد هذا التكليف. فالعقد يفسخ عليه ويلتزم بالتعويض. ولكن الذي يؤخذ على الحكم أنه قرر في قاعدة عامة أن العقد يفسخ باستحالة التنفيذ ولو كانت الاستحالة راجعة إلى تقصير المشتري. وقد رأينا أن الاستحالة إذا رجعت إلى تقصير المشتري، كان للبائع أن يطالب بالتعويض إما على أساس المسؤولية العقدية، وفي هذه الحالة يبقى العقد قائماً، وإما على أساس فسخ العقد مع التعويض.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن فسخ العقد بسبب خطأ أحد العاقدين لا يجعل له الحق في المطالبة بتعويض (نقض مدني في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠).

(١) النص في المادة ١٥٧ من القانون المدني على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض، يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ، وإذا كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ في جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهي الأركان اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدي مادام أن ذلك لم يؤثر في النتيجة الصحيحة التي انتهى إليها.

(جلسة ١٩٧٨/١/١٩ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٤٠١)

المادة ١٥٧ حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه «مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى».

وإذا كان العقد زمنياً، كالإيجار، وفسخ لم يكن لفسخه أثر رجعي، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصي على هذا الأثر. ذلك أن العقد الزمني يقصد الزمن فيه لذاته، فالزمن معقود عليه، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه<sup>(١)</sup>. ويترتب على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها، ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة، ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك. وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض<sup>(٢)</sup>، فيبقى لها ضمان امتياز المؤجر<sup>(٣)</sup>.

وليس فيما قررناه إلا تطبيق للقواعد العامة وقد تحرينا أن نطبق هذه القواعد في حالة الفسخ كما طبقناها في حالة البطلان<sup>(٤)</sup>.

٤٧٩- أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير: ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعي أيضاً. فإذا كان العقد بيعاً، وباع المشتري العين إلى مشتر ثان أو رتب عليها حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع، ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه، رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق.

على أنه يجب، للوصول إلى هذه النتيجة، تسجيل دعوى الفسخ على غرار تسجيل دعوى البطلان. وقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه «يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها

(١) أنظر في هذا المعنى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة من ١٨٩- ص ٢٠٠، وما أشار إليه من أحكام القضاة الفرنسي والمصري ومن أقوال الفقهاء. وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ - وقارن أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ يونية سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٩٨ ص ١٣١.

(٢) أنظر فى تقرير التعويض عن فسخ العقد الزمنى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٢٠٠ - ص ٢٠٩.

(٣) وهذا بخلاف إبطال العقد الزمنى، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن بالإبطال، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لا أجرة، فلا يكفلة امتياز المؤجر، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى البطلان.

(٤) ودعوى الفسخ كدعوى الإبطال دعوى شخصية، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ العقد. فإذا اقترنت بطلب رد الشئ كانت الدعوى أيضاً، لأن الطلب يكون مبنياً على التزام شخصى هو رد الشئ تسلمه المدين دون حق كما قدمنا.

ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن فى مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية. ذلك لأنه يسترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائتى المدين، فهو ممتاز من هذه الناحية، بمس ما اقتصر على طلب تنفيذ العقد، فإنه يصبح فى هذه الحالة كبقية الدائنين، ويشترك هؤلاء معه فى غرماء. فدعوى الفسخ والمقاصة والحق فى الحبس وحق الامتياز، كل هذه تخدم غرضاً عملياً واحداً

الطعن فى التصرف الذى تضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع. فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى. وتنص المادة ١٧ من هذا القانون معدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما. ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول».

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها، فإن حقه يزول بفسخ العقد، سواء كان سعى النية أو حسنها. أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها، بأى سبب من أسباب كسب الحقوق العينية، فإن حقه يزول إذا كان سعى النية، ويبقى إذا كان حسن النية.

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً، هو المادة ١٠٣٤، وتقضى بأنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرن فيه الرهن». ويعتبر هذا النص تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة التى وردت فى المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى.

وقد سبق بيان كل ذلك فى البطلان، والفسخ مثل البطلان فى الأثر.

## المبحث الثانى

### الفسخ بحكم الاتفاق

٤٨٠- النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٨ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعداء، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه<sup>(١)</sup>». ولا يقابل هذا النص فى القانون القديم إلا نص ورد فى عقد البيع، هو المادتان ٤١٦/٣٣٤، جرتا على النحو الآتى:

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٢١٩ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لولا بعض خلاف لفظى. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٦٢ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بتعديل لفظى جعله مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد، تحت رقم المادة ١٥٨، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٢ - ص ٣٢٣).

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى: «أما الفسخ الاتفاقي =

في هذه الحالة أن يحكم بالفسخ. ولكن هذا لا يغني عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الإعذار (١).

إلا أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو. والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا في ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ. وعلى ذلك لا يغني الشرط عن الإعذار، ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ، وله أن يعطي للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك. بل هو لا يسلب المدين حقه من توقي الفسخ بدفع الثمن إلي أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ (١). وهذا هو ما قرره محكمة النقض في أحكامها الأخيرة. فقد قضت بأن شرط الفسخ لا يعتبر صريحا في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) إلا إذا كان يفيد انفساخ عقد البيع من تلقاء نفسه. أما إذا تعهد المشتري بأداء باقي ثمن المبيع في ميعاد عينه، فإن لم يؤده في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل، فهذا ليس إلا ترديدا للشرط الفاسخ الضمني المنصوص عليه في المادة ٣٣٢ من القانون المدني (القديم) (٢).

(١) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ - استئناف مختلط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٣٢ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٦٥ ص ٩٣١ - وقارن استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٥٩.

(٢) نقض مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨ - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه. ولما كانت عبارة الشرط الواردة في نهاية عقد الصلح، ونصها «إذا أخلت المشتري بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغيا» لا تفيد المعنى الذي يذهب إليه الطاعنان، بل ما هي إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين (نقض مدني في ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٨٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - أنظر أيضا محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٠ المجموعة ١ ص ٨٣ - وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ - استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ م ١٢ ص ٢٦٢).

(١) الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه، وإذا كانت عبارة الشرط الواردة في عقد البيع أنه «إذا لم يدفع باقي الثمن في المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا» فإن هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت في حدود سلطتها التقديرية ألا تقتضي بالفسخ استنادا إلى الشرط الفاسخ الضمني الوارد بالعقد لما تبنته من أن الباقي من الثمن بعد استنزاف قيمة العجز في البيع قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في حملته فأنها لا تكون قد خالفت القانون.

(جلسة ١٩٧٣/١/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٩) (جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ طعن ٦٥٤ لسنة ٤٥ ق ٢٩ ص ١٣٢٨)

«إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن، فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطى ميعادا للمشتري، بل يتفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه تبيها رسمياً، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي».

ولم يستحدث القانون الجديد في هذا الصدد شيئاً إلا أنه عمم القاعدة التي وردت في عقد البيع، وهذا ما كان القضاء المصري يجرى عليه من قبل دون حاجة إلى نص.

٤٨١ - متى يكون الاتفاق على الفسخ - التدرج في هذا الاتفاق: قد يتفق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه. فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يدخل المتعاقد بالتزامه فعلاً - ويقع ذلك غالباً في ثانيا إجراءات التقاضي بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلنه المدين بقبول الفسخ قبل صدور حكم في الدعوى - كان هذا بمثابة تقابل ذي أثر رجعي (١). ويحل الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم وله أثره، ما لم يكن هناك تواطؤ بين المتعاقدين للإضرار بحقوق الغير (٢). ولكن الغالب في العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدماً وقت صدور العقد.

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ وقت صدور العقد. فأدنى مراتب هذا لشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته. وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه. بل قد يتدرجان في القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. ثم قد يصلان إلى الذروة فيتفقان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار.

ونبحث الآن في حكم كل شرط من هذه الشروط، مستهدين في ذلك بما جرى عليه القضاء في عهد القانون القديم، إذا لم يغير القانون الجديد من ذلك شيئاً كما قلنا.

٤٨٢ - الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً: حكم هذا الشرط يتوقف على المتعاقدين. فقد يكونان أراداه به تختيم الفسخ إذا أخل المدين بالتزامه، فيتحتم على

= يفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائي عند عن الوفاء. ويفضي مثل هذا الاتفاق إلى حرمان العاقد من ضمانتين: (أ) فالعقد يفسخ حتماً يكون لهذا العاقد، بل ولا للقاضي، خيار بين الفسخ والتنفيذ. (ب) ويقع الفسخ بحكم الاتفاق حاجة للتقاضي. على أن ذلك لا يقبل المدين من ضرورة الترافع إلى القضاء عند منازعة المدين واقعة تنفيذ العقد. بيد أن مهمة القاضي تقتصر، في هذه الحالة، على التثبت من هذه الواقعات وتحقق لديه صحتها أبقى على العقد، والاقتضى بالفسخ. على أن حرمان المدين من الضمانتين لا يسقط عنه ضمانات أخرى، تتمثل في ضرورة الإعذار، ما لم يتفق المتعاقدان على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٨).

(١) استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٢.

(٢) استئناف مختلط في ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٦ - وهذه هي الدعوى البوليسية كسب الغير حقا عينيا قبل تسجيل دعوى الفسخ وكان حسن النية، فإن حقه يبقى للمدعي بالرغم من الفسخ حتى لو لم يكن هناك تواطؤ، وقد تقدم بيان ذلك.



#### ٤٨٣ - الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (de plein droit):

ويفسر هذا الشرط في أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ. فيصبح الحكم بالفسخ محتماً كالحكم بالإبطال<sup>(1)</sup>. ولكن الشرط لا يغني عن إعداز المدين، ولا عن رفع الدعوى بالفسخ. ويكون الحكم منشأً للفسخ لا مقررراً له، كما هو الأمر في القاعدة العامة للفسخ.

ولا تعارض في هذه الحالة بين إعداز الدائن المدين وتكليفه بالتنفيذ، وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك، فإن الإعداز لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد، بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ. وهذا هو ما قرره محكمة النقض، إذ قضت «بأن المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) تقتضي أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن، كان على القاضي إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعدازه بإنذار، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعداز. ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بإنذاره أي يكلفه بالوفاء. فإذا لم يدفع كان البائع في حل من أعمال خياره في الفسخ. وإذن فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا أعد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح<sup>(١)</sup>».

#### ٤٨٤ - الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم:

وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أحل المدين بالتزامه<sup>(2)</sup>. فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا الحكم ينشئ فسخ العقد. وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين

(١) نقض مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ - أنظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ - وقد سقت الإشارة إلى هذا الحكم - واستئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ - وفي ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١.

(١) لا يشترط القانون ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ، وكل ما يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له.

الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار عند تحقق المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه.

(جلسة ١٩٨١/١١/١٨ الطعن ٣٨٨ لسنة ٤٨ ق ٣٢ ص ٢٥٢)

(٢) الشرط الفاسخ الصريح. أثره. انفساخ العقد بمجرد التأخير. لا ينال من ذلك أن يكون لصاحبه بين أعمال الشرط أو التنفيذ.

عرض باقي الثمن بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه.

(جلسة ١٩٩٤/٥/١١ الطعن ٢٢٥٩ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٥ ص ٨١٨)

في أعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه، فيقتصر القاضي في هذه الحالة على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه<sup>(١)</sup>. فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ، ولكن حكمه يكون مقررراً للفسخ لا منشأً له.

ولا يعفى الشرط من إعداز المدين. فإذا أراد الدائن أعمال الشرط، وجب عليه تكليف المدين بالوفاء. فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعداز، انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذي بيناه فيما تقدم.

على أنه لا شيء يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن «الاتفاق في عقد الإيجار على أن يفسخه تأخر المستأجر في دفع الأجرة ليس تعليقاً للعقد على شرط فاسخ بكل معناه، فإن النتيجة اللازمة لهذا التعليق هي أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر في سداد الأجرة بغير خيار للدائن، وقد يرغب الاستمرار في تنفيذ العقد عيناً رغم التأخر في السداد، وبذلك يكون فسخ العقد خاضعاً لمطل المستأجر ورغبته. إنما هو اتفاق مقصود به تحسين مركز المؤجر وتقوية ضمانته قبل المستأجر. فالفسخ هو حق له، يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه. وبذلك لا يقع الفسخ إلا إذا اختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك، إلا إذا اتفق على إعفائه من هذا التنبيه بنص صريح في العقد. وهذه الفكرة هي رجوع عن قاعدة الفسخ القضائي، وهي قاعدة القانون الفرنسي المعروفة، إلى قاعدة التشريع الألماني الذي يعلق فسخ العقد لا على قضاء القاضي، بل على خيار الدائن وإعلان هذا الخيار للمدين<sup>(١)</sup>».

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣٠ يولية سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٣ رقم ٩٥ ص ٢١٦ - أنظر أيضاً محكمة أسبوط الكلية في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ - استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٤١ ص ٢٠٩ - وفي ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ - وفي ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٦.

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية أيضاً بأن «الحالة الوحيدة التي يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بإخلاء المستأجر عند تأخره في أداء الأجرة هي التي ينص فيها على أن هذا التأخر يفسخ العقد بغير حاجة لاستصدار حكم بذلك، فهذا النص يقع الفسخ بمجرد التأخر في سداد الأجرة» (المحاماة ١٣ رقم ٣٠٠ ص ٥٨٧).

(١) الشرط الفاسخ الصريح يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية في هذا الصدد بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخاً إلا أن يتحقق فعلاً السبب الذي يترتب عليه الفسخ.

(جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ الطعن ٦٥٦ لسنة ٤٣ ق)

(٢) الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح في العقد عند التأخير في سداد باقي الثمن. قبول البائع للوفاء المتأخر. أثره. اعتباراً متنازلاً عن أعمال الشرط الفاسخ الصريح. لا يبقى له عند تحقق ذلك =

٤٨٥- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار: وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة. وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إنذار المدين، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقدر أعمال الشرط على النحو الذي بيناه فيما تقدم، ويكون الحكم إذن مقررراً للفسخ لا منشئاً له<sup>(١)</sup>. وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار<sup>(١)</sup>. والاتفاق على الإعفاء من شرط الإعذار يجب أن يكون صريحاً، كما يقضى نص المادة ١٥٨، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد لما ينطوي عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين.

=سوى التمسك بالفسخ القضائي، خضوع أمر الفسخ لتقدير محكمة الموضوع القضاء به. شرطه. أن يظل المشتري متخلفاً عن الوفاء حتى صدور الحكم.  
(جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢ الطعن ٧٣١١ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٥ ص ١٠٩٢)

(١) ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله. وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا في قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف «الشيك» المحول إليه، كان العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون إنذار، فامتنع المصرف من صرف «الشيك» لبعض إجراءات شكلية، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود في المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة «الشيك» أو أن يعطيه «شيك آخر»، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً. وقد قضت المحكمة بأن الدائن امتنع في تقديره، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) - وفي قضية أخرى اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً في العقد الأول، ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١) - وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين في دفع قسط، وقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد، ثم تمسك فجأة بحقه في الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد قسط، فإن تساهله السابق يحمل على أنه غير متمسك بالشرط، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط في ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١).

(١) المقرر أنه ولئن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عن تخلف المشتري عن الوفاء بالتزاماته، ومنه عدم سداد أي قسط من أقساط الثمن في ميعاده، من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب أعمال ذلك إذ أن للقاضي الرقابة التامة للوقوف ابتداء من عبارة العقد وعلى مدى قيام الشرط أو انطباقه ثم التثبت بعد ذلك من وقوعه وتحققه كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه في طلب الفسخ صراحة أو ضمناً لقبوله الوفاء بطريقة تعارض مع إرادة فسخ العقد جاز له أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي وأن ينزل دونه على واقعة الدعوى أحكام الفسخ القضائي.  
(جلسة ١٩٩١/١٢/٢٥ الطعن ٧٩٦ لسنة ٥٧ ق)  
(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٦ الطعن ١٦٦١ لسنة ٥١ ق)  
(جلسة ١٩٨٤/١١/٧ الطعن ٥٦٩ لسنة ٤٩ ق).  
(جلسة ١٩٨٢/١٢/١٤ الطعن ١٩٢٠ لسنة ٥١ ق)

ويلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه، وإلا كان تحت رحمة المدين، إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه. ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به<sup>(١)</sup>.

ومن ثم نرى أن هذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائي والانفساخ بحكم القانون. فهو أعلى من الفسخ القضائي - وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه - في أن الحكم بالفسخ فيه، إذا قامت حاجة لصدوره، يكون مقررراً للفسخ لا منشئاً له. وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون في أن العقد لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك.

وهذه المبادئ قررتها محكمة النقض. فقد قضت بأنه «إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أي شرط من شروطه، فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمي أو تكليف بالوفاء، وله الحق في تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضي الأمور المستعجلة، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ. ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها. ولا يؤثر في مدلول هذا الشرط وأثره القانوني أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده، لأنه في الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر. والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتضاره على طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود، لأن التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه. وليس في المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ على التأخر في دفعها<sup>(٢)</sup>».

(١) قارن في هذا الصدد ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أنه «إذا نص في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال، كان للمشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٣٢٩). ولكن يلاحظ في هذه القضية أن المشتري قد دفع عربوناً للبائع، فيحق له الرجوع في البيع ويصبح العربون حقاً مكتسباً للبائع.

(٢) نقض مدني في ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ - أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٦ ص ١٦٣ - استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ ص ٢٦٠ - وفي ١٣ مايو سنة ١٨٨٦ بوريللي م ١٧٧ - وفي ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٠ - وفي ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٦ - وفي ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠ - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٧ ص ٢٠ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨١ - وفي ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ - وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٢ =

٤٨٦- ما يترتب على الفسخ الاتفاقي من أثر: ذكرنا فيما تقدم أن نص المادة ١٦٠ هو نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو باتفاق المتعاقدين أو بمقتضى القانون.

فإذا فسخ العقد بحكم الاتفاق، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها، سواء كان الفسخ بحكم منشئ أو بحكم مقرر أو بغير حكم أصلاً، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠) (١).

وقضت محكمة النقض أيضاً فى هذا المعنى بأنه «متى كان الطرفان قد اتفقا فى عقد البيع على أن يقع الفسخ فى حالة تأخر المشتري عن دفع باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمى أو غير رسمى، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير عملاً بالمادة ٣٣٤ مدنى (قديم). ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري. ومتى وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد فإن إيداع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه» (نقض مدنى فى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧).

هذا وليس من الضرورى أن يوضع الشرط الذى نحن بصدده فى الصيغة المتقدم ذكرها. بل إن أية صيغة تدل على هذا المعنى كافية. ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه «إذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط ويأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأميناً للسداد، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق عينى مقدم عليه، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها فى العقد كان البنك فى حل من قبول التقسيط، وتعرفت نية المدين فى عدم تقديمه التأمين من خطاب صادر منه، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك بالتقسيط وبأحقاقه فى الاستمرار فى التنفيذ بدونه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شيء» (نقض مدنى فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦). وقضت أيضاً «بأن القانون لم يشترط ألقاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم). وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشتري الثمن فى الميعاد المتفق عليه. ونصا على أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد، ثم قرر الحكم أن الاستفادة من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح، أى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه، فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحتل ما استخلصه الحكم منها» (نقض مدنى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨).

(١) أ- مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى، أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم للآخر، ويقوم استرداد الطرف الذى نفذ التزامه ما سده للآخر من مبالغ فى هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الأمر الذى أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام زال سببه بعد أن تحقق، لما كان ذلك ولما كانت المادة ٣/١٨٥ من القانون المدنى تلزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد من يوم رفع الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ لزم الطاعن بالفوائد اعتباراً من تاريخ =

ينحل العقد بأثر رجعى، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، وذلك فيما عدا العقود الزمنية، كل هذا على التفصيل الذى تقدم بيانه عند الكلام فى أثر الفسخ بحكم القاضى.

## المبحث الثالث

### انفساخ العقد بحكم القانون

٤٨٧- النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٩ من القانون المدنى الجديد على ما

يأتى:

«فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (١)».

- قيد صحيفة الدعوى موضوع الطعن بقلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون.

(جلسة ١٩٨١/٣/٦ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩ الطعن ٤٥٨ لسنة ٤٠ق س ٢٧ ص ١٤٦٧)

ب- النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى على أنه «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد...» تعطى الدلالة على الأثر الرجعى للفسخ، وعلى شموله العقود كافة، إلا أنه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المحرر الدورى التنفيذ - كالأيجار - أنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعى، لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذى يتعقد عليه، والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه، فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء فى تنفيذه، فإن آثار العقد التى انتجها قبل الفسخ تظل قائمة عملياً ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض ولا يعد العقد مفسوخاً إلا من وقت الحكم النهائى الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هنا بمثابة الغاء للعقد فى حقيقة الواقع.

(جلسة ١٩٧٩/٢/٧ الطعن ٥٠٩ لسنة ٤٦ق س ٣٠ ص ٤٩١)

ج- الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الاصلى إذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الاصلى بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائى، ولا يقيد بالتعويض المقدر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضى تقديره وفقاً للقواعد العامة التى تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن.

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٨ الطعن ٦٦٣ لسنة ٤٤ق س ٢٩ ص ١٠٢٠)

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٢٢٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى: «فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى، مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتضى». وحذفت لجنة المراقبة عبارة «مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتضى»، وأصبح رقم المادة ١٦٣ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على النص. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نوقشت عبارة «دون حاجة إلى حكم قضائى» فقيل فى الدفاع عن بقائها إنها عبارة بيانية لأن الأصل فى الفسخ أن يصدر به حكم من القضاء، فإذا كان متفقاً عليه فى العقد وقع من وقت تحقق سببه، وإذا رفع الأمر إلى القضاء اقتصر على التحقق من قيام هذا السبب دون أن يملك =



ويجب أن يقرأ مع هذا النص نصان آخران متصلان به أوتق الاتصال، هما المادتان ٣٧٣ و ٢١٥.

فالمادة ٣٧٣ تنص على ما يأتي: «ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه».

والمادة ٢١٥، وقد سبق ذكرها، تنص على ما يأتي: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه».

ونرى من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا ينقضى بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي، وأن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام. فالعقد إذن لا يفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي (١)، وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي بقي ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض.

= حرية التقدير. ولكن اللجنة حذفته هذه العبارة لأنها تزيد قد يوحى بتقييد حق الترافع إلى القضاء وهذا حق لم يقصد النص إلى حرمان أحد العاقدين منه، وكل ما قصد إليه أن الفسخ يعتبر واقعاً بمجرد انقضاء الالتزام المقابل بسبب استحالة التنفيذ. وأصبح رقم المادة ١٥٩. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٦).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «يبقى بعد ذلك أمر الفسخ القانوني وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه. فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه، ولهذا العلة يفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضي بل وبغير إعداء، متى وضحت استحالة التنفيذ وضوحاً كافياً. على أن الترافع إلى القضاء قد يكن ضرورياً عند منازعة الدائن أو المدين في وقوع الفسخ. بيد أن موقف القاضي في هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلاً، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون، ثم يقضى بالتعويض أو يرفض القضاء به، تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب أجنبي لا يد له فيه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٨) - هذا ويلاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية التي وضعنا تحتها خطأ غير صحيحة، لأنها تفترض أن الاستحالة التي يفسخ بها العقد قد تكون راجعة إلى خطأ المدين، والصحيح أن الاستحالة لا يفسخ بها العقد من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي.

(١) أ- يفسخ عقد البيع حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ويتحمل تبعه الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين، فإذا أثبت الحكم المطعون فيه أن التزام البائعين ينقل ملكية المظن المبيع قد صار مستحيلاً بسبب التأميم فإنه يكون قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للبائع فيه وإذا كان وقوع الاستحالة بهذا السبب الأجنبي لا يعفى البائع من رد الثمن الذي قبضه بل إن هذا الثمن واجب رده في جميع الأحوال التي يفسخ فيها العقد أو يفسخ بحكم القانون وذلك بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون =

ولم يستحدث القانون الجديد في هذه المسألة شيئاً، فقد كان هذا هو أيضاً حكم القانون القديم، إذ نصت المادتان ٢٤٢/١٧٩ من هذا القانون على ما يأتي: «إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها في نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق. ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنين النية».

ويتبين مما قدمناه أن الاستحالة تنفذ الالتزام إذا لم ترجع إلى سبب أجنبي بقي المدين ملتزماً بالعقد. أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي، فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون. ونستعرض كلا من الحالتين.

٤٨٨ - استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي: إذا استحال على المدين في العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، فإن المادة ٢١٥ تقضى كما أسلفنا بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. وهذه هي المسؤولية العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم. فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً، وهو لم يثبت السبب الأجنبي فتبقى علاقة السببية مفروضة، وبذلك تتحقق مسؤليته العقدية على أساس قيام العقد. ويتبين من ذلك أن العقد لم يفسخ في هذه الحالة، بل على النقيض من ذلك قد بقي وتؤكد وجوده، إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض.

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي. فللدائن، وقد أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه، بدلا من أن يطلب

= المدني ويقع الغرم على البائع نتيجة تحمل تبعه انقضاء التزامه الذي استحال عليه تنفيذه ومن ثم يكون غير منتج دفاع البائع بعدم وقوع خطأ منه.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ الطعن ١٨٢ لسنة ٣٤٤ ق س ١٩ ص ١٥٦٥)

ب- القوة القاهرة تعتبر من الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وينقضى بها التزام المدين دون أن يتحمل تبعه عدم تنفيذه، ويشترط لذلك أن تكون القوة القاهرة قد حلت خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام فإذا كانت قد حلت بعد انتهاء تلك الفترة، فلا يسوغ للمدين أن يتمسك بها للتخلص من تبعه عدم تنفيذ التزامه أو التأخير فيه.

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٧ الطعن ٢٥٧٩ لسنة ٥٧ ق)

ج- المقصود بالاستحالة التي ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطرء حالة قاهرة أو حادث جرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه.

(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعن ٤٤٦ لسنة ٢٢ ق س ٧ ص ٧٨٩)

(جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ الطعن ٢٣٠ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٦٨٩)

د- يصح اعتبار الفيضان العالي غير المنتظر قوة قاهرة يكون من أثرها إعفاء الملتزم من تنفيذ التزامه ولا ينفي اعتباره كذلك سبق وقوع مثله في الماضي.

(جلسة ١٩٦٣/٤/١٨ الطعن ٩٩ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٥٦٠)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/١٣ الطعن ٣٩٣ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٨٨٩)

التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. وفي هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يجيبه طلبه، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً، فيه بفسخ العقد. والحكم هنا منشئ للفسخ لا مقرر له، والعقد لم يفسخ بحكم القانون فسخ بحكم القاضى.

**٤٨٩ - استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي:** أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضى طبقاً للمادة ٣٧٣ التى تقدم ذكرها، وينفسخ ال من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ (١). والعلة فى هذا واضحة، فقد انقضى التزام المته لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي (١)، فلم يعد ثمة محل للمسئولية العقدية ليختار الداء بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي. فلم ي إلا فسخ العقد. ولذلك نص القانون على أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه. ولا محل للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً. ولأن التنفيذ لم يعد ممكناً لا يكون هناك خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ - وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن فى جميع صور الفسخ القضائى والاتفاقي - ولا يبقى ممكناً إلا فسخ العقد. كذلك لا ضرو لحكم قضائى بالفسخ، فالعقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قررنا. وإذا التزم الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق - ففى يقوم نزاع فى ذلك - وأن العقد قد انفسخ، فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه، على النحو الذى رأيناه فى بعض صور الفسخ الاتفاقي (٢).

**٤٩٠ - مبدأ تحمل التبعة:** فإذا انفسخ العقد بحكم القانون، كانت التبعة فى انقضاء الالتزام الذى استحاله تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام. فهو لا يد له فى استحالة التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل. فالخسارة فى نهاية الأمر تقع عليه وهو الذى يتحملها. وهذا مبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين.

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف بقرة ٦٤٠ والهامش رقم ١ من ص ٦٨٥.  
(٢) هذا وقد تكون استحالة تنفيذ الالتزام قائمة قبل نشوئه أو تكون قد جدد بعد ذلك، فإن كانت قائمة قبل نشوئه وكانت استحالة مطلقة، كان العقد باطلاً لاستحالة المحل. أما إذا كانت الاستحالة نسبية، سواء كانت قائمة قبل نشوء الالتزام أو جدد بعده، وكذلك إذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد إلا بعد نشوء الالتزام، فإن العقد ينشأ صحيحاً ثم يفسخ.  
والمراد بالالتزام الذى استحاله تنفيذه هو الالتزام الأساسى الناشئ من العقد، دون الالتزام الثانوى أو التبعى. فالالتزام البائع الأساسى هو نقل الملكية والتسليم، والالتزام المشتري الأساسى هو دفع الثمن. كذلك يعتبر التزاماً أساسياً فى عقد الإيجار التزام المؤجر بتسليم العين والتزامه بتمكنين المستأجر من الانتفاع، والتزام المستأجر بدفع الأجرة والتزامه بالمحافظة على العين.

(I) لا يفسخ الالتزام العقد إلا إذا أصبح الوفاء به مستحيلاً استحالة مطلقة بسبب قوة القاهرة أو حدث جبرى طارئ لا قبل للمدين بدفعه أو توقعه وأن يكون ذلك سبب أجنبي عنه.

(جلسة ١٩٥٥/١١/١٠ الطعن ١٦٧ لسنة ٢٢ق)

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٧ الطعن ٢٥٧٩ لسنة ٥٧ق)

ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين، وهى الفكرة التى انبنى عليها انفساخ العقد (١). ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد، كالوديعة غير المأجورة، واستحال تنفيذ التزام المودع عنده لسبب أجنبي، بأن هلك الشئ فى يده بقوة القاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع، فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين. والسبب فى ذلك واضح، إذ الدائن - وهو هنا المودع - ليس فى ذمته التزام يتحمل منه فى مقابل تحلل المدين - وهو هنا المودع عنده - من التزامه. فالدائن هو الذى يتحمل الخسارة فى آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين، وهو الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة.

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين، والدائن هو الذى يتحملها فى العقود الملزمة لجانب واحد (٢).

**٤٩١ - الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون:** وإذا انفسخ العقد بحكم القانون، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق كما سبق القول. فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد (م ١٦٠) (١). ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة القاهرة.

(١) أنظر فى هذا المعنى رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر فى نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى القاهرة سنة ١٩٥٠ بقرة ٢٦.

(٢) أنظر فى الموضوع رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر التى سبقت الإشارة إليها - والقانون الفرنسى يجعل التبعة فى عقد البيع على الدائن لا على المدين، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه هلك على المشتري لا على البائع، فالهلاك يكون إذن على المالك (resperit domino) (أنظر م ١٦٢٤ من القانون المدنى الفرنسى). وكذلك فعل فى عقد المقايضة (م ١٧٠٧). ولكنه عدل عن هذا الحكم، وجعل الهلاك على المدين، إذا كان فى العقد شرط واقف وهلك الشئ قبل تحقق الشرط. كذلك جعل تبعة الهلاك فى عقد الشركة على المدين (م ١٨٦٧ بقرة أولى) - والقانون المصرى القديم كان فى مثل هذا الاضطراب، فهو فى البيع يجعل تبعة الهلاك على المدين طبقاً للقاعدة العامة التى قدمناها فى تحمل التبعة (م ٣٧١/٢٩٧)، وكذلك يجعل التبعة على المدين فى العقد المعلق على شرط واقف تمثيلاً مع هذه القاعدة العامة (م ١٦٠/١٠٦). ولكنه من جهة أخرى يجعل التبعة على الدائن فى بيع المقدرات (م ٣٠٧/٢٤١) وفى عقد الشركة (م ٤٢٤/٥١٦) أنظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف بقرة ٦٦٠.

وقد تجنب القانون المصرى الجديد هذا الاضطراب، وجعل القاعدة العامة التى تقضى بأن التبعة على المدين فى العقد الملزم للجانبين قاعدة مضطربة. فطبقها فى البيع، سواء كان بيع عين معينة أو بيع مقدرات (م ٤٣٧)، وطبقها فى عقد الشركة (م ٥١١)، وطبقها فى العقد المعلق على شرط واقف، بل إنه أنكر على الشرط أثره الرجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلاً لسبب أجنبي (م ٢٧ بقرة ٢) وطبقها فى العقود غير الناقلة للملكية، كالإيجار (م ٥٦٩) والمقاوله (م ٦٦٤ - ١١١٥).

(١) يترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد ويتحمل تبعة الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحاله تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ الطعن ١٨٢ لسنة ٣٤ق ص ١٩ ص ١٥٦٥).

وكل ما سبق أن قررناه في هذا الصدد، فيما عدا التعويض، من انحلال العقد بأثر رجعي، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، ومن انعدام الأثر الرجعي بالنسبة إلى العقود الزمنية، ينطبق هنا، فلا حاجة إلى التكرار (١).

## الفرع الثاني

### الدفع بعدم تنفيذ العقد (\*)

#### (أو الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد)

#### (Exceptio non adimpleti contractus)

٤٩٢ - النصوص القانونية: نصت المادة ١٦١ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

«في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به» (٢). ولم يشتمل القانون المدني القديم على نص مقابل لهذا النص، ولكن قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد كانت مسلماً بها في ظلها فقها وقضاء، وانطوت نصوصه على تطبيقات تشريعية لها (مثلاً م ٢٤٥/٢٧٤ وم ٣٥٠ / ٢٧٩ وم (٤١١/٣٣١)).

(١) أنظر في الأثر الذي يترتب على انفساخ العقد الزمني رسالة الدكتور عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ١٦٠ - ص ١٦٢.

(\*) بعض المراجع: كاييتان في السبب فقرة ١٢١ وما بعدها - سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٧١ وما بعدها - بنكاز (ملحق بودري) ص ٥٧١ - ص ٦٨٠ - رينو (Raynaud) في الدفع المستخلص من عدم التنفيذ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - كاسان (Cassin) في الدفع المستخلص من عدم التنفيذ في العلاقات الملزمة للجانبين، رسالة من باريس سنة ١٩١٤ - هوان (Houin) في التمييز ما بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ - فقرة ٦٧٧ - حلمي بهجت بدوي فقرة ٣٥٣ - فقرة ٣٦٠ - أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٧٧ - فقرة ٣٧٩.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٢٢ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي: ١٥ - في العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، إلا إذا اختلف ميعاد الوفاء لكل من الالتزامين - ٢ - على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية. وفي لجنة المراجعة حذف الفقرة الثالثة لأنها تطقت لنظرية التعسف في استعمال الحق، وأدخلت تعديلات لفظية على الفقرة الأولى بحيث أصبحت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٦٥ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص، كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٦١. ووافق عليه مجلس الشيوخ. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٠ - ص ٣٣٥).

٤٩٣ - تاريخ القاعدة: وتقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتي: إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام، فله من باب أولى، بدلا من أن يتحلل من تنفيذ التزامه، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه. والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها فسخ العقد. الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلاً للتنفيذ من جهة أخرى (١).

ولم يكن المبدأ معروفاً في القانون الروماني على النحو الذي عرف به فيما بعد. وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه، دون أن يقوم بما في ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجانبين، دفعا بالغش (exception de dol). ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي، بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبينة على حسن النية. فلم يكن له اسم خاص، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا في القانون الفرنسي القديم. فالاصطلاح لم يكن إذن رومانياً وإن كان لاتينياً. وقد وضعه المتأخرون من شراح القانون الروماني (postglossateurs) في العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوا إلى القانون الروماني (٢).

ولم يضع القانون المدني الفرنسي نصاً عاماً يقرر به القاعدة، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للمبدأ. ونهج القانون المدني المصري القديم على منواله كما قدمنا.

أما التقنيات الحديثة فقد صاغت المبدأ في نص عام. فعل ذلك القانون الألماني (م ٣٢٠)، وقانون الالتزامات السويسري (م ٨٢)، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٤٨).

(١) ويقول الفرنسيون تعبيراً عن هذا المعنى: «التنفيذ مثلاً بمثل» (exécution trait pour trait). ويترجمون بذلك عن تعبير ألماني مشهور (Erfüllung Zug um Zug).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «فمن الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص. فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفرغاً على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل. وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد. وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين. فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتسب ما يجب أن يوفى به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له، وهو باعتصامه بهذا الحق، أو الدفع إنما يوقف أحكام العقد لا أكثر. فالعقد لا يفسخ في هذه السرة، ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه. وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣).

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦.



سار القانون المدني المصري الجديد على نهج التقنينات الحديثة فأورد النص الذي قدمناه، كما صاغ نظرية الحبس في نصوص عامة ستبحث في مكانها<sup>(١)</sup>.  
ونفصل قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد متبعين الخطة التي اتبعناها عند الكلام في نسخ القضاة. فنبحث: (١) متى يمكن التمسك بالدفع. (٢) كيف يكون التمسك. (٣) ما يترتب على التمسك به من أثر.

## المبحث الأول

### متى يمكن التمسك بعدم تنفيذ العقد

٤٩٤ - نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق في الحبس: جعل القانون الجديد الحق في الحبس هو الأصل، وجعل الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق هذا الأصل في دائرة العقود الملزمة للجانبين<sup>(٢)</sup>.

فالأصل إذن هو الحق في الحبس. قرره المادة ٢٦٤ مبدأ عاماً، فجرت على الوجه الآتي:

«١- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به، أو ما دام الدائن لم يقدم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا».

«٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع».

فالنص يفترض شخصين، كل منهما دائن للآخر ومدين له، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتب به. فيكون هذا الارتباط أساساً للحق في الحبس. فمن حاز بعقد أو بغير عقد شيئاً مملوكاً للغير، كالمودع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمقتصب والحائز بحسن نية، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذي بينه القانون. ومن ثم يوجد حائز الشيء ومالكه. والحائز مدين للمالك برد الشيء ودائن له باسترداد المصروفات. والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشيء والالتزام باسترداد المصروفات. لذلك يجوز للحائز أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه. وهذا هو الحق في الحبس. وهو بهذا العموم يتسع ليدخل في نطاقه

١١١ - السيد محمد سعيد في الفقه الإسلامي رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٣٠٦ وما بعدها.  
(٢) أنظر في القانون المدني القديم في العلاقة ما بين الدفع بعدم التنفيذ باعتباره أصلاً والحق في الحبس باعتباره يتفرع عن هذا الأصل، نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨.

الدفع بعدم تنفيذ العقد. فالبايع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن، فمن حقه أن يحبس العين حتى يستوفى الثمن. وهذا تطبيق للحق في الحبس في عقد ملزم للجانبين، وهو في الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد<sup>(١)</sup>.

ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعاً عن الحق في الحبس<sup>(١)</sup>. فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ. فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً في الحبس لا دفعاً بعدم تنفيذ العقد. فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة في عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفي غير عقد أصلاً لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ بل حقاً في الحبس. وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد. وهذا هو أيضاً حق في الحبس لا دفع بعدم التنفيذ لأن العقد قد زال<sup>(٢)</sup>.

(١) وإذا أغفلنا فكرة الارتباط، واكتفينا بأن يكون هناك شخصان كل منهما مدين للآخر، وأريد أن يكون لكل منهما الحق في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم الآخر بتنفيذ ما عليه من التزام، أمكن أن يتحقق هذا عملاً بأحد طريقتين: الطلبات الفرعية وحجز الدائن تحت يد نفسه.

هذا ويمكن أن ندرك أيضاً ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة: المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. وهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هي تقابل الالتزامات فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر، يكون من العدل أن يستوفى كل منهما ما له من حق مما عليه من دين - وهذه هي المقاصة والفسخ - أو في القليل يقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفى ما له من حق - وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. وما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يعالجونها علاجاً واحداً هو الدفع بالفسخ، يستعملونه في المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. والحق في الحبس، كالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا دفعاً، وقد أعطاه القانون الجديد وصفه الحقيقي، وخلع عنه لباس الحق العيني الذي كان يرتديه في عهد القانون القديم فيشوه طبيعته (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٧١٣ هامش رقم ١).

(١) حولت المادة ١٦١ من القانون المدني للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين حقاً في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقدم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به. وهذا الحق - وهو ما اصطلاح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ - أن هو إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين، ولئن كان المعتصم بهذا الحق أو الدفع في غير حاجة إلى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعمال هذا الحق بل له أن يتربص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخر بمطالبته بتنفيذ ما توقف عن تنفيذه من التزاماته فيتمسك فيها حينئذ بحقه في عدم التنفيذ إلا أنه ليس في القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الآخر بالاستناد إلى حقه هذا إذا ما أنكره عليه هذا المتعاقد أو نازعه في مدى ما يحق له حبه من التزاماته وأراد هو من ناحية أخرى أن يؤمن نفسه من عواقب ما قد يقع من خطأ في تقدير هذا المدعى ذلك أن لكل حق دعوى تحميه عند الاعتداء عليه وتقرره عند المنازعة فيه.

(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ الطعن ٣٥ لسنة ٣٠ ق من ١٦ ص ١٠١٨).

(جلسة ١٩٦٦/٣/٣ الطعن ٦٦ لسنة ٣٢ ق من ١٧ ص ٥٠٤).

وقد كان هذا الحكم منصوباً عليه في المادة ٢٢٤ من المشروع التمهيدى، وقد حذفها لجنة المراجعة لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الهامش). وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٧٩ في الهامش).

عقد ملزم للجانبين - لا يجوز، لأن في هذا إجباراً بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام طبيعي غير واجب التنفيذ.

كذلك لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام مدني غير حال. فالبايع لا يستطيع أن يحبس العين لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلاً، إلا إذا كان الأجل قد سقط طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ (أنظر المادة ٤٥٩). ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضي قد منح المدين نظرة الميسرة (délai de grâce)، فللبايع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشتري حتى لو منح القاضي للمشتري أجلاً لدفع الثمن، ولا يمتنع الحبس إلا إذا كان الأجل ثابتاً باتفاق الطرفين<sup>(١)</sup>. أما إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر، فلا يحق أن ينتفع من هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يفى بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر<sup>(٢)</sup>.

(١) ولا يكفي أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالاً، بل يجب إلى ذلك ألا يساء استعمال الدفع. فلا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذه، أو إذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر. كذلك لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه. وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تنفيذ جزءاً من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة. كذلك لا يجوز أن يمتنع المشتري عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطراً يهدد العين إذا كان هذا الخطر ليس بجدي، ولا أن يمتنع المستأجر عن دفع الأجرة بحجة أنه يطالب المؤجر بترميمات ينكرها عليه. وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً يجرى على الوجه الآتي: «على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توافره من حسن النية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣١). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي: «ومهما يكن من شيء فليس يباح للعاقدين أن يسئ استعمال هذا الدفع. فلا يجوز له أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل نفاذه، وأصبح ما لم ينفذ منه ضئيلاً لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الإجراء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣). وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه مجرد تطبيق لنظرية التعسف فس استعمال الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٤) - أنظر في هذه المسألة رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٧٤ - وانظر في أحوال يسقط فيها الدفع بعدم التنفيذ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧٠.

(٢) وقد كان هناك نص في المشروع التمهيدي يجيز حتى في هذه الحالة أن يمتنع المتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً عن التنفيذ إذا أصاب المتعاقد الآخر نقص في ماله بعد إبرام العقد، فكانت المادة ٢٢٣ من هذا المشروع تجرى على النحو الآتي: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصاب أحد المتعاقدين نقص في ماله بعد إبرام العقد، أو إذا طرأ على مركزه المالي ما يخشى معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر إذا كان هو المكلف بتنفيذ العقد أولاً، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأول بتنفيذ ما تعهد به أو يعطى ضماناً كافياً لهذا التنفيذ. فإذا لم يتم التنفيذ أو يعط الضمان في وقت مناسب جازت المطالبة بفسخ العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الهامش).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ومع ذلك فقد أجز =

فالدفع بعدم التنفيذ، كالفسخ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين، وقد صرح بذلك المادة ١٦١ التي تقدم ذكرها<sup>(١)</sup>.

٤٩٥ - الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون واجب التنفيذ حالاً: ولا يكفي أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين، بل يجب أيضاً أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالاً<sup>(١)</sup>.

فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي - كما إذا سقط بالتقادم أحد الالتزامين المتقابلين في

(١) قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٢ فقرة ١ و ٣٣٤ فقرة ٤). وانظر في هذا المعنى الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٣٥٩ - فقرة ٣٦٠ - ورسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٨٠ وفقرة ٩٧ - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣. هذا وقد أورد القانون المدني الجديد تطبيقات جزئية متفرقة لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ، نذكر منها الموا ٤٥٧ و ٤٥٩ و ٦٠٥.

فالفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ تعضيان بأن ٢ - إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حيز سابق على البيع أو أيبل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى يتقطع التعرض أو يزول الخطر. مع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً. ٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حال ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع.

وتنص المادة ٤٥٩ على أنه: ١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائ المشتري أجلاً بعد البيع. ٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجر المشروط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣. وتنص المادة ٦٠٥ على أنه: ١ - لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ٢ - فإذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك. ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض والجديد في هذا النص الأخير أنه يجعل المستأجر وهو دائن بالتعويض للمؤجر يحبس العين على المالك، أو قل إن حق الحبس قبل المؤجر ينفذ في حق المالك.

(١) أ - يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أي واجب التنفيذ حالاً فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينته بهذا الدفع.

(جلسة ١٩٦٩/٧/٣، الطعن ٣٦٦ لسنة ٣٥ من ٢٠ ص ١١١٨)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٢٠٤٥)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٣ الطعن ٦٩ لسنة ٣٢ من ١٧ ص ٥٠٤)

ب - لا يجوز للمتعاقد المكلف بالبدء في التنفيذ أن يتمسك بعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٥٠٤)

(جلسة ١٩٦٦/٥/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٢٧٩)

## المبحث الثاني

### كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٦- عدم ضرورة الاعتذار: لا يحتاج التمسك بالدفع إلى إعدار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع (1)، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعدار قبلها واجب على التفصيل الذي بيناه فيما تقدم. على أن التمسك بالدفع معناه امتناع التمسك عن تنفيذ التزامه. وفي هذا إعدار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذي في ذمته (1). وقد يكون الإعدار واجباً لا للتمسك بالدفع، بل لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع، كما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعدار طبقاً للقواعد العامة.

٤٩٧- ترك الأمر إلى تقدير التمسك بالدفع تحت رقابة القضاء: ويترك الدفع لعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكل لتقدير القضاء. ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ، فهو لا يدل على إخلال العقد، بل يقتصر على وقف تنفيذه. على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده في آخر الأمر إلى القضاء. ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع

= (أى المتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً) استثناء أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم العاقد الآخر بوفاء ما تعهد به أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء، إذا أصاب هذا العاقد بعدم إبرام العقد نقص في ماله من شأنه أن يؤثر في يساره أو طراً عليه من الضيق ما قد يقعد به عن تنفيذ ما التزم به. وينبغي التحرز من اعتبار هذا الاستثناء مجرد تطبيق للمادة ٣٩٦ من المشروع، وهي التي تناولت سرد مسقطات الأجل وحصرتها في الإعسار أو الإفلاس وضعف التأمينات الخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتقديمه منها. فالحالة التي يسرى عليها حكم الاستثناء أقل جساماً من ذلك، فهي تفترض نقصاً بليفاً في مال العاقد، ولكنه نقص لا يستتبع الإفلاس أو الإعسار، ومن ثم أنزلت هذه الحالة منزلة الاستثناء، فلو لم تكن لها هذه الخصوصيات لانتهى أمرها إلى إسقاط الأجل، وبذلك يحل الوفاء بالالتزامات المتقابلة جميعاً وينبغى تنفيذها في آن واحد نزولاً على أحكام القواعد العامة. فإذا لم يتم المتعاقد الذي استهدف مركزه للخطر بالوفاء بما التزم به أو بتقديم ضمان كاف في مدة معقولة، كان للمتعاقد معه ألا يقتصر على إيقاف العقد، بل أن يجاوز ذلك إلى طلب الفسخ. ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة في الفسخ أيضاً لأن الالتزام الذي تخلف العاقد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الأداء. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ - ٣٣٤) - ولكن هذا النص في المشروع التمهيدى حذفته لجنة المراجعة في المشروع النهائي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الهامش). ولما كان نصاً استثنائياً فلا مجال لتطبيقه بعد حذفه (أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء بقرة ١٦٦ - فقرة ١٦٧).

(١) أنظر استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠.  
(٢) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بالتزامه كان للآخر ألا يوفى بالتزامه من غير حاجة إلى تبييه رسمي أو حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما في العقد مقابل التزام الآخر.  
(جلسة ١٩٣٩/١٢/٢١ - م ق م - ١١١ - ٨٤٩)

الأمر إلى القضاء، وللقاضي تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره (١). ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ التمسك بالدفع إلى القضاء منذ البداية، فذلك يرجع في الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى، وطبيعة الدفع تجعل التمسك به في غير حاجة إلى رفع دعوى، بل هو الذي ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع.

فالتمسك بالدفع يمر إذن على دورين: الدور الأول وهو دور غير قضائي يمتنع فيه التمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إيجابي. والدور الثاني وهو الدور القضائي لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول. ففي هذا الدور تتحقق رقابة القضاء. فإذا أقر القاضي التمسك بالدفع على دفعه، فإن هذا لا يمنع من الحكم عليه بالتنفيذ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته. وقد يأخذ الدفع صورة إشكال في التنفيذ إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه.

٤٩٨- تمسك كل من المتعاقدين بالدفع: وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ. فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ، حكم القاضي على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه.

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين (١). فإذا تبين القاضي أن أحد المتعاقدين امتنع، فإن كان المدعى رفض دعواه، وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط. أما إذا كان كل من المتعاقدين متعتاً، أو ظهر ألا أحد منهما متعت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقي، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزنة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث، وفي هذا ما يجعلهما ينفذان التزامهما في وقت واحد.

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ فقرة ٢ - وانظر أيضاً فقرة ٤٩٥ في الهامش).

(٢) لا يكفي للتمسك بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالاً، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال هذا الدفع، ومباح للعاقد أن يتمسك به كيمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل شيئاً لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقاً مع ما يجب توافره من حسن النية، وإنما يكفي في هذه الحالة انقاص التزامه في الحدود العادلة التي تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل.

(جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٠٤٠)

(جلسة ١٩٥٨/١٢/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٧٠٣).



## المبحث الثالث ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

أ- فيما بين المتعاقدين:

٤٩٩- وقف التنفيذ في غير الالتزام بتسليم عين: إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً، دون أن يزول كما في الفسخ.

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل حق عيني، كالتزام البائع بنقل الملكية، كان للبائع أن يمتنع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه. وإذا كان التزاماً بعمل، كالتزام المقاول بإقامة مبنى، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء. وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حي معين منعاً للمزاحمة، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحي.

ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالاً لا يتصور فيها وقف الالتزام، كما إذا تعهد ممثل أو مغل أن يمتنع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال. فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال، فإنه لا يسع الدائن إلا خرق هذا الالتزام فيحى الحفلة إذا استطاع ذلك، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف. وهذا الحكم ينطبق أيضاً في الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجباً في وقت معين وإلا فالتعرض المقصود منه، كما إذا تعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها في معرض عام يقام في وقت معين، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد المعرض لأنه لم يستوف أجره، كان هذا بمثابة الفسخ.

٥٠٠- وقف التنفيذ في الالتزام بتسليم عين: وإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام

بتسليم عين، حبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفي حقه من المتعاقد الآخر. مثل ذلك البائع لا يسلم العين المباعة حتى يستوفي الثمن. وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس. وقد قضت المادة ٢٤٧ بما يأتي: «١- مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه. ٢- وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته. ٣- وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه». هذا ويتحمل المالك تبعاً للتلف أو الهلاك بسبب أجنبي، وقد نصت المادة ٤٦٠ على أنه «إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له، كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع». وإذا أنفق

الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة استردها طبقاً لأحكام المواد ٩٨٠ - ٩٨٢. ويبقى الحق في الحبس حتى لو قام المتعاقد الآخر بتنفيذ جزء من التزامه، وهذا يعبر عنه بأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة. ومع ذلك يجب ألا يتعسف من له الحق

في الحبس فيستمر حابساً للعين إذا كان الجزء الباقي من الالتزام دون تنفيذ من التفاهة بحيث لا يبرر استمرار الحبس، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. وينقضى الحق في الحبس إذا قام المتعاقد الآخر بالتزامه أو إذا خرج الشيء من حيازة الحابس باختياره.

وقد قضت المادة ٢٤٨ بما يأتي: «١- ينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه. ٢- ومع ذلك يجوز لحابس الشيء، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه».

٥٠١- وقف التنفيذ في العقود الزمنية: وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الزمنية. فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة (أنظر م ٥٦٥ وم ٥٦٨ وم ٥٦٩ وم ٥٧٠ وم ٥٧٢ ألخ ألخ). وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصاً في مقدار هذا الالتزام. فإذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائياً - لا مؤقتاً - التزامه في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الانتفاع، فينقص التزامه بهذا المقدار، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التي وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد<sup>(١)</sup>.

ب- بالنسبة إلى الغير:

٥٠٢- متى يسرى الدفع في حق الغير: يسرى الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع. مثل ذلك أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المباعة. فكل من كسب حقاً من المشتري على العين المباعة بعد التمسك بالدفع يسرى في حقه الدفع. فإذا باع المشتري العين إلى مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتين، جاز للبائع أن يبقى حابساً للعين في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتين<sup>(٢)</sup>.

ويمكن تعليل ذلك بأن المشتري لم ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع في حبس العين، فتنقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق. ولا يستطيع المشتري أن ينقل حقاً لا يملكه، وفاقد الشيء لا يعطيه. وهذا هو المبدأ الذي قررناه في انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص.

(١) أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور عبد الحي حجازي في عقد المدة ص ١٦٦ - ص ١٧٧.  
(٢) أنظر أيضاً المادة ٦٠٥ فقرة ٢ في تمسك المستأجر بحبس العين المؤجرة في مواجهة من انتقلت إليه ملكيتها. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٣ في الهامش).

٥٠٣- متى لا يسرى الدفع في حق الغير: ولا يسرى الدفع في حق الغير إذا  
الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع. فإذا فرض أن شخصاً،  
رهن منزله رهناً رسمياً، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ، ثم باء  
المشتري تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار، فإن للمستأجر أن يرجع بالتعويض على  
وأن يحبس العين في مواجهة المشتري (م ٦٠٥ فقرة ٢)، ولكن حقه في الحبس لا  
في مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد يثبت قبل ثبوت الحق في الحبس (١).

الباب الثاني  
العمل غير المشروع  
(المسئولية التقصيرية)

L'ACTE ILLICITE  
(la responsabilité délictuelle)

(١) أنظر في هذا الموضوع نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧٧.

## تمهيد (\*)

٥٠٤ - مسائل أربع : تمهد للكلام في العمل غير المشروع ، أو المسؤولية التقصيرية ، بوضع هذه المسؤولية في مكانها بالنسبة إلى غيرها من أنواع المسؤولية ، وتحديد دائرتها في وسط دوائر أوسع منها للمسؤولية الأدبية والمسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية .

فتكلم في مسائل أربع : (١) التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية . (٢) وفي المسؤولية القانونية التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية . (٣) وفي المسؤولية المدنية التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . (٤) وفي المسؤولية التقصيرية تطور هذه المسؤولية .

\* \* \*

### ١ - التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية

(Distinction entre la responsabilité morale et la responsabilité légale)

٥٠٥ - الفروق ما بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية : المسؤولية الأدبية لا تدخل في دائرة القانون ، ولا يترتب عليها جزاء قانوني ، وأمرها موكول إلى الضمير . أما المسؤولية القانونية فتدخل في دائرة القانون ، ويترتب عليها جزاء قانوني .  
وأهم الفروق ما بين هذين النوعين من المسؤولية ثلاثة :

(١) المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي محض . فهي مسؤولية أمام الله أو مسؤولية أمام الضمير . أما المسؤولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعي ، وهي مسؤولية شخص أمام شخص آخر .

(\*) بعض المراجع العامة في المسؤولية المدنية : هنرى وليون مازو في المسؤولية المدنية ثلاثة أجزاء - سافاتييه في المسؤولية جزآن - لالو (Lalou) في المسؤولية المدنية - ديموج في الالتزامات (الأجزاء الثالث والرابع والخامس) - بيدان وكاييتان في النظرية العامة في المسؤولية المدنية (ضمن ميسوط بيدان في الالتزامات) - بلانيول وريبير وإسمان جزء أول - جاردينا وريتشي (Gardenate et Ricci) في المسؤولية المدنية - سوردا (Sourdat) في النظرية العامة للمسؤولية جزآن - شيروني (Chironi) في المسؤولية غير العقدية - هوبير (Heuber) في شروط المسؤولية التقصيرية في القانون الألماني رسالة من نانسي سنة ١٩٤٠ - الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية - الدكتور سليمان مرقص مذكرات في الفعل الضار - الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام .



(٢) ومن ثم تتحقق المسؤولية الأدبية حتى لو لم يوجد ضرر ، أو وجد ولكنه نزل بالمسئول نفسه فيكون هو المسئول والمضروب في وقت واحد . بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تتحقق المسؤولية الأدبية ، ولو لم يكن لها مظهر خارجي . أما المسؤولية القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر ، وأحاق هذا الضرر بشخص آخر غير المسئول .

(٣) وينبنى على ذلك أن المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية ، فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه ، وعلاقته بنفسه ، وعلاقته بغيره من الناس . أما المسؤولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس .

وإذا تركنا المسؤولية الأدبية ووقفنا عند المسؤولية القانونية ، نراها نوعين : مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية .

## ٢ - التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

(Distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile)

### ٥٠٦ - الفروق ما بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية : هناك فرقان جوهريان ما

بين المسئوليتين الجنائية والمدنية :

(أولاً) تقوم المسؤولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع . أما المسؤولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد . ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة ، أما جزاء المسؤولية المدنية فتعويض . (٢) الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية الجنائية هو النية العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ، أما الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية المدنية فالمضروب نفسه لأن الجزاء حقه هو . (٣) لا يجوز الصلح ولا التنازل في المسؤولية الجنائية لأن الحق فيها عام للمجتمع ، ويجوز الصلح والتنازل في المسؤولية المدنية لأن الحق فيها خاص للفرد . (٤) لما كانت العقوبة في المسؤولية الجنائية تنطوي على معنى الإيلام كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات ، فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص ، أما المسؤولية المدنية فتترتب على أى عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبين الأعمال غير المشروعة عملاً عملاً .

(ثانياً) النية ركن في المسؤولية الجنائية . وهنا تقترب المسؤولية الجنائية من المسؤولية الأدبية . ولكن إذا كان محض النية يكفي في المسؤولية الأدبية ، فهو لا يكفي في المسؤولية الجنائية . بل يجب أن يكون للنية مظهر خارجي يصل إلى حد معين من الجسامة : فالتصميم والأعمال التحضيرية لا عقاب عليها ، والشروع قد يعاقب ، ويعاقب الفعل التام وإلى جانب هذا المظهر الخارجي يغلب أن تكون الجريمة الجنائية عملاً يلحق الضرر بالمجتمع بل إن جسامة الضرر قد يكون لها أثر في العقوبة ، فتشدد في الضرب الذي يفضى إلى السجن أو الذي يحدث عاهة مستديمة عما هي في الضرب البسيط ، مع أن النية واحدة في

الأعمال . وقد تزداد أهمية الضرر إلى حد أن يجب الضرر النية ، فهناك أعمال تعد جرائم لأنها ضارة بالمجتمع سواء صحبتها النية أو لم تصحبها ، كالمخالفات التي لا تشترط فيها النية والجرائم التي يكفي فيها مجرد الإهمال . ولكن ، من جهة أخرى ، قد يكفي في المسؤولية الجنائية احتمال وقوع الضرر لا وقوعه بالفعل ، كما هو الأمر فيما يسمى الآن في القانون الجنائي بالتدابير المانعة (mesures de sûreté) . ومهما يكن من أمر ، فالنية في المسؤولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية فإن وجودها ضروري في أكثر الجرائم .

أما في المسؤولية المدنية فالنية لا تشترط . وأكثر ما يكون الخطأ المدني إهمال لا عمد . وسواء كان العمل غير المشروع عمداً أو غير عمد ، فإن الضرر الذي يحدثه يجب أن يعوض كاملاً دون تفريق ما بين الحالتين ، وإن كان القضاء يميل ميلاً طبيعياً إلى زيادة التعويض في الفعل العمد وإلى قياس التعويض بجسامة الخطأ في الفعل غير العمد .

٥٠٧ - العمل الواحد قد تترتب عليه المسئولتان معاً وقد تترتب عليه مسؤولية دون الأخرى : ويتبين مما تقدم أن قيام إحدى المسئولتين لا يتعارض مع قيام المسؤولية الأخرى . وقد يترتب على العمل الواحد مسؤولية جنائية مسؤولية مدنية في وقت معاً ، كالقتل والسرقة والضرب والسب والقذف . فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع والفرد في وقت واحد . فيكون من ارتكب هذا العمل مسئولاً مسؤولية جنائية جزاؤها العقوبة ، ومسئولاً مسؤولية مدنية جزاؤها التعويض .

ولكن يصح ألا يترتب على العمل إلا إحدى المسئولتين دون الأخرى . فتتحقق المسؤولية الجنائية دون المسؤولية المدنية إذا لم يلحق العمل ضرراً بأحد ، كما في بعض جرائم الشروع وجرائم أخرى كالتشرد ومخالفات المرور وحمل السلاح والاتفاق الجنائي . وتحقق المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية إذا ألحق العمل ضرراً بالغير دون أن يدخل ضمن الأعمال المعاقب عليها في القوانين الجنائية ، كإتلاف مال الغير عن غير عمد وإغواء امرأة غير قاصر وسوء العلاج والمنافسة غير المشروعة وفصل العامل في وقت غير لائق وجميع المسئوليات التي تقوم على خطأ مفروض (١) .

٥٠٨ - الآثار التي تترتب على اجتماع المسئولتين في عمل واحد : إذا تترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية معاً ، أثرت المسؤولية الجنائية ، وهي أقوى

(١) أنظر في قيام المسؤولية المدني دون المسؤولية الجنائية : استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٤٩ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١ - وفي تترتب المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية في التزوير واستعمال الورقة المزورة : نقض جنائي في ٣٠ مارس سنة ١٩٤٢ المخاماة ج ٢٣ رقم ٣٢ ص ٥٨ - وفي قيام المسؤولية الجنائية على خطأ لمسئول مع قيام المسؤولية المدنية على خطأ مشترك : استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨١ .

لأنها حق المجتمع ، في المسؤولية المدنية . وهي أضعف لأنها حق الفرد . ويظهر ذلك فيما يأتي :

(أولاً) التقادم : تقضى المادة ١٧٢ من القانون الجديد بأن دعوى التعويض المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فإذا ترتب على العمل الواحد دعويان ، الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، فإن عدم تقادم الدعوى الجنائية يقف تقادم الدعوى المدنية .

ويستخلص من هذا أن الدعوى الجنائية تبعث الحياة في الدعوى المدنية ، فتبقى هذه ما دامت تلك باقية . ولا عكس . فبقاء الدعوى المدنية قائمة لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية . وسيأتي تفصيل ذلك .

(ثانياً) الاختصاص : إذا ترتب على العمل الواحد المسؤوليتان الجنائية والمدنية ، أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية ، لأن الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية .

(ثالثاً) وقف الدعوى : إذا ترتب على العمل الواحد المسؤوليتان الجنائية والمدنية ، ورفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فرفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية يقف سير الدعوى المدنية ، وعلى المحكمة المدنية أن تأمر بوقف الدعوى حتى ينتهي في الدعوى الجنائية . ولا يجوز عندئذ الرجوع عن الطريق المدني ورفع الدعوى المدنية من جديد أمام المحكمة الجنائية . ومن ثم نرى أن الدعوى الجنائية تقف الدعوى المدنية (Le criminel tient le civil en état) .

(رابعاً) قوة الأمر المقضي : وإذا بنت المحكمة الجنائية في الدعوى بحكم ، فإن هذا الحكم قوة الأمر المقضي . وتقيد المحكمة المدنية عندئذ بما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع ، دون أن تقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع ، فقد يختلف التكييف من الناحية المدنية عنه من الناحية الجنائية . وينبنى على ذلك أنه إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة أو بالإدانة لأسباب ترجع إلى الوقائع ، بأن أثبت في حكمه أن العمل المسند إلى المتهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه ، تقيد القاضي المدني بالوقائع التي أثبتتها المحكمة الجنائية .

= وقضت محكمة النقض بأن قرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة أياً كان سببه ، سواء قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صوره ، أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه صحيح أو لم يقد عليه دليل كاف - هذا القرار لا يجوز قوة الأمر المقضي قبل المضيور بالحكم . يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (نقض) في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر) .

الجنائي . فلا يجوز أن يقول إن العمل قد ثبت حيث لم يثبت أو لم يثبت حيث قد ثبت ، ولكن يجوز أن يكيف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنياً غير التكييف الجنائي . أما إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة لأسباب ترجع إلى التكييف القانوني (١) (١) ، كأن كان الإهمال الثابت صدره من المتهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائي (٢) (٢) ، أو كانت الدعوى العمومية قد سقطت بموت المتهم ، أو كان هناك مانع من توقيع العقوبة الجنائية لأن السارق ابن للمجنى عليه أو صدر لمصلحته عفو شامل ، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من الحكم بالمسؤولية المدنية .

وتقف الآن عند المسؤولية المدنية ، وهي أيضاً نوعان : مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية .

\* \* \*

(١) الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق عدم اكتسابها أية حجة أمام القضاء المدني ذلك لأن هذه القرارات لا تفصل في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة وإنما تفصل في توافر أو عدم توافر الظروف التي تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة المختصة للفصل في موضوعها ومن ثم فلا تكسب هذه القرارات أية حجة أمام القضاء المدني ويكون له أن يقضي بتوافر الدليل على وقوع الجريمة أو نسبتها إلى المتهم على خلاف القرار الصادر من سلطة التحقيق ، قرار النيابة بحفظ أوراق جثة لا يجوز حجة تمنع المحكمة المدنية من استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية . (الطعن ٦١/٤٨٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨ لسنة ٤٨ ص ١٥٨٤ الجزء ٢) .

(٢) قد يكون الإهمال الصادر من المتهم لا يكفي لمساءلته جنائياً ، ويكفي للمسؤولية المدنية حيث تقوم هذه المسؤولية على خطأ مفروض في بعض الأحوال . على أن محكمة النقض قد قضت بأن الإهمال في جريمة الجرح بإهمال المنصوص عليها في المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات لا يختلف في أي عنصر من عناصره عن الخطأ غير المفروض الذي يستوجب المساءلة المدنية ، فبراءة المتهم في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المدعى به تستلزم حتماً رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ (نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

(١) حجية الحكم الجنائي الصادر بالبراءة إذا كان مبنيًا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون سواء لانتفاء القصد الجنائي أو بسبب آخر فإنه لا تكون له حجية الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية وبالتالي لا يمنع تلك المحكمة من البحث فيما إذا كان هذا الفعل مع تجرده من وصف الجريمة قد نشأ عنه ضرر يصح أن يكون أساساً للتعويض ذلك إن القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً .

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن ٨٤٨٧ لسنة ٦٦ ق السنة ٤٨ ص ٩٧٠) .

(٢) قضاء المحكمة الجنائية بالبراءة للشك الذي تفسره لصالح المتهم في جريمة البلاغ الكاذب لا يدل بمجرد كذب الوقائع المبلغ بها ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث عناصر المسؤولية المدنية طالما لم تفصل المحكمة الجنائية في الأساس المشترك بين الدعويين .

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ الطعن ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق س ٤٨ ص ١٠٢٥) .

### ٣ - التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

(Distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle)

٥٠٩ - المسؤولتان العقدية والتقصيرية - ازدواج المسؤولية أو وحدتها : المسؤولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات. والمسؤولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير. فالدائن والمدين في المسؤولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسؤولية، أما في المسؤولية التقصيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدين أجنبياً عن الدائن. مثل المسؤولية العقدية أن يبرم عقد بيع، ثم يتعرض البائع للمشتري في العين المبيعة، فيخل بالتزامه العقدي من عدم التعرض. ومثل المسؤولية التقصيرية أن تكون العين في يد مالكها، ويتعرض له فيها أجنبى، فتتحقق مسؤولية المتعرض، ولكن مسؤوليته هنا تقصيرية لا عقدية، إذ هو لم يخل بالتزام عقدي يوجب عليه عدم التعرض للعين، بل أخل بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم الإضرار بالغير ويدخل في هذا الغير مالك العين (١).

هذا كله لا خلاف فيه. وإنما الخلاف في تكييفه. فمن الفقهاء من يذهب إلى وجوب التمييز ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية لوجود فروق هامة بينهما تقتضى هذا التمييز، وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسؤولية (dualité de responsabilité). ومنهم من يرى ألا محل لهذا التمييز بين المسؤوليتين، فإن إحداهما لا تختلف عن الأخرى في طبيعتها، وهؤلاء هم أنصار وحدة المسؤولية (unité de responsabilité).

٥١٠ - أنصار ازدواج المسؤولية : وهؤلاء هم كثرة الفقهاء. يقولون إن هناك فروقاً هامة ما بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية تقتضى وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما يخصه من أحكام. ويجمعون هذه الفروق في الوجوه الآتية :

١ - الأهلية : في المسؤولية العقدية تشترط أهلية الرشد في أكثر العقود. أما في المسؤولية التقصيرية فتكفى أهلية التمييز.

٢ - الإثبات : في المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدي بعد أن يثبت الدائن وجود العقد. أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانوني واركب عملاً غير مشروع.

٣ - الإعذار : في المسؤولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا في حالات استثنائية. أما في المسؤولية التقصيرية فلا إعذار (١) (٢).

٤ - مدى تعويض الضرر : في المسؤولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول. أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر، سواء كان متوقفاً أو غير متوقع (٣).

٥ - التضامن : في المسؤولية العقدية لا يثبت التضامن إلا باتفاق. أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون.

٦ - الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية : يجوز هذا الإعفاء بوجه عام في المسؤولية العقدية. ولا يجوز في المسؤولية التقصيرية.

٧ - التقادم : تتقدم المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة. أما المسؤولية التقصيرية فتتقدم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال.

٥١١ - أنصار وحدة المسؤولية : وأبرز هؤلاء الأنصار الأستاذ بلانيول. وهم يقولون بالأ فرق في الطبيعة ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية. كلتاها جزءا لالتزام سابق : المسؤولية العقدية جزءا لالتزام عقدي لم يقم به الملتزم، والمسؤولية التقصيرية جزءا لالتزام قانوني أخل به المسؤول. والمدين في الحالتين تحققت مسؤوليته لسبب واحد هو أخلاله

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كبرت محكمة الموضوع ما ثبت لها من وقائع الدعوى تكييفاً خاطئاً نقلت به الدعوى عن حقيقتها، وأعطتها حكماً قانونياً غير ما يجب إعطاؤه لثباتها، كأن اعتبرت التقصير في تنفيذ عقد المقايضة بالتسليم خطأً فعلياً (faute délictuelle) كالاغتصاب يوجب التضامن على المقصر من يوم تقصيره لا من يوم التنبيه الرسمي، فإن الحكم الذى تصدره بهذا يكون مخالفاً للقانون ويتعين نقضه (نقض مدني في ١١ أبريل سنة ١٩٣٥) مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦.

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨.

(٣) إذا كان الحكم قد قضى باستحقاق المؤجر للتعويض مقابل حرمانه من منفعة أرضه في المدة التالية لانتهاء الإجارة استناداً إلى استمرار المستأجر في الانتفاع بهذه الأرض بغير رضا المؤجر، الأمر الذى يعد غصباً، فلا يصح النعي عليه بأنه قد قضى بالتعويض دون تكليف رسمي، إذ أن هذه المسؤولية تقصيرية لا يلزم لاستحقاق التعويض عنها التكليف بالوفاء.

(جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٩٨).

(١) النص في المادة ١٥٧ من القانون المدني يدل على أن الفسخ إذا كان مردّه خطأً أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلتزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ، إذ كان ما بنتى عليه الحكم قضاء على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ في جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهي الأركان اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية فلا يعيبه وصف خطأ الطاعن بأنه خطأً عقدي ما دام أن ذلك لم يؤثر في النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها.

(جلسة ١٩٧٨/١/١٩ الطعن ٥٨ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٢٦٥)

(جلسة ١٩٨٤/١١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١٢١٠)

(جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ الطعن ٨٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٢٣٤)

(جلسة ١٩٦٩/٦/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٨٦٨)



بهذا الالتزام العقدي أو القانوني . فالمسئوليتان إذن تتحدان في السبب وفي النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة ، ولا محل للتفريق بينهما . أما ما استظهره أنصار ازدواج المسؤولية من فروق ما بين المسئوليتين ، فهي فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق في النظر . ويستعرضون هذه الفروق على النحو الآتي :

١ - الأهلية : ليس صحيحاً أن يقال إن أهلية الرشد تشترط في المسؤولية العقدية وتكفي أهلية التمييز في المسؤولية التقصيرية . والصحيح ألا أهلية في كلتا المسئوليتين . إنما الأهلية في العقد دون غيره . فيشترط الرشد في أكثر العقود . فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذ التزامه العقدي ، وإلا كان مسئولاً مسؤولية عقدية . ولا يشترط في هذه المسؤولية العقدية أية أهلية ، حتى لو أن المدين زالت أهليته بعد أن كان أهلاً وقت التعاقد ، بقي ملتزماً بالعقد ، وبقيت مسئوليته العقدية قائمة بعد زوال أهليته ، ولا يخليه من هذه المسؤولية إلا القوة القاهرة أو نحوها . وفي المسؤولية التقصيرية لا محل للكلام في الأهلية ، وليس صحيحاً أن يقال إن أهلية التمييز واجبة في هذه المسؤولية . والصحيح أن المسئول يشترط لتحقيق مسئوليته أن يرتكب خطأ . ونسبة الخطأ إلى المسئول تقتضي أن يكون مميزاً . فالتمييز إذن هو شرط لتحقيق المسؤولية ، وليس أهلية في المسئول .

٢ - الإثبات : ولا فرق بين المسئوليتين فيمن يحمل عبء الإثبات . ففي كليهما يحمله الدائن يثبت في المسؤولية العقدية العقد ، وهو مصدر الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسؤولية العقدية . أما في المسؤولية التقصيرية فلا حاجة به إلى إثبات الالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير ، وهو الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسؤولية التقصيرية ، لأنه التزام مقرر على الكافة فرضه القانون ، فإذا ثبت الالتزام السابق في كلتا المسئوليتين على هذا الوجه ، بقي إثبات الإخلال به . وهنا يحمل الدائن عبء الإثبات أو يحمله المدين ، لا تبعاً لما إذا كانت المسؤولية تقصيرية أو عقدية ، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل . فالمدين هو الذي يثبت أنه قام بالعمل الذي التزم بالقيام به ، والدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أتى بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه . ففي المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام العقدي عملاً - ويدخل في ذلك الحق العيني - فعلى المدين أن يثبت أنه قام به ، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن العمل عقدي بل لأن الالتزام الذي أحل به هو التزام بعمل . أما إذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أحل بالتزامه . وكذلك الحال في المسؤولية التقصيرية ولكن لما كان الالتزام القانوني السابق في هذه المسؤولية دائماً هو الالتزام بالامتناع عن عمل - عدم الإضرار بالغير - فالدائن إذن هو الذي يثبت في المسؤولية التقصيرية أن المدين أحل بالتزامه وأحدث الضرر بخطئه ولكن ليس ذلك لأن المسؤولية تقصيرية ، بل لأن العمل الذي أحل به المدين هو التزام بالامتناع عن عمل . ومن هنا يتبين أن عبء الإثبات في المسؤولية العقدية يحمله المدين تارة وطوراً يحمله الدائن تبعاً لما إذا كان الالتزام العقدي هو التزام إيجابي أو التزام سلبي ، وعبء الإثبات في المسؤولية التقصيرية يحمله

جميع الأحوال لأن الالتزام القانوني السابق هو دائماً التزام سلبي . فالعبء إذن فيمن يحمل عبء الإثبات ، لا بنوع المسؤولية هل هي عقدية أو تقصيرية ، بل بالالتزام السابق هل هو إيجابي أو سلبي .

٣ - الإعذار : وليس صحيحاً أن الإعذار يشترط في المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية . فالإعذار لا يشترط في الالتزامات السلبية إذا أحل بها المدين ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية . ولما كان الالتزام في المسؤولية التقصيرية هو دائماً التزام سلبي ، لذلك لا يشترط الإعذار . وهو أيضاً لا يشترط في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام العقدي التزاماً سلبياً كما هو معروف . فالعبء هنا أيضاً بما إذا كان الالتزام إيجابياً أو سلبياً ، لا بما إذا كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية .

٤ - مدى تعويض الضرر : والسبب في أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً أن هذا الضرر لم يدخل في حساب المتعاقدين لأنهما لم يكونا يتوقعانه .

٥ - التضامن : والسبب في أن التضامن يثبت بمقتضى القانون في المسؤولية التقصيرية أن الخطأ هو السبب في الضرر ، فإذا ارتكب الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب في الضرر فوجب عليه التعويض كاملاً ، ومن ثم قام التضامن .

٦ - الإعفاء الاتفاق من المسؤولية : والسبب في أن هذا الإعفاء لا يجوز في المسؤولية التقصيرية أن القانون هو الذي قرر أحكام هذه المسؤولية ، فهي من النظام العام .

٧ - التقادم : وإذا كانت المسؤولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات في بعض الأحوال ، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية ، بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتأها هو ، وقد لا يرتبها مشرع آخر . وكان القانون القديم يجعل مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية خمس عشرة سنة كما في المسؤولية العقدية .

٥١٢ - الوضع الصحيح للمسألة - وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية : لا شك في أن المسئوليتين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد . فكلتاها جزء للإخلال بالتزام سابق . ولا فرق بينهما في هذه الناحية ، لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الإعذار . وقد استطاع أنصار وحدة المسؤولية أن يثبتوا ذلك . بالأهلية لا تكون إلا في العقد ، ولا محل للكلام فيها لا في المسؤولية العقدية ولا في مسؤولية التقصيرية ، وعبء الإثبات وضرورة الإعذار العبء فيهما لا بأن المسؤولية عقدية أو تقصيرية ، بل بأن الالتزام السابق إيجابي أو سلبي .

ولكن إلى هنا تتفق المسئوليتان . وهما تختلفان بعد ذلك . تختلفان في أن الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسؤولية هو التزام عقدي في المسؤولية العقدية . هو التزام قانوني في المسؤولية التقصيرية . وهذا الاختلاف ترتب عليه فروق جوهرية لا فروق ضمنية .

٥١٣ - تحديد نطاق كل من المسئوليتين : أما وقد وجب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وثبت أن هناك فروقاً جوهرية بينهما ، فإنه يتعين أن نحدد نطاق كل منهما ، حتى ترتب على كل مسئولية ما يتعلق بها من الأحكام .

نطاق المسئولية التقصيرية حدوده واضحة . فإن هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر . فالدائن المضرور هنا أجنبي عن المدين ، لا يرتبط بعقد معه .

أما المسئولية العقدية فيحدد نطاقها شرطان : أولهما أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين ، والثاني أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد . ونبحث كلا من الشرطين .

فالشرط الأول هو أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين . فإذا لم يكن هناك عقد أصلاً ، ولو وجدت شبهة عقد ، فالمسئولية لا تكون عقدية . مثل ذلك أن يدعو صديق صديقه للركوب معه في عربته مجاملة (١) ، أو يدعو للغذاء أو للسهرة ، أو يخطب رجل امرأة ، فلا عقد في مثل هذه الأحوال ، والمسئولية لا تكون إلا تقصيرية بأن يثبت المضرور أن هناك خطأ ارتكبه المسئول ، كأن يرتكب الصديق خطأ في قيادة العربة ، أو يتعمد الإخلال بالدعوة إضراراً بصديقه ، أو يعدل الخاطب عن الزواج إضراراً بخطيبته . فإذا قام عقد بين الدائن والمدين أمكن أن تتحقق المسئولية العقدية . ولكن المدة السابقة على تكوين العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما هي الحال في نظرية الخطأ عند تكوين العقد وقد مر بيانها ، وكما في قطع المفاوضات للتعاقد في وقت غير لائق . كما في رفض شخص للتعاقد بعد أن دعا هو إليه . كذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما إذا دخل مهندس في خدمة مصنع واطلع على أسراره ولما انقضى عقد خدمته دخل في خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التي وقف عليها في المصنع الأول - ويجب أن يكون العقد القائم بين الدائن والمدين عقداً صحيحاً ، فإن كان باطلاً أو قابلاً للإبطال فالمسئولية العقدية لا تتحقق . وقد ورد تطبيق لهذا الحكم في المادة ١١٩ من القانون المدني الجديد ، وهي تقضى بأنه «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقض أهليته» . ففي هذه الحالة ، بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد ، يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية عن استعماله للطرق الاحتياطية التي قادت إلى التعاقد - والمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد . إذا دفع أجنبي أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقد ، كصاحب مصنع يحرض مستخدماً في صنع آخر على الخروج من هذا المصنع قبل أنتهاء عقد الاستخدام للدخول في خدمة المصنع

ففي المسئولية العقدية الدائن والمدين هما اللذان بإرادتهما أنشأ هذا الالتزام السابق وحددا مده . ومن ثم رسماً مدى التعويض عن الضرر ، فلم يدخل في حسابهما الضرر غير المتوقع . ولم تنصرف إرادتهما إلى التعويض عنه ، فلا تعويض . ومن ثم كانت إرادة المتعاقدين ، إذا تعدد المدين ، هي التي تحدد مدى اشتراك كل مدين في المسئولية ، والأصل ألا تضامن بين المدين ، فإذا أريد التضامن وجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى اشتراطه . ومن ثم جاز للمتعاقدين ، وهما اللذان بإرادتهما حددا مدى الالتزام ، أن يتراضيا على الإعفاء منه في حالات معينة . ومن ثم أخيراً لا يتقادم الالتزام ، وهما اللذان ارتضياه ، إلا بمدة طويلة هي خمس عشرة سنة .

ولا كذلك في المسئولية التقصيرية . فإن الالتزام الذي ترتب على الإخلال به تتحقق هذه المسئولية هو التزام قانوني ، أي التزام القانون هو الذي أنشأ وحدد مده ، ولم تدخل إرادة الطرفين في شيء من ذلك . ومن ثم وجب التعويض عن كل الضرر ، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه ، ما دام مباشراً ، لأن هذا هو الأصل في التعويض ، ولم تتدخل إرادة الطرفين لتوقى التعويض عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم إذا اشترك أكثر من واحد في إحداث الضرر ، كان كل منهم متسبباً فيه ، ووجب عليه التعويض كاملاً ، ومن هنا قام التضامن . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يتراضيا على الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، فإن الالتزام الذي أحل به المدين هو التزام فرضه القانون ، ولا دخل فيه لإرادة الطرفين ، فالقانون هو الذي يعنى منه في الحالات التي ينص عليها . ومن ثم رأى المشرع في المسئولية التقصيرية ، والالتزام مفروض على المدين دون أن يرتضيه ، أن يكون التقادم بمدة أقصر من مدة التقادم في المسئولية العقدية وفيها ارتضى المدين الالتزام عن طواعية واختيار ولم يفرضه عليه القانون فرضاً .

إذن توجد فروق جوهرية بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، ترجع إلى طبيعة كل من المسئوليتين . فالمسئولية العقدية جزاء للإخلال بالالتزام ، والطبيعة العقدية لهذا الإخلال هي التي أملت الحلول العملية التي تتفق معها . والمسئولية التقصيرية جزاء للإخلال بالالتزام قانوني ، وطبيعة هذا الالتزام هي التي أملت الحلول العملية التي تلائمها والتي أملت الحلول العملية الأولى . فلا بد إذن من التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، والتميز بينهما يتطلب طبيعة كل منهما ، وترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما ، هي التي ذكرناها فيما تقدم (١) .

(١) هذا إلى أن عبء الإثبات - من الناحية العملية المحضة - يبدو فرقاً جوهرياً ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . فالإعفاء الاتفاقي من المسئولية سبب رئيسي لتلخيص المسئولية العقدية في بعض الحالات كما في عقد نقل الأشخاص والتزام أمين النقل بسلامة الراكب التزاماً كيف بأنه التزام عقدي . وللقول بالخيرة ما بين المسئوليتين - كما في عقد النقل إذا اقترن بشرط الإعفاء فإن القول يمكن من اختيار المسئولية التقصيرية وهذه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها .

(١) سيأتي تفصيل للأحكام التي تطبق في النقل المجاني فيما يلي (أنظر فقرة ٥٤٦) .

الأول ، تحققت المسؤولية العقدية فيما بين صاحب المصنع الثاني والمستخدم لارتباطهما بالعقد ، ولكن لا تتحقق إلا مسؤولية تقصيرية فيما بين صاحب المصنع الثاني وصاحب المصنع الأول ، لأن هذا لم يرتبط بعقد الاستخدام . وإذا أمن شخص على مسؤوليته ثم تحققت هذه المسؤولية ، فإن مسؤولية شركة التأمين نحو المؤمن له تكون مسؤولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين ، ولكن مسؤولية المؤمن له نحو المصاب تكون مسؤولية تقصيرية لأن عقد التأمين لم يكن المصاب طرفاً فيه . أما إذا اشترط المؤمن له في عقد التأمين لمصلحة المصاب ، فإن شركة التأمين تكون مسؤولة نحو المصاب مسؤولية عقدية دون أن يكون المصاب طرفاً في عقد التأمين ، ويعد هذا استثناء من القاعدة التي تقضى بأن المسؤولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفي العقد ، نزولاً على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير .

والشرط الثاني أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد . فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد ، فإن المسؤولية العقدية لا تتحقق بل تتحقق المسؤولية التقصيرية (1) . مثل ذلك الهبة ، فإن الواهب لا يضمن خلو الشيء الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه ، فإن كان الشيء الموهوب معيباً ولم يضمن الواهب العيب ولم يتعمد إخفاءه ، وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له ، فإن مسؤولية الواهب تكون هنا مسؤولية تقصيرية ، ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ في جانب الواهب . أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد فإن المسؤولية العقدية تتحقق ، كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري بالرغم من إعداره وهلك المبيع في يد البائع ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التي تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها سبباً لتحقق المسؤولية العقدية . وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الالتزامات (2) . ويرجع في التحديد

(1) ان مفاد نص المادة ١٠٤ (قديم) من القانون التجاري خضوع دعوى المسؤولية المترتبة على تخلف الناقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها أما إذا صدر من الناقل أو ناقلاً غشياً أو خيائياً فإن الدعوى تستند في هذه الحالة إلى الفعل الضار ويكون أساسها المسؤولية ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن بالات القطن - محل عقد النقل - قد سرقت أو بددت من أحد تابعي الطاعن - الناقل - فإن مسؤولية هذا الأخير ليست مسؤولية تعاقدية بل مسؤولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع في تقادمها إلى حكم المادة ١٧٢ من القانون المدني التي تقضي بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه ، وإذا قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم تأسيساً على أن مدة سقوط الحق في رفع الدعوى هي خمس عشرة سنة يكون قد خالف القانون (جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١١٦٠)

(2) ويصعب هذا بنوع خاص في العقود التي تشمل على التزام بكفالة السلامة - obligation de sécurité . فعقد نقل الأشياء يتضمن دون شك هذا الالتزام ، ويعتبر أمين النقل مسؤولاً مسؤولية عقدية إذا تلفت الأشياء التي تعهد بنقلها في أثناء النقل . أما عقد نقل الأشخاص ، فالأمر فيه واضحاً وضوحه في عقد نقل الأشياء . ذلك أن الشيء إذا تسلمه أمين النقل لنقله يخضع خضوعاً لسيطرته ، إذ ليست له حركة ذاتية ، أو له هذه الحركة كالحيوان ولكن يمكن ضبطها . أما الشيء

إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . وعلى القاضى أن يكشف عن هذه النية بطرق التفسير المعتادة (1)

٥١٤ - عدم جواز الجمع ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية : بعد أن بينا وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، وحددنا نطاق كل من المسؤوليتين ، وجب أن نواجه فرضاً يتحقق في كثير من الأحيان ، وهو أن يتوافر في العمل الواحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية في وقت معاً . ويعرض في صدد هذا الفرض سؤال أول ، لا يحوم أى شك في الجواب عليه ، هو هل يجوز للدائن الذي أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسؤوليتين في الرجوع على المدين ؟ لا شك في أن الدائن لا يجوز له الجمع بين المسؤوليتين في الرجوع على المدين ، إذ الجمع ، بأى معنى فهم هذا اللفظ ، غير مستساغ .

قد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويضين ، تعويض عن المسؤولية العقدية وآخر عن المسؤولية التقصيرية . وهذا غير مستساغ ، لأن الضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين (1) .

وقد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويض واحد ، ولكن يجمع في دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسؤولية العقدية ، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه ، ومن خصائص المسؤولية التقصيرية ، كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك بإبطال الإغفاء الاتفاقي من المسؤولية . وهذا أيضاً غير مستساغ . فإن

= الذى يتعهد أمين النقل بنقله فله حركة ذاتية ، لا يخضع زمامها خضوعاً تاماً لسيطرة أمين النقل . على أن القضاء والفقه ، في مصر وفي فرنسا ، يرتبان التزاماً بكفالة السلامة في ذمة أمين النقل ، حتى بالنسبة إلى نقل الأشخاص .

والالتزام بالسلامة يختلف مداه في عقد عنه في عقد آخر . ففي بعض العقود يكون التزاماً ببذل عناية ، كالتزام الطبيب في علاج المريض ، يكفي فيه أن يثبت الطبيب أنه اصطنع الحيلة واليقظة بالقدر المطلوب في صناعة الطب حتى يكون قد وفى التزامه ولو لم يشف المريض فلا تتحقق مسؤولية العقدية . وفي عقود أخرى ، كعقد النقل المتقدم الذكر ، يكون التزاماً بتحقيق غاية ، فيكفل المدين سلامة الدائن ، ولا تنتفى مسؤوليته العقدية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي .

(انظر في الالتزام بكفالة السلامة مازو ١ ص ١٦٥ - ص ١٨٩)

(1) من هذه الطرق الرجوع إلى النصوص التشريعية المفسرة لإرادة المتعاقدين أو المكملتها لها . وهذه النصوص كثيرة في العقود المسماة .

(2) طلب المضرور للتعويض المادى الموروث عن المجنى عليه مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر أدبى من جراء وفاة المورث لا يعتبر جمعاً بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية عن ضرر واحد لاختلاف موضوع كل من الطرفين والدائن فيهما .

(جلسة ١٩٩٤/٦/١٩ الطعن ٨٨٨ لسنة ٦٠ ق ص ٤٥ ص ١٠٤٥)



كلا من دعوى التعويض العقدية ودعوى التعويض التقصيرية لها خصائصها . والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين . أما الدعوى التي يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية ، بل هي دعوى ثالثة لا يعرفها القانون .

وقد يفهم الجمع بمعنى ثالث ، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويين فخرها يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى . ولكن الفقه - بخلاف القضاء الفرنسي - مجمع على أن قوة الشئ المقضى يحول دون ذلك . فلا يسوغ الجمع حتى بهذا المعنى (١) .

٥١٥ - عدم جواز الخيرة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية : الجمع إذن غير مستساغ في أى معنى من معانيه . ومن ثم نرى عدم الدقة في التعبير عندما يقال هل يجوز الجمع بين المسئوليتين أو لا يجوز ؟ فهذا السؤال لا يحتمل الجواب عليه شكاً ، إذ الجمع قطعاً لا يجوز . ولكن الشك يقوم إذا أبدل بلفظ «الجمع» (cumul) لفظ «الخيرة» (option) ، فقبل هل تجوز الخيرة بين المسئوليتين ؟ ويراد بهذا أن يقال هل يجوز للدائن أن يختار الدعوى التي يراها أصلح ، على أنه إذا اختار أصلح الدعويين تقيدها بها ، فلا يلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر الدعوى التي اختارها ؟ وهذا هو الذى تقصد إليه جمهرة الفقهاء عندما يقولون في غير دقة هل يجوز الجمع ما بين الدعويين . والإجابة على هذا السؤال في وضعه الصحيح تقسم كلا من الفقه والقضاء إلى فريقين متعارضين ، ففريق يقول إن للدائن أن يختار بين الدعويين ، وفريق آخر يذهب إلى أن دعوى المسئولية العقدية تجب دعوى المسئولية التقصيرية فلا يصح للدائن أن يرفع غير دعوى المسئولية العقدية ، ويمتنع عليه أن يرفع دعوى المسئولية التقصيرية . ونستعرض كلا من الرأيين .

أما الذين يجعلون للدائن الخيرة فيقولون إن شروط كل من الدعويين قد توافرت ، ومنطق القانون يقضى بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز أن ترفع . وهنا توافرت شروط دعوى المسئولية العقدية ، فإذا اختارها الدائن جاز له رفعها . وتوافرت كذلك شروط دعوى المسئولية التقصيرية ، فلا شئ يمنع الدائن من رفعها إذا أثارها على الدعوى الأولى .

وأما الذين يقصرون الدائن على دعوى المسئولية العقدية فيقولون إن الدائن لا يعرف المدين إلا من طريق العقد ، فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده . فإذا أخل المدين بالتزامه العقدى لم يكن أمام الدائن إلا دعوى المسئولية العقدية ، وليس له الرجوع بدعوى المسئولية التقصيرية .

(١) وسرى فيما بعد أن هذا هو أيضاً قضاء محكمة النقض في مصر في دائرتها المدنية (نقض مدنى في ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . أما الدائرة الجنائية فتذهب إلى عكس ذلك (نقض جنائى في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

ولا شك في أن الأخذ برأى دون آخر من هذين الرأيين تترتب عليه نتائج عملية هامة تتمشى مع وجوه التمييز ما بين المسئوليتين فيما قدمنا . ومن وجوه التمييز هذه الإثبات . فإذا جاز للدائن أن يختار وكانت المسئولية التقصيرية قائمة على خطأ مفروض ، اختارها الدائن لينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ولو أن الدائن قصر على المسئولية العقدية لكان هو المكلف بإثبات أن المدين قد أخل بالتزامه إذا كان التزاماً بعناية . ومن وجوه التمييز أيضاً الإعفاء الاتفاقي من المسئولية . فإذا تعاقد عميل مع أمين النقل وكان في عقد النقل اتفاق على الإعفاء من المسئولية أو على التخفيف منها ، ثم أصيب العميل إصابة تدخل في حدود هذا الاتفاق ، وكان له أن يختار بين المسئوليتين ، لا يختار المسئولية التقصيرية إذ لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف ، ولو قصر على المسئولية العقدية لاندفعت هذه المسئولية أو خففت بفضل الاتفاق الذى تم على ذلك . وإلى جانب هذين الوجهين توجد الوجوه الأخرى التي قدمناها في التمييز ما بين المسئوليتين . ففي دعوى المسئولية العقدية لا يكون التضامن . إلا باتفاق ، أما في دعوى المسئولية التقصيرية فإن التضامن يقوم بحكم القانون . فإذا كان للدائن أن يختار ، ولم يكن هناك اتفاق على التضامن ، فقد يختار المسئولية التقصيرية ابتغاء أن يجرى التضامن بين المدين ، أما إذا قصر على المسئولية العقدية فلا تضامن . وفي دعوى المسئولية العقدية لا يعرض المدين إلا عن الضرر المتوقع ، أما في دعوى المسئولية التقصيرية فيعرض عن أى ضرر مباشر ولو كان غير متوقع . فهنا أيضاً تكون الخبرة نافعة للدائن ، إذ يستطيع أن ينتقل من المسئولية العقدية إلى المسئولية التقصيرية فينال تعويضاً كاملاً عن الضرر المباشر . ودعوى المسئولية العقدية تتقدم عادة بخمس عشرة سنة ، أما دعوى المسئولية التقصيرية فتتقدم بثلاث سنوات . وهنا الخيرة لا تنفع الدائن ، فدعوى المسئولية العقدية إذا قصر عليها أفضل له من دعوى المسئولية التقصيرية .

ومهما يكن من انقسام الفقه والقضاء ، في فرنسا وفي مصر (١) ، في هذه المسألة

(١) أنظر في انقسام القضاء والفقه في فرنسا ما زو ١ فقرة ١٨٨ - فقرة ٢٠٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٣٣ - فقرة ٩٣٨ .

أما في مصر فيبدو أن الكثرة من أحكام القضاء الوطنى والمختلط تنزع إلى جواز الخيرة ما بين المسئوليتين . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترط المؤجر عدم مسئوليته عما يصيب المستأجر من الضرر من العين المؤجرة ، فإن هذا الشرط لا يخلى المؤجر من مسئوليته التقصيرية عن هذا الضرر (استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧١ - وفي ١٠ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٦) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به هذه المحكمة من أنه إذا كان القانون المدنى (القديم) لا يلزم المؤجر بالقيام بأية مرمة ، فإن هذا لا يخلية من المسئولية التقصيرية عن الضرر الذى يصيب المستأجر بسبب تقصير المؤجر في ترميم ملكه (استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٥) . ومن ذلك ما قضت به كل من محكمة الاستئناف الوطنية ومحكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترطت مصلحة السكك الحديدية تحديد مسئوليتها في مبلغ معين في حالة ضياع البضاعة المشحونة ، فإن هذا الشرط لا يسرى في مسئولية هذه المصلحة تقصيرية عن عمالها أو عن الغير (استئناف وطنى =

الهامة (1)، فنحن نأخذ بالرأى الذى يقول بالإخيرة للدائن ، وليس له إلا دعوى المسؤولية

(1) أ - يتعين على محكمة الموضوع فى كل حال أن تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض ، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ، باعتبار أن كل ما تولد للمضروور حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما كانت طبيعة المسؤولية التى استند إليها المضروور فى تأييد طلبه ، أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك ، لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى ، ولا يعد ذلك منها تغييراً لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها .  
(جلسة ١٩٧٩/٢/٥ الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٤٧٦)

ب - إذ خص المشرع المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كلاهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسئوليتين فى تقنينه موضعاً منفصلاً عن المسؤولية الأخرى ، فقد أفصح بذلك عن رغبته فى إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين ، فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر فى القانون بشأنه ، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد ، سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً أو عند الإخلال بتنفيذه ، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التى لا يرتبط المضروور فيها بعلاقة عقدية سابقة ، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة له ، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذى ارتكبه وأدى إلى الأضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانونى ، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً .  
(جلسة ١٩٨١/١/٢٧ الطعن ٢٦٨ لسنة ٤٧ ق س ٢٢ ص ٣٥٥)  
(جلسة ١٩٦٨/٤/١٦ الطعن ٢٨٠ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٧٦٢)

ج - متى كانت الطاعة (شركة التأمين) قد أسست دعواها قبل الناقل بطلب قيمة التعويض عن الضرر الذى لحق بها بسبب تلف البضاعة أثناء النقل ، على العقد الذى تم بموجبه نقل هذه البضاعة فإنه لا محل لما تثيره الطاعة من أن ما تضمنه ذلك العقد من الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية هو شرط باطل فى نطاق المسؤولية التقصيرية ، ولا على الحكم المطعون فيه وقد تبين أن المسؤولية أساسها العقد إن هو لم يعرض لما تدعيه الطاعة من أن لها حقاً فى الاختيار بين المسئوليتين ولم يجر تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية بصدد هذا الشرط .  
(جلسة ١٩٦٩/٦/٣ الطعن ٢٤٨ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ٨٥١)

د - النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلتزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ ، وإذ كان ما بنى عليه الحكم قضاءً على الطاعن بالتعويض مؤسساً على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة المسببة بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية فلا يعيب وصفه خطأ ، الطاعن بأنه خطأ عقدي ما دام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها .  
(جلسة ١٩٧٨/١/١٩ الطعن ٥٨ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٢٦٥)

هـ - إذا كانت محكمة الموضوع قد طبقت خطأ أحكام المسؤولية التقصيرية دون قواعد المسؤولية الواجبة التطبيق ، فإنه يجوز لمن تكون له مصلحة من الخصوم فى أعمال هذه القواعد أن يطعن فى الحكم بطريق النقض على أساس مخالفته للقانون ، ولو لم يكن نية محكمة الموضوع إلى وجوب تطبيق تلك القواعد لالتزامها هى بإعمال أحكامها من تلقاء نفسها ، ولا يعتبر النعى على الحكم بذلك إبداء لسبب جديد مما لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، ذلك بأن تحديد طبيعة المسؤولية التى يتولد عنها حق المضروور فى طلب التعويض يعتبر مطروحاً على محكمة الموضوع ، ولو لم يتناوله بالبحث فعلاً .  
(جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ الطعن ٨٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٢٣٤)

= فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ ص ٢٤٥ - وفى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٤٨٠ - استئناف مختلط فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ - وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٨ - وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ - وفى ٨ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٤ - وفى ٨ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٧ ص ٤٣٤ - وأنظر عكس ذلك استئناف وطنى فى ٢ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢٩ - استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر ١٩٤٣ م ٦٥ ص ٢٦ .

وقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية أخيراً بجواز الخيرة ما بين المسئوليتين ، إذ قررت أنه لا شبهة ... فى التزام الناقل ضمناً بسلامة الراكب إلى الجهة المتعاقد على النقل إليها ، لأن هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد ... وأن مؤدى الأخذ بهذا النظر الاستناد فى طلب التعويض إلى أحد الأساسين ، المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية التعاقدية ، حسبما يتسنى لطالب التعويض . فإذا قصرت وسائله عن إثبات عناصر الأولى أمكن الاستناد إلى الثانية عند توافر أركانها (استئناف الإسكندرية فى ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١) - ويلاحظ أن المحكمة لم تكن فى حاجة إلى القول فى هذه القضية بجواز الخيرة بين المسئوليتين ، فإن الخيرة إنما تظهر فائدتها فى الانتقال من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية . أما هنا فقد انتقلت المحكمة من المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية العقدية ، وكان يكفيها أن تقرر أن عقد النقل ينشئ التزاماً عقدياً بضمان سلامة الراكب ، يستطيع أن يستند إليه الدائن فى مطالبة المدين بإثبات أنه قد وفى بهذا الالتزام .

أما محكمة النقض فلم تبت حتى الآن فى هذه المسألة بقضاء حاسم . فقد أخذت فى قضية بالمسؤولية العقدية ، ولكنها لم تذكر أنها استبعدت المسؤولية التقصيرية لقيام المسؤولية العقدية ، وهذا هو ما قضت به : «ليس لرب العمل أن يستقل بما من شأنه أن يزيد فى أخطار العمل الذى استخدم العامل لأدائه . فإن هو فعل صح اعتباره مخلاً بعقد الاستخدام إخلالاً يصلح أساساً لمسئولته . ولما كانت الثابت فى الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه معتمزم تأجيرها للدولة محاربة ، وأن هؤلاء الملاحين لم يحاطوا علماً بهذا التأجير ، وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد فى أخطار عملهم ، فلا مخالفة للقانون إذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه فى حق عماله . هذا وإذا كانت المحكمة المذكورة قد ربتت على هذا الخطأ مسؤولية الطاعن عن فقد ملاحى السفينة على اعتبار أن هذا الفقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأيها فى ذلك إنما هو رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه . ومتى استقام الحكم على أساس قواعد المسؤولية العقدية ، كان ما ورد فيه خاصاً بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرى تزيدياً ، وكان ما جاء فى الطعن منصباً عليه غير منتج (نقض مدنى فى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٠ ص ٥٥٣) .

وفى قضية أخرى يبدو أن محكمة النقض لا تأبى أن يقوم التعويض على أساس كل من المسئوليتين ، فقد قضت بأنه «مادام الحكم قد أقام مسؤولية المحكوم عليه بالتعويض على كلا الأساسين : العقد والفعل الضار ، فإنه لا تكون به حاجة إلى تطبيق المادة ١٢٠ من القانون المدنى (القديم) التى تنص على أن التضمينات لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً ، إذ هذه المادة لا تنطبق على المسؤولية عن الأفعال الضارة وإذ أن الإعدار الذى تنص عليه غير لازم فى حالة المسؤولية العقدية عند الإخلال بالتزام سلبى (نقض مدنى فى أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص ٥١٣) .

وأما الفقة فى مصر فمتقسم ، فمن الفقهاء من يقول بجواز الخيرة (مصطفى مرعى بك فى المسؤولية المدنية فقرة ٢٨) - وقد كنا نقول بها فى الموجز (فقرة ٣٠١) . ومنهم من يقول بقصر الدائن على المسؤولية العقدية (الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار ص ١٧) .

#### ٤ - تطور المسؤولية التقصيرية

٥١٦ - تاريخ هذا التطور هو توسع مستمر في المسؤولية التقصيرية : ونقف الآن عند المسؤولية التقصيرية ، بعد أن ميزناها عن غيرها من أنواع المسؤولية فيما تقدم . ونستعرض في إيجاز تاريخ تطورها .

ويمكن القول بوجه عام إن تاريخ تطور المسؤولية التقصيرية هو تاريخ توسع مستمر في هذه المسؤولية .

فمن حالات معينة محدودة لا تتحقق المسؤولية إلا فيها ، إلى توسع تدريجي في هذه الحالات ، إلى شمول وصل بالمسؤولية التقصيرية إلى أن تكون قاعدة عامة . وهذا ما وصل إليه التطور في القانون الفرنسي القديم ، وانتقل منه إلى التقنين الفرنسي في سنة ١٨٠٤ .

ومنذ التقنين الفرنسي أخذت القاعدة العامة ذاتها تتطور . فهي قد قامت على فكرة جوهرية هي فكرة الخطأ (faute) . ثم أخذت هذه الفكرة تتقلص فبعد أن كان الخطأ لا بد من إثباته ، قامت حالات صار الخطأ فيها مفروضاً . وها نحن نشهد في الوقت الحاضر فكرة تحمل التبعة (risque) تقوم إلى جانب فكرة الخطأ ثابتاً كان أو مفروضاً .

فنستعرض هذا التطور ، منذ القانون الروماني إلى عصرنا الحاضر ، استعراضاً سريعاً .

٥١٧ - القانون الروماني : تتميز نظرية المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني بخصائص ثلاث :

أولاً - لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض . بل كانت هناك أعمال معينة تحددتها النصوص القانونية هي وحدها التي ترتب المسؤولية . ذلك أن المسؤولية التقصيرية كانت في القديم متروكة إلى الأخذ بالثأر ، ثم انتقلت إلى الدية الاختيارية ، ثم إلى الدية الإيجابية ، ثم إلى العقوبة منذ استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن والنظام . ومن ثم كانت الأعمال التي تستوجب تدخل الدولة محدودة محصورة لا تنتظمها قاعدة عامة . على أن هذه الأعمال أخذ عددها يزيد بالتدريج في خلال القرون ، وأخذ كل عمل يتسع نطاقه . وأهم مثل لذلك الجريمة التي كان قانون أكيليا (Aquilis) ينص عليها . فقد كانت هذه الجريمة محددة تحديداً ضيقاً ، فلا تشمل إلا بعض أنواع التلف التي تقع على بعض الأشياء . ثم اتسع نطاقها بالتدريج حتى شمل كل أنواع التلف وحتى عم جميع الأشياء ، على أن يكون كل من العمل والتلف مادياً وأن يكون الشيء الذي يقع عليه التلف مادياً وأن يقع التلف على ذات الشيء (corpore corpori) . فإذا كان العمل الذي وقع على الشيء غير مادي ، كإحداث صوت يندعر من سماعه حيوان فيجفل ، أو وقع عمل مادي على الشيء ولكن لم يصبه بتلف مادي ، كإطلاق حيوان من عقاله فيهرب ، كانت شروط الجريمة غير متوافرة . ثم تحللت الجريمة من هذه القيود المادية ، ولكن بقيت شروط أخرى ، ولم يصل الرومان إلى التعميم الكامل . وتلى هذه الجريمة في التعميم جريمة الغش (dol) . وتلى ذلك أعمال ألحقت بالجرائم (quasi-délits) فأصبحت ترتب المسؤولية على غرارها . ولكن الرومان لم يصلوا في وقت ما إلى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض .

العقدية . ذلك أن الالتزام العقدي الذي صار المدين مسئولاً عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً في ذمته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يحم به ، لم يكن مسئولاً عن ذلك ، لا مسؤولية عقدية لأن العقد لما يبرم ، ولا مسؤولية تقصيرية إذ لا خطأ في عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فإذا أبرم العقد . قام الالتزام في الحدود التي رسمها هذا العقد ، وهي حدود لا ترتب عليها إلا المسؤولية العقدية . وليس للدائن أن يلجأ إلى المسؤولية التقصيرية (١) . إذ هي تفترض أن المدين قد أحل بالالتزام فرضه القانون ، والالتزام في حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد . ويتبين من ذلك أن الخيرة لا تكون إلا في التزام فرضه العقد والقانون معاً . فأمين النقل إذا سرق البضاعة التي ينقلها يكون قد أحل بالالتزام العقدي الناشئ من عقد النقل ، فتحقق مسئوليته العقدية . ويكون في الوقت ذاته قد أحل بالالتزام القانوني الذي يحرم عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل ، فتحقق مسئوليته التقصيرية وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين .

وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخيرة يضيع على الدائن في بعض الحالات حقه العادل في التعويض . فشرط الإعفاء من المسؤولية الذي تتضمنه عادة عقود النقل كاف لدفع المسؤولية العقدية ، وقيام هذه المسؤولية كاف بدوره لمنع المسؤولية التقصيرية . فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسؤولية العقدية لوجود شرط الإعفاء ، ولا بالمسؤولية التقصيرية لوجود عقد النقل . ولكن هذه النتيجة هي التي أرادها المتعاقدان . وما لم يكن عقد النقل عقد إذعان - كما هو الغالب - حيث يعتبر شرط الإعفاء شرطاً تعسفياً يجوز للقاضي إلغاؤه أو تعديله ، فإنه يجب النزول على إرادة المتعاقدين (١) .

\* \* \*

(١) قارن الموجز للمؤلف فقر ٣٠١ .

(١) أ - من المقرر أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يربط فيها الضرر مع المسئول عنه بعلاقة تعاقدية سابقة كما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من اهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة إلا أن ذلك رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذي لحق بأحد التعاقدين كان نتيجة فعل من التعاقد الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جساماً مما تتحقق به حقا أو كان المسؤولية التقصيرية وتأسيساً على أنه أحل بالالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد وأن استخلاص عناصر الغش وتقدير ما يشب به من عدمه في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بغير رقابة من محكمة النقض عليها في ذلك ما دامت الوقائع تسمح به .

(جلسة ١٩٩٠/٤/٤ الطعن ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨١/١/٢٧ الطعن ٢٦٨ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ٣٥٥) .

ب - إذا اعتبرت الطاعة (المرسل إليها) طرفاً ذا شأن في مند الشحن فإن العلاقة بينهما وبين الشركة المطعون ضدها والناقلة يحكمها مند الشحن وحده وهذا السند هو الذي يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفي الحدود التي رسمها ذلك السند وهي حدود لا يترتب عليها إلا المسؤولية العقدية ، وليس للطاعة أن تلجأ إلى المسؤولية التقصيرية إن أساسها الاخلال بالالتزام فرضه القانون ، والالتزام في خصوصية النزاع لا تصدر له إلا سند الشحن ما دامت الطاعة لم تدع أي عجز نتج عن افتراق المطعون ضدها لفعل حرمه القانون (جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥ الطعن ٦٠ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٢٢٠) .



التي التزم به - وخطأ لا علاقة له بالعقود ولا يتصل بجناية أو بجنحة ، كما إذا ألقى شخص عن رعوته شيئاً من النافذة فأتلفت ملابس (أحد المارة) ، وكما إذا أحدث حيوان ضرراً وكانت حراسته غير محكمة ، وكما إذا أشعل شخص حريقاً عن تقصير منه ، وكما إذا آل بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه فوق علية بناء آخر وأحدث به ضرراً<sup>(1)</sup> .

٥١٩ - التقنين المدني الفرنسي : وقد ظهرت هذه الخصائص الثلاث بوضوح في التقنين المدني الفرنسي . فقد صارت المسؤولية التقصيرية في هذا التقنين قاعدة عامة ، وتميزت عن المسؤولية الجنائية ، وقامت على أساس الخطأ .

وقد نصت المادة ١٣٨٢ من هذا التقنين على أن « كل عمل أيا كان يقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه » . ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يأتي : « كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب ، بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره » . ويبدو أن واضعي التقنين الفرنسي قصدوا النص على الأعمال العمدية في المادة ١٣٨٢ ، وخصصوا المادة ١٣٨٣ للأعمال غير العمدية من إهمال أو عدم تبصر . ولكن نص المادة ١٣٨٢ فيما ورد به من عموم لا يحتمل هذا التحديد ، بل هو شامل لجميع الأخطاء التي تترتب عليها المسؤولية التقصيرية ، عمدية كانت أو غير عمدية .

ثم انتقل واضعو التقنين الفرنسي من المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية عن الأشخاص وعن الأشياء . وهذه أيضاً أقاموها على فكرة الخطأ . فنصت المواد ١٣٨٤ - ١٣٨٦ على المسؤولية عن الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة ، ومسئولية المتبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان ، والمسئولية عن البناء وفي كل هذه النصوص لم يرد واضعو التقنين الفرنسي أكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة ، هي الحالات التي يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصياً ، بل عن عمل أتى به آخر في رقابته أو حدث من شيء تحت يده . ولكن مسؤوليته في كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب إليه شخصياً ، فقد قصر في رقابة الغير أو أهمل في حراسة الشيء .

٥٢٠ - تطور المسؤولية التقصيرية منذ التقنين المدني الفرنسي - نظرية تحمل التبعة (risque) : وقد تطورت المسؤولية التقصيرية منذ صدور التقنين الفرنسي تطوراً عميقاً . ودار تطوراً حول فكرة الخطأ . فأخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في

(1) "On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelques dommages: celles qui vont à un crime ou à un délit; celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu: et celles qui n'ont pas de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gâte un habit, si de animaux mal gardés font quelque dommage. si on cause un incendie par imprudence, si un bâtiment qui menace ruine, n'étant pas réparé, tombe sur un autre et y fait des dommages".

ثانياً - ولم يكن جزء هذه الأعمال المحددة التي ترتب المسؤولية تتمحض تعويضاً مدنياً . بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض المدني كأثر من آثار الماضي وقت الأخذ بالتأثر ودفع الدية .

ثالثاً - ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدريج . فلم يكن الخطأ في بادئ الأمر مشتركاً ، بل كان الضرر هو الشرط البارز . ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً . أما في الأعمال التدليسية أي الغش فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى استغرقت فكرة الضرر .

٥١٨ - القانون الفرنسي القديم : يرجع إلى القانون الفرنسي القديم ، في تطوره المتعاقبة وحتت تأثير القانون الكنسي ، الفضل في تمييز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية . ثم في تمييز المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية . والغريب أن فقهاء القانون الفرنسي القديم فعلوا ذلك ، في بعض منه ، عن طريق تفسير القانون الروماني تفسيراً خاطئاً . فإن هذا القانون لم يصل في أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح . ونستعرض الخصائص الثلاث التي أثبتناها للقانون الروماني لنرى ماذا صارت إليه في القانون الفرنسي القديم .

أولاً - انتهت القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية إلى أن توضع وضماً واضحاً صريحاً . وضعها دوما (Domat) أكبر فقيه في القانون الفرنسي القديم ، في كتابه المعروف «القوانين المدنية» (Lois civiles) على النحو الآتي : « كل الخسائر والأضرار التي تقع بفعل شخص ، سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو لجهل بما تبغى معرفته أو أي خطأ مماثل ، مهما كان هذا الخطأ بسيطاً ، يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطأه سبباً في وقوعها »<sup>(١)</sup> .

ثانياً - وتتمحض جزء المسؤولية تعويضاً مدنياً لا تتخلله فكرة العقوبة الجنائية ، على الأقل فيما يتعلق بالضرر الذي يقع على المال . أما الضرر الذي يقع على النفس أو الشرف فيبقى الجزء عليه يحمل أثراً من فكرة العقوبة ، يتمثل في أن دعوى التعويض تتنقل بعد موت الدائن لا إلى ورثته بل إلى أقاربه الأدينين إذ هم أصحاب الثأر .

ثالثاً - وظهرت فكرة الخطأ واضحة وضوحاً تاماً كأساس للمسئولية التقصيرية . بل إن الخطأ العقدي ميز تمييزاً واضحاً عن الخطأ التقصيري وعن الخطأ الجنائي كما تقدم القول . وهذا ما يقوله دوما في هذا الصدد : « يمكن التمييز ، في الخطأ الذي يكون من شأنه يحدث ضرراً ، بين أنواع ثلاثة : خطأ يتعلق بجناية أو بجنحة - وخطأ يرتكبه الشخص الذي يخل بالتزاماته العقدية ، كما إذا لم يسلم البائع الشيء المبيع أو لم يقيم المستأجر بالترميم

Toutes les pertes et tous les dommages, qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute, y a donné lieu".

بعض الحالات ، تارة تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس ، وطوراً تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، بل حتى اختفت تماماً وأخلت مكانها لنظرية تحمل التبعة (risque) . وكان الفقه هو الرائد لهذا التطور ، أمسك زمامه في يده ، وسبق إليه القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مترددة ، ولم يشأ أن يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفروض ، ولم يجاوزه إلى مسئولية لا تقوم على خطأ أصلاً بل على محض تحمل التبعة .  
ونفصل ما أجملناه .

كان للتطور الاقتصادي السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر في تطور نظريات المسئولية التقصيرية . فقد تقدمت الصناعة تقدماً عظيماً باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر الكامن في استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالاً وأكثر تحقّقاً مما كان عليه الأمر في الماضي . فعاد ركن الضرر في المسئولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد يغطي على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسئولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان المعيار مادياً لا شخصياً .

وكان الفقه أول من استجاب لهذا التطور ، متأثراً بعاملين . أولهما علمي هو ما نشرته المدرسة الوضعية (école positiviste) الإيطالية بزعامة فرى (Ferri) من وجوب التعويل على الناحية الموضوعية لا على الناحية الذاتية ، حتى في المجرم نفسه ، فيعاقب لا بالنظر لما يستحقه لشخصه ، بل بالنظر لما تقتضيه حماية المجتمع ، وإذا أمكن القول بالنظرية الموضوعية في القانون الجنائي ، فأولى بالقانون المدني أن يكون الميدان الخصب لهذه النظرية . والعامل الثاني عملي ، يرجع إلى ازدياد مخاطر العمل زيادة كبيرة من شأنها أن تجعل عسيراً على العامل في الكثرة الغالبة من الأحوال أن يثبت الخطأ في جانب رب العمل حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض .

حاول الفقه في البدء أن يعالج الأمر عن طريق الاحتيال على بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي . فشبّه الآلات بالبناء ، وما دام يكفي في البناء إثبات العيب حتى يكون صاحبه مسئولاً . كذلك الآلات إذا أثبت العامل عيباً فيها كان رب العمل مسئولاً عما تحدثه الآلات المعيبة من الضرر . ولكن تيسير الإثبات على هذا النحو لم يكن كافياً . فإن الصعوبة في إثبات العيب في الآلة تكاد لا تقل عن الصعوبة في إثبات الخطأ في جانب رب العمل . ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى ، فجعل رب العمل مسئولاً عقدياً عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته . ولكن القضاء لم يماش الفقه في استخلاص التزام من عقد العمل بضمان سلامة العامل .

ومذ رأى الفقه أن هذه المحاولات لم تجد نفعاً ، واجه الصعوبة من طريق مباشر . فنأدى بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية ، ويجوز أن تقوم هذه المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل تبعته . وهذه هي نظرية تحمل التبعة . فمن خلق تبعات يفيد من مقانمها ، ويجب عليه أن يحمل عبء مغارمها . وقد قام على رأس الفقهاء ، ينأدى بهذه النظرية ، سالي وجرسران ، وبنياها علي تفسير جديد محو للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي . فذهب إلى أن المشرع الفرنسي

لا يشترط ركن الخطأ في المادة ١٣٨٢ إذ يقول : « كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير ... (Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage) ، وأنه رسم قاعدة عامة في المسئولية عن الأشياء في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ إذ يقول : « يكون الشخص مسئولاً ... عن الضرر ... الذي يحدث بفعل الأشياء التي هي في حراسته » (On est responsable... du dommage... qui est causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde) على أن الفقهاء لم يعتمدوا على النصوص وحدها ، بعد تحويرها هذا التحوير الذي لم يخطر ببال المشرع الفرنسي وقت وضع التقنين ، بل اعتمدوا فوق ذلك على صياغة نظرية فقهية كاملة أسموها « نظرية تحمل التبعات المستحدثة » (théorie des risques créés) أو النظرية الموضوعية (théorie objective) يقابلون بها النظرية الشخصية (théorie subjective) التي تقوم على فكرة الخطأ . وقالوا إن النظرية الشخصية لم تعد تتفق لا مع المنطق ولا مع التطور الاقتصادي . فهي أولاً تصطدم مع المنطق ، فمنذ انفصلت المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، وأصبح التعويض المدني لا يدخل للعقوبة فيه ، لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسئولية المدنية ، ويجب أن يكون أساس هذه المسئولية الضرر الذي يستوجب التعويض ، لا الخطأ الذي يقتضى العقوبة ، وهي بعد ذلك تصطدم مع التطور الاقتصادي ، وذلك منذ أصبحت المخترعات الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فما دام الشخص ينتفع بالشئ فمن العدل أن يحمل تبعته ، والغرم بالغنم . وإذا كانت المسئولية الشخصية تصلح في نظام اقتصادي يقوم على الزراعة ، ففي نظام اقتصادي قوامه الصناعة لا تصلح إلا المسئولية الموضوعية . فالواجب إذن في رأى هؤلاء الفقهاء هجر المسئولية الشخصية إلى المسئولية الموضوعية ، أى هجر المسئولية القائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسئولية المجردة عن أى خطأ . ويوجه هذا النظر أساس معقول يقوم على الاعتبار الآتي : يقع ضرر لا بخطأ من أحد ، فمن الذي يجب أن يتحمل هذا الضرر ؟ أيتحمله المضرور وهو الذي خضع لتبعة لم يكن له يد في إيجادها وليس هو الذي يفيد منها ، أم يتحمله محدث الضرر وهو الذي أوجد هذه التبعة وهو الذي يفيد منها ؟ أضف إلى ذلك أن العلاقات المدنية أصبحت الآن علاقات مالية أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرهق صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر ، فإن هذا يدخل في مخاطر صنعتهم ، وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر ، وبحسبه أن يلجأ إلى التأمين لمصلحة عماله ، فإن ذلك لا يهبطه ، بل هو يحقق به معنى التضامن الاجتماعي . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار ، كبير المنفعة ، يسهل التأمين في شأنه . هذه هي العناصر الثلاثة التي إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً ، لا عنت فيه ولا إرهاق .

والفرق الجوهرى ما بين المسئولية الشخصية والمسئولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفروضاً ، ولو كان هذا الفرض غير قابل لإثبات العكس . فأساس المسئولية الخطأ لا الضرر ، والمسئول هو الحارس لا المنتفع . أما المسئولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ ، والمسئول هو المنتفع لا الحارس . ويترب على ذلك أن



المدين في المسؤولية الشخصية ، إذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ واجب الإثبات ، يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ في جانبه . فإذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل إثبات العكس ، استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطئ . فإن كان فرض الخطأ لا يقبل إثبات العكس ، استطاع المدين أن يدفع المسؤولية بإثباته السبب الأجنبي . فالمدين يستطيع دائماً أن يدفع المسؤولية الشخصية عن نفسه ، إما بنفي الخطأ في ذاته ، وإما بنفيه كسبب للضرر الذي وقع . أما المسئول في المسؤولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسؤولية حتى لو نفي الخطأ ، وحتى لو أثبت السبب الأجنبي . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه ، ولو بغير خطأ منه ، فهو المسئول عنه .

هذا هو ما انتهى إليه فقه النظرية الموضوعية في أوج انتشارها . ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً ، ووجد غناء في نظرية الخطأ المفروض . ولم يبق ثابتاً على النظرية في معناها الواسع الشامل إلا قلة من الفقهاء ، فيهم جوسران وديموج وسافاتييه . وكان السبب في وقوف الفقه عن المضي في النظرية الموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء في فرنسا .

أما التشريع الفرنسي فقد حدد نطاقاً ضيقاً للنظرية الموضوعية ، وبقي بعيداً عن أن يأخذ بها كقاعدة عامة . فقد اقتصر على الأخذ بها في بعض نواحي النشاط وما يتولد عنها من تبعات أخذ بها في تبعات الحرفة (risque professionnel) وذلك في تشريع العمال الذي صدر في سنة ١٨٩٨ ، ثم امتد بتشريعات متعاقبة من الصناعة إلى التجارة ، ثم إلى الزراعة ، ثم إلى الخدمة المنزلية . وأدمجت كل هذه التشريعات في تشريع موحد صدر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، ثم في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ . والتشريع يرتب المسؤولية على مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل بضرر في أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل ، حكم له بتعويض مقدر (forfaitaire) لا يصل إلى التعويض الكامل ، ولا تنتفي المسؤولية عن رب العمل حتى لو أثبت الحادث الفجائي أو خطأ المضرور أو عمل الغير ، وإنما تنتفي بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية أيضاً في «تبعات الطيران» (risque de navigation aérienne) ، فقد صدر تشريع في سنة ١٩٢٤ يجعل المنتقل بالطيارة مسئولاً عن كل ما تحدثه طيارته من أضرار . ولا تنتفي المسؤولية حتى لو أثبت المسئول القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو عمل الغير ، وإنما تنتفي بإثبات خطأ المضرور . وأخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية أخيراً في «تبعات التضامن الاجتماعي» (risque social) . من ذلك أن تشريعاً صدر في سنة ١٨٩٥ يجعل الدولة مسئولة عن تعويض المحكوم عليه في جنحة أو جنابة في الأحوال التي يجوز له فيها طلب مراجعة القضاء (demande en révision) ويثبت عند المراجعة أنه بريء (أنظر المادة ٤٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي) . وهذه مسؤولية موضوعية عن تبعات الأخطاء القضائية (erreurs judiciaires) . ومن ذلك أيضاً أن تشريعاً صدر في سنة ١٩١٩ وآخر في سنة ١٩٢١ يوجبان تعويض ضحايا الحرب وضحايا مصانع الذخيرة في أحوال معينة ، ومسؤولية موضوعية عن تبعات الدفاع الوطني (défense nationale) . ولا يزال المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة في كثير من التفاؤل . فهذه

الحرفة ، وتبعات الطيران ، وتبعات التضامن الاجتماعي ، قد رتب المشرع المسؤولية عليها جميعاً . فليس بعيداً أن يرتب المسؤولية بعد ذلك على «تبعات الملكية» (risque de propriété) ، ثم على تبعات النشاط بوجه عام (risque d'activité) ، حتى يستكمل بذلك جميع الصور في «تبعات الخطر المستحدث» (risque créé) . ولكننا لا نزال بعيدين كثيراً في ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور . بل إن أهم صورة فيها ، وهي صورة تبعات الحرفة ، ليست تسجيلاً كاملاً للمسؤولية الموضوعية ما دام المضرور لا ينال تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من الضرر . ثم إن المشرع الفرنسي قد أصدر ، من جهة أخرى ، تشريعات هي نفي صريح للمسؤولية الموضوعية ، بل ورجوع عن الخطأ المفروض إلى الخطأ الواجب الإثبات .

وأما القضاء الفرنسي فلم يسلم بالمسؤولية الموضوعية . بل هو يشترط دائماً أن تقوم المسؤولية على الخطأ . ولكنه سار شوطاً بعيداً في جعل هذا الخطأ مفروضاً في أحوال كثيرة . وسرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في المسؤولية عن الأشخاص وعن الأشياء . واستعان القضاء الفرنسي ، إلى جانب الخطأ المفروض في المسؤولية التقصيرية ، بالمسؤولية العقدية في بعض الحالات ، وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة (obligation de sécurité) في بعض العقود وبخاصة في عقد النقل . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الفرنسي ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية ، ولم يحد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة . وهو مع ذلك قد وصل إلى كثير من النتائج العملية التي تقول بها أنصار المسؤولية الموضوعية ، وذلك عن طريق الخطأ المفروض .

٥٢١ - المسؤولية التقصيرية في التقنين المصري القديم : وقد أخذ التقنين المصري القديم قواعد المسؤولية التقصيرية عن القانون الفرنسي في وقت كان القضاء الفرنسي فيه قد بدأ يأخذ بالخطأ المفروض . فوضع القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية ، وأقامها على خطأ واجب الإثبات . إذ نص في المادتين ٢١٢/١٥١ على ما يأتي : «كل فعل نشأ منه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر» . ثم عرض لحالات الخطأ المفروض على غرار القانون الفرنسي ، فأكمل نص المادتين ٢١٢/١٥١ بما يقرر مسؤولية المكلف بالرقابة عنهم تحت رعايته ، وإقام هذه المسؤولية على خطأ مفروض ، إذ قضى في عبارة غامضة بما يأتي : «وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته أيهم» . ثم انتقل إلى مسؤولية المتبوع عن التابع (م

(١) من ذلك قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ ويتعلق بمسؤولية المعلمين عند تلاميذهم ، وقد ألغى به قانون ٢٠ يولية سنة ١٨٩٩ . وقد استبقى هذا القانون مسؤولية الدولة قائمة مكان مسؤولية المعلمين ، ولكنه تطلب لتحقيق هذه المسؤولية إثبات خطأ في جانب المعلم بعد أن كان هذا الخطأ مفروضاً . ومن ذلك أيضاً قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ يستثنى فيه من المادة ١٣٨٤ - بعد أن سلم أن هذه المادة تقيم المسؤولية عن الأشياء على خطأ مفروض - حالة الحريق ، فجعل المسؤولية فيها تقوم على خطأ واجب الإثبات .



تشوب نصوص التقنين القديم (١).

وتبين من النصوص التي أوردها التقنين الجديد أمران :

أولاً - أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة . وقد أحسن في ذلك صنماً . إذ يجب في هذا الصدد أن يسلك المشرع المصري الطريق الذي سبقه إليه المشرع الفرنسي ، فيصدر تشريعات خاصة في مسائل معينة يقتضى التطور الاقتصادي أن يؤخذ فيها بنظرية تحمل التبعة ، فيأخذ بها في هذه التشريعات إلى حد معقول . وهذا هو النهج الذي سار عليه المشرع المصري فعلاً ، متمشياً في ذلك مع مقتضيات الظروف الاقتصادية للبلاد (٢) .

ثانياً - جعل التقنين الجديد المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامهما على خطأ مفروض .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «بالغ التقنين السابق في التزام الإيجاز بصدد الأحكام الخاصة بالعمل غير المشروع . وليس يخلو هذا الوضع من شيء من الغرابة . ولا سيما إذا روعي أن أحكام المسؤولية التقصيرية قد أصابت ، منذ صدور التقنين المدني الفرنسي ، ويوجه خاص منذ صدور التقنينات المصرية ، من بسطة النطاق ما يؤهلها لأن تشغل في تقنين عصري مكاناً لا يدانيه في أهمية ما أفرد لها حتى اليوم . وقد عرض المشروع لأحكام العمل غير المشروع في قسمين رئيسين . أفرد أولهما للمسؤولية عن الأعمال الشخصية ، وهي المسؤولية العامة أصلاً ، وقوامها إثبات الخطأ . أما القسم الثاني فقد جمعت فيه أحوال المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء ، وهي أحوال تقوم فيها المسؤولية على افتراض الخطأ . وقد استهل المشروع القسم الأول بالقاعدة الأساسية في المسؤولية عن الخطأ الثابت ، فأفرغها في نص واضح موجز اقتبسه من المشروع الفرنسي الإيطالي . والواقع أن التقنينات اللاتينية ، في هذه الناحية ، أرقى في صياغتها التشريعية من التقنين الألماني فهذا التقنين ، بدلاً من أن يضع مبدأ تنطوي في عمومها جميع التطبيقات التفصيلية للخطأ الشخصي ، يبدأ بطائفة من النصوص تعرض لحالات خاصة ، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العام ومذهبه هذا يقرب من مذهب القانون الإنجليزي . ولكنه أخلق بنظام قانوني يقوم على أحكام القضاء ، وعلى التطبيق في المسائل التفريقية ، منه بتقنين يقصد به إلى تقرير مبادئ عامة ولهذه العلة أعرضت عنه ذات التقنينات التي درجت على استلهام التقنين الألماني ، كتقنين الالتزامات السويسري والتقنين المساوي المعدل والتقنين البولوني . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٠) .

(٢) ومن أهم هذه التشريعات الخاصة التي أصدرها المشرع المصري ، وأخذ فيها بتحمل التبعة بالقدر المعقول ، نذكر ما يأتي :

- ١ - قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون التأمين الاجتماعي ، وتقضى المادة ١ - يشمل نظام التأمين الاجتماعي التأمينات التالية : (١) ..... (٢) التأمين ضد إصابات العمل ، (٣) التأمين ضد المرض ، (٤) ..... (٥) .....
- وتنص الفقرة هـ من المادة (٥) أنه يقصد بإصابة العمل : الإصابة بأحد الأمراض المهنية المبينة بالجدول رقم ١ المرفق . أو الإصابة نتيجة حادث وقع أثناء تأدية العمل أو سببه ، وتعتبر الإصابة الناتجة عن الاجتهاد أو الأرهاق من العمل إصابة عمل متى توافرت فيها الشروط والقواعد التي يصدر باقرار من وزير الشؤون الاجتماعية والتأمينات بالاتفاق مع وزير الصحة .
- ويعتبر في حكم ذلك كل حادث يقع للمؤمن عيه خلال فترة ذهابه لمباشرة عمله أو عودته =

(٢١٤/١٥٢) ، فالمسؤولية عن الحيوان (م ٢١٥/١٥٣) ، فبني المسؤولية في هاتين الحالتين أيضاً على خطأ مفروض . ولم ينقل عن القانون الفرنسي النص الخاص بالمسؤولية عن البناء (١) . كذلك لم ينقل عن القضاء الفرنسي المسؤولية عن الأشياء على الوجه الذي استقر عليه هذا القضاء أخيراً في تفسيره للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي ، إذا لم يكن هذا القضاء وقت ظهور التقنين المصري القديم قد استقر على هذا التفسير .

أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها التقنين المدني القديم . وإذا كان بعض الفقهاء في مصر نادى بوجود الأخذ بها (١) ، فإن القضاء المصري في أحكامه ، عدا النذر اليسير (٢) ، قد قطع في عدم الأخذ بها ، وأعلنت محكمة النقض هذا في عبارات واضحة صريحة (٣) .

٥٢٢ - المسؤولية التقصيرية في التقنين المصري الجديد : كان التقنين المصري القديم قد التزم الإيجاز التام في النصوص التي أوردها في المسؤولية التقصيرية ، على النحو الذي رأيناه فيما تقدم . أما التقنين الجديد فقد أورد في هذا الموضوع الكثير الأهمية عدداً غير قليل من النصوص ، عالج فيها العيوب الجسمية التي كانت

(١) الدكتور عبدالسلام ذهني بك في الالتزامات فقرة ٧٨١ وما بعدها .

(٢) أنظر في هذه الأحكام الموجز في النظرية العام للالتزامات للمؤلف ص ٣٨٣ هامش رقم ٢ .  
بنوع خاص : محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨  
- محكمة الزقازيق الكلية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ - محكمة مصر الكلية المختلطة في ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ رقم ٢٠ ص ١٨٨ ص ١٩٥ .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض : «إن القانون المصري لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسؤولاً عن ملكه التي لا يلابسها شيء من التقصير ، بل إن هذا النوع من المسؤولية يرفضه الشارع المصري فلا يجوز للقاضي اعتماداً على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية إن يترتب على اعتبار المسؤولية في هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعليه يسبغه ، إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعليه لا أحكام صريحة في جامعة مانعة . وإذن فالحكم الذي يترتب مسؤولية الحكومة مديناً عما يحدث على نظرية مسؤولية مخاطر الملك التي لا تقصير فيها والمسؤولية الشبيهة يكون قد أنشأ نوعاً من المسؤولية لم يقرره الشارع ولم يرد ، ويكون إذن قد خالف القانون وتعين نقضه» (نقض مدني في ٢٦ سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ ص ٤٨٥) . وانظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية في ٢٦ نوفمبر ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٨ ص ٧٤٥ - استئناف مختلط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ١٥٤ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١ - وفي ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ (تحمل التبعة الاجتماعية) .

(١) متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض للمطعون عليهم عن الأضرار التي لحقت بحمل الطاعنة مسؤولية سقوط حائط منزلها دون بيان وجه خطتها في ذلك مع وجوب هذا الأمر بالمادة ١٥١ من القانون المدني القديم المنطبق على واقعة الدعوى والذي لم يرد فيه نص من القانون المدني الجديد التي تفترض مسؤولية حارس البناء عما يحدث انهدامه من ضرب الحوادث لا يرجع إلى أعمال في الصيانة أو تدمير في البناء أو عيب فيه ، وهذا تشريع مستحدث إلا من تاريخ العمل به ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون وشابه القصور .  
(جلسة ١٩٥٣/٩/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص ٩٨)

ونحن نسائر هذا الترتيب . فنبحث المسئولية التقصيرية في فصلين :  
(الفصل الأول) في المسئولية عن الأعمال الشخصية .  
(والفصل الثاني) في المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

## الفصل الأول

### المسئولية عن الأعمال الشخصية

٥٢٣ - مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات : المسئولية عن الأعمال الشخصية ، أى عن عمل شخصي يصدر من المسئول نفسه ، هي مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فالخطأ هنا غير مفروض ، بل يكلف الدائن إثباته في جانب المدعى . وهذه هي القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية ، لم ينحرف القانون عنها إلى مسئولية تقوم على خطأ مفروض إلا في حالات معينة حصرتها النصوص .

والمسئولية ، في قاعدتها العامة ، لها أركان إذا توافرت ترتبت على المسئولية آثارها . فنحن نتكلم في أركان المسئولية ، ثم في آثار المسئولية .

### الفرع الأول

#### أركان المسئولية التقصيرية

٥٢٤ - أركان ثلاثة : تنص المادة ١٦٣ من القانون المدني الجديد ما يأتي :  
« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه لخطأ بتعويض الضرر » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلاً لفظياً فصارت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبحت المادة ١٦٧ في المشروع النهائى . وقد وافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٣ - ص ٣٥٦) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « تستظهر المادة ٢٣٠ من المشروع (م ١٦٣ من القانون الجديد) في عبارة أكثر ما تكون إيجازاً ووضوحاً حكم المسئولية التقصيرية في عنصرها الثلاثة . فترتب الإلزام بالتعويض على (كل خطأ سبب ضرراً للغير) . فلا بد إذن من توافر خطأ وضرر ثم علاقة سببية تقوم بينهما » .  
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٤) .

وتقابل المادة ١٦٣ من القانون الجديد المادة ١٥١ من القانون الوطنى القديم والمادة ٢١٢ من القانون المختلط القديم . وهذا نص كل منهما :

م ١٥١ من القانون الوطنى القديم : « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر ..... » .

م ٢١٢ من القانون المختلط القديم : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أو لأى سبب آخر » .

= منه بشرط أن يكون الذهاب أو الإياب دون توقف أو تخلف أو انحراف عن الطريق الطبيعى . وعرفت الفقرة (و) المصاب هو من أصيب باصابة عمل ، كما أوضحت الفقرة (ز) المريض هو من أصيب بمرض أو حادث غير إصابة عمل .

وقضت المادة ٤٩ بأنه إذا حالت الاصابة بين المؤمن عليه وبين أداء عمله تؤدي الجهة المختصة خلال فترة تخلفه عن عمله بسببها تعويضاً عن أجره يعادل أجره المسدد عنه الاشتراك ويصرف هذا التعويض للمصاب في مواعيد صرف الأجر بالنسبة لمن يتقاضون أجرهم بالشهر ، اسبوعياً بالنسبة لغيرهم . ويستمر صرف ذلك التعويض طوال مدة عجز المصاب عن أداء عمله أو حتى ثبوت العجز المستديم أو حدوث الوفاة ، وتقضى المادة ٥٧ بأنه لا يستحق تعويض الأجر وتعويض الاصابة في الحالات الآتية : (أ) إذا تعمد المؤمن عليه اصابة نفسه . (ب) إذا حدثت الاصابة بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب المصاب ويعتبر في حكم ذلك .

١ - كل فعل يأتيه المصاب تحت تأثير الخمر أو المخدرات . (٢) كل مخالفة صريحة لتعليمات الوقاية المتعلقة في أمكنة ظاهرة في محل العمل .

وذلك كله ما لم ينشأ عن الاصابة وفاة المؤمن عليه أو تخلف عجز مستديم تزيد نسبتهم على ٢٥٪ من العجز الكامل ، وتنص المادة ٦٦ بالتزام الجهة المختصة بجمع الحقوق المقررة وفقاً للحكم هذا الباب ولو كانت الاصابة تقتضى مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمل دون اخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسئول .

وتقضى المادة ٦٨ بأنه لا يجوز للمصاب أو المستحقين عنه التمسك ضد الهيئة المسئولة بالتعويضات التي تستحق عن الاصابة طبقاً لأى قانونى آخر . كما لا يجوز لهم ذلك بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الاصابة عن خطأ من جانبه . وبذلك عدل القانون عن المبدأ الذى كان قائماً به من أنه لا يجوز للمصاب ذلك أيضاً بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الاصابة قد نتجت عن خطأ جسيم من جانب صاحب العمل ومن ثم يكون للمؤمن عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على تعويض تكميلى من صاحب العمل إذا كان التعويض المقرر له يفتضى هذا التأمين غير كافي للضرر الذى لحق به بسبب الاصابة وذلك أياً كانت درجة خطأ صاحب العمل (تقرير لجنة العاملة عن مشروع القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥) .

٢ - قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذى يصيب المبانى والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب : وهو قانون مؤقت ، ويخصص للتعويض رأس مال من موارد متعددة ، أهمها ضريبة تجبى من المتفعين بهذا القانون (فهو بمثابة تأمين إجبارى) والميزانية العامة معادل لما يجبى من هذه الضريبة .

٣ - قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار البحر ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامتين بتعويض مقدر لمن يصاب من أفراد طاقم السفينة (الريان وضباط الملاحة والمهندسين والبحريين والبحارة وغيرهم) بأى عمل فى السفينة .

٤ - قانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الارشاد بميناء الإسكندرية : ويقضى على مالك السفينة - فيما عدا حالة الخطأ الجسيم من المرشد - عن كل هلاك أو ضرر يصيب السفينة أثناء عمليات الإرشاد ، ويقضى كذلك بتعويض للمرشد عند اضطراره للسفر مع السفينة في الأحوال الجوية أو بناء على طلب ريان الفينة .

ويتبين من هذا النص أن المسؤولية التقصيرية ، كالمسؤولية العقدية ، لها أركان ثلاثة :  
(١) الخطأ (٢) الضرر (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .  
فتكلم عن هذه الأركان الثلاثة تباعاً .

## المبحث الأول

### الخطأ (\*)

(La faute)

٥٢٥ - مسألان : نحدد أولاً فكرة الخطأ الذي يوجب المسؤولية التقصيرية ، ثم نستعرض تطبيقات مختلفة لهذه الفكرة .

## المطلب الأول

### تحديد فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية

٥٢٦ - آراء مختلفة في تحديد فكرة الخطأ : تضاربت الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية . ونستعرض من هذه الآراء أكثرها ذيوماً ، وهي أربعة .

(\*) بعض المراجع : رولان (Rolin) في بعض ملاحظات على الالتزامات الناشئة من الجريمة ونسبه الجريمة بروكسل سنة ١٩٢٧ - رانسيرت (Rutsaert) في أساس المسؤولية غير العقدية بروكسل سنة ١٩٣٠ - مارتون (Marton) في أساس المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٨ .

الرسائل : جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ - تيسير (Teisseire) رسالة من أكس سنة ١٩١٠ - بسك (Bosc) رسالة من مونبيلييه سنة ١٩٠١ - كوهندي (Cohendi) رسالة من لوان سنة ١٩١٠ - سافاتييه رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ - بترمييه (Betremieux) رسالة من لوان سنة ١٩٢١ - ليجال (Legal) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - مينيه (Meignic) رسالة من لوان سنة ١٩٢٤ - ولهم (Wilhem) رسالة من مونبيلييه سنة ١٩٢٨ - شميت (Schmidt) رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ - بران (Brun) رسالة من ليون سنة ١٩٣١ - ديران (Durand) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ - فيريه (Férey) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - جواتون (Joatton) رسالة من ليون سنة ١٩٣٣ - سليمان (Suliman) رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ - ليمير (Lemaire) رسالة من ليل سنة ١٩٣٥ - ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ - هيسون (Husson) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

المقالات : إيمانويل ليفي في المسؤولية والعقد (المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٩ ص ٣٦١) وجيني في تحمل التبعة والمسؤولية (المجلة الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٨١٢) - بلانيول في أساس المسؤولية الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٢٧٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠ - جودمييه (Gaudemet) حديث في المسؤولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٢٧ ص ٨٩٣) - إسمان في مبادئ المسؤولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٥٨) وفي ثلاث مسائل في المسؤولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧) - شوفر (Chauveau) في مسائل المسؤولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٣٠٦) - سافاتييه في القواعد العامة في المسؤولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٣٠٦) .

فأرى شائع بين الفقهاء يقول أن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أي العمل الضار المخالف للقانون (١) . وهذا رأى لا يقدمنا كثيراً في تحديد معنى الخطأ . إذ يبقى أن نعرف ما هي الأعمال التي تلحق ضرراً بالغير وينهى عنها القانون . وإذا كانت هناك نصوص تعين بعض هذه الأعمال فإن الكثرة الغالبة منها لم يرد فيها نص . فيكون علينا أن نرسم لها ضوابط تعينها ، وهذا ما نتلمسه فلا نجد في هذا الرأى .

ورأى ثان - قال به الأستاذ بلانيول - يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالالتزام سابق (٢) . يبقى هنا أيضاً أن نعرف ما هي هذه الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ . يحاول بلانيول أن يحصرها في أربعة : الامتناع عن العنف ، والكف عن الغش ، والإحجام عن عمل لم تنهياً له الأسباب من قوة أو مهارة ، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء . وليس هذا تعريفاً للخطأ ، بل هو تقسيم لأنواعه .

ورأى ثالث للأستاذ إيمانويل ليفي يقول إن تحديد الخطأ يقتضى التوفيق ما بين أمرين : مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص فمن حقهم عليه أن يحجم عن الأعمال التي تضر بهم ، ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير . فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ، ولا يتعارض مع ثقة الناس به . ويدعى هذا المذهب بمذهب الأخلال بالثقة المشروعة (confiance légitime trompée) . وهو كما نرى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذي يعصم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه .

ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين ، فهو اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء كما يقول ديموج ، أو هو أخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب كما يقول سافاتييه ، أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول جوسران . والاعتداء على الحق ، والأخلال بالواجب ، والحق الأقوى أو الحق المماثل ، كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ ، بل هي ذاتها في حاجة إلى تحديد .

٥٢٧ - الخطأ له ركنان - ركن مادي وركن معنوي : والرأى الذي استقر فقها وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية . فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالالتزام قانوني ، كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالالتزام عقدي . وقد رأينا أن الالتزام العقدي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية

(١) أنظر المادة ٢١٢ من القانون المختلط القديم ، وتقول : كل فعل مخالف للقانون ... وقد سبق ذكرها .

(٢) وهذه هي عبارة بلانيول ذاتها : (La fauto est un manquement à une obligation préexistante) (بلانيول ٢ فقرة ٨٦٣) .



(obligation de moyne) . أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية ، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف ، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية<sup>(1)</sup> .

ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين : الركن الأول مادي وهو التعدى (culpabilité) ، والركن الآخر معنوي وهو الإدراك (imputabilité, discernement) .

## ١ - الركن المادي : التعدى

٥٢٨ - مقياس التعدى مقياس موضوعي لا مقياس ذاتي : نستظهر مما تقدم أن الخطأ انحراف في السلوك . فهو تعدد يقع من الشخص في تصرفه ، ومجازة للحدود التي يفرضها عليه التزامها في سلوكه . فكيف يقع هذا الانحراف ؟ وما هو ضابطه ؟

يقع الانحراف إذا تعمد الشخص الإضرار بالغير - وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) - أو إذا هو دون أن يتعمد الإضرار بالغير أهمل وقصر - وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية (quas-délit civil) .

أما الضابط في الانحراف فيمتصو أن يرد إلى إحدى وجهتين : وجهة subjective (subjectif) أو وجهة موضوعية (objectif) . فيقاس التعدى الذي يقع من الشخص مقياساً شخصياً (in concreto) إذا اخترنا الوجهة الذاتية ، أو مقياساً مجرداً (abstracto) إذ أثرنا الوجهة الموضوعية .

والمقياس الشخصي يستلزم أن ننظر إلى شخص التعدى نفسه ، لا إلى التعدى أو نحن ننظر إلى التعدى من خلال شخص التعدى . فنبحث هل ما وقع منه يعتبر إليه إنحرافاً في السلوك ، أي في سلوكه هو . فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة والتدبير ، فأقل انحراف في سلوكه يكون تعدياً . وقد يكون دون المستوى العادي

(1) رتب المشرع في المادة ١٦٣ من القانون المدني الالتزام بالتعويض على كل خطأ سبب ضرراً وأورد عبارة النص في صيغة عامة بما يجعلها شاملة لكل فعل أو قول خاطئ سواء أكان معاقباً عليها أم كان لا يقع تحت طائلة العقاب ويقتصر على الإخلال بأي واجب قانوني القوانين العقابية بنص ، ومؤدى ذلك أن المحكمة المدنية يجب عليها البحث فيما إذا كان الفعل المنسوب للمشتول - مع تجرده من صف الجريمة - يعتبر خروجاً على الإلتزام القانوني الكافية، بعدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع ، فلا يمنع انتفاء الخطأ الجنائي عن المسؤولية المؤسسة عليه الدعوى من توافر الخطأ في هذا القول أو الفعل . (جلسة ١٩٨٥/١٢/١٩ الطعن ١٠٤١ ولجنة ٥٢ ق) .

والذكاء ، فلا يعتبر متعدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً . وقد يكون في المستوى العادي المألوف ، فالتعدي بالنسبة إليه لا يكون انحرافاً في السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضلالة ، ولكنه انحراف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافاً عن السلوك المألوف . والمقياس الشخصي على هذا النحو لا شك في عدالته . فهو يأخذ كل شخص بجريته ، ويقيس مسؤوليته بمعياري من فطنته ويقظته . وهو في الوقت ذاته يربط ما بين الخطأ القانوني والخطأ الأدبي . فالشخص لا يكون قد ارتكب خطأ قانونياً إلا إذا أحس أنه ارتكب خطأ أدبياً . فضميره دليله ووازعه ، يشعر بما يهيم أن يرتكب من خطأ ، ويشبهه عنه ، أو يسجله عليه . ولكن المقياس الشخصي فيه عيب جوهري لا يصلح معه أن يكون مقياساً منضبطاً وافياً بالغرض . فهو يقتضي أن تنسب الانحراف في السلوك إلى صاحبه ، فننظر إلى الشخص . ونكشف عما فيه من يقظة ، وما خلص له من فطنة ، وما درج عليه من عادات . وهذا كله أمر خفي ، بل لعله أن يكون من الخفاء بحيث يستعصى على الباحث المدقق كشفه . ثم هو بعد ذلك يختلف من شخص إلى شخص ، فالانحراف عن السلوك المألوف ، تراه الناس في العادة انحرافاً محققاً ، يكون تعدياً بالنسبة إلى شخص ذي فطنة أو شخص عادي ، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين في الفطنة . فما ذنب ضحية هذا الانحراف ؟ وما الذي يعنيه - وقد حاق به الضرر - من أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادي أو دون هذا المستوى ؟ وهل التعويض جزاء جنائي ينظر فيه إلى شخص المجرم قبل أن ينظر إلى الجريمة ، فيصيب المجرم في نفسه قبل أن يصيبه في ماله ؟ أو هو جزاء مدني ينظر فيه إلى التعدى قبل أن ينظر إلى المتعدى ، فيصيب المسئول في ماله قبل أن يصيبه في نفسه ؟ لا شك في أن التعويض جزاء مدني لا عقوبة جنائية ، ولا شك كذلك في أن الدائن بمقتضى العمل غير المشروع ، كالدائن بمقتضى العقد ، لا تعنيه الظواهر النفسية بقدر ما تعنيه الظواهر الاجتماعية . فالخطأ كالإرادة شيء اجتماعي قبل أن يكون ظاهرة نفسية . وكما يقف الدائن في العقد عند الإرادة الظاهرة يستخلص منها الإرادة الباطنة دون أن يعاب بما يكتنه مدينه من سريرة خفية ، كذلك الدائن في العمل غير المشروع ينبغي أن يقف عند الانحراف عن السلوك المألوف لا يعاب بما ينطوي عليه مدينه من تراخ أو يقظة .

من أجل هذا كله رجح لأخذ بالمقياس المجرد دون المقياس الشخصي . فيقاس الانحراف بسلوك شخص تجرده من ظروفه الشخصية . هذا الشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس ، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ، ولا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل إلى الحضيض . وهو الشخص الذي اتخذناه من قبل مقياساً للخطأ العقدي في الإلتزام ببذل عناية ، حيث يطلب من المدين في الأصل أن يبذل عناية الرجل العادي . وهو شخص عرفه القانون الروماني ، وسماه برب الأسرة العاقل (bon père de famille) . ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادي ، ونقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدى . فإن كان هذا لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي ، فهو لم يتعد ، وانتفى عنه الخطأ ، ونقض المسؤولية عن كاهله . أما إذا

كان قد انحرف ، فمهما يكن من أمر فطنته ويقظته ، فقد تعدى ، وثبت عليه الخطأ ، وترتبت المسؤولية في ذمته . بهذا وحده يسلم لنا مقياس منضبط صالح واف بالغرض ، فلا نحن في حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف عن خفايا السرائر ، ولا المقياس يختلف في تطبيقه من شخص إلى شخص . بل يصبح التعدى أمراً واحداً بالنسبة إلى جميع الناس ، إذ أن معياره لا يتغير . فإذا جاوز الانحراف المألوف من سلوك الناس صار تعدياً ، يستوى في ذلك أن يصدر من فطن ذكي أو وسط عادي ، أو خامل غبي . ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نفسية ، فتستقر الأوضاع ، وتنضبط الروابط القانونية (١) (١)

ولا نريد في دفاعنا عن المقياس المجرد - وهو المقياس الذي أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء - أن نخفي ما ينطوي عليه من تسليم جزئي بقيام المسؤولية على تحمل التبعة (risque) . ذلك أن الشخص الذي هو دون المستوى العادي من الفطنة واليقظة ، إذا أخذ بهذا المقياس ، كان عليه أن يتحمل تبعه نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادي . فقد يكون استنفد ما وسعه من جهد ، وبذل ما في طاقته من حرص ويقظة ، ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادي ، فيعد انحرافه عن هذا المستوى تعدياً ، ويصبح مسؤولاً . ومسئولته هنا إذا كانت تقوم على خطأ قانوني بالنسبة إلى المقياس المجرد ، فهي لا تقوم على أي خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصي ، ومن هنا يجيء تحمل التبعة . فكأن المطلوب من الناس جميعاً ، وهم مأخوذون بهذا المقياس المجرد ، أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك . فمن علا عن الوسط كان علوه غنماً ، ومن نزل عنه كان نزوله غرماً . هكذا يعيش الإنسان في المجتمع ، وهذا هو الثمن الذي يدفعه للعيش فيه .

٥٢٩ - التجرد من الظروف الداخلية لا من الظروف الخارجية : وهذا المقياس المجرد - مقياس السلوك المألوف من الشخص العادي - قد تجرد كما قلنا من جميع الظروف الذاتية الملازمة لشخص المتعدى . إذ هي ظروف داخلية متصلة به . فهو مأخوذ بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادي (١) حتى لو كان هو محدود الذكاء ، قليل الفطنة ، ضعيف الإدراك (١) . وهو مأخوذ به أيضاً حتى لو كان بطيء الحركة ، خامل الهمة ، بليد الطبع . وهو مأخوذ به كذلك حتى لو كان عفيف التصرف ، نائر الطبع ، عصبي المزاج - ولو أن سائق السيارة ليلاً في المدينة كان ضعيف النظر ، أو كان صبيهاً صغيراً في السن ، أو كان ريفياً لم يتعود القيادة في المدن ، أو كان امرأة لا تضبط أعصابها ، فإن شيئاً من هذا لا يغير من وجه المسألة . فما زال السائق مأخوذاً بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادي .

(٢) بحيث لا يصل ضعف الإدراك إلى حد انعدام التمييز ، وإلا انعدم الركن المعنوي للخطأ . وسنرى ذلك فيما يلي .

(١) أ - الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة ١٦٣ من القانون المدني هو الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير .

(جلسة ١٩٧٨/١٠/٣٠ الطعن رقم ٤٠ لسنة ٤٣ ق)

ب - الخطأ الموجب للمسئولية طبقاً للمادة ١٦٣ من القانون المدني هو الاخلال بالتزام قانوني يفرض على الفرد أن يلتزم في سلوكه بما يلتزم به الافراد العاديون من اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف هذا السلوك الذي يتوقعه الآخرون ويقيمون تصرفاتهم على أساس من مراعاته يكون قد أخطأ .

(جلسة ١٩٧٨/٥/٣١ الطعن ٣٣٦ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٣/٢١ الطعن ٢٧٢ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٦٣٦)

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : (ويغني لفظ (الخطأ) في هذا المقام عن سائر التعريفات والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كاصطلاح (المعمل غير المشروع) ، أو (المعمل المخالف للقانون) أو (الفعل الذي يحرمه القانون) إلخ .... فهو يتناول الفعل السليبي (الامتناع) والفعل الإيجابي ، وتتصرف دلالاته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء . وغني عن البيان أن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الخطأ في نصوص التشريع لا يكون من وراءه إلا إشكال وجه الحكم ، ولا يؤدي قط إلى وضع بيان جامع مانع . فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي . وهو يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه . فتمتع التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الخطأ . ويقتضي هذا الالتزام تبصراً في التصرف ، يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحرص (اقرأ الرجل العادي) . وقد أقر التقنين النمساوي هذا الضابط التوجيهي إقراراً تشريعياً ، فنص في المادة ١٢٩٧ من القانون أنه (يفترض فيمن يتمتع بقواه العاقلة أن تتوافر لديه درجة الانتباه والعناية التي تتوقع في سواد الناس . ويتحقق معنى الخطأ في كل عمل ينشأ عنه ضرر بحقوق الغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا المعنى ذلك الدرجة) . وقد عرض التقنين البولوني ، بعد أن وضع المبدأ العام في المسئولية التقصيرية ، لتبصير التحريض والإعانة على الإضرار وصورة الافادة من الضرر . فقرر في المادة ١٣٦ مسئولية من يحرض شخصاً آخر على الإضرار بالغير أو يعينه على ذلك ، كما قرر مسئولية من يفيد عن بينة من ضرر الغير . أما حكم الصورة الأولى ، وهي الخاصة بمسئولية الشريك ، فلا وجه للشك فيه ، لأن الشخص في ذاته يعتبر خطأ مستقلاً . ولكن حكم الصورة الثانية لا يزال محللاً للنظر في وجوه ، فإذا لم يجرى وقع ممن أثرى على هذا النحو خطأ معين ، ولم يجاوز أمره حدود الانتفاع عن بينة من ضيق الغير ، فلا تجوز مساءلته إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب (أنظر المادة ٥٠ من تقنين الالتزام السويسري) ٤ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥) .

(١) أ - استخلاص الفعل المؤسس عليه طلب التعويض من سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصه سائفاً . تكييف الفعل بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه خضوعه لرقابة محكمة التقاضي .

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ الطعن رقم ١١٨٦٥ السنة ٦٥ ق ص ٤٨ ص ١٠٢٥)

(جلسة ١٩٩٥/١١/٢٣ الطعن ٢٨٤٥ لسنة ٥٩ ق ص ٤٦ ص ١٥٦)

(جلسة ١٩٩٣/٣/٢٨ الطعن ٧٥٨ السنة ٥٦ ق ص ٤٤ ص ٨٢١)

ب - مجاوزة لجنة قبول المحامين لاختصاصها لا تشكل انحرافاً عن السلوك المألوف أو هي ممنوعة بموجب قيد المطعون ضده من الجدول رغم انعقاد الاختصاص بذلك لمجلس تأديب المحامين . يتوافر به الخطأ كعنصر لمساءلة نقابة المحامين بالتعويض .

(جلسة ١٩٩٩/١/٢٦ الطعن ٢٨٩٥ لسنة ٦٢ ق)

والشخص العادي هنا رجل سليم النظر ، تعود القيادة ، يستطيع عند الاقتضاء أن يضرب أعصابه . هذه هي الصفات التي ألفتها الناس ، وما تنتظر بحق أن يكون عليها سائق السيا ليلاً في المدينة .

نقول : سائق السيارة ليلاً في المدينة ، ولم نقل سائق السيارة إطلاقاً دون تحديد . ذلك أن الشخص العادي الذي جعل مقياساً مجرداً ، إذا كنا قد جردناه من جميع الظروف الملايئة لشخص المتعدى إذ هي ظروف داخلية تتصل بهذا الشخص بالذات ، فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية إذ هي ظروف عامة تتناول جميع الناس . فلا نجرده أولاً من ظروف الزمان . فهو يسوق السيارة ليلاً . وظرف الزمان هذا ظرف عام خارجي ، لا يتفرد به بل يستوي فيه سائر سائقي السيارات . ولا نجرده ثانياً من ظروف المكان . فهو يسوق السيار في المدينة . وظرف المكان هذا هو أيضاً ظرف عام خارجي كظرف الزمان . وهناك ظروف أخرى خارجية عامة قد تحيط بسائق السيارة ، فيجب الاعتداد بها ، وعدم التجرد منها . فهو قد يسوق سيارته في منعطفات ضيقة ، أو في شوارع مزدحمة بالناس ، أو على أرض مبللة ففي مثل هذه الظروف الخارجية يجب عليه أن يصطنع الحيطة والأناة في السير . وهو قد يسوق سيارته في شوارع فسيحة أو في طرق خالية من الناس ، أو يخترق صحراء في طريق مهد . ففي مثل هذه الظروف الخارجية لا ضير عليه إذا هو أسرع .

نستظهر إذن مما قدمناه القاعدة الآتية : إن الشخص العادي ، الذي نجعل سلوكه المألوف مقياساً للخطأ ، يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية الملايئة لشخص المتعدى دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التي تحيط بالتعدى . وأهم الظروف الخارجية العامة التي لا يجوز التجرد منها هي ظروف الزمان وظروف المكان .

وقبل أن نترك هذا الموضوع ، نعود إلى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفًا داخلية شخصية يجب التجرد منها . وهي ظرف السن ، وظرف الجنس ، وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة ، حتى لو كان صبياً أو امرأة أو ريفياً ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادي المجرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر في شأن قيادة السيارة ، حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم ، فإنه يصح في شأن الأعمال التي تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . فالصبي الصغير إذا لعب مع رفقاته لا ينبغي أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج في السن . كذلك المرأة إذا باشرت عملاً تباشره النساء عادة ، كالتعليم والتوليد والتربية ، لا يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل . والريفي الساذج ، وهو يعيش في قرية النائية حيث المألوفة ، لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف . ذلك أن الصبي الصغير فيما يخص أعمال الصبيان ، والمرأة فيما تباشره من أعمال النساء ، والريفي فيما يسكن في القرية ، ينبغي أن يعتبر كل منهم متميلاً إلى طبقة قائمة بذاتها . فيتجرد ، من كل هذه الطبقات الثلاث ، شخص عادي يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذي يقاس به

جميع الأفراد التي تنتمي إلى هذه الطبقة . فالمقياس المجرد للصبيان ، فيما هو من أعمال الصبيان ، صبي مثلهم ، يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بصبي بالذات . والمقياس المجرد للنساء ، فيما تباشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسطياتهن تتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المجرد لأهل القرى ، فيما يدخل في حياتهم الريفية ، قروي منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بقروي بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل في أعمال الصبيان ، ولا هي من الأعمال التي تباشرها النساء عادة ، وليست محصورة في أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفًا داخلية شخصية لا ظروفًا خارجية عامة . ومن تم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفاً داخلياً بالنسبة إلى شيء معين ، ثم ينقلب إلى ظرف خارجي عام بالنسبة إلى شيء آخر . وفي هذه النسبية التي نقول بها ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف (١) .

٥٣٠ - عبء الإثبات في ركن التعدي : والتعدي على الوجه الذي بسطناه ، إذا وقع من شخص فالحق ضرراً بآخر ، كان على المضرور عبء إثبات وقوعه من المتعدى . فإن المسؤولية هنا قد ترتبت على عمل شخصي صدر من المسئول ، وقد أسلفنا أن المسؤولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن المدين قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي ، فترتبت المسؤولية في ذمته (١) . وهذا هو عين ما قررناه في المسؤولية العقدية . فقد قدمنا أن الدائن في العقد هو الذي يثبت إخلال المدين بالتزامه العقدي ، كما أن المدين هو الذي يثبت أنه قام بالتزامه (٢) . وهنا ، في المسؤولية التقصيرية ، يثبت الدائن أن المدين قد أخل بالتزامه القانوني ، فلم يصطنع الحيطة

(١) ولا يقتصر تطبيق المقياس المجرد على الخطأ غير العمدى (الإهمال أو التقصير) ففي الخطأ العمدى أيضاً يطبق المقياس المجرد . ولا يكفي لتطبيقه أن يقال إن الشخص العادي في سلوكه المألوف لا يقصد الإضرار بالغير ، فيكون الخطأ العمدى انحرافاً عن هذا السلوك المألوف (أنظر مازو ١ فقرة ٤٣٩) . ذلك أن من يتعمد الإضرار بالغير لا يكون مخطئاً في جميع الأحوال . فالتاجر الذي ينافس تاجراً آخر منافسة شريفة لا يكون مسئولاً حتى لو تعمد الإضرار بمنافسه . وإنما يكون من يتعمد الإضرار بالغير متعدياً إذا هو انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادي . فهذا نحن هنا نطبق المقياس المجرد ، ولا يغنينا عنه قصد الإضرار بالغير . (قارن الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٣٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٩ .

(١) أ - النعي بان المطعون عليه - الذي قضى له بالتعويض قبل الطاعن لاغتصابه شقه النزاع ... إذ قرر المحكم المطعون فيه أن هذا الاعتداء يعتمد خطأً يستتبع المدعيان له - صاحب صحيح القانون .

(جلسة ١٩٧٨/٣/٢١ الطعن ٢٧٢ لسنة ٤٣ ق)

ب - يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذي نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطه سببية . (جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٤٤١)



الواجبة في عدم الإضرار بالغير ، بأن انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي فألحق الضرر بالدائن

٥٣١ - حالات ثلاث تجعل التعدي عملاً مشروعاً : وإذا أثبت الدائن في المسؤولية التقصيرية وقوع التعدي من المدين ، رجع عليه بتعويض الضرر الذي أحدثه هذا التعدي . إلا أن المدين يستطيع أن يزيل عن التعدي صفة عدم المشروعية ، فيقلبه إلى عمل مشروع لا يوجب مسؤوليته ، إذ هو أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان في إحدى حالات ثلاث : حالة الدفاع الشرعي (état de légitime défense) ، أو حالة تنفيذ لأمر صادر من الرئيس (exécution d'un ordre émanant d'un supérieur hiérarchique) ، أو حالة الضرورة (état de nécessité) .

وقد عرض القانون المدني الجديد لهذه الحالات الثلاث بنصوص صريحة وهي حالات نقلت عن القانون الجنائي ، وتعتبر هناك أسباباً للإباحة نستعرضها هنا في إيجاز

٥٣٢ - حالة الدفاع الشرعي : نصت المادة ١٦٦ من القانون المدني الجديد على أنه «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة» (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «ولما كان الأصل في المسؤولية التقصيرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه ، لذلك ألقى عبء الإثبات فيها على عاتق المضرور ، وهو الدائن . ويراعى أن المشروع لم يبلغ في هذه الناحية شأو التقنين السوفيتي في ابتناء تلك المسؤولية على أساس الخطأ المفروض . فقد انتهى هذا التقنين ، تقريباً على ذلك ، إلى تقرير قاعدة أخرى بشأن الإثبات . فقضى في المادة ٤٠٣ بأن (من أضر بالغير في شخصه أو ماله يلزم بتعويض الضرر . ويرأ من التزامه هذا إذا أقام الدليل على أنه لم يكن في مقدوره أن يتقى هذا الضرر ، أو أنه كتم له سلطة إحدائه قانوناً ، أو أنه حدث من جراء سبق إصرار المضرور أو إهماله القاضح) . ويراعى من ناحية أخرى أن الشقة بين أحكام المشروع وبين المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة لا تزال أبعد من أن يفرق تلك الأحكام عن المسؤولية على أساس الخطأ المفروض . ذلك ؛ أن الأوضاع الاقتصادية في البلاد لا تقتضى تطوراً يبلغ في عمقه مثل هذا المدى . وقصارى ما هنالك أن المشروع فتح تطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفروض في نطاق الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء . أما المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة فلا يوجد في شأنها سوى تفرعات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من النضوج ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم» . (التحضيرية ٢ ص ٣٥٥) .

٥٣٣ - ... . . . . . الوجه الآخر : وهو ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي ، سواء تعلق هذا الدفاع به أو بغيره ، كان غير مسئول ، على أن ذلك القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة . وفي لجنة تناقش الأعضاء فيما هو الدفاع الشرعي ، واستقر الرأي على أن الدفاع الشرعي هو المحدد في القانون الجنائي ، وقد أصبح نص المادة النهائي كما يلي : «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع

فالدفاع الشرعي عن النفس أو المال يبيح التعدي ويجعله مشروعاً . ولكن يجب في ذلك توافر الشروط المعروفة للدفاع الشرعي وهي : (أولاً) أن يكون هناك خطر حال على

= شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة . وأصبح رقمها ١٧٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اقترح النص ، في حالة مجاوزة حدود الدفاع الشرعي ، على أن يكون التعويض بقدر المجاوزة ، فأجيب بأن نص المشروع يفيد هذا المعنى ومن المتفق عليه أن التعويض يقتصر على مقدار المجاوزة في الدفاع ، وقد وافقت اللجنة على هذا التفسير . ثم استعيبت عبارة «في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره» بعبارة «في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله» لإظهار أن الدفاع يشمل المال أيضاً وتمشياً مع الأحكام المقررة في هذا الشأن في قانون العقوبات . وأصبح رقم المادة ١٦٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦٩ - ص ٣٧٢) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٧٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي .

ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون القديم ، ولكن القاعدة كان معمولاً بها ، والقانون الجديد لم يفعل غير أن قنن أحكام القضاء في ذلك . وورد نصوص في قانون العقوبات عن الدفاع الشرعي تذكر منها ما يأتي :

م ٢٤٥ عقوبات : «لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله» . (وتراجع المواد من ٢٤٦ إلى ٢٥٠ وقد بينت الظروف التي ينشأ عنها هذا الحق والقيود التي يرتبط بها) .

م ٢٥١ عقوبات : «لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدي بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع . ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفصل جنائياً أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلاً وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون» .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «ولمن أحدث الضرر كذلك أن يتصل من تبعة عمله ويدفع المسؤولية عن نفسه .... إذا أثبت توافر سبب من أسباب الإباحة وهي ثلاثة : الدفاع الشرعي ، وصدور أمر من رئيس ، والضرورة . أما حالة الدفاع الشرعي فقد عرفها التقنيان التونسي والمراكشي في المادتين ١٠٤ - ٩٥ بأنها (حالة يجبر فيها الشخص على العمل لدرء اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله ، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله) . فمن يقوم بالدفاع الشرعي في مثل هذه الحالة ، فيحدث ضرراً للمعتدى ، لا يكون مسئولاً ، ولا يعتبر ما وقع من خطأ يوجب المساءلة . وقد نص التقنين الألماني صراحة على ذلك ، فقضى في المادة ٢٢٧ بأن «كل عمل يفرض على الشخص جبراً في سبيل الدفاع عن النفس لا يعتبر مخالفاً للقانون» . ولم يقتصر القانون البرتغالي على تحويل الشخص حق الدفاع عن نفسه فحسب ، بل جاوز هذه الحدود ، وجعل من ذلك الدفاع واجبا يقع على عاتق من يشهد الاعتداء . وليس هذا الواجب مجرد واجب أدبي ، وإنما هو واجب قانوني تترتب عليه تبعات قانونية . وقد نصت المادة ٢٣٦٨ من هذا التقنين على أن «كل من يحتج عن مقاومة عمل غير مشروع ، وكان لا يعرض نفسه لخطر لو أنه قاومه ، يسأل عن التعويض مسؤولية احتياطية» . ويدهي أن المسؤولية لا ترتفع في حالة الدفاع الشرعي إلا إذا كان من ألجئ إليه قد اقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر في غير إفراط . فإذا جاوز هذا القدر اعتبر ما وقع منه من قبيل الخطأ ، وقاسم المعتدى بذلك تبعة خطأ مشترك يتردد بينهما . وفي هذه الصورة يقضى للمضرور بتعويض عادل ولكنه تعويض مخفف يقدره الثاني وفقاً لقواعد الخطأ المشترك» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨ - ص ٣٧٩) .

نفس الدفاع أو ماله ، أو على نفس الغير أو مال هذا الغير إذا كان عزيزاً عليه إلى در كبيرة (1) ولا يشترط وقوع الاعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفي أن يكون وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . ويترك هذا لتقدير الدافع متى كان هذا التقدير مبنياً على أسباب معقولة (1) (2) . (ثانياً) أن يكون إيقاع هذا الخطر عملاً غير مشروع

(1) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط في القانون لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . وتقدير الدافع أن الفعل يستوجب الدفاع يكفي فيه أن يكون مبنياً على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر ذلك . وما دامت العبرة في التقدير بما يراه الدافع في ظروفه التي يكون فيها ، فإن رأي المحكمة وهو تصدر الحكم في الدعوى يجب ألا يحسب له حساب في ذلك . وإذن فقول الحكم بأن المتهم لا يصب لا هو ولا أحد من الأهالي بأية إصابة ، وأن قصد العساكر المجنى عليهم من إطلاق النار وتصويب البندقية إليه كان مجرد التهديد - هذا القول على إطلاقه لا يصلح سبباً لنفي ما تمسك به المتهم من أن كان في حالة دفاع شرعي ، إذ هو لو كان يعتقد في الظروف التي كان فيها أن العيار الذي أطلق كان مقصوداً به إصابته أو إصابة أحد ممن كانوا معه بمحل الواقعة لكان اعتقاده له ما يبرره وكان كافياً في تبرير فعل القتل الذي وقع منه (نقض جنائي في 28 ديسمبر 1942 المحاماة 24 رقم 98 ص 321 أنظر أيضاً نقض جنائي في 5 أبريل سنة 1943 المحاماة 25 رقم 83 ص 493) . وقضت كذلك بأن إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن المتهم لم يطلق المقذوف الناري الذي أصاب المجنى عليه إلا حين رآه عند الفجر في زراعته يسرق منها فهذا ، متى كانت الإصابة غير مميتة ، لا يسوغ القول بأن المتهم كان في حالة دفاع شرعي عن ماله (نقض جنائي في 18 يناير سنة 1943 المحاماة 24 رقم 149 ص 460)

(1) يشترط لنفي المسؤولية اعتماداً على حال الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء المراد دفعه حلاً أو وسيلة للحلول ، وإذن فمتى كان الحكم إذ قرر مسؤولية الحكومة ونفي قيام حالة الدفاع الشرعي قد ثبتت الشرطة ارتكبت خطأ ظاهراً في محاصرة المتظاهرين فوق أحد الكباري وكان من المستحيل عليه الإفلات من القوتين المتقابلتين ، ولم تكن هذه الوسيلة هي الكفيلة بالفرص الذي يجب أن يفتقد الشرطة من تفريقهم وأنه إذا كان قد حصل اعتداء على بعض رجاله فقد كان مقابل الاعتداء من المتجمهرين الفارين أمام الشرطة وأن الشرطة هي التي كانت البيداء بالاعتداء دون أن يكون لاعتداء الشرطة في هذا الذي قرره الحكم ما يكفي لحمله قضائه في هذا الخصوص . (جلسة 20/10/1955 الطعن 162 لسنة 22 ق) (جلسة 18/3/1992 الطعن 1675 لسنة 55 ق)

(2) أ - من المقرر أنه يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد صدر فعل يخشى منه جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي ولا يلزم في الفعل المتخوف منه أن يكون حقيقياً في ذاته بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم وتصوره بشرط أن يكون هذا التصور مبنياً على أسباب معقولة وتقدير ظروف الدفاع الشرعي ومقتضياته أمر اعتبار الحالة النفسية التي تخالط ذات الشخص الذي يفاجأ بفعل الاعتداء فيجعله في ظروف تتطلب منه معالجة موقفه على الفور والخروج من مأزقه مما لا يصح معه محاسنة التفكير الهادئ المترن الذي كان يتصدر عليه وقتئذ وهو مخوف بهذه المخاطر والملاهي . (جلسة 4/10/1976 مجموعة أحكام النقض السنة 27 ص 698) (جلسة 23/6/1969 مجموعة أحكام النقض السنة 20 ص 960)

فليس لمن ألقى القبض عليه بطريق قانوني أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعي . (ثالثاً) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط . فإن جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعي كان متعدياً (1) ، وثبت في جانبه الخطأ . ولكن هذا الخطأ من جانب المعتدى عليه يقابله خطأ من جانب المعتدى ، فتكون مسؤلية من جاوز حدود الدفاع الشرعي مسؤلية مخففة ، والتعويض الذي يدفعه «تراعى فيه مقتضيات العدالة» كما يقضى النص ، وذلك طبقاً لقواعد المسؤلية عن الخطأ المشترك ، وسيرد ذكر ذلك .

ومتى توافرت شروط الدفاع الشرعي ، كان دفع الاعتداء باعتداء مثله لا يعتبر تعدياً ، بل هو عمل مشروع لا تترتب عليه المسؤلية (2) . ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . ويمكن تخريج هذا الحكم على أحد وجهين :

(الوجه الأول) أن دفع الاعتداء إذا اعتبر تعدياً فثبت الخطأ في جانب المعتدى عليه ، فإنه يبقى بعد ذلك ان هذا الخطأ قابله من جانب المعتدى خطأ أكبر منه ، إذ كان هو البيداء . والقواعد المعروفة في نظرية الخطأ المشترك تجعل الخطأ الأكبر يستغرق الخطأ الأصغر . ولكن تخريج الحكم على هذا الوجه لا ينفي التعدي في جانب المعتدى عليه ، إذ يعتبر دفعه للاعتداء خطأ وإن استغرقه خطأ أكبر منه .

(الوجه الثاني) ان دفع الاعتداء لا يعتبر تعدياً ، وليس هو بخطأ أصغر استغرقه خطأ أكبر منه . بل هو عمل مباح مشروع . وتطبيق المقياس المجرد الذي يقاس به ركن التعدي يؤدي

= ب - العبرة في تقدير قيام حالة الدفاع الشرعي ومقتضياته هي بما يراه المدافع في الظروف المحيطة ، بشرط أن يكون تقديره مبنياً على أسباب معقولة تبرره .

(جلسة 10/5/1976 مجموعة أحكام النقض السنة 27 ص 482)

(جلسة 18/3/1974 مجموعة أحكام النقض السنة 25 ص 164)

ج - إمكان الرجوع إلى السلطة العامة للاستعانة بها في المحافظة على الحق لا يصلح على إطلاقه سبباً لنفي قيام حالة الدفاع الشرعي بل ان الأمر في هذه الحالة يتطلب ان يكون هناك من ظروف الزمن وغيره ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل ، والقول بغير ذلك مؤد إلى تعطيل النص الصريح الذي يخول حق الدفاع لرد أفعال التعدي على المال تعطيلاً تاماً .

(جلسة 24/5/1968 مجموعة أحكام النقض السنة 19 ص 765)

(جلسة 9/4/1963 مجموعة أحكام النقض السنة 14 ص 322)

(1) متى ثبت أن المتهم قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي فإنه يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الناشئ عن جريمته ويكون الحكم عليه بالتعويض صحيحاً في القانون .

(جلسة 6/4/1959 مجموعة أحكام النقض السنة 10 ص 415)

(2) التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعي يجب حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه أن يكون جدياً وصريحاً أو أن تكون الواقعة كما اثبتتها المحكمة ترشح لقيام هذه الحالة .

(جلسة 26/10/1964 مجموعة أحكام النقض السنة 15 ص 615)

إلى هذه النتيجة . فما هو السلوك المألوف للشخص العادي إذا دهمه خطر؟ إنه يدفع دون شك هذا الخطر بما وسعه من جهد ، مراعيًا في ذلك تناسباً معقولاً بين الخطر الذي يتهدده والوسيلة التي يدفع بها الاعتداء . فإذا لم ينحرف المعتدى عليه عن هذا السلوك لم يكن متعدياً . أما إذا انحرف عنه ، بأن لم يراع التناسب المعقول بين الخطر والوسيلة لدفعه ، اعتبر عمله تعدياً يخفف منه الاعتداء الذي بودئ به طبقاً لقواعد الخطأ المشترك .

ونحن نؤثر هذا التخريج ، لأنه هو الذي يتمشى مع المقياس المجرد لركن التعدي على النحو الذي أسلفناه (١) .

٥٣٣ - حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس : نصت المادة ١٦٧ من القانون المدني الجديد على أنه «لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة ، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة» (٢) .

(١) أنظر مازو ١ فقرة ٤٨٩ - هذا ولو أخذنا بالتخريج الأول ، واعتبرنا دفع الاعتداء خطأ استغرقه خطأ أكبر ، لتعذر تبرير الإعفاء من المسؤولية التقصيرية في حالة الضرورة ، ولكان العمل الضار الذي يقع في هذه الحالة خطأ قائماً لم يقابله خطأ يستغرقه من جانب المضرور (أنظر فقرة ٥٣٤ فيما يلي) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١- لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير ، إذا قام به تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس يجب عليه طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له . ٢- وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي قام به ، بأن يقيم الدليل على أنه راعى في ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة» . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة «من رئيس يجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له» بعبارة «من رئيس نظامى متى كان إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة» ، وذلك لأن الرئيس ليس هو الذى يجب طاعته ، بل الأمر الذى صدر من هذا الرئيس الذى يجب له الطاعة . وأصبح رقم المادة ١٧١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على ذلك دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت كلمة «نظامى» لأنها تزيد ، وأدمجت الفقرة الثانية فى الفقرة الأولى بعد أن عدلت على الوجه الآتى : «وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة» ، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة . وتوخت اللجنة فى التعديل ألا تفصل بين شقى الحكم فصلاً يثير فى الذهن أن الأمر لا يعدو عن الإثبات كما كان يفهم ذلك من النص قبل التعديل ، فالواقع أن المسؤولية لا ترتفع إلا إذا توافرت جميع العناصر التى يتضمنها النص . وأصبح رقم المادة ١٦٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المذكرة عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٣ - ص ٣٧٦) .

ولم يشتمل القانون المدنى القديم على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء كان يسير على هذا الحكم لانطباقه على القواعد العامة (أنظر استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م - ١٧٤ - وفى ٢١ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١) .

ويشتمل قانون العقوبات على نص يقابل نص القانون المدنى الجديد ، هو المادة ٦٣ ، ونحوه الوجه الآتى :

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يجعل التعدى عملاً مشروعاً بشروط ثلاثة : (أولاً) أن يكون من صدر منه العمل موظفاً عاماً (١) . (ثانياً) أن يكون قد صدر أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس ، ولو غير مباشر ، طاعته واجبة عليه . وليس يكفي أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة - وهذا ما كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يكتفى به - بل يجب إلى ذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذى صدر إليه من الرئيس واجبة . فقد يصدر رئيس واجب طاعته إلى مرفوضه أمراً غير واجب الطاعة ، فلا يجوز للمرفوض فى هذه أن ينفذ هذا الأمر غير المشروع (٢) ، وإلا كان تعدياً تترتب عليه مسئولية الموظف . مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على متهم وحبسه دون أن يستصدر بذلك أمراً من

= «لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية : (أولاً) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة . (ثانياً) إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذياً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه . وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة» .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وترفع المسؤولية كذلك إذا كان العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى لانتفاء الخطأ فى هذه الصورة . ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان . فيجب أولاً أن يكون محدث الضرر موظفاً عاماً . ويجب ثانياً أن يكون العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى ولو لم يكن الرئيس المباشر . وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل ، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس فحسب (وقد رأينا أن المشروع النهائى جعل الطاعة واجبة أيضاً للأمر الصادر من الرئيس) ، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه ، وعليه كذلك أن يقيم الدليل على أن اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى جانب الحيطة فيما وقع منه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩) .

(١) ولما كان القانون المدنى القديم لم يشتمل على نص فى هذه المسألة كما قدمنا ، فقد كان القضاء لا يجعل صفة الموظف العام أمراً ضرورياً (استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧٤) - محكمة مصر المختلطة فى ٩ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ١٨ ص ٢٤) . وكان يبحث هل الوكيل يكون مسئولاً شخصياً وهو ينفذ تعليمات موكله (استئناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٢ - وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٩) ، وهل مدير الشركة يكون مسئولاً شخصياً وهو ينفذ قرارات مجلس الإدارة (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٩) ، فكان يقضى بأن هؤلاء يكونون مسئولين متى كانوا يعلمون أن العمل الذى ينفذونه هو عمل غير مشروع .

(٢) لما كان من المقرر ان طاعة المرفوض لا تمتد بأى حال إلى ارتكاب الجرائم وأنه ليس على مرفوض أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن لا يعدو أن دفاعاً ظاهر البطلان مما لا يستأهل من المحكمة رداً .

(جلسة ١٩٦٩/١/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٢٤)

(جلسة ١٩٧٢/١١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢١٦)



نيابة العامة . (ثالثاً) أن يثبت الموظف أمرين : أولهما أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذي  
تقده وأن هذا الاعتقاد مبني على أسباب معقولة لا على مجرد الظن (١) . والثاني أنه  
في عمله جانب الحيطة ، فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحري .

بهذه الشروط وفي هذه الحدود يكون تنفيذ الموظف لأمر غير مشروع عملاً مشروعاً  
وجب مسؤوليته (١) ، وإن كان يوجب بطبيعة الحال مسؤولية الرئيس الأمر . وهذا العمل  
يمكن تخريجه أيضاً بتطبيق المقياس المخرد ، مقياس السلوك المألوف من الشخص العادي  
الشخص العادي إذا وجد في الظروف التي حددتها الشروط المشار إليها لا يجد بدأ من تنفيذ  
أمر رئيسه ، فالموظف إذن لم ينحرف عن هذا السلوك المألوف ، فلا يكون متعدياً ولا  
مسؤوليته (٢)

وما يقال في إطاعة أمر الرئيس يقال أيضاً في إطاعة أمر القانون . فيكفي أن  
الموظف العام قد اعتقد بحسن نية أنه قام بالعمل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد  
إجراءه داخل في اختصاصه ، وأن يثبت أن اعتقاده هذا مبني على أسباب معقولة  
يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحري ، حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم ينحرف  
السلوك المألوف للرجل العادي (٣)

٥٣٤ - حالة الضرورة : نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني الجديد  
من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر ، محذراً به أو بغيره ، لا يكون

(١) وظاهر أنه لو اتضح أن الموظف العام كان يعلم عدم مشروعية العمل الذي ارتكبه ، فإن يكون  
(استئناف مختلط في ٢١ يولية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم)

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٤٩٧ .

(٣) أنظر المادة ٦٣ من قانون العقوبات الفقرة (ثانياً) - وانظر في الموضوع : استئناف مختلط  
ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٦ .

هذا وإذا كان الأمر الصادر من رئيس إداري يجعل العمل مشروعاً ، فإن الترخيص الإداري  
من المسؤولية المدنية . فإذا حصل صاحب المصنع على رخصة بإدارة مصنعه بعد استيفائه الشروط  
فإن يبقى مسؤولاً إذا أضر الغير بخطئه ، ولا يستطيع أن يدفع مسؤوليته بأنه حصل على ترخيص  
المصنع واستوفى الشروط التي تطلبها الإدارة (مازو ١ فقرة ٤٩٨) .

(١) من المقرر أن إطاعة المرؤوس لرئيسه لا تكون في أمر من الأمور التي يحرمها القانون ، وقد جرى  
أساساً في المادة ٦٣ من قانون العقوبات لمنع مسؤولية الموظف الجنائية - أن يكون فيما قام  
النية ، وأنه قام أيضاً بما ينبغي له من وسائل التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعية الفعل  
إطاعة لأمر رئيسه وأن اعتقاده كان مبني على أسباب معقولة .

(جلسة ١٩٦٤/٤/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٣١٤)

إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « من سبب  
ضرراً للغير ، وقيامة لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه ، لا يكون ملزماً إلا  
بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص ، وأصبح رقمه المادة ١٧٢ في  
المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليه . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عدل النص  
حتى أصبح مطابقاً للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقمه المادة ١٦٨ . ووافق عليه مجلس  
الشيوخ كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٨١) . وانظر أيضاً في  
هذه المسألة المادة ٧٧ فقرة ٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، والمادة ٢٢٨ من القانون الألماني ، والمادة  
٥٢ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٣٠ من القانون البولونى .

ولم يشتمل القانون المدني القديم على نص يقابل هذا النص في القانون المدني الجديد . ولكن قانون  
العقوبات تضمن النص الآتى :

م ٦١ عقوبات : « لا عقاب على من ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرور وقيامة نفسه أو غيره  
من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ، ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في  
قدرته منعه بطريقة أخرى » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ويراعى أخيراً أن حالة  
الضرورة قد تستتبع التخفيف من المسؤولية أو نفيها . فهي تؤدي إلى التخفيف إذا لم يكن للمضروب  
نصيب في قيامها . ويظل محدث الضرر مسئولاً في هذه الحالة ، ولكنه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض  
الذي يراه القاضي مناسباً ، باعتبار أنه ألجئ إلى ارتكاب العمل الضار وقيامة لنفسه أو لغيره من ضرر  
محدد أشد خطراً . فهو من هذه الناحية أيسر تبعة وأخف وزراً . أما الغير الذي وقع الضرر وقيامة له  
فيكون مسئولاً قبل محدث الضرر أى قبل المضروب وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . وينبغي التحرز ، في  
هذا المقام ، في التفريق بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية ، وبين هذه الحالة وحالة الدفاع  
الشرعى من ناحية أخرى . ففي حالة الضرورة يكون محدث الضرر مندوحة عن إحداثه لو أنه وطن نفسه  
على تحمل الضرر الذي كان يتهدهده . أما القوة القاهرة فهي على النقيض من ذلك تلجئ إلى الإضرار  
إلجاء لا قبل للفاعل بدفعه . ثم إن الخطر الداهم الذي يقصد إلى توقيه في حالة الضرورة لا يكون  
للمضروب يد في إحداثه . ويختلف عن ذلك وضع المضروب في حالة الدفاع الشرعى ، فهو بذاته محدث  
ذلك الخطر . ويتفرغ على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلط بحالة الدفاع الشرعى إذا كان العمل  
الضار لم يدفع إليه خطر خارجي ، وإنما استلزمه خطر صادر من المضروب نفسه . ففي مثل هذه الحالة  
تنتفى المسؤولية بتاتاً ، ويكون للضرورة حكم الدفاع الشرعى من هذا الوجه . وقد لمح التقنين الألماني  
هذه التفرقة ، فنص في المادة ٢٢٨ على أن (كل من أُلجئ أو خرب شيئاً مملوكاً للغير لدرء خطر يتهدهده  
أو يتهدد بغيره من جراء هذا الشيء لا يعد بذلك مخالفاً للقانون ، متى كان الإلتلاف أو التخريب قد  
استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسباً مع هذا الخطر . فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بقعله سئل  
عن تعويض الضرر ) . وقد اتبع التقنين البولونى هذه التفرقة نفسها مع اختلاف في التعبير ، فنص في  
المادة ١٤٠ على أن (كل من خرب أو أُلجئ شيئاً مملوكاً للغير ، أو قتل أو جرح حيواناً مملوكاً للغير ،  
وقيامة لنفسه أو لغيره من خطر يتهدهده أو يتهدد هذا الغير مباشرة من جراء هذا الشيء أو ذلك الحيوان لا  
يسأل عما يحدث من ضرر ، إذا كان لم يستجلب هذا الخطر ، وكان الفعل الذي ترتب عليه الضرر  
لازمياً) . ويلاحظ أن التقنين المتقدم ذكرهما يفرقان بين حالة إحداث الخطر من جراء شيء يملكه  
المضروب وبين حالة إحداث الخطر بخطأ من وقع الضرر منه . ففي الحالة الأولى تنتفى المسؤولية بتاتاً ، في  
حين أنها تظل في الحالة الثانية كاملة غير منقوصة . على أن المشروع قد عرض لحالة أدق من =

الإثراء بلا سبب . والفرض الثالث أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذي وقع ، ولكنه لم يبلغ حد القوة القاهرة ولا حد الضرورة الملحة . فالشخص الذي يتلف مالا للغير ذا قيمة لا يستهان بها ، ليطفئ حريقاً شبت في داره ، لا يعفى من المسؤولية التقصيرية جملة واحدة . وتقدر الضرورة بقدرها ، فيلزمه القاضى بتعويض مناسب ، أى بتعويض مخفف ، عن المسؤولية التقصيرية - وهذا ما يقضى به النص صراحة - إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الرابع أن يكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذى وقع ، أو دونه فى الجسامة . وفى هذه الحالة لا يجوز لشخص أن يلحق بغيره ضرراً ليتفادى خطراً لا يزيد على هذا الضرر ، ومن فعل ذلك كان متعدياً ، وتحققت مسؤوليته التقصيرية كاملة <sup>(١)(٢)</sup> . ونحن فى التمييز ما بين هذه الفروض الأربعة إنما نقيس المسؤولية بمقياسها المجرد ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى ، فحيث وقع انحراف عن هذا السلوك قامت المسؤولية .

ولم يقع انحراف فى الفرضين الأول والثانى ، لذلك لم تقم المسؤولية . ووقع انحراف فى الفرض الثالث ، ولكن خفف منه قيام الضرورة ، فجاء النص مخففاً للمسؤولية . ووقع الانحراف كاملاً فى الفرض الرابع ، لم يخف منه ضرورة تبرره ، فكانت المسؤولية من أجل ذلك مسؤولية كاملة <sup>(٢)</sup> <sup>(٢)</sup> .

(١) نقض أول فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٨ ص ٩٦٣ - وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ .

(١) كما كان الأصل فى القانون أن حالة الضرورة التى تسقط المسؤولية هى التى تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ، وكان قصارى ما أورده الدفاع عن الطاعن تبريراً لقيام حالة الضرورة أنه كان فى حالة فقر اثناء وجوده بالأردن ، وكان الفقر بمجرد لا يتحقق به حال الضرورة ما لم يقترن بالخطر الجسيم وبشرط ألا يكون لإرادته دخل فى حلوله وهو ما لم يدعه الطاعن فلا يعيب الحكم أن يلتفت عنه لأنه دفاع ظاهر البطلان بعيد عن محجة الصواب .

(جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠ الطعن ٣٣٩٠ لسنة ٥٥ ق جنائى ص ٣٦ ص ٩٥٧)

(٢) بقيت مسألة أخيرة فى ركن التعدى ، هى المقارنة ما بين وضعين لا تتحقق المسؤولية فى أى منهما مع أنهما وضعان مختلفان . فهناك وضع لم يقم فيه ركن التعدى فتتفى الخطأ ، ووضع انتفت فيه علاقة السببية لقيام السبب الأجنبى . ويخطئ من يظن أن هذين الوضعين متماثلان . لا شك فى أن قيام السبب الأجنبى تنتفى به المسؤولية ، فلا محل عندئذ للبحث عما إذا كان هناك خطأ ، فهو حتى إذا كان موجوداً لا تتحقق به المسؤولية . ولكن العكس غير صحيح . فإن السبب الأجنبى إذا لم يقم ، بقى محل للبحث هل الخطأ منتف أو موجود .

ونظير الأهمية العملية لما تقرره فى حالة ما إذا كان الخطأ مفروضاً فرضاً قابلاً لإثبات العكس ، كما فى مسؤولية من تولى الرقابة على الغير . فإن المسئول فى هذه الحالة لا يطلب منه إثبات السبب الأجنبى (cause étrangère) ، بل يكفي أن يثبت انتفاء الخطأ (absence de la faute) . وهذه مرحلة أيسر فى الإثبات إذ يستطيع من فرض فى جانبه الخطأ أن يثبت أن الطريق الذى سلكه لم ينحرف فيه عن الطريق المألوف الذى يسلكه الشخص العادى ، وبذلك ينتفى الخطأ . أما من يثبت السبب =

فالشروط التى يتطلبها النص حتى تتحقق حالة الضرورة هى : (أولاً) أن يكون الشخص الذى سبب الضرر ، هو أو غيره ، مهدداً بخطر حال . ولا فرق بين خطر يهدد النفس وخطر يهدد المال من حيث المسؤولية المدنية . أما المسؤولية الجنائية فلا ترتفع إلا إذا كان الخطر يهدد النفس (م ٦١ عقوبات) <sup>(١)</sup> . (ثانياً) أن يكون هذا الخطر الحال مصدره أجنبى ، فلا يد فيه لمن سبب الضرر ولا لمن وقع عليه الضرر . فإذا كان الخطر مصدره من سبب الضرر فإن إلحاقه الضرر بالغير لكى يتقى خطراً هو الذى جلبه على نفسه يعتبر تعدياً يوجب مسؤوليته كاملة . وإذا كان الخطر مصدره هو من وقع عليه الضرر ، فإن دفع الخطر ولو بألحاق ضرر بمن كان مصدره لهذا الخطر يعتبر دفاعاً شرعياً يعفى من المسؤولية أصلاً . (ثالثاً) أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع . ونرى هنا وجوب التمييز بين فروض أربعة : الفرض الأول أن يكون الضرر الذى وقع لا يعد شيئاً مذكوراً بجانب الخطر المراد تفاديه . فالشخص الذى يخشى الغرق لا يحجم عن إتلاف مال زهيد القيمة ، كأن يقتلع شجرة مملوكة للغير يمسك بها حتى ينقذ نفسه من الغرق . فإذا ارتفع الخطر إلى هذا الحد من الجسامة ، ونزل الضرر إلى هذا الحد من التفاهة ، أمكن القول إن الخطر هنا يعد قوة القاهرة تنفى المسؤولية بتاتاً ، فلا يرجع صاحب الشجرة بدعوى المسؤولية التقصيرية ، وكل ما يرجع به هو دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها . والفرض الثانى أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع ، وهذا هو الفرض المألوف فى حالة الضرورة . فالشخص الذى يستولى على دواء لا يملكه ، يعالج به نفسه من مرض دهمه ، يتفادى خطر المرض ، وهو فى العادة أشد بكثير من الخسارة التى تصيب صاحب الدواء . ولم يبلغ الخطر منزلة القوة القاهرة - ومن ثم وجب التفريق بين القوة القاهرة وحالة الضرورة - ولكن المريض الذى استولى على الدواء يعتبر فى حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسؤولية التقصيرية ، وإن كانت لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى

= الحالتين السابقتين ، فواجه صورة من صور الخطر تنجم عن ظروف خارجية لا يكون لمحدث الضرر أو المضرور يد فيها ، وقضى بتخفيف المسؤولية فى هذه الصورة عوضاً عن الإبقاء عليها أو نفيها فى جملتها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩ - ص ٣٨٠) .

أنظر فى حالة الضرورة : مازو ١ فقرة ٤٩٢ - فقرة ٤٩٥ - ديموج ٣ فقرة ٢٤٠ و ٦ فقرة ٦٢٨ وما بعدها - سافاتييه ١ فقرة ٩٨ وما بعدها ، وكذلك مقالاً له نشر فى مجموعة من الدراسات فى القانون المدنى لذكرى كاييتان ص ٧٢٩ وما بعدها - ريبير فى القاعدة الأدبية فى الالتزامات المدنية فقرة ٤٦ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٦٧ - لالو فقرة ٣٠٢ وما بعدها - لالمان (Lallement) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - أبوف (Aboaf) رسالة من باريس سنة ١٩٤١ - ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

(١) من المقرر أن حالة الضرورة لا تتوافر إلا إذا وجد خطر يهدد النفس ولا تتوافر إذا كان الخطر يهدد المال فحسب .

(جلسة ١٩٧٤/٢/١١ مجموعة أحكام النقض الجنائى السنة ٢٥ ص ١١٩)

(جلسة ١٩٧٣/٣/٢٧ مجموعة أحكام النقض الجنائى السنة ٢٣ ص ٤٧٩) .

## ٢ - الركن المعنوي : الإدراك

٥٣٥ - مناط المسؤولية التمييز : الإدراك هو الركن المعنوي في الخطأ . فلا يكفي ركن التعدي ليقوم الخطأ ، بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي مدركاً لها . ولا مسؤولية دون تمييز . فالصبي غير المميز ، والمجنون ، والمعتوه عنها تماماً ، ومن فقد رشده لسبب عارض كالسكر والغيبوبة والمرض ، والمنوم تنوياً مغتطيسياً ، والمصاب بمرض النوم ، كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم .

وهذه مسألة كاد الإجماع ينعقد عليها منذ تقرر في القانون الروماني ، وانتقلت منه إلى العصور الوسطى ، ومن هذه إلى العصور الحديثة . واعتبر سقوط المسؤولية عن عديم التمييز من الناحيتين الجنائية والمدنية معاً خطوة خطاها القانون إلى الأمام .

٥٣٦ - ركن الإدراك ينفي الخطأ عن عديم التمييز : ولكن تيار النظرية المادية في المسؤولية التقصيرية ، وهي النظرية التي تبنى المسؤولية على تحمل التبعة لا على الخطأ ، بدأ في العهد الأخير يعيد إلى ميدان البحث مسؤولية عديم التمييز . فأنصار النظرية المادية يقولون بالمسؤولية حتى إذا انعدم التمييز ، فغير المميز إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ يستطيع إحداث الضرر . والمسؤولية عندهم إنما تقوم على الضرر . ونعوا على المتمسكين بالخطأ أساساً للمسؤولية أن منطقتهم يستلزم عدم المساءلة إذا انعدم التمييز ، وأشاروا إلى حالات يكون من القسوة فيها ألا يعرض عديم التمييز إذا كان واسع الثراء ما أحدثه من ضرر جسيم لفقير معدم . فعمد بعض أنصار المسؤولية المبنية على الخطأ إلى تعديل موقفهم من عديم التمييز . ورأوا في المقياس المجرد الذي اتخذوه معياراً للتعدي ما ظنوه يعينهم على القول بمسؤولية عديم التمييز في نطاق الخطأ . فقالوا إن عديم التمييز ليس قادراً فحسب على إحداث الضرر ، بل هو أيضاً قادر على ارتكاب الخطأ . إذ الخطأ عندهم له ركن واحد هو التعدي . والتعدي له هذا المقياس المجرد الذي سبق بيانه . وعديم التمييز ، صغيراً غير مميز كان أو مجنوناً أو معتوهاً أو غير ذلك ، إذا قيس سلوكه بالسلوك المألوف للشخص العادي ، بدأ انحرافه ، ووضح شذوذه . ولم يدع مجالاً للقول بأنه يتصرف تصرف المميزين . فهو إذا صدر منه عمل يضر

= الأجنبي فإنه يثبت أن الطريق الذي سلكه هو الطريق الوحيد الذي كان يتحتم عليه أن يسلكه . والفرق ظاهر بين الوضعين .

فانتفاء الخطأ هو إذن مرحلة وسطى بين مرحلتين : وقوع الخطأ وقيام السبب الأجنبي (أنظر ماورد في فقرة ٦٢٤ - فقرة ٦٣٣) .

(٢) الاصل أن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي التي تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورةً ولا نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لارادته دخل في حله ، فليس للمرء أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة في سبيل النجاة مما ارتكبه .

(جلسة ١٩٦٩/١/٦ مجموعة أحكام النقض الجنائي السنة ٢٠ ص ٢٤)

بالغير ، كان العمل تعدياً يستوجب المساءلة . أما انعدام التمييز فهو ظرف داخلي شخصي لا يجوز أن يقوم له اعتبار . وقد تقدم أنه يجب تجريد الشخص العادي الذي جعل مقياساً للتعدي من جميع الظروف الداخلية الشخصية .

وينادر إلى القول أنه حتى لو قيل إن الخطأ ليس له إلا ركن واحد هو ركن التعدي ، فإن المقياس المجرد لهذا الركن لا يسعف في نظرنا القائلين بمسؤولية عديم التمييز . فقد قدمنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفاً داخلياً خاصاً بكل فرد من أفراد هذه الطائفة ، عند تقدير ما يصدر عادة عن هذه الطائفة من أعمال . فالصبي والنساء والريفيون مقياسهم المجرد ، في الأعمال التي تصدر منهم في العادة ، لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية . ومقياس كل طائفة من هؤلاء شخص من أوسطهم ينتمي إلى الطائفة بالذات ، فلا يتجرد من المميز العام لهذه الطائفة ، وإن تجرد من الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بفرد منها بعينه . كذلك عديمو التمييز هم أيضاً طائفة من الناس تشترك في مميز عام هو انعدام التمييز ، فلا يجوز أن يتجرد مقياسهم من هذا المميز في تقدير الأعمال التي تصدر منهم في العادة . ولما كان عديمو التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين ، فإن كل عمل يصدر منهم ، مهما كان غريباً شاذاً ، يدخل ضمن أعمالهم المعتادة ، ويجب ألا يتجرد المقياس فيه من عامل انعدام التمييز (١) . فإذا قيس سلوكهم في أي عمل يصدر منهم إلى السلوك المألوف من شخص عديم التمييز ، فإن هذا السلوك لا ينحرف عن مقياسه ، ولا يعتبر تعدياً . وعلى هذا الوجه يكون عديم التمييز غير مسئول .

هذا كله لو قيل إن الخطأ لا ينطوي إلا على ركن التعدي . والصحيح في نظرنا أن للخطأ ركناً آخر هو ركن الإدراك . ولا تزال المسؤولية المدنية ، مهما جردناها من العوامل الأدبية ، مرتبطة بهذا العامل الأدبي لا يجوز أن تنفك عنه . فهي تقوم على التمييز . والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مساءلته لا أدبياً ولا جنائياً ولا مدنياً ، ما دامت المسؤولية تقوم على الخطأ . وهذا هو فضل النظرية الشخصية . فهي تربط المسؤولية بالخطأ ، وتربط الخطأ بالتمييز ، فتشيع في المسؤولية عاملاً أدبياً لا يجوز الاستغناء عنه ، إذ هو عنصر ذاتي يخفف من حدة العنصر الموضوعي الذي يهيمن على مقياس الشخص المجرد (٢)

(١) فالجائنين مقياسهم المجرد ، فيما هو من أعمال المجانين ، مجنون منهم تقاس تصرفاتهم إلى تصرفاته . ويلاحظ أن كل عمل يصدر من المجنون يعتبر من أعمال المجانين ، وأن المجانين سواسية في انعدام التمييز ، فأى مجنون يصلح أن يكون هو المقياس المجرد .

(٢) أنظر بلانبول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٩٦٨ - كولان وكايتان ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ - بلانبول وريبير وإسمان ١ فقرة ٤٩٨ - الموجز للمؤلف ص ٣٢٥ - ص ٣٢٧ - مصطفى مرعي بك ص ٤٩ - ص ٥٢ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٣١١ - ص ٣١٣ - أنظر عكس ذلك =



ويبقى أخيراً أن نلاحظ أن التمييز في المسؤولية التقصيرية لا يكيف على أنه أهلية يجب توفرها . كالأهلية في العقد ، إنما التمييز هو ركن الإدراك في الخطأ . وبدونه لا يكون التعدي خطأ . وقد سبق ذكر ذلك عن الكلام في الأهلية .

نستعرض الآن ركن الإدراك في الشخص الطبيعي ، ثم في الشخص المعنوي .

#### أ - الشخص الطبيعي :

٥٣٧ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٦٤ من القانون المدني الجديد على ما

يأتي :

١ - يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر تعويضاً عادلاً ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم .<sup>(١)</sup>

= مازو ١ فقرة ٤٥٦ وما بعدها - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار ص ٣٥ - ص ٣٧ - ومع ذلك أنظر ص ٦٤ الدكتور عبدالمعطي خيال بك مذكرات غير مطبوعة مشار إليها في مؤلف حشمت بك ص ٣١٢ .

هذا وقد بينا ما ينطوي عليه مقياس الشخص المجرد من تسليم جزئي بتحمل التبعة ، فلو قلنا بمسؤولية عديم التمييز ، لسلمنا بالنسبة إليه بنظرية تحمل التبعة تسليمًا كاملاً .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : ١ - يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، حتى لو لم يكن أهلاً للتعاقد . إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، وتعذر رجوع المصاب بالتعويض على من نيظت به الرقابة على هذا الشخص . جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر تعويضاً عادلاً ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم . إذا أحدث شخص ضرراً في وقت فقد فيه التمييز التزم بتعويض الضرر ، ما لم يثبت أنه كان قد أحدث التمييز بغير خطأ منه . وفي لجنة المراجعة اقترحت تعديلات لفظية ، واقترحت أيضاً تعديل عبارة «الضرر الرجوع على المسئول» بعبارة «تعذر الحصول على تعويض من المسئول» حتى يتبين بوضوح أن الضرر ينصب على جواز الرجوع قانوناً وعلى إمكان الحصول على التعويض فعلاً . ونوقشت الفقرة الأخيرة من المادة ، ورؤى بعد المناقشة أن تحذف هذه الفقرة لعدم الحاجة إليها ، ولأنها لو أقرت لوجب البحث في الحالة التي يفقد الشخص التمييز فيها بغير خطأ منه فيما إذا كان هذا الشخص يبقى مسؤولاً بمقتضى الفقرة الثانية ، وقد رأت اللجنة أن المسؤولية تبقى في هذه الحالة ولكن كل ذلك يستفاد من نص القواعد العامة فلا حاجة إلى هذه الفقرة الأخيرة . وقد أصبح نص المادة بعد هذه التعديلات كما يلي : ١ - يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ولو لم يكن أهلاً للتعاقد . ٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولو لم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر تعويضاً عادلاً ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم . وأصبح رقم المادة ١٦٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة «ولو لم يكن

٥٣٨ - التمييز ضروري وهو في الوقت ذاته يكفي - عديم التمييز : فالأصل إذن أن الشخص ، حتى يكون مسئولاً مسئولاً تقصيرية ، يجب أن يكون مميزاً . والتمييز ضروري ،

= للالتزام بالمعقد ، لأنها تزيد لا تقتضيه ضرورة (المؤلف) : ويمكن القول بأن في هذا الحذف تجنباً للمخلط بين الأهلية وركن الإدراك في الضرر . ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية ولو أن حكمها مخالف للقواعد المعمول بها ، وإنما تقضى به العدالة ، وله سند من الشريعة الإسلامية . إذ جاء في المادة ٩١٦ من المحلة ما يأتي : «وإذا أُلّف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله ، فإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ، ولا يضمن وليه» . ولما اعترض في اللجنة على التعبير «بتعويض عادل» أجيب على هذا الاعتراض بأن مبدأ مسؤولية الصبي غير المميز مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وهو في الواقع مبدأ جديد على القانون المدني ، والتعويض العادل أريد به أن يكون أقل من التعويض العادي وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى في التعويض العادي . فوافقت اللجنة على إبقاء التعبير كما هو . وأصبح رقم المادة ١٦٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٦ - ص ٣٦١) .

وفي القانون المدني القديم نصت المادة ٢١٢ من القانون المختلط على ما يأتي : «كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أو لأي سبب آخر» .

أنظر أيضاً المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسري والمادتين ١٣٨ و ١٤٣ من قانون الالتزامات البولوني والمادة ١٢٢ الفقرتين الثانية والثالثة من القانون اللبناني .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «جعل التمييز مناطاً للأهلية (المؤلف) : وقد بينا عدم الدقة في هذا القول في المسؤولية التقصيرية ، فمتى كان الشخص قادراً على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه ، فمرجع الأمر في هذا الشأن فكرة ذاتية أو شخصية يناط بها الحكم ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة موقوتة متى كان هذا الفقد راجعاً إلى خطأ الفاعل ، ويتعين على محدث الضرر ، إزاء ذلك ، أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه إذا أراد أن يدفع المسؤولية عن نفسه . فالخطأ يفترض في هذه الحالة ، والضرر لا يأتي إلا في المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصل رباط السببية بها ، إذ هو ينتجم عن فقد التمييز وهذا بدوره يترتب على الخطأ . وقد أورد التقنيان التونسي والمراكشي تطبيقاً لهذا الحكم فصفاً في المادتين ٩٣/١٠٢ على أن (حالة السكر لا ترفع المسؤولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجنيح وأشباهاها ، متى كانت هذه الحالة اختيارية . وترتفع المسؤولية إطلاقاً إذا كان السكر غير اختياري ، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه) . ويختلف عن ذلك حكم زوال التمييز بغير خطأ من أحدث الضرر ، إذ تستبدل بتلك الفكرة الذاتية فكرة موضوعية أو مادية . وإذا كانت المسؤولية تظل قائمة في هذا الفرض فهي مسؤولية مخففة . وعلى هذا النحو تستأثر المسؤولية الموضوعية أو المادية بالصدارة على المسؤولية الشخصية أو الذاتية دون أن تحل محلها على وجه كامل . فلا تترتب مسؤولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين : أولهما أن يتعذر على المصاب الرجوع بالتعويض على من نيظت به الرقابة على من أحدث الضرر ، إما لعدم إقامة الدليل على مسؤوليته وإما لإعساره . والثاني أن يسمح مركز الخصوم للقاضي بأن يقرر للمضرور تعويضاً عادلاً . فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذن ، إذا لم يكن غير المميز قادراً على أدائه ، بل ويجوز عند الاقتدار إنقاص التعويض عدالة حتى يكون في حدود سعته . ويراعى في ذلك كله مركز المضرور نفسه من الناحية المادية وجسامة الخطأ (٢) ومدى الضرر» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨) .

وهو في الوقت ذاته يكفي . أما أنه يكفي فيظهر ذلك في أذن الصبي المميز يكون مسئولاً  
مسئولية تقصيرية كاملة دون حاجة إلى أن يكون قد بلغ سن الرشد . وأما أنه ضروري فيظهر  
ذلك في أن الشخص غير المميز لا يكون مسئولاً عن أعماله الضارة ، لأن الإدراك ركن في  
الخطأ ، فلا خطأ من غير إدراك . وهذا الحكم ينطبق على كل شخص غير مميز ، أيا كان  
السبب في انعدام التمييز .

فالصبي غير المميز ، وهو الذي لم يبلغ السابعة من عمره <sup>(١)</sup> ، لا تصح مساءلته مساءلة  
تقصيرية . أما من بلغ السابعة فيفرض فيه التمييز وتصح مساءلته حتى يقوم الدليل على انعدام  
التمييز فيه لمرض عقلي أو لسبب عارض .

كذلك المجنون <sup>(٢)</sup> لا تصلح مساءلته <sup>(٣)</sup> ويفرض في المجنون استصحاب حالة  
المجنون ، إلا أن يقوم الدليل على أنه ارتكب نعتل الضار وهو في لحظة من لحظات  
الإفاقة (intervalles lucides) .

والمعتوه عنها كاملاً عديم التمييز فلا تصح مساءلته . أما المعتوه المميز فتجوز مساءلته  
حتى لو كان محجوراً لتوافر ركن الإدراك فيه .

أما ذو الغفلة والسفيه ، ولو كانا محجورين ، والأصم والأبكم والأعمى ، ولو  
تعين لواحد منهم مساعد قضائي طبقاً لأحكام المادة ١١٧ من القانون المدني الجنيني  
فتجوز مساءلتهم جميعاً ، لأنهم يدركون ما يصدر عنهم من أعمال ، ويميزون بين  
الخير والشر <sup>(٤)</sup> .

وتنتفى المسئولية حتى لو كان انعدام التمييز يرجع إلى سبب عارض يزول  
كالمنوم تنوياً مغنيطيسياً والمصاب بمرض النوم والمدمن على السكر أو المخمور  
والمصاب بالصرع ونحو ذلك . فمتى ثبت أن الشخص الذي ارتكب العمل الضار  
فاقد الوعي أو منعدم التمييز وقت ارتكابه فهذا العمل ، فإنه لا تصح مساءلته لأن  
الإدراك غير قائم .

**٥٣٩ - نطاق انعدام المسئولية لانعدام التمييز : وانعدام المسئولية لانعدام التمييز**  
نطاق ضيق . إذ يجب لانعدام المسئولية أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداماً

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من القانون المدني الجديد على أن كل من لم يبلغ السابعة  
فأفداً للتمييز .

(٢) أنظر في مسئولية المجنون : وينز (Weenz) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٥ ص ٧٧  
(Neagu) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - لميوزيني (Limouzeanu) رسالة من  
١٩٣٢ .

(٣) استئناف مختلط في ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ١ ص ٢٤١ .

(٤) استئناف مختلط في ٦ أبريل سنة ١٨٨٢ بوريللي م ٢١٣ رقم ١١ .

بغير خطأ منه وأن يكون عديم التمييز هو المسئول وحده عن خطأ غير مفروض . ويترتب على  
ذلك ما يأتي :

(أولاً) ما سبق أن قدمناه من أن المعتوه المميز وذا الغفلة وغيرهما من ناقصي التمييز  
تصح مساءلتهم لأن التمييز فيهم لم ينعدم انعداماً تاماً .

(ثانياً) إذا كان انعدام التمييز لسبب عارض ، كالخمر والمخدرات ونحو ذلك ، فإن عديم  
التمييز لا تنتفى مسئوليته إلا إذا كان سبب انعدام التمييز لا يرجع إلى خطأ منه . فإذا ثبت  
أن من فقد التمييز لسكر أو مخدر كان يعلم أن السكر أو المخدر يفقده التمييز ، فإنه يكون  
مسئولاً عن عمله حتى لو ارتكبه وهو فاقد الوعي . وفاقد التمييز لسبب عارض هو الذي  
يحمل عبء الإثبات ، فعليه أن يثبت أنه فقد التمييز بغير خطأ منه ، ولا يكلف المضرور أن  
يثبت أن فقد التمييز كان بخطأ من المسئول <sup>(١)</sup> .

(ثالثاً) ويجب لانعدام المسئولية أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول . فإن كان في  
مكان المضرور ، ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر ، فلا يرى القضاء المصري في  
بعض أحكامه أن يسقط هذا الإهمال من اعتباره عندما يزن المسئولية ، بل يعتبر أن هذا  
الإهمال هو خطأ من المضرور عديم التمييز يستوجب تخفيف المسئولية طبقاً لقواعد الخطأ  
المشترك <sup>(٢)</sup> .

(١) رأينا أن المشروع التمهيدي تضمن نصاً يقضي بأن فاقد التمييز لسبب عارض هو الذي يثبت أنه كان  
قد فقد التمييز بغير خطأ منه . وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة .  
ونرى أن الأصل في المميز أنه إذا فقد التمييز لسكر أو مخدر يكون قد عرف ذلك في نفسه من قبل ،  
فإقدامه على السكر والمخدرات يعد خطأ منه ، إلا إذا أثبت أنه كان مضطراً أو أنه لم يعهد في نفسه من  
قبل أن يفقد الوعي . ويترتب على ذلك أن المصاب بمرض النوم أو بالصرع لا حاجة به أن يثبت أن  
فقد التمييز لم يكن بخطأ منه ، فإن أمره واضح . وكثير من التقنيات الحديثة تقرر الحكم الذي تضمنه  
النص المحذوف من المشروع التمهيدي : أنظر م ٩٣/١٠٢ من القانونين التونسي والمراكشي والمادة ٥٤  
من قانون الالتزامات السويسري والمادة ١٣٨ من قانون الالتزامات البولوني .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير  
بسرعة ومن جهة الشمال ومن المضرور وهو طفل صغير سنة ست سنوات وقد تركه أبوه في الشارع  
فدهسته السيارة ، فإن مسئولية السائق (ومخدومه) تنزل إلى النصف باعتبار أن هناك خطأ مشتركاً من  
السائق ومن والد الطفل الذي ترك طفله في الشارع (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م  
٦١ ص ٢٨ - وانظر أيضاً استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ - وفي ٥  
مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تبين أن  
حادثة ما ترجع إلى خطأ مشترك بين سائقي الترام والمصاب ، وكان المصاب المنسوب إليه الخطأ صيباً  
غير مميز ، فإن شركة الترام وسائقها يسألان متضامنين قبل المصاب (الطفل) عن التمييز كاملاً ، ولا  
يخفف من مسئوليتهما ما هو منسوب للصغير من الخطأ ، لأن الخطأ لا تصح نسبته له . وللشركة إذا  
شاءت أن ترجع على والد الصغير بمقتضى قواعد التضامن (استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ م  
٣٤ ص ٤٢٦) . إنظر في نقد هذا الحكم الأخير مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٦١ .  
ونرى أن عمل الطفل إذا لم يعتبر خطأ فهو على كل حال عمل مادي يجب مراعاته عند تقرير  
خطأ المسئول .

(رابعاً) ويجب أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول وحده . فإذا وجد مسئول عنه كالأب أو المعلم أو نحو ذلك <sup>(١)</sup> ، فلا بد من نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسؤولية المسئول عنه ، ويكون هذا مسئولاً عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصي . وسيأتي بيان ذلك بتفصيل أوفى .

(خامساً) ويجب أخيراً ألا تكون مسؤولية عديم التمييز قائمة على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن كان عديم التمييز مسئولاً عن تابعه أو عن أشياء في حراسته كحيوان أو آلة ميكانيكية ، وأخذنا بالرأى الذي يقول إن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، فإن الخطأ المفروض يكون قائماً في جانب عديم التمييز ، ولا ينفيه انعدام تمييزه . مثل ذلك الصغير غير المميز يكون مسئولاً عن من هم في خدمته مسؤولية المتبوع عن التابع ، وقد فرض الخطأ في جانبه ولو أنه عديم التمييز <sup>(٢)</sup> .

٥٤٠ - مسؤولية عديم التمييز في حالات استثنائية : ثم إن القانون الجديد قد تدارك ما قد ينجم من ضرر من وراء انتفاء المسؤولية لانعدام التمييز حتى في هذا النطاق الضيق الذي رسمنا حدوده فيما تقدم . فقضى في الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ بأنه «إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مصلحة الخصوم» .

ونبادر إلى القول بأن مسؤولية عديم التمييز هنا لا يمكن أن تكون مبنية على خطأ فالحطاً كما قلنا ركنه الإدراك ، وعديم التمييز لا إدراك عنده . وإنما تقوم المسؤولية في هذه الحالة على تحمل التبعة . فالشخص غير المميز ، بالشروط التي وردت في النص ، يتحمل التبعة ما يحدثه من ضرر . ولذلك جاءت مسؤوليته مشروطة ومخففة .

فهي أولاً مسئولية مشروطة . وشرطها ألا يجد المضرور سبيلاً للحصول على التعويض من شخص آخر غير عديم التمييز . والغالب أن يكون عديم التمييز موكولاً إلى رقابة شخص يكفله . فالصغير غير المميز يكون عادة كفالة أبيه أو جده أو أمه أو أحد من أقاربه . والمجنون يكون في كفالة أحد من هؤلاء أو في كفالة أحد المستشفيات المعدة لعلاج الأمراض العقلية . فالمعهد إليه بالرقابة على غير المميز هو المسئول عما يحدثه غير المميز من ضرر كما سنرى . فإن وجد ، كان هو المسئول وحده نحو المضرور ، ورجع المضرور عليه بالتعويض كاملاً . أما إذا لم يوجد ، أو وجد ولكنه استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه إذ هو خطأ قابل لإثبات العكس كما سيأتي ، أو لم يستطع نفي الخطأ ولكنه كان معسراً لم يستطع المضرور أن يحصل منه على التعويض ، فعند ذلك يرجع المضرور بالتعويض على عديم التمييز نفسه .

ومسئولية عديم التمييز في هذه الحالة مسئولية مخففة . فهو لا يكون مسئولاً حتماً عن تعويض ما أحدثه من الضرر تعويضاً كاملاً . ذلك لأن مسئوليته لا تقوم على خطأ كما قدمننا ، بل على تحمل التبعة ، فالقانون لا يحمله التبعة عن أعماله الضارة إلا في حدود عادلة . وأهم ما يراعيه القاضي في تقدير التعويض هو مركز الخصوم من الغنى والفقير . فهو يقضى بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز موفور الثراء وكان المضرور فقيراً معدماً وأصيب بضرر جسيم بسبب العمل الذي صدر من عديم التمييز . وهو يقضى ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفر وكان المضرور في حاجة إلى التعويض ، ويجب على القاضي في هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله مورداً كافياً للنفقة على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم . وقد لا يقضى بتعويض أصلاً - لأن الحكم بالتعويض في الحالة التي نحن بصددنا جوازى لا وجوبى - إذا كان عديم التمييز فقيراً لا مال عنده ، وبخاصة إذا كان المضرور في سعة من العيش . ويكون كذلك محل اعتبار في تقدير التعويض مقدار ما بذله المضرور من العناية لتوقى الضرر الذي أصابه من عديم التمييز ، فإن تعويض المضرور نفسه في غير حيطة لما عسى أن ينزل به من جراء عبث شخص لا تمييز عنده يعد خطأ منه قد يستغرق في بعض الحالات ما أتاه عديم التمييز . ولا عبرة بجسامة ما صدر من عديم التمييز من عمل ، فهو فاقد الإدراك ويستوى أن يصدر عنه الجسيم وغير الجسيم <sup>(١)</sup> . ولكن جسامة الضرر قد تكون محل اعتبار في تقدير التعويض ، فإن كان الضرر جسيماً بدا التعويض عنه أكثر عدلاً وأعلى قيمة . ويسترشد القاضي بوجه عام بجميع الظروف التي تلامس القضية يستعين بها على تقدير التعويض العادل .

(١) قارن ما ذكر خطأ في المذكرة الإيضاحية من مراعاة جسامة الخطأ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٧ في الهامش) . وانظر في الاعتبارات التي يراعيها القاضي في تقدير التعويض المادة ١٣١٠ من القانون النمساوى ، وهو تذكر خطأ المسئول وإهمال المضرور في درء الخطر عنه ونخطاه .



والقانون المدني الجديد ، في استحدثاته لهذه المسؤولية الخاصة التي لم يكن القانون المدني القديم يعرفها (١) ، قد جرى في ذلك كثيراً من التقنيات الحديثة

### ب - الشخص المعنوي :

٥٤١ - جواز مساءلته الشخص المعنوي : المبدأ الذي استقر عليه القضاء والفقهاء في مصر هو جواز مساءلة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شؤونه . ولم يقع تردد في هذا المبدأ . وإذا كانت المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي يصعب التسليم بها لصعوبة تصور عقوبة جنائية تنزل بالشخص المعنوي إلا فيما يتعلق بالقرامة والمصادرة والحل ، فإن المسؤولية المدنية يسهل التسليم بها ، فإنها تقع في مال الشخص المعنوي . والأمثلة كثيرة على الأخطاء التي يرتكبها ممثلو الشخص المعنوي ، فيصبح هذا مسئولا عنها : مدير شركة يفصل عاملا في وقت غير لائق فتكون الشركة مسئولة عن هذا الفصل ، سائق قطار يدهس أحد المارة بإهماله فتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عن إهمال السائق ، عامل البريد يضع رسالة عهد إليه بتسليمها إلى صاحبها فتكون مصلحة البريد مسئولة عن العامل (٢)

(١) ولما كان النص الذي يقرر هذه المسؤولية قد استحدثه القانون المدني الجديد ، فليس له أثر رجعي . والعبارة باليوم الذي وقع فيه العمل الضار ، فإن كان قبل يوم نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فالقانون القديم هو الذي يسرى ولا مسؤولية على عديم التمييز ، وإلا فإن القانون الجديد هو الذي يسرى وتحقق مسؤولية عديم التمييز المخففة .

(٢) أنظر المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٨٢٩ من القانون الألماني والمادة ١٣٦٠ من القانون النمساوي والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ١٢٢ من القانون اللبناني والمادة ٤٠٦ من القانون السوفيتي والمادة ١٨٧ من القانون الصيني والمادة ٢٣٧٧ من القانون البرتغالي والمادة ٢٠٤٧ من القانون الإيطالي الجديد وقانون ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ في بلجيكا .

وفي الفقه الإسلامي إذا كان الإلتلاف مباشراً لا يشترط فيه الصمد أو التعدي وحتى أن طفلاً يرمي بخرق لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يلزم الضمان ، وكذا الجنون الذي لا يفوق إذا مزق ثوب إنسان يلزم الضمان : الهندية (الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف ص ٣٧٧ هامش رقم ١) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في أحكام كثيرة بمسؤولية الشركات عن أعمال ممثليها ، وأنظر شركات السكك الحديدية (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٩ - ٢٦٠) ، وشركات الترام (استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٧) ، وشركات الملاحة (استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٧٠) ، وشركات المياه والنور والغاز (استئناف مختلط في ١٤ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧) .

والوقف يعتبر شخصاً معنوياً وناظر الوقف هو الممثل له ، فيكون الوقف مسئولا عن أخطاء ناظره قضت محكمة النقض بأن الوقف بأحكامه المقررة في الفقه الإسلامي هو في فقه القانون المدني اعتباري تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونية . والشخص الاعتباري كما أن له وجوداً ائتمارياً له إرادة مفترضة هي إرادة الشخص الطبيعي الذي يمثله . فالخطأ الذي يقع من ممثله بصفته بالنسبة إلى الغير الذي أصابه الضرر خطأ من الشخص الاعتباري . فالحكم الذي يترتب المسؤولية

ولما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي في أنه لا يمكن أن ينسب له التمييز ، فإن كثيراً من الأحكام تجعل مسؤولية الشخص المعنوي عن أعمال ممثليه هي مسؤولية المتبوع عن التابع . فتصل بذلك إلى تقرير المسؤولية بالتضامن بين الشخص المعنوي وممثليه .

على أن هناك أحوالاً يصعب فيها الوصول إلى مساءلة الشخص المعنوي عن هذا الطريق غير المباشر . فقد يحدث أن الخطأ الذي يوجب المساءلة يكون قراراً صادراً من إحدى هيئات الشخص المعنوي (مجلس إدارة الشركة أو جمعيتها العامة مثلاً) . فلا بد إذن من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوي ذاته . كذلك قد يكون الخطأ بحيث لا تجوز نسبته إلا إلى الشخص المعنوي ، كما إذا قوضت شركة لمنافسة تجارية غير شريفة أو لتقليد مزور (١) . ففي مثل هذه الأحوال تكون مسؤولية الشخص المعنوي مسؤولية عن عمل شخص ، لا مسؤولية المتبوع عن تابعه . ولا بد حينئذ من الاقتصار على ركن التعدي في الخطأ دون ركن التمييز . ويكفي لتحديد ما إذا كان الشخص المعنوي قد أخطأ أن يقاس تصرفه إلى تصرف شخص معنوي مجرد في الظروف الخارجية التي تصرف فيها ، فإذا انحرف عن هذا المقياس المادي ، كان هناك خطأ ، وتحققت المسؤولية (٢)

٥٤٢ - مساءلة الشخص المعنوي العام (٣) : وقد يكون الشخص المعنوي المراد مساءلته هو الدولة ذاتها أو شخص معنوي عام كمجلس من مجالس المحافظات أو المجالس المحلية أو غيره من الأشخاص العامة . وتحقق مسؤولية الشخص المعنوي في مصر على النحو الذي تتحقق به مسؤولية الأفراد والهيئات الخاصة . وقواعد المسؤولية التقصيرية واحدة للفريقين . ذلك أن

جهة الوقف عن خطأ وقع من الناظر عملاً بالمادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) لا يكون مخطئاً (نقض مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه لا يكون الوقف مسئولا عن خطأ الناظر إذا لم يكن معيناً من قبل المستحقين لأن الناظر في هذه الحالة لا يكون تابعاً للوقف (استئناف مختلط في ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ - وانظر أيضاً استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص ٨٣) . وسنرى أنه يمكن مساءلة الشخص المعنوي مباشرة لا باعتباره متبوعاً ، وعلى هذا الوجه تسقط الحجة التي وردت في الحكم من أن ناظر الوقف إذا لم يعينه المستحقون لا يكون تابعاً للوقف .

- (١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٧٣ .  
(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٧٢ - فقرة ٩٧٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٣١٤ .  
(٣) أنظر في مسؤولية السلطات العامة : دويز (Duex) في مسؤولية السلطة العامة - تيرار (Tirard) رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - ديبير (Debeyre) رسالة من ليل سنة ١٩٣٦ - كليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ .

الأفضية التي تقوم على هذه المسؤولية بالنسبة إليهما معاً تدخل في اختصاص القضاء العادي، ولم يمتد حتى اليوم اختصاص محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة إلى مسؤولية السلطات العامة عن أعمالها المادية، ولا يزال هذا الاختصاص مقصوراً على المسؤولية عن القرارات الإدارية. والقضاء العادي في مصر يطبق على مسؤولية الدولة والسلطات العامة قواعد المسؤولية التقصيرية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة. وقد وصل في بعض الحالات إلى جعل الدولة مسؤولة عن الخطأ مسؤولية شخصية لا مسؤولية المتبوع عن التابع (1) (أ)

(1) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسؤولية الدولة عن الخطأ الذي ترتبه في أعمال الري (استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٤ - وفي ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٥ - وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٨)، وفي أعمال الطرق والتنظيم (استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٨ - وفي ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٧ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ٢٨ ص ١٢٧)، وفي أعمال البوليس والأمن (استئناف مختلط في ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٣ - وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧ - وفي ١١ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٠)، وفي أعمال الجمر (استئناف مختلط في ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٢ - وفي ٢١ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٩ - وفي ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٠). وقضت كذلك بمسؤولية المجالس البلدية (استئناف مختلط في ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٩٤).

(1) أ - الخطأ المرفقي هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذي قام به مادياً أحد العاملين بالمرفق ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقاً للقواعد التي يسير عليها سواء أكانت هذه القواعد خارجة أي وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق أو داخلية أي منها المرفق لنفسه أو يقتضيها السير العادي للأمر، ولما كان ما صدر من المظعون عليه من خطأ رتب مسؤولية عن الضرر الموجب للتعويض المقضي به لا يعدو وأن يكون خطأ شخصياً يسأل عنه التابع وبالتالي يحق للمتبوع الكفيل المتضامن معه الرجوع عليه بما يوقيه عنه من تعويض للمضروع عملاً بنص المادة ١٧٥ من القانون المدني، وقد خالف الحكم المطعون فيه من النظر واعتبر أن ما صدر من المظعون عليه تابع الطاعنين خطأ مهنيًا واعمل حكم قانون العاملين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٥ الطعن ٢٧٥٣ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٧ الطعن ١٧٩٧ لسنة ٥٨ ق)

ب - للتابع في حال الرجوع عليه من متبوعه أن يتمسك في مواجهته ليس فقط بالدفع التي أن يتمسك بها في مواجهة المضروع بل أيضاً بما قد يكون لديه من دفع قبل هذا المتبوع ذلك وكان المظعون ضده قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأن الخطأ الذي تسبب عنه هو خطأ مرفقي تسأل الهيئة الطاعن وحدها عن التعويض عنه وليس خطأ شخصياً حتى الرجوع عليه به وكان الخطأ المرفقي هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق حتى ولو كان مادياً أحد العاملين - ويقوم - على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر للخدمة العامة وفقاً للقواعد التي يسير عليها سواء أكانت هذه القواعد خارجة أي وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق أم داخلية أي منها المرفق لنفسه ويقتضيها السير العادي للأمر. (جلسة ١٩٨٦/٦/١٩ الطعن ٩٠٢ لسنة ٥١ ق) (جلسة ١٩٩٥/٢/١٩ الطعن ٣٦٦٠ لسنة ٦٠ ق)

أما في فرنسا فمجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة في جميع المنازعات الإدارية، فدخل في اختصاصه النظر في مسؤولية الدولة مسؤولية تقصيرية. وأخذت قواعد هذه المسؤولية تتحور بالتدرج عندما تغير ميدان تطبيقها من النطاق المدني الخاص إلى النطاق الإداري العام. وقد كان مجلس الدولة الفرنسي يادئ الأمر يضيق من مسؤولية الدولة عندما كان يتطلب خطأ على قدر معين من الجسامة لمساءلة الدولة، وعندما كان يفرق بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي. ثم انتهى إلى التوسع في هذه المسؤولية عندما ترك المبادئ المدنية ووضع مبادئ إدارية خاصة، فجعل الدولة مسؤولة عن الخطأ في سير العمل الإداري (faute du service) لا في الخطأ المصلحي (faute de service) فحسب، ووصل بهذه المسؤولية في بعض الحالات إلى حد جعل الدولة مسؤولة عن تبعات الأعمال التي تولد أخطاراً جسمية كالأشغال العامة (travaux publics)، فبني المسؤولية في هذه الحالات على مبدأ تحمل التبعة (risque).

٥٤٣ - رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ: ولحكمة النقض الرقابة على قيام ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية. وإذا كان التعدي كعمل مادي يعتبر من مسائل الواقع، إلا أن وصفه القانوني بأنه تعد لأنه انحراف عن المؤلف من سلوك الشخص العادي يعتبر من مسائل القانون. كذلك انتفاء المسؤولية في حالة الدفاع الشرعي وتنفيذ أمر الرئيس وحالة الضرورة، واشتراط التمييز لقيام الخطأ، والحدود التي يسأل فيها عديم التمييز، كل هذا يعتبر من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض (1) (أ)

## المطلب الثاني

### تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

٥٤٤ - التمييز بين الخروج عن الحق والتعسف في استعمال الحق: قدمنا أن الخطأ هو انحراف عن السلوك المؤلف للرجل العادي. ويجب هنا أن توجه النظر إلى تمييز جوهرى

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع، ولا معقب على تقديره. أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباطاً مسبباً بالسبب والمعلول بالعلة، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ١١ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ ص ٢١٩) أنظر أيضاً الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار ص ٥٤ - ص ٥٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٥٦ وفقرة ٩٦٧.

(1) استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذي يكون فيه استخلاصه غير سائغ / (جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١٥١٩) (جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١٠٦٢) (جلسة ١٩٦٧/١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٦٢٩)

لا يلتفت إليه في العادة ، مع أنه في نظرنا هو الذي يضع نظرية التعسف في استعمال الحق في مكانها الصحيح .

ذلك أن الانحراف في السلوك قد يقع من الشخص وهو يأتي رخصة ، وقد يقع منه وهو يستعمل حقاً . وليس هنا مجال الإفاضة في التمييز ما بين الرخصة والحق . وبحسبنا أذ نقول أن الرخصة هي حرية مباحة في التصرف ، كالسير والتعاقد والتقاضى والكتابة والنشر ونحو ذلك من الحريات العامة التي كفلتها الدساتير للأفراد . أما الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون . فالملكية حق ، والتملك رخصة . ذلك أن القانون كفل لجميع الناس الحرية في أن يملكوا طبقاً للقواعد التي قررها في أسباب الملك ، ومن ثم فالتملك رخصة فإذا ما كسب الشخص ملكية شيء معين بسبب من أسباب الملك ، انتقل من الرخصة إلى الحق ، وأصبحت له مصلحة معينة مرسومة الحدود هي حق الملكية على هذا الشيء المعين الذي ملكه ، وهي مصلحة يحميها القانون (١) .

والرجل العادي في سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلتزم قدرأ من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير . وإذا استعمل حقاً فإنه لا يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق ، فإذا ما انحرف شخص وهو يأتي رخصة - مشى أو تعاقد أو تقاضى أو كتب أو نشر - عن هذا السلوك المألوف من الرجل العادي ، فمشى بسيارته ولم يلتزم اليقظة اللازمة فدهس أحد المارة ، أو تعاقد مع أحد الفنيين الموظفين في مصنع منافس وحمله بذلك على أن يخل بالتزاماته نحو مصنعه . أو تقاضى فتنكب سبيل الاعتدال وأمعن في الإضرار بخصمه باستعمال إجراءات التقاضى في غير ما وضعت له لئلا يفتن في الخصومة ، أو كتب فأفشى سراً من أسرار المهنة كان لا يجوز له إفشاؤه ، أو نشر ففقد شخصاً ، كان كل هذا خطأ يحقق مسؤوليته . كذلك إذا استعمل حقاً معيناً - حق ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق دين - فجاز

الحدود المرسومة للحق الذي يستعمله ، بأن بني في ملكه مجاوزاً حدود هذا الملك ، أو فتح المثل في المسافة الممنوعة قانوناً ، أو قيد الرهن بأكثر من الدين ، أو تقاضى فيما له من الدين فوائد أكثر مما يبنيها القانون ، كان كل هذا أيضاً خطأ يحقق مسؤوليته .

وقد كان رجال الفقه في القرن الماضي يرون تقييد الرخصة ولا يرون تقييد الحق . فيشترطون في إتيان الرخصة ألا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادل . أما الحق فلا يشترطون في استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده . فكان الخطأ في نظرهم هو انحراف عن السلوك في إتيان الرخصة أو مجاوزة الحدود في استعمال الحق . أما إذا استعمل الشخص حقاً ولم يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق ، فإنه لا يخطئ ولو أضر بالغير . ومن ثم كان استعمال الحق مرهوناً بمدى حدوده . فإن جاوزها صاحب الحق كان هذا خروجاً عن الحق ، وهو خطأ يحقق مسؤوليته . وإن التزمها فلا تتحقق مسؤوليته ، حتى لو انحرف في استعمال الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي فأضر بالغير .

فلا يشترط إذن في استعمال الحق عند رجال الفقه القديم إلا عدم مجاوزة الحدود التي وضعت له . وما دام صاحب الحق داخل هذه الحدود فلا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير ، ومهما كان مهملًا أو كان سيئ النية . وهذه الصورة هي التي نظر فيها رجال الفقه الحديث ، ورأوا خلافاً للفقه في الماضي أن المسؤولية فيها يجب أن تتحقق وأطلقوا عليها اسماً معروفاً هو «التعسف في استعمال الحق» (abus du droit) .

ومن ثم أصبح للخطأ صورتان : صورته الأولى وهي الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق ، وصورته الجديدة وهي التعسف في استعمال الحق . وتتناول كلا من الصورتين في تطبيقاتها المختلفة .

## ١ - الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق

٥٤٥ - من قاعدة عامة واحدة إلى حالات متعددة : رأينا أن هناك قاعدة عامة تقضى بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض . وهذه هي السياسة التشريعية التي جرت عليها التقنيات اللاتينية . فهي لا تورد تطبيقات تفصيلية للخطأ ، بل تقتصر على وضع قاعدة عامة على النحو الذي أسلفناه . ما القوانين الأنجلوسكسونية والجرمانية فإنها تعمد إلى التفصيل ، وتتفاوت في إيراد الحالات التفصيلية للخطأ (١) . ومن المعروف في القانون الإنجليزي أنه

(١) وكذلك الفقه الإسلامي لا يضع قاعدة عامة ، وإنما يورد حالات تفصيلية . وهناك حالتان رئيسيتان يوجب فيهما الضمان فيعالج بهما الضرر الذي يقع على المال ، وهما الغصب والإتلاف . فالغصب هو أخذ مال متقوم محترم ، بلا إذ من له الإذن ، على وجه يزيل يده ، بفعل في العين ويجب على الغاصب رد المغصوب لو كان قائماً في مكان غصبه ، أو رد قيمته لو هلك حتى لو كان الهلاك بقوة قاهرة . والإتلاف قد يكون مباشرة أو تسبباً . فالإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالنيات ، من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ، والإتلاف تسبباً يكون بعمل يقع على شيء فيفضى إلى =

(١) وكان المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٥ من هذا المشروع يقضى بما يأتي : «الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة» . وورد بالمذكرة الإيضاحية للتعميدى في صدد هذا النص ما يأتي : «تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة . وهي تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق . فالتعسف يرد على استعمال الحقوق التي الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف في ترتيب مسؤولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق جراء ذلك . ويقصد بالحق في هذا الصدد كل مكتنة تثبت شخص من الأشخاص على سبيل والإفراد كحق الشخص في ملكية عين من الإعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون ذلك من المكتنات التي يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً للاختصاص بالحق أو إباحات كالحريات العامة وما إليها . وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف الغير ما ينجم عن ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك وجهه» . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي لعدم الحاجة إليه (مجلس التحضيرية ١ ص ٢٠١ في الهامش) .



لا يشتمل على قاعدة عامة في الخطأ . بل يحوى أنواعاً مختلفة من الخطأ يورد لكل نوع منها حكمه . ومن ثم سمي هذا القسم من القانون الإنجليزي ، لا بقانون الخطأ (Law of tort) . بل بقانون الأخطاء (law of torts) .

على أن الفرق ليس كبير كما يظهر لأول وهلة ما بين القوانين اللاتينية وبين القوانين الإنجليزية والجرمانية . فالثانية تعدد حالات الخطأ . ولكن يمكن أن يستخلص من هذه الحالات قاعدة عامة تناول الخطأ في ذاته وتحدد أركانه . أما الأولى فتبدأ بهذه القاعدة العامة ، ولكنها تنتهي في تطبيقها القضائي إلى حالات في الخطأ تعددها المحاكم حالة حالة وتبين خصائص كل حالة منها . فهناك إذن طوائف من الجرائم المدنية واضحة المعالم بينة الحدود ، شبيهة بالجرائم الجنائية التي يعدها قانون العقوبات .

وها نحن ، على سبيل المثال ، نتناول في إيجاز ، بعض هذه الحالات على النحو الذي انتهى إليه فيها قضاء المحاكم .

٥٤٦ - حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية وغيرها من وسائل النقل : من الميادين التي يتسع فيها المجال لوقوع الخطأ حوادث النقل . فقد زادت أخطار النقل بقتربها تعدد من وسائله وما امتد من نشاطه . ويقع كل يوم من حوادث النقل ما يوجب المسؤولية . وهي حوادث متنوعة تنجم عن وسائل النقل المختلفة : من الدواب إلى المركبات إلى السيارات إلى السفن إلى الطائرات ، وفي البر والبحر والجو .

= تلف شيء آخر . فمن قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذ قد أُلّف الحبل مباشرة ، وكسر القنديل سبباً والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يكن والمتسبب غير ضامن لا إذا كان متعمداً أو متعمداً (مجمع الضمانات ص ١٤٦) - أما الضرر الذي على الجسم فتتدخل فيه فكرة العقوبة الجنائية مع التعويض المدني . وجزاؤه الدية والأرض والعدل . أما الدية فتجب في القتل غير العمد (أما القتل العمد فيجب فيه القصاص وهو عقوبة غير تعويض مدني) وفي الجنابة على ما دون النفس عن غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة من الجزء من الدية ، فإذا تعدد العضو الذي تمكن فيه المماثلة ، وأصيب بعض منه ، فالدية تجب في أصيب ، وتسمى في هذه الحالة أرشاً ، فيجب نصف الدية في العين الواجدة وربيعها في أحد العين الأربعة وهكذا . وحكومة العدل تكون فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو أرض ، أمّا ما لا يمكن في المماثلة، وعمداً كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضي . حكومة العدل (البدايع ٧ ص ٢٣٣ وما بعدها) . ويستخلص من ذلك أن حكومة العدل مرونة من القصاص والدية والأرض ، تكاد تضع مبدأ عاماً في الشريعة الإسلامية يقضي بأن الذي يصيب النفس فيما لا يمكن فيه المماثلة (ويدخل في هذا أكثر الجراح والشجاج) غير عمد ، يوجب التعويض حسب تقدير القاضي . وهذا المبدأ يكمل المبدأ الآخر الذي يوجب قواعد الغصب والإتلاف وهو متعلق بالعمل الضار الذي يصيب المال . (أنظر في كل ذلك للمؤلف فقرة ٦٦) .

والنقل قد يكون بأجر أو بغير أجر ، والنقل بأجر قد يكون نقلاً للأشياء أو نقلاً للأشخاص . ففي نقل الأشياء يلتزم عامل النقل بنقل ما عهد إليه في نقله سليماً إلى المقر المتفق عليه ، فإذا تلف في أثناء النقل كان عامل النقل مسؤولاً . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لقيامها على التزام يترتب على عقد النقل (١) . فلا يستطيع عامل النقل أن يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . وتجب المسئولية العقدية في رأينا المسئولية التقصيرية ، فلا خيرة بين المسئوليتين .

وفي نقل الأشخاص لم يكن القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يترتب مسئولية عقدية . ثم انتهى إلى أن يستخلص من عقد النقل التزاماً بضمان سلامة الراكب ، وأصبح عامل النقل ملزماً بموجب العقد أن يصل بالراكب إلى المقر المتفق عليه سليماً معافى . والالتزام بضمان السلامة في نقل الأشخاص ، كما هو في نقل الأشياء ، التزام بتحقيق غاية (٢) . فإذا أصاب الراكب ضرر بسبب النقل كان عامل النقل مسؤولاً مسئولية عقدية لا يستطيع الخلاص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي (١) .

وقد يكون النقل بغير أجر (transport bénévole, gratuit) ، كأن يستصحب شخص صديقاً له في سيارته في نزهة أو إلى مكان معلوم ، فإذا أصيب الصديق بحادث من جراء ركوب السيارة ، فهل يكون صاحب السيارة مسؤولاً ، وعلى أي أساس تقوم مسئوليته؟ نرى أن النقل في هذه الحالة ليس بعقد ، لأن الطرفين لم يقصدا أن يرتبطا ارتباطاً قانونياً ، وقد تقدم ذكر ذلك . فنستبعد إذن المسئولية العقدية (٢) . ولا تبقى إلا المسئولية التقصيرية . وهنا تفتح أمامنا طرق ثلاثة : هل تكون هذه المسئولية هي مسئولية حارس الأشياء ، فيعتبر صاحب السيارة وهو الحارس لها مسؤولاً نحو صديقه عن الضرر الذي أصابه حتى يقيم

(١) انظر في هذا الموضوع ما زوا ١ - فقرة ١٥٢ - فقرة ١٥٣ بلانبول وريسير ويولانجيه فقرة ٩٦٠ .

(٢) أنظر عكس ذلك لالو فقرة ١٨٧ ص ١٢٢ . وهو يقول بالمسئولية العقدية في النقل المجاني .

(١) عقد نقل الأشياء يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل اليه وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية فإذا تلفت هذه الأشياء أو هلكت فإنه يكفي أن يثبت أن ذلك حدث أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا إثباتاً لعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسئولية عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن التلف أو الهلاك نشأ عن عيب في ذات الأشياء المنقولة أو بسبب قوة قاهرة أو خطأ من الغير .

(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٩ الطعن ١٩٠ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١٥٥١)

(٢) عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذه عقد النقل تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ، ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير .

(جلسة ١٩٧٩/٣/٧ الطعن ٧٨٤ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٧٤٢)

الدليل على السبب الأجنبي؟<sup>(١)</sup> أو تستبعد المسؤولية على أساس الحراسة وتبقى في دائرة المسؤولية القائمة على خطأ واجب الإثبات ، ونقول أن الصديق المضرور يجب أن يثبت خطأ في جانب صديقه صاحب السيارة ؟ وإذا قلنا بذلك ، فأى نوع من الخطأ يجب أن يثبت ؟ هل يجب أن يثبت خطأ جسيماً باعتبار أنه رضى بإخلاء مسؤولية صديقه بعد أن تبرع هذا بنقله ، فلا يكون صاحب السيارة مسئولاً إلا عن الخطأ الجسيم ؟<sup>(٢)</sup> أو أن يثبت خطأ يسيراً طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ؟<sup>(٣)</sup> أما المسؤولية على أساس الحراسة فيجب استبعادها ، إذ شرطها ألا يكون المضرور قد اشترك مجاناً في استعمال الشيء الذي أحدث الضرر<sup>(٤)</sup> . كذلك يجب استبعاد أن الصديق المضرور قد رضى بإخلاء مسؤولية صاحب السيارة ، إذ حتى على فرض أن هذا صحيح فهو اتفاق على الإعفاء من مسؤولية تقصيرية وهو لا يجوز . فلا يبقى إذن إلا الطريق الثالث ، ويكون صاحب السيارة مسئولاً نحو

- (١) أنظر من هذا الرأي جوسران في تعليقه في دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧ - بيسون ص ١٦٠ .  
(٢) أنظر من هذا الرأي ريكول (Ricol) في تعليقه في دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٢١ - وروجيه (Roger) في تعليقه في دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ . وينزع القضاء المصري إلى هذا الرأي . فقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الصديق الذي يستسلم لقيادة صديقه المتبرع بها على طول مسافة الطريق يعتبر أنه على اتفاق معه فيما يتجهجه من أساليب القيادة وأنه موقن من حذقه ومهارته ، وكلاهما يكون مستهدفاً للخطر بدرجة واحدة . ومن غير المعقول أن يتطلب من أى شخص أن يوجه عنايته للغير أكثر مما يوجهها لنفسه (١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/١٧٨ ص ٣٣٨) .  
وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في أحكام كثيرة بأن من يقبل النقل مجاناً يعتبر أنه قد أهمل صاحب السيارة من مسؤوليته ، فلا يستطيع الرجوع إلا إذا أثبت في جانب صاحب السيارة خطأ جسيماً ، بأن أثبت أنه كان يسير بسرعة جنونية لا تجعله مسيطراً على السيارة ، أو أنه كان يسير بسرعة شديدة على مقربة من سيارة أخرى دون أن يوقد مصابيح سيارته (استئناف مختلط في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٧ - وفي ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٥ - وفي ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٣ - محكمة مصر المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٠ ص ١٧٦) .  
(٣) أنظر من هذا الرأي بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٢٢ - جاردينا وريتشى فقرة ١٠٤ ص ٦٦١ .  
حتى في تعليقه في سيريه ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣ - ريبير في تعليقه في دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٦٤٩ .  
إسمان في تعليقه في سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ . وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية: ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ - دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٤٦ - مع تعليق ريبير وسيريه ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣ .  
تعليق جنى - وفي ٩ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٥٣ - وفي ١١ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ ص ٤١٤ - وفي ٧ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ .  
إسمان - وفي ٢٢ يولية سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ١ - ٥٨٨ - وفي ١٨ يولية سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ - وفي ٥ مايو سنة ١٩٤٢ سيريه ١٩٤٢ - ١ - ١٢٥ .  
هنري مازو . (أنظر في أحكام أخرى بهذا المعنى لمحكمة النقض الفرنسية مازو ١ فقرة ١٢٧٨) .  
(٤) أنظر مازو ١ فقرة ١٢٧٤ - فقرة ١٢٧٥ وقرة ١٢٨١ - فقرة ١٢٨٧ .

صديقه المضرور إذا أثبت هذا خطأ يسيراً في جانبه وفقاً للقواعد العامة<sup>(١)</sup> .

وهناك مسؤولية تقصيرية أخرى تترتب على حوادث النقل إذا كان الضرر قد وقع لا على الراكب بل على المارة في الطريق . ومن الأمثلة المألوفة أن يقود شخص سيارة ويسير بسرعة ينجم عنها الخطر ، أو أن يسير في الليل دون أن يوقد مصباح السيارة ، أو أن يسير على الجانب الأيسر من الطريق<sup>(٢)</sup> ، أو أن يدخل من شارع جانبي إلى شارع رئيسي دون أن ينتظر مرور السيارات التي تسير في الشارع الرئيسي<sup>(٣)</sup> ، أو أن يغفل تنبيه العابرة إلى خطر يتهددهم من سيارته ، أو أن يخالف لوائح المرور ونظمها<sup>(٤)</sup> . وكثيراً

(١) أنظر في هذا الموضوع مازو ١ فقرة ١٢٧٣ - فقرة ١٢٨٩ والمراجع المشار إليها فيه (فقرة ١٢٧٤ هامش رقم ١ مكرر) . وانظر في الفقه المصري مقالا للدكتور حلمي بهجت بدوى بك في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ١٣٧ - ومصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٦٦ - فقرة ٦٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سائق السيارة ، حتى لو سار في طريق ذى اتجاه واحد ، يجب عليه مع ذلك أن يلزم الجانب الأيمن من الطريق (استئناف مختلط في ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السائق الذي يأتي من شارع جانبي يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذي يسير في الشارع الرئيسي ، فإذا كان هذا الأخير يسير أيضاً بسرعة زائدة كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط في ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٤) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأن السائق الذي يأتي من الشارع الأصغر يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذي يسير في الشارع الأكبر ، فإذا كان الشارعان متساويين في الأهمية ، فالسائق الذي يأتي من جهة اليمين هو الذي يسبق (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١١٦) .

(٤) استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ - وفي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - وفي ٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢١٤ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٧ - وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٢ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٦ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ - وفي ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ .

وانظر في حوادث السيارات : ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٥١ ص ٣٢ - وفي ١٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٢٦٣ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٨١ - وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٨ - وفي ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٢٨ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ - وفي ٢٣ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٦ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٣ . وكان القضاء المختلط يقضى بأن المسؤولية في حوادث السيارات لا تبنى على مجرد أن المسئول هو مالك السيارة (استئناف مختلط في ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٧ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٢) ، ولكن بعد نفاذ القانون المدني الجديد تبنى المسؤولية في حوادث السيارات على أساس الحراسة ، فحارس السيارة هو المسئول ولا يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي (م ١٧٨ من القانون المدني الجديد) .

تقع الحوادث من قطارات السكك الحديدية (١) (١) والمركبات الكهربائية (٢) وغير

أنظر في مسئولية مصلحة السكك الحديدية بسبب مصباح زيت معيب أحرق مركبة (استئناف مختلط في ٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٩٩) - وبسبب عيب في فرملة القطار (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٩) - وبسبب إعطاء إرشادات فجائية (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٦) - وبسبب وقوف القطار بعيداً عن المحطة (استئناف مختلط في ١٦ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٨) - وفي مسئوليتها عن الأضرار التي تصيب الموظفين (استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٢٠) - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٧ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ - وفي ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٢ - وفي ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٨) - وفي مسئوليتها عن خروج القطار عن الشريط (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦) - وفي ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ - وفي ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٥ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٧ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٢) - وفي المسئولية عن الشرار الذي يتطاير (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٥٩) - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٨) - وفي تصادم القطارات (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٨) - وفي ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢) - وبسبب إحدى الحوادث (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٣). وأنظر أيضاً نقض مدني في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ - المحاماة ١٥ رقم ١/٧٨ ص ١٥٥ - استئناف مصر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ ص ١١٠٤ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٥٨ ص ٤٩٥ .

وأما عن حوادث مجازات (مزلقانات) السكة الحديد فقد قضت محكمة النقض في دائرتها الجنائية بأنه إذا صح أن مصلحة السكة الحديد في الأصل غير مكلفة بأن تقيم حراساً على المجازات لدفع الخطر عن المارة من قطاراتها ، إلا أنها إذا أقمت حراساً بالفعل عهدت إليهم إفعالها كلما كان هناك خطر عليهم من اجتيازها وفتحها حيث لا خطر ، وأصبح ذلك معهوداً للناس ، فقد حق لهم أن يعولوا على ما أوجبه على نفسها من ذلك وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحاً إذناً بالمرور بعدم وجود الخطر . فإذا ترك الحارس عمله وأبقى المجاز مفتوحاً حيث كان ينبغي أن يقفله وجب اعتباره متخلفاً عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فعمله هذا إهمال بالمعنى الوارد بالمادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ عقوبات ، وتكون مصلحة السكك الحديدية مسؤولة عما ينشأ من الضرر للغير من فعل تابعها على ما قضت به المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) . ولا محل للتحدى هنا بأنه على الجمهور المرور بالمجازات عند اقتراب مرور القطارات ورتبت على مخالفة هذا الحظر جزاء متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم لا تفيد أن سائق السيارة حاول المرور من المجاز مع علمه بالخطر . (نقض جنائي في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧ المحاماة رقم ٣١٩ ص ٩٠٥ .

وقضت محكمة المنصورة الكلية الوطنية بأنه وأن كانت مصلحة السكة الحديد غير ملزمة بخفارة المزلقانات ، إلا أنها ملزمة باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتبني المارة بوجود المزلقانات ، وخاصة إن كانت تقع على طريق مطروق كثيراً بوضع فانوس التحذير ليلاً . وإذا وضعت مصلحة السكة الحديد فانوسين بنور أحمر على جانبي المزلقان لتحذير المارة ليلاً ، ووضعت لوحة للاحتراس من القطارات فلا مسئولية عليها عند وقوع حادث (المنصورة الكلية الوطنية في ١٥ يناير سنة ١٩٤٤ المحاماة رقم ٢٤ رقم ٣٣ ص ٧٠ .

وانظر من القضاء المختلط في حوادث المزلقانات : استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣

ذلك من وسائل النقل المختلفة (١) . ويلاحظ في كل ذلك أن المسئول عن الخطأ ، وهو السائق استعمل رخصة أياها له القانون ، بأن اتخذ وسيلة من وسائل النقل المعروفة ، فأنحرف في إثبات هذه الرخصة عن السلوك المألوف للرجل العادي ، وأضر بالغير ، فكان هذا خطأ يستوجب المسئولية . وسنرى أن المسئولية في أكثر هذه الأحوال ، بعد نفاذ القانون المدني الجديد ، لا تبني على خطأ واجب الإثبات ، بل على أساس حراسة الأشياء التي تتطلب

= ص ٢٠٥ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤٥ - وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٩ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢١ - وفي ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ .

(٢) أنظر في مسئولية شركة الترام عن سير القطار قبل أن ينزل الراكب (استئناف مختلط في ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٤) - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٨ - وفي أول يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩١ - وفي ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٨ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٨) وعن نزول الركاب مسرعين في دعر بسبب حادث وإصابتهم من جراء ذلك (استئناف مختلط في ٣٠ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٣ - وفي ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٤ - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١١) - وعن إصابة المارة في الطريق (استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٩ - وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢١ - وفي ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٨ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ - وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ - وفي ٢٠ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١١ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٥ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ - وفي ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٧ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٦ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤١ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٩) .

(١) من المقرر أن تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً مما يتعلق بموضوع الدعوى ومتى استخلصت المحكمة مما أوضحت من الأدلة السائفة التي أوردتها أن الخفير المعين من الهيئة العامة لشئون السكك الحديدية على المجاز قد أخطأ إذ لم يبادر إلى تحذير المارة في الوقت المناسب وتنبههم إلى قرب مرور القطار وتراخي في اغلاق المجاز من ضلفته ولم يستعمل المصباح الأحمر في التحذير وفقاً لما تفرضه عليه التعليمات وذلك في الوقت الذي ترك فيه بوابه المجاز مفتوحة من جهة دخول السيارة قيادة الجنى عليه مع استطاعته إفعالها وإن هذا الأخير كان معذوراً في اعتقاده خلوه المجاز وعبوره فوق الحادث نتيجة لهذا الخطأ فلا تقبل المجادلة في ذلك لدى محكمة النقض .

(جلسة ١٩٦١/١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ١٣١)

(جلسة ١٩٥٩/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٧٦)

(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٧٣٣)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٣٢٧)

(١) أنظر في حوادث الطيارات : استئناف مختلط في ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٦ .



حراستها عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية ، فيكون الحارس مسئولاً عما تخدته وسائل النقل من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ( م ١٧٨ من القانون المدني الجديد ) ، وسيأتي تفصيل ذلك .

**٥٤٧ - حوادث العمل :** وليست حوادث العمل بأقل من حوادث النقل بعد تقسيم المخترعات الميكانيكية وشيوع الصناعات الكبرى . ولعل حوادث النقل وحوادث العمل هي أبلغ الحوادث أثراً في تطور المسؤولية التقصيرية .

وقبل صدور قانون العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ( وقد حل محله القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن التأمين الاجتماعي ) كان القضاء المصري لا يجعل صاحب العمل مسئولاً قبل العامل عن حوادث العمل إلا إذا أثبت العامل خطأ في جانب صاحب العمل (١) . ولكنه كان يكتفي بإثبات أي إهمال (٢) ، ويوجب على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة حتى يحمي العمال من مخاطر العمل وإلا كان مسئولاً (٣) . وتصبح مسئولية صاحب العمل أشد إذا كان العامل صبياً صغير السن (٤) . ولا يستطيع صاحب العمل

يخفف باتفاق من مسؤوليته التقصيرية (١) ، وهو مسئول عن خطأ تابعه (٢) . ولكن يجوز أن يتعهد بتعويض العمال تعويضاً مقدراً عن مخاطر العمل (٣) . وترتفع مسؤوليته إذا كان الضرر قد وقع بخطأ العامل نفسه (٤) .

وبعد صدور قانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ، ثم قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الذي حل محله قانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ خضعت حوادث العمل لهذا التشريع الجديد ، ولم يعد يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أي قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل (٥) (١)

(١) استئناف مختلط في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٨ - وفي ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٢٨ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٠ .

(٣) استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٦ - وفي أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٤ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

(٤) استئناف مختلط في ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨٣ .

(٥) أنظر آفاً فقرة ٥٢٢ في الهامش . وانظر استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٥ .

(١) - لما كان الخطأ المعنى بالفقرة الثانية من المادة ٦٨ من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ - والمنطبق على واقعة الدعوى والذي يجيز للمصاب بإصابة عمل أو المستحقين عنه التمسك قبل صاحب العمل بأحكام قانون آخر إذا نشأت الإصابة عنه - هو خطأ صاحب العمل الشخصي الذي يرتب مسؤوليته الذاتية . هو خطأ واجب الإثبات فلا تطبق في شأنه أحكام المسؤولية المفترضة الواردة في المادة ١٧٨ من القانون المدني لأن النص في الفقرة الثانية من هذه المادة من يدل على أنه عندما يكون قد ورد في شأن المسؤولية الشبيهة أحكام خاصة فإن هذه الأحكام هي التي تطبق دون أحكام المسؤولية المفترضة الواردة في صدر تلك المادة التي تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، لا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا ثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه .

(جلسة ١٩٩١/١/٢١ الطعن ٢٢٧٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٢ الطعن ٢٠١٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٦/٥/٥ الطعن ١٤٣٠ لسنة ٥٩ ق)

(ب) إذ خلص الحكم المطعون فيه إلى ثبوت إهمال الشركة الطاعنة في صيانة التوصيلات الكهربائية مما أدى إلى وقوع حادث وفاء مورث المطعون ضدها ومفاد ذلك أن الحكم أقام قضاءه على أساس تحقق مسؤولية الشركة الطاعنة مسؤولية ذاتية مرددها وقوع خطأ شخصي من جانبها يتمثل في إهمال صيانة التوصيلات الكهربائية وليس على أساس مسؤوليتها باعتبارها حارسة للشيء الذي تسبب في وقوع الحادث .

(جلسة ١٩٩٠/٦/١٨ الطعن ٢٨٦٤ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٨٩/٣/١ الطعن ٨١٠ لسنة ٥٤ ق)

(١) استئناف مختلط في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٩ - وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٥١ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٥ - وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٧٢ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٥ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٢ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٣ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ - وفي ١٨ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٦ - وفي ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٩ - وفي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩١ - وفي ٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٥ ص ٢١١ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٤ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٨ ص ٣٦١ - وفي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٥ ص ٢٢٩ - وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨١ - وفي ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٩ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧١ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧١ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ٤١٥ .

(٣) استئناف مختلط في ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٣ - وفي أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٨ ص ١١١ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٢ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٧ - وفي ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٢٨ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٧ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٣٦ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٩ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦١ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ .

(٤) استئناف مختلط في ٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٤ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ١٧ ص ٤١٩ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٤ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٥٩ .

## ٥٤٨ - المسؤولية عن الأخطاء الفنية في مزاوله المهنة : وكثيراً ما يخطئ رجال

الفن من أطباء وصيادلة ومهندسين ومحامين وغير ذلك في مزاوله مهنتهم . فالطبيب قد يخطئ وهو يقوم بعملية جراحية ، وقد يخطئ الصيدلي في تركيب الدواء ، والمهندس في عمل التصميم الهندسي ، والمحامي في القيام بإجراءات التقاضي ومراعاة المواعيد المقررة لذلك .

وأول ما تجب ملاحظته في هذا الشأن أن مسؤولية هؤلاء الفنيين تكون في أكثر الأحوال مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية ، لأنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم في تقديم خدماتهم الفنية (١) . ولكن الخدمة الفنية التي يلتزمون بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة هي التي تقتضيها أصول المهنة التي ينتمون إليها . فالالتزامهم بالعقد هو إذن التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية (١) . ومن ثم يتلاقى بالنسبة إليهم معيار المسؤولية العقدية بمعيار المسؤولية التقصيرية . فهم في المسؤولية التقصيرية يطلب منهم أيضاً بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة ، فإن هذا هو السلوك الفني المألوف من رجل من أوسطهم علماً وكفاية وبقظة . فالانحراف عن هذا المعيار ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية ، يعتبر خطأ مهنياً (faute professionnelle) ، وغنى عن البيان ألا خيرة بين المسئوليتين ، فإذا كان الخطأ المهني عقدياً جيب المسؤولية التقصيرية . وإذا كان معياراً الخطأ المهني واحداً في المسئوليتين ، فهناك فروق معروفة بين المسؤولية العقدية

والمسؤولية التقصيرية تجعل انعدام الخيرة بين المسئوليتين ذا أهمية عملية . ونقتصر هنا على معيار الخطأ المهني ، وهو واحد في المسئوليتين كما قدمنا .

ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى وجوب التمييز في مزاوله المهنة بين الخطأ العادي والخطأ المهني . فالخطأ العادي هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاوله مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة . كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران . ومعيار الخطأ العادي هو معيار الخطأ المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي . أما الخطأ المهني فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة ، كما إذا أخطأ الطبيب في تشخيص المرض . ولا يسأل صاحب المهنة ، في نظر هؤلاء الفقهاء ، عن الخطأ المهني إلا إذا كان خطأ جسيماً ، حتى لا يقعد به الخوف من المسؤولية عن أن يزاول مهنته بما ينبغي له من الحرية في العمل ومن الطمأنينة والثقة في فنه وفي كفايته الشخصية (١) . وبهذا الرأي أخذ القضاء المختلط في بعض أحكامه (٢) .

والتمييز بين الخطأ العادي والخطأ المهني في مزاوله المهنة ، فوق أنه دقيق في بعض الحالات ، لا مبرر له . وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة ، فإن المريض أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية . والواجب اعتبار الرجل الفني مسئولاً عن خطئه المهني مسئولته عن خطئه العادي ، فيسأل في هذا وذلك حتى عن الخطأ اليسير . وبهذا أخذ القضاء والفقهاء في فرنسا وفي مصر (٣) . والذي

(١) الدكتور وديع فرج بك في مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية مقال في مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٢٨ - بلانيول وريبير وأسمان ١ فقرة ٥٢٤ - جوران ٢ فقرة ١٢٨٧ - مازو فقرة ١٤٨ وقرة ٥٠٨ - لالو فقرة ٤٢٢ - سافاتييه فقرة ٧٧٥ - نقض فرنسي في ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٨ - ١ - ٣١٤ - وفي ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٩ سيريه ١٩٤٠ - ١ - ٧٣ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ سيريه ١٩٤٠ - ١ - ٨٤ .

أما القضاء في مصر فيقضي بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية (نقض مدني في ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦ - استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ ص ٢٥٨ - اسكندرية ومصر الوطنية في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ .

(١) التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض ، وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول كما يسأل عن الخطأ العادي أيا كانت درجة جسامته .

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ الطعن ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ١٠٦٢)

(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ الطعن ١١١ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٠٧٥)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ الطعن ٣٨١ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٦٢٦)

(١) لوران ٤ فقرة ١١٨٧ - ديموج ٣ فقرة ٢٦٤ - سافاتييه في تعليقه في داللو ١٩٣٩ - ١ - ٤٩ .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها بأن مسؤولية الأطباء لا تتحقق إلا في خطأ جسيم : ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٩ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٠ .

(٣) سوردا فقرة ٦٧٧ مكررة - بلانيول وريبير وأسمان ١ فقرة ٥٢٤ - لالو فقرة ٤٢٦ - مازو ١ فقرة ٥١١ . محكمة النقض الفرنسية في ٢١ يوليو ١٩١٩ داللو ١٩٢٠ - ١ - ٣٠ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢١ - ١ - ١١٩ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ داللو ١٩٣٦ - ١ - ٨٨ - وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٧٢١ - جرينويل في ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٧ سيريه ١٩٤٧ - ٢ - ٣٨ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه ، سواء كان خطأ فنياً أو غير فني ، جسيماً أو يسيراً . لهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيراً ، ولو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة (٢) يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الطبيب الذي يخطئ مسئول عن نتيجة خطئه ، بدون تفريق بين الخطأ الهين والجسيم ، ولا بين الفنيين وغيرهم ... والقول بعدم مساءلة الطبيب في حالة خطأ المهنة إلا عن خطئه الجسيم دون اليسير ، هذا القول كان مثار اعتراضات لوجود صعوبات في التمييز بين نوعي الخطأ ، ولأن نص القانون الذي يرتب مسؤولية المخطئ عن خطئه جاء عاماً غير مقيد ، فلم يفرق بين الخطأ الهين والجسيم ولا بين الفنيين وغيرهم . ويسأل الطبيب =

المهني يجب ألا يتجرد من الظروف الخارجية ، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الصدد . فإذا كان طبيباً وجب النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمي : هل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة ويعالج مرضى الحي من مختلف أنواع المرض ، أو هو أخصائي لا يعالج إلا نوعاً واحداً من المرض ، أو هو العالم الثقة الذي يرجع إليه في الحالات المستعصية . لكل من هؤلاء أجره ، ولكل مستواه المهني ، ولكل معياره الفني<sup>(١)</sup> . وما يقال في الطبيب يقال في المحامي والمهندس والزراعي وغيرهم من رجال الفن .

٥٤٩ - الاعتداء على الشرف والسمعة : وكثيراً ما يكون الخطأ اعتداءً على الشرف والسمعة . وليس من الضروري أن يكون المعتدى سعي النية ، بل يكفي أن يكون أرعن متسرعاً ، وفي الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ، وهذا خطأ موجب للمسئولية . والاعتداء على الشرف والسمعة يقع بطرق مختلفة<sup>(٢)</sup> .

يقع عن طريق النشر في الصحف بالسب والقذف<sup>(٣)</sup> ، حتى لو انتفى سوء النية ما دامت هناك رعونة وعدم احتياط<sup>(٤)</sup> . ولكن يراعى عدم التشدد في اعتبار ما ينشر

(١) وتقول محكمة استئناف مصر في هذا المعنى : « بالنسبة للأطباء الاخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم ، وجعلهم مسئولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً ، خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن واجبهما الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة » (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضاً في هذا المعنى الدكتور وديع فرج في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٩٩ - ص ٤٠٠ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٤٤) .

(٢) استئناف مختلط في ٢ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٨ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ - وفي ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٨ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٨ .  
(٣) استئناف مختلط في ٣ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٥ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩١ - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢ - وفي ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٤ - وفي أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٨ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ .

(١) أ - النقد المباح هو ابداء الرأي في أمراً وعمل دون مساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته ، فإذا تجاوز النقد هذا الحد وجبت المساءلة باعتباره مكوناً لجريمة سب أو إهانة أو قذف حسب الأحوال ، فحتى يكون النقد مباحاً تعين ألا يخرج الناقد في نقده إلى حد ارتكاب إحدى الوقائع المذكورة ، فيجب أن يلتزم الناقد العبارة الملائمة والألفاظ المناسبة للنقد وأن يتوخى المصلحة العامة وذلك باعتبار أن النقد ليس إلا وسيلة للبناء لا للهدم ، فإذا ما تجاوز ذلك فلا يكون ثم محل للتحدث عن النقد المباح .

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ١٧٢٣ لسنة ٤٩ ق س ٣٢ ص ١٦٦٢)

(جلسة ١٩٧٥/٦/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٥٦٧)

ب - إذا كان القذف طعناً في أعمال موظف عام أو من في حكمه وكان حاصلًا بسلامة نية وغير متعد لأعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، يقبل ممن طعن إقامة الدليل لاثبات ما قذف به بكافة طرق الاثبات .

(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٣ الطعن ٨٠٣ لسنة ٥ ق س ٣٥ ص ١٣٩٩)

أدخل اللبس في شأن الخطأ المهني أن المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ هو أيضاً معيار فني فهو معيار شخصي من أوساط رجال الفن . مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيه استقرت عليه أصول فنه . والأصول المستقرة للفن هي ما لم تعد محلاً للمناقشة بين رجال هذا الفن ، بل إن جمهورتهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلاً<sup>(١)</sup> . ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يقتفر ، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم ، فاختلط به . ولكن يجب التنبيه إلى أن أي خروج على هذه الأصول المستقرة ، جسيماً كان هذا الخروج أو يسيراً ، يعد خطأ مهنيًا يستوجب المسئولية . والشخص الفني الوسط الذي يخذ معياراً للخطأ

= إهماله سواء كان خطأ جسيماً أو يسيراً ، فلا يتجمع الأطباء باستثناء خاص (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨) - أنظر أيضاً استئناف مصر في ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٥٣ ص ٨٤ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٥٥ ص ١٣٢ . وقضت محكمة النقض بأن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة ، ومسئوليته هذه مسئولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية التعاقدية ، فقاضي الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى من غير مراقبة عليه (نقض مدني في ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة تقضي في الماضي بمسئولية الطبيب ولو عن خطأ يسير ما دام محققاً متميزاً (certaine et caractérisée) استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٢٠ - وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣ .

وانظر في الفقه المصري : الدكتور سليمان مرقص في بحثه في مسئولية الطبيب ومسئولية إدار المستشفى (مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٥٥ وما بعدها) وفي مؤلفه الفعل الضار فقرة ٤٢ - فقرة ٤٤ - الدكتور وديع فرج في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها) - مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٧٠ - فقرة ٧٣ - الدكتور أحمد حقيمت أبو ستيت بك فقرة ٤٤٩ .

(١) أما المسائل الفنية التي تقبل المناقشة والتي لم يستقر عليها إجماع من أهل الفن ، فهذه الأبحاث للقاضي بها ، وليس له أن يتدخل فيها برأي شخصي يرجع مذهباً على مذهب . وفي هذا المعنى تقول محكمة الإسكندرية الوطنية الكلية : « يسأل الطبيب عن خطئه في العلاج إن كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء . فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها ورأي الطبيب اتباع نظرية قال بها العلماء ولو لم يستقر الرأي عليها فاتبعها فلا لوم عليه . وعلى الطبيب أن يتفادى النظر في المناقشات الفنية عند تقرير مسئولية الأطباء ، إذ مهمته ليست المناقشة في العلاج المختلف عليها ، بل قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المعالج » (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ وقد سبقت الإشارة إليه) - ومن ثم فالخطأ المهني ، ولو كان ظاهراً لا يكون ثابتاً ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية . وفي هذا المعنى تقول محكمة استئناف مصر : « مسئولية الطبيب عن خطئه مسئولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية التعاقدية . ومن حيث أن يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من علاج المريض وتخفيف آلامه وهو آمن مطمئن لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية ارتكب عيباً لا يأتيه من له إلمام بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم تبصر » (٣ يناير سنة ١٩٤١ رقم ٨٥ ص ٢٥٨) .



ويقع الاعتداء عن طريق إذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة يمس سمعة شخص، دون أن يصطنع المذيع الحيطة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والإشاعات قبل إذاعتها (١).

ويقع الاعتداء عن طريق إعطاء معلومات كاذبة، بسوء نية أو عن رعونة (٢). ولكن المصلحة التي تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بناء على طلب قدم لها في هذا الشأن لا تكون مسئولية (٣). ولا يكون مسئولاً بوجه عام من أعطى معلومات عن الغير بحسن نية وبطريقة سرية وبناء على طلب معين (٤).

٥٥٠ - فسخ الخطبة والاعواء: والخطبة، أو الوعد بالزواج، ليست عقداً ملزماً، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقيد يكون مخالفاً للنظام العام. ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج، إذ لم يكن خطأ عقدياً، قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعويض (٥). ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب. كان فسخ الخطبة خطأً يوجب المسئولية التقصيرية (١). والأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقاً في التعويض إلا عن

(١) استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩.

(٢) استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩ (وقد سبقت الإشارة إليه). أنظر أيضاً مازوا - ١ - فقرة ٥٠١.

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المحاماه رقم ٤١٢ ص ٥٣٨ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٨٦.

(٤) استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٤.

(٥) استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ - وفي ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ - وكفسخ الخطبة الطلاق، كلاهما رخصة لا يجوز الانحراف في استعمالها عن السلوك المألوف للشخص العادي. فإذا غير زوج مسيحي دينه ليطلق امرأته كان مشولاً عن التعويض (استئناف مختلط في ٥ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٨٧). أما الزوج المسلم إذا طلق امرأته فلا يكون في الأصل مشولاً إلا عن مؤخر الصداق (استئناف مصر في ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماه رقم ١٧ ص ٥٨ ص ١١٩ - استئناف مختلط في ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٦). ولكنه قد يكون مشولاً أيضاً عن التعويض إذا كان استعماله لرخصة الطلاق خطأً يوجب مسئوليته التقصيرية (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماه رقم ٢٨ ص ٦٥ ص ١٠٧ - محكمة شبين الكوم في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماه رقم ٢١/٢٧٧ ص ٥٤٠ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماه رقم ١٣ ص ٥٦٤ - ١١٢٣ - قارن محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماه رقم ٢٩ ص ٢٨ ص ٨٢ - وانظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور السعيد مصطفى السعيد).

(١) يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن يتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً ومنسوبة لأحد الطرفين وان ينتج عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر فإذا كان بين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتعويض =

في الصحف سبياً أو قذفاً في بعض الظروف التي تقتضي الإطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة، وذلك كظروف الحرب (١)، وظروف الانتخابات (٢)، وفي الحملات الصحفية التي تقوم لغرض التطهير من فساد منتشر (٣)، وفي النقد العلمي والفني البريء (٤).

ويقع الاعتداء عن طريق البلاغ الكاذب. وليس سوء النية شرطاً في المسئولية التقصيرية كما هو شرط في المسئولية الجنائية. فقد يحفظ البلاغ الكاذب ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولاً مدنياً لأنه كان أرعن متسرعاً ولو أنه لم يكن سعي النية (٥). كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لا جنائياً ولا مدنياً لأنه لم يكن سعي النية ولم يرتكب رعونة أو تسرعاً (٦). ويكفي لنفي التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل ما يلقى في روعه صحة ما يبلغ عنه ولو لم يكن صحيحاً في الواقع. ويتخذ في هذا معيار موضوعي هو المعيار المعروف للخطأ. فلا يكفي أن تكون هذه الدلائل قد ألقت في روع المبلغ صحة ما بلغ عنه، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى ذلك في روع الشخص العادي المجرد عن الظروف الداخلية التي تحيط بالمبلغ (٧).

ويقع الاعتداء عن طريق دفاع في دعوى يتهم فيها الخصم خصمه أو يتهم الشريك بالخبراء تهماً غير صحيحة تنطوي على الرعونة والتسرع، حتى لو لم يكن الخصم مشولاً في هذا الاتهام (٨).

(١) استئناف مختلط في ٢١ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٢.

(٢) استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٤.

(٣) استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٧.

(٤) استئناف مختلط في ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٩٠ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ٣٥١. وانظر في حدود النقد المباح من النواحي العملية والأدبية والتاريخية مازوا ١ - فقرة ٥١٥.

(٥) دائرة النقض بمحكمة الاستئناف في ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٤ - استئناف وطني في ١٩ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٤١ ص ٢٨٢ - استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣٢ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٥.

(٦) استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦١ - وفي ١٦ يناير سنة ١٩١٨ م ١٥٦.

(٧) أما إذا كان المبلغ موظفاً من موظفي الأمن العام فلا مسئولية عليه إذا هو بلغ قبل أن يتشبه بالخبر إذا قامت عنده شبهات جدية كافية، لأن التبليغ عن الجرائم واجب عليه بمقتضى (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماه رقم ١٠ رقم ١٦٩ ص ٢٧).

يكفي لعدم مسئولية المبلغ أن يكون هو المجني عليه متى قامت لدى شبهات جدية تبرر الاتهام الموضوع مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٨٥ - مازوا ١ - فقرة ٥٠٠.

(٨) استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٣٠ - وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨٠ - وفي ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢١ - وفي ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٣٢٢.

الضرر المادي (١). ولكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي (٢). على أنه إذا استسلم الخطيبان للضعف الجنسي، فلا تعويض لا لضرر مادي ولا لضرر أدبي، حتى لو كان هناك مشروع للزواج لم يتم (٣). وإذا كان فسخ الخطبة بين خطيبين أحدهما قاصر، فوالد الخطيبة هو المسئول إذا كان هو السبب في الفسخ (٤).

هذه المبادئ الواضحة، على وضوحها، لم تستقر في القضاء المصري إلا بعد اضطراب وتراجع. فقد صدرت أحكام، من القضاء الوطني بنوع خاص، تقضى بأن فسخ الخطبة لا يوجب التعويض إذ هو أمر مباح فلا سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل مسئولية عمل مشروع، والقضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة، كما أن تحرى العوامل التي دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التي لا يست هذا الفسخ يقتضى التدخل في أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس، هذا إلى أن الشريعة لم تحمّل الزوج الذي يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذي دفعه، فكيف يصح إلزام الخاطب بتعويض قد يربو على ذلك إن هو عدل عن الخطبة! (٥) وفي الوقت ذاته صدرت أحكام أخرى، من القضاء الوطني والقضاء المختلط، تقضى بجواز التعويض عن فسخ الخطبة، وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سببت الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية. ذلك أن الحكمة في جواز العدول عن الخطبة هي تمكين طرفيها من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه، فلا تحمي الشرائع عدولا طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه، وخسارة نصف المهر

= للمطعون عليها عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه من ان الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه في مال والد خطيبته لرفضه أن يخص ابنته بنصيبها من ماله حال حياته، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولا طائشاً ليس له مسوغ يقتضيه وربت عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض، وأن سبب العدول على هذا النحو لا يصح بالعدول ذاته ومجرداً عن أي فعل خاطئ مستقل عنه، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض.

(جلسة ١٩٦٠/٤/٢٨ الطعن ٤٣٨ لسنة ٢٥ ق م ٢١١ ص ٣٥٩)

(جلسة ١٩٦٢/١١/١٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص ١٠٣٨)

(١) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٤ - وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٦ ص ١٣٤.

(٢) استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٢٥٢ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٧.

(٣) استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٤.

(٤) استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١.

(٥) أنظر في هذا المعنى استئناف مصر الوطنية في ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٣٢٤ - وفي ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ٣/٣١٣ ص ٦٢٦ - وفي ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٤٢٢ ص ٨٥٥ - وفي ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٢٦ رقم ٧٥ ص ١٣٢.

في حالة الطلاق قبل الدخول ليست إلا مقابلاً للطلاق في ذاته مجرداً عن كل ظرف آخر يجعل منه فعلاً ضاراً موجباً للمسئولية المدنية، ولا يستطيع القضاء أن يتخلى عن سلطته في تقدير الأفعال التي يترتب عليها إضرار أحد الخطيبين بالآخر، سواء كان ذلك بسلكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة، احتياجاً بدقة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية اللصيقة بالحرمان، فما كانت دقة النزاع لتصلح دعماً بعدم اختصاص القضاء بنظره، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرمان لمساسها بذات الإنسان (١). ثم إن الأحكام التي قضت بجواز التعويض ذهب بعضها إلى أن الخطبة عقد ملزم، العدول عن الوفاء به يوجب التعويض (٢). ولكن الكثرة الغالبة ذهبت إلى أن التعويض إنما يعطى على أساس المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية (٣).

والذي يمكن تقريره في هذا الشأن، باعتبار أن القضاء قد استقر عليه، هو

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف مصر الوطنية في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦٦ - وفي ٣٠ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦٧ ص ٥٣٩ - محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٣٠ ص ٧٣ - محكمة سوهاج الكلية في ٢٩ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ - استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٢٠ ص ٣٠٧ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩ - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ - وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٢ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٢. ويؤيد الأستاذ مصطفى مرعي بك هذا الرأي في كتابه المسئولية المدنية - فقرة ١١٧ - فقرة (١٢١) ويورد طائفة من أحكام القضاء التي أخذت به والتي أخذت بعكسه.

(٢) وأظهر حكم في هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج الكلية، وقد جاء في حكمها ما يأتي: «الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدتها من أي تقدير قانوني. ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج، فهو ارتباط قانوني وعقد قائم. وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم. وأنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عيناً أي إجراء هذا التعاقد النهائي لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقاً شخصياً، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض. وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً، إذ لكل من الطرفين أصلاً أن يعدل عن وعده. ولكن إذا أجرى ذلك في تهور أو عنف أو خالياً مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو مجرد الهوى، فإن ذلك يوجب التعويض. والتعويض الأدبي لا يقصد به الإثراء ولكن لرد الكرامة ومحو الأثر السيئ الذي تخلف عن فعل الخطيب. وتستحق الخطيبة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج في مجموعها ما دامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح» (سوهاج الكلية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦. وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

(٣) وتقول محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في هذا المعنى ما يأتي: «ومنشأ المسئولية في هذه الحالة هو الإساءة وهي فعل ضار، فهي مسئولية عن شبه جنحة، وليست مسئولية تعاقدية منشؤها الإخلال بعقد». (الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ١٥٣ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

ما يأتي : (١) الخطبة ليست بعقد ملزم . (٢) مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض (١) . (٣) إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين ، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية . وقد قررت محكمة النقض أخيراً هذه المبادئ في حكم لها جاء فيه ما يأتي : «إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء ، خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتماً بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد وعدول ، قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة للتضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة للتعويض» .

أما الإغواء (séduction) فلا يكون سبباً في التعويض إلا إذا اصطحب بالخدوية والغش أو اقترن بضغط أدبي (٢) . فإذا كانت ضحية الإغواء في سن تسمح بتدبير العواقب . كان هذا سبباً في تخفيف التعويض (٣) . وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان ، ورضيت المرأة أن تكون خليلية على علم من أقاربها فلا تعويض (٤) . فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتعويض كان هذا قياماً بالتزام طبيعي ، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقاً على المعاشرة وقد قصد منه الإغراء فيكون باطلا لعدم مشروعية السبب ، وقد يكون الإغواء سبباً للتعويض . حتى لو كان الشاب قاصراً ، فإن المسؤولية هنا تقصيرية لا عقدية ، والقاصر تجوز مساءلته تقصيراً (٥) .

(١) نقض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤ ص ٣٠ - أنظر أيضاً في هذا المعنى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٨٠ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ يناير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٢٣٩ ص ٧٦ .

(٣) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٣٨ .

(٤) استئناف مختلط في ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٨ - وفي ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٩٨ - وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٥) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٦ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ١٢٦ - محكمة الكلية المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ١٧٣ ص ٦٧ .

(١) استقالة أمد الخطبة في الزواج والاحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة ، كل ذلك أمور لا سوى العدول عن اتمام الخطبة ولا تعد أعمال مستقلة بذاتها عن هذا العدول ، ومجرد العدول عن الخطبة لا يعد سبباً موجباً للتعويض مهما استطلت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأعمال مستقلة عنه ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين .

(جلسة ١٩٦٢/١١/١٥ الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ١٠٣٨)

٥٥١ - حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري : وهناك ، عدا ما تقدم ، حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري توجب المسؤولية (٢) (١) . منها الأعمال التي تترتب عليها مسؤولية شركات المياه والغاز والنور (١) . ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة (٣) ، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية (الماركات) ، أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجاري مقارب للاسم التجاري المزاحم . وقد تقع المنافسة غير المشروعة بإغراء عمال المتاجر المزاحم على ترك متجرهم إلى المتجر الآخر . وتقع كذلك بنشر

(١) أنظر في هذه المسئلة : استئناف مختلط في ٦ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٦ - وفي ٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٨ - وفي ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٩٤ - وفي ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٠ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٩ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٥٤ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ .

(١) للمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً بالطريقة التي يراها فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير إذن منه وإلا كان عمله عدواناً على الحق الذي اعترف للشارع للمؤلف واخلاقاً به وبالتالي عملاً غير مشروع يستوجب مسؤولية فاعله عن تعويض الضرر الناشئ عنه طبقاً للمادة ١٥١ من القانون المدني القديم والتي تقابل المادة ١٦٣ من القانون المدني الجديد .

(جلسة ١٩٦١/١٠/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٦٠٢) .

(٢) خطأ الناشر الموجب للمسؤولية المدنية . عدم اشتراط سوء النية لديه لتحقيقه . يستوى أن تكون العبارات المنشورة منقولة عن الغير أو من انشاء الناشر . مؤداه . نشر الجريدة التي يمثلها المطعون ضدهما أن الرقابة الإدارية أحالت الطاعن إلى النيابة العامة لاستغلال سلطة نفوذه - اتهام له من الجريدة بمس سمعته قبل تحديد موقفه بصفة نهائية . اعتباره خطأ موجب للمسؤولية المدنية . ونص الحكم دعوى الطاعن بالتعويض لأن ما نشرته الجريمة لم يتعد نقل تقرير الرقابة القضائية إلى النيابة العامة . مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه .

(جلسة ١٩٩٨/٧/٩ الطعن ١٨٨٣ لسنة ٦٢ ق السنة ٤٤)

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩ الطعن ٥٢٧ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ١٩٩٨/٧/٩ الطعن ١٨٢٣ لسنة ٦٢ ق)

(٣) أعمال المنافسة التي تترتب عليها مساءلة فاعليها وتقوم على اساس من المسؤولية التقصيرية يمكن ردها إلى أعمال من شأنها احداث اللبس بين المنشآت أو منتجاتها أو إلى ادعاءات غير مطابقة للحقيقة أو أعمال تهدف إلى احداث الاضطرابات في مشروع الخصم أو في السوق ما يتوافر به ركن الخطأ وتعد بذلك منافسة غير مشروعة .

(جلسة ١٩٦٧/٢/١٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ٣٥١)

(جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٥٠٥)

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٦٥١)



إشاعات كاذبة عن المتجر المزاحم، وبالتشهير بعيوب هذا المتجر، وغير ذلك من وسائل المنافسة غير المشروعة<sup>(١)</sup>. ومنها الإجراءات القضائية الكيدية<sup>(٢)</sup>، كالدعاوى

والدفع الكيدية<sup>(١)</sup>، ودعاوى الإفلاس الكيدية<sup>(٢)</sup>، والتنفيذ الكيدي<sup>(٣)</sup>. ومنها المضار الفاحشة للجوار<sup>(٤)</sup>. وقد تترتب مسؤولية الحكومة لأعمال تصدر من

(١) أنظر الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٠.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الالتجاء إلى القضاء رخصة لا ترتب تعويضاً (استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٢)، إلا إذا كان مصحوباً بسوء نية أو بخطأ جسيم (استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٤ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١) - ومن الأمثلة على الإجراءات الكيدية الاستئناف الكيدي (استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٥)، والتماس إعادة النظر الكيدي (استئناف مختلط في ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣)، ومعارضة الشخص الثالث الكيدية (استئناف مختلط في ١٦ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٢). وقضت محكمة النقض بأن إنكار الدعوى إن كان في الأصل حقاً لكل مدعى عليه، إلا أن هذا الحق يتقلب مخيباً إذا ابتغى المدعى عليه مضارة خصمه وتمادى في الإنكار أو غلا فيه أو تحيل به (نقض مدني في ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٤ ص ٩٣) - وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن إنكار الأخت لأخيها يعد دفاعاً كيدياً، فيحكم على الأخت بتعويض الضرر المادي الذي أصاب أخيها من جراء هذا الإنكار وهي المصاريف التي صرفت منه في سبيل إثبات وراثته، وتلزم أيضاً بتعويض الضرر الأدبي الذي أصاب أخيها بسبب إنكارها (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩٢) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوارث الذي يخسر دعوى الاستحقاق في صورة دفع في معارضة ضد تنييه بتزع الملكية وبدلاً من أن يستأنف يرفع دعوى استحقاق مستقلة يكون مسؤولاً (١١ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٣ ص ٧٨).

(I) أ - حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض، وسواء في هذا الخصوص أن يقترب هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترب به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه.

(جلسة ١٥/١٠/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٥٧٤)

(جلسة ١٤/٣/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٣٤٨)

ب - خلو الأوراق من دليل على قصد المظنون ضدتهما الإساءة للطاعن عند إبلاغهما الشرطة عن واقعة غيابه عن العمل وعدم ورود ما يمكن اعتباره سبباً أو قدفاً في حقه بالمقالات والأحداث المنشورة بالصحف انتهاء الحكم برفض دعواه قبلهما بالتعويض عن الإبلاغ لانتفاء ركن الخطأ الصحيح

(جلسة ٢٢/٦/١٩٩٨ الطعن ٧٠٩ لسنة ٦٧ ق)

(جلسة ١٧/٢/١٩٨١ الطعن ٨٣٣ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١١/٣/١٩٨٠ الطعن ٢٨٢ لسنة ٤٧ ق)

ج - النقد المباح هو مجرد إبداء الرأي في أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو بنية التشهير به أو الحط من كرامته.

(جلسة ٣١/٣/٢٠٠٠ الطعن ٢٩٧٢ لسنة ٦٩ ق)

٢ - التعسف في استعمال الحق (\*)

(Abus du droit)

٥٥٢ - مسائل ثلاث : قدمنا أن الخطأ يكون لا في الخروج عن حدود الرخصة فحسب، ولا في الخروج عن حدود الحق فحسب، بل أيضا في التعسف في استعمال الحق. وقلنا إن رجال الفقه في القرن الماضي كانوا لا يرون أن الشخص يجوز عليه الخطأ وهو يستعمل حقه. ولكن نظرية التعسف في استعمال الحق - ولها جذور في أعماق الماضي السحيق - ما لبثت أن استقرت في العصر الحاضر، وثبتت عليها القضاء، وسلم بها الفقه.

فنحن نتابع هذه النظرية : (١) في تطورها التاريخي إلى أن نصل بها إلى يومنا هذا لنراها مسجلة في تقنيننا المدني الجديد. (٢) ثم نبحث على أي أساس تقوم النظرية، وبأي

= ١٦ رقم ١٢٣ ص ٢٩٣ (سحب رخصة آثار مخالف للقانون) - استئناف مصر الوطنية في ٧ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٣ ص ١١٨٥ (تعويض الأهالي عن أعمال الوقاية من الفيضان كقطع جسر النيل وتصريف المياه في أرض الغير).

(I) إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتد بقرار وزير العدل بإلغاء الجزاء الموقع - على كاتب جلسة - وأسبغ الحجية عليه مع أنه لا يبدو أن يكون سحبا لقرار إداري لا يحول بين المضرور وبين إقامة الدعوى المدنية بالتعويض يدلل فيها على وقوع الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها وحصول الضرر وعلاقة السببية بينها ولو على خلاف مدلول القرار الصادر من السلطة الإدارية.

(جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧ الطعن ٤٢٧ سنة ٤١ ق مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٠٦٠)

(جلسة ١٩٦١/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤٠٤)

(جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٧٨٣)

(\*) بعض المراجع : سالي (في مجلة الدراسات التشريعية Bull. Soc. Et. Législatives سنة ١٩٠٥ ص ٣٢٥) - جوسران في التعسف في استعمال الحقوق سنة ١٩٠٥ - بلانيول (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ١٥٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) - كامبيون (Campion) في نظرية التعسف في استعمال الحقوق بروكسل سنة ١٩٢٥. جوسران في روح الحقوق وفي نسبتها سنة ١٩٢٧ - بنكاز (Bonnetcase) ملحق بودري ٣ فقرة ١٨٧ وما بعدها - ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات فقرة ٨٩ وما بعدها، والنظام الديمقراطي فقرة ١١٧ وما بعدها - ديموج في الالتزامات ٦ فقرة ٦٣٤ وما بعدها - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧٣ وما بعدها - الرسائل : بوسك (Bosc) مونيبييه سنة ١٩٠١ - كوريسكو (Corbesco) باريس سنة ١٩٠٣ - سافاتييه (Savatier) پواتييه سنة ١٠١٦ - في القانون المقارن : أحمد فتحي في نظرية التعسف في استعمال الحقوق في الفقه الإسلامي ليون سنة ١٩١٣ - ماركوفتش (Markovitch) ليون سنة ١٩٢٦ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد بك في مدى استعمال حقوق الزوجية القاهرة سنة ١٩٣٦ - الفقه المصري : الموجز في النظرية العامة في الالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٢ وما بعدها - مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٧٤ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٥٣ وما بعدها - الدكتو سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٣٧ وما بعدها.

= الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر الوطنية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١). وقضت بالأ مسؤولية إذا بنيت منازل بجانب مصانع كانت موجودة قبل بناء المنازل (استئناف مصر الوطنية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩).

(١) ومسئولية الحكومة مسؤولية تقصيرية لا تخضع للقضاء الإداري كما قدمنا. ومن ثم لم تتقرر مبادئ خاصة بهذه المسؤولية الإدارية على غرار المبادئ التي قررها مجلس الدولة في فرنسا وهو مختص بنظر هذه النوع من الأفضية. والقضاء العادي في مصر يطبق في شأن مسؤولية الحكومة مسؤولية تقصيرية قواعد المسؤولية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة. ويبدو ذلك بنوع خاص في رفض هذا القضاء تحميل الحكومة تبعه الأشغال العامة التي تقوم بها لمصلحة المجموع. وقد وصل مجلس الدولة في فرنسا إلى تحميل الحكومة هذه التبعة، فلا يشترط خطأ لجعل الحكومة مسؤولة عن الأضرار التي تقع بسبب ما تقوم به من الأشغال العامة، وهذا ضرب من التضامن الاجتماعي إذ يعوض المجموع الفرد ما يلحقه من الضرر عن عمل تم لمصلحة المجموع.

ونذكر بعضاً من الأحكام التي صدرت من المحاكم الوطنية في مصر في شأن مسؤولية الحكومة مسؤولية تقصيرية : نقض جنائي في ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٩ (مسئولية الحكومة عن أعمال موظفيها في أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها) - نقض مدني في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٤٢ ص ٨٣ (مسئولية الحكومة عن إيقاع أجنبي محبوساً مدة طويلة بفرض إبعاده) - نقض مدني في ٣ يونيو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ (عدم مسؤولية الحكومة عن ضرر تحقق حصوله من مشروع عام ما دام المشروع قد نفذ بطريقة فنية : ولم ترض المحكمة العليا أن تحمل الحكومة تبعه الأشغال العامة) - نقض مدني في ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ (مسئولية الحكومة عن استيلائها على أرض وسواق قبل نزع ملكيتها) - نقض مدني في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٧ ص ٣٨٧ (مسئولية الحكومة عن مرض وبائي في الأشجار المفروسة في جوانب الطرق العامة) - نقض مدني في ٤ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٣ ص ٦٢ (مسئولية الحكومة عن تشتيت المظاهرات وقتل شخص غير متظاهر - نقض مدني في ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٤ ص ٢٠٦ (مسئولية الحكومة عن ترعة سببت نشعاً) - بل وقد تسأل الحكومة عن بطشها غير العادي في نقل التكليف (استئناف مختلط في ٥ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٠ ص ٩٣٩) - استئناف مصر الوطنية في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ٧ رقم ٣٣ ص ٥٩ (مسئولية الحكومة عن الحوادث التي تقع بسبب مزلقانات السكك الحديدية : أنظر أيضاً في هذه المسألة : استئناف مصر الوطنية في ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٣ محاماة ١٤ رقم ٢/٩٠ ص ١٧٥ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٠ ص ١١٨٠ - استئناف مختلط في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٣١٥ ص ٦١٠) - استئناف مصر الوطنية في ١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٧ ص ٢٣٨ (تبخير وزارة الزراعة الأشجار بطريقة فنية لا يوجب مسؤوليتها) - استئناف مصر الوطنية في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠ (مسئولية الحكومة عن إهمال قلم المحضرين) - استئناف مصر الوطنية في ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٤ ص ٥٥٨ (ضرورة عدم مجاوزة المدة اللازمة لإطلاق النار على المتظاهرين) - استئناف مصر الوطنية في ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٩٤ ص ١٩٤ (إصابة خفير شخصاً خطأ بعبارة ناري - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٩ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠١ : عسكري يطلق البندقية قبل الإنذار) - استئناف مصر الوطنية في ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة

معيار تأخذ . (٣) ثم نظرت في حظها من التطبيق العملي في نواحي النشاط المختلفة .

### أ - التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق :

**٥٥٣ - نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة :** ليست نظرية التعسف في استعمال الحق بالنظرية الجديدة أو المبتدعة ، بل هي نظرية قديمة عرفها الرومان ، وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم ، وتشيع بها الفقه الإسلامي . ولكنها اختفت ردها من الزمن بعد أن ظهرت مبادئ الفردية (individualisme) ، وأمعت الثورة الفرنسية في الأخذ بهذه المبادئ . وبقيت مختفية طوال القرن التاسع عشر ، لا تكاد تطل برأسها في بعض أحكام القضاء حتى يتكرر لها الفقهاء ، إلى أن قبض الله لها فقيهين من أعلام الفقه الفرنسي ، هما سالي (Saleilles) وجوسران (Josserand) ، فنفضا عنها التراب ، وأعادا لها الجدة . فما لبثت أن استقرت في الفقه بعد أن ثبت عليها القضاء . ثم أخذتها التقنيات الحديثة . وأصبحت اليوم نظرية ثابتة مستقرة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً في الانتقاص عليها .

**٥٥٤ - النظرية في القوانين القديمة :** قلنا إن القانون الروماني عرف النظرية . يشهد بذلك ما أورده فقهاء هذا القانون من تطبيقات لها مختلفة . من ذلك أن قرر الفقيه (Ulpian) أن من حفر بديراً في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق التابعة في جداره ، لا يكون مسئولاً عن تعويض هذا الضرر . ولكنه يكون مسئولاً إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار . وقد توسع القانون البيطوري (droit prétorien) في تطبيق النظرية ، حتى يتخفف من حدة القانون القديم وصرامته (١) .

وانتقلت النظرية إلى القانون الفرنسي القديم بعد إحياء دراسات القانون الروماني في العصور الوسطى . وذهب دوما (Domat) فيما يبدو إلى أن الشخص يكون متعسفاً استعمال حقه إذا هو قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله . وكان يترتب من مباشر إجراءات التقاضي قد يتعسف في مباشرتها فتتحقق مسؤوليته (٢) . ولم يكن الفقه الإسلامي ، وهو الفقه المشيع بروح دينية سامية تنهى عن التعسف بالرفق والإحسان ، بأقل توسعاً من القانون الروماني في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق (٣) . بل إن القانون المدني الجديد قد حرص على أن ينتفع في صياغة النص الذي

(١) أبلتون في المجلة الدولية للتعليم سنة ١٩٢٤ ص ١٥١ .

(٢) منقول عن مازو ١ فقرة ٥٥٦ .

(٣) أنظر في هذا الموضوع رسالة المرحوم الأستاذ أحمد فتحي في نظرية التعسف في استعمال الحق - الدكتور السعيد مصطفى السعيد بك في مدى استعمال حقوق الزوجية -

في هذه النظرية بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي ، واستمدت من هذا الفقه الضوابط التي اشتمل عليها النص (١) .

**٥٥٥ - الثورة الفرنسية والتقنين المدني الفرنسي :** كان هذا العهد مشعباً بروح الفردية كما قدمنا ، ينادى بحقوق الإنسان ، ويجعل منها حقوقاً مطلقة مقدسة . فلم تكن هناك حدود جدية تقيد من حرية الإنسان في استعمال حقه ما دام لا يجوز الحدود المادية لهذا الحق . فانتكست النظرية في ذلك العهد وقيماً تلاه من العهود طوال القرن التاسع عشر . ولم يتحدث عنها أحد من الفقهاء . وساعد على ذلك أن مبدأ تحريم التعسف في استعمال الحق ، إذ كان قد عرف منذ القديم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم ، كان ينقصه أن يصاغ في نظرية فقهية شاملة تجمع شتاته . وهذا ما اضطلع به رجال الفقه في القرن العشرين .

**٥٥٦ - انتعاش النظرية في العصر الحاضر :** كان للقضاء ثم للفقه في فرنسا الفضل في إحياء مبدأ تحريم التعسف في استعمال الحق ، فصوغ المبدأ في نظرية عامة شاملة ، ما لبثت أن استقرت وأصبحت من أمهات النظريات القانونية .

بدأ القضاء الفرنسي منذ النصف الأخير من القرن التاسع عشر بقر المبدأ في كثير من الصراحة والوضوح . فهذه محكمة استئناف كولمار (Colmar) تقول في حكمها الصادر في ٢ مايو سنة ١٨٥٥ (٢) ، وقد أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة غرضه الوحيد من إقامتها أن يحجب النور عن جاره ، ما يأتي : «ومن حيث إن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو على وجه ما (en quelque sorte) حق مطلق ، يسمح للمالك أن ينتفع بالشئ ، وأن يستعمله وفقاً لهواه (abuser) . ولكن استعمال هذا الحق ، كاستعمال أي حق آخر ، يجب أن يكون حده هو استيفاء مصلحة جدية مشروعة (intérêt sérieux et légitime) وأن مبادئ الأخلاق والعدالة لتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة (malveillance) ، وقد رفعت تحت سلطان شهوة خبيثة (mauvaise passion) ، دعوى لا يبررها أية منفعة شخصية (aucune utilité personnelle) وهي تلحق بالغير أذى جسيماً (grave préjudice) . وفي سنة ١٨٧١ قررت محكمة النقض الفرنسية المبدأ الآتي : «حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ . والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل ، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤدي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك (pour nuire à autrui et sans intérêt pour lui-même) (٣) » .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد ١ الباب التمهيدى ص ٣١ - ص ٣٥ .

(٢) دالوز ١٨٥٦ - ٢ - ٩ .

(٣) أنظر مازو ١ فقرة ٥٥٧ - تعليق فرون (Ferron) في سيريه ١٩٠٥ - ٢ - ١٩ .



ولكن الفقه لم ينتبه إلى هذه الظواهر من أحكام القضاء الفرنسي إلا في أواخر القرن التاسع عشر. فكتب بعض الفقهاء في ذلك<sup>(١)</sup>. على أن الفقيهين اللذين قادا الفقه في هذا الميدان، في مستهل القرن العشرين، هما كما قدمنا سالي وجوسران. واستأثر جوسران بالجولات الأولى والأخيرة، فوضع منذ سنة ١٩٠٥ مؤلفاً أسماه «التعسف في استعمال الحقوق» (De l'abus des droits)، جمع فيه أحكام القضاء منسقة، واستخلص منها أصول نظرية عامة في هذه المسألة، على غرار نظرية سبقتها في القانون الإداري هي نظرية التعسف في استعمال السلطة (détournement de pouvoir)<sup>(٢)</sup>. ثم كتب في سنة ١٩٢٧ مؤلفاً آخر أسماه «في روح الحقوق وفي نسبتها - النظرية المسماة بنظرية التعسف في استعمال الحق» (De l'esprit des droits et de leur relativité - théorie dite de l'abus des droits)، كان أشمل المؤلفات في هذه المسألة وأكثرها وضوحاً.

ولم تسلم النظرية من خصوم. وأظهر من ناصب النظرية العداء هو بلانيول الفقيه الفرنسي المعروف. وهو يذهب إلى أن التعسف في استعمال الحق إنما هو خروج عن الحق ويقول في ذلك: «ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما، لسبب غير قابل لأن يدحض، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له»<sup>(٣)</sup>. وظاهر أن النقد شكلي. إذ يكفي لرده أن يقول إن هناك نوعين من الخروج عن الحق: خروجاً صريحاً عن حدود الحق، وخروجاً عن الحق بالتعسف في استعماله. ولا يعترض بلانيول على امتداد المسؤولية إلى هذا النوع الثاني وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً في استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق، لا التعسف في رأيه هو خروج عن حدود الحق. فالفرق إذن في التسمية لا في الحكم. أما العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له، فهذا لا يصح فيه. ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق، ويكون في الوقت مخالفاً للقانون<sup>(٤)</sup>.

(١) سنكلت (Saintelette) في كتابه المسؤولية والضمان (Responsabilité et garantie) سوزيه (Sauzet) في المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٨٨٣ ص ٦١٦ وما بعدها.

(٢) وقد كان القانون الإداري طليعة للقانون المدني في نظريات ثلاث من النظريات الرئيسية: نظرية استعمال الحق ونظرية الحوادث الطارئة ونظرية تحمل التبعة.

(٣) وهذا أصل ما كتبه بلانيول: «Le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif de ce droit quelconque, pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit» (Planiol II no. 841).

(٤) الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٤ - وجاء في هذه الفقرة أيضاً ما ينكره الذين ينتكروا على النظرية أن من معاييرها تلمس الدافع الذي حدا بالشخص على استعمال

ومهما يكن من أمر فإن الفقه، منذ صاغ نظرية التعسف ونسق ما بين أجزائها، أثار سبيل للقضاء، فصار يمشى على هدى، وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية لهذه النظرية الخطيرة. وهكذا أثر القضاء في الفقه، ثم تأثر به. وما لبث المشرع الفرنسي أن سار أيضاً في هذا السبيل، فسجل النظرية في كثير من تشريعات المتفرقة<sup>(١)</sup>.

وقد أخذت النظرية مكاناً محترماً في التقنينات الحديثة، حتى سما بها القانون المدني سويسري إلى الصدر من نصوصه، ليجعل منها نظرية عامة تتمشى على جميع نواحي قانون، ولم يقتصر على جعلها تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية التقصيرية تذكّر في المكان الذي فيه على هذه المسؤولية<sup>(٢)</sup>.

وانتقلت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين في ظل قانون القديم. أما التشريع المصري فلم يكن يشتمل على نص عام في الموضوع، وإن كان اشتمل على بعض نصوص تطبيقية<sup>(٣)</sup>.

ولكن القانون المدني الجديد احتفل بالنظرية، وعنى بها عناية خاصة. فأحلها

= النحو الذي اختاره، وأن الدافع شيء نفسي يتعدر الغوص عليه في أعماق الضمير، فينبغي أن يثبتها إلى أن هذا النقد لا ينصب على هذه النظرية وحدها، بل هو يتناول كل معيار شخصي في القانون. والمعايير الشخصية كثيرة. وفي كل وقت يطلب من القاضي أن يطبقها على الأفضية التي تعرض له، فيبحث عن حسن النية وسوء النية، وعن الغلط الدافع للتعاقد، وعن السبب الدافع كركن من أركان الالتزام، وعن الغش والتواطؤ في الدعوى البوليصة، وما إلى ذلك.

أنظر في هذه التشريعات المختلفة ما زو ١ فقرة ٥٥٨. وهذا ما جاء في المادة الثانية من القانون المدني السويسري: «يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التي يرسمها حسن النية. أما التعسف الظاهر (abus manifeste) في استعمال الحق فلا يقره القانون». ونصت المادة ٢٢٦ من القانون الألماني على أنه «لا يجوز استعمال حق مجرد الإضرار بالغير». ونصت الفقرة الثانية من المشروع الفرنسي الإيطالي على ما يأتي: «يلتزم أيضاً بالتعويض كل من أوقع ضرراً بالغير، بأن جاوز في استعمال لحقه الحدود التي يقيمها حسن النية أو الغرض الذي من أجله أعطى هذا الحق».

انظر أيضاً المادة ١٣٥ من قانون الالتزامات البولوني والفقرة الثانية من المادة ١٢٩٥ من القانون النمساوي والمادة الأولى من القانون السوفيتي. مثل ذلك: م ٥٩/٣٨ - ٦٠ مدني قديم: «ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض التي عليها الحائط المذكور. ومع ذلك ليس للمالك الحائط أن يهدمه مجرد إرادته إن كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه حائطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوي» - م ١٢٠/١١٥ من قانون المرافعات القديم: «يجوز لمحكمة في جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات في مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مراعاة كان القصد منها مكيدة الخصم».

«من استعمال حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر»<sup>(١)</sup>

ثم نصت المادة ٥ على ما يأتي :

«يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

«(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير» .

«(ب) إذا كان المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها» .

«(ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة»<sup>(٢)</sup> .

ويلاحظ بادئ الأمر أن القانون المدني الجديد ، إذا كان قد أثر أن يضع هذه النصوص في الباب التمهيدي لتكون مبدأ من المبادئ الجوهرية التي تسود جميع نواحي القانون ، لم يرد بذلك أن يقيم المبدأ على غير أساسه القانوني . فالتعسف في استعمال الحق ليس إلا صورة من صورتي الخطأ التقصيري على النحو الذي قدمناه ،

مكاناً بارزاً بين نصوصه ، وجعلها نظرية عامة مكانها الباب التمهيدي لا المسئولية التقصيرية<sup>(١)</sup> .

ب - الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق والميعار الذي تأخذ به :

٥٥٧ - النصوص القانونية : نصت المادة ٤ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «بيد أن المشروع لم ينص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدي لأن هذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لقرينة العمل غير المشروع . وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسئولية التقصيرية في بعض قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني ، وإنما على جميع هذه النواحي جميعاً ، بل وعلى نواحي القانون قاطبة ، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الشخصية الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وأنها تسري في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تتجاوز إلى القانون العام . ولذلك أثر المبدأ يوضع هذه النظرية وضماً عاماً ، محتذياً مثال أحدث التقنيات وأرقاها (أنظر المادة ٢ من القانون السويسري والمادة الأولى من التقنين المدني السوفيتي) . وقد ساعد على اختيار هذا المسلك في النظرية الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامي بصياغة تعسف في استعمال الحق إن لم تقف في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء المسلمين ذلك حرص المشروع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي قواعد صدر - عنها التشريع المصري في التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما (المواد ٢٣٨ و ١٢٠/١١٥ مرافعات واستلهمها القضاء في كثير من أحكامه) استئناف مختلط في ١٩٠٥ م ١٨ ص ١٨٩ - وفي ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٥) . ولهذا لم ير المشروع على منوال التقنين السويسري في النص على أن كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأن التعسف الظاهر في استعمال حق من الحقوق لا يحمي القانون المشروع كذلك أن يختار الصيغة التي أقرها المشرع السوفيتي إذ قضى في المادة الأولى من القانون المدني بأن القانون يتكفل بحماية الحقوق المدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف الغرض الاجتماعي من وجودها . وأعرض أيضاً عن الصيغة التي اختارها التقنين اللبستاني (م ١٢٤) أن تكون مزاجاً من نصوص التقنين السويسري والتقنين السوفيتي . والواقع أن المشرع «التعسف» لسعته وإبهامه وجانب أيضاً كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وتجزؤها واستمد من الفقه الإسلامي بوجه خاص الضوابط الثلاثة التي اشتمل عليها النص . ومن الضوابط على هذا النحو يهيئ للقاضي عناصر نافعة للاسترشاد ، ولا سيما أنها جميعاً عملية انتهى إليها القضاء المصري من طريق الاجتهاد .... وعلى هذا النحو وضع المشروع الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه التقنين نظرية التعسف في استعمال الحق ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه . ويمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة وأن يصل بين نصوصه وبين أرقى نواحيه وأحفلها بعناصر المرونة والحياة» . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ص ٣١ - ص ٣٢ و ص ٣٥) .

(١) تاريخ النص : لم يكن للمادة ٤ مقابل في المشروع التمهيدي . وقد اقترح في لجنة المراجعة وضع النص الآتي : «من استعمال حقه استعمالاً جائزاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر» ، ليقرر المبدأ العام الذي يمهّد للنص التالي الخاص بالتعسف في استعمال الحق ، فأقرت اللجنة النص وأصبح رقمه المادة ٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليه ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة «مشروعاً» بكلمة «جائزاً» ، وبقي رقم النص المادة ٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٩٩ - ص ٢٠٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «يصح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كان متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية (ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة ، أو كانت هذه المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المذكور» . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتي : «يكون استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة» . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ٥ . ووافقت عليها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة «مشروعاً» بكلمة «جائزاً» ، وبقي رقمها ٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٠ - ص ٢١١) .

**٥٥٨ - الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق :** فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسؤولية التقصيرية (٢). إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض . والتعويض هنا ، كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عينياً . وليس التعويض العيني - كالقضاء بهدم المدخنة التي تحجب النور عن الجار - بمخرجه عن نطاق المسؤولية التقصيرية ، فإن التعويض العيني جائز في الصورة الأخرى من الخطأ كما سنرى . ولا نحن في حاجة إلى القول بأساس مستقل للتعسف في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية - كما ذهب بعض الفقهاء (٣) إلى ذلك -

(١) وقد ناقشت لجنة مراد سيد أحمد باشا طويلا المكان الذي يوضع فيه النص الخاص بالتعسف في استعمال الحق . فقال أحد الأعضاء إن نظرية إساءة استعمال الحق إن هي إلا توسع في فكرة العمل غير المشروع ، ولهذا السبب يكون مكانها المنطقي في باب الالتزامات بين تلك التي تنشأ عن العمل غير المشروع ، وهذا هو ما أخذت به أحدث التشريعات كالمشروع الفرنسي الإيطالي والقانون التجاري والقانون اللبناني . فقيل رداً على ذلك أن نطاق تطبيق مبدأ استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن التزامات ، بل يمتد إلى كل قانون سواء في ذلك القانون المدني أو القانون التجاري أو قانون المرافعات أو القانون العام . فإذا كان هناك نص ينبغي بطبيعته أن يدرج بين النصوص التمهيدية في ذلك الخاص بإساءة استعمال الحق . وقد أورد التقنين السويسري نصاً بهذا المعنى في الباب التمهيدية (م ٢م) . أما التقنين الألماني فقد أفرد لهذا الموضوع نصاً تحت عنوان «في استعمال الحقوق» (م ٢١٦) وإذا كانت بعض التقنينات الحديثة قد أوردت هذا النص في باب الالتزامات فما ذلك إلا إحصاء حيث إن هذه التقنينات إنما جاءت خاصة بالالتزامات . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٤ في الهامش) .

(٢) أنظر بنكاز ملحق بودري ٣ فقرة ٢٣٦ - سافاتييه في تعليق في دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٧٣

(١) لما كان تكليف محكمة الموضوع للافعال المؤسس عليها طلب التعويض بأنها خطأ ونفى هذا عنها هو من المسائل التي تخضع لرقابة محكمة النقض وأن الأصل أنه لا جناح على من يستعمل استعمالاً مشروعاً فلا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بغيره على نحو ما نصت عليه الرابطة من القانون المدني ، وكان ما أوردته المادة الخامسة من قيد على هذا الأصل - أعمال إساءة استعمال الحق - متمثلاً في أحد معايير ثلاثة يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الإضرار بصورة تعمد الإساءة إلى الغير دون نفع يعود على صاحب الحق من استعماله أو في صورة إيقاع يوجب بذلك الغير من ضرر جسيم تحقيقاً لنفع يسير يجنيه صاحب الحق أو إذا كانت المصالح الأخرى التي تحققها غير مشروعة الأمر الذي يربط ما بين إساءة استعمال الحق وبين قواعد المسؤولية وقوامها الخطأ .

(جلسة ١٩٨٢/٣/٢٥ الطعن ٩٩٩ لسنة ٤٨ ق)

(٢) تقدير التعسف والغلو في استعمال الحائز لحقه هو ما تستقل به محكمة الموضوع طالما أن

(جلسة ١٩٨٥/٦/٦ الطعن ١٩١٤ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٣/٢/١٣ الطعن ٥٣٠ لسنة ٥٣ ق)

إذا نحن سلمنا بجواز الحكم بتهديد مالي في شأنه (١) ، فإن التهديد المالي جائز في الالتزام الناشئ عن المسؤولية التقصيرية جوازه في أي التزام آخر (٢) .

ويبقى التعسف دخلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى لو كان تعسفاً متصلاً بالتعاقد (٣) . فالمؤجر الذي يتمسك بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تعسفاً منه تتحقق مسئوليته التقصيرية . ويكون مسئولاً مسئولاً تقصيرية كذلك من تعسف في إنهاء عقد جعل له الحق في إنهائه ، كعقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيهما وكعقد الوكالة .

**٥٥٩ - معيار نظرية التعسف في استعمال الحق :** فما هو إذن المعيار الذي يصلح

اتخاذها لنظرية التعسف في استعمال الحق ؟ هو دون شك المعيار عينه الذي وضع للخطأ التقصيري ، إذ التعسف ليس إلا إحدى صورته كما قدمنا . ففي استعمال الحقوق كما في إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق في السلوك المألوف للشخص العادي . فإذا هو انحرف - حتى لو لم يخرج عن حدود الحق - عد انحرافه خطأ يحقق مسئوليته .

غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من صور التي عددها نص القانون الجديد : (١) قصد الإضرار بالغير . (٢) رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً . (٣) تحقيق مصلحة غير مشروعة . ونبحث الآن هذه الصور واحدة بعد الأخرى .

**٥٦٠ - قصد الإضرار بالغير :** المعيار هنا ، على الرغم من ذاتيته ، يمكن أن يندرج

في المعيار الموضوعي العام للخطأ ، فإنه لا يكفي أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير ، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي . فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحاناً كبيراً على الضرر الذي يلحقه بالغير . فقصد الإضرار بالغير في هذه الحالة لا يعتبر تعسفاً ، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي . أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي الذي غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير ، اعتبر هذا تعسفاً ، ولو كان هذا

(١) وذلك كالحكم على من أقام حائطاً في ملكه ليحجب النور عن جاره بمبلغ من المال يدفعه عن كل يوم يتأخر فيه عن إزالة هذا الحائط .

(٢) مازو ١ فقرة ٥٦٤ هامش رقم ٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية في القانون المدني ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليهما في المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (القديمة) .

فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه على تلك النظرية ، فإنه يكون قد أعمل القانون المدني في الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف (وكان وجه الطعن هو أن الحكم يخالف المادة ٢٩ من اللائحة إذ بنظرية إساءة استعمال الحق على الرغم من صراحة نص العقد في حين أنه لا مجال للاجتهاد والاستناد إلى قواعد العدل متى كان النص صريحاً) (نقض مدني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ ص ٢٥٩) .



القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي ، سواد تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق ويكون تعسفاً ، من باب أولى ، قصد إحداث الضرر غير المقترن بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضي . فلو أن شخصاً غرس أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره ، كان متعسفاً في استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع (١) .

ويجب أن يثبت الضرر أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق الضرر به . ويثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات ، ومنها القرائن المادية . ولا يكفي إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذي اختاره ، فإن تصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد ضرورة القصد في إحداثه (١) .

بقي أن نعالج فرضاً كثيراً الوقوع في العمل ، هو ألا يقوم دليل قاطع على وجود القصد في إحداث الضرر ، ولكن الضرر يقع مع ذلك ، ويتبين أن صاحب الحق لم تكن له مصلحة في استعمال حقه على الوجه الذي أضر فيه بالغير . ونرى أن انعدام المصلحة انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر ، كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية . وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس (٢) .

(١) فلو أن شخصاً يملك أرضاً للصيد ، وصاد فيها ، فأصاب شخصاً آخر دون أن يعتمد ذلك على يكون لديه قصد الإضرار بالغير حتى لو ثبت أنه تصور احتمال وقوع هذه الإصابة . ولا يتصرف تعسفاً ، لا باعتبار أنه ينطوي على قصد الإضرار بالغير ، ولا بأي اعتبار آخر ، إذ هو تحت حالة من الحالات الثلاث التي يتحقق فيها التعسف في استعمال الحق .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وأول هذه المعايير معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير . وهذا معيار ذاتي يستعمله الإسلامى والفقهاء الغربي والقضاء على الأخذ به . وقد أفرد له التقنين الألماني المادة ٢٢٦ وهي النصوص التشريعية التي دعمت أسس نظرية التعسف في استعمال الحق . والجوهري في هذا توافر نية الإضرار ، ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه . ويراعى أن القضاء استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير صاحب الحق على بينة من ذلك . وقد جرى القضاء أيضاً على تطبيق الحكم نفسه في المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ٣٢ - ص ٣٣) .

(١) استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق كل مصلحة من استعمال الحق ، وكان حقا التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يوجب أبواب القضاء تمسكا أو زودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم ، وإذ كان الحكم المطعون فيه نسبة الخطأ إلى الطاعن إلى ما لا يكفي لإثبات انحرافه عن حقه المكفول في التقاضي الكيد واللدود في الخصومة فإنه يكون فضلا عما شابه من القصور قد أخطأ في تطبيق القانون (جلسة ١٩٧٧/٢/٢٨ الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٨١٢) .

(جلسة ٨٣/٦/٦ الطعن ١٣٣١ لسنة ٤٨ ق) .  
(جلسة ١٩٩٦/٥/٤ الطعن ٤٤٦٤ لسنة ٦٨ ق) .

٥٦١ - رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا : المعيار هنا موضوعي . وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسي في الخطأ ، معيار السلوك المألوف للرجل العادى . فليس من المألوف أن الرجل العادى يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر (١) . ويكون استعمال الشخص لحقه تعسفاً ، على حد ما جاء في النص ، «إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها» . نقول ليس من السلوك المألوف للشخص العادى أن يفعل ذلك . ومن يفعل ، فهو إما عايب مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر يبلغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه ، وإما منطو على نية خفية يضرر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفي الحالين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وارتكب خطأ يوجب مسؤوليته . وقد طبق المشرع هذا المعيار ، إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ من القانون المدني الجديد ما يأتي : «ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط» (١) .

٥٦٢ - عدم مشروعية المصالح التي يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها : والمعيار هنا هو أيضا موضوعي ، وإن كان طريق الوصول إليه عاملاً ذاتياً هو نية صاحب الحق . وهو على

(١) أنظر أيضاً المادتين ٨٢٦ و ١٠٢٩ من القانون المدني الجديد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «والثانية حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . والمعيار في هذه الحادة مادي . ولكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير . ويساير الفقه الإسلامى في أخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء في مصر وفي الدول الغربية على حد سواء» .

(المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤) .  
(١) أ - إذا استخلص الحكم في حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التي يرمى الطاعن إلى تحقيقها استعمالاً لحقه المخول له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية في المبنى المؤجر بالاضافة أو التعلية مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب المطعون عليه والمستأجر بسببها فإنه يكون قد طبق صحيح القانون .

(جلسة ١٩٨١/٤/٢٥ الطعن ٢ لسنة ٤٦ ق س ٣٢ ص ١٢٥٧) .  
ب - وقد ذهب الحكم المطعون فيه إلى أن المصالح التي يرمى الطاعنين إلى تحقيقها بطلب ازالة المنشآت التي أقامها المطعون عليهم مشوب بالتعسف لأن المصالح التي يرمى الطاعنان إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، حيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب المطعون عليهم من ازالة المنشآت التي أقاموها في الوقت الذي لم يصيب فيه حائط الطاعنين باى ضرر ، فإن الحكم يكون سليم والنعم عليه بهذا السبب في غير محله .

(جلسة ١٩٨١/٦/٤ الطعن ٢٦٣ لسنة ٤٨ ق) .  
(جلسة ١٩٨٥/٤/٤ الطعن ٢٤٤ لسنة ٥٤ ق) .

كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ . فليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يسمى تحت ستار أنه يستعمل حقاً له إلى تحقيق مصالح غير مشروعة . فرب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال ، والإدارة التي تفصل موظفاً أرضاء لغرض شخصي أو لشهوة حزبية (١) ، والمالك الذي يضع أسلاكاً شائكة في حدود ملكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها في أرض مجاورة أن تشتري منه أرضه بثمان مرتفع ، ومؤجر العقار الذي يمتنع من الترخيص في الإيجار من الباطن لمشتري المصنع الذي أقيم على العقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع وذلك لا توفيقاً لضرب بل سعياً وراء كسب غير مشروع يجنيه من المشتري (أنظر م ٥٩٤ فقرة ثانية من القانون المدني الجديد) - كل هؤلاء يتعسفون في استعمال حقوقهم ، لأنهم يرمون من وراء استعمالها إلى تحقيق مصالح غير مشروعة (١) .

وقد أثر القانون الجديد هذا المعيار على معيارين آخرين شائعين في الفقه ، أحدهما معيار الغرض غير المشروع (motif illégitime) ، والثاني معيار الهدف الاجتماعي (but social) .

أما معيار الغرض غير المشروع فيتخلص في أن صاحب الحق يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا كان الغرض الذي يرمى إليه غرضاً غير مشروع (٢) . وظاهر أن معيار «المصلحة غير المشروعة» خير من معيار «الغرض غير المشروع» . وإذا كان كلاهما يؤدي إلى نتيجة واحدة ، فإن معيار «المصلحة غير المشروعة» هو تعبير موضوعي عن المعنى الذاتي الذي ينطوي عليه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «الأولى حالة استعمال الحق استعمالاً يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . وتعبير المشروع في هذا المقام خير من نص بعض التقنيات على صرف الحق عن الوجهة التي شرع من أجلها . ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب ، وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب . وإذا كان المعيار في هذه الحالة مادياً في ظاهره ، إلا أن النتيجة كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة . وأبرز تطبيقات هذا المعيار يرمض بمناسبات إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصي أو شهوة حزبية (استئناف مصر الديار المحترمة في أول مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٥٠) . وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأي في التقنيات الحديثة والفقه والقضاء . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٣) .

(٢) أنظر جوسران ٢ فقرة ٢٩٦ .

(١) ولئن كانت الحكومة غير ملزمة ببيان أسباب الفصل إلا أن متى كانت هذه الأسباب ظاهرة من المصادر فإنها تكون خاضعة لتقدير القضاء ورقابته فإذا تبين أنها لا ترجع إلى اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة ولا هي من الأسباب الجدية القائمة بذات الموظف المستغنى عنه أو المنازع في صحتها كإساءة عملاً غير مشروع وحقت مساءلة الحكومة في شأنه .

(جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠ الطعن ٣١٨ لسنة ٢١ ق ٦ ص ١٣٣٤)

(جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١ الطعن ٢٩ لسنة ١٤ ق)

معيار «الغرض غير المشروع» . فهو إذن أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق (١) .

ومعيار الهدف الاجتماعي يتلخص في أن الحقوق أعطاه القانون لأصحابها لتحقيق أهداف اجتماعية . فكل حق له هدف اجتماعي معين . فإذا انحرف صاحب الحق في استعمال حقه عن هذا الهدف ، كان متعسفاً وحقت مسؤوليته . وعيب هذا المعيار ، بالرغم من كونه موضوعياً ، هو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق ، ثم خطر هذا التحديد . أما صعوبة التحديد فلأنه ليس من اليسير أن يرسم لكل حق هدف اجتماعي أو اقتصادي يكون منضبطاً إلى الحد الذي يؤمن معه التحكم ويتقى به تشعب الآراء . وأما خطر التحديد فلأن الهدف الاجتماعي هو الباب الذي يفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والتزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة ، مما يجعل استعمال الحقوق خاضعاً لوجهات من النظر متشعبة متباينة ، وفي هذا من الخطر ما فيه . أما معيار «المصلحة غير المشروعة» فهو أبعد عن التحكم ، وأدنى إلى الاعتبارات القانونية المألوفة (٢) .

٥٦٣ - معياران في المشروع التمهيدى حذفاً في المشروع النهائي : وقد كان المشروع التمهيدى يضيف إلى المعايير الثلاثة المتقدمة معيارين آخرين :

(١) التعارض مع مصلحة عامة جوهرية . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «والمعيار الثاني قوامه تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية . وهذا معيار مادي استقاه المشرع من الفقه الإسلامي ، وقنته المجلة من قبل إذ نصت في المادة ٢٦ عى أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام (أنظر أيضاً المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ من المجلة) . وأكثر ما يساق من التطبيقات في هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة ، كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح . على أن الفكرة في خصيتها لا تقف عند حدود هذه التطبيقات ، فهي مجرد أمثلة تحتل التوسع والقياس» (٣) . ويتبين من ذلك أن المعيار هنا أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة ، من أن يكون معياراً يتخذه القاضي للتطبيق العملي في الأفضية اليومية . وقد حذف في المشروع النهائي كما قدمنا .

(٢) التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف . فقد كان نص المشروع التمهيدى يجعل استعمال الحق غير مشروع إذا كان هذا الاستعمال «من شأنه أن

(١) أنظر في نقد معيار الغرض غير المشروع مازو ١ فقرة ٥٧٥ .

(٢) أنظر في نقد معيار الهدف الاجتماعي مازو ١ فقرة ٥٧٢ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٣ - مجموعة التحضيرية ١ ص ٢٠٩ .

٥٦٤ - معايير التعسف ومعايير الخطأ : ويتبين مما تقدم أن التعسف في استعمال

الحق على الوضع الذي جاء به القانون المدني الجديد معايير ثلاثة : نية الإضرار ، ورجحان الضرر ، والمصلحة غير المشروعة .

ونية الإضرار هي المقابلة للخطأ العمدي . ورجحان الضرر هو المقابل للخطأ الجسيم . والمصلحة غير المشروعة هي المقابلة للخطأ غير الجسيم .

فالعمد والخطأ الجسيم متطابقان في صورتى الخطأ : صورة التعسف في استعمال الحق وصورة الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . أما الخطأ غير الجسيم . ففي الخروج عن حدود الحق أو الرخصة رأينا أى انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وفي التعسف في استعمال الحق لا يكون الانحراف إلا في حالة واحدة هي أن يرمى صاحب الحق في استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . ومن ثم يكون الخطأ غير الجسيم في التعسف أضيق منه في الخروج عن الحق أو الرخصة . ويرجع السبب في ذلك إلى نصوص القانون التي ضيقت من حدود التعسف (١) . وقد يبرر ذلك أن صورة الخطأ في التعسف

= مباشرة هذا العمل في نطاق يجاوز الحدود المادية المرسومة له ، وقد اقترح بناء على ذلك النص التالي : « لا يجوز أن يستعمل حقه دون مصلحة تعود عليه ولغيره قصد الإضرار بالغير ، فهذا النص يوفق بين الاعتبارين السابق ذكرهما ، ويتضمن الشروط الأربعة المطلوبة وهي : (١) استعمال الحق . (٢) انعدام المصلحة من هذا الاستعمال . (٣) قصد الإضرار (ويستوى معه الخطأ الجسيم) . (٤) للضرر الفعلى . ورأى أحد الأعضاء أن من الخير عدم استحداث جديد في هذه النظرية وذلك باقتباس نص قائم في أى من التشريعات الحديثة لتجنب المحاكم الوقوع في العثرات التي يهبطها تطبيق نص جديد في مثل هذا الموضوع ، واقترح اقتباس نص المشروع الفرنسى الإيطالى . واقترح أحد الأعضاء النص التالي : « بعد مسئولاً كل من تجاوز حدود الغرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق » .

وتقدم أحد الأعضاء بنص آخر يجمع بين الفكرة التي عبر عنها القانون المدنى الألمانى وفكرة استعمال الحق بطريقة منافية للغرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق ، على النحو الآتى : « تنتهى مشروعية استعمال الحق إذا كان من شأنه الإضرار بالغير دون فائدة تعود على من يستعمله ، أو إذا كان مخالفاً صراحة للغرض الاجتماعى الذى تقرر من أجله » . ثم اقترح أخيراً الأخذ بالنص الوارد في المشروع النهائى للقانون المدنى الإيطالى وهو : « لا يسوغ لأحد أن يستعمل حقه بطريقة تتعارض والغرض الذى من أجله تقرر له هذا الحق » . فوافقت اللجنة على الأخذ بهذا النص وجعله المادة ٧ من الباب التمهيدي . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٨ في الهامش) .

(١) وكان القضاء المصرى في عهد القانون القديم يطبق هذه المبادئ قبل أن ترد في نصوص القانون الجديد . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن نظرية الاعتساف في استعمال الحق تسمح بأن يكون لصاحب الحق جواز انكاره بما يرجع لتقديره هو لظروفه الخاصة به ، إلا إذا استخدم بقصد التنكيل بالغير ولغير غرض جدى شريف يرجوه لنفسه من وراء الإنكار (استئناف مصر في ٢٢ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٣) . وما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية من أنه لا يجوز استعمال الحق إذا كان الغرض الأساسى منه هو الإضرار بالغير (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤) . وما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فيمن اختار عمداً من بين الطرق القانونية المواتية له ما يضر منها بالغير من غير أية فائدة يجنيها ، فإنه يسى =

يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتى :

« والثالثة حالة استعمال الحق استعمالاً من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف . والمعيار في هذه الحالة مادى . وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار ، إذ يلحقه بميعار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ، أو يجعل منه صورة لمجازة حدود الحق يطلق عليها اسم الأفراد ، إلا أن الفقه الإسلامى يخصصه بكيان مستقل . والقضاء في مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامى (الطارين الجزئية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٧٨٣ - استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨) . وكانت المجلة قد قننت هذه الفقه فقضت في المادة ١١٩٨ بأن : « كل أحد له التعللى على حائط الملك وبناء ما يريد ، وليس لجاره منه ما لم يكن ضرره فاحشاً » ، وعرفت الضرر الفاحش في المادة ١١٩٩ بأنه : « كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالكسنى أو يضر بالبناء أى يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه » . وعقبت على ذلك بتطبيقات مختلفة في المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢ . وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه المبادئ ، ولا سيما فيما يتعلق بصلات الجوار . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن « الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها تتقيد بواجب الامتناع عن إلحاق أى ضرر جسيم بالجوار ..... ويدخل في ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه . وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادئ ذاتها » . ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثانى ليس إلا المعيار الذى يطبق في حقوق الجوار ، وهو معيار « الضرر الفاحش » . وقد حذف في المشروع النهائى لأن مضار الجوار في القانون المدنى الجديد تخرج عن نطاق تعسف التعسف في استعمال الحق ، فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً في استعمال الحق ، بل هو خروج عن حدود الحق ، وقد رأينا ذلك فيما تقدم (٢) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ١ الباب التمهيدي ص ٣٤ - مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٠ .

(٢) أنظر أنفاً فقرة ٥٥١ - هذا وقد كان النص الخاص بالتعسف في استعمال الحق محل مناقشات في لجنتي مراد سيد أحمد باشا وكامل صدقى باشا . وقد أقرت لجنة مراد سيد أحمد باشا النص « لا يسمح باستعمال الحق إذا تجاوز الحدود التي يملئها حسن النية أو يقرها الغرض الذى من أجله هذا الحق » . في لجنة كامل صدقى باشا اقترح النص الآتى : « لا يكون استعمال الحق مشروعاً إذا تجاوز الحدود التي يقتضيها حسن النية أو الغرض الذى من أجله تقرر هذا الحق » . وذكر أن هذا النص يردد حرفياً ما جاء بالمادة ٧٤ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٣٥ من القانون والمادة ١٢٤ من القانون اللبناى . وقال أحد أعضاء اللجنة إنه يبدو من مقارنة وجهات النظر نظرية إساءة استعمال الحق تخضعه لاعتبارين أساسيين : أحدهما نفسى محض وهو نية التعسف وتصرف العمل المشروع إلى قصد واحد هو الإضرار بالغير ، والثانى مادى يواجه الضرر المتسبب



هي صورة مستحدثة . فيحسن عدم التوسع فيها (1).

## ج - تطبيقات مختلفة لنظرية التسعف في استعمال الحق

### ٥٦٥ - تطبيقات تشريعية وتطبيقات قضائية : تنشر تطبيقات التسعف في استعمال

الحق في جميع نواحي القانون . وبعض هذه التطبيقات وردت فيها نصوص تشريعية خاصة في القانون المدني الجديد ، فتسرى عليها هذه النصوص بالذات . وبعضها كان ثمرة اجتهاد القضاء المصري في عهد القانون المدني القديم ، ولم يخرج القضاء في تطبيقه لنظرية التسعف عن المبادئ التي قدمناها . فنورد بعضاً من التطبيقات التشريعية وبعضاً من التطبيقات القضائية (1).

### ٥٦٦ - تطبيقات تشريعية من نصوص القانون المدني الجديد : نصت الفقرة الأولى

من المادة ١١ على ما يأتي : «الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم . ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر ، وترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته . فنقص الأهلية هنا إذا طلب إبطال العقد يكون متعسفاً ، فيرد عليه قصده ، ويحرم من الحق في إبطال العقد ، ولا يؤثر هذا السبب الخفي في أهليته . وجزاء التسعف هنا هو من الضرر من أن يقع .

= استعمال حقه ويلزم بالتعويض (استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٧٠٠ ص ٦٩٨) . وما قضت به هذه المحكمة أيضاً من أن التسعف في استعمال الحق عمل غير مشروع لأنه قد تم بقصد الإضرار بالغير ، وإما لأنه انحرف عن الغرض الذي أعطى الحق من أجله ، وإما لأن الحق بالغير ضرراً جسيماً (استئناف مختلط في ٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٥) .

هذا وجزاء التسعف في استعمال الحق يغلب أن يكون تعويضاً نقدياً . وقد يكون تعويضاً عينياً بإزالة الضرر بعد أن وقع (هدم الحائط الذي يحجب النور مثلاً) ، وإما يمنع الضرر أن يقع (كما كان في التنفيذ العيني لإرهاق للمدين ، وتعسف الدائن في المطالبة بهذا التنفيذ في غير مصلحة فإنه يمنع من ذلك ويفرض عليه أن يقتصر على تعويض نقدي : م ٢٠٣ فقرة ٢) . وتسرى أمثلة في التطبيقات التشريعية للتسعف .

(1) هذا وكثيراً ما تختلط تطبيقات التسعف في استعمال الحق بتطبيقات الخروج عن حدود الرخصة ، وقد سبق أن بينا الفرق ما بين الوضعيين .

(1) لا مسأغ لما يذهب إليه الطاعن من ان مسلكه في دعاوى الطرد وادعائه أنه المستأجر ونسبة المظنون إليها كان استعمالاً لحقه في الادعاء والتبليغ لأن هذين الحقيقتين ينقلان إلى اسع استعمالها .

(جلسة ١٩٧٥/١١/١٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٥)

(جلسة ١٩٧٢/٦/٢٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص ٩٥٣)

(جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ١٩٤٣)

(جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٥٧٤)

ونصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الاثبات على ما يأتي : «يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها» . وهنا أيضاً جزاء التسعف هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٨٥ في عقد العمل على ما يأتي : «وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذي يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً» . وجزاء التسعف هنا تعويض نقدي .

ونصت المادة ٦٩٦ في عقد العمل على ما يأتي : ١ - يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل ، إذ كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته ، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد ، إلى أن يكون هو في الظاهر الذي أنهى العقد . ٢ - ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه ، لا يعد عملاً تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل» . وجزاء التسعف هنا أيضاً تعويض نقدي .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ على ما يأتي : «ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط» . ويجوز أن يكون جزاء التسعف هنا هو إزالة الضرر بعد أن وقع ، فيقام الحائط الذي هدمه مالكة تعسفاً من جديد .

ونصت المادة ١٠٢٩ على ما يأتي : «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به» . والتسعف هنا في أن يطالب مالك العقار المرتفق بقاء حق الارتفاق بعد أن زالت منفعته . والجزاء هو إزالة الضرر عينياً بإنهاء حق الارتفاق (1).

٥٦٧ - تطبيقات قضائية : والقضاء المصري في عهد القانون المدني القديم غنى بالأحكام التي تطبق نظرية التسعف في استعمال الحق في نواح مختلفة . وتجترى هنا

(1) أنظر في تطبيقات تشريعية أخرى يتنوع فيها الجزاء : م ١٢٤ (التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية) - م ٥١٦ فقرة ١ (عزل الشريك من الإدارة دون مسوغ) - م ٥٩٤ فقرة ٢ (إيجار من الباطن للعقار الذي أنشئ به مصنع أو متجر) - م ٨١٥ (تعليق الحائط المشترك) - م ١٠٢٣ (زيادة عبء حق الارتفاق) - م ١٠٢٤ - ١٠٢٥ (تجزئة العقار المرتفق والعقار المرتفق به) - م ١٠٩٤ (إنقاص حق الاختصاص إلى الحد المناسب) - م ١١٠٦ (إدارة المرهون رهن حيازة إدارة سيئة) .

بالإشارة إلى بعض منها .

ومن ذلك أخيراً التعسف في استعمال سلطة الوظيفة ، وهو ما يعرف في القانون الإداري بالتعسف في استعمال السلطة ( détournement du pouvoir ) . فإذا انحرف الموظف في أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض نائية عن المصلحة العامة ، كان متعسفاً في استعمال السلطة وتحققت مسؤوليته<sup>(١)</sup>

## المبحث الثاني

### الضرر

(Le préjudice)

٥٦٨ - تحديد الموضوع - الإثبات : الضرر هو الركن الثاني للمسئولية التقصيرية . فليس يكفي لتحقق المسئولية أن يقع خطأ ، بل يجب أن يحدث الخطأ ، بل يجب أن يحدث الخطأ ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً<sup>(١)(٢)</sup> . وتتكلم هنا في قيام الضرر في ذاته . أما الكلام في التعويض عن الضرر فمحله الفرع الخاص بآثار المسئولية .

(١) نقض مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمرة رقم ٣ ص ٣ - وقد يقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق قرار إداري يصدر من الموظف ، فيكون باطلاً وبوجوب التعويض . وكل من دعوى الإلغاء ودعوى التعويض في هذه الحالة يكون من اختصاص محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ، وبشترك القضاء العادي مع القضاء الإداري في الاختصاص بنظر دعوى التعويض دون دعوى الإلغاء . وقد يقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق عمل مادي ، فيوجب مسئولية كل من الموظف والحكومة مسئولية تقصيرية ، ودعوى المسئولية هنا من اختصاص القضاء العادي وحده .

(٢) استئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ - وفي ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٤ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٩ - وفي ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٤ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٢ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٨ - وفي ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٩٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ - وفي ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٤٣ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ - أنظر أيضاً : استئناف وطني في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٤٠٦ .

(١) مفاد نصوص المواد ١٦٣ ، ١٧٠ ، ١٢١ من القانون للدني أن الضرر ركن من أركان المسئولية وثبوت شرط لازم لقيامه تبعاً لذلك ، يستوي في إيجاب التعويض عن الضرر أن يكون هذا الضرر مادياً أو أدبياً (جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٦/٦/١٧ الطعن ٦٤٤ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ الطعن ٤٥٠ لسنة ٢٩ ص ١٥ ص ٦٣١)

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣٠ الطعن ١٤٤ لسنة ٢٨ ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧١٦)

من ذلك التعسف في استعمال حق الملكية ، إذا استعمل المالك حقه بنية الإضرار بالغير<sup>(١)</sup> ، ويؤخذ قرينة على نية الإضرار ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذي اختاره مع علمه بالضرر الذي يلحق الغير . فيعتبر متعسفاً المالك الذي يقيم حائطاً في حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له<sup>(٢)</sup> . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل على داره أو على حديقته الجار على حديقته ، فلا تعسف ولا تعويض<sup>(٣)</sup> . وإذا استعمل المالك حقه دون حيطة ، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادي وأضر بالجار ضرراً بليغاً ، كان مشولاً مثل ذلك من يبنى في أرضه فيخالف قواعد فن البناء تقصيراً وإهمالاً فيضر بجاره<sup>(٤)</sup> . ومثل ذلك أيضاً من يقيم في ملكه مدخنة تؤذي الجار وكان يمكنه تجنب هذا الأذى لو أقام المدخنة في مكان آخر<sup>(٥)</sup>

ومن ذلك أيضاً التعسف في استعمال الحق في إنهاء العقد . فرب العمل الذي يفصل عاملاً مدفوعاً في ذلك بعامل الانتقام يكون متعسفاً وتحقق مسئوليته التقصيرية<sup>(٥)</sup>

(١) استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ - وفي ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ .

(٢) استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ - وفي ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٢ .

(٣) استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .

(٤) استئناف مختلط في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٦ ص ٨ .

(٥) استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ - وفي ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٣ - وفي ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩١ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ .

(١) وإذا استخلص الحكم في حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التي يرمى الطاعن الي تحقيقها لا يمكن له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية في المدن أو التعلية مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب المطعون عليه - المستأجر - من عيوب

فإنه يكون قد طبق صحيح القانون . (جلسة ١٩٨١/٤/٢٥ الطعن ٢ لسنة ٤٦ ق ص ٣٢ ص ١٢٥٧)

ومن أمثلة صور إساءة استعمال الحق :

- إساءة استعمال حق النشر : إباحة حق النشر والنقد . شرطها . صحة الواقعة موضوع النشر أو بصحتها وطابعها الاجتماعي . واقتصر الصحفي أو الناقد على نشر الخبر أو توجيه النقد موضوعي مع استعمال العبارة الملائمة وقيام حسن النية . تجاوزه ذلك إلى حد الطعن والشتم . (جلسة ١٩٩٥/٢/٨ الطعن ١٥١٢ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٦ ص ٣٤٩)

- حق التقاضي والإبلاغ والشكوى . من الحقوق المباحة . مؤدى ذلك . عدم مسئولية من القضاء تمسكاً بحق أو زوداً عنه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة ووضوح الحق بقصد الإضرار بالخصم .

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ الطعن ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق السنة ٤٨ ص ١٠٢٥)

والمضروب هو الذي يثبت وقوع الضرر به . ووقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن .

٥٦٩ - الضرر المادي والضرر الأدبي : وقد يكون الضرر مادياً يصيب المضروب في جسمه أو في ماله ، وهو الأكثر الغالب . وقد يكون أدبياً يصيب المضروب في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أى معنى آخر من المعانى التى يحرص الناس عليها . وتكلم فى كل عن هذين النوعين .

## المطلب الأول

### الضرر المادي

٥٧٠ - شرطان : الضرر المادي هو إخلال بمصلحة للمضروب ذات قيمة مالية . ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً ، ولا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لا يقع .  
ف للضرر المادي إذن شرطان : (١) أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضروب . (٢) أن يكون محققاً . ونبحث كلا من هذين الشرطين .

### ١ - الإخلال بمصلحة مالية للمضروب

٥٧١ - الضرر إخلال بحق أو بمصلحة : قد تكون المصلحة المالية للمضروب مجرد مصلحة مالية . ونستعرض كلا من الفرضين .

٥٧٢ - الضرر إخلال بحق للمضروب : لكل شخص الحق فى السلامة : حفاظاً على حياته وسلامة جسمه . فالتعدى على الحياة ضرر ، بل هو أبلغ الضرر . وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأى أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبد نفقة فى العلاج هو أيضاً ضرر مادي .

والتعدى على الملك هو إخلال بحق ويعتبر ضرراً . فإذا أحرقت شخص منزلاً أو قلع زراعته ، أو حرق أرضه ، أو أتلف له مالا كأثاث أو عروض أو غير ذلك ، كان ضرراً مادياً أصاب المضروب فى حق ثابت له . وكل إخلال بحق مالى ثابت ، عينياً كان الحق أو شخصياً ، هو ضرر مادي (١) . والأمثلة على ذلك كثيرة نجتزئ بما قدمناه منها .

(١) ووقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض . ولكن الشروط الواجب توافرها فى جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وانتقال هذا التعويض إلى الورثة ، كل هذه مسائل قانونية لرقابة محكمة النقض (الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار ص ٣٠) .

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٥ يونية سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤١٢ ص ٢٥١ .  
(١) ولكن كان من المقرر أن تعيين العناصر المكونة للضرر والتي يجب أن تدخل فى حساب من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض بما يوجب على محكمة الموضوع فى مدونات حكمها عناصر الضرر الذى قضت من أجله بهذا التعويض وأن لها تقدير ذلك دون رقابة عليها فى ذلك ما دامت قد استندت إلى أدلة مقبولة وبحسبها أن تكون

وقد يصيب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر . فالقتل ضرر أصاب المقتول فى حياته ، وعن طريق هذا الضرر أصيب بضرر أولاد المقتول بحرمانهم من العائل ، وهذا عدا الضرر الأول الذى أصاب المقتول نفسه (١) . والحق الذى يعتبر الإخلال به ضرراً أصاب الأولاد تبعاً هو حقهم فى النفقة قبل أبيهم (٢) . وقد يكون المضروب تبعاً دائماً للمصاب لا بنفقة ولكن بحق آخر ، فالإخلال بهذا الحق يعتبر ضرراً بالتبعية . مثل ذلك دائن يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصى ، وقد قتل المدين ، فللدائن مطالبة

= عناصر الضرر الذى قدرت التعويض على أساسه .  
(جلسة ١٩٩٠/٤/٤ الطعن ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣٠ الطعن ١٤٤ لسنة ٢٨ ق م ١٣ ص ٧١٦)

(١) استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧ - وفى ٢٨ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ .

(٢) ويكفى أن يكون من فقد العائل له حق فى النفقة ولو لم يكن يعال بالفعل ، ذلك أن فقد العائل قد أضاع عليه حقاً ثابتاً هو حقه فى النفقة . أما إذا كان ليس له حق فى النفقة ولكن كان يعال فعلاً ، فسرى أن الضرر الذى ينزل به فى هذه الحالة يكون إخلالاً بمصلحة مالية لا إخلالاً بحق ثابت - أما الزوج فلا يطالب بتعويض عن ضرر مادي بسبب موت زوجته لأن الزوج لا تجب له النفقة على زوجته (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦) . ولكن الزوجة تطالب بتعويض عن الضرر المادي لأن لها النفقة على زوجها ، فإذا ما تزوجت ثانية بعد موت زوجها الأول كان هذا محل اعتبار فى تقدير التعويض (استئناف مختلط فى ٧ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١) . ولا يتقاضى الوالد تعويضاً عن ضرر مادي أصابه من موت ولده الصغير إلا إذا كان الوالد يستفيد من عمل ولده (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ - وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥) - ولا تدخل فى تقدير التعويض ما أنفقه الوالد فى تعليم ابنه المصاب فإن التعليم واجب عليه (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٣) - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط فى ٥ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤ .

والقضاء مضطرب فى جواز الحكم بتعويض عن الضرر المادي الذى يصيب من فقد العائل (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ - وفى أول يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٢ - وفى ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٢ - وفى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ - وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ - وفى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ - وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٣٢ ص ٢٩٣) . وهذا الحق ليس ميراثاً يتلقاه بل هو حق شخصى له ، فلا يعطى بنسبة النصيب فى الأثر بل بمقدار الضرر الذى وقع (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٦ - وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨) . ولا ينتقل حق التعويض إلى ورثة من فقد العائل حتى لو مات هذا بعد رفع الدعوى (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٥) . أما إذا ثبت أن أقارب المصاب مستقلون عنه وأنه ليس يعولهم فلا حق لهم فى التعويض : استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢٢ (بنت متزوجة) - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ (شقيقة تزاول مهنة تستطيع أن تعيش منها) - وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ (بنت متزوجة وتعيش مستقلة مع زوجها وأولاد بلغوا سن الرشد موظفون فى الحكومة ويعيشون مع والدهم ولكنه لا ينفق عليه بل هم الذين يساعدونه) .



القاتل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء فقد مدينه وفوات الفرصة عليه في تنفيذ العمل . أما إذا كان الدائن يستطيع أن يحصل على حقه من غير تدخل المدين ، فلا يكون ثمة ضرر . ذلك أن الشركة إذا كانت موسرة استطاع الدائن أن يتقاضى منها حقه ، وإذا كانت معسرة فقد ثبت أن المدين كان معسراً قبل موته ولم يحدث للدائن ضرر بالموت .

٥٧٣ - الضرر إخلال بمصلحة مالية للمضروب : وقد يكون الضرر إخلالاً لا بحق للمضروب ولكن بمجرد مصلحة مالية له (١) . مثل ذلك أن يصاب عامل فيستحق معاشاً عند رب العمل ، فيكون المسئول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل في مصلحة مالية له إذ جعله مسئولاً عن معاش العامل ، والإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً . ومثل آخر للمصلحة المالية التي يصاب فيها المضروب أن يفقد عائله دون أن يكون له حق ثابت في النفقة ، وهذا بخلاف من له حق ثابت في النفقة فإن الضرر يصيبه في حق لا في مصلحة . ويقع ذلك إذا كان شخص يعول أحداً من أقاربه أو ممن يلوذ به دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه ، فمن يعال إذا فقد العائل يكون قد أصيب في مصلحة مالية - لا في حق - إذا هو أثبت أن العائل كان يعوله فعلاً وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة ، فيقدر القاضي ما ضاع على المضروب من فرصة بفقد عائله ويقضى له بتعويض على هذا الأساس (٢) . كذلك الضرر الذي يصيب الخطيبة من فقد خطيبها يقاس بمقدار ما كلفتها الخطبة من نفقات ومقدار ما ضاع عليها من فرصة في إتمام الزواج ،

(١) الضرر المادي الذي يجوز التعويض عنه وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية يتحقق إما بالإخلال بحق ثابت للمضروب يكفله القانون أو بالإخلال بمصلحة مالية له . ولا ريب أن حق الإنسان في سلامة جسده يعد من الحقوق التي يكفلها القانون وجرم التعدي عليه ، فإتلاف عضو أو أحداث جرح أو إصابة الجسم بأي أذى آخر من شأنه الإخلال بهذا الحق ويتحقق بمجرد قيام الضرر المادي ، فإذا ما ترتب على الاعتداء عجز للمضروب عن القيام بعمل يرتزق منه وتأثير على قدرته في أداء ما يتكسب منه رزقه أو تحميل نفقات علاج ذلك كله يعتبر إخلال بمصلحة مالية للمضروب يتحقق به كذلك قيام الضرر المادي .

(جلسة ١٩٩٠/٦/١٤ الطعن ٢٩٤ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٨٥/٥/٩ الطعن ١٧٧٣ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٤/٤/٢٩ الطعن ٢٥٨ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١١٣٥)

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن ٣٦٢ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ٦٤٦)

(٢) - يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضروب وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً فإن أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر فلا بد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية محققة . يعتبر الإخلال بها ضرراً أصابها .

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ الطعن ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٩٤١)

(جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥ الطعن ٧٨٥ لسنة ٦٧ ق)

وهذا أمر يترك تقديره للقاضي (١) .

ويراعى أن المصلحة المالية التي يعد الإخلال بها ضرراً هي المصلحة المشروعة . أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها ، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض . فالخليفة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها ، لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة . أما الولد الطبيعي والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك ، لأن العلاقة فيما بينهم وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة ، هي في ذاتها مشروعة (٢) .

## ٢ - تحقق الضرر

٥٧٤ - الضرر الحال والضرر المستقبل : ويجب أن يكون الضرر محقق الوقوع ، بأن يكون قد وقع فعلاً ، أو سيقع حتماً (٣) .

مثل الضرر الذي وقع فعلاً - وهو الضرر الحال - هو أن يموت المضروب أو يصاب بتلف في جسمه أو في ماله أو في مصلحة مالية له على النحو الذي قدمناه .

ب - العبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة وفاه آخر هي ثبوت أن المتوفى كان يعوله فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضروب من فرصة بفقد عائله ويقضى له بالتعويض على هذا الأساس ، أما مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفي للحكم بالتعويض .

(جلسة ١٩٩٤/٤/٢٧ الطعن ٢٩٢١ لسنة ٥٧ ق لسنة ٤٥ ص ٧٧٤)

(جلسة ١٩٩٠/٣/٢٩ الطعن ٢٤٣٦ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥ الطعن ٢٠٢٠ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ الطعن ٢٢٢٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٣ ص ٧١٦)

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ الطعن ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٩٤١)

(١) أما المتعاملون مع المصاب ، كالحائك والقصاب والحجام ، فإن مجرد تعاملهم معه لا يكفي لتوليد مصلحة محققة يكون الإخلال بها ضرراً ، بل يجب أن يكون هناك عقد بينهم وبين المصاب ، فيكون الضرر هو الإخلال بحق نشأ من هذا العقد لا بمصلحة مالية فحسب (مازرو ١ فقرة ٢٧٧ - ٦) .

(٢) أنظر مازرو ١ فقرة ٢٧٧ - ٧ إلى فقرة ٢٩١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعي المدني الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعي ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد ، واقعاً ولو في المستقبل . ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبداهة (نقض جنائي في ١٦ يونيو سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٤١ ص ٧٤٦) . وانظر أيضاً طنطا الاستثنائية في ٤ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٧٦ ص ٥٠ - وانظر في القضاء المختلط : استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللي م ١٧٩ رقم ٩ - وفي ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٨ - وفي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٠ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١١٠ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٣ - وفي ١١ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ .

المدني الجديد . فقضى في المادة ١٧٠ بأن يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعيًا في ذلك الظروف الملازمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحفظ للمضرور بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير (١) . وقضى في الفقرة الأولى من المادة ١٧١ بأن يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف . ويصح أن يكون التعويض

جنهات تعويضاً عن العادة التي يطلب التعويض بسببها الآن ، فلقد حدد قدر التعويض وصفته وأقيمت محكمة الجحج له أنه إنما يطلب تعويضاً مؤقتاً (أي شيئاً بسيطاً مما يستحق له من التعويض) محتفظاً بحقه في طلب التعويض الكامل من المشغلين عنه بعد أن يعين الزمن مدى الأضرار التي نشأت له من العادة . كل هذا قد يبيته الحكم المطعون فيه بصدوره على هذا الوضع ، وأكد أن المطعون ضده لم يستفد في دعوى الجحج ما كان له من حقي . فموضوع هذه الدعوى هو إذن غير موضوع الدعوى الأولى ، بل هو تكملة له كما قال الحكم المطعون فيه (نقض مدني في ٧ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٠ ص ٤٤١٥) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : نقض مدني في ٢ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٤٢٢ - نقض جنائي في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المجموعة ٢٤ رقم ١٣٠ ص ٣٩٥ - استئناف - المنصورة الكلية الوطنية في ١٢ سبتمبر سنة ١٨٨٨ - وفي ٢٩ نوفمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٠ .

مخلط في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٨ - وفي ٢٩ نوفمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٠ .

وقد جرت العادة عندما كان القضاء المختلط قائماً ، إذا كانت دعوى المسؤولية من اختصاصه والدعوى الجنائية من اختصاص المحاكم الوطنية ، أن يدخل المضرور مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية يبلغ ضئيل على سبيل التعويض المؤقت ، ثم يرفع دعوى المسؤولية أمام المحاكم المختلطة مطالباً بتعويض كامل (استئناف مخلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٢٢) .

هذا ويراعى أن التعويض المؤقت غير النفقة المؤقتة التي سيأتي ذكرها فيما يلي عند الكلام في تقدير

التعويض .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : «وقد لا يتيسر للقاضي أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً كما هو الشأن مثلاً في جرح لا تستبين عقباؤه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن . فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضاً مؤقتاً بالثبوت من قدر النشر المعلوم وقت الحكم على أن يعيد النظر في فضائه بعد فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا انقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيما حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض إضافي إذا اقتضى الحال ذلك ، وعلى هذا سار القضاء المصري» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣) . وقيل في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في صدد الاعتراض على النص بمبدأ قوة الشئ المقضى ما يأتي : «إذا رأى القاضي أن الموقف غير جلي ، واحتفظ في حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلي خلال مدة يعينها ، فلا يتأني ذلك مع قاعدة حجية الأحكام» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٤) .

(١) إذا كان المدعي المدني أمام محكمة الجحج قد طلب القضاء له مبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذي أصابه مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض الكامل وقضى له بالتعويض على هذا الأساس ، فإن ذلك لا يحول بينه وبين المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية لأنه لا يكون قد استنفذ كل ماله من حقه أمام محكمة الجحج ، ذلك أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى بل هو تكمله له .

(جلسة ١١/١٧/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ١٤٩٥)

(جلسة ١٠/٦/١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٧٣٦)

(جلسة ١٨/٢/١٩٧٧ الطعن ٤٨٥ لسنة ٤٢ ق ١٨ ص ٣٩٥)

ويشمل الضرر الذي سيقع حتماً - وهو الضرر المستقبل - هو أن يصاب عامل فيعجز عن العمل ، فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذي وقع فعلاً من جراء عجزه عن العمل في الحال ، بل وعن الضرر الذي سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل في المستقبل (١) . فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فوراً قدره القاضي وحكم به كاملاً . أما إذا كان لا يمكن تقديره ، فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولاً ، كما إذا أصيب العامل في ساقه وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت الساق ستبتر أو ستبقى . وللقاضي في هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين ويحكم بما قدر ، ويتقاضى العامل التعويض الذي يستحقه وفقاً لأي من الفرضين يتحقق في المستقبل . وقد يرجع علم إمكان التقدير في الحال إلى أن العامل سيقضي عاجزاً عن العمل عجزاً كلياً أو جزئياً طويلاً حياته ، ولا يعلم أحد في أي وقت يموت ، فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن يجعل التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة . وقد يرجع عدم إمكان تقدير الضرر إلى أسباب أخرى ، فيعجزون للقاضي بعد أن يقدر الضرر وفقاً لما تبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير (١) . وقد أشار إلى هذه الفروض القانون

(١) - أ - من المقرر أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الاخلال بمصلحة مالية للمضرور أن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتماً ، ولا يلزم الدفن في المسؤولية المقدية في غير حالتي الفشل والخطأ إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

(جلسة ٢٩/٣/١٩٨٤ الطعن ٨٢٥ لسنة ٥٠ ق ٣٥ ص ٨٧٨)

(جلسة ٢٥/١/١٩٦٥ الطعن ٨٣٥ لسنة ٦٤ ق) .

ب - من المقرر أنه يكفي في تقدير التعويض عن الضرر أن يكون مواسياً للمضرور وكفيل رد اختياره وهو يتوافر بما يراه القاضي مناسباً في هذا الصدد تبعاً لواقع الحال والظروف الملازمة وذلك دون غلو في التقدير ولا اسراف ولو كان هذا التقدير ضئيلاً ما دام يرمز إلى الغاية منه ، ويحقق النتيجة المستهدفة به . (جلسة ١٨/١٨/١٩٨٥ الطعن ١٣٦٨ لسنة ٥٠ ق)

ج - ولئن كانت العبرة في تقدير قيمة التعويض قيمة الضرر هي بقيته وقت الحكم بالتعويض وليس بقيته وقت وقوعه إذ يلتزم المشغل عن الخطأ بجبر الضرر كاملاً ولا يكون التعويض كافياً لجبره إلا لم يراع في تقديره قيمة الضرر وقت الحكم ما لم يكن المضرور قد أصحح الضرر بماله من عنده ولا يكون له عندئذ أن يرجع بغير ما دفعه فعلاً مهما تغيرت الأسعار وقت الحكم .

(جلسة ٢٣/١٢/١٩٨٦ الطعن ٤٣٨ لسنة ٥٦ ق)

(١) وقد جرى القضاء في عهد القانون القديم على هذا المبدأ ، فكان يسمح للمضرور أن يطالب مؤقتاً ثم يستكملة بعد ذلك في دعوى تالية . وقضت محكمة النقض في هذا المعنى بصدور دخل شخص مدعياً بحق مدني أمام محكمة الجحج طلباً أن يقضى له بمبلغ بصفة تعويض كامل الضرر الذي أصابه بفعل شخص آخر ، مع حفظ الحق له في المطالبة بالتعويض الكامل . وقالت المحكمة عنه بقضية على حدة ، وقضى له بالتعويض المؤقت ، وذلك لا يمنعه من المطالبة بتكملة التعويض الذي طلب الذي طلب التعويض بسببه . وقالت المحكمة أن يتبين له مدى الأضرار التي لحقت من الفعل الذي طلب التعويض بسببه . وقالت المحكمة الحكم ما يأتي : «... أن المطعون ضده إذا كان قد تدخل في دعوى الجحج وطلب فيها

هذا الخلل ، ويلتزم المسئول بإصلاحه ، ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل إذا لم يكن من المحقق أن الخلل سيؤدي إلى انهدامه . ويتبرص صاحب المنزل حتى إذا تهدم منزله فعلا بسبب هذا الخلل ، رجع على المسئول بالتعويض عن ذلك (١) .

٥٧٦ - التعويض عن تفويت الفرصة : كذلك يجب التمييز بين الضرر المحتمل - وهذا لا يعوض عنه على النحو الذي مر (١) - وتفويت الفرصة (perte d'une chance) ويعوض عنه . ذلك أن الفرصة إذا كانت أمراً محتملاً ، فإن تفويتها أمر محقق . وعلى هذا الأساس يجب التعويض (٢) ، فإذا أهمل محضر في إعلان صحيفة الاستئناف إلى أن فات

(١) أنظر في عدم جواز التعويض عن ضرر محتمل إلا إذا وقع فعلا : استئناف مختلط في ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٢ - وفي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٦ .

(١) ان الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققاً بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتماً أما الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع فان التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا ، أما الضرر الاحتمالي فلا يصح التعويض عنه وبالتالي فان قضاء الحكم بالتعويض عن هذا الضرر يكون مخالفاً للقانون .

(جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ الطعن ٢٥ لسنة ٢٧ ق م ١٦ ص ٥٧٠)

(جلسة ١٩٥٩/١٢/٣ الطعن ٢٩٩ لسنة ٢٥ ق م ١٠ ص ٧٥٠)

(٢) أ - من المقرر أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فان تفويتها أمر محقق يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنها ، ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمر قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى الطبيعي للأمر ترجيح كسب فوفه عليه العمل الضار غير المشروع .

(جلسة ١٩٩٤/١١/١٠ الطعن رقم ٤٣٠٠ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٥ ص ١٣٦٣)

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٣ الطعن ١٢٨١ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٣٠ الطعن ٤٣٥ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ الطعن ١٣٨٠ لسنة ٥٢ ق م ٣٤ ص ١٠٩٦)

ب - من المقرر أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فان تفويتها أمر محقق ، ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى وصف تفويت الفرصة على الطاعنين في رعاية ابنهما لهما في شيخوختها بأنه احتمال ، فخلط بذلك في الرعاية المرجوة من الابن لأبويه وهو أمر احتمالي وبين تفويت الأمل في هذه الرعاية وهي أمر محقق ، ولما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن الأول قد بلغ سن الشيخوخة وأنه أحيل إلى المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذي كان طالباً في الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً الأمر الذي يبعث الأمل عند أبويه في أن يستظلا برعايته ، وإذا انتقدها فقد فانت فرصتهما بضياح أملهما ، فان الحكم المطعون فيه إذا استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٦ الطعن ٨٦٠ لسنة ٤٥ ق م ٣٠ ص ٣٦١)

ج - إذا كان الحرمان من الفرصة هو ضرر محقق ولو كانت الافادة منها أمراً محتملاً وكان البت أن الطاعنين أقاموا الدعوى بطلب التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن امتناع المطعون ضده عن طبع =

مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بتأمينه تأميناً (١) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعويض .

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقفاً وقت الحكم بالتعويض فلا بد من حساب القاضي عند تقديره ، ثم تكشف الظروف بعد ذلك عما تفاقم منه ، كأن كان بصر العامل الذي أصيب في عينه أو أن تؤدي إصابته إلى وفاته . فهنا يجوز للمضرور لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد وقع وقت حساب القاضي عند تقدير التعويض الأول ، ولا يمنع من ذلك قوة الشيء المقضي به من الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضى فيه . ولا يعتبر نزول النقد في شأنه أن يزيد في الضرر ، فإذا حكم لشخص بإيراد مرتب تعويضاً عن الضرر الذي لحق به وقدر الإيراد بمبلغ من النقود ، ثم انخفضت قيمة النقد بعد ذلك ، فلا يستطيع المضرور أن يطالب بإعادة النظر في تقدير الإيراد ، ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعي فيه كفاياً لنفقة المضرور ، فيجوز عند ذلك زيادة الإيراد أو إنقصاء تبعاً لانخفاض قيمة ارتفاعها (٢) . أما إذا كان القاضي قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض وفقاً لهذا المبدأ ، وتكشفت الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقفاً ، كأن قلصت بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره ، ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد استرد الإيبصار ، فلا يجوز في هذه الحالة أن يعاد النظر في تقدير التعويض لإنقصائه لأن قد حاز قوة الشيء المقضي (٣) .

٥٧٥ - الضرر المحتمل : ويجب التمييز بين الضرر المستقبل (rej. futur) وضرر محقق يجب التعويض عنه على ما بينا - والضرر المحتمل (eventuel) وضرر غير محقق ، قد يقع وقد لا يقع ، فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع مثل ذلك أن يحدث شخص بخطئه خللاً في منزل جاره ، فالضرر المحقق هنا هو

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي : «والأصل في التعويض أن المال ، ومع ذلك يجوز أن تختلف صورته ، فيكون مثلاً إيراداً مرتباً يمنح لعامل تقعده العمل عن القيام بأوده . ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأميناً مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغي التمييز بين التعويض من طريق تقدير تعويض موقوت مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافي» . (مجلس التحضيرية ٢ ص ٣٩٧) .

(٢) مازو ١ فقرة ٢٢١ .

(٣) مازو ١ فقرة ٢٣٠ .

(١) أن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققاً بمعنى أن يكون قد وقع أو أن الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع فان التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا . (جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ الطعن ٢٥ لسنة ٢٧ ق م ١٦ ص ٥٧٠) (جلسة ١٩٥٩/١٢/٣ الطعن ٢٩٩ لسنة ٢٥ ق م ١٠ ص ٧٥٠)



## المطلب الثاني

### الضرر الأدبي (\*)

٥٧٧ - تحديد الضرر الأدبي : (dommage moral) هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله. وقد رأينا أن الضرر الذي يصيب الشخص في حق أو في مصلحة مالية هو ضرر مادي. وعلى التقيض من ذلك الضرر الأدبي، فهو لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية. ويمكن الرجوع للضرر الأدبي إلى أحوال معينة.

١ - ضرر أدبي يصيب الجسم. فالجروح والتلف الذي يصيب الجسم والألم الذي ينجم عن ذلك ما قد يعقب من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم

= قد وقف في جبر الضرر الناشئ عن خطأ عند حد القضاء للموظف على الحكومة بالفرق بين معاشه وصافي راتبه، ولم يعوضه عما فاتته من فرصة الترقى إلى رتبة اللواء التي خلت، مستندا في ذلك إلى أن الترقية ليست حقا للموظف ولو تحقق في شرائط الأقدمية والجدارة، بل هي حق للحكومة تتصرف فيه كما تشاء بلا رقيب ولا حسيب، فإنه يكون قد أخطأ، إذ أن حرمانه من الفرصة التي سنحت له للحصول على الترقية هي عنصر من عناصر الضرر يتعين النظر فيه. ولقد كان يصح ما قاله الحكم لو أن ذلك الضابط كان قد بقي في الخدمة ولم ترقه الوزارة فعلا، حيث يصح القول بأن الترقى هو من الإطلاقات التي تملكها الوزارة وتستقل بها بلا معقب. أما الوزارة قد أحالته على المعاش قبل بلوغه السن بناء على قرار بل اتخذته في تقدير سنه، مخالفة في ذلك قرارا آخر صحيحا ملزما لا تملك نقضه، فإن هذا القرار لا يسوغ جعل تصرفها الخاطيء فوق رقابة قضاء التضمين (نقض مدني في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٠ ص ٢٧٥). وقضت في حكم ثالث بأن القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان لطالبه من رجحان كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع. فإذا كان الحكم لم يعتد بهذا العنصر فيما قضى به من تعويض لموظف أحيل إلى المعاش دون مسوغ، ولم يورد لذلك أسبابا من شأنها أن تفيد أن ترقية طالب التعويض كانت غير محتملة لو أنه استمر في الخدمة حتى بلوغ سن التقاعد، فإنه يكون متعينا في هذا الخصوص (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩).

انظر أيضاً في هذه المسألة: نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٠ ص ٢٦٢ - وفي ٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٦ ص ٣٩٠.

(\*) بعض المراجع: ريبير في القاعدة الأدبية فقرة ١٨١ - دورفيل (Dorville) رسالة من باريس سنة ١٩٠١ - أشار (Achard) رسالة من جنيف سنة ١٩٠٨ - جاندي (Gand) رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ - ديبوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ - جيفورد (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ - دلماس (Delmas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩، لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها - سافاتييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها - ديموج ٤ فقر ٤٠٢ وما بعدها - مازو ١ فقرة ٢٩٢ وما بعدها - الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٠ - مصطفى مرعي بك فقرة ١٢٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٦٧ - فقرة ٤٦٨ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٢٥.

مبعاده، أو قصرت جهة عقدت مسابقة في إخطار أحد المتسابقين عن ميعاد المسابقة فقله التقدم إليها، فإنه إذا كان لا يمكن القول إن المستأنف كان يكسب الاستئناف حتماً فما أنه رفع في الميعاد، أو أن المتسابق كان يفوز حتماً في المسابقة لو أنه تقدم إليها فلا يمكن القول من جهة أخرى إن الأول كان يخسر الاستئناف حتماً، وأن الثاني كان لا يفوز حتماً في المسابقة. وكل ما يمكن قوله إن كلا منهما قد فوتت عليه فرصة الكسب أو الفوز. وهذا هو القدر المحقق من الضرر الذي وقع. وعلى القاضي أن يقدر هذا الضرر، بأن ينظر إلى أي حد كان الاحتمال كبيراً في كسب الاستئناف أو في الفوز في المسابقة، ويقضى بتعويض يعدل هذا الاحتمال. والأمر لا شك يتسع فيه مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير، وعلى القاضي أن يأخذ بالأحوط وأن يتوقى المبالغة في تقدير الاحتمال في نجاح الفرصة (١).

ومما جرى به القضاء المصري التعويض عن تفويت فرصة النجاح في الامتحان (٢) والتعويض عن تفويت الفرصة في كسب دعوى الشفعة (٣)، والتعويض عن تفويت الموظف الفرصة في الترقية إلى درجة أعلى (٤).

= مؤلفهم وحسب اصول عنهم خلال السنوات المقام بشأنها الدعوى بما ضيع عليهم فرصة تسوية خلال تلك المدة وهو ضرر محقق، فإن الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض طلب التعويض على من أن هذا الضرر احتمالي يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٨٥/٣/١٤ الطعن ٨٢٧ لسنة ٥٢ ق م ٣٦ ص ٤٠٣)

(١) مازو ١ فقرة ٢١٩.

(٢) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن يحكم للطالب الذي يحرم دون حق من الامتحان بإعطائه الفرص التي أباحها القانون، بتعويض مناسب (مصر الكلية الوطنية في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٣ الجريدة القضائية ٥٣ ص ٤٩).

(٣) ففي قضية ترتب على إهمال محضر في إعلان عريضة دعوى الشفعة أن سقط الحق فيها، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية أن ليس لها إلا أن تتحقق من الوقائع التي تثبت تولد الشفعة، فلا يجوز أن تفصل بنفسها في حقوق الأخصام في دعوى الشفعة كما كان يفصل فيها لو قدم موضوع الدعوى إلى المحكمة، وإنما عليها أن تحكم بتعويض إذا ترجح لديها احتمال نجاح الشفعة في دعواها (مصر وطنية في ٧ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٤ ص ٣٦٦).

(٤) وقد أصدرت محكمة النقض في هذه المسألة أحكاماً متعاقبة صريحة في هذا المعنى. فقضت بأدخال الحكم ضمن التعويض المحكوم به ما فات على الموظف من فرصة الترقى بسبب إحالته إلى قبل الأوان فلا خطأ في ذلك، فإن القول بأن الترقى من الإطلاقات التي تملكها الجهات المختصة للموظف وليس حقا مكتسباً محله بالبداية أن يكون الموظف باقياً يعمل في الخدمة. أما إذا أحالت الوزارة هي التي أحالت الموظف إلى المعاش بدعوى بلوغه السن بناء على قرار باطل، فلا تملك إدخال تفويت الترقية على الموظف ضمن عناصر الضرر التي نشأت عن الإخلال بحقه في الترقية في الخدمة. ذلك لأن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفئات الذي هو عنصر من التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه ما دام هذا الأمل له أسباب معقولة (نقض مدني في ٧ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٤ ص ١٠٧). وقضت في حكم ثان بأنه إذا كان

بوجه عام (1)، كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدبياً إذا نتج عنه إنفاق المال في العلاج أو نقص في القدرة على الكسب المادى (2)، ويكون ضرراً أدبياً فحسب إذ لم ينتج عنه ذلك .

٢ - ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض . فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والتخرصات والاعتداء على الكرامة ، كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً إذ هي تضر بسمعة المصاب وتؤذي شرفه واعتباره بين الناس .

٣ - ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان . فانتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه، والاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة ، كل هذه أعمال تصيب المضرور في عاطفته وشعوره ، وتدخل إلى قلبه الغم والأسى والحزن . ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي .

٤ - ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له (1) . فإذا دخل شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك ، جاز لهذا أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء على حقه ، حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء .

ويجب في جميع هذه الأحوال أن يكون الضرر الأدبي ، كالضرر المادي ، ضرراً محققاً غير احتمالي .

٥٧٨ - الضرر الأدبي قابل للتعويض : والضرر الأدبي على النحو الذي قدمناه قابل للتعويض بالمال . وقد كان القانون الروماني يقر أحوالاً كثيرة يعوض فيها عن الضرر الأدبي في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية .

وتلاه القانون الفرنسي القديم ، فأجاز التعويض عن الضرر الأدبي ، وقصر ذلك على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، توهما أن هذا هو حكم القانون الروماني . وقد قدمنا أن هذا القانون لا يفرق بين المسئوليتين في وجوب التعويض عن الضرر الأدبي .

ونصوص القانون الفرنسي الحديث في عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي . وقد أقر القضاء الفرنسي هذا المبدأ منذ عهد طويل ، ووطده في أحكام كثيرة (1) . أما الفقه الفرنسي فقد انقسم بادئ الأمر إلى فريقين . الفريق الأول رأى أن التعويض عن الضرر الأدبي متعذر إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض ، وحتى إذا كان قابلاً له فإن التعويض فيه يستعصى على التقدير (2) . والفريق الآخر ميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه وضرر أدبي لا يجوز فيه التعويض ، واختلفوا في وضع حد هذا التمييز . فمنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذي يجر إلى ضرر مادي ،

(1) وما يؤذي السمعة أن يذاع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن الأمراض في ذاتها من العورات التي يجب سترها حتى لو كانت صحيحة ، فإنها محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسيء إلى المرضى إذا ذكرت أسماؤهم ، وبالأخص بالنسبة لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهم ويعكر صفو آمالهم ، وهذا خطأ يستوجب التعويض . سنة ١٩٤٩ المحل ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢ .

(2) والإخلال بإقامة الشعائر الدينية يعتبر ضرراً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية تعهد مقال لوزرة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها وتأخر في ذلك ، ثم لم يقم إلا بعتبر الضرر متوفراً لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر ، والتأمين الذي أخذته من المتعهد مكتسباً لها كما شرط في العقد (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحل ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٢٥٧٥) .

(1) إذ تسبب وفاة المضرور عن فعل ضار عن الغير فإن هذا الفعل لا بد أنه يسبق الموت ولو بالوقت للمضرور في هذه اللحظة أهلاً لكسب حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحصلت له الضرر ويتفاهم ، ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته ، ويطلبون مطالبته المسئول بجبر الضرر المادي الذي سببه لمورثهم الموت الذي أدى إليه الفعل الضار بمضاعفاته .

(جلسة ١٩٨٦/١/١٢ الطعن ٦٥١ لسنة ٥٢ ق) (جلسة ١٩٧٤/٣/٧ الطعن ٤ لسنة ٤٣ ق رجال قضاء ص ٢٥ ص ٩٠)

(2) ولكن كان الموت حقاً على كل إنسان إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل يلحق به مادياً محققاً إذ يترتب عليه فوق الآلام الجسيمة التي تصاحبه حرمان الجنى عليه من الحياة يمتلكه الإنسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره والقول بامتناع الحق في التعويض عن الموت عقب الإصابة مباشرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حياً مدة بعد الإصابة يلحقه العقل والقانون هي جعل الجنائي الذي يقسو في اعتدائه حتى يجهز على ضحيته مركز الجنائي الذي يقل عنه قسوة واجراماً فيصيب الجنى عليه بأذى دون الموت وفي مثل هذه الحالة على أن يجهزوا على الجنى عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم بالتعويض . (جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ الطعن ٣٥٢ لسنة ٣١ ق ص ١٧ ص ٢٣٧)

(1) وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا المبدأ منذ حكم قديم أصدرته محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونية سنة ١٨٣٣ (سيرييه ١٨٣٣ - ١ - ٤٥٨) . وانظر أيضاً : نقض فرنسي في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ١٦٣ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ٣٩٩ - وفي ٢٣ يونية سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٥٨٦ - محكمة ديجون الاستئنافية في ٢٥ يوية سنة ١٩٤٦ جازيت دي باليه ١٩٤٦ - ٢ - ٢٠٦ .

(2) بودري وبارد ٤ فقرة ٢٨٧١ - ماسان (Massin) رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ - تورنييه (Tournier) رسالة من مونليليه سنة ١٨٩٦ - سافيني في القانون الروماني ١ ص ٣٣٠ وما بعدها .

(1) ليس هناك من معيار لحصر أحوال التعويض عن الضرر الأدبي إذ كل ضرر يؤذي الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته واحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلاً للتعويض فيندرج في ذلك العدوان على حق ثابت للمضرور كالاقتداء على حق الملكية ولذا فإن اتلاف سيارة مملوكة للمضرور ويتخذها وسيلة لكسب الرزق والعيش يعتبر عدواناً على حق الملكية وحرماناً من ثمرته من شأن أن يحدث لصاحب هذا الحق حزناً وغماً وأسى وهذا هو الضرر الأدبي الذي يسوغ التعويض عنه . (جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق)

ولا يعرض إل هذا الضرر المادى وحده. (١) فهؤلاء إذن لا يجيزون تعويض الضرر الأدبى فى ذاته . ومنهم من يقتصر التعويض على الضرر الأدبى الذى يترتب على جريمة جنائية (٢) . وليس هناك أساس معقول لهذا التمييز . ومنهم من يجيز التعويض فى الضرر الأدبى الذى يصيب الشرف والاعتبار لأنه فى العادة يجبر إلى ضرر مادى ، ولا يجيزه فى الضرر الأدبى الذى يصيب العاطفة والشعور لأنه يتمحض ضرراً أدبياً لا يمتزج به ضرر مادى (٣) . ولكن جمهور الفقهاء فى العهد الأخير يقولون بجواز التعويض عن الضرر الأدبى (٤) . أما القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض وأن تقدير التعويض فيه مستعصى فمبنى على لبس فى فهم معنى التعويض . إذ لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود ، وإلا فالضرر الأدبى لا يمحى ولا يزول بتعويض مادى . ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبى . فالخسارة لا تزول ، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها . وعلى هذا المعنى يمكن تعويض الضرر الأدبى (٥) . فمن أصيب فى شرفه واعتباره جاز أن يعرض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس ، وإن مجرد الحكم على المسئول بتعويض ضئيل ونشر هذا الحكم لكفيل برد اعتبار المضرور (٥) . ومن أصيب فى

- (١) مينيال (Meynial) فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٤ - إسمان فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣ .  
 (٢) أوبرى ورو الطبعة الخامسة جزء ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٣٤٥ - ص ٣٤٨ .  
 (٣) مانجان (Mangin) فقرة ١٢٣ - لا بورد (Labord) فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٨٤ ص ١٢٦ .  
 (٤) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٢٩٨ - بلانيول وريبير ٢ فقرة ١٠١٢ وما بعدها - بلانيول وريبير وأشمال ١ فقرة ٥٤٦ - جوران ٢ فقرة ٤٤١ وما بعدها - سوردا ١ فقرة ٣٣ - ديموج ٤ فقرة ٤٠٢ - لا فقرة ١٤٩ وما بعدها - سافاتييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها - جاردينا وريتشى فقرة ٩٥ وما بعدها - فقرة ١ فقرة ٣٠٤ وما بعدها .  
 (٥) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نشر منطوق الحكم فى الصحف يكون تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبى الناجم عن «بروتستو» كيدى (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٢) . وكذلك الحكم بالمصروفات (استئناف مختلط فى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١) - أو تصحيح الوثائق المكتوبة (استئناف مختلط فى أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٤٤) . ويخفف التعويض المضرور نشر تكذيب للخبر المنسوب إليه وكان هذا من حقه (استئناف مختلط فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥٣ ص ٢٥٣) .

(١) أ - لا يقصد بالتعويض الأدبى وهو لا يمثل خسارة مالية محو هذا الضرر وإزالته من الوجود إذا لم يكن من الضرر لا يحمى ولا يزول بتعويض مادى وكان يقصد بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه عما أصابه من الضرر الأدبى ، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها . هناك معيار لحصر احوال التعويض عن الضرر الأدبى إذا كل ضرر يؤذى الإنسان فى شرفه ويصيب عاطفته واحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلاً للتعويض فيندرج فى ذلك العلوان على ما ثبت للمضرور كالاغتداء على حق الملكية ولذا فان اتلاف سيارة مملوكة للمضرور ويختلصها لكسب الرزق والعيش يعتبر عدواناً على حق الملكية وحرماناً من ثمرته من شأنه أن يحدث له

عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أبواب المواساة تكفكف من شجنه . والألم الذى يصيب الجسم يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه . أما تقدير مبلغ التعويض فليس بأشد مشقة من تقدير التعويض فى بعض أنواع الضرر المادى . وما على القاضى إلا أن يقدر مبلغاً يكفى عوضاً عن الضرر الأدبى ، دون غلو فى التقدير ولا إسراف .

وفى مصر استقر الفقه (١) والقضاء (٢) على جواز التعويض عن الضرر الأدبى . ثم أتى

= هذا الحق حزناً وغماً وأسى وهذا هو الضرر الأدبى الذى يسوغ التعويض عنه .

(جلسة ١٩٩٦/٣/١٥ رقم ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق)

ب- طلب التعويض عن الضرر الأدبى المرتد . اعتباره طلباً مستقلاً ومغايراً لطلب التعويض عن الضرر الأدبى الشخصى .

(جلسة ١٩٩٦/٤/٢١ الطعن ١٩٩٥ لسنة ٦١ ق)

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٠ - مصطفى مرعى بك فقرة ١٢٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٦٧ - الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ٢٥ .

(٢) كان القضاء الوطنى يادئ الأمر متردداً فى تعويض الضرر الأدبى ، فقضت محكمة قنا الاستئنافية بأن الشرف لا يقوم بحال (١١ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٦ ص ١١) ، وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يستحق تعويضاً أدبياً إلا من اختل نظام معيشته بسبب موت المضرور (٤ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢٤٧) ، ولكنه ما لبث أن استقر على جواز التعويض عن الضرر الأدبى نقض جنائى فى ٧ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ١٦٥ - وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٥ ص ١٥٦ - وفى ٤ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٥٦ - وفى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ الجريدة القضائية عدد ١٥١ ص ٦ - استئناف وطنى فى ٤ يولية سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٧١ (مبلغ زهيد كتعويض رمزى : أنظر فى هذا المعنى أيضاً مصر الكلية الوطنية فى ١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) - وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٨٩ (تستحق الزوجة تعويضاً عن الضرر الأدبى لهجر زوجها لها وهذا غير النفقة) . وفى ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١١١ ص ٣٠٣ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ - وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣٢ ص ١٢٢ - وفى ٣١ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٢٥ - وفى ٥ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٩٨ ص ٨٧٣ - وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٥ ص ٦٢١ مجلس حسبى عال فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١٠٠ ص ١٨٧ . وميل القضاء الوطنى ألا يجعل التعويض الأدبى سبيلاً للأثراء أو للاستقلال .

وكذلك استقر القضاء المختلط على جواز التعويض عن الضرر الأدبى ، على ألا يكون هناك مغالاة فى تقدير التعويض وألا يكون التعويض وسيلة للاستغلال : استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ - وفى ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٨ - وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ - وفى ٢٨ نوفمبر سنة ٩١٧ م ٣٠ ص ٦٦ - وفى ١٢ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ - وفى ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ - وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٨ رقم ٢٤٩ ص ٣١٨ - وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٨٩ - وفى ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٢ =



القانون المدني الجديد فأكد هذا الحكم ، إذ نص في المادة ٢٢٢ على ما يأتي :

١- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٢- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب<sup>(١)</sup> .

وعلى هذا المبدأ استقرت التقينيات الحديثة<sup>(٢)</sup> .

٥٧٩ - من له حق التعويض عن الضرر الأدبي : كل من أصيب بضرر أدبي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه . وقد حددنا فيما تقدم ما هو المقصود بالضرر الأدبي<sup>(١)</sup> .

فإذا كان الضرر الأدبي هو موت شخص ، وجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه ، ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته ، والضرر الذي أصاب أقارب الميت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء موته<sup>(١)</sup> .

أما الضرر الذي أصاب الميت نفسه ، فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته ذلك ان التعويض عن الضرر لا ينتقل بالميراث - كما سنرى - إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء . وفي حالتنا لا يتصور شيء من ذلك ، إذ الضرر الأدبي هو موت الشخص نفسه ، فلا يمكن أن يكون التعويض عن هذا الموت قد تحدد بمقتضى اتفاق مع الميت أو طالب به هذا أمام القضاء<sup>(١)</sup> .

بقي الضرر الذي يصيب ذوى الميت بطريق مباشر . وهنا عرض النص إلى تحديد من من هؤلاء يجوز الحكم له بالتعويض . فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ويتبين من ذلك أن الحق في المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحي وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية<sup>(٢)</sup> وهم أبوه وأمه وجدته لأبيه أو لأمه وأولاده وأولاد أولاده وأخوته وأخواته . ولا يعطى القاضى تعويضاً لهؤلاء جميعاً إذا وجدوا ، بل يعطى التعويض لمن منهم أصابه ألم حقيقى بموت المصاب . والمقصود هنا التعويض عن الضرر الأدبي لا عن الضرر المادى ، فهذا الضرر الأخير العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت ومن كان الميت يعوله فعلاً كما قدمنا . فإذا كانت الأقارب لا تدخل فيمن تقدم ذكرهم ،

ب - متى كان الطاعن لم يتمسك امام محكمة الموضوع بطلب التعويض عن ضرر أدبي ، وكان ما يشيره في هذا الشأن ينطوي على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع ولا يصح تقديمه لأول مرة امام محكمة النقض ، فإنه يكون غير مقبول .

(جلسة ١٩٦٧/٦/٢٧ الطعن ٢٩ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٣٨٦)

(١) انظر في هذا التمييز : استئناف مختلط في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٤ .

(١) التعويض عن الضرر الأدبي عملاً بنص المادة ١/٢٢٣ من القانون المدني لا ينتقل إلى الغير إلا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به امام القضاء فإذا كانت الطالبة لم تدع وجود اتفاق على تحديد هذا التعويض كما ان مورثها لم يطالب به امام القضاء قبل وفاته ، فإنه لا ينتقل إلى ورثته ومن ثم لا يجوز لهم المطالبة به .

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٢ الطعن ٣ لسنة ٤١ رجال قضاء س ٢٨ ص ١١٣)

(٢) التعويض عن الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية من جراء موت المصاب . قصر نطاقه على من كان منهم على قيد الحياة في تاريخ الوفاة . مؤدى ذلك عدم اتساع نطاق هذا الحق إلى من لم يكن موجوداً حين الوفاة سواء كان لم يولد بعد أو توفي قبل موت المصاب .

(جلسة ١٩٩٣/٣/١٩ الطعن ٣٣١٢ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٤ ص ٤٣٦)

= وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢١ - وفي ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ . ولا يجوز أن يكون التعويض عن الضرر الأدبي بمثابة عقوبة (استئناف مختلط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ويشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٢٣٨ . وفي لجنة المراجعة نقل حكم المادة ٢٣٨ إلى هذا المكان وأصبح النص في المشروع النهائى على الوجه الآتى : ١٥ - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به أمام القضاء . ٢ - ويجوز بوجه خاص أن يحكم القاضى للأزواج والأصهار بالتعويض عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب . وأصبح رقم المادة ٢٢٩ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت اللجنة عبارة «أو طالب الدائن به أمام القضاء» بعبارة «أو طوبل به» الواردة في الفقرة الأولى . ورؤى تفيد الأقارب الذين يحكم لهم بالتعويض عن الضرر الأدبي وقصره على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، وكان النص المعروض لا يمنع القاضى من أن يحكم بالتعويض لغير الأقارب والأصهار والأزواج وفي هذا توسع لا محمد عقباه ، فضلاً عن مخالفته الكبيرة لما استقرت عليه الأحكام . وأصبح رقم المادة ٢٢٤ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٦ - ص ٥٦٨) .

(٢) أنظر المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٣٢٧ من القانون النمساوى والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٣٤ من القانون اللبنانى والمادة ١٦٦ من القانون البولونى .

(١) أ - مفاد نص المادة ٢٢٢ من القانون المدني أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره إلا أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض . حيث مبدئه ومقداره أو أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلاً امام القضاء مطالباً بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب ذوى المتوفى فلا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية .

(جلسة ١٩٩٠/١/٣١ الطعن ٨٢١ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن ٧٠٣ لسنة ٤٣ ق س ٣٢ ص ١٠٢٣)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٢ الطعن ٣ لسنة ٤١ ق رجال قضاء س ٢٨ ص ١١٣)

(جلسة ١٩٧٥/١١/٤ الطعن ٧٨ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص ١٣٥٩)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ الطعن ٣٨١ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٦٣٦)

٥٨٠ - متى يمكن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي : الأصل في التعويض عن الضرر الأدبي أنه شخصي مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محقة. وقد عرضت المادة ٢٢٢ التي تقدم ذكرها لتحديد ذلك ، فذكرت أن انتقال حق التعويض لا يتم إلا بإحدى طريقتين : (الأولى) أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول ، فتحدد التعويض على هذا الوجه بمقتضى اتفاق بين الاثنين . (والثانية) أن يكون قد استعصى الاتفاق فلجأ المضرور إلى القضاء وطالب المسئول بالتعويض ، أى أنه رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم .

أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق في التعويض إليهم أحد (١) . فإذا مات المضرور قبل ذلك فلا ينتقل التعويض إلى ورثته ، بل يزول الحق بموته . وكان القضاء المصري في عهد القانون القديم يجرى على مقتضى هذا الحكم (٢) . بل إنه تشدد في آخر ذلك العهد وأصبح لا يكتفى ، إذا لم يوجد اتفاق ، بالمطالبة القضائية لانتقال حق التعويض ، بل يشترط صدور حكم نهائي يقرر مبدأ التعويض ويعين مقداره (٣) .

(١) وقد تشدد القانون المدني الجديد في التعويض عن الضرر الأدبي من ناحيتين : ناحية من له الحق في المطالبة به وناحية تقييد انتقاله إلى الغير .

(٢) كان القضاء المصري يشترط لانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة أن يكون المورث قد رفع الدعوى (استئناف مختلط في ١٧ يونية سنة ١٩١٤ جازيت رقم ٢٠٤ ص ٤٨٦ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٧ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٧٩) . واكتفى حكم في انتقال التعويض إلى الورثة بأن يكون المجنى عليه قد شكواه بأن ألقى أقواله أمام المحقق (بنى سويف في ٢ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة رقم ١/١١٥ ص ٣٦٢) .

(٣) إذا كان الثابت أن المرحوم ..... زوج المطعون ضدها الثالثة كان قد طالب بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحقه بوفاء شقيقة المجنى عليه في الجنحة ... إبان نظرها أمام المحكمة الجنائية ، فإنه إذا توفي من بعد ذلك انتقل حقه في التعويض إلى ورثته وضمنهم زوجته المذكورة دون أن ينال منه قضاء المحكمة الجنائية باعتباره تاركاً لدعواه المدنية ذلك أن المورث قد تمسك بحقه في التعويض قبل وفاته والقضاء بالترك - بصريح نص المادة ١٤٣ من قانون المرافعات - سواء السابق أو الحالي - لا يمس الحق المرفوع به الدعوى ولا يمنع من رفع الدعوى به من جديد .

- (جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن ٧٥٣ لسنة ٤٣ ق س ٣٢ ص ١٠٢٣)
- (جلسة ١٩٧٥/١١/٤ الطعن ٧٨ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص ١٣٥٩)
- (جلسة ١٩٩٠/١/٣١ الطعن ٨٢١ لسنة ٥٧ ق)

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الورثة لا ينتقل إليهم حق مورثهم في التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا تحدد هذا التعويض قبل موت المورث إما باتفاق مقدم أو بحكم نهائي ، فإذا مات المورث في أثناء نظر القضية أمام محكمة الاستئناف لم ينتقل حق التعويض إلى الورثة (استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٠ - وأنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٥ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٧) .

وإذا اعتبرنا أن القضاء المصري قد استقر في عهده الأخير على النحو الذي قدمناه ، فإن القانون =

لم يجز الحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبي مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب . فلا يحكم بتعويض عن الضرر الأدبي لأولاد الأخوة والأخوات (١) ، ولا للأعمام والأخوال والعمات والخالات ، ولا لأولادهم من باب أولى ، ولا للخطيب والخطيبة ، ولا للأصدقاء مهما كان الميت قريباً إلى نفوسهم (٢) . وظاهر أن خطة القانون الجديد في الضرر الأدبي غير خطئه في الإكراه والدفاع الشرعي وحالة الضرورة ، حيث حصر الأقارب هنا ولم يحصرهم هناك . ويرر ذلك الميل إلى حصر نطاق الادعاء بوقوع ضرر أدبي ، والحد من المغالاة في ذلك منعاً للاستغلال .

أما إذا كان المصاب لم يمت ، فتعويض ذويه عن الضرر الأدبي الذي لحقهم بإصابته يجب الأخذ فيه بحذر أكبر ، وإن كان النص لم يعرض إلا لحالة الموت وترك مادون ذلك لتقدير القاضي . ومن الصعب أن نتصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدبي في هذه الحالة لغير الأم والأب .

(١) وكان القضاء المصري في عهد القانون المدني القديم يجعل حلقة الأقارب أضيق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عدا الأب والأم ، كالأخوة والأخوات ، لا يجوز أن يحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبي (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٧) ، وحتى الأب الذي يهجر ابنه ولا يفكر في موته للمطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي ، لا يحق له هذا الطلب (استئناف مختلط في أول سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٩) . أنظر أيضاً في هذه المسألة : استئناف مختلط في ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٤ ص ٢٢٥ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤١ - في ٢١ يناير سنة ١٩٠٣ م ٥٥ ص ٩٥ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٠ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٥٢ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ (الابن الصغير دون الزوج أو الأب) - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ - وفي ٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٩ (لا تعويض للأخوة لأم) - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ - محكمة مصر الكلية المختلطة في ٢٧ يناير سنة ١٩٢٩ جازيت رقم ٧٤ ص ١١١ (الأصول والفروع دون الحواشي) .

وكان المشروع النهائي تنسج فيه حلقة الأقارب والأصهار ، فضيقت لجنة القانون المدني على الشيوخ الحلقة على النحو الذي رأيناه ، واستندت في ذلك إلى ما استقر عليه القضاء المصري في القانون المدني القديم (أنظر آنفاً فقرة ٥٧٨ - ومجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٨) .

(١) أ - الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن موت المصاب . قصره على أزواجه وأولاده الدرجة الثانية . لازمه عدم أحقية أبناء أخ المصاب في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابهم جراء موته .

(جلسة ١٩٥٥/١٢/٢١ الطعن ٧٥٩٠ لسنة ٦٤ ق السنة ٤٦ ص ١٤٥١)

ب - الالتزام بجبر الضرر المدعى به إنما ينصرف إلى ذمة الشخص المسئول وبعد وفاته إلى ورثته . الحكم المطعون فيه إذ لم يلتزم هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الابتدائي فيما انتهى إلى مسئوليتهم بالتبعية عن مورثهم ، يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٦ الطعن ٨٧٠٤ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٨ ص ١١٤٧)

## المبحث الثالث

### علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (\*)

(La lien de causalité)

٥٨١ - السببية ركن مستقل : علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول والضرر الذي أصاب المضرور . والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية ، وهي ركن مستقل عن ركن الخطأ<sup>(١)</sup> . وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ ، كما إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأً وتحقق مسئوليته على أساس تحمل التبعة ، فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود . وقد يوجد الخطأ ولا توجد السببية . ويسوق أحد الفقهاء<sup>(١)</sup> لذلك مثلاً : يدس شخص لآخر

= الجديد يكون قد استحدث حكماً يقضى بحواز انتقال الحق في التعويض إلى الورثة بمجرد وقوع الدعوى في حياة المورث دون حاجة إلى صدور حكم نهائي . فإذا وقع الضرر الأدبي قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، ورفعت الدعوى بعد نفاذه ، ثم مات المورث قبل صدور حكم نهائي ، فإن حق التعويض ينتقل إلى الورثة بفضل الأثر الفوري للقانون (effet immédiat) وكذلك الحكم إذا رفعت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث بعد نفاذه وقبل صدور الحكم النهائي . أما إذا رفعت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث قبل نفاذ هذا القانون أيضاً (قبل صدور حكم نهائي) ، فإن حق التعويض لا ينتقل إلى الورثة . لأن القانون القديم وفقاً لما فسره القضاء ، هو الذي يسرى في هذه الحالة .

(\*) بعض المراجع : مارتو (Marteau) رسالة من إكس سنة ١٩١٤ - ديموج ٤ فقرة ٣٦٥ وما بعدها - لالو فقرة ٢٤٦ وما بعدها - سافاتيبييه ٢ فقرة ٤٥٦ وما بعدها - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٨٠ وقرة ٥٣٨ وما بعدها - وديشيزو (Deschizeaux) رسالة من جرينول سنة ١٩٣٤ - الديكول سليمان مرقص رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ والفعل الضار فقرة ٤٦ وما بعدها - هنري وليون مارتو فقرة ١٤١٧ وما بعدها - إسمان : مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٤ ص ١١٧ وما بعدها - مارتى (Marty) مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها - الموجز للمؤلف فقرة ٣٢٣ وما بعدها - مصطفى مرعي بك فقرة ١٣٢ وما بعدها - الدكتور حننت أبو ستيت بك فقرة ٤٧٥ وما بعدها .

(١) مارتو (Marteau) في رسالته «السببية في المسؤولية المدنية» إكس سنة ١٩١٤ ص ١٧ .

(١) استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموحدة رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقض) إلا أن ذلك مشروط بأن تورده الأسباب الساتفة المؤدية انتهت إليه .

(جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٨ الطعن ٥٤٤ لسنة ٦٩ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١/١٣ الطعن ٥٢٢ لسنة ٤٥ ق ص ٣٤ ص ٤٢٢)

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٩ الطعن ٤٧٤ لسنة ٤١ ق ص ٣١ ص ٣٥٦)

(جلسة ١٩٥٦/٣/١٥ الطعن ٣٨٢ لسنة ٢٢ ق ص ٧ ص ٣١٠)

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٦٥١)

سما ، وقبل أن يسرى السم في جسم المسموم يأتي شخص ثالث فيقتله بمسدس . فهنا خطأ هو دس السم . وضرر هو موت المصاب ، ولكن لا سببية بينهما إذا الموت سببه إطلاق المسدس لا دس السم ، فوجد الخطأ ولم توجد السببية . ونورد مثلين آخرين يود فيهما الخطأ ولا توجد السببية . بعد أن يتم البيع يكشف المشتري عما عسى أن يثقل العقار الذي اشتراه من رهون ، فيبين من الكشف أن العقار غير مرهون ، ثم يتضح أن هذا الكشف غير صحيح وأن العقار مثقل برهن ، وينزع الدائن المرتهن ملكية العقار . فهنا خطأ وهو الكشف غير الصحيح ، وضرر وهو نزع ملكية العقار ، ولكن السببية غير موجودة فإن الكشف غير الصحيح لم يظهر إلا بعد تمام البيع فلم يكن هو السبب في وقوع الضرر . شخص يقود سيارة دون رخصة ، ثم يصيب أحد المارة وتكون الإصابة بخطأ يقع من هذا المصاب . فهنا خطأ وهو قيادة السيارة دون رخصة ، وضرر وهو إصابة أحد المارة ، ولكن الخطأ ليس هو السبب في الضرر بل هناك سبب أجنبي هو خطأ المصاب ، فوجد الخطأ دون أن توجد السببية .

٥٨٢ - اتصال السببية بالضرر : وفي الأمثلة الثلاثة المتقدمة يمكن القول إن السببية قد انفصلت عن الخطأ كما رأينا . ولكن يراعى ما يأتي :

أولاً - الضرر في هذه الأمثلة له سبب آخر غير الخطأ الأول . فالموت في المثل الأول سببه إطلاق المسدس لا دس السم ، ونزع ملكية العقار في المثل الثاني سببه الرهن لا الكشف غير الصحيح ، وإصابة المارة في المثل الثالث السبب فيه خطأ هو لا انعدام الرخصة . فالسببية إذا هي انفصلت عن الخطأ ، فإنها تتصل بالضرر .

ثانياً : إذا كان الخطأ الأول الذي انعزل عن الضرر لا يحقق أية مسئولية ، فذلك لا لأن سببية منعدمة فحسب ، بل أيضاً لأن هذا الخطأ لم ينجم عنه أي ضرر . فحيث تنعدم سببية يتعدم في الوقت ذاته الضرر . ومن هذا الوجه يكون الضرر والسببية متلازمين .

ثالثاً : إذا قام السبب الأجنبي فإنه لا يعدم علاقة السببية وحدها ، بل هو أيضاً ينهي الالتزام القانوني الذي يقضى بعدم الإضرار بالغير والذي يعد الإخلال به هو الخطأ . ذلك أن وفاء بهذا الالتزام قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي (م ٣٧٣) . فالسبب الأجنبي إذن لا يدم علاقة السببية وحدها بل يعدم معها الخطأ<sup>(١)</sup> .

٥٨٣ - استقلال السببية عن الخطأ لا يظهر بوضوح إلا حيث يكون الخطأ مفترضاً :

كانت السببية مستقلة عن الخطأ ، إلا أن هذا الاستقلال لا يظهر في جلاء عندما يكون خطأ واجب الإثبات . ذلك أن المضرور عندما يكلف بإثبات الخطأ ، يلجأ في العادة إلى

ومن هنا يصح التساؤل عن الفائدة العملية لقيام السببية ركناً مستقلاً عن الضرر وعن الخطأ . وقد رأينا في مثل أنها حيث تنعدم معها الضرر ، وفي مثل آخر أنها حيث تنعدم معها الخطأ . فلا تنتفي المسؤولية إذن لانعدام السببية وحدها ، بل تارة لانعدامها مع الضرر ، وطوراً لانعدامها مع الخطأ . وكان يكفي أن يقال إن الضرر أو الخطأ قد انعدم ، ومن ثم انتفتت المسؤولية . ولا تبدو السببية ركناً مستقلاً إلا حين الكلام في السبب المنتج والسبب المباشر .



فالسبب الأجنبي الذي يعدم رابطة السببية هو كما يقول النص : (١) القوة القاهرة أو الحادئ المفاجئ (force majeure ou cas fortuit) (٢) خطأ المضرور (faute de la victime) (٣) خطأ الغير (faute d'un tiers) (١). ونستعرض كل من هذه الأسباب الثلاثة (٢).

## ١ - القوة القاهرة أو الحادئ الفجائي

٥٨٦ - القوة القاهرة والحادئ الفجائي شئ واحد : قال بعض الفقهاء إنهما شيئان مختلفان ، ولكن هؤلاء لا يتفقون على فصل التفرقة فيما بينهما .

فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هي الحادئ الذي يستحيل دفعه . أما الحادئ الفجائي فهو الحادئ الذي لا يمكن توقعه . فتتوزع بينهما الخصيصة اللتان سنفصلهما فيما يلي : وهما استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع . ويكفي في نظر هؤلاء أن يكون الحادئ مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع ، فلا يلزم اجتماع الخصيصتين .

ولا يجوز الأخذ بهذا الرأي ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادئاً لا مستحيل الدفع بحسب بل أيضاً غير ممكن التوقع ، ولأن الحادئ الفجائي يجب أن يكون حادئاً لا غير ممكن التوقع فحسب بل أيضاً مستحيل الدفع .

= المسؤولية تنتظمها جميعاً . ويقع عبء إثبات الخطأ على المضرور . وتكون القرائن القضائية عادة سبيله إلى التماس الدليل . بل إنه يسوغ لمن أحدث الضرر أن يثبت وجود السبب الأجنبي وينفي بذلك مسؤوليته باستبعاد كل قرينة عليها . وللمحدثين من الفقهاء تحليل أدق في هذا الشأن . فمن رأيهم أن المضرور إذا أقام الدليل على المسؤولية بإثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، فلمن أحدث الضرر عندئذ أن يسقط الدليل على علاقة السببية هذه بإثبات السبب الأجنبي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٧ - ٣٧٨) .

(١) السبب الأجنبي يصلح أساساً لدفع المسؤولية التقصيرية وكذلك لدفع المسؤولية التعاقدية .

(جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ الطعن ٢٠٣ لسنة ٢٣ ق س ٩ ص ٤٤١)

(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ الطعن ٢٨٥ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٣٩٦)

(٢) يكون السبب الأجنبي عادة أحد هذه الأسباب الثلاثة . ولكن هذا البيان لم يرد على سبيل الحصر كما هو واضح من النص . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويكون هذا السبب (الأجنبي) بوجه عام حادئاً فجائياً أو قوة القاهرة - وليس ثمة محل للتفريق بينهما - أو خطأ وقع من المضرور أو من الغير . على أن هذا البيان غير وارد على سبيل الحصر . فقد يكون السبب الأجنبي عيباً لاصقاً بالشئ المتلف أو مرضاً خامر المضرور » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨) .

(٣) وقد رأينا في المسؤولية العقدية أن علاقة السببية تنتفى أيضاً بإثبات السبب الأجنبي . وكل ما سذكروه في شأن السبب الأجنبي ، من حادئ فجائي أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، ينطبق في كلتا المشوليتين : المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية .

إثبات خطأ يكون هو السبب في إحداث الضرر . ومن ثم فإثبات الخطأ يكون في الغالب إثباتاً لعلاقة السببية . فتستتر السببية وراء الخطأ ولا يتبين في وضوح أنها ركن مستقل . وإنما يتضح استقلالها في الأحوال التي تقوم فيها المسؤولية على خطأ مفترض أو خطأ مفروغ من إتيائه ، كمسؤولية الحارس عن الحيوان . ففي هذه الحالة الخطأ مفروغ منه ولا يكلف المضرور إثباته . أما السببية فيمكن نفيها بإثبات السبب الأجنبي . ففيها إذن يتركز النضال ما بين المسئول والمصاب . ومن ثم تبرز هي ، ويدور الإثبات حولها وحدها دون الخطأ .

٥٨٤ - خطة البحث : قدمنا أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب في الضرر . فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي انعدمت السببية . وتنعدم السببية أيضاً حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر . فنبحث إذن أمرين : (١) انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي (٢) ثم انعدامها لأن السبب غير منتج أو غير مباشر .

## المطلب الأول

### انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي

٥٨٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادئ مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » (١) (١) .

(١) تايبخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٢٢ من المشروع التمهيدى مع بعض خلاف في اللفظ لجنة المراجعة بعد تغيير كلمة « المصاب » بكلمة « المضرور » ، وأصبح رقمه المادة ١٦٩ في النسخة النهائية . وأقره مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة النص . وكان من رأي أحد الأعضاء أن يكون المبدأ في المسؤولية التقصيرية هو افتراض الخطأ ، فلا يستطيع المسئول أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي ، فإذ يجب إثبات الخطأ لقيام المسؤولية كسبب أساساً ، ثم ترد استثناءات على هذا المبدأ . ويؤكد المضرور المفروض . وانتهت اللجنة إلى إقرار النص تحت رقم المادة ١٦٥ . ووافق عليه مجلس النواب (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦١ - ٣٦٩) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص والنصوص التالية « تستظهر المواد من ٢٣٢ إلى ٢٣٥ سلسلة متصلة الحلقات من الأحكام ، تتناول تعيين أحكام المسؤولية والتخفيف منها . وقد درج الفقه على التفريق بين أحوال ارتفاع المسؤولية لانعدام الدافع كما هو الشأن في السبب الأجنبي ، وأحوال ارتفاعها بسبب انتفاء الخطأ كما يقع قللاً للدفاع الشرعي وحالة صدور أمر من رئيس وحالة الضرورة . ومهما يكن من شأن هذه الأقسام الأنسب من الناحية العملية أن تحشد هذه الأحوال المختلفة في صعيد واحد باعتبار أن فكرة

ولا يكفي وجود إحدى هاتين الخصيصتين لانعدام رابطة السببية (١).

ومن الفقهاء من يسلم بوجود اجتماع الخصيصتين . ولكن يميز في خصيصتهما استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة ، أو نسبة في وقت الحادث الفجائي (٢) . وسرى أن هذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح ، إذ الاستحالة ، على كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي ، يجب أن تكون استحالة مطلقة .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر . فيجعل كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي حادثاً مستحيل الدفع غير ممكن التوقع ، ولكن القوة القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعاصفة أو زلزال ، والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كأنفجار آلة أو أنكسار عجلة . ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق المسؤولية ، أما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته (٣) . وهذا الرأي لا يجوز التسليم به أيضاً إلا عند من يقولون بنظرية تحمل التبعة ، إذ يصح عند هؤلاء أن يكون الشخص مسؤولاً عن الحادث الفجائي دون القوة القاهرة .

وسرى من ذلك أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يقوم على أساس صحيح . لذلك تقول جمهرة الفقهاء بعدم التمييز بينهما ، وعلى هذا أيضاً إجماع القضاء (٤).

**٥٨٧ - الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث الفجائي :** ويتفرع من فصل الشروط التي يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ونص القانون يصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنهما سبب أجنبي (cause étrangère) لا يخصص فيه (non-imputable) . ولكن هذا الوصف في حاجة إلى التحديد . وقد ذهبنا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع (٥) ، فعدم إمكان التوقع (imprévisibilité) واستحالة الدفع (irrésistibilité) هما الشرطان الواجب توافرها في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي .

وإذا ما توافرا كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه . أما العكس فغير صحيح . فقد يكون الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه . ومع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع ، أو يستطيع دفعه بعد أن وقع .

ونستعرض الآن كلا من الشرطين ، ثم نورد بعض التطبيقات العملية .

**٥٨٨ - عدم إمكان التوقع :** يجب أن يكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي غير ممكن التوقع . فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحاله دفعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر . فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي . بل هو معيار لا يكتفى فيه بالشخص العادي ، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً .

ولا يكون الحادث ممكن التوقع بمجرد أنه سبق وقوته فيما مضى . فقد يقع حادث في الماضي . ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل ، إذ كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه .

وعدم إمكان التوقع ، في المسؤولية العقدية ، يكون وقت إبرام العقد . فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد ، كان هذا كافياً حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ . أما في المسؤولية التقصيرية فيكون عدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث ذاته (١) (٢).

**٥٨٩ - استحالة الدفع :** ويجب أيضاً أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع . فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحاله توقعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وأن تكون الاستحالة مطلقة ، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده ، بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين (٢) . وهذا هو الذي يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة ، فقد رأينا في نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقاً لا مستحيلاً .

(١) رادوان (Radouant) (في الحادث الفجائي والقوة القاهرة باريس سنة ١٩٢٠ ص ١٧٣ وما يليه ولايه (المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٠ ص ١١٥) يقولان إن القوة القاهرة والحادث الفجائي تعبيران أحدهما الآخر ، فالتعبير الأول يبرز خصيصية استحالة الدفع ، والتعبير الثاني يبرز خصيصية عدم التوقع ، ولكن لا بد من اجتماع الخصيصتين معاً في الحادث حتى تنعدم السببية . ولكن هذا يجعل التمييز ما بين القوة القاهرة والحادث الفجائي معدوم الفائدة من الناحية العملية .

(٢) كولان وكابيتان الطبعة العاشرة جزء ٢ فقرة ١٢٦ .  
(٣) جوسران الطبعة الثالثة جزء ٢ فقرة ٤٥١ وما بعدها .  
(٤) أنظر في هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١٥٥٩ - فقرة ١٥٦١ ومراجع الفقه والقضاء التي يشير إليها .  
(٥) ويندرج في شرط استحالة الدفع أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً كما سرى .

(١) استئناف مختلط في ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٢ - وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .  
(٢) وان جاز لحارس الأشياء أو الآلات الميكانيكية نفي مسؤوليته المفترضة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر بانيات ان ما وقع كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، إلا يشترط أن يكون السبب الذي يسوقه لدفع مسؤوليته محددًا لا تجهيل فيه ولا إيهام سواء أكان ممثلاً في قوة قاهرة أم حادث فجائي أو خطأ المصاب أو خطأ الغير .  
(٣) جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ الطعن ٢٨٥ لسنة ٣٠ ق م ١٦ ص ٢٩٦ .  
(٤) استئناف مختلط في ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ .

ويستوى أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو أن تكون معنوية . فإذا استحال على المدين معنوياً تنفيذ الالتزام ، كما لو كان مغنياً وتعهد بإحياء حفلة غنائية فمات عزيز عنده يوم الحفلة وكان لذلك في نفسه أثر بالغ يستحيل معه أن يقبل على الغناء ، كان الحادث قوة قاهرة . والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كانت هناك استحالة معنوية ، وعليه أن يحتاط في تقدير ذلك (١) (١).

٥٩٠ - تطبيقات عملي : ونورد هنا بعض تطبيقات عملية لحوادث تجمع بين الشرطين المتقدمين فيصبح وصفاً بأنها قوة قاهرة أو حادث فجائي (٢).

فالحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من إحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ، كما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة . والذي يجب أن يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها ، بل ما خلفته من أحداث واضطرابات فإذا هاجم العدو بلداً ، ودخلها فاتحاً ، وطرد منها سكانها ، كان هذا الحادث قوة قاهرة تعفى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار ، والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة ، والمقاول من التزامات المقاولة ، وهكذا وشرط ذلك كما قدمنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه . أما إذا كانت الظروف التي تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها ، كان هذا خطأ في جانبه يحقق مسؤولية إذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سبباً في تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة قاهرة ترفع المسؤولية عن المدين في هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إداري واجب التنفيذ (fait du prince) ، أو وقوع زلزال ، أو حريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أو حدوث مرض طارئ ، أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أو نحو ذلك من الحوادث ما دام شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا (٢).

(١) مازو ٢ فقرة ١٥٧٠ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٥٧٨ - فقرة ١٥٨٩ .

(١) من المقرر أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه وهذا الشرطان يستلزمان من واقع الدعوى الذي تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه من أوراقها .

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧ الطعن ٩٧٩ لسنة ٤٧ ق ٣١ ص ٩٣٠)

(جلسة ١٩٧٣/٦/١٢ ص ٢٤ ص ٨٩٤)

(جلسة ١٩٦٨/٢/١٩ ص ١٩ ص ٥٥١)

(٢) مخاطر البحر ، وإن كانت تصلح في ذاتها سبباً اتفاقياً للإعفاء من المسؤولية ولو كانت متوقعة الخطر أو يمكن دفعها ، إلا أن هذه المخاطر إذا بلغت من الشدة مدى يجعلها غير متوقعة الحدوث أو مستطاع دفعها فإنها تعد من قبيل القوة القاهرة التي تصلح سبباً قانونياً للإعفاء .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ الطعن ٩٧٩ لسنة ٤٧ ق ٣١ ص ١٧ ص ١١٢٩)

وقد تنطوي حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائي ، كما إذا انفجرت آلة ، أو انكسرت عجلة ، أو انزلقت السيارة في أرض زلجة ، أو اعترضتها عقبة مفاجئة ، أو بهر بصر السائق نور خاطف . والمهم أن يتوافر شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع (١) (١).

وذعر حيوان على أثر وقوع صاعقة ، وانسعار الكلب ، كل هذا قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً إذا كان غير ممكن التوقع مستحيل الدفع (٢).

٥٩١ - أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي : وإذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر ، انعدمت علاقة السببية ، ولا تتحقق المسؤولية كما قدمنا (٢).

(١) مازو ٢ فقرة ١٥٩٩ - فقرة ١٦٠٥ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٦٠٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مسؤولية الحكومة المصرية عن عدم إمداد أحد المحضرين بالحماية الكافية في أثناء قيامه بمأمورية خطيرة تخضع للقواعد العامة ، ومن ثم يجب إثبات خطأ في جانب الحكومة وقيام سببية مباشرة ما بين هذا الخطأ والضرر الذي أصاب المحضر . ولا يجوز أن يكون الخطأ الذي سبب الضرر مباشرة في هذه الحالة هو ما قيل من رفض رئيس البوليس المحلي إعطاء المحضر قوة كافية لحمايته عندما طلب ذلك ، ما دام لم يثبت أن الاعتداء على المحضر ، الذي كان مفاجئاً بقدر ما هو عنيف ، لم يكن في هذه الظروف من المستطاع تفاديه (استئناف مختلط في ٢٩ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٨) .

(١) أ - يشترط في خطأ الغير الذي يعفى الناقل من المسؤولية إعفاء كاملاً ألا يكون في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذي سبب الضرر للراكب .

(جلسة ١٩٢٦/٤/٢٦ ص ١٣ ص ٥٢٢)

(جلسة ١٩٦٩/٣/٧ الطعن ٧٨٤ لسنة ٤٥ ق ٣٠ ص ٧٤٢)

(جلسة ١٩٦٦/١/٢٧ الطعن ٣٠٠ لسنة ٣١ ق ٣١ ص ١٧ ص ١٣٩)

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٨ الطعن ١٨٩٨ لسنة ٥٧ ق)

ب - فعل الغير يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية أو يخفف منها إذا اعتبر هذا الفعل خطأ في ذاته وأحدث وحدة الضرر أو ساهم فيه .

(جلسة ١٩٧٣/٦/١٢ الطعن ٢٩ ، ٣١ لسنة ٣٨ ق ٣٠ ص ٢٤ ص ٨٩٤)

ج - تصك المدعى عليه في دعوى المسؤولية بخطأ الغير ، عدم جواز التحدي بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٧٦/٦/٢٩ الطعن ٢٦٢ لسنة ٤٢ ق ٣٠ ص ٢٧ ص ١٤٥٤)

(٢) متى كانت الواقعة ناشئة عن حادث قهري ، لا يد للمتهم فيه ولا في قدرته منعه ، فلا مسؤولية عليه ولا على المشمول عن الحق المدني .

(جلسة ١٩٣٢/١١/١٤ الطعن ٢ لسنة ٣ ق جنائي)

(جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٤٤١)

(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٩ الطعن ١٩٠ لسنة ٣٤ ق ٣٠ ص ١٩ ص ١٥٥١)

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧ الطعن ٩٧٩ لسنة ٤٧ ق ٣١ ص ٩٣٠)



وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام ، بل قف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال حادث .

هذا ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، ويترتب على ذلك أنه يجوز لهما أن يتفقا على أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لا يخلى المدين من التزامه ، أو أن يتفقا على عدم إخلال المدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالإضراب أو الحرب (١) .

## ٢ - خطأ المضرور

٥٩٢ - وضع المسألة : نستبعد صورة لا محل للكلام فيها لوضوح حكمها : ألا يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ويقع الضرر بفعل المضرور نفسه . فقد خرجنا هنا عن نطاق المسؤولية التقصيرية ، إذ لا يوجد أمامنا مسئول . فالمضرور هو الذي ألحق بنفسه الضرر ، وكان هذا بفعله ، سواء كان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ .

وإنما يكون الكلام في خطأ المضرور إذا وقع من المدعى عليه خطأ ثابت أو مفروض ووقع في الوقت ذاته خطأ من المضرور ، ويراد أن نعرف أثر خطأ المضرور في مسؤولية المدعى عليه . ويشترط في هذه الحالة أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ وأن يكون له شأن في إحداث الضرر .

أما أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ ، فذلك لأن مجرد الفعل الذي يصدر من المضرور ولا يكون خطأ لا يصح أن يكون من شأنه أن يخفف أو يمحو أو يخفف من مسؤولية المدعى عليه ، وإلا لتعذر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا ذهب القطار أو السيارة قد شارك بفعله في إحداث هذا الضرر : ألم يمش في الطريق فدهمته السيارة ! ألم يحاول إدراك القطار فدهسه ! وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه ، وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور في مسؤولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ . ويقاس الخطأ هنا بمعياره المعروف : انحراف المضرور في سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد . وكل ما قبل هناك في خطأ المسئول يقال هنا في خطأ المضرور (٢) .

(١) مازو ٢ فقرة ١٦١٥ - فقرة ١٦٢١ . وانظر فقرة ٦٥٤ فيما يلي .

(٢) وإذا كان للمدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على النحو الذي سنبينه كان له أيضاً أن يحتج بالخطأ على ورثة المضرور . فإذا كان المضرور قد أخطأ ، وكان خطأه سبباً في وقوع الحادث الذي بمرئيه ، كان للمدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على ورثته كما كان يستطيع أن يحتج به على المضرور نفسه لو بقي حياً . هذا إذا كان الوارث يرفع دعوى المضرور باعتباره وارثاً . أما إذا أصيب في دعوى المسؤولية باعتبار أنه قد أصابه ضرر مباشر من موت المصاب ، فلا يجوز للمدعى في هذه الحالة أن يحتج عليه بخطأ المصاب إلا بالقدر الذي يستطيع به الاحتجاج بخطأ الغير ، إلا

وأما أن يكون خطأ المضرور له شأن في إحداث الضرر ، فذلك لأن المدعى عليه إنما يحتج به لأن له علاقة بالضرر الذي وقع ، فلو لم يكن لهذا الخطأ شأن في إحداث الضرر لما كان للمدعى عليه أن يحتج به (١) .

فإذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن المضرور خطأ آخر . وكان لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر ، وجب أن نعرف إلى أي حد يؤثر خطأ المضرور في

المضرور الأصلي في الفرض الذي نحن بصددده هو الوارث ، والمصاب يعتبر من الغير بالنسبة إليه . ولكن يلاحظ أن الوارث إذا طالب بالتعويض كاملاً ، فإن المدعى عليه من حقه أن يرجع على المصاب في تركته بقدر مسؤليته ، ويكون الوارث مسئولاً عن ذلك في حدود نصيبه في التركة . ويلاحظ كذلك أنه يجوز الاحتجاج على الوارث بخطئه هو ، كما لو كان المصاب طفلاً دهسته سيارة والوارث أبوه وقد أخطأ في القيام بواجبه من الرعاية لطفله بتركه أياه دون رقيب .

(١) ولا نعرض هنا لما إذا كان المضرور قد استطاع إثبات أن الضرر ليس له إلا سبب واحد هو خطأ المدعى عليه أو استطاع المدعى عليه إثبات أن فعل المضرور هو وحده سبب الضرر . ففي الحالة الأولى يكون المدعى عليه مسئولاً عن تعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، ولا دخل لفعل المضرور أو لخطئه في الضرر الذي حدث . وفي الحالة الثانية يكون فعل المضرور وحده هو السبب فيما أصابه من ضرر ، ولا دخل لخطأ المدعى عليه في هذا الضرر فلا تتحقق مسؤليته أصلاً .

(٢) ومن التطبيقات القضائية لهذا الوضع ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا لم يقف سائق الترام في المحطة ومع ذلك تسلك أحد الركاب على نحو غير مسموح به دون أن يلتفت إليه السائق وعلى غير انتظار ، فأصيب من جراء ذلك ، فإن السائق لا يكون مسئولاً (استئناف مختلط في ٢٣ يولية سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣) . أما إذا نزل الراكب عند تهدئة السائق للسير وهو يقترب من محطة إجبارية فإنه لا يرتكب إلا خطأ يسيراً جداً يجبه خطأ السائق إذا كان هذا بعد التهدئة لم يقف ، بل عاود السير بعد أن ترك الركاب يظنون أن هذه التهدئة أمام المحطة الإجبارية سيعقبها الوقوف (استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٢) . وفي قضية أخرى هدأ السائق من سيره أمام محطة إجبارية ولكنه لم يقف ، وكن أحد الطلبة قد نعلق بمركبة ، وأسرع السائق في السير ، فسقط الطالب بين عجلات الترام ومات في المستشفى ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ مشتركاً بين السائق الذي أسرع تهدئة السير (استئناف مختلط في ١٦ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٧) . وإذا قامت الإدارة بأعمال حفر في الطريق العام ، فحفرت خندقاً في عرض شارع رئيسي ، وأتى راكب الموتوسيكل وهو يعلم بوجود الخندق ولم يقلل السرعة ، كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٤٩) .

انظر أيضاً استئناف مختلط في ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٥٧ (صاحب ماكينه طحين كان من واجبه أن يحتاط فيقيم إفريرا يفصل ما بينه وبين الطريق العام) - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ (شخص حكم عليه من محكمة غير مختصة فلم يستأنف الحكم ورجع على الضامن ، فتمسك الضامن بخطأ المدعى في عدم استئناف الحكم) - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢١ (أعطى الكمساري إشارة المسير قبل الأوان ، والطفل لم يحافظ عليه مراقبته ، فالخطأ مشترك) - وفي ٢٦ يولية سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٨ (خطأ مشترك بين سائق السيارة وأحد المارة) .

انظر أيضاً في تطبيقات قضائية في فرنسا مازو ٢ فقرة ١٤٧١ - فقرة ١٤٧٤ - ٤ .

المسئولية التي نجمت عن خطأ المدعى عليه (1). وهنا يجب ان نميز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر ، أو بقي كل من الخطأين مستقلاً عن الخطأ الآخر فتكون منهما خطأ مشترك .

**٥٩٣ - استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر :** إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر . فإذا خطأ المدعى عليه هو الذي استغرق خطأ المضرور ، كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور (2) . أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعى عليه ، فإن مسؤولية المدعى عليه ترتفع لانعدام رابطة السببية .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين : الحالة الأولى إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر ، والحالة الثانية إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

**٥٩٤ - الحالة الأولى - أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر :** مهما كان أحد الخطأين يفوق في جسامته الخطأ الآخر ، فإنه لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا في صورتين : الصورة الأولى هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو خطأ عمدى ، والصورة الثانية هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر وذلك في بعض الأحوال وهي قليلة .

ففي الصورة الأولى يكون أحد الطرفين ، المدعى عليه أو المضرور ، أراد إحداث الضرر

(1) متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت ان الاصابات التي لحقت بالمطعون عليها كانت نتيجة مباشرة لخطأ عامل المصعد وأنه وان كان ثمة خطأ مشترك بين عامل المصعد والمصابه إلا أن هذا الخطأ ليس من شأنه أن يمحو حق المصابه في التعويض وإن كان يؤثر في تقدير المبلغ الذي يقضى لها به ، فإن هذا الذي قرره الحكم هو تقرير موضوعي لا خطأ فيه .

(جلسة ١٩٥٤/٥/٢٠ الطعنات ٢٤٧ ، ٤٢٩ لسنة ٢١ ق)

(جلسة ١٩٥٣/٦/١٦ مجموعة أحكام النقض الجنائي السنة ٤ ص ٩٨١)

(جلسة ١٩٦٣/١٢/١٢ الطعن ١٧ لسنة ٢٩ ص ٢٤ ص ١١٥٦)

(2) أ - خطأ المضرور يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً بذاته للاحداث النتيجة وتقدير توافر السببية بين الخطأ والنتيجة أو عدم توافرها من المسائل الموضوعية التي تفصل محكمة الموضوع بقدر معقب عليها ما دام تقديرها سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة .

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٥ الطعن ٢٣١١ لسنة ٥١ ق)

ب - انفراد الدائن بالخطأ أو استغراق خطئه خطأ المدين بحيث كان هو السبب المنتج للضرر - حق الدائن في التعويض فلا يكون مستحقاً أصلاً . اسهام الدائن بخطئه في وقوع الضرر هو الآخر في تنفيذ التزامه . أثره . عدم أحقيته في اقتضاء تعويض كامل . (الطعون أرقام ١٨٥٩ ، ٢٤٤٤ ، ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٢)

متعمداً ، أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد . فإذا كان المدعى عليه هو الذي أراد إحداث الضرر متعمداً ، كانت مسؤوليته متحققة ، ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل في إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه إحداث الضرر هو وحده الذي نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفاً استغله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس رجلاً مكفوف البصر يسير في الطريق دون قائد ، لم يجز له أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف مسؤوليته ، ولا يسمع منه في معرض الدفاع عن نفسه أن المضرور سار في الطريق دون قائد وهو مكفوف البصر فيكون قد أخطأ ، ذلك أن السائق تعمد دهس المضرور ولم يكن خطأ المضرور إلا ظرفاً استغله السائق في إنفاذ نيته . أما إذا كان المضرور هو الذي تعمد إلحاق الضرر بنفسه ، استغرق خطؤه خطأ المدعى عليه ، وارتفعت مسؤولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا . فلو أن شخصاً أراد الانتحار ، فانتهاز فرصة أن سائقاً يسير بسرعة تجاوز الحد المفروض ، فألقى بنفسه أمام السيارة ، فهو وحده الجاني على نفسه ، ولا يجوز أن يحتج - هو لو نجا أو ورنته لو مات - بأن السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأ ، فإن تعمده الانتحار هو وحده الذي نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فلم يكن إلا ظرفاً استغله المضرور لتنفيذه قصده (1) .

وفي الصورة الثانية يكون المضرور قد رضى بما وقع عليه من الضرر . ويجب بادئ الأمر أن نرسم الدائرة التي يعتبر المضرور في نطاقها راضياً بالضرر . فرضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر بنفسه ومجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريد ، كما يقع ذلك في المباراة ، فكل من المتبارزين قد رضى أن يموت أو أن يجرح ولكنه لا يريد لنفسه هذا الضرر . وقد يعلم المضرور بالضرر ولكنه لا يرضى به ، فمن اشترك في إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى أن ينجم من ضرر عن هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضى بهذا الضرر إلا بقدر ما تنطوي عليه اللعبة في العادة من أخطار . فلعب

(1) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المحنى عليه تعمد الإضرار بنفسه ، فانتهاز فرصة خطأ الجاني واتخذ وسيلة لتنفيذ ما تعمد من إيقاع الضرر بنفسه ، فلا يقضى له بتعويض (نقض جنائي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . وتدل الحالة لو أن كلا من المدعى عليه والمضرور قد أراد إحداث الضرر ، كما إذا دفع مصاب بمرض مستعص طيباً في أن يخلصه من حياته . وعندنا أنه إذا لم يستغرق خطأ المريض خطأ الطبيب في هذه الحالة ، وبقي خطأ الطبيب قائماً ، ولم تنتف المسؤولية عن طريق انتفاء الخطأ ، فإنها تنتفي عن طريق انتفاء الضرر ، فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمرض يخلصه من حياة شقية .

على أنه إذا استقلت نية المدعى عليه في إحداث الضرر عن نية المضرور في إلحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك تواطؤ بين الطرفين ، فالظاهر أن خطأ المدعى عليه العمدي هو الذي يمتنع قائماً ، وهو الذي يستغرق خطأ المضرور العمدي ، وتحقق مسؤولية المدعى عليه كاملة .

الكرة أو «التنس» لا ينطوي عادة على خطر ، فمن اشترك فيه يمكن أن يقال عنه أنه يعلم بالضرر ولكنه لم يرض به . «والملاكمة» والمصارعة تنطوي عادة على خطر ، فمن اشترك فيهما يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر وقد رضى به . وصيد البط يعلم الصائد فيه بالضرر ولكنه لم يرض به ، أما صيد الوحوش المفترسة فقد علم فيه الصائد بالضرر ورضى به . والذي يعيننا هنا هو أن يكون المضرور قد رضى بالضرر ، فلا يرتفع إلى حد أن يريده ، ولا ينزل إلى مجرد العلم به . والقاعدة أن رضاه المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ ، ولا يزال المدعى عليه خاطئاً حتى لو رضى المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالطبيب إذا أجرى لمريض عملية جراحية خطيرة في غير ما ضرورة يكون مخطئاً حتى لو رضى المريض بإجراء هذه العملية . والمهندس إذا نفذ تصميماً معيباً يكون مخطئاً حتى لو رضى عميله بهذا التصميم . فرضاء المضرور بالضرر لا يمنع إذن من أن يكون فعل المدعى عليه خطأ . ولكن هل يستغرق رضاه المضرور هذا الخطأ كما استغرقه إرادة المضرور للضرر فيما سبق لنا أن بيناه ؟ واضح أن هناك فرقاً ظاهراً بين أن يريد المضرور الضرر وبين أن يرضى به . وإذا كان معقولاً في الحالة الأولى أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه ، فليس من المعقول أن يكون مجرد رضاه المضرور بالضرر من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه . فالأصل إذاً أن رضاه المضرور يترك فعل المدعى عليه كما هو ، فلا يزال عنه صفة الخطأ ولا يستغرقه . ويكون المدعى عليه مسئولاً عما أحدثه بخطئه من الضرر مسئولية كاملة . ولكن قد يكون رضاه المضرور بالضرر يعد خطأ منه ، ففي هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه كما هو الشأن في الخطأ المشترك . فينظر في كل حالة هل كان المضرور مخطئاً عندما رضى بالضرر (١) . ويكون في أكثر الأحوال مخطئاً . فمن رضى أن يركب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك ، أو ترك سائق السيارة يسوقها وهو في حالة سكر بين ، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة ، يكون قد رضى بالضرر ويعد رضائه هذا وخطأ من شأنه أن يخفف من مسئولية السائق . ومن رضى بإجراء عملية تجميل خطيرة بالرغم من نصيح الطبيب له بعدم إجرائها يكون قد رضى بالضرر رضائه خطأ يخفف من مسئولية الطبيب . ولكن إذا رضى بإجراء العملية مع علمه بخطرها وكان رضائه بناء على إشارة الطبيب ، لم يكن هذا الرضاء خطأ ولم يكن من شأنه أن يخفف من مسئولية الطبيب . وكذلك الحكم إذا أقدم المهندس على تشييد بناء معيب وكان ذلك برضاء العميل ، فإن كان الرضاء قد وقع بالرغم من نصح المهندس كان خطأ يخفف من مسئوليته ، وإن كان قد وقع بناء على إشارة المهندس لم يكن خطأ وبقية مسئولية المهندس كاملة . هذا وفي بعض الأحوال القليلة قبل

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه « لا ينبغي أن يعتد بذلك الرضاء إلا حيث يشترط يجوز لاتفاق على الإعفاء من المسئولية . وفي حدود هذا الجواز فحسب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٥) . ولكن يجب أن يضاف إلى ذلك حالة ما إذا كان رضاه المضرور بالضرر يعتبر خطأ منه فتتبع في هذه الحالة قواعد الخطأ المشترك .

يصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حداً من الجسامة يجعل من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتنتفى المسئولية عن هذا لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذي يرضى عن بيعة ينقل مهربات حربية فتصادر سفينته ، لا يرجع بشئ على صاحب المهربات . والمرأة البالغة سن الرشد غير الغرة إذا انقادت عن شهوة إلى معاشرة خليلها لا ترجع عليه بالتعويض (٢) . وإذا اتفق أهالي بلدين على المضاربة معاً ، ومات أحدهم في أثناء المضاربة ، فلا حق لورثته في التعويض لأنه هو الذي عرض نفسه باختياره إلى القتل (٣) . وهذه الأحوال القليلة هي التي أشرنا إليها وفيها يستغرق رضاه المضرور بالضرر خطأ المدعى عليه .

٥٩٥ - الحالة الثانية - أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر : إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه ، استغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول ، واعتبر خطأ المدعى عليه هو وحده الذي أحدث الضرر ، وتكون مسئولية المدعى عليه مسئولية كاملة . فإذا ركب شخص مع صديق له في سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً في سيره بها . فتجم عن هذا السير السريع خطر دفع الراكب تحت تأثير الفرع إلى أن يأتي بحركة خاطئة التماساً للنجاة ، فأضر بنفسه ، كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ المدعى عليه ، فاستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب ، وتحققت مسئولية الصديق كاملة (٤) . وكذلك يكون الحكم إذا ارتكب المريض

(١) استئناف مختلط في ٢٢ يولية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٨ .

(٢) استئناف مختلط في ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦ ص ١٨٣ - وأنظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢١٥ (لا تعويض لأحد في حالة تهاذف طرفي الخصوم) - وبني سوييف في ١٩ يولية سنة ١٩٢٢ الحمامة ٣ رقم ١٦ ص ٢٨ (لا تعويض في حالة تضارب فريقين وإصابة أحدهم بضربة أفضت إلى موته) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن كل مضاربة تتضمن بطبيعتها واقعتين بالنسبة إلى كل متضارب ، واقعة يكون هو فيها جانباً على غيره والأخرى يكون مجنباً عليه من هذا الغير . فمن يطلب التعويض منهما تطبق على طلبه قواعد المسئولية المدنية . ويقدر التعويض بحسب جسامة خطأ غريمه الناشئ عنه الضرر مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو في إحداث الضرر لنفسه أو تسببه فيه . ثم يقضى له بالتعويض الذي يستحقه أو يرفض طلبه متى كان خصمه أيضاً قد طلب تعويضاً فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يعادل تعويضه أو وجدت أنه يريد على تعويضه فأوقعت المقاصة بين التعويضين وقضت لخصمه بالزائد . وكل ما تجرته المحكمة من ذلك يجب بيانه في الحكم ، ولا يكفي في ذلك قول المحكمة من بادئ الأمر إنه ما دام كل فريق قد اعتدى على الآخر فقد سقط حقه في طلب التعويض على كل حال لأن هذا مخالف لقواعد المسئولية (نقض جنائي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ الحمامة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . ونرى من ذلك أن محكمة النقض لم تذهب إلى أن المضاربة تنطوي على عنصر رضاه المضرور بالضرر ، بل تعتبر كل متضارب معتدياً ومجنباً عليه ، فتأخذ منه بقدر ما اعتدى وتعطى له بقدر ما اعتدى عليه . وإذا كان هذا صحيحاً في المضاربة بوجه عام ، إلا أن الاتفاق على المضاربة - وهو أقرب ما يكون إلى المباراة - ينطوي كما هو ظاهر على معنى رضاه المضرور بالضرر الذي قد يقع عليه .

(٤) أنظر في هذا المعنى نقض مدني في ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩ .



التعويض كاملاً . وهذا هو شأن الموكل يخطئ اتباعاً لنصيحة خاطئة من محاميه ، فيستقر  
خطأ الخامي خطأ الموكل لأن الخطأ الثاني هو نتيجة الخطأ الأول .  
أما إذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة خطأ المضرور ، فإن خطأ المضرور هو الذي  
يستغرق خطأ المدعى عليه ، ولا نقف الا عند خطأ المضرور سبباً للضرر الذي وقع ، فلا  
تتحقق مسؤولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة أحد العابرة ،  
وأثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلى الجانب الآخر دون أي احتياط وكان هذا  
الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة ، فقد أثبت أن الخطأ المفروض في جانبه - وهو الخطأ في  
الحراسة - ليس إلا نتيجة خطأ المضرور ، واستغرق خطأ العابرة خطأ السائق ، وانعدمت علاقة  
السببية ما بين خطأ السائق والضرر ، فانتهت مسؤولية السائق إذا اعتبر خطأ المضرور هو وحده  
السبب وفي وقوع الضرر (١)

٥٩٦ - **الخطأ المشترك** : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بل بقيا متميزين  
كل منهما اشترك في إحداث الضرر مستقلاً ، كان للضرر سببان : خطأ المدعى عليه وخطأ  
المضرور . وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune) (١)(٢)  
والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر ، إذ لولا ما وقع هذا الضرر  
ولما كان كل من المدعى عليه والمضرور مسئولاً بقدر ما أحدث من ضرر ، وكان خطأ كل  
منهما سبباً لوقوع الضرر كله كما قدمنا ، فإن المسؤولية تكون بالتساوي بينهما ، ويكون  
المدعى عليه مسئولاً عن نصف الضرر ، وتحمل المضرور النصف الآخر فلا يرجع على

(١) وقد جرى القضاء في فرنسا ، لتفسير عبء الإثبات على السائق ، على أن يسمح للسائق بإثبات أن  
خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، فيكون هذا الخطأ بمثابة القوة القاهرة (أنظر في  
هذا القضاء مازو ٢ فقرة ١٥٢٧ - ٢)  
(٢) التعبير غير دقيق ، فالخطأ ليس مشتركاً ارتكبه الاثنان معاً ، بل هما خطآن مستقلان أحدهما ارتكبه  
شخص والثاني ارتكبه الآخر (لا فقرة ٣٤٨ - مازو ٢ فقرة ١٥٠٧)

(١) - أثبات مساهمة المضرور في الفعل الضار أو أن الضرر بفعله وحده من مسائل الواقع التي يقدرها  
قاضي الموضوع ، كما أن استخلاص ما إذا كانت سرعة السيارة في ظروف معينة تعد عنصراً من  
عناصر الخطأ أو لا تعد هي مسألة تقديرية متروكة لحكمة الموضوع بلا معقب .  
جلسة ١٩٩٠/٦/٢٧ الطعن ٩٥٠ لسنة ٥٦ ق  
جلسة ١٩٨٢/١١/١٣ الطعن ٥٢٢ لسنة ٤٥ ق س ٣٤ ص ٢٠٢  
ب - إن اشترك الجهني عليه في الخطأ المسبب للحادث مما يوجب توزيع المسؤولية المدنية على قسري  
جلسة جنائي ١٩٥٥/٤/٩ الطعن ٢٧ لسنة ٢٥ ق

المدعى عليه إلا بنصف الضرر (١) . ولو أن المدعى عليه شخصان لا شخص واحد ، وكانا  
والمضرور مسئولين بالتساوي ، فإن المضرور يرجع على أي منهما بثلاثي الضرر لأنه تحت  
الثالث الباقي ولأن المدعى عليهما متضامنان في الثالثين . وهكذا توزع المسؤولية على المدعى  
عليهم والمضرور على عدد الرؤوس (par part virile) . وفي هذا تطبيق خاص لقاعدة تعدد  
المسؤولين ، فقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا تعدد المسئولون عن  
عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسؤولية فيما بينهم  
بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض» . ووجه أن التطبيق خاص هنا  
هو أنه يوجد بين المسئولين المتعددين المضرور نفسه ، فيجب أن يدخل في الحساب عند توزيع  
المسؤولية ، فيتحمل نصيباً منها بالتساوي مع المسئولين المتعددين .  
على أن القانون المدني الجديد لم يترك هذه المسألة الهامة دون أن يفرد لها نصاً خاصاً .  
فقضى في المادة ٢١٦ بأنه «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض  
ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه» (٢) . فالمضرور ، طبقاً

(١) أنظر تحليلاً آخر يقرب مما قدمنا في مازو ٢ فقرة ١٥١١ . وسرى أن القضاء يميل إلى توزيع المسؤولية  
بحسب حصة الخطأ .  
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «على أنه يجوز  
للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في  
إحداث الضرر ، أو زاد فيه ، أو كان سواً مركز المدعى» . وقد أقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة  
٢٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس الشيوخ حذقت عبارة «أو سواً مركز المدعى» ، لأنه يحسن إعمال  
وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذقت عبارة «أو سواً مركز المدعى» ، لأنه يحسن إعمال  
القواعد العامة في هذه الحالة ولا سيما أن الحالة التي أغفلت تدخل ضمن إحداث الضرر أو الزيادة فيه .  
وأصبح رقم المادة ٢١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال  
التحضيرية ٢ ص ٥٤٨ - ص ١٥٥١)

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «تعرض هذه المادة  
لحكم الخطأ المشترك ، وهو يسرى على المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية على حد سواء . وقد  
تقدمت الإشارة إلى أن القاضي لا يحكم بالتعويض متى أقام المدعى الدليل على أن الضرر نشأ عن خطأ  
الدائن وحده ، وأثبت بذلك وجود السبب الأجنبي . وكما أن حق الدائن في التعويض يسقط عند  
انفراد بإحداث الضرر بخطئه ، كذلك لا يكون من حقه أن يقتضى تعويضاً كاملاً إذا اشترك بخطئه في  
إحداث هذا الضرر أو زاد فيه أو سواً مركز المدعى . ويتوقف مقدار ما ينقص من التعويض بوجه خاص  
على مبلغ رجحان نصيب الدائن أو المدعى في إحداث الضرر . وقد جعلت المادة ٣٥٤ من التقنين  
الألماني من هذا الترحيح عنصراً من عناصر التوجيه ، فنصت على أنه «إذا كان لخطأ المضرور نصيب في  
إحداث الضرر عند وقوعه توقف قيام الالتزام بالتعويض ومدى التعويض الواجب أدائه على الظروف ،  
وبوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب الدائن في إحداث الضرر رجحاناً يثير أمر البحث في قيام الالتزام بالتعويض بإسره .  
ولهذا هو المعنى الذي قصدت المادة ٢٩٤ إلى استظهاره بنصها على أن للقاضي  
وتعويض ما» . ويراعى أن رضاه المضرور بالضرر الحادث لا يؤخذ إذاً

لهذا النص ، لا يتقاضى تعويضاً كاملاً ، بل يتحمل نصيبه في المسؤولية (1) . وينبادر إلى

= انتقاص التعويض . فالتقنين الألماني لا يجعل من هذا الرضاء سبباً للانتقاص (م ٢٥٤) على نقيض ما يقضى به التقنين السويسري (م ٤٤ فقرة ١) في هذا الشأن ، فلا ينبغي أن يعتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ، وفي حدود هذا الجواز فحسب . وتعين فكرة الخطأ المشترك على ضبط حدود فكرة تقاربهما ، هي فكرة «النتيجة الطبيعية» أو «المألوفة» لتخلف المدين . فقد ترتب على هذا التخلف نتائج يتفاوت مدى بعدها عنه ، وبذلك يسفر الموقف عن حلقات متسلسلة من الضرر لا يدري لدى أيها ينبغي الوقوف . ومناطق الحكم في هذه الحالة هو فكرة النتيجة الطبيعية أو المألوفة . فيعتبر من قبيل النتائج الطبيعية أو المألوفة التي يجب التعويض عنها كل ضرر لم يكن في وسع الدائن عقلاً أن يحول دون وقوعه . ذلك أن امتناعه عن اتخاذ الحيطة المعقولة لحصر هذا الضرر في أضيق حدوده يكون بمنزلة الخطأ ، وبعبارة أخرى يترتب على هذا الامتناع قيام خطأ مشترك يستتبع الانتقاص من التعويض ، بل وسقوط الحق فيه أحياناً ، وقد طبق القانون الألماني تلك الفكرة فنص في المادة ٢٥٤ على وجوب إنقاص التعويض بل وسقوط الحق فيه إذا انحصر خطأ المضرور في عدم تنبيه المدين إلى خطر ضرر بالغ الجسام لم يكن يعلم به ولم يكن يتحتم عليه العلم به أو في عدم دفع هذا الخطر أو الحد منه . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٩ - ص ٥٥٠) .

هذا وقد ورد في المادة ٢١٦ أن القاضي ينقص مقدار التعويض إذا كان الدائن بخطئه قد زاد من إحداث الضرر . ومثل ذلك شخص يجرح في حادث ، يهمل في علاج نفسه ، فيزيد في الضرر (استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٧ - وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩) . ومثل ذلك أيضاً حادث يصيب منزلاً فيجعله غير قابل للسكنى مدة معينة ، فيهمل صاحب المنزل في إصلاحه ، وتطول من جراء ذلك المدة التي يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى ، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هذه المدة (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨) . انظر أيضاً : استئناف مختلط في ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٢ - وفي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٠ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٩ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ - وفي ٣٠ يونيو سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٦٦ ص ٤٧٠ - وفي ١١ مايو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ رقم ٤٨ - وفي أول يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦١ - وفي ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٣ - وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ رقم ٣٥ ص ١٨٥ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٣٩ ص ٣٠٣ - وفي فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨ .

ولكن المضرور لا يتحمل خطأ الغير في زيادة الضرر وعلى المسئول أن يرجح على هذا الغير أحدث شخص كسراً في أحد أعضاء جسم المضرور ، ووقع خطأ في جبر الكسر تسبب عنه زيادة في الضرر فالمضرور لا يكون مسئولاً عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسئول تعويضاً عن زيادة الضرر وللمسئول أن يرجع على من وقع منه الخطأ في جبر الكسر (استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ٢٩٦) .

(1) لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت خطأ الطاعن متمثلاً في اختلال بواجب الحافط مجموعة الشيكات المسلمة إليه من البنك فتمكن مجهول من الحصول على واحد منها وتزوير قيمته فانه يكون قد أثبت الخطأ في جانب الطاعن وبين علاقة السببية بينه وبين الضرر الذي لحق بالمضرم . وخلص من ذلك إلى الزام كل من الطاعن والمطعون ضده بنصف قيمة الشيك موضوع النزاع . وحدود ما حصله من وجود خطأ مشترك بين الطاعن والمطعون ضده فان التمس عليه بالخطأ

ملاحظة أمرين في شأن النص : أولهما أنه يقول «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض» . ومعنى الجواز في الإنقاص احتمال ألا ينقص القاضي من التعويض شيئاً ، ويكون ذلك في حالة ما إذا كان خطأ المضرور قد استغرقه خطأ المدعى عليه على النحو الذي بيناه . والأمر الثاني أن النص يقول «أو لا يحكم بتعويض ما» ، ويكون ذلك في حالة ما إذا كان خطأ المدعى عليه قد استغرقه خطأ المضرور في الصور التي أسلفنا ذكرها (٢) .

= تطبيق القانون بمقولة انعدام رابطة السببية بين ما ارتكبه الطاعن من خطأ وبين الضرر الواقع فعلاً متمثلاً في صرف قيمة الشيك لمن زور امضاء الطاعن عليه يكون معيياً غير شديد .

(جلسة ١٩٧٧/٣/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٦١٩)

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١٢٣٨)

(١) ونحن نفرض في غالب ما قدمناه أن كلا من الخطأ الذي وقع من المسئول والخطأ الذي وقع من المضرور هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت في جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترضاً في جانب أي منهما أو في جانب كليهما .

مثل الخطأ المفترض في جانب المسئول أن يرتكب صبي في رعاية أبيه خطأ يلحق ضرراً بشخص آخر . فيرجع المضرور على الأب يطالبه بتعويض الضرر على أساس خطأ مفترض في جانب الأب . فيثبت الأب خطأ في جانب المضرور ، فهل له أن يحتج بهذا الخطأ ليخلص من المسؤولية كلها أو بعضها ؟ يستطيع الأب بادئ الأمر أن يثبت أنه لم يخطئ في رعاية ولده ، فينفي بذلك الخطأ المفترض في جانبه ، ويخلص من المسؤولية بتاتا . ولكن إذا عجز الأب عن نفي الخطأ في جانبه ، فهل له أن يحتج بما أثبتته من خطأ المضرور ؟ ما دام قد ثبت خطأ في جانب المضرور فالضرر على أقل تقدير له سببان لا سبب واحد : خطأ المضرور الثابت وخطأ الأب المفترض . فتطبق قواعد الخطأ المشترك ، وتقسّم المسؤولية بين المضرور والأب . ويستطيع الأب أن يخلص من المسؤولية كلها إذا هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بواجب الرعاية بما ينبغي من العناية (أنظر المادة ١٧٣ فقرة ٣ من القانون المدني الجديد) . وقد يكون الخطأ المفترض في جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة يدهس عابراً في الطريق وثبت خطأ في جانب المضرور . هنا أيضاً خطأ مشترك ، خطأ العابر الثابت وخطأ السائق المفترض ، فتقسم المسؤولية بين السائق والعابر . ويستطيع السائق أن يخلص من المسؤولية كلها إذا هو أثبت أن الخطأ في الحراسة ، وهو الخطأ المفترض في جانبه ، لا دخل له في إحداث الضرر ، وأن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بواجبه في الحراسة كما ينبغي . ومن ذلك أن يثبت أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا استطاع دفعه فيكون بمثابة القوة القاهرة ، وقد مر بيان ذلك . والمهم في الصورة التي نحن بصددتها أن السائق لا يستطيع الخلاص من المسؤولية بنفي الخطأ المفترض في جانبه ، لأن الخطأ هنا لا يقبل إثبات العكس ، وهذا بخلاف الصورة الأولى حيث يستطيع الأب أن ينفي الخطأ المفترض في جانبه كما قدمنا .

ومثل الخطأ المفترض في جانب المضرور أن سائق السيارة ، وهو يريد أن يتفادى دهس عابر كان يسير في الطريق دون احتياط ، ينحرف عن الجادة ويصطدم بحائط فيصاب بضرر . فالسائق في هذا المثل هو المضرور . فهل يستطيع العابر الذي كان يسير في الطريق دون احتياط ثبوت الخطأ في جانبه أن يحتج بخطأ مفترض في جانب السائق ؟ لا يجوز ذلك إطلاقاً ، لأن الخطأ المفترض في جانب السائق إنما فرض لمصلحة من يصيبه السائق بالضرر ، فهو خطأ مفترض في مصلحة المضرور . والمضرور هنا هو السائق كما قدمنا ، فلا يقوم الخطأ المفترض ضد مصلحة . وينبغي على ذلك أن المسئول ، وهو عابر =



يبقى أن كلا من النصين - المادة ١٦٩ والمادة ٢١٦ - يدع مجالاً للقاضي أن يوزع التعويض على المسؤولين المتعددين، ومن بينهم المضرور نفسه، لا على عدد الرؤوس أي بالتساوي فيما بينهم، بل على أساس آخر. والظاهر أن هذا الأساس الآخر هو جسامه الخطأ الذي صدر من كل من المسؤولين. وفي هذا يتماشى القانون المدني الجديد مع القضاء المصري (١).

= الطريق، لا يستطيع أن يحتج على السائق بخطأ مفترض، ويبقى خطأ هو - وهو السير في الطريق دون احتياط - السبب الوحيد في إحداث الضرر، وتكون مسؤوليته عن هذا الضرر كاملة.

ومثل الخطأ المفترض في جانب كل من المسؤول والمضرور أن تصطدم سيارتان ولا يستطيع أحد من السائقين أن يثبت خطأ في جانب السائق الآخر. فإذا أصيبت إحدى السيارتين دون الأخرى بالضرر، فإن سائق السيارة غير المصابة يكون مسؤولاً عن هذا الضرر كاملاً، ولا يستطيع أن يحتج بخطأ مفترض في جانب سائق السيارة المصابة كما رأينا فيما تقدم. أما إذا أصيب السائقان معاً بالضرر، فإن كلا من السائقين يعرض السائق الآخر تعويضاً كاملاً ما أصاب سيارته من الضرر، ولا يستطيع أن يحتج عليه بخطأ مفترض في جانبه. ولا يجوز القول إن الخطأ المفترض في جانب سائق يتهاثر مع الخطأ المفترض في جانب السائق الآخر، فيتخلص كل منهما من المسؤولية بتاتاً، فإن هذا معناه أن الخطأ يفترض ضد مصلحة المضرور، وهذا غير مستساغ كما بينا.

(انظر في هذا الموضوع ما زو ٢ فقرة ١٥١٥ - فقرة ١٥٣٧)

(١) وقد وضعت محكمة النقض المبدأ الذي يسير عليه القضاء المصري في هذا الصدد فيما قضت به في سنة ١٩٤٥ من أن إذا كان المضرور قد أخطأ أيضاً، وساهم هو الآخر بخطئه في الضرر الذي أصابه، فإن ذلك يوجب مراعاة في تقدير مبلغ التعويض المستحق له، فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأه. وهذا المبدأ لأن كون الضرر الذي لحق المضرور ناشئاً عن خطأين، خطئه هو وخطأ غيره، ذلك يقتضي توزيع التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما، وبناء على عملية تشبه المقاصة لا يكون الغير ملزماً إلا بما يتجاوز التعويض المستحق عن كل ضرر منقوصاً منه ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذي وقع منه. (نقض جنائي في ٢ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢٠٠ ص ٤٨٦).

وقضت هذه المحكمة أيضاً قبل ذلك بأن المادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) قد نصت على كل من يقع منه فعل ضار بالغير بتعويض الضرر الذي ترتب على فعله، فإذا كان المضرور قد أخطأ الآخر وساهم في الضرر الذي أصابه، فإن ذلك؛ وإن كان يجب أن يراعى عند تقدير التعويض مطالب به المضرور، لا يصلح أن يكون سبباً لرفع المسؤولية المدنية عمن اشترك معه في حصول الضرر. وإذا كان الحكم قد قضى برفض الدعوى المدنية بناء على ما قاله من تكافؤ السبب بين المستفاد من البيانات التي أوردها أنه إنما قصد أن الجنى عليهم وقع من جانبهم هم أيضاً خطأ أنفسهم، ولم يقصد أن الخطأ تسبب عنه أي ضرر بالمدعى عليه، فإن هذا يكون مقتضاه أن لا يعرض للمجنى عليهم بالتعويض مع مراعاة درجة خطئهم من الجسامه (نقض جنائي في ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٨ ص ٥١٧). وقضت الدائرة المدنية من محكمة النقض بمثل ذلك فقالت: كان ما يراه قاضي الموضوع من إثبات مساهمة المضرور في الفعل الضار لتوزيع المسؤولية بينه وشاركت معه في إحداث الضرر متعلقاً بفهم الواقع في الدعوى ولا رقابة عليه لمحكمة النقض في الأفعال التي وقعت من المضرور في الحدث الضار وأسس عليها اشتراكه فيه هو من التكييف الذي جعلته هذه المحكمة، وإذا كان مجرد ركو - شخص مع صديق له في سياره يقودها هذا الصديق - في سيره بها هو مما لا يعتبر في بعض صور اشتراكا في الخطأ الذي وقع فيه قائد السيارة، وإذا قام هذا الراكب تحت تأثير الفرع بحركة ما التماساً للنجاة فأضر بنفسه لا يعتبر كذلك الخطأ.

= في خطأ القائد، فإن لا شك في أن مساهمة هذا الراكب في الاتفاق مع قائد السيارة على إجراء مسابقة بها هي مما يجعله مخطئاً كالمسابقين ومشاركاً معهم في خطئهم ومشولاً عما يحدث من جراء ذلك. والأصل أن الضرر المترتب على فعل مضمون ومهدر يسقط فيه ما يقابل المهدر ويعتبر ما يقابل المضمون، فينبغي إذن أن يستنزل من التعويض ما يقابل الفعل الذي ساهم به المضرور في الضرر، ويعتبر الفعل الذي وقع من الغير (نقض مدني في ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩).

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك أن توزيع المسؤولية فيما بين المدنيين التضامنين يكون بحسب جسامه الخطأ الذي صدر من كل منهم (استئناف مختلط في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ - وأنظر أيضاً: استئناف مختلط في ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٣). وأحكام القضاء المصري من وطني ومختلط كثيرة في هذا الموضوع. أنظر: استئناف وطني في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٥ ص ٦٥ (صدمة تسببت من إهمال في قيادة عربة وثبت أنه كان في إمكان الجنى عليه منع الحادثة لو لم يكن تحت تأثير الحشيش) - استئناف وطني في ٧ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٣٤ ص ١٨٦ (طفلة عمرها ثلاث سنوات دهسها القطار بسبب ترك السور الذي يحول بين منزل والدها وقضبان السكك الحديدية دون ملاحظة فأزال العمال بعض الأعمدة لتقصير الطريق إلى منازلهم: خطأ مشترك من مصلحة السكك الحديدية ووالدي الطفلة لتركيها وحدها خارج المنزل) - استئناف مصر الوطنية في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٥ ص ٣١٥ - وفي ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٩٢ ص ٨٠٦ (إهمال السائق والجنى عليه). وقد يذهب القضاء إذا كان خطأ المضرور فاحشاً إلى حد إن يجعل هذا الخطأ يستغرق خطأ المسؤول: استئناف وطني في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٤٨ ص ١٠٧ (شخص أصابه ضرر من مصادمة وقعت بإهمال مصلحة السكك الحديدية، فرفض طلب التعويض لأنه كان موجوداً خارج باب العربة في أثناء سير القطار) - استئناف وطني في أول ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٥٢ ص ٢٣٣ (يمر الأهالي من غير المزلقان الذي أعدته المصلحة للجسمه فدهم أحدهم القطار فقتله، فاستغرق خطأ المضرور خطأ المسؤول ورفض طلب التعويض) - استئناف مختلط في ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨ (تلميذ صغير عمره ٩ سنوات: لا خطأ على والده أن يتركه يذهب إلى المدرسة بمفرده) - استئناف مختلط في ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦ (مثل القضية السابقة) - استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢ (خطأ مشترك لأن والد بنت صغيرة تركها في الشارع المزدهج بالحركة دون رقيب). استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ (التعويض الذي يعطى لقريب الميت في حالة الخطأ المشترك يكون هو أيضاً مخففاً كما لو كان الميت هو الذي يطالب شخصياً بالتعويض). أمثلة أخرى من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة: استئناف مختلط في ٢ فبراير سنة ١٨٨٧ بوريللي م ٢١٣ رقم ١٥ - وفي ١٣ يونيو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ٢٥٥ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٢١ - وفي ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥ - وفي أول يونيو سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٢٣ ص ٣٠٦ - وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣١ - وفي ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ - وفي ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٣ - وفي ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٥ - وفي ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٢.

وهناك أحكام قليلة لمحكمة الاستئناف المختلطة توزع التعويض بعدد الرؤوس لا بحسب جسامه الخطأ: استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٧.



### ٣ - خطأ الغير

٥٩٧ - وضع المسألة : نستبعد هنا أيضاً ، كما فعلنا عند بحث خطأ المضرور ، حالة ما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ووقع الضرر بفعل الغير وحده . فإن فعل الغير إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر ، فإن كان خطأً كان الغير وحده هو المسئول ، وإن لم يكن خطأً كان من قبيل القوة القاهرة أو الحوادث الفجائية فلا يكون أحد مسئولاً .

أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه ، واشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير ، كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير في مسؤولية المدعى عليه . ويشترط هنا أيضاً كما اشترط في فعل المضرور أن يكون فعل الغير خطأً له شأن في إحداث الضرر (١) .

فإذا لم يكن فعل الغير خطأً فليس له أثر في مسؤولية المدعى عليه ، وكان هذا وحده هو المسئول ، وكانت مسؤوليته كاملة . فلا بد إذن أن يكون فعل الغير خطأً . ويقاس الخطأ بمعياره المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . ولا بد كذلك أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر ، وإلا لما جاز للمدعى عليه أن يحتج به إذ لا علاقة له بالضرر (١) .

ويجب ألا يكون الغير الذي ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسئولاً عنهم . فلو كان هذا الغير ولدًا للمدعى عليه أو تلميذًا أو تابعًا ، فلا يكون للخطأ

= هذا ويختلف حل المسألة ذاتها لو أن الخطأ كان مفترضاً في جانب كل من السائقين . فقد قدمنا أن كلا من السائقين في هذه الحالة يعرض السائق الآخر عن الضرر الذي أصابه تعويضاً كاملاً . فيكون السائق الأول مسئولاً إزاء السائق الثاني بمبلغ عشرين جنيهاً ، ويكون السائق الثاني مسئولاً إزاء السائق الأول بمبلغ خمسين جنيهاً ، فتقع المقاصة . ويسقى السائق الثاني مسئولاً إزاء السائق الأول بمبلغ ثلاثين جنيهاً . وكان في الصورة الأخرى مسئولاً بمبلغ خمسة عشر جنيهاً فقط .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا انتزع المالك منقولات المستأجر وبضائعه بعد أن أخذ مشورة أحد المحامين وطبقاً لهذه المشورة ، فانتفت نية الغش وهي ضرورة لوجود الجريمة ، فمن ناحية المسؤولية المدنية ، حيث لا يجوز الجهل بالقانون بشأناً ، وحيث تقوم المسؤولية على مجرد الخطأ ، لا يكون لمشورة المحامي أي أثر (استئناف مختلط في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٧) . فيلاحظ أن المحكمة في هذه القضية لم تجعل لخطأ الغير (وهو هنا المحامي) أثراً في مسؤولية المالك . وهذا بخلاف ما إذا كان الضرر من خطأ المحامي قد وقع على المالك مباشرة ، فقد رأينا أن الخطأ يكون مشتركاً في هذه الحالة . ولعل المحكمة اعتبرت في القضية التي نحن بصددنا أن خطأ المالك ، وهو يعمل تحت مسؤوليته في تصرفه نحو الغير ، قد استغرق خطأ المحامي .

(١) المقرر قانوناً أن فعل الغير أو المضرور لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية أو يخفف منها إلا اعتبر هذا الفعل خطأً في ذاته وأحدث وحده الضرر أو ساهم فيه . (جلسة ١٩٩١/٢/٢٨ الطعن ١٨٩٨ لسنة ٥٧ ق)

والقضاء الفرنسي (١) ، ونصوص التقنيات الحديثة (٢) . ولا يلجأ القاضى إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامه كل خطأ ، فعندئذ يفرض التكافؤ فيها جميعاً ، ويجرى التوزيع بالتساوى على المسئولين ومنهم المضرور نفسه (٣) .

هذا ويمكن تطبيق القاعدة المتقدمة في حالة ما إذا كان كل من الطرفين مسئولاً ومضروراً في الوقت ذاته ، كما إذا تصادمت سيارتان ، فأصاب السيارة الأولى ضرر قدر بمبلغ خمسين جنيهاً ، وأصاب السيارة الثانية ضرر قدر بمبلغ عشرين جنيهاً . وثبت الخطأ في جانب كل من السائقين . أما الضرر الذي أصاب السيارة الأولى وقدره خمسون جنيهاً فيقسم بين السائقين بحسب جسامه الخطأ ، فإذا فرض أن القاضى لم يستطع أن يتبين هذه الجسامه قسم بالتساوى ، فيكون السائق الثاني مسئولاً قبل السائق الأول بمبلغ خمسة وعشرين جنيهاً . وأما الضرر الذي أصاب السيارة الثانية وقدره عشرين جنيهاً فإن يقسم أيضاً بالتساوى بين السائقين ، فيكون السائق الأول مسئولاً قبل السائق الثاني بمبلغ عشرة جنيهاً . وبعد أن تجرى المقاصة يدفع السائق الثاني إلى السائق الأول في النهاية خمسة عشر جنيهاً (٤) .

= هذا ولا يكون هناك خطأ مشترك إذا كان ثمة خطآن متميزان كل منهما أحدث أثراً مستقلاً عن الآخر . فإذا سلم قلم الكتاب شهادة خاطئة ترتب عليها إدراج دائن في المرتبة الأولى خطأ ، فلا يجوز لقلم الكتاب أن يحتج على هذا الدائن بأنه هو أيضاً أخطأ في أنه جعل قيده يمتد إلى أموال غير عائلته لمدينة ما دام مال المدين المأخوذ عليه القيد يكفى لوفاء الدين في المرتبة التي أدرج فيها الدائن (استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٣) . وكذلك إذا كان خطأ المضرور سبباً مباشراً في إحداث الضرر ، كما إذا علقت عجلات عربة بشرط الترام عن خطأ من السائق ، فإنها هو يعالج تخليص العربة مدة ربع ساعة إذا ترام أتى مسرعاً سرعة غير عادية فقتل السائق ، فإن الترام وحده هو المسئول لا سائق العربة (استئناف مختلط في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٦) .

(١) أنظر في تحليل القضاء الفرنسي مازو ٢ فقرة ١٥١٢ .  
(٢) التقنين الألماني م ٢٥٤ - التقنين البولوني م ١٥٨ فقرة ٢ - المشروع الفرنسي الإيطالي م ٧٨ .  
(٣) وفي هذا ، كما جاء في مازو ٢ بقية ظاهرة من ميل القضاء إلى قياس التعويض على أساس الخطأ ، مما يلبس لخطأ المدني لباساً ذاتياً يقر به من الخطأ الجنائي (أنظر في نقد هذا مازو ١٥١٢) . على أن هذا هو الحل العملي العادل ، وهو إذا تعارض مع المنطق المحض ، فإنه يسبب ذلك حلاً إنسانياً يصعب الانحراف عنه . وهذا ما يقوله حتى نفس الأستاذين مازو (أنظر مازو ١٩٧٣ ص ٨٢١) . ومع ذلك فإن المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد تجعل الأصل في تقسيم القسمات فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس ، وسيأتى بيان ذلك (أنظر فقرة ١٥٠ الهامش) .

(٤) ويتبين من ذلك أن كلا من السائقين يتحمل في النهاية نصف مجموع الضررين (٥٠ + ٣٥) = ٨٥ . فالسائق الأول أصيب بضرر قدره خمسون جنيهاً ، تقاضى منه خمسة عشر جنيهاً في النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيهاً ، والسائق الثاني أصيب بضرر قدره عشرين جنيهاً ، فالسائق الأول خمسة عشر جنيهاً ، فيكون قد تحمل في النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيهاً هو أيضاً .

الصادر منه أثر في مسؤولية المدعى عليه نحو المضرور (١).

وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً ، فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث وقد هرب دون أن يعرف ، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسؤولية المدعى عليه (٢).

**٥٩٨ - أثر خطأ الغير في خطأ المدعى عليه - استغراق أحد الخطأين للآخر :** إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه وخطأ الغير شأن في إحداث الضرر ، وكان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر ، اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب في إحداث الضرر . فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسؤولية كاملة ، ولا أثر لخطأ الغير في هذه المسؤولية . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير وحده هو المسئول مسؤولية كاملة ، ولا أثر لخطأ المدعى عليه في هذه المسؤولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر - كما بينا في صدد الكلام في خطأ المضرور - إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا ما رأيناه في خطأ المضرور من أن رضاه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضاه المضرور لخطأ المدعى عليه ، فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه يستغرقه رضاه الغير .

**٥٩٩ - تعدد المسئولين :** فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بقيا قائمين ، واعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر . وهذه هي حالة تعدد المسئولين ، فقد اشترك مع المدعى عليه شخص آخر في إحداث الضرر ، فأصبح المسئول أكثر من شخص واحد .

وقد نصت المادة ١٦٩ من القانون الجديد ، السابق ذكرها ، على هذه الحالة . فقضت بما يأتي :

(١) وينبني على ذلك أن خطأ الوالد أو التلميذ أو التابع لا يجوز أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، بل يستغرق هذا دائماً هو المسئول نحو المضرور ، ويدفع له التعويض كاملاً . ولكن هذا لا يمنع من رجوع المدعى عليه ببعض هذا التعويض أو كله على الغير الذي ارتكب الخطأ ولو كان هو مسئولاً عن هذا الغير المضرور .

أما إذا لم يكن المدعى عليه مسئولاً عن الغير ، فالخطأ الذي يصدر من هذا الأخير يكون من دونه يؤثر في مسؤوليته ، بل يجوز أن يستغرق خطأه ، حتى لو قامت علاقة بين المدعى عليه والغير . فإذا صاحب السيارة سيارته لأحد من أهله أو من أصدقائه ، وهو ليس مسئولاً عنه ، وارتكب القاصد الصديق خطأ ، عند خطأ صادراً من الغير ، وجاز أن يستغرق خطأ المدعى عليه .

(٢) فيجوز أن يستغرق خطأ هذا الغير المجهول خطأ المدعى عليه .

«إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض» (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . ٢ - ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب يحدده القاضى حسب الأحوال وعلى قدر جسامته الخطأ الذي وقع من كل منهم ، فإن استحالة تحديد قسط كل منهم في المسؤولية تكون القسمة سوية بينهم . وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد إدخال تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٧٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول جعل التضامن فيما بين المسئولين إجبارياً بحكم القانون أو اختيارياً بحكم القاضى ، وحول الأساس الذي تقوم عليه قسمة التعويض فيما بين المسئولين . وانتهى رأى اللجنة إلى أنها حذفته الفقرة الثانية من النص ، وأضافت إلى الفقرة الأولى عبارة «وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض» . وقد روعي في هذه الإضافة إن يكون الأصل هو المساواة في المسؤولية بين من وقع منهم الفعل الضار ، إلا أن للقاضى أن يعدل في نصيب كل منهم في التعويض حسب تقديره للظروف . وأصبح رقم المادة ١٦٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٩) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «لا يقتصر هذا النص على تقرير التضامن بين من يشتركون في إحداث ضرر معين عند رجوع المضرور عليهم ، وهو ما يقضى به التقنين المصري الحالي في المادة ٢١١/١٥٠ ، بل يتناول فوق ذلك تعيين كيفية رجوع المسئولين فيما بينهم إذا قام أحدهم بأداء التعويض بأكمله . فبيما يتعلق برجوع المضرور على المسئولين عن العمل الضار يكون هؤلاء متضامنين دون حاجة للتفريق بين المحرض والفاعل الأصلي والشريك ، على نحو ما فعل تقنين الالتزامات السويسرى في المادة ٥٠ (أنظر أيضاً المادتين ٩٩/١٠٨ من التقنين التونسي والمراكشى والمادة ١٣٠١ من التقنين النمساوى) . ويلاحظ أن هذه المادة نفسها تنص أيضاً على أن مخفى الشئ المسروق لا يلتزم بالتعويض إلا إذا أصاب نصيباً من الربح أو أحدث ضرراً بمعاونته . ويؤدى هذا إلى التفريق بين حالتين : (الأولى) حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين دون أن يكون في الوسع تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم ، أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم في إحداثه ، وفي هذه الحالة لا يكون ثمة معدى عن تقرير التضامن بينهم جميعاً (أنظر المادتين ١٠٠/١٠٩ من التقنين التونسي والمراكشى والمادة ٨٣٠ من التقنين الألماني) . (والثانية) حالة إمكان تعيين محدثي الضرر من بين من وقع منهم الفعل الضار رغم تعددهم وإمكان تحديد نصيب كل منهم في إحداثه ، وفي هذه الحالة لا يسأل كل منهم إلا عن الضرر الحادث بخطئه ، ولا يألون البتة على وجه التضامن (أنظر المادة ١٣٦ من التقنين البولونى والمادة ١٣٠٢ من التقنين النمساوى) وهذا هو حكم حالة الأخطاء التي تقدمت الإشارة إليها في التقنين السويسرى . أما فيما يتعلق برجوع المسئولين فيما بينهم عند التضامن ، فيحدد القاضى ما يؤديه كل منهم معتداً في ذلك بجسامته الخطأ الذي وقع منه ونصيب هذا الخطأ في إحداث الضرر وكل طرف آخر من شأنه أن يكشف عن مدى مساهمة المسئول في الضرر الحادث من هؤلاء المسئولين جميعاً . فإذا استحالة تحديد قسط كل منهم في المسؤولية ، فتكون القسمة سوية بينهم ، إذ المفروض أن الدليل لم يقيم على تفاوت تبعاتهم . وقد واجه تقنين الالتزامات السويسرى حالة تعدد المسئولين عن ذات الضرر مع اختلاف أسباب المسؤولية ، كأن يسأل البعض على أساس العمل غير المشروع ، والبعض على أساس التعاقد ، والبعض بمقتضى نص في القانون . وقد قضى =

ويلاحظ أن النص قرر التضامن فيما بين المسئولين ، فيجوز إذن للمضرور أن يرجع على من المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملاً (١) . ثم يتقاسم المسئولان الغرم فيما بينهما

والأصل بحسب النص أن تكون القسمة بالتساوي على عدد الرؤوس ، إلا إذا استطاع القاضى أن يحدد جسامه كل من الخطأين فيجوز له أن يجعل القسمة بحسب جسامه الخطأ . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في خطأ المضرور (١)

٦٠٠ - اشتراك خطأ المدعى عليه وخطأ الغير وخطأ المضرور في إحداث الضرر : وقد يساهم في إحداث الضرر خطأ أول يثبت في جانب المدعى عليه ، وخطأ ثان يثبت في

= هذا التقنين بإلزام كل منهم في هذه الصورة بأداء عين الدين إلزاماً مبتدأ ، وقرر في المادة ٥١ فيما يتعلق بمعلقة بعضهم البعض الآخر أن تبعه الضرر تقع أولاً على عاتق من أحدثه من بين المسئولين بعمل غير مشروع ، وتقع أخيراً على عاتق من يسأل عنه بمقتضى نص في القانون دون أن يكون مسئولاً بناء على خطأ وقع منه أو بناء على التزام تعاقدي ، وغنى عن البيان أن هذا الحكم لا يتيسر الأخذ به إلا بمقتضى نص خاص ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٣ - ص ٣٨٤ ) .

وتنحى نفرض هنا ، كما فرضنا عند بحث خطأ المضرور ، أن كلا من الخطأ الذى وقع من المسئول والخطأ الذى وقع من الغير هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت في جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترضاً في جانب أى منهما أو في جانب كليهما . مثل الخطأ المفترض في جانب المسئول أب مسئول عن خطأ صدر من ابنه ، وثبت في الوقت ذاته خطأ في جانب الغير كان هو أيضاً السبب في إحداث الضرر الذى جعل الأب مسئولاً عنه . فيجوز للأب - كما قدمنا في صدد خطأ المضرور - أن يثبت أنه لم يخطئ في رعاية ولده ، فينبى الخطأ المفترض في جانبه ، ويخلص من المسئولية بتاتاً . فإذا عجز عن ذلك بقى الخطأ مفترضاً في جانبه ، وهناك خطأ آخر ثابت في جانب الغير ، فيكون الأب والغير مسئولين بالتضامن نحو المضرور تطبيقاً للمادة ١٦٩ المتقدمة الذكر . وإذا دفع الأب التعويض كاملاً للمضرور ، رجع به كله على الغير الذى ثبت الخطأ في جانبه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض في جانب الأب ، لأن هذا الافتراض لم يقمه القانون إلا لصالح المضرور وحده ، وإذا استطاع الأب أن يثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر - بأن يثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجب الرعاية كما ينبغي - تخلص من المسئولية بتاتاً حتى نحو المضرور ، ولا يستطيع هذا أن يرجع إلا على الغير الذى ثبت خطأه ، ويرجع عليه بالتعويض كاملاً ولا يرجع الغير بشئ على الأب . وقد يكون الخطأ المفترض في جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة دهس أحد العابرة ، وأثبت خطأ شخص اعترض طريقه فجاء فاضطره إلى الانحراف عن الطريق فدهس العابرة ، هنا لا يستطيع السائق ، كما استطاع الأب في المثل السابق ، أن ينفي الخطأ عن جانبه لأنه مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . بقى أنه أثبت خطأ الغير ، فبالنسبة إلى المضرور يكون كل من السائق والغير مسئولاً بالتضامن ، ويستطيع المضرور أن يرجع على أى منهما بالتعويض كاملاً . فإذا رجع على السائق رجع هذا على الغير الذى ثبت خطأه بكل ما دفعه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض في جانب السائق لأن هذا الافتراض لم يقمه القانون إلا لصالح المضرور وحده . أما إذا رجع المضرور على الغير ، فلا يرجع هذا على السائق بشئ لأنه لم يثبت في جانبه خطأ ولا يجدى الخطأ المفترض في جانبه كما قدمنا . ويستطيع السائق أن يتخلص من المسئولية بتاتاً نحو المضرور إذا هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بواجبه في الحراسة كما ينبغي ، لأنه يثبت بذلك أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر ، وفي هذه الحالة لا يرجع المضرور إلا على الغير ، ويرجع عليه بالتعويض كاملاً ، ولا يرجع الغير بشئ على السائق . ويستطيع السائق ، الإثبات أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بواجبه في الحراسة ، أن يثبت أن خطأ الغير كان لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه فيكون بمثابة القوة القاهرة ، فيخلص السائق من المسئولية على النحو الذى قدمناه (أنظر في هذا الموضوع استئناف مختلط في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٠ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ١٤٤ - وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٠) - وقد يزيد الضرر الذى أحدثه السائق بالخطأ الذى وقع منه ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المضرور يتكبد ما ارتكبه مريداً مختاراً بعد أن وازن بين أمرين ، القضاء على حياة الغلام الذى اعترض سبيله

= عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفريز الشارع حيث وقعت الواقعة ، وكان الفعل المرتكب في حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه ، بل كان بالبدهة أهم منه شأناً وأجل خطراً وأكبر قيمة ، فإن التعويض يكون واجباً إذا ما لحق الغير ضرر (نقض جنائى في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ - وأنظر في الفقه والقضاء الفرنسيين في هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٦٥٢ - فقرة ١٦٥٣ - ٢) .

ومثل الخطأ المفترض في جانب الغير هو عين المثل المتقدم إذا اعتبر المضرور الغير الذى كان سبباً في دهس السيارة إياه هو الفاعل الأصلي فرجع عليه بالتعويض كاملاً . ولا يستطيع الفاعل الأصلي أن يرجع على السائق - وقد أصبح السائق هنا هو الغير - لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض في جانب السائق إذ أن هذا الخطأ لم يفترض إلا لمصلحة المضرور كما قدمنا . ومثل ذلك أيضاً سيارتان اصطدمتا ، فأصيب من جراء هذا الاصطدام عابر في الطريق ، واستطاع المضرور أن يثبت خطأ في جانب أحد السائقين دون الآخر ، فإن السائق الذى ثبت في جانبه الخطأ ودفع التعويض كاملاً لا يستطيع الرجوع بشئ على السائق الآخر - وهو هنا الغير - إذ لا يوجد في جانب هذا الأخير إلا خطأ مفترض .

ومثل الخطأ المفترض في جانب كل من المسئول والغير سيارتان اصطدمتا ، فأصيب عابر من جراء هذا الاصطدام ، ولم يستطع المضرور إثبات خطأ في جانب أى من السائقين ، فللمضرور الرجوع على أى منهما بالتعويض كاملاً بمقتضى الخطأ المفترض . ويبقى أن نرى هل يستطيع من دفع التعويض أن يرجع على المسئول الآخر بنصيبه فيه ؟ كان القياس ألا يرجع لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض في جانب السائق الآخر ، ولكن القول بذلك يفتح الطريق أمام المضرور للتحكم ما بين السائقين ، فأيهما يختار يضطره إلى دفع التعويض كاملاً دون رجوع على المسئول الآخر . ومن أجل ذلك جرى الفقه والقضاء في فرنسا على أن يرجع السائق الذى دفع التعويض كاملاً على السائق الآخر بنصيبه في هذا التعويض (مازو ٢ فقرة ١٦٦١) .

(١) ولا بد أن نلاحظ هنا أن النص جعل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوي على عدد الرؤوس . وهذا ظاهر أيضاً من الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمادة ١٦٩ وقد نقلناها فيما تقدم . فقد كان المشروع النهائى ينص على القسمة تبعاً لجسامه الخطأ ثم عدل فجعل الأصل أن تكون القسمة بالتساوي . أما القضاء المصرى فكان يجرى على أن الأصل هو أن تكون القسمة بحسب جسامه الخطأ . فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن حادثة الإصابة الخطأ وقعت باشتراك شخصين في الخطأ ، وجب توزيع المسئولية عليهما كل بمقدار خطئه (نقض جنائى في ٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢/١٥٩ ص ٣٢٥) . وأنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٤ - وفي ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٥ - وفي ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٦ - وفي ١٦ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢ .



## المطلب الثاني

### انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر

٦٠١ - حالتان : قد تعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعى عليه أحد هذه الأسباب ، ولكن يؤدي هذا التعدد إلى انقطاع الصلة ما بين الخطأ والضرر فتتعدم علاقة السببية . وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المدعى عليه ، ولكن الضرر ذاته هو الذي يتعدد ، إذ تتعاقب الأضرار ، فتقطع الصلة ما بين بعضها وبين خطأ المدعى عليه من جراء تسلسل النتائج ، فتتعدم علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة .

ونستعرض كلا من الحالتين : (١) تعدد الأسباب (٢) تسلسل النتائج (أو تعاقب الأضرار) .

### ١ - تعدد الأسباب

٦٠٢ - تعدد الأسباب مع الاستغراق أو دون استغراق : كثيراً ما تعدد الأسباب التي تتدخل في إحداث الضرر . وعند ذلك يعيننا أن نعرف هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً ، القريب منها والبعيد ، ونعتبرها كلها أسباباً أحدثت الضرر ، أو نقف من هذه الأسباب عند المؤثر المنتج دون غير (١)

ويحسن في هذا الصدد أن نميز بين حالتين في تعدد الأسباب : الحالة الأولى إذا تعددت الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى ، والحالة الثانية إذا تعددت الأسباب دون استغراق .

### أ - تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى

٦٠٣ - بقاء السبب المستغرق وحده مرتباً للمسئولية : رأينا في بحث السبب الأجنبي أنه يجوز يكون للضرر سببان ، ولكن أحدهما يستغرق الآخر ، ويبقى هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر ، فتتحقق مسئولية صاحبه كاملة . ورأينا أن هذا يتحقق في فرضين :

١ - أن يكون أحد السببين خطأ عمداً والآخر غير عمد ، فيستغرق الخطأ العمد غير

= أن يرجع بالتعويض كاملاً على أي من السائقين الآخرين ، والسائق الذي يدفع التعويض كاملاً يرجع بنصفه على السائق الآخر (أنظر في هذا الموضوع مازو ٢ فقرة ١٦٦٤) .

(١) العبرة في تحديد المسئولية عند تعدد الأسباب المؤدية إلى الضرر يكون بتحديد السبب الفعال المنتج في أحداثه دون السبب العارض .

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ الطعن ٣٤٨ لسنة ٤٧ ق)

(جلسة ١٩٨١/٢/١٢ الطعن ١٣٥٢ لسنة ٤٧ ق من ٣٢ ص ٤٨١)

جانب الغير ، وخطأ ثالث يثبت في جانب المضرور (١) . ففي هذه الحالة يتحمل المضرور ، وقد ثبت خطأ في جانبه ، ثلث الضرر ، ويتحمل المدعى عليه والغير متضامنين بالثلثين الباقيين . فيرجع المضرور بثلثي التعويض على المدعى عليه أو على الغير ، ويرجع من دفع الثلثين على المسئول الآخر بالثلث . هذا ما لم ير القاضى أن يكون التوزيع لا على عدد الرؤوس بل بحسب جسامه خطأ كل من الثلاثة (١) .

(١) إذا كانت المحكمة قد أثبتت وقوع خطأ من المجنى عليه وقالت أنه لا يجب الخطأ الواقع من المتهم فإن معنى ذلك أنها رأيت أن خطأ الطاعن يربى على خطأ المجنى عليه ، وإذا كانت الدعوى لم ترفع بالمطالبة بكامل التعويض عن الحادث ، بل بالتعويض الذي طلبه والد المجنى عليه بصفة مؤقتة وهو مبلغ ٢١ جنيهاً وصدر الحكم بذلك ، فإنه لا يكون هناك محل لما يثيره الطاعن في شأن المشاركة في الخطأ ، وتأثير ذلك على مقدار ما يتحملة من التعويض .

(جلسة ١٩٥٣/٦/١٦ الطعن ١٣١٤ لسنة ٢٢ ق)

(١) أما إذا كان هناك خطأ مفترض : فإن كان مفترضاً في جانب المضرور وحده وخطأ كل من المدعى عليه والغير ثابت ، لم يحتج بهذا الخطأ المفترض على المضرور لأنه أقيم لصالحه كما قدمنا ، ورجع المضرور على أي من المسئولين بالتعويض كاملاً ، ورجع هذا بنصف التعويض على المسئول الآخر .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب المدعى عليه وحده وخطأ كل من المضرور والغير ثابت ، فالقياس أن يرجع المضرور بثلثي التعويض على أي من المدعى عليه أو الغير ، ولكن هذا الحل يجعل الغير يضار بالخطأ المفترض في جانب المدعى عليه ، إذ لو انتفى هذا الخطأ ، وبقي الخطأ الثابت في جانب كل من المضرور والغير ، لتحمل الغير نصف التعويض لا الثلثين ، لذلك يرجع المضرور في الحالة التي نحن بصددنا على الغير بالنصف ولا يرجع الغير بشئ على المدعى عليه ، وإذا رجع المضرور على المدعى عليه بالنصف ، رجع المدعى عليه بما دفع كاملاً على الغير (أنظر في هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١٦٦٤ ص ٥٤٨ - ص ٥٤٩) .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الغير وحده وخطأ كل من المدعى عليه والمضرور ثابت ، رجع المضرور ، للأسباب التي قدمناها في الصورة السابقة ، على المدعى عليه بنصف التعويض ، ولا يرجع هذا على الغير بشئ . ويجوز أيضاً للمضرور أن يرجع على الغير بالنصف ، ويرجع الغير بما دفعه كله على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المضرور والمدعى عليه وخطأ الغير ثابت ، رجع المضرور بالتعويض كاملاً على الغير ولا يرجع هذا بشئ على المدعى عليه . ويستطيع المضرور كذلك أن يرجع بالتعويض كاملاً على المدعى عليه ، ويرجع هذا على الغير بكل ما دفعه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المضرور والغير وخطأ المدعى عليه ثابت ، رجع المضرور بالتعويض كاملاً على المدعى عليه ولا يرجع هذا بشئ على الغير . كما يجوز للمضرور أن يرجع بكل التعويض على الغير ، ويرجع هذا بكل ما دفعه على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المدعى عليه والغير وخطأ المضرور ثابت ، فليس للمضرور أن يرجع إلا بنصف التعويض على أي من المسئولين ، لأن خطأ ثبت في جانبه . ومن دفع نصف التعويض يرجع على المسئول الآخر بنصف ما دفع أي بنصف النصف .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الثلاثة جميعاً ، كما إذا اصطدمت سيارات ثلاث وأصيب إحداها ولم يستطع السائق المضرور أن يثبت خطأ أي من السائقين الآخرين ، جاز للسائق المضرور

العمد، ويصبح هو السبب الوحيد الذي تقف عنده (1). فإذا تعمد شخص إحداث ضرر بآخر، وساعده على إحداث هذا الضرر خطأ ارتكبه المضرور أو ارتكبه الغير، كما لو انتهر شخص فرصة سير غريمه في الطريق غير ملق بالآلما حوله فدهسه بسيارته، أو رأى حفرة في الطريق حفرها الغير خطأ فأوقع غريمة فيها، اجتمع سببان تدخلا في إحداث الضرر: تعمد الجاني وخطأ المجنى عليه أو خطأ الغير. ولا شك في أن تعمد الجاني قد استغرق خطأ المجنى عليه أو خطأ الغير. فالتعمد وحده هو الذي تقف عنده، ويعتبر السبب الوحيد في إحداث الضرر، ويكون المدعى عليه مسئولاً وحده مسئولية كاملة.

٢ - أن يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر. مثل ذلك أن يخطئ الطبيب في نصيحة المريض أو المحامي في توجيه الموكل أو المهندس في المشورة على العميل، فيخطئ المريض أو الموكل أو العميل في اتباع النصيحة أو التوجيه أو المشورة فيصاب بالضرر. ومن لم يجد سببان متواليان تدخلا في إحداث الضرر: المشورة الخاطئة وتنفيذ هذه المشورة. ولكن أحد السببين هو الذي ساق إلى السبب الآخر، فكان هذا نتيجة له، إذ المشورة هي التي ساقته إلى التنفيذ فكان التنفيذ نتيجة للمشورة. ويترتب على ذلك أن المشورة تستغرق التنفيذ، وتصبح هي وحدها السبب الذي تقف عنده، وتحقق مسئولية الطبيب أو المحامي أو المهندس وحده مسئولية كاملة.

## ب - تعدد الأسباب دون استغراق

٦٠٤ - نظريتان: أما إذا تعددت الأسباب ولم يستغرق سبب منها الأسباب الأخرى، جاز عندئذ التساؤل هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً وهذه هي نظرية تكافؤ الأسباب (théorie de l'équivalence des conditions-la condition sine aue non) أو نقف منها عند الأسباب المؤثرة المنتجة وهذه هي نظرية السبب المنتج (théorie de la causalité adéquate). وقد كان فقهاء الألمان - وتبعهم في ذلك فقهاء البلاد الأخرى - يقولون بنظرية تكافؤ الأسباب، ثم هجروها وتبعهم في ذلك أيضاً غيرهم - إلى نظرية السبب المنتج ونستعرض الآن كلا من النظريتين.

٦٠٥ - نظرية تكافؤ الأسباب: قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون بوري

(Von Buri) (1). ومؤداها أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر - مهما كان بعيداً - يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر. فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة، وكل واحد منها يعتبر سبباً في إحداثه. ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر. فلو أن ثملاً سار في عرض الطريق فدهسته سيارة مسرعة، وكان من اليسير على سائق السيارة أن يتفادى الحادث لو أنه كان يسير بسرعة معتدلة، كما كان يمكن للثمل أن يتفادى الحادث لو أنه كان مالكاً لتوازنه، كان هناك سببان في إحداث الضرر: خطأ السائق في السير بسرعة كبيرة وخطأ المصاب في السير في الطريق العام وهو ثمل. ذلك أن الضرر ما كان ليقع لو لم يكن السائق مسرعاً، وما كان أيضاً ليقع لو لم يكن المصاب ثملاً. فالسببان متكافئان في إحداث الضرر، ويعتبر كل منهما سبباً فيه، ويكون صاحبه مسئولاً، فتتحقق المسئوليتان معاً. كذلك لو كان لشخص سيارة ولم يتخذ الاحتياطات المعقولة للمحافظة عليها فسرقت منه، وساقها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد العابرة، كان هنا أيضاً سببان في إحداث الضرر: سرعة السائق وتقصير صاحب السيارة في المحافظة عليها. فالضرر ما كان ليقع لو لم يكن السارق مسرعاً، وما كان أيضاً ليقع لو لم يهمل صاحب السيارة فتسرق منه. فالسببان متكافئان في إحداث الضرر، وكلاهما يعتبر سبباً في إحداثه.

٦٠٦ - نظرية السبب المنتج: قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون كريس (Von Kries) (2)، فانحاز لها الكثرة من الفقهاء في ألمانيا وفي غيرها من البلاد. وساعد على هجر نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت، فأصبح من اليسير استظهار خطأ مفترض في جانب المدعى عليه ينضم إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحاً وبروزاً. فلو قلنا بنظرية تكافؤ الأسباب لوجب اعتبار جميع هذه الأخطاء، وفيها الخطأ المفترض، أسباباً متكافئة. ومن ثم أثار الفقهاء نظرية السبب المنتج، فيستعرضون الأسباب المتعددة التي كان لها دخل في إحداث الضرر، ويميزون بين الأسباب العارضة (fortuites) والأسباب المنتجة (adéquates)، ويقفون عند الثانية دون الأولى ويعتبرونها وحدها السبب في إحداث الضرر. وإذا قيل إن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل في إحداث الضرر، ولولاه لما وقع، إلا أن السببية بهذا المعنى هي السببية الطبيعية. ونحن إنما نريد السببية القانونية، فنبحث أي الأسباب التي يقف عندها القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبرها وحدها هي الأسباب التي أحدثت الضرر. والسبب العارض غير السبب المنتج. وإذا كان كلاهما تدخل في إحداث الضرر، ولولاه لما وقع، إلا أن السبب المنتج هو السبب المألوف الذي يحدث الضرر في العادة (3)، والسبب العارض هو

(1) ركن السببية في المسئولية التقصيرية لا يقوم إلا على السبب المنتج الفعال المحدث للضرر دون العارض الذي ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر مهما كان قد أسهم مصادفة في الخطأ كان مقترناً بالسبب المنتج، لما كان ذلك، وكان السبب المنتج الفعال في وفاة ابن المطعون ضابطاً لاشعاله النار في نفسه عمداً أما أهمال تابعي الطاعن في حراسته فلم يكن سوى سبباً عارضاً لوقوع شأنه بطبيعته إحداث هذا الضرر ومن ثم لا يتوافر به ركن المسئولية موضوع دعوى المطعون ضابطاً يعتبر أساساً لها.

(١) مازو ٢ فقرة ١٤٤٠ والمراجع المشار إليها.

(٢) مازو ٢ فقرة ١٤٤١ والمراجع المشار إليها.

(٣) مارتى (Marty) في المحلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها.

الفروض المختلفة ملخصين ما قدمناه في هذا الصدد .

فقد يجتمع سببان في إحداث الضرر : خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة أو خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور أو خطأ المدعى عليه وخطأ الغير . أو تجتمع أسباب ثلاثة : خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير .

فإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقيام قوة قاهرة ، كان المدعى عليه مسئولاً عن التعويض الكامل ، لأن خطئه كان سبباً في إحداث الضرر ، ولا يستطيع الرجوع على أحد ، لأن الحادث الذي اشترك مع خطئه في إحداث الضرر كان قوة قاهرة ، فيتحمل وحده المسؤولية كاملة . فلو أن شخصاً لكم شخصاً آخر في صدره لكلمة بسيطة ، وتصادف أن المصاب كان مريضاً بالقلب ولم يكن المدعى عليه يعلم ذلك ، فمات المصاب من جراء هذه الكلمة ، كان المدعى عليه مسئولاً كاملة عن موت المصاب (١) . ولو سار سائق السيارة مسرعاً أكثر مما يجب ، فإذا بریح عاصف اقتلع شجرة ورمها في عرض الطريق أمام السيارة ، فانقلبت السيارة على أحد العابرة فأصابته ، كان المدعى عليه مسئولاً عن التعويض الكامل ، ولا يستطيع الرجوع على أحد كما هو الأمر في المثل السابق .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور ، كما إذا أسرع سائق السيارة في سيره فاعترض طريقه شخص ثمل فدهسه ، كان هناك خطأ مشترك (faute commune) كما قلنا ، ويرجع المضرور على المسئول بنصف التعويض على النحو الذي سبق أن بيناه .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ الغير ، كما إذا سار السائق في سرعة كبيرة واعترضته حفرة في الطريق أحدثها الغير خطأ فانقلبت السيارة وأصاب أحد العابرة ، فإن كلا من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولاً نحو المضرور عن تعويض كامل ، ويرجع بنصف التعويض على الغير الذي أحدث الحفرة خطأ في الطريق .

وإذا اجتمع خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير ، كما إذا سار السائق بسرعة كبيرة فعثر بحفرة أحدثها الغير خطأ في الطريق فانقلبت السيارة وأصاب شخصاً ثملاً كان يعبر الطريق ، كان السائق مسئولاً نحو المضرور عن ثلثي التعويض ، ويرجع بالثلث على الغير (١) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا فرض أن المضرور في حادث كان لديه استعداد من قبل (prédisposé) للمرض الذي أصابه بسبب هذا الحادث ، فيكفي أن يكون الحادث هو السبب الذي حرك هذا الاستعداد (prédisposition) حتى تقوم علاقة السببية بين الحادث والمرض ، فيلزم المتسبب في الحادث بتعويض الضرر (استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٥) .  
(١) تعدد الأخطاء الموجبة لوقوع الحادث يوجب مساءلة كل من اسهم فيها إيا كان قدر خطئه .  
(جلسة ١٩٩٣/٣/١٨ الطعن ١٧٥٨ السنة ٥٩ ق السنة ٤٤ ص ٨٣١)

السبب غير المألوف الذي لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضاً . أرأيت لو أهمل صاحب السيارة في المحافظة عليها فسرت منه ، وعدا بها السائق في سرعة كبيرة فدهس أحد العابرة ، فاجتمع سببان في إحداث الضرر هما خطأ صاحب السيارة وخطأ السارق ، ماذا يكون من هذين السببين هو السبب المألوف ؟ أليس هو خطأ السارق في أن يسير بسرعة كبيرة إذ هو الذي يحدث هذا الضرر في العادة ، وأليس خطأ صاحب السيارة في إهماله في المحافظة عليها حتى سرت منه وأن كان له دخل في إحداث الضرر إلا أنه سبب غير مألوف لا يحدث عادة هذا الضرر ؟ فخطأ السارق وحده هو السبب المنتج ، أما خطأ صاحب السيارة فسبب عارض . ويجب الوقوف عند السبب المنتج دون السبب العارض واعتبار صاحب السبب المنتج هو وحده المسئول . وفي مثل التمثل الذي دهسته السيارة المسرعة اجتمع سببان في إحداث الضرر : خطأ التمثل وخطأ السائق . وكلاهما سبب مألوف يحدث هذا الضرر عادة ، فهما سببان منتجان ، وصاحباهما مسئولان معاً . ومن ثم يكون السببان في هذا المثل منتجين وفقاً لنظرية السبب المنتج ، ومتكافئين وفقاً لنظرية تكافؤ الأسباب .  
ويتضح مما تقدم أن نظرية السبب المنتج هي النظرية الأخرى بالاتباع (١) (١)

٦٠٧ - الأثر الذي يترتب على تعدد الأسباب التي أحدثت الضرر : فإذا نحن عرفنا الأسباب التي أحدثت الضرر - سواء اهتمنا إلى هذه الأسباب عن طريق نظرية السبب المنتج أو عن طريق نظرية تكافؤ الأسباب - ووجدنا هذه الأسباب متعددة ، فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام في السبب الأجنبي أن هذا التعدد له أثر كبير في المسؤولية . ونستعرض في هذا

(١) أنظر في محول القضاء الفرنسي عن نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج ما زو ٢ مقبرة ٤٤٢-٢ .

(١) رابطة السببية في المسؤولية التقصيرية تقوم على الخطأ المنتج للضرر ، والخطأ المنتج هو ما كانت نتيجته لازمة في إحداث الضرر ولم يكن مجرد نتيجة لخطأ آخر ، فإذا ما تعددت هذه الأخطاء اعتبرتها مستقلة متساندة تنوزع المسؤولية عليها جميعاً ولا ينفرد بتحملها الخطأ الأكبر وحده ذلك أن قسمة محكمة النقض جرى على أنه مهما كانت جسامته الخطأ الأشد فإنه لا يستغرق غيره من الأخطاء المستقبلية إلا إذا كان كافياً لأحداث النتيجة بالصورة التي تمت بها مستغنياً بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى ، لما كان ذلك وكانت أحكام المسؤولية التقصيرية لا تفرق بين الخطأ العمدى والخطأ العمدى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى انتفاء مسؤولية المطعون ضده الثاني عن الخطأ العمدى على سند من إطلاق القول بأن الخطأ العمدى يستغرق حتماً الخطأ غير العمدى ورتب ذلك وحده القضاء برفض دعوى الطاعن قبل المطعون ضدهما الثاني والثالث حاجياً نفسه عن مدى أثر خطأ المطعون ضده الثاني في إحداث الضرر موضوع الدعوى ، يكون فضلاً عن تطبيق القانون . معياً بالقصور .  
(جلسة ١٩٨٦/٢/٦ الطعن ٦٤٧ لسنة ٤٥ ق)



## ٢ - تسلسل النتائج

### (أو تعاقب الأضرار والضرر غير المباشر)

٦٠٨ - التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج : ينبغي أن نميز تمييزاً دقيقاً بين حالة تعدد الأسباب التي عالجتنا فيما تقدم وحالة تسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار التي نعالجها الآن . ففي الحالة الأولى الضرر واحد لم يتعاقب ، والأسباب هي التي تعاقبت فتعددت . وفي الحالة الثانية السبب واحد لم يتعدد ، والأضرار هي التي تعاقبت عن هذا السبب الواحد فصارت أضراراً متعددة<sup>(١)</sup> . ففي إحدى الحالتين إذن السبب هو المتعدد ، أما الضرر فيبقى واحداً . وفي الحالة الأخرى الضرر هو المتعدد ، أما السبب فيبقى واحداً . وقد تمتزج الحالتان فتتعدد الأسباب وتتعاقد الأضرار ، فيعطى لتعدد الأسباب حكمه الذي قدمناه ، ويعطى لتعاقب الأضرار الحكم الذي سنبسطه فيما يلي :

٦٠٩ - أمثلة عملية لتسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار : يوجد مثل تقليدي في الفقه يوتبيه في الأضرار التي تتعاقب ، وهو مثل في المسؤولية العقدية ولكنه ينطبق أيضاً على المسؤولية التقصيرية : تاجر مواش يبيع بقرة موبوءة<sup>(١)</sup> ، فتعدى مواشى المشتري ، وتموت ويموت معها سائر المواشى ، فلا يتمكن المشتري من زراعة أرضه ، فيعوزه المال ، فلا يستطيع الوفاء بديونه ، فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها عليه بثمن بخس . فهذه أضرار متعاقبة يجز بعضها بعضاً : موت البقرة الموبوءة ، عدوى المواشى وموتها ، العجز عن الزراعة ، وفاء الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . ويرى يوتبيه بحق أن الأضرار المباشرة التي يجب التعويض عنها هي موت لبقرة الموبوءة وعدوى المواشى وموتها . أما الأضرار عن الزراعة وعن وفاء الديون والحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس ، فهذه أضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

وقد وقع في مصر ما يقرب من هذا ، فقضت فيه محكمة الاستئناف الوطنية بـ : «إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل القطار الذي كانت هذه الآلات مخصصة فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث ، كأن يقال الوابور كان معداً للتركيب على بئر ارتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بها» .

(١) أو يخلطها بمواشى الغير ، وهو عالم أنها موبوءة ، عن إهمال - وذلك حتى ينطبق المثل على التقصيرية .

(٢) في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/٥١ ص ٢٤٧ - أنظر أيضاً استئناف محكمة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٩ ص ٢٩ - وفي ٢٨ نوفمبر ١٨٩٧ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ - وفي ١٠ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٦ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٧ .

(١) يسأل مرتكب الخطأ عن الأضرار مهما تابعت وتفاقت متى كانت مباشرة وناشئة عنها . (جلسة ١٩٨٤/١/٥ الطعن ٣٢٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٤٣)

فتلفت زراعة صاحب البئر ، وكان أيضاً متعهداً بأن يروى لأصحاب الأطنان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر ، ثم إنه لم ينتفع أيضاً بالأرض التي حفر البئر فيها وبالأرض التي أعدها لوضع الوابور ألخ ألخ ، وأن المصلحة مستثولة عن تعويض كل هذه الأضرار .

وقد قضت محكمة النقض<sup>(١)</sup> كذلك بما يأتي : «... إذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطئها من سحب رخصة من متجر بالآثار ، وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته ، وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار ، ففضاؤه صحيح قانوناً»<sup>(٢)</sup> .

فهذه أمثلة عملية منتزعة من صميم الحياة المصرية نرى فيها الأضرار عن السبب الواحد تتلاحق وتتعاقد وتتسلسل . فأين نقف القاعدة التقليدية هي أننا نقف عند الضرر المباشر (dommage direct) فنعوض عنه . ونغفل الضرر غير المباشر (dommage indirect) فلا يجب له التعويض .

ولكن كيف نحدد ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر ؟

٦١٠ - معيار الضرر المباشر : يجب بادي الأمر التمييز ما بين الضرر المباشر (direct) والضرر المتوقع (prévisible) ، فالضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ممكن وقوعه ، فهو بهذه المثابة يكون ضرراً مباشراً<sup>(١)</sup> ، وقد فصلنا الكلام فيه في المسؤولية العقدية .

(١) في ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٠ ص ٧٤ - ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٧٦ مع تعليق الدكتور سليمان مرقص - أنظر كذلك محكمة طنطا في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٠٠ ص ٢٣٥ - استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢ - وفي ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٧ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٣ .

(٢) وقضى أيضاً بأنه إذا أرسلت شركة آلات زراعية إحدى آلاتها حديثة الاختراع إلى وكيل لها في الريف ، فأصاب هذه الآلة تلف بفعل أمين النقل ، ترتب عليه فشل التجربة التي أجراها الوكيل على مشهد من كبار المزارعين في بلده ، ورفض المشتري قبول هذه الآلة ، وعدول المزارعين عن شراء مثلها ، فإن أمين النقل لا يسأل إلا عن تلف الآلة باعتباره ضرراً مباشراً ، أما ما تلى ذلك من أضرار فيعتبر نتيجة غير مباشرة لخطأ أمين النقل (الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار ص ٥٩) .

(١) لما كانت محكمة النقض قضت بتاريخ ..... في الطلب ..... بالغاء القرار الجمهوري ..... فيما تضمنه من تخطي مورث الطالبه إلى درجة مستشار ، فإن وزارة العدل إذا اغفلت ترقبته بالقرار المذكور إلى هذه الوظيفة تكون قد ارتكبت خطأ ، وإذا ترتب على هذا الخطأ ضرر مادي لحق الطالبه يتمثل في عدم قبضه لحقوقه المالية في مواعيد استحقاقها ، وإذا تقدر هذه المحكمة من واقع ما هو ثابت بالأوراق التعويض الجابر لهذا الضرر المادي بمبلغ ٦٠٠ جنيه فإنه يتعين القضاء بالزام وزارة العدل بأن تدفع للطالب المبلغ المذكور .

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١١٣)

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٦ الطعن ٨٦٠ لسنة ٤٥ ق)

الاستئناف المختلطة<sup>(١)</sup>. فلنطبقه على الأمثلة العملية التي قدمناها .

البقرة المربوة التي نفقت بعد أن أعدت سائر المواشي فنفقت هذه أيضا ، أكان المشتري يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار ببذل جهد معقول ؟ ينظر في ذلك إلى الظروف الملازمة ، والظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك . فتعتبر هذه الأضرار أضرارا مباشرة . أما العجز عن الزراعة ،

= للتأخر فيه ، سواء أكان أساسه قوات هذا الكسب أو تحقق تلك الخسارة . ويراعى أن عبارة «النتيجة الطبيعية» أمعن في الدلالة على المقصود من عبارة «النتيجة المباشرة» التي استعملها التقنين المصري (القديم) مقتدياً في ذلك بكثير من التقنينات الأخرى . وقد بلغ من أمر إعراض التقنين اللبناني عن اصطلاح (النتيجة المباشرة) أن نص في المادة ٢٦١ على وجوب الاعتداد بالضرر غير المباشر كما يعتد بالضرر المباشر على سبيل التخصيص والإفراد متى كانت له صلة محققة بالتخلف عن الوفاء بالالتزام . وقد عنى المشروع بتحديد دلالة عبارة (النتيجة الطبيعية) ، تحديداً وافياً ، فنص في المادة ٢٩٩ على أنها تنصرف إلى الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه . وقد تقدم عند تفصيل أحكام الخطأ المشترك أن الدائن يقاسم مدينه تبعه الخطأ ، ويحتمل المسؤولية عن شق من الضرر إذا امتنع عن دفع هذا الشق متى كان في استطاعته أن يفعل ذلك ببذل قسط معقول من الحيطة . ومؤدى هذا أن نصيب المدين من تبعه الضرر ينحصر فيما لا يكون للدائن قبل بتوقيه على الوجه الذي تقدمت الإشارة إليه . وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المدين عن الوفاء بالالتزام (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٦٤ - ص ٥٦٥) .

(١) فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المبادئ المقررة أن من صدر منه خطأ لا يجب عليه التعويض إلا في حدود الأضرار التي كان لا يمكن لمن ارتكب ضده الخطأ أن يتوقاها بجهد . وعدم بذل هذا الجهد هو في ذاته خطأ يوجب المسؤولية . فإذا أبطلت إجراءات نزع الملكية على أساس أنها اتخذت على وجه غير قانوني ضد محجور عليه ، لم يجوز لورثة المحجور عليه مطالبة الدائن الذي اتخذ هذه الإجراءات بقيمة الثمرات التي انتزعت من مورثهم عن طريق الإجراءات الباطلة ، إذا كان من الثابت أن قيم المحجوز عليه ومن بعده الورثة ، وكانوا على علم بهذه الإجراءات ، أبطأوا في رفع دعوى البطلان ، فمكثوا بخطئهم هذا للضرر من أن يقع (استئناف مختلط في ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) - كذلك إذا أبطلت إجراءات نزع الملكية وحكم مرسى المزاد لعدم إنذار الحائز للعقار من جراء إغفال ذكر اسمه في الشهادة العقارية التي أعطيت للدائن الحاجز ، فلقلم الكتاب ، في الدفاع عن نفسه في دعوى تعويض ترفع عليه من الحائز عن المدة التي نزع منه فيها العقار ، أن يتمسك بأن الحائز كان على علم بالإجراءات التي اتخذت ، وبأنه إذا لم يكن ملزماً بتصحيح الإجراءات بأن يتصرف كما لو كان قد أُنذِر ، إلا أنه كان من الواجب عليه أن يتوقى الضرر الذي كان لابد أن ينجم من جراء نزع العقار من يده (استئناف مختلط في ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٥٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الطرف الذي يطالب بتعويض الضرر يجب أن يكون قد قام من جهته بكل ما هو ضروري لتوقى هذا الضرر (استئناف مختلط في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٤) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٣ - وفي ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ - محكمة مصر المختلطة التجارية في ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٣ ص ١٩٢ - محكمة المنصورة المختلطة الجزئية في ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ رقم ٨ ص ١١ .

ولكن لا يلام المضرور إذا هو لم يقبل إجراء عملية خطيرة مؤلمة ، ولا يحتج عليه بهذا الرفض للقول بأنه أخطأ في عدم تلافي الضرر الذي أصابه (استئناف مختلط في ٣ مايو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٦ ص ٢) .

ويمكن القول إن كل ضرر متوقع يكون ضرراً مباشراً ، ولكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضرراً متوقفاً ، فمن الأضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولا يمكن توقعه . فما هو إذن معيار الضرر المباشر ؟

تعرض الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من القانون المدني الجديد لهذه المسألة الهامة ،

فتقول :

«إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول»<sup>(١)</sup> .

فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية (normal) للخطأ الذي أحدثه ويبقى بعد ذلك أن نعرف ما الذي يعتبر نتيجة طبيعية . يقول النص : «ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول» . وهذا معيار يجمع بين الدقة والمرونة ، نراه لأول مرة في القانون المدني الجديد<sup>(٢)</sup> ، وإن كان يمكن استخلاصه من قضاة محكمة

(١) تاريخ النص : (الفقرة الأولى من المادة ٢١١ فقط - أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد سبق إيراد تاريخها عند الكلام في المسؤولية العقدية : أنظر آنفاً فقرة ٤٥١) : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

«إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويدخل في ذلك الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول» . وقد أقرت لجنة المراجعة النص كما هو وأصبح رقمه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨ من المشروع النهائي . وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة «ويدخل في ذلك الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن ...» عبارة «ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن ...» وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضي معياراً يسترشد به في تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهي في الوقت ذاته لا تقيد به هذا المعيار الذي نصت عليه المادة فلا مانع من أن يتخذ المشرع آخر إذا رأى ذلك . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . وكذلك وافقت لجنة الشؤون المدنية لمجلس الشيوخ على النص كما أقره مجلس النواب وأصبح رقمه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨ ووافق مجلس الشيوخ عليه . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٣ - ص ٥٦٦) .

ويقابل هذا النص في القانون المدني القديم المادتان ١٧٩/١٢١ من هذا القانون ، وكانا ينصان على ما يأتي : «التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب» . أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : «إن التعويض مقدراً في العقد (الشرط الجزائي) أو مقدراً بنص القانون (العوائد) تولى القاضي تقدير هذه التقدير ، كما هو الشأن في المسؤولية التقصيرية ، بمنصرين قوامهما ما لحق الدائن من خسارة من كسب . ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام» .

ومن اليسير تأصيله بأن المضرور إذا لم يبذل جهداً معقولاً في توقي الضرر يكون هو أيضاً قد أخطأ ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك ، وعلى المضرور أن يتحمل تبعه خطأه بتحمل الأضرار التي تنجم عن هذا الخطأ . فإذا جرح شخص آخر ، فالضرر المباشر الذي ينجم عن الجرح يتحملة المسئول ، والضرر غير المباشر الذي ينجم عن إهمال المضرور في علاج نفسه يتحملة المضرور .

وعن وفاء الديون ، وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس . فإن هذا كله كان في وسع المزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول ، إذ كان في استطاعته أن يعتمد إلى مواش أخرى يشتريها أو يستأجرها لزراعة أرضه ، فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التي أصابته من جراء موت المواشى ، ومن ثم تعتبر هذه الأضرار أضراراً غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

آلات الوابور التي تلفت بسبب الحادث الذي وقع للقطار ، أكان صاحبها يستطيع أن يتوقى تلفها ؟ ظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً يجب تعويضه . أما تعذر الانتفاع بالبيتر الارتوازية ، فتلف الزراعة ، والعجز عن رى الأطيان المجاورة ، وعدم الانتفاع بالأرض التي حفر البيتر فيها والأرض التي أعدت لوضع الوابور ، فكل هذه أضرار غير مباشرة إذ كان صاحب الأرض يستطيع أن يتفادها بالالتجاء إلى طريق آخر للرى (١)

سحب الرخصة خطأ من متجر يتجر في الآثار ، وما ترتب على ذلك من تحرير محضر مخالفة لصاحبه ، ومهاجمة منزله ، ونزع اللوحة المعلقة ، كل هذه أضرار مباشرة ، لأن صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول (٢)

ونرى من ذلك أن المعيار الذي أتى به القانون الجديد يستقيم في الأمثلة التي تقع في الحياة العملية ، وهو معيار يجمع كما رأينا بين الدقة والمرونة (٣)

(١) ويلاحظ أن العجز عن رى الأطيان المجاورة قد لا يكون ضرراً إذا اعتبر تلف آلات الوابور قوة قاهرة تصرف صاحب الأرض من التزامه برى هذا الأطيان . أما عدم الانتفاع بالأرض التي حفر فيها البيتر فقد يكون ضرراً مباشراً يعرض عنه ، إذا عدم صاحب الأرض الوسيلة للانتفاع بهذه الأرض عن طريق آخر . ويعتبر ضرراً مباشراً يعرض عنه الفرق في تكاليف الرى إذا كانت الطريقة التي لجأ إليها صاحب الأرض لرى أرضه أشد مؤونة ولم يكن في وسعه الالتجاء إلى طريقة أقل كلفة .

(٢) والآلة الزراعية حديثة الاختراع التي تلفت بفعل أمين النقل ، لم تكن الشركة تستطيع أن تلفها ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً . أما فشل التجربة ، وما ترتب على هذا الفشل من إضرار المشتري وكبار المزارعين عن شراء الآلة وأمثالها ، فإن هذا كله كانت الشركة تستطيع توقيه ببذل معقول لو أنها لم تعرض للتجربة هذه الآلة التالفة ، واستعاضت عنها بآلة صالحة ، فهذه إذن غير مباشرة .

(٣) وهو ، بعد ، ليس بالمعيار الوحيد ، فقد رأينا أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب في تقريرها : « وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضي معياراً يسترشد به في تقدير ما يعتبر طبيعياً لعدم الوفاء ، وهي في الوقت ذاته لا تقيده بهذا المعيار الذي نصت عليه المادة ، فلا يمكن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٦) . وهناك أحكام في قانونها هذا المعيار ، ومع هذا لا يوجد شك في أن الضرر غير مباشر . من ذلك ما قضت به المحكمة الاستئنافية المختلطة من أنه إذا رفضت الإدارة تجديد رخصة لإحدى شركات النقل وكانت قد رفضت تجديد الرخصة ، كانت مسؤولة عن تعويض هذه الشركة عما أصابها من ضرر ، ولكن مسؤولة عن تعويض ياتع عربات النقل إذا أصابه ضرر من جراء عدم تجديد الرخصة بقدر ما كان من المنتظر أن يعقدها مع الشركة التي لم تجدد رخصتها (استئناف مختلط في ٧ نوفمبر ١٩٢٢)

(١٩٤٠ م ٥٣ ص ٨) . ويلاحظ هنا أن الضرر المشكوك منه قد أصاب شخصين لا شخصاً واحداً: الشركة والضرر الذي أصابها ضرر مباشر ، وياتع عربات النقل والضرر الذي أصابه ضرر غير مباشر .

ويقع في أحوال أخرى أن يصيب الخطأ الواحد شخصين بالضرر . مثل ذلك أن يتسبب شخص في غرق شخص آخر ، فيتقدم شخص ثالث لإنقاذ الفريق فيفرق معه . فهل يرتكب الخطأ يكون مسئولاً أيضاً عن غرق المنقذ على أساس أن هذا الضرر إنما هو نتيجة مباشرة لخطئه ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يكون مسئولاً عن غرق المنقذ ، ولكن إذا تبين أن هذا قد خاطر مخاطرة غير مأكوفة (الارتفاع النبيل) لإنقاذ الفريق الأول ، كان هناك خطأ مشترك يترتب عليه تخفيض التعويض (استئناف مختلط في ٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١) - وقد وضعت المحكمة معياراً لمعرفة ما إذا كان الضرر مباشراً في مثل هذه الأحوال . فإذا كان تدخل الغير لإنقاذ شخص من خطر وضع فيه بخطأ المدعى عليه إنما هو اندفاع طبيعي من الغير أملاء قيام هذا الخطر ، كان الضرر الذي يصيب الغير من جراء تدخله ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه . وتنتقل المحكمة في هذا الحكم عن قضية إنجليزية معروفة (Wagner) (481 p. 45 Corp. Juris. C. Int. r. Co. contre Int. r. Co. عبارات الآنية : «الخطر يستدعي الإنقاذ . وصرخة الاستغاثة هي دعوة إلى النجدة . وليس القانون بالذي يتجاهل انفعالات العقل هذه عندما يربط التصرف بنتائجه ، بل هو يعترف بها نتائج مأكوفة ، ويضع ما يترتب عليها من أثر في حدود الأمور الطبيعية التي يغلب وقوعها . والخطأ الذي يهدد حياة بالخطر هو خطأ يرتكب ضد المصاب المهدد ، وهو في الوقت ذاته خطأ يرتكب ضد من يتقدم لإنقاذه . Danger invites rescue. The cry of distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences. It recognizes them as normal. It places their effects within the range of the natural and probable. The wrong that imperils life is a wrong to the imperiled victim; it is wrong also to his rescuer).

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تدخل شخص من تلقاء نفسه في عمل بقصد منع الضرر عن الغير ، كما إذا تدخل لوقف جواد جمع من سائقه ، فنتج عن تدخله ضرر لشخصه ، فإن من يكون مسئولاً عن الحادثة فيما لو وقع الضرر للغير ، يكون مسئولاً أيضاً عن الضرر الذي أصاب ذلك الشخص ، وليس له أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بدعوى أن ذلك الشخص أخطأ في تدخله في الحادثة إذا كان هذا التدخل حصل بقصد القيام بعمل إنساني (استئناف وطني في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٥ ص ١٧٥) .

ويلاحظ أننا نبحت هنا في علاقة المسئول عن الخطأ بالغير الذي يتقدم لإنقاذ المضرور . أما في علاقة هذا الغير بالمضرور نفسه ، فالغير فضولي بالنسبة إليه ، وله طبقاً لقواعد الفضالة أن يرجع عليه بما يصيبه من ضرر (أنظر في موضوع من يتقدم للإنقاذ sauveur مازو ٢ فقرة ١٤٩٩ وهو بوجه النظر إلى أن المنقذ قد يتقدم للإنقاذ عن رعونة ، فيكون هذا محل اعتبار) .



## المبحث الأول

### دعوى المسؤولية

(Action en responsabilité)

٦١٢ - مسائل أربع : نستعرض المسائل الأربع الآتية (١) طرفي الدعوى : المدعى والمدعى عليه (٢) الطلبات والدفع ، ويدخل في ذلك تقادم دعوى المسؤولية (٣) الإثبات : عبؤه ووسائله (٤) الحكم الصادر في دعوى المسؤولية وطرق الطعن فيه ، وبخاصة طريق النقض .

## المطلب الأول

### طرفا الدعوى

#### ١ - المدعى

٦١٣ - المدعى هو المضرور : المدعى في دعوى المسؤولية هو المضرور . وهو الذي يطالب بالتعويض . فغير المضرور ليس له حق في التعويض . والمضرور ، هو أو نائبه أو خلفه ، يثبت له هذا الحق . ويثبت الحق لكل مضرور . فالمدعى أذن هو المضرور ، ولكل مضرور ، ولا أحد غير المضرور (١) .

(١) أ - يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الاخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً فإن أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر ، فلا بد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الاخلال بها ضرراً أصابه .

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ الطعن ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٩٤١)

ب - مفاد نص المادة ٢٢٢ من القانون المدني أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره إلا أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره أو أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلاً أمام القضاء مطالباً بالتعويض ، أما الضرر الأدبي الذي أصاب ذوي المتوفى فلا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية .

(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن ٧٠٣ لسنة ٤٣ ق س ٣٢ ص ١٠٢٣)

ج - ليس في القانون ما يمنع من أن يكون المضرور من الجريمة أي شخص ولو كان غير المجنى عليه ، ما دام قد ثبت قيام هذا الضرر وكان ناجماً عن الجريمة مباشرة .

(جلسة جنائي ١٩٥٤/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٣٠٠)

ونستخلص من ذلك أن الأضرار المباشرة ، أي الأضرار التي تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثها وهي التي كان المضرور لا يستطيع توقيها يبذل جهد معقول ، هي وحدها التي تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ (١) . أما الأضرار غير المباشرة ، وهي التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر ، فتقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ ، ولا يكون المدعى عليه مسئولاً عنها .

## الفرع الثاني

### آثار المسؤولية

٦١١ - دعوى المسؤولية وجزاؤها (التعويض) : إذا توافرت أركان المسؤولية - خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما - تحققت المسؤولية ، وترتبت عليها آثارها ، ووجب على المسئول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطأه .

فالتعويض إذن هو الحكم الذي يترتب على تحقيق المسؤولية ، وهو جزاؤها . ويسبق ذلك دعوى المسؤولية ذاتها ، ففي الكثرة الغالبة من الأحوال لا يسلم المسئول بمسئوليته ، ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى .

فنستعرض في مبحثين متعاقبين : (١) دعوى المسؤولية (٢) وجزاء المسؤولية (التعويض) .

(١) أ - المدعى في المسؤولية العقدية لا يلزم في غير حالاتي الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة ، وذلك عملاً بالمادة ١/٢٢١ من القانون المدني ، والضرر المتوقع يقاس بمعايير موضوعية لا بمعيار شخصي بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدعى ، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدعى بالذات .

(جلسة ١٩٧٠/٣/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١٢٠٨)

ب - ولا يكفي توقع سبب الضرر فحسب بل يجب أيضاً توقع مقداره ومداه .

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٦١٦)

(جلسة ١٩٧١/٤/٤٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١١٧٢)

(جلسة ١٩٧٥/٥/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٠٧٨)

ج - طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع الحصول ، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء أكان متوقعاً أو غير متوقع .

(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١٠٠٩)

٦١٤ - التبرع بالتعويض لجهة خيرية : بديهى أن غير المضرور لا يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه <sup>(١)</sup> . ولكن يقع كثيراً - وبخاصة في الأضرار الأدبية - أن يعلن المضرور عن رغبته في النزول عما يحكم له به من تعويض لجهة خيرية أو لمؤسسة تعمل للمصلحة العامة . والمحظور أن يطلب المضرور من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة . ولا تستطيع المحكمة في هذه الحالة أن تجيبه إلى هذا الطلب ، لأن الجهة الخيرية التي عينها المضرور لم يصبها أى ضرر ، فلا يجوز الحكم لها مباشرة بتعويض . أما إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض لنفسه وأعلن في الوقت ذاته عن رغبته في النزول عن هذا التعويض لجهة خيرية ، فلا شيء يمنع من ذلك . ويجوز أن يشير الحكم إلى هذا الأمر ، ولا يكون في هذه الإشارة مخالفة للقانون تستوجب نقض الحكم <sup>(٢)</sup> .

فإذا وقع ذلك ، بقى أن نعرف هل تكسب الجهة الخيرية حقاً قبل المضرور في أن ينزل لها عن التعويض الذى قضى له به ؟ إذا طبقنا القواعد العامة ، رأينا أن المضرور لا يلتزم بإرادته المنفردة نحو الجهة الخيرية ، لأن الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا في أحوال منصوص عليها ، ليست هذه الحالة منها . ولكن يجوز أن يعتبر إعلان المضرور رغبته في النزول عن التعويض للجهة الخيرية إيجاباً منه يعد فيه بهبة حق ثابت له ، ستقوم المحكمة بتحديد مقداره . فإذا قبلت الجهة الخيرية هذا الإيجاب أصبح المضرور ملتزماً بهذا الوعد بالهبة ، مع مراعاة أن الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية (م ٤٩٠ من القانون المدنى الجديد) <sup>(٣)</sup> (١) .

ب - حق التعويض للمضرور :

٦١٥ - المضرور أو نائبه : المضرور هو الشخص الذى يحق له أن يطالب بالتعويض . ويقوم نائبه مقامه فى ذلك .

ونائب المضرور ، إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، هو القيم . وإذا كان مفلساً ، هو السنديك . وإذا كان وقفاً ، هو ناظر الوقف . وإذا كان رشيداً ، فنائبه هو الوكيل .

٦١٦ - خلف المضرور : بقى الخلف ، عاماً كان أو خاصاً . وهؤلاء هم الوارث والدائن والمحال له . وهنا يجب التمييز بين التعويض عن الضرر المادى والتعويض عن الضرر الأدبى .

فإذا كان التعويض عن ضرر مادى - تلف مال أو إصابه فى الجسم أعجزت عن العمل - فإن الحق فى التعويض ، وقد ثبت للمضرور ، ينتقل منه إلى خلفه . فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذى كان مورثه يطالب به لو بقى حياً <sup>(١)</sup> . ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة <sup>(٢)</sup> . ويستطيع المضرور أن يخول حقه فى التعويض إلى شخص آخر فينتقل هذا الحق إلى المحال له <sup>(٣)</sup> .

(١) وينتقل حق التعويض إلى الورثة ، كل بقدر نصيبه فى الميراث (محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٣ المحاكم ١٥ ص ٣١٩٢ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ - وفى ١٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٠ ص ٥١ - محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٦ سبتمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ٧) .

وغنى عن البيان أن الوارث له دعويان : الدعوى التي يرثها عن المضرور فيرفعها بوصفه خلفاً ، ودعواه الشخصية ن الضرر الذى أصابه مباشرة ويرفعها بوصفه أصيلاً .

(٢) ودائن المضرور عندما يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يكون نائباً عن مدينة (م ٢٣٦ من القانون المدنى الجديد) . فالأولى أن يقال أن دائن المضرور نائب لا خلف . ولكن الدائن يوضع عادة مع الخلف .

(١) إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بان اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال فإنه يكون قد حاق به عند وفاته حقاً متمثلاً فى حرمانه من الحياة وينتقل الحق فى جبره تعويضاً إلى ورثته .

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٣ الطعن ١٤٦٦ لسنة ٤٨ ق ٤٨ ص ٣١ ص ٢٥٥)

(جلسة ١٩٧٤/٣/٧ الطعن ٤ لسنة ٤٣ ق ٤٣ رجال قضاء ص ٢٥ ص ٦٠)

(٣) وقيل أن نرك التعويض عن الضرر المادى نعرض لحالة خاصة : إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بان اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال ، فهل يجوز للوارث أن يطالب بالتعويض بوصفه خلفاً للمضرور؟ وهل يجوز القول إن الموت ضرر مادى يصيب الميت؟ لا شك =

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه إذا خالف أحد المزارعين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٧ الذى حرم زراعة أكثر من الثلث قطعاً ، وجنى محصول القطن المنزوع فيما زاد على الثلث وباعه ، فليس لدى لوزارة الزراعة أن تطالبه بدفع ثمن هذا القطن إليها ، لأنها لم يصبها ضرر معين ، والضرر الذى أصاب المصلحة العامة يكفى فيه العقاب الجنائى وتقليع الزائد من القطن (استئناف أسيوط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧٧٤/٢/٣٨٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة للمجنى عليه بالتعويض على أساس أنه طلبه لنفسه مقابل الضرر الذى لحقه من الجريمة ، قائلة : إنه وإن كان قد ذكر أنه مستعد بعد الحكم للتعويض بالمبلغ الذى يحكم له به لجهات الخير ، فإنها مع ذلك تقضى له به ، وهو شأنه فيه بعد الحكم ، فإنها منها لا شائبة فيه (نقض جنائى فى ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٦ ص ٥٢٠) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ - وفى ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٠٥ .

(٣) أنظر عكس ذلك مازو ٢ فقرة ١٨٦٨ ص ٦٩٦

(١) لا يوجد فى القانون المصرى ما يحرم الحكم بتحويل المبلغ المقضى به كتعويض للمدعى بالحقوق إلى جمعية خيرية .

(نقض جنائى فى ١٠/٢١/١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية الجنائية خلال ٢٥ عاماً ص ٦٢٨)

### ج - حق التعويض لكل مضرور :

٦١٧ - تعدد المضرورين : قد يتعدد المضرورون من الخطأ الواحد، ويكون كل مضرور قد أصابه ضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب الآخر . مثل ذلك حريق تنشب بخطأ شخص فتحرق منازل عدة ، فصاحب كل منزل قد أصابه بسبب هذه الحريق ضرر مستقل عن الأضرار التي أصابت أصحاب المنازل الأخرى .

وقد يصيب الخطأ الواحد بالضرر شخصين أو أكثر ، ولكن الضرر الذي أصاب أحدهم يكون نتيجة للضرر الذي أصاب الآخرين . مثل ذلك أن يقتل شخص آخر خطأ ، ويكون للمقتول قريب يعوله ، فخطأ القاتل أصاب المقتول بالضرر ، وأصاب بالضرر أيضاً من كان المقتول يعوله . والضرر الثاني ليس إلا انعكاساً للضرر الأول ، فهو نتيجة له (١) . والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن الأضرار في الحالة السابقة كان كل ضرر منها مستقلاً عن الأضرار الأخرى ، أما في الحالة التي نحن بصددنا فالأضرار تتصل فيما بينها اتصال السبب بالمسبب .

وفي الحالتين - سواد كانت الأضرار مستقلة بعضها عن بعض أو كانت بعضها لبعض سبباً - يكون لكل مضرور دعوى شخصية مستقلة يرفعها باسمه خاصة دون أن يتأثر بدعوى الآخرين . ولا تضامن ما بين المضرورين ، بل يقدر القاضي تعويض كل منهم على حدة .

٦١٨ - الضرر الذي يصيب الجماعة : وقد يقع الضرر على جماعة ، لا على فرد أو أفراد متعددين ، فمن عسى أن يكون المضرور في هذه الحالة ، هل هم الأفراد الذين تتكون منهم الجماعة ، أو هي الجماعة ذاتها ؟ يجب التمييز هنا بين ما إذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، أو كانت لا تتمتع بهذه الشخصية .

فإذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، كشركة أو جمعية أو نقابة أو شخص معنوي عام . وجب التمييز بين المصلحة الفردية (intérêt individuel) لأي فرد من الأفراد التي تتكون منها هذه الجماعة ، والمصلحة الجماعية الشخصية (intérêt social personnel) للشخص المعنوي ذاته ، والمصلحة الجماعية العامة (intérêt collectif) التي يقوم عليها هذا الشخص المعنوي باعتباره متممياً إلى حرفة معينة . ولنضرب لذلك مثلاً النقابة - نقابة المحامين أو نقابة الأطباء أو نقابة المهندسين أو نقابة من نقابات العمال أو أصحاب العمل أو أية نقابة أخرى - فكل عضو في هذه النقابة له مصلحة فردية يحميها القانون ، فإذا وقع اعتداء على هذه المصلحة كان لهذا الفرد المضرور دعوى شخصية قبل المسئول ، كما إذا منعت نقابة أحد أعضائها من ممارسة مهنته دون حق فيجوز لهذا العضو أن يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية . وللنقابة كشخص معنوي مصالح جماعية شخصية ، فهي تملك

(١) ويقول الفرنسيون إن الضرر الثاني هو ارتداد للضرر الأول ، فهو ضرر مرتد (par ricochet) ، أنظر في التعويض عن الضرر المرتد تعليق الدكتور سليمان مرقص المشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول .

أما إذا كان التعويض عن ضرر أدبي ، فإنه لا ينتقل إلى خلف المضرور إلا إذا تحددت مقتضى اتفاق ما بين المضرور والمسئول أو طالب به المضرور أمام القضاء (م ٢٢٢) . وقد تم بيان ذلك بالتفصيل عند الكلام في الضرر الأدبي وكيف ينتقل التعويض عنه إلى الغير . أما تحدد التعويض عن الضرر الأدبي على هذا النحو ، بالتراضي أو بالتقاضي ، أمكن أن نقل حق التعويض إلى الوارث ، وجزاز للدائن المضرور أن يطالب به عن طريق الدعوى غير شرية (١) ، وصح للمضرور أن يحوله إلى الغير (٢) .

في ذلك ، فقد فقد الميت أتمن شيء مادي يملكه وهي الحياة . ولا يقال إن كل نفس ذائقة الموت وإن الموت ضرر لا مفر منه وهو قدر محتوم ، ذلك أن المضرور لا يشكو من الموت في ذاته ، بل يشكو من أنه مات موتاً غير طبيعي ، وهذا ضرر لا شك فيه . ولا يقال كيف يضار الميت بالموت ، أقبل الموت وهو لما يموت ، أم بعد الموت والميت لا يجوز عليه الضرر! ذلك أن الميت قد أحاق به الضرر ، لا قبل الموت ، ولا بعد الموت ، ولكن عند الموت . ويتبين من ذلك أن هناك ضرراً مادياً أصاب الميت ، فللوارث أن يطالب مكانه بتعويض هذا الضرر ، وكذلك للدائن أن يطلب تعويضاً باسم مدينة الميت (أنظر في هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٩١٢ - وانظر : نقض جنائي في ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ - المحاماة ٢٦ رقم ٢١٢ ص ٥٦٥ وتعليق الدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول) .

ولا يقال إن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المدين ، فلا يجوز للدائن أن يطالب به باسم مدينة . فإن هذا يصح قبل أن تظهر إرادة المدين قاطعة في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي . ما وقد ظهرت في صورة اتفاق مع المسئول أو بالمطالبة القضائية ، فقد أصبح حق التعويض حقاً مالياً كسائر الحقوق المالية ، ينتقل إلى الوارث ، ويجوز للدائن استعماله .

ولكن لا يجوز للمضرور ، قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية ، أن يحول حقه إلى الغير ، لأن الحق لا يكون عندئذ قابلاً للانتقال . على أنه إذا فعل المضرور ذلك بعد أن قدر مبلغ التعويض ، وقبل المسئول هذه الحوالة ، فإن هذا القبول يعتبر اتفاقاً بين المسئول والمضرور على مبدأ المسؤولية ومبلغ التعويض ، فيصبح الحق في التعويض قابلاً للتحويل ، وتصح الحوالة في هذه الحالة .

أما التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن موت المورث فوراً عند الاعتداء على حياته ، فلا يتصور انتقاله إلى الورثة ، لأن المورث مات في الحال ، فلم تنح له فرصة الاتفاق مع المسئول ، ولم يتسع الوقت للمطالبة القضائية . وقد يصيب الضرر الأدبي الميت بعد موته في ذكراه ، فيعمد شخص إلى النيل من سمعته ، فلا يمكن أن يقال في هذه الحالة إن الميت قد أصابه ضرر من جراء ذلك ، لا الأموات لا يتضررون . ويترب على ذلك أنه لا يتصور في هذه الحالة انتقال حق في التعويض من الميت إلى ورثته ، لأن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلى الوارث فحسب بل أيضاً لأن الضرر منتف عن الميت بعد موته . ولكن قد يتأذى الوارث شخصياً من جراء النيل من سمعة مورثه ، فيجوز له عندئذ أن يطالب بوصفه أصيلاً بتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه . ويجب في اعتبار هذا الضرر الأدبي التوفيق بين واجبين يلزمان من نال من سمعة الميت : واجبه كمؤرخ يسرد الحقائق على وجهها الصحيح ، واجبه كعالم للتاريخ ، وواجبه في ألا ينال من سمعة الأحياء من جراء قدحه في سيرة الأموات دون مبرر . في هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٩٢٢ - فقرة ١٩٢٩ .



مالا ولها نشاط مهني وتعاقد وتمارس اختصاصاتها المختلفة ، فإذا وقع اعتداء على مصلحة شخصية لها من هذا القبيل ، كانت النقابة كشخص معنوي هي المضرور ، كما إذا ارتكب أحد مديري النقابة خطأ في إدارته سبب خسارة للنقابة ، وفي هذه الحالة ترجع النقابة بالتعويض على المسئول ، ولا يجوز لأي عضو من أعضاء النقابة أن يعتبر نفسه هو المضرور فيرجع بصفته الشخصية على المسئول (١) . والنقابة كشخص معنوي يعهد إليه القانون بالدفاع عن المصالح العامة لمهنة معينة لها أن ترجع على أي شخص اعتدى على هذه المصالح العامة ، ولو لم تكن لها في ذلك مصلحة شخصية . فنقابة للعمال لها أن ترجع على صاحب عمل لم يراع قوانين العمل في مصنعه ، بأن جعل العمال يعملون أكثر من الساعات المقررة للعمل ، أو استخدم الصبية أو النساء دون أن يراعى القيود التي قررها القانون ، حتى لو لم يكن العمال أو الصبية أو النساء الذين استخدمهم صاحب العمل أعضاء في النقابة ، إذ النقابة هنا تمثل المصالح العام لجميع العمال سواء كانوا داخلين في عضويتها أو غير داخلين . أما إذا كان العمال داخلين في عضويتها ، فإنها تكون بذلك قد توفرت لها على مصلحة عامة للمهنة فحسب ، بل أيضا على مصلحة جماعية شخصية ، وكلتا المصلحتين تبرر رجوعها على صاحب العمل . ويقام المصلحة الجماعية العامة يتحقق بالنسبة إلى النقابات دون الشركات والجمعيات ، فإن هذه لا تمثل المصالح العامة للمهنة أو للطائفة التي تنسب إليها . أما الأشخاص المعنوية العامة ، كالدولة والمحافظات والمحليات والقرى ، فتختلط بالنسبة إليها المصالح الشخصية بالمصالح العامة ، إذ الدولة تمثل مجموع السكان فمصالح هذا المجموع وهي المصالح العامة هي أيضا المصالح الشخصية للدولة ، والمحافظات تمثل مجموع سكان المحافظة فمصالح هذا المجموع هي المصالح العامة والمصالح الشخصية للمحافظة في وقت واحد . وهكذا قل عن سائر الأشخاص المعنوية العامة (٢) .

## ٢ - المدعى عليه

٦١٩ - المدعى عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه : المسئول هو الذي يكون مدعى عليه في دعوى المسؤولية ، سواء كان مسئولا عن فعله الشخصي أو مسئولا عن غيره أو مسئولا عن الشيء الذي في حراسته . ويجوز رفع دعوى المسؤولية على المسئول عن الغير وحده دون إدخال المسئول الأصلي ، وما على المسئول الذي رفعت عليه الدعوى إلا أن يدخل المسئول الأصلي ضمناً .

ويقوم مقام المسئول نائبه . فإذا كان المسئول قاصراً ، كان نائبه هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، كان النائب هو القيم . وإذا كان مفلساً ، فأمين التفليسة . وإذا كان وقفاً ، فالناظر . وإذا كان رشيداً بالغاً ، فالوكيل .

ويحل محل المسئول خلفه . والخلف هنا هو أولاً الوارث . ولما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون ، فالتركة تكون هي المسئولة بعد موت المسئول ، وأي وارث يمثل التركة في دعوى المسؤولية ، وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم ، فيحكم له بالتعويض قبل من رفع عليه الدعوى ، ويتقاضى حقه كاملاً من التركة . ويجوز أيضاً أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين ، كما إذا باع صاحب المتجر متجره واشترط على المشتري أن يفي بجميع الديون التي تثبت في ذمة المتجر ويكون من هذه الديون تعويض لمتجر آخر بسبب منافسة غير مشروعة . فيكون المدعى عليه في هذه الحالة هو المشتري للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً للمسئول ، وقد انتقل إليه دين التعويض عن طريق الحوالة ، وحوالة الدين جائزة في القانون المدني الجديد (٣) . ولا يتصور هنا أن يكون المدعى عليه هو دائن المسئول كما تصورنا ذلك في المدعى ، فإنه إذا كان للدائن أن

(١) أنظر في القضاء الفرنسي وتضارب أحكامه ما زو ٢ فقرة ١٨٧٨ - ٧ إلى فقرة ١٨٧٨ - ١٤ - وأنظر في تدخل النقابات أمام القضاء الإداري فالين في الرقابة القضائية على الإدارة - القاهرة سنة ١٩٤٩ ص ١١٤ - ص ١١٥ .

(٢) وكذلك الحال في النقابات الإجبارية ، كنقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة المهن الهندسية ، ففي النقابات التي تجمع إجبارياً جميع رجال المهنة تختلط المصالح الشخصية للنقابة بالمصالح العامة للمهنة .

(١) أنظر في موضوع الضرر الذي يصيب الجماعة ما زو ٢ فقرة ١٨٧٨ - فقرة ١٨٩٩ .

(٢) ويلاحظ أن المشتري في هذا المثل هو خلف خاص للبائع بالنسبة إلى المتجر ، وخلف خاص للمدين (وهو البائع) بالنسبة إلى الدين المحال به . وترفع عليه دعوى المسؤولية باعتباره خلفاً خاصاً للمدين . أما إذا لم تكن هناك حوالة للمدين ، فلا يكون مشتري المتجر ملزماً به ولو أنه خلف خاص بالنسبة إلى المتجر (أنظر في هذا المعنى : استئناف مختلط في ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٣ - وفي ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٠ - بلائيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٦٠) .

يستعمل حقوق مدينه فليس عليه الوفاء بالتزامات المدين (١) . وإذا كان المسئول شخصاً معنوياً وانحل ، فجميع ما له بعد التصفية يكون مسئولاً عن التعويض (٢)

٦٢٠ - تعدد المسئولين : سبق أن ذكرنا أن المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد قضت بأنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر (١) وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض . فتعدد المسئولية يجعل كل مسئول مدعى عليه ، ويجعلهم جميعاً متضامنين في المسئولية (٢) . وما داموا متضامنين فإن المدعى يستطيع أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقصر الدعوى عليه دون غيره ، ويطلبه بالتعويض كاملاً (٣) (٤) . ذلك أن التضامن يقضى بأن كلا منهم يكون مسئولاً قبل المضرور عن

(١) ويجوز للدائن في دعوى المسئولية أن يرجع على مدين المسئول بالدعوى غير المباشرة ، ولكن الرجوع في هذه الحالة لا يكون بدعوى المسئولية ذاتها . كما يجوز للدائن أن يحجز تحت يد مدين المسئول حيز ما للمدين لدى الغير .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٩٩٩ .

(٣) ومبدأ المسئولية بالتضامن إذا تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع قرره القانون القديم في المادتين ٢١١/١٥٠ كما قدمنا : نقض جنائي في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٢٧ ص ٦٥ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥٤ ص ١١١ - وفي ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ ص ٧٠ - استئناف وطني في ٨ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٦ (يصح عدم إدخال التابع في الدعوى مع المتبوع إذ هما مسئولان بالتضامن) - استئناف مختلط في ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٩٦ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤١ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ - وفي ٣ فبراير ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢٧ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ - وفي ١٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٨ .

ويقول دي هلتس (Respons. No. 55) إن التضامن قائم حتى لو لم يذكر في الحكم لأن مصدره القانون . ولكن محكمة مصر الكلية الوطنية قضت بأنه إذا حكم بالتعويض وأغفلت المحكمة ذكر التضامن ، فلطالب التعويض أن يطلب منها تفسير الحكم والنص على التضامن لمنع الإشكال في التنفيذ (٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٥١ ص ٣٤٤) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى المدني رفع دعواه المدنية أمام محكمة أول درجة على المتهم هو وآخر ، فقضت المحكمة بالحكم على الطاعن بالعقوبة والتعويض المدني ، وبرت المتهم الآخر ورفضت الدعوى المدنية قبله ، فلم يستأنف المدعى المدني واستأنفت النيابة ، فقضت المحكمة الاستئنافية بإدانة المتهم الآخر المحكوم ببراءته ابتدائياً وأيدت الحكم الابتدائي على الطاعن ، ولما لم تكن الدعوى المدنية قد استؤنفت أمامها بالنسبة إلى هذا الآخر فلم يكن هناك سبيل للمحك عليه بشئ من هذا التعويض ، وليس هناك ما يمنع قانوناً من إلزام الطاعن وحده بتعويض كل الضرر الناشئ عن ارتكابه الجريمة ولو ارتكبها مع غيره (نقض جنائي في ١٦ فبراير سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٧٠ ص ٨٤) .

(١) التضامن في التعويض في القانون معناه أن يكون كل من المطالبين ملزماً للطالب واحداً أو أكثر بكل المبلغ المطلوب .

(جلسة ١٩٥٩/١/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٩١)

(٢) توجيه زوجة القاتل دعواها المدنية على المتهم بالقتل وعلى شريكه معناها أن أساس دعواها هو

التعويض كله ، ثم يرجع من دفع التعويض على الباقي كل بقدر نصيبه بحسب جسامته الخطأ أو بالتساوي على النحو الذي قدمناه .

ويجب حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين أن تتوافر شروط ثلاثة :

١ - أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ (١) . فلا تكون ورتة المسئول متضامنين إلا باعتبار أن التركة هي المسئولة ، أما هم فلا تضامن بينهم لأن أحداً منهم لم يرتكب خطأ ، بل المورث هو الذي صدر منه الخطأ .

٢ - أن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سبباً في إحداث الضرر . فإذا أطلق جماعة من الصيادين خطأ بنادقهم في وقت واحد ، فأصيب أحد العابرة برصاصة من أحدهم ، فإن الباقي لا يكونون مسئولين معه بالتضامن لأن الأخطاء التي وقعت منهم لم تكن سبباً في إحداث الضرر ، بل لا يكونون مسئولين أصلاً لأنهم لم يحدثوا ضرراً ما .

٣ - أن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر اذى أحدثه الآخرون ، أي أن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد (١) . فإذا سرق أحد اللصوص

= انهما اشتركا في احداث ضرر واحد هو الذي تطلب تعويضه وليس معناه أنها تنسبه إلى كل منهما أن الضرر الذي أحدثه بفعل يغاير الضرر الذي أحدثه زميله ، فكل منهما اذن يكون ملزماً بتعويض الضرر على أساس أنه مسئول عنه كله ، فإذا ما يرى احدهما لعدم ثبوت أنه له دخلا في احداث الضرر فإن مساءلة الآخر عن التعويض كله تكون قائمة وداخله في نطاق الطلب الأصلي وان لم يكن مصرحاً فيه بالتضامن بين المدعى عليهما .

(جلسة ١٩٤٥/١٢/٢٤ مجموعة القواعد الجنائية خلال ٢٥ عاما ص ٦٢١)

(١) وقد يكون أحد المسئولين أحدث الضرر كله والآخر لم يحدث إلا بعضه ، فيكونان مسئولين بالتضامن في البعض الذي اشتركا فيه ، وينفرد الأول بالمسئولية عما استقل بإحداثه . مثل ذلك مخفى بعض الأشياء المسروقة ، تقتصر مسئوليته بالتضامن مع السارق على مقدار ما أخفى (نقض جنائي في ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ ص ٧٠ - وانظر أيضاً محكمة مصر الابتدائية المختلطة في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٧٤) .

أما إذا لم يثبت أن الضرر واحد ، كله أو بعضه ، فلا تضامن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة هي أن أحد المتهمين ضرب المجنى عليه فأصاب موضوعاً من جسده ، والآخر ضربه فأصاب موضوعاً آخر منه ، وكانت الدعوى لم ترفع على أساس اتفاق أو إصرار سابق من المتهمين على الاعتداء ، فإنه يجب إذا كانت المحكمة ترى الحكم عليهما بالتضامن في التعويض أن تبين في حكمها الأساس الذي تقيمه عليه بما يتفق والأصول المرسومة له في القانون ، فتذكر وجه مساءلة كل من المحكوم عليهما عن الضرر الناشئ من الضربتين مجتمعين لا عن الضربة الواحدة التي أحدثتها هو . فإذا هي لم تفعل ولم تتعرض للتضامن ، فإن المسئولية لا تكون تضامنية ولا تصح مطالبة كل منهم إلا بنصف المبلغ المحكوم به عليهما فقط (نقض جنائي في ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ المحاماة ١٧ رقم ١٠٣ ص ٢٥٤) .

(١) التضامن في التعويض بين الفاعلين الذين اسهموا في احداث الضرر واجب بنص القانون ما دام قد ثبت من الحكم اتحاد أراذتهم وقت الحادث على إيقاع الضرر بالمجنى عليه .

(جلسة جنائي ١٩٨٥/٦/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٧٦)

كون أحدهما عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامة الأخطاء فيقترن خطأ جسيم بخطأ  
 سير ومع ذلك يكون صاحب الخطأ اليسير متضامناً مع صاحب الخطأ الجسيم ، وقد تختلف  
 طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثاني مدنياً ، أو يكون أحدهما عملاً  
 يكون الآخر امتناعاً عن عمل . مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً فيدخل  
 من ويسرق المنزل ، ففي هذه الحالة يكون الخادم واللص متضامنين على اختلاف ما بين  
 خطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائياً والآخر مدني ، وأحدهما عمل  
 الآخر امتناع عن عمل . وقد تكون الأخطاء كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً

= رقم ٢٢٤ ص ٥٤٣ . وانظر أيضاً نقض جنائى في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٢٢ ص  
 ٤٩ . وقد يكون أحد الخطأين جنائياً قتل والخطأ الآخر جنحة ضرب ، وقد قضت محكمة النقض بأن  
 المسئولين متضامنون سواء فيهم من حكم عليه بجناية القتل أو من حكم عليه بجنحة الضرب (نقض  
 جنائى في ١٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧ ص ٩ - استئناف مصر الوطنية في ٨ ديسمبر سنة  
 ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢/٣١٩ ص ٤٩٠) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تطابقت  
 إرادة اثنين فأكثر على إيذاء إنسان والتعدى عليه ، فضربه بعض وقتله بعض ، كانوا مسئولين بالتضامن  
 لورثته عن التعويض ، ومتساوين فى المسئولية المدنية ولو لم يتعادلوا فى المسئولية الجنائية ، وكان فعل  
 أحدهم جنائياً وفعل الباقيين جنحة (١٤ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٠ ص ١١٤٦) . وقد لا  
 يعرف من من المسئولين هو الذى قتل ومن منهما اقتصر على الضرب ، فيكونان بالأولى متضامنين ، وقد  
 قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت بالحكم أن المتهمين وفريقهما حضروا معاً محل الحادثة ،  
 وكان كل منهم عاقداً النية على الاعتداء على فريق الجنحى عليه بسبب مضاربة سابقة وقعت بين بعض  
 أفراد الفريقين ، وتنفيذاً لهذا الغرض ضرب كل من المتهمين بحضور الآخر وعلى مرأى منه الجنحى عليه  
 المذكور فأحدثا به الإصابات التى أدى بعضها إلى وفاته ، فالقضاء عليهما متضامنين بالتعويض للمدعى  
 بالحق المدنى عن وفاة الجنحى عليه لا مخالفة فيه للقانون ، لأن كلا منهما يعتبر مسئولاً من الوجهة  
 المدنية عن الوفاة ، ولو أن المحكمة لم تستطع تعيين من منهما أحدث الإصابات التى نشأ الموت عنها  
 (نقض جنائى فى ٢ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠ ص ٣٣ - أنظر أيضاً نقض جنائى فى ١٧  
 مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨ ص ٤١) . وقد يبرأ أحد المتهمين من التهمة الجنائية ومع ذلك  
 يبقى متضامناً مدنياً مع المتهم الذى أدين جنائياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كنت المحكمة برأت  
 المتهم من تهمة الشروع فى القتل إلا أنها أقامت قضاءها بالزامه بالتعويض مع المتهم الآخر الذى أدين  
 بهذه الجريمة على ما قالت من أنه كان معه وقد سلمه السلاح الذى استعمل فى الجريمة ، ثم تحدد  
 الاثنان فى فكرة الاستيلاء على السيارة من طريق التحرش بالمدعى المدنى ومعاكسته ، وتطور الموقف إلى  
 صدور أفعال منهما استفرت المدعى وكان لها بعض الأثر فى وقوع الجريمة التى ارتكبتها زميل الطاعن ،  
 وأن كل هذه الأفعال وإن كانت لا ترقى بالنسبة إليه إلى مرتبة الاتفاق الذى وقعت جريمة الشروع فى  
 القتل بناء عليه ، إلا أن توافق الإثنين على التحرش رغبة فى الحصول على السيارة لتنفيذ حلقة من  
 حلقات الاتفاق الجنائى العام القائم بينهما وآخرين ، والأفعال التى صدرت عنهما وكان من نتائجها  
 استفزاز المدعى كان لها أثرها بالنسبة إلى الطاعن وبالتالي فى الضرر الذى حاق بالمدعى - وهذه  
 الظروف مجتمعة تجعل الإثنين مسئولين مدنياً بالتضامن عن تعويض ذلك الضرر (نقض جنائى فى ٢٤  
 مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١٢٧ ص ١٣٠) .

عجلة السيارة ، وجاء لص آخر فسرق من السيارة بعض الآلات ، لم يكن اللصان متضامنين  
 لأن كلا منهما أحدث بخطئه ضرراً غير الذى أحدثه الآخر (١) .

هذه هي الشروط الثلاثة التى يجب توافرها ليكون المسئولون المتعددون متضامنين فى  
 المسئولية (١) . ومتى توافرت تحقق التضامن ، دون حاجة لأى أمر آخر ، فلا ضرورة لأن  
 يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين أو أن ترتكب الأخطاء فى وقت واحد ، فإذا حاول لص  
 سرقة منزل فنقب فيه نقباً ثم ذهب يستحضر ما يستعين به على السرقة ، فأتى لص آخر على  
 غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين  
 بالتضامن (٢) . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملاً واحداً أو جريمة واحدة (٣) ، فقد

(١) فتجب إذن وحدة الضرر واشتراك كل المسئولين فى إحداثه : استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩١١  
 ٢٤ ص ٣٢٤ - وفى ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص  
 ٤٣٥ - محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٤١٠ ص  
 ٢٠٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لترتب التضامن أن تتحد إرادة الفاعلين مجرد اتحاد وقتى غير  
 مسبق باتفاق على الاعتداء على الجنحى عليه ، وأن يقترب كل منهم هذا الاعتداء أو يشترك فيه  
 جنائى فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ - وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١  
 المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ - وفى ١١ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤١/٢٠٤ ص ٤٤٠  
 (١) أ - التضامن فى التعويض بين المسئولين عن العمل الضار واجب طبقاً للمادة ١٦٩ من القانون المدنى  
 يستوى فى ذلك أن يكون الخطأ عمدياً أو غير عمدي .

(جلسة ١٩٥٢/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ ص ١٢٨٩)  
 (جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ الطعن ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٥ ص ٥٩٢)

ب - لا محل لتضامن المتهمين فى التعويض عند اختلاف الضرر واستقلال كل منهم بما أحدثه  
 وقت تلك الأفعال جميعاً فى مكان واحد وزمان واحد .

(جلسة ١٩٥٤/١٠/١١ جنائى مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٤٩)  
 ج - التضامن فى التعويض بين الذين اسهموا فى أحداث الضرر واجب بنص القانون ما دام قد ثبت  
 اتحاد الفكرة والإرادة لديهم وقت الحادث على إيقاع الضرب بالجنحى عليه ولو دين أحدهم  
 الضرب الذى خلفت عنه عاهة ودين الآخرون بتهمة الضرب والجرح فقط .

(جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ١٠٨٦)  
 (جلسة ١٩٥٤/١٢/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٢٨٨)

(جلسة ١٩٦٧/٥/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٧٢١)  
 (٣) فقد يكون أحد الخطأين سرقة والخطأ الآخر إخفاء لأشياء مسروقة ، وقد قضت محكمة النقض  
 يشترى المسروق مع علمه بحقيقة الأمر فيه يكون مسئولاً مع السارق بطريق التضامن عن تعويض  
 الذى أصاب الجنحى عليه ، ولو أنه يعد فى القانون مخفياً لا سارقاً ، وذلك على أساس أن كلا  
 عمل على احتجاز المال المسروق عن صاحبه (نقض جنائى فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة



الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقيون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤) . وإذا أقر أحد المسؤولين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين ، وإذا نكل أحد المسؤولين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلقها فلا يضار بذلك باقي المسؤولين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدين المتضامنين فحلف فإن المسؤولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥) . وإذا صدر حكم على أحد المسؤولين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسؤول الذي صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦) . وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المسؤولين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المسؤولين (م ٢٩٢ فقرة ٢) . وإذا أعذر الدائن أحد المسؤولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المسؤولين ، أما إذا أعذر أحد المسؤولين المتضامنين الدائن فإن باقي المسؤولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢) . وسنعرض لهذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في التضامن . ونجتزئ هنا بالإشارة إلى أن هذه الأحكام هي خاصة بالمسؤولية التضامنية دون المسؤولية المجتمعة ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسؤوليتين (١) .

(١) وفي القانون المدني الفرنسي لا يوجد نص على التضامن عند تعدد المسؤولين ، ومن ثم لجأ الفقه والقضاء في فرنسا إلى فكرة المسؤولية المجتمعة (in solidum) فأقاموها بين المسؤولين المتعددين (أنظر مازو ٢ فقرة ١٩٦١ - ١٩٦٩) . أما في القانون المصري ، القديم والجديد ، فإن النص على التضامن موجود كما قدمنا . لذلك تكون المسؤولية بين المسؤولين المتعددين في مصر مسؤولية بالتضامن لا مسؤولية مجتمعمة . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها بأنه إذا تعدد المسؤولون فالمسؤولية بينهم لا تكون مسؤولية تضامنية (solidarité) بل مسؤولية مجتمعمة (in solidum) : استئناف مختلط في ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٣ - وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٦ (وجعلت المحكمة هنا القسمة فيما بين المسؤولين بالتساوي لا بحسب جسامه الخطأ) - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤٣ . وقد أغفلت هذه الأحكام النص الصريح على التضامن الذي ورد في القانون المدني المصري . ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا رفع المضرور الدعوى على أحد من المسؤولين ، جاز له أن يطالبه بالتعويض كاملاً ، ولهذا أن يرجع على سائر المسؤولين كل بقدر نصيبه : استئناف مختلط في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٣ - وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ ص ٢٠٢ - وفي ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٦ .

والصحيح أن المسؤولية في مصر ، في حالة تعدد المسؤولين ، تكون مسؤولية تضامنية بجميع خصائصها المتقدمة الذكر ، لا مجرد مسؤولية مجتمعمة . وهذا ما ذهب إليه الفقه والكثرة الغالبة من أحكام القضاء . ومن الأمثلة على تضامن المسؤولين عند تعددهم انهيار بناء عمالوك في الشبوع ، يكون الملاك في الشبوع مسؤولين بالتضامن عن الضرر الذي أحدثه انهيار البناء (استئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ - وفي ٨ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١١٤ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٨) ، ويأتمر العقار يعلنون غشاً أن العقار خال من الرهون ، فيكونون مسؤولين بالتضامن (استئناف -

وبعض مفترضاً ، فسائق السيارة ومالكها مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق وثابت وخطأ الآخر مفترض (١)

وقد يكون أحد الخطأين عقدياً ما دام الآخر خطأ تقصيرياً . فإذا تعاقد عامل صاحب مصنع أن يعمل في مصنعه مدة معينة ، وأخل بتعهدده فخرج قبل انقضاء أجله ليعمل في مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفني وصاحب المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول كل منهما عن تعويض كامل . ونفس لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفني عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدي ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولاً ، فيكون كل منهما مسئولاً عن تعويض غير تعويضاً كاملاً . وهذه ليست مسؤولية بالتضامن (solidarité) بل هي مسؤولية (in solidum) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدي والخطأ التقصيري غير عمد ، كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشبوع أمين النقل هنا خطأ عقدي غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيري عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسؤولية مجتمعمة (in solidum) (١) . ويلاحظ في المثليين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يكون مسئولاً إلا

المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيري فيكون مسئولاً أيضاً عن الضرر غير المتوقع مباشرة ، فالمسؤولية المجتمعة إنما تقوم بينهما فيما يشتركان في التعويض عن الضرر المتوقع ، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيري بالمسؤولية عن الضرر غير المتوقع . والمسؤولية بالتضامن (solidarité) والمسؤولية المجتمعة (in solidum) أن الحكم بأحكام لا تشاركه فيها المسؤولية المجتمعة ، فالمسؤولون بالتضامن يمثل بعضهم ينفع لا فيما يضر . فإذا تصالح الدائن مع أحد المسؤولين بالتضامن وتضمن الصلح

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تسبب الوكيل في عقد الموكل بتعهدده كان مسئولاً معه بالتضامن (استئناف مختلط في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٨٢) . والصحيح أن المسؤولية هنا مسؤولية مجتمعمة لا مسؤولية بالتضامن ، لاجتماع خطأ تقصيري . وسرى أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت من جهة أخرى في بعض المسؤولية عند تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية تكون مسؤولية مجتمعمة لا مسؤولية أيضاً غير صحيح .

(١) متى كانت الحكومة لم ترتكب خطأ شخصياً من جانبها وأن مسؤوليتها بالتضامن الموظفين التابعون لها هي مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه فأنها لا تعتبر بالنسبة لهم أصلاً ولا تتحمل شيئاً من التعويض المحكوم به .

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٢٧٠)

الدعوى هو الشخص المعنوي ذاته لا ممثلوه ، فهؤلاء إنما هم أعضاءه (organes) التي يعمل بواسطتها ويريد عن طريقها (٢). ولكن هذا لا يمنع من أن الخطأ الذي يرتكبه الشخص المعنوي يرتكبه في الوقت ذاته ممثلوه بوصفهم أفراداً ، فيكون المسئول هو الشخص المعنوي والممثلون متضامنين جميعاً في المسؤولية . فإذا دفع الشخص المعنوي التعويض رجع على ممثليه بكل ما دفع دون أن يخصم نصيباً عن مسؤوليته ، لأنه لا مسؤولية عليه في العلاقة فيما بينه وبين ممثليه ، إذ هم الذين ارتكبوا الخطأ في الواقع . وإذا دفع الممثلون التعويض فلا رجوع لهم على الشخص المعنوي . وقد يكون ممثل الشخص المعنوي تابعاً له كمدير الشركة ، فتتحقق مسؤولية الممثل إما باعتباره تابعاً أو بصفته الشخصية ، وفي الحالة الأولى تتحقق مسؤولية الشخص المعنوي باعتباره متبوعاً .

## المطلب الثاني

### الطلبات والدفع

#### ١ - طلبات المدعى

٦٢٢ - سبب الدعوى : مهما تنوعت الطرق والوسائل (moyens) التي يستند إليها المدعى في تأييد طلباته ، فإن سبب (cause) دعواه واحد لا يتغير : اخلال المدعى عليه بمصلحة له مشروعة . وسواء كانت حجته أو دليله على هذا الإخلال خطأ عقدياً ارتكبه المدعى عليه أو خطأ تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيري خطأ ثابتاً أو خطأ مفترضاً ، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك ، فليست هذه كلها إلا وسائل يستند إليها المدعى في دعواه . وقد ينتقل من وسيلة إلى وسيلة ، فيستند أولاً إلى الخطأ التقصيري ، ثم يتركه إلى الخطأ العقدي ، ثم يرجع بعد ذلك إلى الخطأ التقصيري ولكن يدعيه مفترضاً ، فهو في ذلك كله قد غير الوسائل التي يستند إليها دون أن يغير سبب دعواه .

ويترتب على ذلك أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى النصوص الخاصة بالخطأ التقصيري الثابت ، فلا يعد طلباً جديداً في الاستئناف أن يستند إلى خطأ تقصيري مفترض أو إلى خطأ عقدي ، بل يجوز للقاضي ، وقد رفعت الدعوى أمامه بالاستناد إلى الخطأ التقصيري الثابت ، أن يبنى حكمه على خطأ تقصيري مفترض أو على خطأ عقدي دون أن

(١) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠ - وقد تتحقق المسؤولية الجنائية في أحوال قليلة ، فتوقع على الشخص المعنوي عقوبة جنائية ، كالحل والإغلاق والمصادرة والغرامة .

(٢) وكما أن الدعوى لا تقام على الذراع أو على الرأس في حالة الشخص الطبيعي ، فهي كذلك لا تقام على الممثلين في حالة الشخص المعنوي (مازو ٢ فقرة ١٩٨٨) .

والمسئولية بالتضامن إنما تكون في علاقة المضرور بالمسؤولين المتعددين (١) (١) ، أما فيما بين المسؤولين المتعددين أنفسهم فيقسم التعويض بينهم بحسب جسامه الخطأ على الرؤى السائد في القضاء كما أسلفنا الذكر (٢) (٢) .

٦٢١ - المسئول إذا ارتكب خطأ جماعة : إذا لم تكن الجماعة متمتعة بشخص معنوية ، فلا يمكن بوصفها جماعة أن ترتكب خطأ . وإنما يرتكب الخطأ في هذه الحالة عضو أو أكثر من أعضاء هذه الجماعة أو جميع الأعضاء ، ولكن باعتبارهم أفراداً لا جماعة . وإذا كانت الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية فالأمر يختلف ، إذ يجوز كما قدمنا أن يرتكب الشخص المعنوي خطأ تترتب عليه المسؤولية المدنية (١) . والمسئول الذي تقام عليه

= مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٧٧) ، والمشاركون في اغتصاب شيء واحد يكونون مسؤولين بالتضامن (استئناف مختلط في ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٧) ، وكذلك المتواطون على الغش (استئناف مختلط في ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٩ - وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) ، وكذلك المشتركون في منافسة غير مشروعة (استئناف مختلط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ٢٣ ص ٣٥) .

(١) فإذا كان الخطأ مشتركاً ، بأن كان المضرور قد ارتكب خطأ ساعد على إحداث الضرر ، وكان المسئول شخصين متضامنين ، فقد قدمنا أن المضرور يرجع بثلثي التعويض على المسؤولين بالتضامن ، ولا يرجع لهدين أن يدفع هذا التضامن بأن المضرور مسئول هو أيضاً عن الضرر ، فيكون متضامناً معهما ، ويكون رجوعه عليهما هو رجوع المسئول المتضامن على سائر المسؤولين المتضامنين ، فلا يرجع على كل مسئول إلا بقدر نصيبه . ذلك أنه يرجع عليهما كمضرور لا كمسئول متضامن .

(٢) استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٠٨ (شريكان في مبنى على الشيرع ، فانهار المبنى وأصاب الغير بالضرر ، واعتبر الشريكان مسؤولين بالتضامن قبل المضرور ، أما فيما بينهما فقد قسم التعويض بنسبة نصيب كل منهما في المبنى وتقضى بعض الأحكام ، دون مبرر ، بعدم رجوع المسئول الذي دفع التعويض كاملاً على المسئول الآخر إذا كان الخطأ الذي ارتكبه معاً يعتبر غشاً ، كما إذا اشتركا في النصب (استئناف مختلط في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٠) ، أو في السرقة (استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٥٩) ، أو في التقليد المزور (استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٢) .

(١) لما كان إخفاء الأشياء المسروقة يعد في القانون جريمة قائمة بذاتها لها كيانها وعقوبتها المقررة بجريمة السرقة إلا من حيث وجوب إثبات أن الأشياء المخفاء متحصلة عن سرقة فإن مسائلة المضرور لا يصح أن تتجاوز الأشياء التي أخفاها بالفعل إلا إذا ثبت أنه ضالع مع السارق أو مع من أخفاه الماروق فعندئذ فقط يسأل مدنياً بطريقة التضامن مع زملائه عن كل الماروق .

(٢) جلسة جنائي ١٩٤٥/١١/١٢ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض لـ ٢٥ عاماً ص ٤١ .  
(٢) الاصل في المسؤولية التضامنية عن العمل الصار أن تقسم على المسؤولين في أحداث الضرر متساوية بين الجميع أو بنسبة خطأ كل منهم .

(جلسة ١٩٦٨/٤/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٧١٩)

وأما قضاؤها في الدائرة المدنية . فعلى العكس من ذلك يتفق مع الرأي الآخر الذي قدمناه . وهو الرأي الذي نرجحه . فقد قضت بأن الراجح في باب قوة الشيء المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق في التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه - كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) . فمهما كانت طبيعة المسؤولية التي بحثها القاضي في حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانوني الذي استند إليه المدعى في طلباته أو النص الذي اعتمد عليه القاضي في حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالاً بالافتضاء على انتفاء مسؤولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أياً كانت المسؤولية التي أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التعويض ، وأن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، لم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما (١)

وقضت أيضاً بأنه ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس المسؤولية التقصيرية ، والمدعى لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية - إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية - فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتنبي الدعوى على سبب غير الذي رفعها صاحبها به ، فإنها إذ نفلت تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم ، وهذا غير جائز في القانون (نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلي أن أحد المتهمين هو وحده الذي قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى تقصير في الواجبات التي يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستخدم بينك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (وهو بنك التسليف) والآخر لم يشب وقوع أي تقصير منه - إذا انتهت المحكمة إلى ذلك يكون متعيناً عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على من ثبتت عليه الجريمة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين ، لأن حكمها على المتهم الذي خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسؤولية التعاقدية وهو غير السبب برفض الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز في القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يشب وقوع أي خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين أحدهما أو كليهما لا يرفضها فمردود بأنه ما دامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسؤولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسؤولية التعاقدية (نقض جنائي في ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) .

وانظر تعليقا على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني ، وهو يعارض المبدأ الذي أخذ به الحكم ، ويؤيد الرأي الصحيح الذي أخذنا به - وانظر تعليقا آخر له في هذا المعنى في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ - ص ٢٣٨ .

(١) نقض مدني في ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ - ص ٤٥٢ .

يكون بذلك قد قضى في شيء لم تطلبه الخصوم ، فهو إنما استند إلى وسائل لم تطلبها الخصوم وهذا جائز . ولكن لا يجوز للمدعى أن يغير الوسائل التي يستند إليها لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ لا يجوز إبداء وسائل جديدة أمام هذه المحكمة .

ويترب كذلك على ما قدمناه أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى الخطأ العقدي - فرفضت الدعوى ، فإن الحكم يحوز قوة الشيء المقضي ، ولا يستطيع المدعى أن يورد دعوى القضاء مستنداً إلى الخطأ التقصيري . والعكس صحيح . ذلك أن السبب لم يتغير بالاعتناء من نوع من الخطأ إلى نوع آخر ، ولم تتغير كذلك الخصوم والموضوع ، وهذه هي شروط الشيء المقضي .

أما القضاء الفرنسي فقد جرى ، على أن المدعى لا يجوز له أن يعدل عما استند إليه من الخطأ ، فيترك الخطأ التقصيري مثلاً إلى الخطأ العقدي ، أو يترك الخطأ التقصيري إلى الخطأ المفترض ، وإلا كان ذلك طلباً جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١) . كذلك إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من الأخطاء لم يحز الحكم قوة الشيء المقضي بالنسبة إلى نوع آخر ، وجاز رفع دعوى المبتدأ من جديد على أساس نوع من الأخطاء يختلف عن النوع الذي رفضت الدعوى على أساسه من قبل . ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي ، لأن السبب - وهو خطأ - قد تغير (٢) .

وقضاء محكمة النقض عندنا ، في دائرتها الجنائية ، يتفق مع القضاء الفرنسي .

(١) فالقضاء ورجال العمل في فرنسا ينصحون المدعى أن يستند في دعواه إلى جميع التصرفات والمسؤولية - عقدية كانت أو تقصيرية - حتى لا تفلت منه فرصة في كسب دعواه مهما كانت القاضي في الوسيلة التي يجب أن تستند إليها الدعوى (أنظر في القضاء الفرنسي وفي نقده ما ذكرناه في ٢٠٩٧ - ٢١٠١) .

(٢) أنظر في الموضوع ما زو ٣ فقرة ٢١٠٢ .

(٣) وقد أصدرت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض أحكاماً عدة في هذا المعنى ، فقضت بأن الدعويان العمومية والمدنية قد رفعتا على المتهم على أساس أنه قارف بنفسه فعل الضرب الذي عين المدعى عليه وسبب له الضرر المطلوب من أجله التعويض ، واستمر النظر فيهما على طول المحاكمة ، فإن المحكمة إذا داخلها الشك في أن المتهم ضرب المجنى عليه ، ولم تر أنه جرمه أخرى من سلطتها أن تحاكمه عليها ، فبرأته لعدم ثبوت التهمة عليه - وبهذا قضت الدعوى المدنية المقامة على أنه ارتكب بنفسه الفعل الضار ، تكون قد أصابت إذ لم يكن في حكمه بغير ما حكمت به . ذلك لأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ من القانون لا تطلب من المدعى عليه مسئولاً عن فعل نفسه تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ من القانون المذكور باعتبار المدعى عليه مسئولاً عن فعل غيره ، وليس للمحكمة أن تغير السبب الذي تقام عليه الدعوى أمامها وإلا تكون قد تجاوزت سلطتها ، وحكمت بما ليس منها الحكم به (نقض جنائي في أول فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ١٨٠) .



٦٢٣ - موضوع الدعوى : وموضوع دعوى المسؤولية هو التعويض عن الضرر ، يقدم  
دعوى كما يرى . ولا يجوز للقاضي أن يزيد عما طلبه المدعى والاقضى فيما لم يطلب  
مخصصاً ، ولكن يجوز له أن يقضى بأقل . كذلك لا يجوز للمدعى أن يزيد مقدار ما يطلب  
من التعويض في الاستئناف لأول مرة ، لأن ذلك يعد طلباً جديداً .

ولكن كيفية التعويض قد تتغير دون أن يكون في ذلك تعديل في الطلبات . فقد يطلب  
المدعى مبلغاً من النقود فيحكم القاضي بإيراد مرتب ، وقد يطلب تعويضاً عينياً فيحكم  
القاضي بتعويض نقدي . وقد يغير المدعى من كيفية التعويض الذي يطلبه لأول مرة في  
الاستئناف فيجوز ذلك ، كما لو طلب تعويضاً نقدياً أمام المحكمة الابتدائية ، ثم طلب في  
الاستئناف تعويضاً عينياً مصحوباً بتهديد مالي .

## ٢ - دفع المدعى عليه (التقادم)

٦٢٤ - الدفع : يدفع المدعى عليه دعوى المسؤولية بأحد أمرين : إما أن ينكر قيام  
المسؤولية ذاتها فيدعى أن ركناً من أركانها لم يتوافر من خطأ أو ضرر أو سببية ، وإما بأن  
يعترف بأن المسؤولية قامت ولكنه يدعى أن الالتزام المترتب عليها قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة  
أو بالبراءة أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام .  
وفي كل ذلك تطبق القواعد العامة (١) .

٦٢٥ - الدفع بالتقادم : والذي يعيننا الوقوف عنده قليلاً هو التقادم . فقد أدخل  
القانون المدني الجديد تعديلاً هاماً في هذا الصدد ، وبعد أن كانت دعوى المسؤولية تتقادم  
كغيرها من الدعاوى بخمس عشرة سنة صارت تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على تفصيل نوره  
فيما يلي :

١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث  
سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه . وتسقط هذه  
الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .  
٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم

تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا  
بسقوط الدعوى الجنائية (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - تسقط  
بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه  
المصاب بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء  
خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ - على أنه إذا كانت دعوى التعويض ناشئة  
عن جريمة تقرر لسقوط الدعوى الجنائية فيها مدة أطول ، فإن هذه المدة هي التي تسقط بها الدعوى  
المدنية . وفي لجنة المراجعة نوقشت المادة مناقشة طويلة ، ورأى بعض الأعضاء أنه لا توجد علاقة ما بين  
سقوط دعوى التعويض المدنية وسقوط الدعوى الجنائية ، ولكن الأغلبية رأيت إبقاء الحكم على أصله مع  
تقديم الفقرة الثانية بحيث تكون استثناء لمدة الثلاث سنوات لا من مدة الخمس عشرة سنة ، وأصبح  
النص النهائي الذي أقرته اللجنة هو : ١٥ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير  
المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه  
إلا إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة تسقط الدعوى الجنائية فيها بمدة أطول ، فإن هذه المدة  
هي التي تسقط بها دعوى التعويض . ٢ - وتسقط دعوى التعويض في جميع الأحوال بانقضاء خمس  
عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . وأصبح رقم المادة ١٧٦ في المشروع النهائي . ووافق  
عليها مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على جعل يوم علم المضرور  
بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه مبدأ لسريان التقادم القصير وهو ثلاث سنوات لأنه لا يرد من تعيين  
معيار مادي ثابت لمبدأ السقوط فالمسائل القضائية يجب تحديدها بواقعة مادية ، أما العلم فقد يثير  
إشكالات لا تنتهي ، ولكن اللجنة تبينت أن كل التشريعات الحديثة أخذت بمبدأ المدة القصيرة للتقادم  
على أن يبدأ سريانها من يوم العلم بالضرر وبالشخص الذي أحدثه وبمبدأ المدة الطويلة في حالة عدم  
العلم . واستبدلت اللجنة عبارة «الشخص المسؤول عنه» بعبارة «الشخص الذي أحدثه» ، والاستعاضة عن  
الشق الأخير من الفقرة الأولى بعبارة «فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى العمومية» ،  
وقصد من هذا الاقتراح إلى الإبقاء على الدعوى المدنية طوال المدة التي يوقف فيها سريان تقادم الدعوى  
العمومية بالتحقيق أو بالمحاكمة لأن إطلاق النص الوارد في المشروع يجعل تقادم الدعوى المدنية يتم  
بانقضاء المدة التي تسقط بها الدعوى العمومية دون نظر إلى وقف سريان تقادمها ، والأنسب أن تبقى  
الدعوى المدنية ما بقي الحق في رفع الدعوى العمومية أو تحريكها أو السير فيها قائماً ، والأصح كذلك  
أن يرد الاستثناء الخاص ببقاء الدعويين في الفقرة الثانية لأن الدعوى العمومية قد تظل باقية أحياناً مدة  
تجاوز الخمس عشر سنة . وعلى ذلك عدلت المادة على الوجه الوارد في القانون الجديد وأصبح  
رقمها ١٧٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص  
٣٩٩ - ٤٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «استحدث المشروع  
في نطاق المسؤولية التقصيرية تقادماً قصيراً ، ففضى بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير  
مشروع بانقضاء ثلاث سنوات على غرار ما فعل فيما يتعلق بدعاوى البطلان . ويبدأ سريان هذه المدة من  
اليوم الذي يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ، ويقف على شخص من أحدثه . فإذا لم يعلم بالضرر  
الحادث ، أو لم يقف على شخص من أحدثه ، فلا يبدأ سريان هذا التقادم القصير ، ولكن دعوى المضرور  
تسقط على أي الفروض بانقضاء خمس عشرة سنة على وقوع العمل غير المشروع . وإذا كان العمل  
الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب الدعوى المدنية ، وكانت الدعوى الجنائية تتقادم مدة =

(١) وقد قدمنا أن هناك دعواً خاصاً بدعوى المسؤولية المدنية ، إذا رفعت أمام المحكمة المدنية ، عن جريمة  
رفعت الدعوى الجنائية في شأنها أمام المحكمة الجنائية . فإن الدعوى الجنائية تقف من سير الدعوى  
المدنية حتى يفصل نهائياً في الدعوى الجنائية . وهذا ما يعبر عنه الفرنسيون بقولهم : *le criminel tient le civil en état* وقد وردت هذه القاعدة في قانون الإجراءات الجنائية الجديد في المادة  
٢٦٥ على الوجه الآتي : «إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية ، يجب وقف الفصل فيها  
يحكم نهائياً في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو في أثناء السير فيها . على أنه إذا أوقف الفصل  
الدعوى الجنائية لجون المتهم يفصل في الدعوى المدنية» .

وفقاً لهذا النص يجب التمييز بين ما إذا كانت دعوى المسؤولية قد قامت على خطأ مدني لا يعتبر جريمة أو كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية .

ففي الحالة الأولى تسقط دعوى المسؤولية بالتقادم بأقصر المدتين الآتيتين: (١) ثلاث سنوات تنقضي من اليوم الذي علم فيه المضرور بالضرر وبالشخص المسئول عنه. فلا يبدأ سريان التقادم من يوم وقوع الضرر (١). ويترتب على ذلك أنه قد يمضي على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن تتقادم دعوى المسؤولية ويكفي لتحقيق ذلك أن يقع الضرر دون أن يعلم به المضرور ، كما لو أوصى شخص لآخر بحال ولم يعلم الموصي له بالوصية إلا بعد موت الموصي بمدة طويلة ، وتبين أن أحد الورثة وضع يده على المال الموصى به وأتلفه منذ مدة نفرضها خمس سنوات ، ففي هذا الفرض لا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذي علم فيه الموصي له بالوصية وبمن أتلف الموصي به من الورثة ، ولا تتقادم دعواه إلا بانقضاء ثلاث سنوات من ذلك اليوم ، أي بانقضاء ثماني سنوات من وقت وقوع الضرر. وقد يعلم المضرور بوقوع الضرر ولكنه لا يعلم بالشخص المسئول عنه ، كما لو اصطدم بسيارة لم يعرف سائقها ، ثم اهتدى إلى معرفته بعد سبع سنوات مثلاً ، فهنا أيضاً لا تتقادم دعوى المسؤولية إلا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بالشخص المسئول ، أي بانقضاء عشر سنوات من وقت وقوع الضرر . أما إذا علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه في اليوم الذي وقع فيه - وهذا ما يحدث غالباً - فإن دعوى المسؤولية تتقادم في هذا الفرض بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر . (٢) خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر. وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة نفرضها ثلاث عشرة سنة . ففي هذا الفرض النادر تتقادم دعوى المسؤولية بانقضاء

خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر ، لأن هذه المدة أقصر من مدة ثلاث السنوات التي تسرى من وقت علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه ، إذ أن هذه المدة الأخيرة عند الحساب تكون ستة عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وقد رأينا أن القانون المدني الجديد جعل التقادم بأقصر هاتين المدتين في دعوى بطلان العقد . وسنرى أنه سار على هذا النهج في الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة ، وها نحن نراه يسير على النهج ذاته في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع . وقد استبقى الالتزامات الناشئة عن العقد ، فجعلها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، لأنها التزامات أرادها المتعاقدان فترتبت في ذمة الملتزم بإرادته هو ، وهذا بخلاف الالتزامات الأخرى فقد فرضها القانون على الملتزم .

وفي الحالة الثانية ، إذ نشأت دعوى المسؤولية عن جريمة كجناية قتل مثلاً ، تتقادم الدعوى في الأصل بأقصر المدتين السابقتي الذكر . فإذا فرضنا أن أقصر المدتين ثلاث سنوات أو خمس أو أية مدة أخرى تقل عن عشر سنوات ، نتج عن ذلك موقف شاذ ، إذ تكون الدعوى المدنية قد تقادمت قبل أن تتقادم الدعوى الجنائية ، فإن هذه لا تتقادم إلا بعشر سنوات (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) . هذا الموقف الشاذ ، وهو سقوط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية ، وإيقاع عقوبة جنائية على الجاني دون التمكن من إلزامه بالتعويض وهو أقل خطراً من العقوبة الجنائية ، هو الذي أراد القانون أن يتفاداه . فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقادم في هذه الحالة ، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ، ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يتمكن المضرور في الوقت الذي يعاقب فيه الجاني أن يتقاضى منه التعويض المدني (١) . أما العكس فمستساغ : تسقط الدعوى الجنائية قبل أن تسقط

(١) أ - مفاد نص المادة ١٧٢ من القانون المدني أنه إذا كان العمل الضار سيتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنية فإن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية ، مؤدى نص المادتين ١٥ ، ١٧ من قانون الإجراءات الجنائية أن الدعوى الجنائية في مواد الجرح تنقضي بمضي ثلاث سنوات من يوم وقوع الجريمة وتنقطع المدة بإجراءات التحقيق أو الاتهام أو المصالحة وكذلك بالأمر الجنائي أو بإجراءات الاستدلال إذا اتخذت في مواجهة المتهم أو إذا أعلن بها بوجه رسمي ، فإذا مضت مدة التقادم دون تمام ذلك فإن لازمة انقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة ، ومنذ هذا الانقضاء يزول المانع الذي كان سبباً في وقت سريان تقادم دعوى المضرور المدنية قبل المسئول .

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨ الطعن ٤٨٦١ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ١٥٨٤)

(جلسة ١٩٩٧/٢/١٥ الطعن ٣٧٥٣ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ٢٧٧)

ب - التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٧٢ من القانون المدني تقادم استثنائي . الالتزامات التي تنشأ من القانون مباشرة . خضوعها للتقادم العادي المنصوص عليه في المادة ٣٧٤ مدني دعوى التعويض المقامة من أحد أعضاء مجلس الشعب ضد رئيسه بصفته لاسقاط العضوية عنه على خلاف ما يقضى به الدستور والقانون ولائحة المجلس . سقوطها بالتقادم الطويل المنصوص عليه بالمادة ٣٧٤ مدني .

= أطول ، سرت هذه المدة في شأن تقادم الدعوى المدنية . فلو حدث الضرر مثلاً من جراء جناية ، كانت مدة سقوط الدعوى المدنية عشر سنوات عوضاً عن ثلاث لأن الدعوى الجنائية لا تتقادم إلا بانقضاء تلك المدة وهي أطول . وقد فرض في هذا كله أن يبدأ سريان المدة لا يختلف في الحالتين ، بيد أن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بانقضاء خمس عشرة سنة عند جهل المضرور بالضرر الحادث أو بشخص محدثه ، وهي مدة أطول من مدة سقوط الدعوى الجنائية . وصفوة القول أن الدعوى المدنية قد تبقى قائمة بعد انقضاء الدعوى الجنائية ، ولكن ليس يقبل انقضاء الدعوى المدنية قبل انقضاء الدعوى الجنائية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٠) .

(١) التقادم الثلاثي لدعوى التعويض عن العمل غير المشروع . . بدء سريانه من تاريخ العلم الحقيقي بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه . استخلاص هذا العلم من سلطة قاضي الموضوع . خضوعه لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه لا يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها .

(جلسة ١٩٩٤/٥/٣ الطعن ٤٠٤ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٥ ص ٧٨٧)

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن ٣١ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٥ ص ٣٨٨)

(جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩ الطعن ٤٦٨٠ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ٨٤٥)

الدعوى المدنية . وصورة ذلك في المثل الذي نحن بصدده ألا تعلم الورثة بقتل مورثهم إلا بعد عشر سنوات من وقوع الجريمة ، فتكون الدعوى الجنائية قد سقطت بالتقادم ، ومع ذلك تبقى الدعوى المدنية إذ لم ينقض لا ثلاث سنوات من وقت العلم بالجناية وبالجانى ولا خمس عشرة سنة من وقت وقوع الجريمة<sup>(١)</sup> . ومثل ذلك أيضاً أن تكون الجريمة التي نشأت عنها دعوى المسؤولية مخالفة بسيطة تنقض الدعوى الجنائية فيها بمضى سنة من يوم وقوعها (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) ، فتكون الدعوى المدنية قائمة بعد سقوط الدعوى الجنائية إذ لا تسقط الدعوى الأولى بأقل من ثلاث سنوات<sup>(٢)</sup> .

= (جلسة ١٩٩٧/٦/١٧ الطعن ٣١٨٩ لسنة ٥٨ ق السنة ٤٨ ص ٩٠٣)  
(جلسة ١٩٧٦/١/١٤ مجموعة أحكام السنة ٢٧ ص ٢١٧)  
(جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ١٢٤٣)

ج - الاجراء المعمول عليه في افتتاح ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام العسكرية . اعلانها بمعرفة النيابة العسكرية إلى المحكوم عليه ، لا يغنى عن ذلك الاعلان عن طريق الوحدة العسكرية . مؤداه مرور ثلاث سنوات على صدور هذا الحكم دون اعلانه للمحكوم عليه بمعرفة النيابة العسكرية . أثره . انقضاء الدعوى الجنائية . بدء سريان التقادم الثلاثي المسقط لدعوى التعويض المدنية من اليوم التالي لهذا الانقضاء .

(جلسة ١٩٩٧/٢/١٥ الطعن ٣٧٥٣ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ٢٧٧)

- ويسرى التقادم المنصوص عليه في المادة ١٧٢ من القانون المدني على كافة دعاوى المسؤولية التقصيرية سواء كان أساسها الخطأ الثابت أو المفترض أو بسبب وقوع خطأ جسيم أو غش في نطاق العلاقة التعاقدية وقد قضت محكمة النقض بان «عقد المشرع لمصادر الالتزام فصولاً خمسة حيث خصص الفصل الثالث منها للمصدر الثالث من مصادر الالتزام جاعلاً عنوانه العمل غير المشروع ثم قسم هذا الفصل إلى ثلاث فروع رصد الفرع الأول منها للمسؤولية عن الأعمال الشخصية والفرع الثاني للمسؤولية عن عمل الغير والفرع الثالث للمسؤولية عن الأشياء ، مما مفاده أن احكام غير المشروع تنطبق على انواع المسؤوليات الثلاث . وأذ تحدث المشرع عن تقادم دعوى المسؤولية المدنية فقد أورد نص المادة ١٧٢ من القانون المدني عاماً منسبطاً على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بصفة عامة ، واللفظ متى ورد عاماً ولم يرقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه وإثبات حكمه قطعاً لجمع افراده ومن ثم تقادم دعوى المسؤولية عن العمل الشخصي ودعوى المسؤولية عن الأشياء بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول قانوناً عنه ولا تؤثر في ذلك كون المسؤولية الأولى تقوم على خطأ ثابت وكون الثانية على خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس إذ أن كليهما مصدره العمل غير المشروع .

(جلسة ١٩٦٤/١١/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٠٠٧)

(١) نقض مدني في أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢ .

(٢) وسقوط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية أكثر احتمالاً في القانون المدني الجديد (حيث قصرت مدة التقادم) منه في القانون المدني القديم . وهذا هو الذي جعل المشرع في القانون المدني الجديد ينص صراحة على الاحتياط الذي نحن بصدده ، حتى لا تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية على النحو الذي قدمناه . أما القانون المدني القديم فلم يتضمن نصاً في هذه المسألة .

٦٢٦ - سريان النص الجديد من حيث الزمان : ويتبين مما قدمناه أن القانون المدني الجديد قد عدل مدة التقادم في دعوى المسؤولية ، فجعلها في أكثر الأحوال أقصر من المدة التي كان القانون القديم يقررها . وقد نصت المادة الثامنة من القانون المدني الجديد على أنه «١- إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢- أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي» .

ونفرض ، لتطبيق هذا النص ، أن مسؤولية مدنية قد تحققت في ظل القانون المدني القديم : سرقة وقعت قبل نفاذ القانون الجديد وعلم المجنى عليه بالسرقة وبالسارق قبل هذا التاريخ . فإذا فرضنا أن السرقة وقعت في سنة ١٩٤١ ، فإن دعوى المسؤولية في هذا الفرض إذا طبق عليها القانون القديم لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة تسرى من وقت وقوع السرقة ، فتتقادم في سنة ١٩٥٦ . أما إذا طبق عليها القانون الجديد ، فإنها تتقادم بثلاث سنوات تسرى من وقت العمل بالقانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فتتقادم في سنة ١٩٥٢ . ومن ثم يكون القانون الجديد هو الذي ينطبق لأن التقادم بمقتضاه أسرع ، وإذا فرضنا أن السرقة وقعت في سنة ١٩٣٦ ، فإن القانون القديم هو الذي ينطبق لأن الباقي من مدة التقادم فيه عند نفاذ القانون الجديد أقل من ثلاث سنوات ، وهي المدة التي قررها النص الجديد، فتتقادم الدعوى في هذا الفرض في سنة ١٩٥١ .

## المطلب الثالث

### الاثبات

#### ١ - عبء الاثبات

٦٢٧ - عبء إثبات الضرر : المدعى هو الذي يحمل عبء إثبات ما أصابه من الضرر . ولا يستطيع أن يخطو في دعوى المسؤولية خطوة قبل أن يثبت ذلك<sup>(١)</sup> .

وفي أحوال استثنائية يعفى القانون المدني من إثبات الضرر:

١ - إما بوضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن هناك ضرراً قد وقع . فقد

= ولم يكن في حاجة كبيرة إليه ، لأن دعوى المسؤولية فيها كانت لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة، فكان من النادر أن تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية .

(١) استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللي م ١٧٩ رقم ٩ - وفي ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ - وفي ٤ مارس سنة ١٩٤٥ م ٢٧ ص ١٩٩ - قارن محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١٩ ص ٤٥٥ وتعليق الدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩ .



نصت المادة ٢٢٨ من القانون المدني الجديد على أنه «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير». وأكثر ما يقع ذلك في المسؤولية العقدية. ولكن يمكن تصوره في المسؤولية التقصيرية، إذا قدر الطرفان مقدار التعويض باتفاق بينهما، فتستحق فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات الضرر.

٢ - وأما بوضع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وقوع الضرر. ويكون ذلك في الشرط الجزائي، فقد نصت المادة ٢٢٤ فقرة أولى من القانون المدني الجديد على أنه «ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر». ويغلب أن يقع هذا أيضاً في المسؤولية العقدية، ولكنه يتصور في المسؤولية التقصيرية إذا اتفق الطرفان على إعادة الشيء إلى أصله كتعويض عن خطأ تقصيري ووضعاً شرطاً جزائياً. والمفروض عند وجود شرط جزائي أن إخلال المدين بالتزامه قد أصاب الدائن بالضرر، وقد قدر المتعاقدان في الشرط الجزائي مدى هذا الضرر وقيمته. وهذه قرينة قانونية تعفى الدائن من إثبات الضرر؛ ولكنها تقبل إثبات العكس، فللمدين أن يثبت، كما يقول النص، أن الدائن لم يلحقه أى ضرر.

٦٢٨ - عبء إثبات الخطأ: الأصل أن عبء إثبات الخطأ يقع على المدعى. والخطأ كما قدمنا هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف للشخص العادي. وهذا الانحراف واقعة مادية، أكثر ما تثبت من طريق قرائن قضائية متتابعة، تنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب. فالمدعى يبدأ بإثبات واقعة تقوم قرينة قضائية على وقوع الخطأ. فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه. فيثبت هذا واقعة أخرى تقوم هي أيضاً قرينة قضائية على انتفاء الخطأ من جانبه. فيعود عبء الإثبات إلى المدعى، وهكذا، إلى أن يعجز أحد الطرفين عن إثبات ما يزحزح عنه القرينة القضائية التي ألقاها عليه خصمه، فيكون هو العاجز عن الإثبات. فإن كان المدعى هو الذي عجز، فقد اعتبر غير قادر على إثبات دعواه وخسرها. وإن كان الذي عجز هو المدعى عليه، فإن المدعى يكون قد تمكن من إثبات الخطأ<sup>(١)</sup>.

هذا هو الأصل. ولكن ترد استثناءات كثيرة، يعفى فيها المدعى من إثبات الخطأ، بفضل قرينة قانونية تكون إما قابلة لإثبات العكس وإما غير قابلة لذلك<sup>(٢)</sup>. وسنرى فيما يلي تفصيلاً وافياً لهذه القرائن القانونية، وبعضها قابل لإثبات العكس كخطأ من يعهد إليه بالرقابة سائ غيره، وبعضها غير قابل لإثبات العكس كخطأ المتبوع وطأ حارس الأشياء.

ويلاحظ بوجه عام أن هذه القرائن القانونية لا تعفى المدعى من إثبات وجود الحالة القانونية التي يترتب عليها قيام القرينة على الخطأ<sup>(١)</sup>. وسنرى ذلك في مكانه.

٦٢٩ - عبء إثبات السببية: الأصل هنا أيضاً أن عبء إثبات السببية يقع على المدعى. فهو الذي يثبت، ليس فحسب الضرر الذي وقع عليه والخطأ الذي وقع من غريمه، بل أيضاً علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر.

ولكن هذه القاعدة محدودة الأهمية. فهي تارة يرد عليها استثناءات يقررها القانون، وطور يضيق مجال تطبيقها العملي حتى تصبح القاعدة هي الاستثناء.

أما الاستثناءات التي يقررها القانون فهي قرائن قانونية، كلها قابلة لإثبات العكس، يقيمها القانون على وجود السببية. والقانون يقيم هذه القرائن حيث يقيم قرائن الخطأ. فهو إذا أقام قرينة على الخطأ - قابلة أو غير قابلة لإثبات العكس - يقيم إلى جانبها قرينة على السببية تكون دائماً قابلة لإثبات العكس. فالمكلف بالرقابة تقوم ضده قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على الخطأ، وتقوم ضده كذلك قرينة قانونية قابلة هي أيضاً لإثبات العكس على السببية، ويستطيع أن ينفي كلا من القرينتين، فينفي قرينة الخطأ بإثبات أنه لم يقصر في الرقابة، وينفي قرينة السببية بإثبات أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو لم يقصر أى بإثبات السبب الأجنبي. وحارس الحيوان أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة تقوم ضده قرينة الخطأ وهي غير قابلة لإثبات العكس، وقرينة السببية وهي قابلة للنفي بإثبات السبب الأجنبي.

فإذا تركنا الاستثناءات وعدنا إلى القاعدة، رأينا أن مجال تطبيقها في العمل محدود. ذلك أن المدعى إذا أثبت الضرر والخطأ، ففي أكثر الأحوال، ومن الناحية العملية المحضة، تقوم في ذهن القاضى شبهة قوية في أن الخطأ هو الذي أحدث الضرر. ومن ثم تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية، تنقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه. فيطالب هذا بنفي هذه العلاقة، ويستطيع ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي. وهذا هو السبب الذي دعا المشرع في القانون المدني الجديد إلى أن يورد الحكم في هذه المسألة على هذا الوضع العملي. فنص في المادة ١٦٥ على ما يأتي: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك». ونص في المادة ٢١٥ على ما يأتي: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه». ففي

(١) استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ - محكمة الإسكندرية المختلطة في ١٠ يونية سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٦ ص ١٦٠.

(٢) أنظر في أن الخطأ المفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس هو في الواقع من الأمر خطأ ثابت (faute prouvée) مازو ٢ فقرة ١٦٩٠ - فقرة ١٦٩٢.

(١) والقرائن القانونية على الخطأ إنما أقامها القانون لمصلحة المدعى دون غيره. وقد رأينا أن غير المدعى لا يجوز له أن ينتفع بهذه القرائن، فلا يصح أن يتمسك بها لا المدعى عليه ولا الغير.

النصين وضع القانون عبء الإثبات ، من الناحية العملية المحضنة ، على عاتق المدعى على  
على عاتق الدائن (١)

## ٢ - وسائل الإثبات

٦٣٠ - الإثبات بجميع الطرق : لما كانت الأركان الثلاثة - الخطأ والضرر والسببية -  
التي يجب إثباتها لتحقق المسؤولية هي كلها وقائع مادية ، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز  
بجميع الطرق ، وبخاصة البينة والقرائن (٢) . وفي أكثر الأحوال يثبت الضرر والسببية بالمعينة  
المادية أو بشهادة طبية أو بتقدير الخبراء . أما الخطأ فأكثر ما يثبت بشهادة من عاينوا الحادث  
وبالتحقيق الجنائي وبالانتقال إلى محل الواقعة ومعابنته وبالقرائن القضائية والقانونية (٣)

٦٣١ - ارتباط القاضى المدنى بالحكم الجنائى - تأصيل القاعدة : ومن أهم القرائن  
القانونية التي تسيطر على وسائل الإثبات فى دعوى المسؤولية حجبة الحكم الجنائى . ذلك أن  
دعوى المسؤولية يغلب أن تقوم على جريمة جنائية ، فتخضع لاختصاص القضاء

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٢١٥ ، حيث ورد أن إسقاط قرينة الخطأ  
يكون بإثبات السبب الأجنبى . وفى هذا خلط بين الخطأ وعلاقة السببية ، فإن الذى ينتفى بإثبات  
السبب الأجنبى هو علاقة السببية لا الخطأ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بأن  
يدفعا إلى المدعية مبلغاً تعويضاً لها عن عبث الخادم بحلى كانت فى عبلة استودعتها السيد هى دعوى  
متضمنة فى الواقع دعويين : الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم . وفيها يدور الإثبات بينه وبين  
المدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائز قانوناً بأى طريق من طرق الإثبات ، فهى دعوى جنائية  
متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التى وقعت عليها  
الجريمة كانت وديعة ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها  
والثانية موجهة إلى السيد ، وأساساً أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حال  
تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة على السيد . ومن ثم يجوز إثبات محتويات  
العبلة بالبينة والقرائن (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ١٩٨) .  
وقضت أيضاً بأن الدليل لا ارتباط له بالمسؤولية فى حد ذاتها ، وإنما يتعلق بذات الأمر المطلوب  
فقد تكون المسؤولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن كما فى حالة التعهد بعلم  
شئ عندما يرغب المتعهد له إثبات مخالفة المتعهد لتعهدده . وقد تكون المسؤولية جنائية أو تقصيرية  
ذلك يكون الإثبات فيها بالكثافة حتماً بالنسبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف  
(الآن خمسمائة جنيه) فى غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هى الحال فى  
خيانة الأمانة (نقض مدنى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ ص ٧٥) .

(٣) استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٥ - وفى ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٠٥  
وفى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٦ - وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٥ -  
ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٢ - وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ - وفى  
سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٤ .

الجنائى واختصاص القضاء المدنى . فإذا صدر حكم نهائى فى الجريمة من محكمة  
جنائية ، فإلى أى حد يصبح هذا الحكم حجة فى الدعوى المدنية ، وهل يرتبط القاضى المدنى  
بالحكم الجنائى ؟ تجيب المادة ١٠٢ من قانون الإثبات (تقابلها المادة ٤٠٦ من القانون  
المدنى الملغاه) .

«لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم  
وكان فصله فيها ضرورياً» (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «لا يرتبط  
القاضى المدنى بالحكم الجنائى فى الوقائع التى لم يفصل فيها هذا الحكم أو الوقائع التى فصل فيها  
دون ضرورة» . وفى لجنة المراجعة روى أن المعنى يكون أوضح لو ذكر الحكم العكسى ، فوافقت اللجنة  
على أن يكون نص المادة كما يأتى : «لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى  
فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً» . وأصبح رقم المادة ٤١٩ فى المشروع النهائى .  
ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك وافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ  
تحت رقم المادة ٤٩٠٦ . ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣  
ص ٤٢٤ - ص ٤٢٨) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «١٥ - استلهم  
المشروع فى صياغة هذه المادة أحكام المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٩٥٦ من  
التقنين الهولندى والمادة ٢٥٠٢ من التقنين البرتغالى . ويراعى أن حجبة الأحكام الجنائية تنطوى على  
معنى الإطلاق من ناحية ومعنى الاقتصاص من ناحية أخرى . (أ) فهى مطلقة بمعنى أن ما تقضى به  
المحاكم الجنائية يكون ملزماً للكافة ، ولذلك نصت المادة ١٩ فقرة أولى من تقنين تحقيق الجنائيات  
المختلط على إلزام المحكمة المدنية بالفصل طبقاً لما قضى به نهائياً من المحكمة الجنائية إذا استلزم الفصل  
فى الدعوى المرفوعة أمامها معرفة ما إذا كانت هناك جريمة قد ارتكبت ومن ينسب إليه ارتكابها .  
ونصت المادة نفسها فى فقرتها الثانية على إلزام المحكمة المدنية بوقف الفصل فى الدعوى المدنية المترتبة  
على وقوع الجريمة إذ رفعت الدعوى الجنائية قبل الفصل فيها نهائياً ، وذلك اتقاء لتعارض الأحكام .  
(ب) وهى قاصرة بمعنى أن نطاق إلزامها لا يجاوز ما قضى به فعلاً ، أى ما فصل فيه الحكم ، ففى  
حالة عدم الحكم بعقوبة - وهى الحالة التى تواجهها المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى - يجوز  
للقاضى المدنى أن يحكم على المتهم بالتعويض دون أن ينطوى حكمه هذا على تعارض مع الحكم  
النهائى . فالواقع أن عدم القضاء بالعقوبة قد يرجع إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو  
بالتقادم أو بالعفو الشامل ، وإزاء ذلك لا يحكم القاضى بالعقوبة لتوافر هذا السبب أو ذلك ، دون أن  
يفصل فى الواقعة التى أسست عليها الدعوى الجنائية . وما دام القاضى الجنائى قد اقتصر على الفصل  
فى أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم يمتنع توقيع عقوبة بشأنها فللقاضى المدنى والحال هذه أن يقضى  
بالتعويض دون أن يعارض بذلك ما قضى به جنائياً ، وأن يؤسس قضاءه على الواقعة نفسها بوصفها  
تقصيراً مدنياً وقع من المتهم . ثم إن الحكم بالبراءة قد لا ينفى قيام التقصير المدنى أيضاً ، إذ ليس لمة  
تلازم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ، فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوى العمومية على فعل معين  
لا يستتبع مسؤولية جنائية ولكنه يستتبع مسؤولية مدنية ، وفى هذه الحالة تفصل المحكمة الجنائية فى  
المسؤولية الجنائية وحدها وتقضى بالبراءة ولو أن الواقعة التى فصلت فيها أو وقائع أخرى لم تنظر فيها قد  
تكون أساساً لدعوى مدنية . فيجوز مثلاً أن يبرأ المتهم من جريمة مخالفة قواعد المرور مع الحكم عليه  
بالتعويض عن تقصير مدنى لا يصدق عليه وصف الجريمة . فإذا اقتصر القاضى الجنائى على الفصل =

بالتعويض بعد أن قال القاضي الجنائي أنه برئ (١).

فمنع التعارض ما بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية ، وجعل هذه مسابرة لتلك ، هو الذي أملى القاعدة التي تقضى بأن القاضي المدني يرتبط بالحكم الجنائي . لذلك لا

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب أن يكون للحكم الجنائي الصادر بالإدانة حججته أمام المحاكم المدنية في الدعوى التي يكون أساسها ذات الفعل موضوع الدعوى التي صدر فيها ، وذلك منعاً من أن يجيء "حكم المدني على خلاف الحكم الجنائي . فإنه ليس من المقبول في النظام الاجتماعي أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقعت منه ، ثم تأتي المحكمة المدنية فتقضى بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه ، في حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام المحاكم الجنائية - لتعلقها بأرواح الناس وحررياتهم وأعراضهم - بضمانات أكفل بإظهار الحقيقة ، مما مقتضاه أن يكون الحكم متى صدر بالإدانة محل ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأى حال إعادة النظر في موضوعه . وإذن فإذا قضت المحكمة المدنية للمدعى بتثبيت ملكيته للأطيان المتنازع عليها ، ونست قضاءها على رفض ما دفع به المدعى عليه الدعوى متمسكا بملكيتها إياها استناداً إلى عقد بيع سبق الحكم جنائياً بإدائته في تهمة تزويره ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (نقض مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٠ ص ٢٤٥) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحكم الصادر في الدعوى الجنائية يجب أن تكون له حجية المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية بالنسبة لما يقتضى الفصل في تلك الدعوى بيانه فيه حسب القانون متى كان مناط الدعوى المدنية ذات الفعل الذي تناوله هذا الحكم . وليست العلة في ذلك اتحاد الخصوم والموضوع والسبب في الدعويين ، وإنما هي في الواقع توافر الضمانات المختلفة التي قررها الشارع في الدعوى الجنائية ابتغاء الوصول إلى الحقيقة لارتباطها بالأرواح والحرريات - الأمر الذي تتأثر به مصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد ، مما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة علي الإطلاق ، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام . وهذا يستلزم حتماً ألا تكون هذه الأحكام معرضة في أى وقت لإعادة النظر في الموضوع الذي صدرت فيه ، حتى لا يجر ذلك إلى تخطئتها من جانب أية جهة من جهات القضاء . وإذا كان تفادى التعارض على الوجه المتقدم هو العلة في تقرير حجية الحكم الجنائي في الدعوى المدنية المتعلقة بموضوعها به ، فإن جريمة الإقراض بالربا لا تختلف في هذا الصدد عن غيرها من الجرائم لتوافر هذه العلة فيها هي أيضاً - فالحكم الجنائي الصادر على المتهم في جريمة الاعتياذ على الإقراض بفوائد ربوية يكون ملزماً للقاضي المدني فيما أثبتته خاصاً بسعر الفائدة التي حصل الإقراض بها ، لأن مقدار الفائدة عنصر أساسي في هذه الجريمة ، وإذا أبيض للقاضي المدني إعادة النظر فيه لجاز يؤدي ذلك إلى وجود التناقض بين الحكمين المدني والجنائي في أمر هو من مستلزمات الإدانة . وكذلك يكون ملزماً له فيما أثبتته عن وقائع الإقراض لتعلق هذه الوقائع أيضاً - مهما كان عددها - بالإدانة ، إذ القانون لم ينص على عدد المرات التي تكون الاعتياذ ، الأمر الذي يستوجب أن تكون التهمة التي حصل العقاب عليها متضمنة جميع الأفعال الداخلة في الجريمة حتى وقت المحاكمة (نقض مدني في ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢ - وتعليق الدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٩٦ - ص ١٩٨) .

وقضت كذلك بأنه إذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة متهم بتزوير عقد ، نافية وقوع التزوير ، فهذا الحكم يحول بتاتا دون نظر دعوى تزوير هذا العقد التي يرفعها بصفة فرعية من كان مدعياً بالحق المدني في وجه المتمسك بالعقد الذي كان متهماً في الدعوى الجنائية (نقض مدني في ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٦ ص ٤٦٦) .

وتأصيل هذه القاعدة لا يرجع إلى أن الحكم الجنائي يربط القضاء المدني بمقتضى قوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) فإن قوة الأمر المقضى ، تقتضى الوحدة في الخصوم والموضوع والسبب ، ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا في قضاء مدني يقيد قضاء مدنياً أو في قضاء جنائياً يقيد قضاء جنائياً . أما القضاء الجنائي إذا أريد أن يقيد قضاء مدنياً فلن يكون هذا الوحدة في الخصوم فالخصوم في الدعوى الجنائية وفيهم النيابة العامة غيرهم في الدعوى المدنية ، ولا لوحدة في الموضوع فموضوع الدعوى الجنائية العقوبة وموضوع الدعوى المدنية التعويض ، ولا لوحدة في السبب فسبب العقوبة خطأ جنائياً وسبب التعويض خطأ مدني . فكيف يقوم التقييد على هذا الأساس وقوة الشيء المقضى تقضى الوحدة في هؤلاء جميعاً !

وإنما يرجع تقييد القضاء الجنائي للقضاء المدني إلى اعتبارين ، أحدهما قانوني والآخر عملي . أما الاعتبار القانوني فهو أن الحكم الجنائي له حجية مطلقة ، فهو حجة بما جلع فيه على الناس كافة ، ومنهم الخصوم في الدعوى المدنية ، فهؤلاء لا يجوز لهم أن يناقشوا بحجج الحكم الجنائي . والاعتبار العملي هو أنه من غير المستساغ ، والمسائل الجنائية من النظم العام ، أن يقول القاضي الجنائي شيئاً فينقضه القاضي المدني . فإذا صدر حكم جنائياً بإدانة متهم أو ببراءته ، كان مؤذياً للشعور العام ، وقد أمنت الناس على أثر الحكم الجنائي بأن المتهم مجرم أو برئ ، أن يأتي القاضي المدني فيقول إن المتهم برئ فلا يحكم عليه بالتعويض في الوقت الذي قال فيه القاضي الجنائي إنه مجرم ، أو يقول إن المتهم مجرم فيحكم عليه بالتعويض

= في أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم لا تعتبر جريمة ، جاز للقاضي المدني أن يقضى بالتعويض دون مناقض بذلك ما قضى به جنائياً . ٢ - فالشرط الجوهرى في انتفاء حجية الأحكام الجنائية البتة بالبراءة أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة أمام المحاكم المدنية هو اقتصار القاضي الجنائي على الفصل في الواقعة الجنائية دون الفصل في نسبتها . ويتحقق هذا الشرط متى قضى الحكم بأن الواقعة لم يحدث لا استيفاء العقوبة بشأنها أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة) . ولكن لو فرض أن القاضي أسس البراءة على نفي نسبة الواقعة إلى المتهم ، كان لحكمه قوة الشيء المقضى به بشأن هذه الواقعة وتعين على القاضي المدني أن يفصل طبقاً لهذا القضاء ، وفقاً لما تقضى به المادة ١٩ من تقنين الجنائيات المختلط . ويستفاد هذا الحكم ضمناً من المادة ٣٠٦ من هذا التقنين إذ تنص على أنه "إذا كان المتهم وألزم بتعويضات للمدعى المدني بالحق المدني يكون تقدير المصاريف الواجب الحكم بها للمدعى بالحق المدني المذكور حسب القواعد المقررة في المواد المدنية والتجارية" . وقد استند بوجه خاص إلى هذه المادة وقضى بإلزام المتهم بالتعويضات رغم الحكم ببراءته (جنتح المنصور مايو سنة ١٩٣٨ جريدة المحاكم المختلطة ٤ يونية سنة ١٩٣٨ واستئناف مختلط في ٢٧ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) ورغم تقادم الدعوى العمومية (استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ٣٩ ص ٤٨٨) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٥ - ص ٤٢٧) .



تشرط في تطبيق القاعدة لا وحدة الخصوم ولا وحدة الموضوع ولا وحدة السبب، وإنما تشرط شروط ثلاثة أخرى، هي التي نتقل الآن إليها.

٦٣٢ - شروط القاعدة - الشرط الأول أن يكون المطلوب تقييده هو القضاء المدني: فالقضاء الجنائي هو الذي يراد عدم الإخلال بحجيته المطلقة، فلا يتقيد إلا بقضاء جنائي مثله يكون قد حاز قوة الشيء المقضي، مع مراعاة الشروط المعروفة من وحدة في الخصوم ووحدة في الموضوع ووحدة في السبب. والذي يتقيد بالقضاء الجنائي هو القضاء المدني بمعناه الواسع، فيشمل القضاء المدني والقضاء التجاري، بل والقضاء الإداري.

٦٣٣ - الشرط الثاني أن يكون الحكم الذي يتقيد به القاضى المدني هو حكم جنائي: ويكفى أن يكون الحكم الجنائي صادراً من أية جهة قضائية جنائية، حتى لو كانت جهة استثنائية كالقضاء العسكري. ولكن يجب أن يكون الحكم الجنائي صادراً في الموضوع، لا حكماً تخضيرياً ولا حكماً تمهيدياً ولا أمراً متعلقاً بعمل من أعمال التحقيق الجنائي ولا قراراً صادراً من النيابة العامة<sup>(١)</sup>. ويجب أن يكون حكماً نهائياً.

ويجب أيضاً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني الذي يراد تقييده. إذ لو كان الحكم المدني سابقاً، واستقرت به حقوق الطرفين، لم يجز المساس به بسبب حكم جنائي يصدر بعده. ولا يعقل - كما تقول محكمة النقض - أن ينعى على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره<sup>(٢)</sup>.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة أياً كان سببه، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صورته أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه غير صحيح أو لم يقد عليه دليل كاف - هذا القرار لا يحوز قوة الأمر المقضي قبل المضيور بالحادث، فلا يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (نقض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ الطعن رقم ٣٤ لسنة ١٨ قضائية).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الاحتجاج بالحكم الجنائي أمام القضاء المدني محله أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني لا لاحقاً له، إذ بعد استقرار الحقوق بين الطرفين بحكم نهائي مدني لا يصح المساس بها بسبب حكم جنائي يصدر بعده. وعلى ذلك إذا فصل في نزاع من محكمة مدنية، ثم أثير هذا النزاع أمام محكمة مدنية أخرى وأخذت هذه المحكمة بحكم المحكمة المدنية الأولى في حق من صدر بينهم الحكم، فإنها لا تكون أخطأت في تطبيق القانون، ولو كان صدر بين الحكامين حكم جنائي مخالف للحكم الأول (نقض مدني في ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٦ ص ٣٧٦: كان الحكم الأول قد صدر نهائياً بين المشتري والبائع بصورية البيع بناء على ورقة ضد ادعى البائع صدورها من المشتري، فادعى هذا تزويرها وقضى برفض دعواه. ثم لما قضت المحكمة الجنائية بإدانة المتهم بتزوير ورقة الضد، طعن المشتري في حكم المحكمة المدنية بالتماس إعادة النظر بناء على صدور الحكم الجنائي، ولكن المحكمة المدنية قضت برفض التماس. وبعد الحكم الجنائي - ولكن قبل الحكم في التماس - باع المشتري العقار إلى آخر، ورفع المشتري الثاني بعد الحكم في التماس دعواه على البائع بملكية المبيع، فقضى في هذه الدعوى المدنية الثانية برفضها بناء على الحكم الأول الصادر بصحة ورقة الضد).

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن محل التمسك بأن المحكمة المدنية تكون مقيدة بما قضى به

والذي يقع كثيراً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني، وذلك بفضل القاعدة التي تقضى بأن الدعوى الجنائية تقف من سير الدعوى المدنية. فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية، وجب أن توقف الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً في الدعوى الجنائية، وبذلك يتحقق أن يكون الحكم الجنائي النهائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني، ليتقيد هذا به<sup>(١)</sup>. ذلك ما تقضى به قاعدة وقف الدعوى المدنية، وهذه هي المحكمة المتوخاة منها. ويندر أن يسبق الحكم المدني الحكم الجنائي، ولا يتحقق هذا إلا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية وفصل فيها نهائياً قبل رفع الدعوى الجنائية. وفي هذه الحالة لا يتقيد الحكم المدني بالحكم الجنائي كما قدمنا.

بقي أن نواجه فرضاً هو الذي يقع في الغالب من الأحوال: أن ترفع الدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية، بأن يدخل المضرور مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية. في هذا الفرض يصدر حكم واحد في الدعويين، فلا يتصور أن يسبق الحكم الجنائي الحكم المدني، وبذلك لا يكون هناك محل لتطبيق قاعدة تقييد الحكم المدني بالحكم الجنائي، والقاضى الجنائي الذي يصدر هذا الحكم الواحد يتقيد طبعاً بمراعاة التنسيق ما بين أجزائه، وبهذا يتحقق الانسجام فعلاً ما بين الجزء الجنائي والجزء المدني، فإذا وقع أن تعارضاً، كان هذا سبباً للطعن بالنقض في الحكم<sup>(٢)</sup>.

= الحكم الجنائي هو أن يكون هذا الحكم صادراً قبل الفصل في الدعوى المدنية لا بعد ذلك. فإذا كان الحكم في الدعوى المدنية قد صدر قبل الحكم الجنائي فلا محل لذلك، إذ لا يعقل أن ينعى على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره (نقض مدني في ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٣ ص ٥٢٥).

(١) حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية. محله أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني الذي يراد تقييده لا لاحقاً له إذ بعد استقرار الحقوق من الطرفين بحكم مدني نهائي لا يصح المساس بها بسبب حكم جنائي يصدر بعد، فإذا كان الثابت أن الحكم الجنائي ببراءة الطاعن من نهمته تزوير عقد بيع رسمي قد صدر لاحقاً لحكم محكمة الاستئناف برد وبطلان ذات العقد فإن الحكم الجنائي المذكور لا يمس بقوة الأمر المقضي التي حازها الحكم الاستئنافي.

(جلسة ١٩٦٧/٦/٨ الطعن ٨٤ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٢٣٦)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٨ الطعن ١٠ لسنة ٤٤ ق احوال شخصية س ٢٧ ص ٣٣٠)

(جلسة ١٩٨٧/١١/٢٢ الطعن ٧٤١ لسنة ٥٤ ق س ٣٨ ص ٩٨٤)

(١) ويجوز للخصم الذي يتمسك بالحكم الجنائي ليقيد به القاضى المدني أن يقدم صورة منه، بل يجوز للقاضى المدني من تلقاء نفسه أن يأمر بضم هذه القضية حتى يعرف مدى الحكم الذي يجب عليه أن يتقيد به، لأن هذا يعتبر من النظام العام، للقاضى أن يراعيه ولو لم تطلبه الخصوم.

(٢) فإذا صدر حكم واحد في الدعويين الجنائية والمدنية، واستؤنف الحكم في شقه المدني دون الجنائي، لم يجز أن يقال إن الحكم الجنائي قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدني، فيجب أن يتقيد هذا بذلك. ذلك أن الاستئناف يعيد القضية في جميع نواحيها إلى ما كانت عليه في الحدود التي استؤنف فيها =

٦٣٤ - الشرط الثالث أن يكون ما يتقيد به القاضى هو الوقائع التى فصل فيها الحكم الجنائى وكان فصله فيها ضرورياً : وهذا هو أدق الشروط الثلاثة ، لذلك تكفل نص المادة ١٠٢ اثبات بذكره . فالقاضى المدنى يتقيد بما فصل فى القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون . ولا يتقيد بما فصل فيه القاضى الجنائى من هذه الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى (١) . فهذا أمران تتولى بحثهما .

(أولاً) يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون . فلا يتقيد بالتكييف القانونى الذى اتبعه القاضى لهذه الوقائع من الناحية الجنائية (٢) . مثل ذلك أن يحكم القاضى الجنائى ببراءة سائق السيارة من تهمة القتل خطأ لأن الوقائع التى ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه ، فلا يتقيد القاضى المدنى بهذا التكييف الجنائى ، بل عليه أن يلتزم التكييف المدنى وهو يختلف عن التكييف الأول ، فالخطأ المدنى هنا مفروض فى جانب السائق ، ويحكم القاضى المدنى بتعويض على السائق الذى حكم القاضى الجنائى ببراءته (١) .

(ثانياً) ولا يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى . فليس يتقيد القاضى المدنى بجميع الوقائع التى

الحكم ، ويمنع الاستئناف من أن يصبح الحكم نهائياً ، حتى فى الشق الذى لم يستأنف ، من حيث المصالح التى ظلت عن طريق الاستئناف باقية فى الخصومة (مازرو ٢ فقرة ١٧٥٩) . فلمحكمة الاستئناف إذن أن تلغى الحكم بالتعويض لمصلحة المتهم الذى حكم القاضى الابتدائى بإدائته وأصبحت الإدانة نهائية بعدم استئنافها ، كم لها أن تحكم بالتعويض على المدعى عليه الذى حكم القاضى الابتدائى ببراءته وأصبحت البراءة نهائية بعدم استئنافها .

(١) أنظر فى أن الحكم الجنائى بالبراءة لا يمنع من المسؤولية المدنية : نقض جنائى فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ - وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٠٩ ص ١١١ - وفى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ - وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ - وفى ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٥٣ ص ٢٨٥ .

(١) الحكم الجنائى يقيد القضاء المدنى فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها ، وهذه الحجية لا تثبت إلا للأحكام الفاصلة فى موضوع الدعوى الجنائية دون غيرها من الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق .

(جلسة ١٩٨٣/١/٤ الطعن ٥٥٤٤ لسنة ٥٢ ق س ٣٤ ص ٣٢)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ الطعن ٧٤٠ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ١٨١)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٧ الطعن ٥١١ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ٣٠٧)

(٢) حجية الحكم الجنائى امام المحاكم المدنية . شرطها . الحكم بالبراءة . اقامته على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون سواء لانقضاء القصد الجنائى أو لسبب آخر . الر ذلك . عدم ثبوت حجية الشئ المحكوم فيه امام المحكمة المدنية . لها بحث ما قد نشأ عن هذا الفعل من ضرر يصح أن يكون أساساً للتعويض . (جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن ٨٤٨٧ لسنة ٦٦ ق السنة ٤٨ ص ٩٧٠ ع)

عرض لها الحكم الجنائى وأثبتها ، بل هو لا يتقيد منها إلا بما كان ضرورياً للحكم الجنائى ، بحيث لو لم تثبت لانهدم الحكم الجنائى ولما أمكن أن يقوم . أما ما لم يكن ضرورياً من هذه الوقائع ، فلا يتقيد به القاضى المدنى مهما أكدته القاضى الجنائى . ونستعرض الفرضين المحتملين فى تطبيق هذه القاعدة الدقيقة : (١) أن يصدر حكم جنائى بالإدانة (٢) أو يصدر بالبراءة .

١ - حكم جنائى بالإدانة (١) : إذا سكت هذا الحكم عن ركن الضرر ولم يتعرض له لا بإثبات ولا بنفى ، كان القاضى المدنى حراً غير مقيد فى هذا الخصوص ، فله أن يثبت فى حكمه المدنى وقوع الضرر أو عدم وقوعه ، وإذا إثبت وقوعه فله أن يبين على من وقع . أما إذا عرض الحكم الجنائى لركن الضرر فأنكر وقوعه ، لم يتقيد القاضى المدنى بهذا إلا إذا كان وقوع الضرر أو عدم وقوعه من شأنه أن يؤثر فى منطوق الحكم الجنائى . فإذا قال القاضى الجنائى فى حكمه إن ضرراً ما لم يقع على المجنى عليه ، ولم يكن وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، لم يتقيد القاضى المدنى بما قاله القاضى الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن المجنى عليه قد أصابه ضرر ، إذ لا خوف من التعارض ما بين الحكمين الجنائى والمدنى ، لأنه حتى لو أصيب المجنى عليه بضرر فإن الحكم الجنائى يبقى صحيحاً . وإذا حكم القاضى الجنائى بأن الضرر لم يقع ، وبنى على ذلك أن الجريمة شروع لا فعل تام ، تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ولم يستطع أن يقول إن الضرر قد وقع ، لأن هذا يتعارض مع الحكم الجنائى فى مسألة لو صح فيها الحكم المدنى لانهدم الحكم الجنائى وهو يقوم على أن الجريمة شروع لا فعل تام . يبقى أن يعرض الحكم الجنائى لركن الضرر فيثبت وقوعه . فإن كان وقوع الضرر غير مؤثر فى الحكم الجنائى ، كالحكم فى مخالفة من مخالقات المرور ، لم يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن الضرر لم يقع ، لأنه حتى لو صح هذا لم ينهدم الحكم الجنائى . وإن كان وقوع الضرر مؤثراً فى الحكم الجنائى ، كالحكم بالإدانة فى تهمة قتل ، تقيد القاضى المدنى بأن القتل قد وقع ، ولا يستطيع أن ينفى فى حكمه هذه الواقعة . وإذا عين الحكم الجنائى الشخص الذى وقع عليه الضرر وكان هذا مؤثراً فى الحكم الجنائى ، تقيد به القاضى المدنى ، كما إذا أثبت القاضى الجنائى أن السرقة وقعت على الزوج أو أن هتك العرض وقع على شخص تحت سلطة المتهم ، فلا يستطيع القاضى المدنى أن يثبت فى حكمه غير ذلك ، لأن الحكم الجنائى يتأثر بهذا التعارض ، فإن كون المجنى عليه هو زوج المتهم أعفى هذه من عقوبة السرقة ، وكون المجنى عليها هى تحت سلطة المتهم شدد من عقوبة هتك العرض . وإذا عرض القاضى الجنائى للضرر من حيث طبيعته أو من حيث مقداره ، فإن هذا لا يؤثر عادة فى الحكم الجنائى ، فلا يتقيد به القاضى المدنى . أما إذا أثر ، كأن أثبت القاضى الجنائى أن الضرر هو

(١) حتى لو صدر عفو عن الجريمة أو عن العقوبة ، فإن العفو إنما يزيل الأثر الجنائى دون الأثر المدنى .

عاهة مستديمة أو أثبت أن الجرح نشأ عنه عجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً، تقيد القاضي المدني بذلك ، لأن العاهة المستديمة قلبت الجرح إلى جناية ، ولأن الجرح إذا أعجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً استوجب عقوبة أشد .

أما بالنسبة إلى ركن الخطأ ، فإن الحكم الجنائي القاضي بالإدانة يكون قد عرض له حتماً وأثبت وجوده ، وإلا لما صدر حكم بالإدانة . فبتقيد القاضي المدني في حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية . ذلك أن كل خطأ جنائي هو في الوقت ذاته خطأ مدني ، ولا عكس (١) . وإذا كان قد يقع أن الخطأ الجنائي - وهو في الوقت ذاته خطأ مدني كما قدمنا - لا يحدث ضرراً ، كجريمة التشرد وجرائم المرور والشروع في الجرائم ، فلا تتحقق المسؤولية المدنية ، فإن ذلك لا يرجع إلى أن الخطأ الجنائي ليس بخطأ مدني ، بل يرجع إلى أن ركناً من أركان المسؤولية التقصيرية لم يرق وهو ركن الضرر . كذلك يتقيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم الجنائي من الخطأ ، لا في ركنه المادي فحسب ، بل أيضاً في ركنه المعنوي . فإذا قال الحكم الجنائي إن المتهم صدر منه خطأ هو مسئول عنه ، لم يجز للقاضي أن ينفي المسؤولية المدنية بدعوى الإكراه أو عدم التمييز أو نحو ذلك . أما بيان جسامته الخطأ في الحكم الجنائي فيقيد القاضي المدني أو لا يقيد وفقاً لما إذا كانت هذه الجسامته ضرورية لقيام الحكم الجنائي أو غير ضرورية . فإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه عمد أو غير عمد ، فإن القاضي المدني يتقيد بهذا الوصف ، لأن وصف الخطأ الجنائي بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر في وصف الجريمة ذاتها . وإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه جسيم أو يسير ، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر في الحكم الجنائي وإن أثر في تقدير العقوبة ، فلا يتقيد به القاضي المدني ، لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ليس هو حتماً الخطأ الجسيم من الناحية المدنية .

أما ركن السببية ، فإن أثبت الحكم الجنائي أنه موجود أو غير موجود ، فكأنما أثبت أن الضرر قائم أو غير قائم . ويكون الأمر أمر حكم جنائي أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه ، وقد مر بنا تفصيل ذلك . وإذا أثبت الحكم الجنائي أن هناك سبباً أجنبياً ينفي رابطة السببية ، فكأنما أثبت أن الضرر غير قائم . ولكن إذا جعل الحكم الجنائي هذا السبب الأجنبي داعياً لتقسيم التعويض بين المسئول والمصاب والغير ، وفقاً للقواعد التي مر ذكرها ، لم يكن القاضي المدني مقيداً بهذا التقسيم ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي (١) .

(١) لذلك لا يتقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي الذي ينفي الخطأ الجنائي ويقضي بالبراءة ، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدني دون أن يوجد خطأ جنائي ، وسيأتي ذكر ذلك .

(١) مفاد المادة ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الاثبات أن الحكم الصادر في المواد الجنائية يكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعوتين الجنائية والمدنية وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله ، فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور فإنه يمتنع على المحاكم المدنية أن تقيد

٢ - حكم جنائي بالبراءة : كذلك إذا صدر حكم جنائي ببراءة المتهم ، فإن ما ورد في هذا الحكم مما يعد ضرورياً لقيامه يقيد القاضي المدني . ولا يتقيد هذا بما ورد في الحكم الجنائي إذا لم يكن ضرورياً (١) . فإذا أثبت الحكم القاضي بالبراءة وجود الضرر وطبيعته ومداه ولكنه برأ المتهم ، فإن ما ورد فيه عن وجود الضرر وعن طبيعته ومقداره لا يقيد القاضي المدني ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي بالبراءة . وإذا أنكر الحكم الجنائي وقوع الضرر ، فليس هذا مؤثراً في قيامه ، لأن الجريمة قد تتم دون أن يقع ضرر ، فلا يتقيد القاضي المدني بذلك . على أن قد يكون وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، كجريمة القتل بإهمال أو الضرب الذي أفضى إلى الموت ، فإذا أنكر الحكم الجنائي القاضي بالبراءة أن القتل قد وقع أو أن الضرب أفضى إلى الموت ، فإن هذا يقيد القاضي المدني .

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضي بالبراءة عدم وقوع الخطأ أو وقوعه ، في أحد ركنيه المادي أو المعنوي أو في ركنيه جميعاً ، فإن القاضي المدني يتقيد بما ورد من ذلك في الحكم الجنائي . فإذا قال هذا الحكم أن المتهم لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه أو أن الخطأ وقع منه في ماديته ولكنه غير مسئول عنه لأنه عديم التمييز أو لأنه أكره عليه أو لأنه كان يدافع عن نفسه ، ففي كل هذه الأحوال يتقيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم الجنائي ، ولا يستطيع أن يقول إن المتهم ارتكب الخطأ وهو مسئول عنه لأنه مميز أو لأنه لم يكره أو لأنه لم يكن في حالة دفاع شرعي (١) . ولكن ذلك لا يعني أن القاضي المدني يتقيد بالتكييف

= بحثها وتعين عليها أن تعتبرها وتلتزمها في بحث الحقوق المدنية المتصلة بها لكي لا يكون حكمها مخالفاً للحكم الجنائي السابق له .

(جلسة ١٩٩٣/١/٣١ الطعن ٦٥٦ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٤ الطعن ٢٢٤٧ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ الطعن ٤٢٠١ لسنة ٥٠ ق)

(١) الحكم الجنائي الصادر بالبراءة على سند من ان الفعل غير معاقب عليه لانتفاء القصد الجنائي أو لسبب آخر . لا يجوز قوة الشيء المحكوم في أمام المحاكم المدنية ولا يمنعها من البحث فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يصلح أساساً للمطالبة المدنية .

(جلسة ١٩٩٢/٢/١٣ الطعن ٢٣١٥ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٨٥/٥/١٨ الطعن ٩٩٣ لسنة ٥١ ق)

(١) وكذلك إذا قضى الحكم الجنائي بالإدانة وقال إن المتهم ارتكب الخطأ المنسوب إليه وإنه مسئول ، فلا يستطيع القاضي المدني أن يقول إنه لم يرتكب الخطأ أو إنه ارتكبه ولكنه غير مسئول عنه .

هذا وتختلف الحالة التي نحن بصددنا عن حالة ما إذا رفعت الدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، وقضى بالبراءة في الدعوى الجنائية ورفض طلب التعويض في الدعوى المدنية ، واستؤنف الحكم المدني دون الحكم الجنائي . فقد قدمنا (أنظر أنفاً فقرة ٦٢٣ في الهامش) أنه لا يجوز أن يقال أن الحكم الجنائي قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدني فيجب أن يتقيد هذا بذلك . فالحكم المدني في هذه الحالة قد يقضى بالتعويض مع قيام البراءة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى =



الجنائي للوقائع التي أثبتتها المحكمة الجنائي . فقد يرى القاضي الجنائي أن المتهم غير مدان لأنه لم يثبت في جانبه خطأ جنائي يجعله مسؤولاً عن القتل بإهمال وهي الجريمة التي نسبت إليه ، ولكن القاضي المدني قد يحكم مع ذلك على المتهم بالتعويض لأنه مسئول عن خطأ مدني مفروض في جانبه (١)(١)

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضي بالبراءة وجود السببية أو انعدامها ، فكأنما أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه ، فتتبع الأحكام التي قدمناها في هذه المسألة . وكذلك إذا أثبت الحكم الجنائي وجود سبب أجنبي ينفي السببية فكأنما أثبت عدم قيام الضرر . ولكن إذا أثبت أن السبب الأجنبي من شأنه أن يقسم التعويض ما بين المسئول والمصاب والغير . فهذا التقسيم ، وهو غير ضروري لقيام الحكم الجنائي ، لا يقيد القاضي المدني .

## المطلب الرابع

### الحكم الصادر في دعوى المسؤولية وطرق الطعن فيه (وبخاصة طريق الطعن بالنقض)

٦٣٥ - مسألتان : بعد أن حددنا طرفي الخصومة في دعوى المسؤولية، والطلبات التي يتقدم بها المدعي والدفع التي يرد بها المدعى عليه الدعوى ، وكيف تثبت هذه الطلبات والدفع ، بقي أن نتكلم في الحكم الذي يصدر في الدعوى لنرى : (١) ما هي طرق الطعن التي توجه إليه (٢) وما هي الآثار التي ترتب عليه .

#### ١ - طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

٦٣٦ - طرق الطعن بوجه عام : لا يختلف الحكم الصادر في دعوى المسؤولية عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . فهو إذا صدر غيابياً يقبل الطعن فيه بطريق المعارضة . وإذا صدر من محكمة الدرجة الأولى يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف .

أما طرق الطعن غير العادية فهي النقض والتماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذي يتعدى إليه الحكم . ولا كلام في الطريقتين الأخيرتين ، إذ تطبق في شأنهما الأحكام المعروفة في قانون المرافعات .

٦٣٧ - الطعن بطريق النقض : وكذلك الطعن بطريق النقض ، فإنه هو أيضاً تتبع في شأنه أحكامه المعروفة . ومن هذه الأحكام أنه لا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض أن تقدم

= بأنه إذا رفع المدعي المدني دعواه مباشرة ضد المتهم لتعويضه لياه علنا ، طالباً عقابه والحكم عليه بتعويض ، ثم قضت المحكمة ببراءة المتهم ورفض دعوى التعويض ، فاستأنف المدعي ولم تستأنف النيابة ، فأيد الحكم استئنافياً ، فطعن بطريق النقض ، فنقض الحكم ، ثم أعيدت المحاكمة ، فقضى على المتهم بالتعويض عملاً بالمادتين ١٥٠ و ١٥١ من القانون المدني (القديم) ، فلا يصح على المتهم أن يعنى على المحكمة أنها في حكمها قد تعرضت لإثبات واقعة القذف ولا أنها أقامت التعويض على نيتك المادتين المذكورتين ، وذلك (أولاً) لأن المحكمة لها بل عليها أن تتعرض لإثبات تلك الواقعة ما دامت تفصل في طلب التعويض عن الضرر المدعى حصوله منها ، ولا يمكن أن يحول دون ذلك عدم إمكان الحكم لأي سبب من الأسباب بالعقوبة على المتهم ما دامت الدعويان المدنية والجنائية كانتا مرفوعتين معاً أمام المحكمة الجنائية ، وما دام المدعي بالحق المدني قد استمر في السير في دعواه المدنية ، مما لا يصح معه القول بأن الحكم في الدعوى الجنائية بسبب عدم الطعن فيه من النيابة العمومية قد حاز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة إليه ، (وثانياً) لأن أساس التعويض عن كل فعل ضار هو المادتان ١٥٠ و ١٥١ مدني (قديم) ولو كان الفعل الضار يكون جريمة بمقتضى قانون العقوبات (نقض جنائي في ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المجامعة ٢٧ رقم ٢١٣ ص ٥١٦) .

(١) ١ - الحكم الصادر في قضية الجنحة ببراءة المتهم من تهمة القتل خطأ لانتفاء الخطأ في جانبه تأسيساً على أن تلف الفرائل المفاجئ الذي أسهمت في حدوثه زيادة حمولة السيارة عن العدد المقرر ودخول السيارة منحدر يعتبر أمراً خارجاً عن إرادة المتهم ويعتبر سبباً أجنبياً للحادثة لا يحول دون مطالبة الطاعن بالتعويض أمام المحكمة المدنية باعتبارها حارسة للسيارة ذلك أن مسؤولية حارس الشيء عملاً بنص المادة ١٧٨ من القانون المدني تقوم على أساسه خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ومن ثم فإن هذه المسؤولية لا تدرأ عن الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية والحيطه حتى لا يقع الضرر من الشيء الذي في حراسته ، وإنما ترتفع هذه المسؤولية إذا ثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يدل له فيه بأن يكون الفعل خارجاً عن الشيء فلا يكون متصلاً بداخلية أو تكوينه ، فإذا كان الضرر راجعاً إلى عيب في الشيء فإنه لا يعتبر ناشئاً عن سبب أجنبي ولو كان هذا العيب ضمنياً .

(جلسة ١٩٨٨/٢/١٨ الطعن ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق س ٣٩ ص ٢٧٠)

(جلسة ١٩٩٥/٣/٢٦ الطعن ٢٧٣٩ لسنة ٦٠ ق س ٤٦ ص ٥٣٣ ع)

ب - القضاء بالبراءة لعدم العقاب على واقعة القبض بدون وجه حق لا يؤدي حتماً إلى انتفاء المسؤولية المدنية ولا يمنع من أن تكون نفس هذه الواقعة فعلاً خاطئاً ضاراً يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر .

(جلسة جنائي ١٩٥٦/٤/١٧ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٥٦ ص ٥)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتهم شخص بأنه أجرى إنشاء سور خشبي خارج عن خط التنظيم وداخل في الملك العام ، وقضت المحكمة ببراءته قائلة إنه لم يثبت لها من محضر المخالفة ولا من جواب البلدية أن الأرض موضوع المخالفة قد صار نزع ملكيتها فعلاً حتى يمكن أن تعتبر من المنافع العامة وأن المتهم قدم صورة عقد ملكية مسجل ألخ ، وأنه إذا كان الركن الأساسي للجريمة في تلك المخالفة هو كون السور خارجاً عن خط التنظيم وداخل في الملك العام ، ولم يثبت للمحكمة إن الأرض التي أقيم فيها السور من المنافع العامة فيكون ركن الجريمة هذا غير متحقق ويتعين إذن تبرئة المتهم من المخالفة دون حاجة إلى الفصل في مسألة ملكية شخص معين بالذات لتلك الأرض - إذا كان ذلك كذلك فإنه كل ما يقيد حكم البراءة هذا ويصح الاحتجاج به في صدده إنما هو أن الأرض موضوع النزاع لم =

=تكن في يوم المخالفة من المنافع العامة . وإذن فإذا ما طرح النزاع في شأن ملكية هذه الأرض بعد ذلك على المحكمة المدنية ، وحكمت بالملكية لغير المخالف المحكوم ببراءته ، فإنه لا يمكن القول بأن حكمها هذا يكون مناقضاً لحكم البراءة في المخالفة (نقض مدني في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٠ ص ٥١٣) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الجنائي الصادر بتبرئة المتهم بإخفاء أشياء مسروقة لا يمنع من الحكم عليه بتعويض للمجنى عليه في جريمة السرقة ، إذا كان المخفى قد ارتكب في القليل إهمالاً بقبوله بضاعة من شخص لا يتجر في مثلها دون أن يستعلم منه عن مصدر هذه البضاعة (استئناف مختلط في ٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٦ - أنظر أيضاً في أن الحكم الجنائي بالبراءة لا يقيد القضاء المدني في الحكم بالتعويض : استئناف مختلط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ - وفي ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩) . هذا وإذا تماثل الخطأ الجنائي والخطأ المدني ، كانت تبرئة المتهم من الخطأ الجنائي مانعاً من الحكم عليه بالتعويض . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم الجنائي ببراءة مالك العقار الذي كان متهماً بأنه مع علمه بوجود خلل في البلكون لم يرمه وتسبب بذلك في إصابه أحد السكان ، وكان سبب البراءة هو عدم وقع خطأ من جانبه إذ هو كان قد قام بإصلاح البلكون =

لا طلبات جديدة (domandes nouvelles) ولا وسائل جديدة (moynes nouveaux) ، بخلاف محكمة الاستئناف فيجوز أن تقدم إليها الوسائل الجديدة دون الطلبات ، ومن ثم لا يجوز الاستناد لأول مرة أمام محكمة النقض على الخطأ التقصيري المفترض أو لخطأ العقدي ، إذا كان المدعي قد استند أمام محكمة الموضوع على الخطأ التقصيري الثابت . ويجوز ذلك أمام محكمة الاستئناف ، على خلاف في الرأي بيننا فيما تقدم (١) .

بقي أن نجمل هنا - وكنا قد أشرنا إلى ذلك في أماكن متفرقة - ما هو الواقع الذي لا يجوز لمحكمة النقض أن تعقب عليه وما هو القانون الذي يخضع لرقابتها في شأن أركان المسؤولية الثلاثة : الخطأ والضرر والسببية .

١ - الخطأ : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التي يقدمها المدعي لإثبات ركن الخطأ ، وما صح منها وقوعه وما لم يصح . أما التكييف القانوني لما صح وقوعه عند محكمة الموضوع ، وهل هذه الوقائع يصح أن تصوف بأنها خطأ (٢) ، وهل هذا الخطأ تقصيري أو عقدي ، وإذا كان تقصيرياً هل هو عمد أو جسيم أو يسير ، وهل يكفي أن يكون مفترضاً أو يجب إثباته ، وهل إذا كان مفترضاً يجوز

فعلاً ، فإن هذا الحكم يمنع القاضى المدني من أن يستمع إلى الادعاء بوقوع الخطأ الذي قضى بانتفائه (نقض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥ - ويلاحظ أن الحكم الجنائي هنا إذا منع الحكم بالتعويض عن خطأ كان لا بد من إثباته في جانب مالك البناء وفقاً للقانون المدني القديم ، فإنه لا يمنع الحكم بالتعويض عن خطأ مفروض في جانب مالك البناء وفقاً للمادة ١٧٧ من القانون المدني الجديد) . أنظر في هذا الموضوع تعليق الدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٩٦ - ص ٢٤٩ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٢٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف وقائع التقصير الثابتة بأنها خطأ يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٧ ص ٢١٤) . وقضت أيضاً بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباطاً المسبب بالسبب والمعلول بالعلل ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض . فإذا قضى حكم على وزارة الداخلية بالتعويض لورثة شخص سقطت عليه مثذنة جامع فقتله ، مستنداً إلى وقوع خطأ من جانب أحد الأقسام في تنفيذ إشارة مهندس التنظيم المبلغة لهذا القسم لمنع المرور أمام ذلك الجامع خشية من سقوط مثذنته لوجود خلل بها ، إذ القسم لم يغلق الحوائط المقابلة للمسجد ولو يمنع المرور من الشارع منعاً كلياً ، وكانت إشارة المهندس غير مطلوب فيها إغلاق الحوائط ولا منصوص فيها على منع المرور من الشارع منعاً كلياً ، وثبت أن البوليس قام بتنفيذ ما طلب منه في حدود نص الإشارة وفي حدود المعقول ، فالقضاء بالتعويض استناداً إلى وقوع خطأ من البوليس مخالف للقانون (نقض مدني في ١١ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٨ ص ٣٠٠ - ويلاحظ أنه إذا كان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع في تكييفها الأعمال الصادرة من المدعي عليه بأنها خطأ ، فهي في ذلك تلتزم بتطبيق مبادئ الخطأ . وإذا صح أن البوليس لم يخطئ إذ قام بتنفيذ ما طلب منه في حدود نص الإشارة وفي حدود المعقول ، أى أنه لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى في الظروف الخارجية التي وجد فيها فمهندس التنظيم قد أخطأ بعدم النص في الإشارة على اتخاذ جميع التدابير اللازمة للوقاية من سقوط المثذنة ، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وتكون الحكومة على كل حال مسؤولة عن خطأ مهندس التنظيم) .

إثبات العكس أو لا يجوز ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١) . كذلك تعتبر مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ما إذا كان الركن المعنوي متوافراً في الخطأ ، وهل انعدام التمييز من شأنه ألا يجعل الخطأ قائماً ، وهل قامت أسباب من شأنها أن تعدم الخطأ كالدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وقيام حالة الضرورة ، ومتى يكون الشخص المعنوي مسئولاً عن الخطأ ، وفي أى الأحوال يوجد التعسف في استعمال الحق . ويمكن القول بوجه عام إن جميع مسائل الخطأ تخضع لرقابة محكمة النقض إلا ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية في هذا الشأن (١) .

(١) أ - استخلاص الفعل المؤسس عليه طلب التعويض من سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصاً سائفاً تكييف الفعل بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ الطعن ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق السنة ٤٨ ص ١٠٢٥ ع ٢)

(جلسة ١٩٦٧/١١/١٦ الطعن ٢٤١ لسنة ٣٣ ق ص ١٨ ص ١٦٩٩)

ب - إذ كان الثابت أن الضرر الذي لحق بأجوله الدقيق موضوع التداعى قد نجم عن اندفاع المياه على رصيف الميناء من ماسورة عادم الباخرة ، وكان هذا التصرف من ريانها يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف وعن السلوك الواجب اتباعه قانوناً . فإن الحكم إذ نفي الخطأ عما وقع من ريان الباخرة يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(جلسة ١٩٧٨/٣/٦ الطعن ٥٨٢ لسنة ٤٣ ق ص ٢٩ ص ٦٨٦)

ج - استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر من مسائل الواقع التي يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه لمحكمة النقض فيه إلا بالقدر الذي يكون استخلاصه غير سائغ .

(جلسة ١٩٩٥/٣/١٥ الطعن ١٤٣٨ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٦ ص ٤٨٣ ع ١)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ الطعن ٩٣٣ لسنة ٤٩ ق ص ٣١ ص ٢١٧٥)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ الطعن ١٥٢٧ لسنة ٤٨ ق ص ٣٠ ص ٣٣٧)

(جلسة ١٩٩٥/١١/٢٣ الطعن ٢٨٤٥ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٦ ص ١٢١٩)

(١) ويجب أن تستخلص المحكمة الخطأ من وقائع ثابتة منتجة تذكرها في الحكم ، وإلا كان حكمها باطلاً لقصور أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب على المحكمة عند القضاء بتعويض يعنى ترتيبه على إجراءات كيدية ضارة أن تثبت في حكمها أركان الخطأ المستوجب للتعويض تطبيقاً للمادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) ، وإلا كان حكمها باطلاً لقصور أسبابه (نقض مدني في ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٦ ص ١١١٩) . وقضت أيضاً بأنه متى أثبت الحكم الأفعال التي صدرت من شخص ما (فرداً كان أو شخصاً معنوياً) واعتبرها متصلة ببعضها ببعض اتصال الأسباب بالنتائج ، ثم وصف هذه الأفعال بأنها أفعال خاطئة قد ألحقت ضرراً بشخص ما ، واعتبر من صدرت منه تلك الأفعال مسئولاً عن الضرر الذي نشأ عنها ، فلا مخالفة في ذلك للقانون . وإذن فإذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطأها في سحبها من متجر بالآثار رخصته ، وما ترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتخريب محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته الخ . وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من الأضرار ، فقضاؤه بذلك صحيح قانوناً (نقض مدني في ١٩ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٥ ص ١٠٩١ وقد سبقت الإشارة =

٢ - الضرر : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الضرر . فإذا قررت أن المدعى قد كسر له ضلع أو أن سيارته قد تلفت أو أن منزله قد حرق ، فلا تعقيب لمحكمة النقض على صحة هذه الوقائع في ذاتها (١) . أما تكييفه القانوني ، وهل تكفي لتكوين ركن الضرر ، وهل هذا الضرر محقق أو محتمل ، وهل هو ضرر مباشر أو غير مباشر ، وما هو الضرر الأدبي ، وهل يجب تعويضه ، كل هذه من مسائل القانون (١) . وتقدير الضرر ، وتعيين طريقة تعويضه ، وتحديد المبلغ اللازم للتعويض إذا كان التعويض نقداً ، كل هذه من مسائل الواقع لا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن تقسيم التعويض بالنسبة التي يوجبها القانون على المسئول والمضروب والغير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (٢) .

٣ - السببية : ولا معقب على محكمة الموضوع فيما تسجله من الوقائع التي يستفاد منها قيام علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (١) . أما تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية . وهل هي كافية لإيجاد علاقة السببية ، وما هو السبب الأجنبي الذي تنتفي معه هذه العلاقة ، وما هي الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث المفاجيء ، وهل هناك فرق ما بين السببين ، وما الأثر الذي يترتب على فعل المضرور وفعل الغير في تحديد مسئولية المدعى عليه ، وما الحكم إذا تعددت الأسباب ، وماذا يترتب على تعاقب الأضرار ، فكل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

خلاصة ما تقدم : ويمكن القول بوجه عام إن ما تسجله محكمة الموضوع من

= (إلى هذا الحكم) . وقضت كذلك بأنه إذا انحلت الحكم للحادث الضار سبباً تقصيراً لا يمكن استخلاصه عقلاً من عناصر التحقيق التي كانت أمام المحكمة ، فتعين نقضه (نقض مدني في ٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠ : وقد جاء في أسباب الحكم ما يأتي : وحيث إن قول الحكم المطعون فيه إن الفعل الضار في هذه الدعوى هو انفلات سير البريمة في آلة بخارية عن موضعه بحركة عنيفة فجائية ، وأن هذا الانفلات العنف الفجائي لا يكون إلا إذا كانت الآلة مختلة وكان السبب في اختلالها تقصير صاحبها في صيانتها هو قول لا مصدر له في محضر ضبط الواقعة ، إذا لم يرد به في أي موضع منه أن السير انقلت أصلاً بعنف أو بغير عنف ، وأن علة انفلاته هي الخلل ، بل الذي جاء به لا يمكن أن يستخلص العقل منه ما استخلصه الحكم المطعون فيه ... وأقصى ما يصح استنتاجه عقلاً .... أن سير الغريبال لم يكن في موضعه الطبيعي ، وأن التوفى حاول رده إلى موضعه ، فصعد السلم بغير أن يوقف الآلات ، فأصيب ... كل ذلك جاء دالاً على ألا انفلات لسير البريمة ولا محل للظن بأن هناك انقلاباً ، ولا أن علة هذا الانفلات هي الخلل في الآلات . ونرى محكمة النقض في هذا الحكم تشدد كثيراً في استخلاص الخطأ من الوقائع الثابتة) .

(١) ولكن يجب أن يذكر الحكم ما هو الضرر الذي أصاب المدعى ، وإلا اعتبر التسيب قاصراً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم بتعويض على شخص لعدم تقديمه عقد إجازة مودعا لديه إلى شريكه في الإجازة ، دون أن يبين وجه الضرر الذي لحق بالمحكوم له بالتعويض ، مع نفي المحكوم عليه لحق أي ضرر به ، اعتبر هذا الحكم غير مسبب فيما أوجبه من التعويض وتعين نقضه (نقض مدني في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٥ ص ١٥٨) .

(١) استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ما دام الدليل الذي أخذ به في حكمه مقبول قانوناً ، وأن استخلاص الخطأ وعلاقة السببية والضرر هو ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغاً ومستهدداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى .

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن ١٣١٨ لسنة ٤٨ ص ٣٤ ص ١٩٥٢)

(جلسة ١٩٨٦/٤/٣٠ الطعن ٤٤٨ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٨ الطعن ٧٩١ لسنة ٥٧ ق)

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لرأي محكمة الموضوع ، فهي إذ تقدر تعويض الضرر المترتب على دفاع كيدي ، وتبين كيفية تقديرها له ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ما دامت قد اعتمدت في ذلك على أساس معقول (نقض مدني في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ =

= مجموعة عمر ٢ رقم ١٢ ص ٢٨) . وقضت بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الأغذية لأحد الملاجئ هو وأمر خطير فيه تعريض لصحة اللاجئين فضلاً عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليه حمايتهم والحفاظ على سلامتهم ، ثم رأت أن التعويض المشروط في عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بإلزام المتعهد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدني في ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة قد قدرت التعويض على أساس ما أثبتته على المحكوم عليه من الخطأ في عدوله عن الصفقة التي كان المزاد فيها قد رسا عليه ، وما أثبتته على المحكوم له ذاته من تباطؤ وتراخ في إبلاغ رسو المزاد في الوقت المناسب إلى الراسي عليه ، وما كانت عليه الأسعار من تقلبات في الفترة ما بين المزاد الأول والمزاد الثاني الذي كان طلب التعويض على أساس نقص الثمن فيه ، فإنها تكون قد بينت أساس التعويض المقضي به ، وهذا يكفي لسلامة الحكم . أما قيمة التعويض فمتروكة لسلطة المحكمة تقدرها على وفق ما تراه (نقض مدني في ٤ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٠ ص ٤٧٣) . وقضت كذلك بأن التعويض يقدر بقدر الضرر ، ولكن كان هذا التقدير من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ، فإن تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض ، لأن هذا التمييز من قبيل التكييف القانوني للواقع (نقض مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القول بقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل المتعلقة بالواقع . فلا يخضع قاضي الموضوع في فهمه له لرقابة محكمة النقض ، إلا أن يشوب تسيبه عيب (نقض مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) .

(٢) أن استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع دون رقابة عليّة في ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه لها سائغاً .

(جلسة ١٩٩٥/٥/٢١ الطعن ٥٠٨ لسنة ٥٧ ق ص ٤٦ ص ٧٩١)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ الطعن ٦١٦ لسنة ٤٩ ق ص ٣١ ص ١٩٧٨)

(جلسة ١٩٨١/٣/٤ الطعن ١٤٤٣ لسنة ٤٧ ق ص ٣٢ ص ٧٥٥)

(جلسة ١٩٨٢/١/٢١ الطعن ٥١٦ لسنة ٤٨ ق ص ٣٣ ص ١٦٠)



وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة للمسئولية ، من خطأ وضرر وسببية ، لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانوني لهذه الوقائع ، ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فذلك يدخل في المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا .

## ٢ - الآثار التي تترتب على الحكم الصادر في دعوى المسئولية

٦٣٨ - الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض - نشوء الحق في التعويض منذ وقوع الضرر : مصدر الحق في التعويض ليس هو الحكم الصادر في دعوى المسئولية . فالحكم ليس إلا مقررراً لهذا الحق ، لا منشئاً له . وحق المضرور في التعويض إنما نشأ من العمل غير المشروع الذي أتاه المسئول ، فترتب في ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسئولية الثلاثة ، وإذا أردنا التحديد فمن وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ ، فإن الضرر إذا تراخى عن الخطأ لم تتوافر أركان المسئولية إلا بوقوعه ، ومن هذا الوقت لا قبله بتحقيق المسئولية في ذمة المسئول ويترتب حق المضرور في التعويض (١) .

ونشوء الحق في التعويض وقت وقوع الضرر لا وقت صدور الحكم له أهمية عملية من وجوه كثيرة ، نذكر منها الوجوه الآتية :

أولاً - يجوز للمضرور أن يتصرف في حقه ، أو أن يتصرف بمقتضى هذا الحق ، من وقت وقوع الضرر ، ولا حاجة به إلى انتظار الحكم . فله من وقت وقوع الضرر أن يحول حقه إلى الغير ، وأن يوقع حجزاً تحت يد مدين المسئول ، ولو أفلس المسئول حتى قبل صدور الحكم دخل المضرور في التفليس ، وإذا كان المسئول مؤمناً على مسئوليته كان للمضرور حق الرجوع على شركة التأمين حتى لو وجد ما بين وقوع الضرر وصدور الحكم ما يستوجب سقوط الحق في التأمين .

ثانياً - يسرى التقادم في دعوى المسئولية ، لا من وقت صدور الحكم ، بل من وقت

(١) أنظر في هذا المعنى : استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٦ . وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨ . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بترتيب الحق في التعويض من وقت الحكم (أنظر في هذا القضاء وفي نقده مازو ٣ فقرة ٢٢٥٣ - فقرة ٢٢٦٠ - وأنظر في المعنى أيضاً من وقت الحق في التعويض لا ينشأ إلا من وقت الحكم النهائي محكمة الاستئناف الوطنية في ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٧ ص ٢٠٦) .

هذا وقد ينشأ الحق في التعويض قبل وقوع الضرر ، وذلك في حالة ما إذا كان هذا الضرر مستقبلياً ولكنه محقق . فقد رأينا فيما قدمناه أن الحق في التعويض ينشأ منذ وقوع الخطأ عن ضرر مستقبلي محقق الوقوع .

وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه على التفصيل الذي قدمناه (١) .

ثالثاً : للمضرور ، إلى جانب التعويض الأصلي ، تعويض عن التأخير يسرى من وقت وقوع الضرر . ولا يتوقف هذا الحق على الإعدار لأن الإعدار لا ضرورة له إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ولا يتوقف على صدور الحكم لأن الحق في التعويض الأصلي قد نشأ من وقت وقوع الضرر . ولكن لما كان التعويض الأصلي قبل صدور الحكم غير معلوم المقدار ، فهناك رأي يذهب إلى أنه لا يمكن تطبيق أحكام الفوائد القانونية ، فإن تطبيق هذه الأحكام يقتضي أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضي بأن القاضى لا يحكم بتعويض عن التأخير إلا إذا طلب المضرور ذلك وأثبت الضرر الذي أصابه من التأخير . ومهما يكن من أمر فإن الذي يقع في الغالب أن القاضى يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر ، ويدخل في تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلي الناشئ عن خطأ المسئول ، والضرر الناشئ عن التأخير في دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم . فيجمع التعويض في مبلغ واحد (١) (٢) .

(١) استئناف مختلط في ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ - وفي ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ - وفي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ - قارن استئناف مختلط في ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٧٣ .

هذا ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانوني للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة . وقد يطلب المضرور في الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلي ، فيقضى له بالسعر القانوني للفوائد من وقت صدور الحكم في الدعوى الأصلية ، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير .

(١) تتقدم دعوى المسئولية عن العمل الشخصي ودعوى المسئولية عن الأشياء بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول قانوناً عنه . ولا يؤثر في ذلك كون المسئولية الأولى تقوم على خطأ ثابت وكون الثانية تقوم على خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس إذا ان كليهما مصدره الفعل غير المشروع .

(جلسة ١٩٦٤/١١/٥ الطعن ٧ لسنة ٣٠ ق م ١٥ ص ١٠٠٧ ع ٣)

(جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١١٦٠)

(جلسة ١٩٧٨/٦/١٥ الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٥ ق)

(٢) أ - لا يسوغ المطالبة بفوائد تأخيرية عن مبلغ التعويض المحكوم به عن العمل غير المشروع إلا من تاريخ صدور الحكم النهائي بالتعويض باعتبار أنه التاريخ الذي يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار طبقاً لنص المادة ٢٢٦ مدني .

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١٠٨٢)

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٥١١)

## المطلب الأول

### التعويض في صورته العادية المألوفة

٦٤١ - طريقة التعويض وكيفية تقديره : نبحت أمرين : (١) كيف يعين القاضي طريقة التعويض (mode de réparation) (٢) وكيف يقدر القاضي مدى التعويض (évaluation des dommages-intérêts).

#### ١ - طريقة التعويض

٦٤٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٧١ من القانون الجديدة على ما يأتي :

- ١ - يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكن إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً .
- ٢ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض<sup>(١)</sup> .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض إيراداً مرتباً ، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . ٢ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المصاب ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين وذلك على سبيل التعويض . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى في الجزء الأخير منها على الوجه الآتي : «ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً» ، واستبدلت كلمة «المضرور» بكلمة «المصاب» في الفقرة الثانية . وأصبح رقم المادة ١٧٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة «متصل بالعمل غير المشروع» للحد من إطلاق العبارة الأخيرة ما دام التطبيق العملي لهذا النص هو نشر الحكم أو الاعتذار من واقعة سب مثلاً ، فيكون نطاق الحكم واضحاً غير مجهول . وأصبح رقم المادة ١٧١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٥ - ص ٣٩٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : ١٥ - ليست المسؤولية التقصيرية بوجه عام سوى جزاء للخروج على التزام يفرضه القانون : هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع . وإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التعاقدية ، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ - وهو يقتضي إعادة الحال إلى ما كانت عليه كهدم حائط بني بغير حق أو بالتعسف في استعمال حق - إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية . ٢ - فالتنفيذ بمقابل أي من طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية . والأصل في التعويض أن يكون مبلغاً من المال . ومع ذلك يجوز أن تختلف صورته ، فيكون مثلاً إيراداً مرتباً يمنح لعامل تقعه حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده ، ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأميناً أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغي التمييز بين التعويض من طريق =

٦٣٩ - الحكم يقوم الحق في التعويض ويقويه : وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض ، إلا أن له منذ صدوره أثراً محسوساً في هذا الحق . فقد كان الحق . فقد كان الحق قبل صدور الحكم حقاً غير مقوم ، فأصبح بالحكم مقوماً ، ويغلب أن يقدر بمبلغ معين من النقود .

ولا يقتصر الحكم على تقويم الحق ، بل هو أيضاً يقويه من الوجوه الآتية : (١) يصبح الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ... كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة» . (٢) يجوز للمضرور ، وقد أصبح بيده حكم واجب التنفيذ ، أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات . (٣) يكون الحق في التعويض بعد صدور الحكم النهائي قابلاً للتنفيذ به على أموال المدين .

## البحث الثاني

### جزاء السئولية (\*)

#### (التعويض)

٦٤٠ - صورتان للتعويض : جزاء السئولية هو التعويض ، وهذا الجزاء أما أن يقوم في صورته العادية المألوفة ، وإما أن تعتوره ملايسات وأوصاف فتخرجه إلى صورة معدلة . ونستعرض كلا من هاتين الصورتين .

= ب - لما كان أساس المطالبة بالتعويض عما فات المطعون ضده من كسب جبراً للمضرر الذي أصابه نتيجة إخلال الطاعة بالتزامها التعاقدى يختلف عن أساس المطالبة بالفوائد القانونية عن هذا التعويض بسبب تأخر الطاعة عن الوفاء به فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون ضده بالفوائد عن مبلغ التعويض المقضى به لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ الطعن ٣٩ لسنة ٤٥ ق)

(\*) بعض المراجع : ليسيين ريبير (Lucienne Ripert) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - ديوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ - كوليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ - جيفور (Givord) رسالة من جرينويل سنة ١٩٣٨ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٣١ - فقرة ٣٣٢ - الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٣٣٣ - فقرة ٣٤٦ وفقرة ٣٥٧ - فقرة ٣٦١ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٤٥ - فقرة ٣٥٠ وفقرة ٤٧٠ - فقرة ٤٧٤ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٥٥ - فقرة ٧٠ .

ويتبين من هذا النص أن الأصل في التعويض أن يكون تعويضاً نقدياً . ذلك أن التعويض (réparation) بمعناه الواسع إما أن يكون تعويضاً عينياً وهذا هو التنفيذ العيني (exécution en nature) وإما أن يكون تعويضاً بمقابل (réparation par équivalent) والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً غير نقدي (réparation non-pécuniaire) أو تعويضاً نقدياً (réparation pécuniaire) .

٦٤٣ - التنفيذ العيني : التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام عينياً . ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية (١) . أما في المسؤولية التقصيرية فيمكن كذلك في قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العيني . ذلك أن المدين في المسؤولية التقصيرية قد أخل بالتزامه القانوني من عدم الإضرار بالغير دون حق . وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن إزالته ومحو أثره ، كما إذا بنى شخص حائطاً في ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفاً منه ، ففي هذه الحالة يكون الباني مسؤولاً مسؤولية تقصيرية نحو الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر ، ويجوز هنا أن يكون التعويض عينياً بهدم الحائط على حساب الباني ، أو عن طريق التهديد المالي . وهذا ما قصد إليه القانون المدني الجديد عند ما ينص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه «يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه» .

والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني . ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان

ممكناً ، وطالب به الدائن ، أو تقدم به المدين (١) .

٦٤٤ - التعويض غير النقدي : وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يتعذر التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية . فلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض . وليس من الضروري أن يكون التعويض نقدياً ، وإن كان هذا هو الغالب . فيجوز للقاضي أن يحكم بأن يدفع للدائن بسند أو سهم تنتقل إليه ملكيته ويستولى على ريعه تعويضاً له عن الضرر الذي أصابه . كما يجوز للقاضي ، في حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه ، أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد بينائه (أنظر م ٨٦٠ فقرة أولى) . وفي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعي عليه في الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي عليه (٢) . وهذا ما عناه القانون المدني الجديد عندما نص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه يجوز للقاضي «أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض» . بل أن الحكم بالمصروفات على المدعي عليه في مثل هذه الأحوال ، والاقتصار على ذلك ، قد يعتبر تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي ، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه .

٦٤٥ - التعويض النقدي : وهذا هو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية . فإن كل ضرر - حتى الضرر الأدبي - يمكن تقويمه بالنقد . ففي

(١) أ - التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل ولا يسار إلى عوضه أي التعويض النقدي ، إلا إذا استحال التعويض عينياً ، فإذا رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدي وعرض المدعي عليه التعويض عينياً - كرد الشيء المقتصب - وجب قبول ما عرضه بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعي ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي ، وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنافع العامة تقاضها المالك مطالباً بقيمة العقار - وايدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المقتصبة ، وقضت المحكمة بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعي عليه للرد ودون أن تنفي استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٤٨/١٢/١٦ الطعن ٧٤ لسنة ١٧ ق س ٢ ص ٢٥٩)

(جلسة جنائي ١٩٤٦/٤/٢٩ مجموعة القواعد القانونية ال ٢٥ عام ٩٨ - ١٣٠١)

ب - طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ الالتزام . عدم إمكان رد المال عينياً أو ارهاقه للمدين . اثره للقاضي الحكم بتعويض يراعى في مقداره قيمة المال وقت الحكم وما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب .

(جلسة ٢٠٠١/٦/٢٤ الطعن ١٢٢٨ لسنة ٦٧ ق هيئة عامة)

(٢) تعويض الضرر الأدبي بنشر الحكم في الصحف على نفقة المحكوم عليه من سلطة قاضي الدعوى التقديرية والمطلقة بما لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه .

(جلسة ١٩٦٧/٣/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٦٣٦)

= ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوف مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافي (أنظر المادة ٢٣٧ من المشروع) . هذا ويسوغ للقاضي فضلاً عما تقدم أن يحكم في أحوال استثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض ، فيأمر مثلاً بنشر الحكم بطريق اللصق على نفقة المحكوم عيه (أو يكفي بأن ينوه في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر افتراء أو سباً : المادة ١٤٠٩ من التقنين الهولندي) لتعويض المقذوف في حقه عن الضرر الأدبي الذي أصابه . وغنى عن البيان أن مثل هذا التعويض لا هو بالعيني ولا هو بالمالي ، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٦ - ص ٣٩٧)

(١) فمن التزم بعقد أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل يتيسر في كثير من الأحوال إجباره على تنفيذ التزامه . فالبايع ، وقد التزم بنقل ملكية المبيع ، يجبر على تنفيذ التزامه ، وتنتقل الملكية إلى المشتري بتسجيل عقد البيع ، فإن امتنع البائع عن التصديق على إمضائه أمكن استصدار حكم ضده بإثبات البيع ، وتسجيل هذا الحكم تنتقل الملكية إلى المشتري . والمقاول الذي التزم ببناء منزل ، إذا امتنع عن تنفيذ التزامه ، أمكن أن يجبر على ذلك بأن يبنى الدائن المنزل على حسابه . ومن التزم بعقد ألا يفتح نافذة على جاره ، ففتحنها ، أمكن إجباره على سدها ولو بمصروفات على حسابه . أما إذا كان العمل الذي التزم به المدين يقتضي تدخله الشخصي ، فيمكن الوصول إلى التنفيذ العيني عن طريق التهديد المالي المنصوص عليه في المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من القانون المدني .



## ٢ - تقدير التعويض

٦٤٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٧٠ من القانون المدني الجديد على ما

يأتي :

« يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ ، مراعيًا في ذلك الظروف الملايئة . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، . فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير» (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يقرر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ ، مراعيًا في ذلك الظروف وجسامته الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يحدد مدى التعويض تحديداً كافياً ، . فله أن يحتفظ للمصاب بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في الحكم» . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات على النص يجعله أكثر تحفيقاً للمعنى المقصود ، فأصبح النص في المشروع النهائي (المادة ١٧٤) على الوجه الآتي : « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ ، مراعيًا في ذلك الظروف وجسامته الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً . فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير» . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «مراعيًا في ذلك الظروف الملايئة» بعبارة «مراعيًا في ذلك الظروف وجسامته الخطأ» لأن جسامته الخطأ تدخل في عموم لفظ الظروف . ولما اعترض على النص بأن في تطبيقه خروجاً على قاعدة حجبية الأحكام إذ أنه يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطلب خلال مدة معينة إعادة النظر في التقدير ، أوجب على هذا الاعتراض بأنه إذا كان الحكم نهائياً انتهى الأمر ، وإنما إذا رأى القاضي أن الموقف غير جلي ، واحتفظ في حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكهيلي خلال مدة معينة ، فلا يتنافى بذلك مع قاعدة حجبية الأحكام . وأصبح رقم المادة ١٧٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٠ - ص ٣٩٥) .

ويقابل هذا النص في القانون الجديد نص المادتين ١٧٩/١٢١ على الوجه الآتي : «التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب ، بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء» .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد نص القانون الجديد ما يأتي : «يحدد النص مدى الضرر الذي ينجم عن الفعل الضار . ويقدر التعويض ، وفقاً للقاعدة العامة في المادة ٢٩٩ من المشروع (لا تقرأ المادة ٣٠٠) . ويكفي أن يشار في هذا المقام إلى أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعل الضار . وينبغي أن يعتد في هذا الشأن بجسامته الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف . والواقع أن جسامته الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها في منطق المذهب الشخصي أو الذاتي . ولذلك تجرى التقنيات الحديثة على إقرار هذا المبدأ وتطبيقه في أحوال شتى . فمن ذلك مثلاً تفريق التقنين التونسي والمراكشي بين خطأ المدين وتدليسه فيما يتعلق بتقدير التعويض . وقد استظهر المادتان ٩٨/١٠٧ من هذين التقنينين حكم هذه التفرقة ، فنصتا على أنه يتعين على المحكمة أن تباين في تقدير التعويض تبعاً لما إذا كان أساس المسؤولية خطأ المدين أو تدليسه . ويفرق التقنين البولوني كذلك بين التدليس =

جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ، ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلى تعويض غير نقدي ، يحكم بتعويض نقدي . والتعويض النقدي هو الأصل . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من القانون المدني الجديد على أنه «يقدر التعويض بالنقد» .

والأصل أيضاً أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة . ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضي من الحكم ، تبعاً للظروف ، بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة (١) . والفرق بين الصورتين أن التعويض المقسط يدفع على أقساط تحدد مدها ، ويعين عددها ، ويتم استيفاء التعويض بدفع آخر قسط منها . أما الإيراد المرتب مدى الحياة ، فيدفع هو أيضاً على أقساط تحدد مدها ، ولكن لا يعرف عددها لأن الإيراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته . ويحكم القاضي بتعويض مقسط إذا رأى أن هذه هي الطريقة المناسبة للتعويض . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان المدعي قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيقتضى له بتعويض مقسط حين يبرأ من أصابته . ويحكم القاضي بإيراد مرتب مدى الحياة إذا كان العجز عن العمل - كلياً أو جزئياً - عجزاً دائماً ، فيقتضى للمضرور بإيراد يتقاضاه ما دام حياً ، تعويضاً له مما أصاب من الضرر بسبب هذا العجز الكلي أو الجزئي (١) . ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب ، وكان الدين المترتب في ذمته يبقى مدداً قد تطول ، فقد يرى القاضي أن يلزمه بتقديم تأمين . وهذا هو ما تقضى به الفقرة الأولى من ١٧١ من القانون المدني الجديد ، إذ تنص على أنه «يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً» . ولا هناك ما يمنع القاضي من أن يحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال إلى شركة تأمين مثلاً لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمضرور ، ويكون هذا بمثابة التأمين للدائن .

فإذا تعذر التنفيذ العيني والتعويض غير النقدي ، وتعين الحكم بتعويض نقدي ، ولم تستدع الظروف أن يكون هذا التعويض مقسطاً أو إيراداً مرتباً ، رجع القاضي إلى الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضرور دفعة واحدة .

(١) استئناف مختلط في ١٤ يولية سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - وفي ٥ يولية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٨ . وقد يعتبر التعويض المقسط إلى أن يبرأ المضرور من إصابته إيراداً مرتباً ، ولكن لا إلى مدى الحياة ، بل إلى حين البرء من الإصابة .

(١) يجوز أن يكون تعويض الضرر بتقرير مرتب مدى حياة المضرور إذا رؤى أن ذلك خير وسيلة لجبر الضرر دون مجازفة في هذا التقدير أو حيث يلحق أحد الخصمين ويعتبر المبلغ المحكوم به في هذه الحال تعويضاً يأخذ حكم التعويض ولا تسرى عليه القواعد المقررة للمعاش الذي يربط للموظف الذي انتهت خدمته .

(جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٥٥٤)

والمادتان ٢٢١ و ٢٢٢ المشار إليهما في النص قد سبق إيرادهما ، ونعيد ذكرهما هنا زيادة في الإيضاح .

تنص المادة ٢٢١ على ما يأتي : « ١ - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ٢ - ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . »

وتنص المادة ٢٢٢ على ما يأتي : « ١ - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . ٢ - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب . »

٦٤٧ - مقياس التعويض المباشر : ويتبين من هذه النصوص أن التعويض مقياسه الضرر المباشر . فالتعويض في أية صورة كانت - تعويضاً عينياً أو بمقابل ، وتعويضاً نقدياً أو غير نقدي ، وتعويضاً مقسطاً أو إيراداً مرتباً أو رأس مال - يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ، سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً ، وسواء كان متوقفاً أو غير متوقع ، وسواء كان حالاً أو مستقبلاً ما دام محققاً ، وقد تقدم ذكر هذا كله عند الكلام في ركن الضرر .

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور (damnum emergens) والكسب الذي فاتته (lucrum cessans) . فهذا العنصران

والخطأ الجسيم من ناحية وبين الخطأ اليسير من ناحية أخرى ، فيقرر في المادة ١٦٠ أنه « يعتد في تقدير الضرر المادي بقيمة الشيء وفقاً للسعر الجاري ، فضلاً عما له من قيمة خاصة لدى المضرور عند نوافر سوء النية أو الإهمال الفاحش » . ويقضى نعتين الالتزامات السويسرية بإنقاص التعويض عدالة إذا كان الخطأ يسيراً وكان موارد المدين محدودة ، فينص في الفقرة الثانية من المادة ٤٤ على أنه (إذا لم يكن الضرر ناشئاً من جراء فعل عمد أو إهمال جسيم أو رعونته بالغة ، فللقاضي أن ينقص التعويض عدالة متى كان استيفاءه يعرض المدين لضيق الحال) . وقد لا يتيسر للقاضي أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً ، كما هو الشأن مثلاً في جرح لا تستبين عقباه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن ، فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوتاً بالثبوت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم ، على أن يعيد النظر في قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا انقضى الأجل المحدد ، أعاد النظر فيما حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض إضافي إذا اقتضى الحال ذلك . وعلى هذا سار القضاء المصري . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣) .

هما اللذان يقومهما القاضي بالمال (١) . فلأن شخصاً أتلّف سيارة مملوكة لآخر ، وكان صاحب السيارة اشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف ، فالألف هي الخسارة التي لحقت صاحب السيارة ، والمائتان هو الكسب الذي فاتته . وكلاهما ضرر مباشر يجب التعويض عنه .

ولا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقفاً أو غير متوقع . ففي المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر ، متوقفاً كان هذا الضرر أو غير متوقع (٢) . أما في المسؤولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع في غير حالاتي الغش والخطأ الجسيم . وقد تقدم بيان ذلك .

٦٤٨ - الظروف الملازمة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض : وتقول المادة ١٧٠ أن القاضي يراعى في تقدير التعويض « الظروف الملازمة » . ويقصد بالظروف الملازمة هنا الظروف التي تلابس المضرور لا الظروف التي تلابس المسئول . فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض ، كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض . أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول وجسامته الخطأ الذي صدر منه ، فلا يدخل في الحساب ، على خلاف في الرأي بالنسبة إلى جسامته الخطأ .

فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات ، فيقدر على أساس ذاتي (in concreto) لا على أساس موضوعي (in abstracto) . ويكون محلاً للاعتبار حالة المضرور الجسيمة والصحية . فمن

(١) - تقدير التعويض الجابر للمضرور هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض في ذلك ما دام قد بين عناصر الضرر ووجه احقية طالب التعويض ، وطالما لم يوجد نص في القانون يلزمه باتباع معايير معينة لتقديره .

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨ الطعن ٤٨٦١ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ١٥٨٤ ع ٢٤)

(جلسة ١٩٩٥/١/٣٠ الطعن ٧٠٨٥ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٦ ص ١٢٨٥ ع ٢٤)

(جلسة ١٩٧٨/٦/١٥ الطعن ٥٨١ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٤/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ٣٨٩)

ب - الأصل في الالتزام قضاء بأداء مبلغ من النقود أن يكون بالعملة الوطنية ما لم يكن هناك اتفاق بين الخصوم على أداء التعويض بالعملة الأجنبية .

(جلسة ١٩٩٥/١١/٢٧ الطعن ٦٢٧٨ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٦ ص ١٢٣٥)

(٢) - التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضاً عن ضرر مستقبلي متى كان محقق الوقوع .

(جلسة ١٩٧٧/٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٣٩٥)

(جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٧٣٦)

ب - التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقفاً أو غير متوقع .

(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ الطعن ١٢٣ لسنة ٣٠ ق ص ١٦ ص ١٠٠٩)

كان «عصبياً» ، فإن الانزعاج الذي يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب . ومن كان مريضاً «بالسكر» ويصاب بجرح ، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذي يصيب السليم (١) . كذلك يكون محلاً للاعتبار حالة المضرور العائلية ، فمن يعول زوجة وأطفالاً يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه . ويدخل أيضاً في الاعتبار حالة المضرور المالية : وليس ذلك معناه أن المضرور إذا كان غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير ، فالضرر واحد ، أصاب غنياً أو فقيراً ، وإنما الذي يدخل في الاعتبار هو اختلاف الكسب الذي يفوت المضرور من جراء الإصابة التي لحقت به ، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر يحق به أشد (٢) .

وقد يفيد المضرور من التعويض الذي تقاضاه من المسئول . مثل ذلك أن يتلف شخص متاعاً قديماً ثم يبيع عنه متاعاً جديداً . فعلى المضرور أن يدفع إلى المسئول بالمتاع القديم التالف (laisé pour compte) حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد (٣) . ويبقى بعد ذلك أنه أفاد بالفرق بين قيمة الجديد وقيمة القديم . ومن رأينا أن المضرور يرد هذا الفرق للمسئول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ، على الأقل إذا كان في استطاعة المسئول أن يعوض المتاع القديم بمتاع قديم مثله فلم يفعل وأعطى المضرور المتاع الجديد (٤) .

أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول فلا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض . فإذا كان المسئول غنياً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر ، أو كان فقيراً لم يكن هذا

(١) والشخص الذي فقد إحدى عينيه ، ثم فقد العين الأخرى في حادث ، يكون الضرر الذي يصيبه يفقد العين الأخرى وصيرورته مكفوف البصر أشد بكثير من الضرر الذي يصيب من كان سليم العينين فيفقد عيناً واحدة . ومن كان عنده استعداد لمرض السل أو لغيره من الأمراض ، وأصيب في حادث ، قد تكون هذه الإصابة سبباً لإصابته بالمرض الذي هو مستعد له ، فلا يقال إن هذا الضرر لا يسأل عنه المدعى عليه لأن شخصاً سليماً في مكان المضرور كان لا يصاب بهذا المرض ، إذ العبرة بشخص المضرور لا بشخص مجرد (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧) .

ويقرب من ذلك أن يكون الضرر أصاب الشيء لا الشخص ، فتكون البلدية مسؤولة عما أحدثته أعمال الحفر في مبنى قائم حتى لو كان هذا المبنى قديماً وغير متين ، ولو كان جديداً أو متيناً لما تصدع (استئناف مختلط في ١٧ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٢) ويدخل في الاعتبار حالة المضرور المهنية . فالحريق الذي يصيب بناء اتخذه تاجر يمارس مهنته فيه يحدث ضرراً أشد مما يصيب شخصاً اتخذ هذا البناء مسكناً له . ويختلف الضرر باختلاف المهنة ، فمهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامي .

(٣) استئناف مختلط في ٣٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٠ .

(٤) قارن : استئناف مختلط في ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٦٦ - مازر ٣ فقرة ٢٤٠٣ - فقرة ٢٤٠٤ .

سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل (١) . وسواء كان المسئول لا يعول إلا نفسه أو يعول أسرة كبيرة . فهو يدفع التعويض بقدر ما أحدث من الضرر ، دون مراعاة لظروفه الشخصية ، إذ العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور لا بالمسئول (٢) . كذلك لا يزيد في مقدار التعويض إن يكون المسئول قد أمن على مسئوليته بدعوى أن شركة التأمين هي التي ستدفع التعويض . ولا يدخل في الحساب ما قد يفيد المسئول من كسب بسبب الضرر الذي أحدثه ، فاللص الذي يستعين بالمسروق في مواجهة أزمة مالية حلت به فينتفع انتفاعاً كبيراً لا يكون مسئولاً إلا بحقدار ما سرق لا بمقدار ما أفاد (٣) .

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذي صدر من المسئول عند تقدير التعويض . وإذا تحققت المسئولية ، قدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ (١) . ومهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير . ومهما كان الخطأ جسماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر . وهذا هو

(١) ويستثنى من ذلك الضرر إذا وقع من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، فيجوز الزام غير المميز بتعويض عادل (م ١٦٤ فقرة ٢) ، وقد رأينا أن الحالة المالية لكل من المسئول والمضرور ومقدار يسار كل منهما يكون محل اعتبار في تقدير التعويض .

(٢) ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٧ - وفي ١٦ ديسمبر ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨ .

(٣) ولا يقال إنه يكون مسئولاً عما أفاد بدعوى الإثراء بلا سبب ، حكم هذه الدعوى أن يدفع المدعي أقل القيمتين ، وقد دفع اللص أقل القيمتين بدفعه قيمة المسروق .

وعلى العكس من ذلك يدخل في الحساب ما أفاد به المضرور من جراء الضرر الذي وقع عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا خطأ في أن تراعى المحكمة في تقدير التعويض المستحق للموظف المفصول بغير حق ما قد يفيد من التحرر من أعباء الوظيفة (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثابت في الحكم المطعون في أن الضرر الذي يشكو منه طالب التعويض ويدعي لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للرى كان مؤقتاً ثم زال سببه ، وأن المدعى سيفيد من المشروع المذكور في المستقبل فائدة عظيمة تعوض عليه الضرر حتماً في زمن وجيز ، ثم تبقى له على عمر الزمن ، وبناء على استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض ، فإنها لا تكون قد أخطأت (نقض مدني في ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر رقم ١٣٠ ص ٣٥٦) .

(١) إذا كان مما ينعم الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه لم يبين ما إذا كان الخطأ الموجب للتعويض جسيماً أو غير جسيم حتى تتمكن محكمة النقض من الموازنة بين خطأ المطعون عليها ومبلغ التعويض ، وكان ما نسبته الطاعن للشركة المطعون عليها من خطأ هو على ما ورد في تقدير الطعن تعسفياً في استعمال حقها في فصله بسبب محاولته المطالبة بما يعتقد أنه من حقه ، فإن النص يكون غير منتج .

(جلسة ١٩٥٩/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٨٦٦)



مقتضى فصل التعويض المدني عن العقوبة الجنائية ، فالتعويض المدني شيء موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر ، والعقوبة الجنائية شيء ذاتي تراعى فيه جسامة الخطأ . هذا هو الأصل ، ولكن القضاء يدخل عادة في اعتباره جسامة الخطأ في تقدير التعويض . وهذا شعور طبيعي يستولى على القاضي ، فما دام مقدار التعويض موكولاً إلى تقديره فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيماً وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً . وعلى هذا يسير القضاء في مصر وفي فرنسا ، وقد سبق لنا بيان ذلك (١) .

٦٤٩ - الضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه (٢) : نفرض أن الضرر متغير منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . مثل ذلك شخص صدمته سيارة بخطأ سائقها ، فأصيب بكسر في يده ، وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان ، وعند صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة . لا شك في أن القاضي

(١) وقد كان القضاء يصرح بذلك في أول الأمر (استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ - وفي ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٣٨) ، ثم سكت عن التصريح . بل هو الآن يصرح في بعض الأحيان بأن جسامة الخطأ لا تدخل لها في تقدير التعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فالقاضي لا يستطيع أن يتحامي إدخال جسامة الخطأ عاملاً في تقدير التعويض ، ويظهر ذلك بنوع خاص في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي حيث يفسح مجال التقدير . ويظهر ذلك أيضاً عند تقسيم التعويض على مسئولين متعددين ، كما لو اشترك عدة أشخاص في ارتكاب الخطأ ، وكما لو كان المضرور أو الغير قد ارتكب خطأ يخفف من مسؤولية المدعى عليه ، ففي هذه الأحوال يقسم القضاء التعويض عليهم جميعاً ويراعى في التقسيم جسامة الخطأ الذي صدر من كل منهم ، وقد تقدم بيان ذلك .

وقد يقال إن القانون المدني الجديد لم يجعل جسامة الخطأ عاملاً في تقدير التعويض ، فقد كان المشروع التمهيدي (م ٢٣٧) ينص صراحة على تقدير التعويض بحسب جسامة الخطأ ، ولكن هذا النص قد حذف في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، مما يخرج جسامة الخطأ عن أن تكون عاملاً في تقدير التعويض . على أن ما نقلناه من مناقشات لجنة القانون المدني بشأن المادة ١٧٠ (أنظر أيضاً فقرة ٦٤٦ في الهامش) صريح في أن اللجنة عندما حذفت عبارة «جسامة الخطأ» واستبدلت بها عبارة «الظروف الملازمة» إنما راعت أن جسامة الخطأ تدخل في عموم هذه الظروف ، فلم ترد أن تستبعد جسامة الخطأ من أن تكون عاملاً في تقدير التعويض (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣ - ص ٣٩٤) .

(٢) يجب التمييز بين الضرر المتغير والضرر الذي لا يتيسر تعيين مده تعييناً نهائياً وقت النطق بالحكم . ففي الحالة الثانية يجوز للقاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير ، وفقاً لنص المادة ١٧٠ ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في ركن الضرر . أما في الحالة الأولى فإن الضرر يكون متغيراً منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . ولا شيء يمنع من أن تجتمع الحالتان : يكون الضرر متغيراً منذ وقوعه ، ويبقى يوم النطق بالحكم لا يتيسر تعيين مده تعييناً نهائياً . وعندئذ نطبق أحكام كل من الحالتين ، ويختار القاضي الوقت الذي يقدر فيه الضرر وفقاً لما سبق ، ثم يحتفظ في حكمه بحق المضرور في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير وفقاً لما سبق أن بيناه .

يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم ، فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلت إلى عاهة مستديمة (١) .

كذلك لو خف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، وأصبح الكسر أقل خطورة مما كان في أول أمره ، حسب القاضي التعويض مراعيماً ما كان عليه الكسر من خطر ثم ما طرأ عليه من تحسن (٢) .

فالعبرة إذن في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم (١) ، اشد الضرر أو خف .

أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، والذي تغير هو سعر النقدي الذي يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام ، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم ، ارتفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو انخفض (٣) . على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده فإنه يرجع بما دفعه فعلاً ، مهما تغير السعر يوم صدور الحكم .

٦٥٠ - النفقة المؤقتة : وقد يرى القاضي أثناء نظر دعوى المسؤولية أن المضرور في حاجة قصوى إلى نفقة مؤقتة (provision) يدفعها له المسئول من حساب التعويض الذي سيقتضى له به في النهاية . فيجوز للقاضي عندئذ أن يحكم بهذه النفقة مع مراعاة الشروط الآتية :

١ - أن يكون مبدأ المسؤولية قد تقرر ، ولم يبق إلا تقدير التعويض .

٢ - أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال ، لإعدادها ، في حاجة إلى مدة طويلة .

(١) وقد يشد الضرر لسبب لا يرجع إلى خطأ المسئول ، كما إذا فقد المضرور إحدى عينيه في حادث ، ثم فقد الأخرى في حادث آخر . فالمسئول عن الحادث الأول يرى الضرر الذي أحدثه قد اشتد بوقوع الحادث الثاني ، فقد كان هذا الضرر في أول أمره هو فقد المضرور عيناً واحدة مع بقاء الأخرى سليمة ، ثم تطور الضرر في الشدة فأصبح هو فقد هذه العين ذاتها مع زوال الأخرى . فهل يكون في هذه الحالة مسئولاً عن اشتداد الضرر ؟ الظاهر أنه غير مسئول ، لأن اشتداد الضرر لا يرجع إلى خطئه هو ، بل يرجع إلى خطأ المسئول عن الحادث الثاني . وهذا المسئول هو الذي يعرض عن زيادة الضرر الناشئ عن فقد المضرور لعينه الثانية بعد أن فقد العين الأولى . وقد سبق بيان ذلك .

(٢) وإذا خف الضرر قبل صدور الحكم فإن المسئول يستفيد من ذلك ، حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة في ذاته بل إلى سبب أجنبي ، كما إذا كان المضرور في حادث أصيب في حادث آخر فمات ، فإن المسئول عن الحادث الأول يستفيد من موت المضرور إذ هو غير مسئول عنه ، وقد وضع الموت حداً للضرر الذي ترتب على الحادث الأول ، فاستفاد هو من ذلك .

(٣) جرى قضاء محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيراً تعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم .

(جلسة ١٩٥٧/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٧٨٤)

(جلسة ١٩٤٧/٤/١٧ م . ق م - ١٨ - ٢٦٦)

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيراً تعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم ، مراعيماً التغير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى =

٣ - أن يكون المضرور في حاجة ملحة إلى هذه النفقة .

٤ - أن يكون المبلغ الذي يقدره القاضى للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذى ينتظر أن يقدر به الضرر (١) .

## المطلب الثانى

### التعويض فى صورته المعدلة الموصوفة

٦٥١ - حالات ثلاث : ما قدمناه فى التعويض هو حكمه فى صورته العادية المألوفة . ولكن هذا الحكم قد يعدل منه وصف يلحقه ، فىكون للتعويض صورة أخرى معدلة موصوفة . ويقع هذا فى حالات ثلاث : (الحالة الأولى) أن يتفق الطرفان قبل تحقيق المسؤولية على تعديل الأحكام التى قدمناها . (والحالة الثانية) أن يؤمن المسئول على مسؤوليته المحتملة قبل تحققها . (والحالة الثالثة) أن يفتح أمام المضرور طريقان للتعويض عن الضرر الذى أصابه . وتتميز الحالتان الأولى والثانية عن الحالة الثالثة بأن الوصف الذى لحق التعويض فى الحالتين الأولىين يتصل بالمسئول ، أما الوصف الذى لحق التعويض فى الحالة الثالثة فيتصل بالمضرور .

وتتكلم فى هذه الحالات الثلاث : (١) الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية (٢) التأمين على المسؤولية (٣) اجتماع طريقين للتعويض .

### ١ - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية

٦٥٢ - نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية : إذا تحققت المسؤولية التقصيرية فإن الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً جائز إطلاقاً . ويكون فى الغالب

= خطأ المسئول أو نقص كائناً ما كان سببه ، ومراعياً كذلك التغير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وازدياد أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها . ذلك أن الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أيا كان سببه غير منقطعى الصلة به . أما التغير فى قيمة الضرر فليس تغييراً فى الضرر ذاته . وإذا كان المسئول ملزماً بجبر الضرر كاملاً ، فإن التعويض لا يكون كافياً لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم . ومن ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت إلى الخطأ بصلته ، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على إصلاح الضرر فإذا هوانه فعليه تبعه هوانه ، فإن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه (نقض مدنى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ : منزل ظهر بعبانيه خلل راجع إلى تسرب المياه من أنابيب تالفة لمصلحة التنظيم ، وتقاضى صاحب المنزل تعويضاً كاملاً عن إصلاح الخلل بحسب تكاليفه وقت الحكم ، وكانت قد ارتفعت ، وتعويضاً كاملاً عن خلل بالمنزل ، ولم ينظر إلى أن المالك كان عليه أن يبادر إلى إصلاح الخلل بنفسه دون أن ينتظر) - ويؤخذ على الحكم أنه لم يدخل فى الحساب تهوان المضرور فى إصلاح الخلل ، وهذا ضرر غير مباشر (أنظر تعليق الدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٩٦) .

(١) أنظر فى الموضوع ما زو ٣ فقرة ٢٤٢٦ - فقرة ٢٤٢٨ .

بمثابة صلح ، والصلح جائز فيما هو ليس من النظام العام . فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضرراً لآخر ، فللمضرور أن يعفى المسئول من التعويض ، ويكون بذلك قد نزل عن حقه . ويصح أيضاً أن يتفق المضرور مع المسئول أن يتقاضى منه تعويضاً أقل مما يستحق ، فيعفيه من التعويض عن بعض الضرر . ويكون هذا إما نزولاً من المضرور عن بعض حقه ، أو هو صلح بينه وبين المسئول إذا كان هذا ينازع فى مبدأ المسؤولية أو فى مقدار التعويض . ويصح أخيراً أن يعطى المسئول المضرور تعويضاً أكثر مما يستحق ، ويكون متبرعاً بما زاد .

وليس فيما قدمناه محل للنزاع . وإنما النزاع فى الاتفاق بين الطرفين مقدماً وقبل تحقق المسؤولية . وهذا هو نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية . قد يقال كيف يقع ذلك ولا يعرف أحد مقدماً من هو الشخص الذى سيضربه بعمله غير المشروع ، فإن هذا إذا تيسر فى المسؤولية العقدية ، إذ العقد يجمع منذ البداية بين المسئول والمضرور ، فهو ليس بميسور فى المسؤولية التقصيرية ، إذ أن الطرفين لا يعرف أحدهما الآخر إلا عند وقوع الضرر ، فلا يتصور لاتفاق بينهما إلا بعد تحقيق المسؤولية ؟ وإذا كان هذا صحيحاً فى الكثرة الغالبة من الأحوال ، فإنه يتصور فى بعض أحوال المسؤولية التقصيرية أن يعرف شخص من يحتمل أن يضر به من الناس بعمل غير مشروع . فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يكون فيهم فى المستقبل مسئول ومضرور . مثل ذلك الجيران ، كل جار بالنسبة إلى جاره يحتمل أن يكون مسئولاً ومضروراً ، فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية عند تحققها . مثل ذلك أيضاً صاحب المصنع والملاك المجاورون ، ومصلحة السكك الحديدية وملاك الأراضي التى تمر السكك الحديدية بجوارها ، وملاك الحيوانات التى تجتمع فى مكان واحد لاحتمال أن تؤذى الحيوانات بعضها بعضاً ، وأصحاب السيارات إذا دخلت فى سباق لاحتمال أن تتحقق المسؤولية التقصيرية فيما بينها ، ومدير الشركة والشركاء فيما عسى أن يرتكب المدير من خطأ تقصيرى ، والنقل المجانى فيما بين الناقل والمنقول . يتصور إذن أن هؤلاء يتفقون فيما بينهم على التعديل من أحكام المسؤولية التقصيرية .

ويجب التمييز بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية . فالاتفاق على ضمان المسؤولية مثله أن يؤمن المسئول على مسؤوليته فى شركة تأمين . ويشبه ذلك أن يتفق صاحب البناء مع مقاول تعهد بهدم البناء أن يكون ضامناً لما عسى أن يتحقق من مسؤولية صاحب البناء بسبب الهدم ، وأن تتفق الحكومة مع ناد رياضى أن يضمن لها ما عسى أن يتحقق من مسؤوليتها بسبب الألعاب الرياضية التى يقوم بها النادى . والفرق بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية أن الاتفاق الأول يقوم مباشرة بين المسئول والمضرور ، وقد يرفع المسؤولية أصلاً عن المسئول قبل المضرور . أما الاتفاق الثانى فيقوم بين المسئول الأصلي ومسئول آخر يضمه ، لا ليرفع المسؤولية عن المسئول الأصلي ، بل ليؤكد بها بضم مسئول إليه يتحمل فى النهاية المسؤولية إذا تحققت دون أن يتنقص ذلك من حق المضرور فى الرجوع على المسئول الأصلي .

والاتفاق على التعديل من أحكام المسؤولية أما أن يكون اتفاقاً للإعفاء من المسؤولية أو للتخفيف منها ، وإما أن يكون اتفاقاً للتشديد من المسؤولية . ونستعرض كلا من الحالتين :

**٦٥٣ - الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها :** هذا الاتفاق قد يرمى إلى الإعفاء من المسؤولية بتاتاً . وقد يرمى إلى التخفيف منها ، إما بإنقاص مدى التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الضرر دون بعض ، وإما بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر ، وإما بتقصير المدة التي ترفع فيها دعوى المسؤولية .

وقد كفل القانون المدني الجديد بيان حكم هذه الاتفاقات ، فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على ما يأتي : «ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع»<sup>(١)</sup>

والقضاء في مصر وفي فرنسا جرى على هذا المبدأ ، لا بالنسبة إلى الإعفاء من المسؤولية فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى التخفيف منها في صورته المختلفة<sup>(٢)</sup> . وتعليل ذلك أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام ، والقانون هو الذي يتكفل بتقريرها . فهي ليست كأحكام المسؤولية العقدية التي هي من صنع المتعاقدين ، فيستطيعان أن يحورا فيها وأن يعفيا منها . فلا يجوز إذن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها سواء من حيث مدى التعويض أو من حيث الشرط الجزائي أو من حيث مدة الدعوى . وقد رأينا في المسؤولية العقدية أن كل هذا جائز في غير العمد والخطأ الجسيم .

أما الفقه في فرنسا فيناقش القضاء منتقداً إياه ، ويرى أن غير الجائز من هذه الاتفاقات هو الاتفاق الخاص بالمسؤولية التقصيرية إذا ترتبت على العمد أو الخطأ الجسيم وكذلك إذا ترتبت على خطأ يسير ولحق الضرر الجسم دون المال . فإن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التي ترتب على تعمد الإضرار بالغير أو ما هو بمنزلة هذا التعمد (الخطأ الجسيم) ، أو على التخفيف من هذه المسؤولية ، يكون مخالفاً للنظام العام . كذلك الأمر إذا كان الضرر يلحق الجسم لا المال ، ولو ترتب على خطأ يسير ، فإن جسم الإنسان لا يجوز أن يكون محلاً للاتفاقات المالية . لكن إذا كان الضرر يلحق المال ويترتب على خطأ يسير ، فليس في القواعد العامة ما يمنع من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية فيها ، ومن باب أولى من الاتفاق على التخفيف من المسؤولية في أية صورة من صور التخفيف<sup>(١)</sup> (١)

ومهما يكن من أمر فالقانون الجديد صريح في بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها . وهو في ذلك يؤيد القضاء في مصر وفي فرنسا على النحو الذي أسلفناه .

**٦٥٤ - الاتفاق على التشديد في المسؤولية التقصيرية :** وقد يكون الاتفاق من شأن أن يشدد في المسؤولية التقصيرية<sup>(٢)</sup> . مثل ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترضاً في جانب المسؤول في حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق على

(١) أنظر في الفقه الفرنسي وفي نقد القضاء الفرنسي مازو ٣ فقرة ٢٥٧١ - فقرة ٢٥٧٦ .

(١) أ - الاتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانوناً ولا مخالفة فيه للنظام العام ، كما أن عقد الأيجار الذي يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الأذعان .

(جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٨٩)

(جلسة ١٩٦٩/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٨٥١)

(جلسة ١٩٧٥/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١١٤١)

ب - القاعدة الواردة في المادة ٢٤٣ من قانون التجاري البحري (قديم) ليست من القواعد الآمرة بل يجوز الاتفاق على مخالفتها بتشديد مسؤولية المؤمن أو تخفيفها وفقاً للشروط الخاصة بذلك التي تحددها مشاركة التأمين البحري .

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١١٢٨)

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٩٢٣)

(٢) وان كان المادة ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي المعدلة في لاهاي سنة ١٩٥٥ والتي انضمت إليها مصر بالقانونين رقمي ٥٩٣ ، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ قد وضعت حداً أقصى لمسؤولية الناقل الجوي عن الأمتعة المسجلة أو البضائع مقدارها ٢٥٠ فرنكاً عن كل كيلوجرام ، إلا أن النص في المادة الثالثة والعشرون من ذات الاتفاقية ... يدل على أنها قد أجازت وبمفهوم المخالفة - كل شرط يهدف إلى تشديد مسؤولية الناقل أو تقدير حد أعلى للتعويض عن الحد المعين في الاتفاقية .

(جلسة ١٩٨٣/١/٣١ الطعن ١٥٠٩ لسنة ٥١ ق م ص ٢٤ ص ٢٥١) .

(١) أنظر تاريخ هذا النص آنفاً فقرة ٤٣٧ في الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بما يأتي : «أجمع الفقهاء على أن شرط الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ التعاقدى باطل إذا كان الخطأ بالغاً جسامة الغش أو الخطأ الفاحش ، أما إذا كان الخطأ يسيراً فبين الفقهاء خلاف ، فمنهم من يقول بصحة الشرط ، ومنهم من يقول ببطلانه . أما شرط الإعفاء عن الخطأ اللاتعاقدى فهو باطل إجماعاً وفي كل الأحوال» (استئناف مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢/٢٥ ص ٤٤) . أنظر أيضاً : استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٢ ص ٢٤٥ - وفي ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١/١٦١ ص ٤٨٠ - استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١ - وفي ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٧٨ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ - وفي ١٧ يولية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٨ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٧ - وفي ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٢٢ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٩ .

وانظر في القضاء الفرنسي مازو ٣ فقرة ٢٥٧٠ .



مسئولية المدين حتى لو لم يرتكب خطأ .

ويبدو أنه إذا كان الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها مخالفاً للنظام العام، فإن الاتفاق على التشديد فيها لا يخالف النظام العام ، فيكون مشروعاً . يؤيد ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من القانون المدني الجديد من أنه «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة»<sup>(١)</sup> . وغنى عن البيان أن المسؤولية ذاتها لا تحقق بقيام الحادث المفاجئ والقوة القاهرة لانعدام علاقة السببية . فإذا كان من الممكن أن يتحمل الشخص بالاتفاق تبعة مسؤولية لم تتحقق ، فيتحمل التبعة (risque) لا المسؤولية ويكون بمثابة المؤمن ، فمن باب أولى يستطيع أن يتفق على التشديد من مسؤولية قد تحققت .

## ٢ - التأمين على المسؤولية

٦٥٥ - متى يجوز التأمين على المسؤولية : التأمين على المسؤولية يفضل الإعفاء من المسؤولية ، لأنه في الوقت الذي يزيج فيه عن عائق المسئول عبء المسؤولية لا يحرم المضرور من حقه في التعويض . وهو ميسر بفضل انتشار شركات التأمين ، ومن ثم فهو كثير الوقوع في الحياة العملية .

ويجوز للشخص أن يؤمن على مسؤوليته المترتبة على الخطأ ، سواء كان هذا الخطأ عقدياً أو تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيري مفترضاً أو ثابتاً ، وسواء كان الخطأ الثابت يسيراً أو جسيماً . ولكن لا يجوز التأمين على المسؤولية المترتبة على الخطأ العمد ، إذ لا يجوز لأحد أن يسر لنفسه السبيل إلى الغش . وإنما يجوز التأمين على المسؤولية عن عمل الغير ، حتى لو ارتكب هذا الغير خطأ عمداً ، ذلك أن المسئول عن الغير لم يؤمن من المسؤولية عن غشه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدي . ولم يحدث فيه تعديل لا أمام لجنة المراجعة ( م ٢٢٤ من المشروع النهائي ) ، ولا أمام مجلس النواب ، ولا أمام لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ( م ٢١٧ ) ، ولا أمام مجلس الشيوخ ( الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ - ص ٥٥٤ ) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقييداً للقواعد التي جرى القضاء المصري على اتباعها في هذا الشأن ، فقد يجعل عبء المسؤولية أشد وقرراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث المفاجئ ، وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن من جهة وقد تخفف المسؤولية على نقيض ذلك باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز في المسؤولية التعاقدية ، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أياً كانت درجة الخطأ ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلاً لمخالفته للنظام العام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

هو بل عن غش الغير ، فالخطأ الشخصي الذي يؤمن نفسه منه هو خطأ مفترض لا خطأ عمد<sup>(١)</sup> .

ونرى من ذلك أن الشخص يستطيع أن يؤمن على مسؤوليته في مختلف صورها، فيما عدا المسؤولية عن الخطأ العمد الذي يصدر منه شخصياً .

وننظر الآن فيما يأتي : (١) علاقة المؤمن (شركة التأمين) بالمؤمن له (المسئول) (٢) علاقة المؤمن بالمضرور (٣) علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ في التأمين على المسؤولية عن عمل الغير .

٦٥٦ - علاقة المؤمن بالمؤمن له : هذه العلاقة ينظمها عقد التأمين . وهو يرتب التزامات في ذمة المؤمن . (شركة التأمين) . وأخرى في ذمة المؤمن له (المسئول) .

(١) التزامات المؤمن : أما التزامات المؤمن فتتلخص في ضمان المسؤولية التي قد تترتب في ذمة المؤمن له ، وهي المسؤولية التي كانت محلاً للتأمين . والأصل أن المؤمن ضامن لكل ما ينجم عن هذه المسؤولية من تكاليف . فمتى طُلب المؤمن له مطالبة ودية أو قضائية بتعويض عن ضرر هو مسئول عنه وكان داخلاً في دائرة التأمين ، بدأ التزام المؤمن ينتج أثره ، سواء دخل المؤمن في الدعوى أو لم يدخل ، ووجب عليه أن يكفل للمؤمن له نتائج هذه المطالبة ولو كانت على غير أساس . فإن الذي يضمنه المؤمن ليس هو مسؤولية المؤمن له فحسب، بل كل مطالبة توجه ضده في شأن هذه المسؤولية<sup>(٢)</sup> .

(١) ويقرب ذلك من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على ما يأتي : «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه» .

وكذلك في التأمين من الحريق نصت المادة ٨٦٨ على أنه ١٥ - يكون المؤمن مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعمد ، وكذلك يكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجئ أو قوة القاهرة . ٢ - أما الخسائر والأضرار التي يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً ، فلا يكون المؤمن مسئولاً عنها ولو اتفق على غير ذلك . ونرى من المقابلة بين هذا النص والنص المتقدم أن المسؤولية عن الخطأ الجسيم لا يجوز الإعفاء منها ، ولكن يجوز التأمين عليها .

(٢) أو كما يقول هيمارد (Hémard) إن الحادث المؤمن ضده (sinistre) هو المطالبة ذاتها، قضائية كانت أو غير قضائية (Le sinistre est l'attaque même, judiciaire ou extrajudiciaire: Hémard t.2 no. 556)

وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد يتضمن نصوصاً في التأمين من المسؤولية ، حذف في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة إلى أن يصدر تشريع خاص يعالج مسائل التأمين في مختلف صورها ، وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٨٣٠ من هذا المشروع ما يأتي : «لا ينتج التزام المؤمن أثره إلا إذا قام المصاب بمطالبة المؤمن له ودياً أو قضائياً بعد الحادث المبين في العقد» .

فإذا ثبتت المسؤولية قبل المؤمن له ، وجب على المؤمن أن يدفع له ما ثبت في ذمته من تعويض بسبب هذه المسؤولية . والقاعدة أن المؤمن يلتزم بالضمان بقدر ما تحقق من مسؤولية المؤمن له دون زيادة ، حتى لو كان عقد التأمين يشتمل على شرط يجعل المؤمن ضامناً لمبلغ معين وكان هذا المبلغ يزيد على التعويض الذي ثبت في ذمة المؤمن له . فلو كان هذا المبلغ ألفاً وكانت قيمة التعويض ثمانمائة ، فإن المؤمن يضمن الثمانمائة دون الألف (٢) . وتعليل ذلك أن عقد التأمين من المسؤولية هو عقد تأمين لا عقد ادخار ، فهو معقود لتعويض الخسارة على المؤمن له ، فلا يجوز أن يكون مصدر ربح له ، وهذا بخلاف عقد التأمين على الأشخاص فهو عقد ادخار لا عقد تأمين ، فيجوز أن يزيد مبلغ التأمين على مقدار الخسارة .

(٢) التزامات المؤمن له : ويلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين في مواعيدها وبغير ذلك من الالتزامات التي ترتبها وثيقة التأمين .

ويصح الاتفاق في الوثيقة على إعفاء المؤمن من الضمان إذا كان المؤمن له دون رضاه من المؤمن قد دفع إلى المضرور تعويضاً أو أقر له بالمسؤولية . ولكن لا يجوز التمسك بهذا الاتفاق إذا كان ما أقر به المؤمن له مقصوراً على واقعة مادية ، أو إذا ثبت أن المؤمن له ما كان يستطيع أن يرفض تعويض المضرور أو أن يقر له بحقه دون أن يرتكب ظلماً بيئاً (٣) .

٦٥٧ - علاقة المؤمن بالمضرور : كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ينص في المادة ٨٣٢ منه على ما يأتي : « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق

(١) ويجوز للمؤمن ، قبل ثبوت المسؤولية ، أن يتدخل في الدعوى ، كما يجوز إدخاله إلا إذا اشترط عدم جواز ذلك (مازرو ٣ فقرة ٢٦٧) . بل يجوز للمؤمن أن ينص في وثيقة التأمين على احتفاظه وحده بالحق في مباشرة الدعوى (أنظر م ٨٣٠ فقرة ٣ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد) .

(٢) وقد يتفق المؤمن والمؤمن له على التخفيف من هذه المسؤولية ، فلا يدفع المؤمن إلا نسبة معينة من التعويض الذي يلزم به المؤمن له عندما تتحقق مسؤوليته (٧٨٠ مثلاً) ، وهذا ما يسمى بشرط الخسارة المكشوفة (clause de découvert obligatoire) . أو يتفقان على ألا يدفع المؤمن من التعويض إلا ما زاد على مبلغ معين (خمسين جنيهاً مثلاً) ، فإذا كان التعويض خمسين جنيهاً أو أقل التزم به المؤمن له دون رجوع على المؤمن ، أما إذا زاد التعويض على خمسين جنيهاً فإن المؤمن يدفع مقدار الزيادة ، وهذا ما يسمى بشرط الخسارة المهذرة (clause de franchise d'avarie) . أو على العكس من ذلك يتفقان على ألا يدفع المؤمن ما زاد من التعويض على مبلغ معين (خمسمائة جنية مثلاً) ، فإذا كان التعويض خمسمائة أو أقل دفعه المؤمن كله ، أما إذا زاد على الخمسمائة فإن المؤمن لا يدفع إلا خمسمائة ويتحمل المؤمن له مقدار الزيادة . (أنظر في وجوه التخفيف المختلفة مازرو ٣ فقرة ٢٦٦١ - ٢ إلى فقرة ٢٦٧٠) .

(٣) أنظر في هذا المعنى المادة ٨٣١ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ، وقد حذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ كما قدمنا .

عليه كله أو بعضه ما دام المصاب لم يعرض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي نشأت عنها مسؤولية المؤمن له . فكان هذا النص يجعل للمصاب (المضرور) دعوى مباشرة قبل المؤمن ، إذ كان يلزم المؤمن ألا يدفع لغير المضرور مبلغ التأمين ما دام المضرور لم يعرض . ومؤدى هذا النص أن المضرور الذي لم يتقاضى التعويض من المسئول (المؤمن له) يستطيع أن يتقاضاه مباشرة من المؤمن في حدود مبلغ التأمين ، دون أن يشترك معه دائنو المؤمن له ، لأنه يرجع على المؤمن بالدعوى المباشرة لا بدعوى المدين .

ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر لقانون خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا القانون معيداً لهذا النص لا يمكن القول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن . فلا يرجع على المؤمن إلا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له ، وفي هذه الحالة يشاركه دائنو المؤمن له شركة غراماً إذ هو لا يمتاز عنهم (١) (١) .

٦٥٨ - علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ في التأمين على المسؤولية عن عمل الغير : يحدث أن المؤمن له لا يكون هو من صدر منه الخطأ ، ولكنه يكون مسئولاً عن عمل الغير الذي صدر منه الخطأ ، ويتحقق ذلك في مسؤولية المكلف بالرقابة عن هم في رقبته ومسئوليته المتبوع عن التابع . فإذا دفع المسئول عن عمل الغير التعويض للمضرور ، ويرجع به

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضرور في حادث أو خلفاءه يستطيعون الرجوع مباشرة على المؤمن للشخص المسئول عن هذا الحادث ، وترتب على ذلك أنه عندما يثبت خطأ المسئول عن الحادث ثبوتاً صحيحاً ، فلا تستطيع شركة التأمين أن تدفع دعوى المضرور إلا في حدود مبلغ التعويض المتفق عليه في عقد التأمين وهي الحدود المرسومة لمسئوليتها (استئناف مختلط في ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧) . وانظر في هذا المعنى أيضاً : (استئناف مختلط في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥) .

والقول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين دون نص لا يمكن تخريجه وفقاً للقواعد العامة إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال إن المؤمن له عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط لمصلحة المضرور ، فصار لهذا حق مباشر قبل شركة التأمين . ويرجع في ذلك لوثيقة التأمين لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط .

(١) عدم وجود نص في القانون المدنى يخول المضرور حقاً مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض الا حيث تتضمن وثيقة التأمين اشتراطاً لمصلحة الغير . م ٧٤٧ من القانون المدنى . النص بخروج الترام أداة الحادث من المركبات الخاضعة للقانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجبارى من المسؤولية عن حوادث السيارات وعدم تقديم عقد التأمين . مؤداه . وجوب الرجوع إلى وثيقة التأمين لمعرفة ما إذا كانت تتضمن اشتراطاً لمصلحة المضرور من عدمه .

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٧ الطعن ٢٢١٠ لسنة ٦٢ ق السنة ٤٥ ص ١٥٦٣ ع ٢)

(جلسة ١٩٥٥/٥/٥ مجموعة احكام النقض السنة ٦ ص ١٠٧٩)

- أعطت المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجبارى من المسؤولية عن حوادث السيارات للمضرور حقاً مباشراً قبل شركة التأمين .

على المؤمن ، ألا يجوز لهذا أن يرجع به على الغير الذي صدر منه الخطأ كما كان يرجع المسئول نفسه ؟

سنرى فيما يلي أنه إذا اجتمع للمضروب طريقان للتعويض أحدهما هو طريق التأمين ، جاز له أن يجمع بينهما . فيرجع بالتعويض على الغير الذي ارتكب الخطأ لأن هذا الخطأ هو الذي تحققت به المسؤولية ، ويرجع على المؤمن بمبلغ التأمين بمقتضى عقد التأمين الذي دفع أقساطه . فهو يجمع بين الحقين لأن لكل حق مصدراً غير المصدر الذي قام عليه الحق الآخر ، فمصدر الحق في التعويض الخطأ الذي ارتكبه الغير ، ومصدر الحق في مبلغ التأمين العقد الذي أبرمه مع المؤمن .

ولكن يغلب في العمل أن يشترط المؤمن في عقد التأمين أن ينزل المؤمن له عن دعواه قبل من صدر منه الخطأ إلى المؤمن ، فيكون هذا بمثابة الحلول الاتفاقية (١) . فإذا لم يوجد شرط كهذا لم يبق إلا تطبيق القواعد العامة ، وتطبيقها ، يؤدي إلى أن المؤمن لا يحل محل المؤمن له في الرجوع على الغير الذي صدر منه الخطأ ، لا لحلول اتفاقياً لأن عقد التأمين لم يرد فيه شرط الحلول ، ولا حلولا قانونياً لأن الحلول القانوني لا يكون إلا بنص والنص غير موجود (٢) .

### ٣ - اجتماع طريقين للتعويض

٦٥٩ - كيف يجتمع طريقان للتعويض : قد يوجد لدى المضروب طريقان يستطيع سلوكهما لتعويض ما أصابه من ضرر . مثل ذلك أن يكون قد أمن نفسه في إحدى شركات التأمين مما يصيبه من ضرر في جسمه أو في ماله عن طريق التأمين على الحياة أو التأمين من

الحوادث أو التأمين من الحريق أو التأمين من الخسائر أو التأمين من المسؤولية . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الضرر الذي يصيبه من شأنه أن يرتب له حقاً في نفقة أو إيراد في ذمة الغير .

ونستعرض كلا من الحالتين : حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين وحالة اجتماع التعويض مع النفقة أو الإيراد (١) .

٦٦٠ - اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين : إذا أصيب شخص بضرر في جسمه أو في ماله ، وكان مؤمناً نفسه من هذا الضرر ، فقد رأينا أن التحليل القانوني يؤدي إلى النتيجة الآتية : للمضروب حقان ، حق قبل المسئول عن هذا الضرر في التعويض ومصدر هذا الحق الخطأ ارتكبه المسئول ، وحق قبل شركة التأمين في مبلغ التأمين ومصدر هذا العقد الذي تم بينه وبين الشركة . فإذا كان مؤمناً على حياته أو على ما عسى أن يصيبه من جراء الحوادث ، ووقع الضرر الذي أمن نفسه منه ، فهو - أو ورثته - يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على المسئول عن الحادث ، ويجمع بذلك بين الحقين . كذلك إذا كان مؤمناً على منزله من الحريق ، أو على بضاعته من الغرق ، أو على مسؤوليته إذا تحققت ، كان له أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على من كان مسئولاً عن إحراق المنزل أو إغراق البضاعة أو تحقيق المسؤولية ، ويجمع بذلك في هذه الحالات أيضاً بين الحقين .

ولا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانوني بأن المضروب يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد ، ذلك أنه لم يتقاض إلا تعويضاً واحداً من المسئول عن الضرر الذي أصابه ، أما مبلغ التأمين فليس مقابلاً للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التي دفعها للشركة (٢) (١) .

(١) وقد نص القانون المدني الجديد على حلول قانوني فيما يتعلق بالتأمين من الحريق ، فقضت المادة ٧٧١ بما يأتي : ويحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من نسب بفعله في الضرر الذي مجت عنه مسؤولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله . ولكن هذا النص خاص بالتأمين من الحريق ، وهو كما نرى يمنع صراحة من الحلول إذا كان من أحدث الضرر شخصاً يعتبر المؤمن له مسئولاً عن أفعاله .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، لا تمسكاً بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية ، ولا احتجاجاً بالحلول القانوني (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٤٥ ص ٧٤ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٨) . ولكن يجوز أن يكون للمؤمن دعوى مباشرة إذا كان المؤمن له قد نزل للمؤمن عن دعواه (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٤ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٨ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٧٢ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٧٨) .

ومع ذلك فإن استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ واستعود إلى ذلك فيما يلي .



= الذى دفعته الشركة ، فليس ذلك إلا مراعاة لاعتبار عملي هو ألا يكون التأمين على الأشياء مصدر ربح للمؤمن له ، فيتقاضى التعويض ومبلغ التأمين معاً ، لكلا يقرب ذلك على إنلاف الشئ الذى أمن عليه . وإذا كان هذا التشريع فى المادة ٥٥ منه ، فى التأمين على الأشخاص قد نص على عدم حلول شركة التأمين محل المضرور فى الرجوع على المسئول ، فذلك إنما هو رجوع إلى تطبيق القواعد العامة من جواز الجمع بين الحقين كما قدمنا ، بعد أن انتفى الاعتبار العملى الذى كان يمنع من الجمع بينهما ، إذ قل أن يصيب الشخص نفسه طمعاً فى مبلغ التأمين ، وإذا هو فعل السهل اقتضاح أمره .

وقد طبق القانون المدنى الجديد مبدأ عدم حلول الشركة محل المؤمن له فى التأمين على الحياة ، فنص فى المادة ٧٦٥ على أنه «فى التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق فى الحلول محل المؤمن له أو المستفيد فى حقوقه قبل من تسبب فى الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث» . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، فى التأمين على الأشخاص ، يجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين . كذلك قرر القانون الجديد مبدأ حلول الشركة محل المؤمن فى التأمين من الحريق ، فقد رأينا أن المادة ٧٧١ تنص على أنه «يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله» . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، فى التأمين على الأشياء ، لا يجمع فى الأصل بين الحقين ، وأن الشركة تحل محله فى الرجوع على المسئول إلا إذا كان التأمين يشمل ضمناً .

(1) أ - مقتضى نص المادة ٤١ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن التأمينات الاجتماعية - وتقابلها المادة ٦٦ من القانون الحالى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ - أن تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية لالتزامها المنصوص عليه فى الباب الرابع بشأن اصابات العمل لا يخل بما يكون للمؤمن له - العامل أو ورثته - من حق قبل الشخص المسئول عن الاصابة .

(جلسة ١٩٨٩/١١/٥ ، الطعن ٢٤٩٤ لسنة ٥٧ ق ، جلسة ١٩٩٠/٥/٩ الطعن ٣٥٨٧ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/٣٠ الطعن ١٤٩ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٩٧٣)

ب - إذ يقتضى العامل حقه فى التعويض عن اصابة العمل من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية فى مقابل الاشتراكات التى قام بسدادها هو ورب العمل ، بينما يتقاضى حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذى ارتكبه المسئول فليس ما يمنع من الجمع بين الحقين .

(جلسة ١٩٨١/٦/٣٠ الطعن ١٤٩ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٩٧٣)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ الطعن ١٢٥٧ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ١٣٧٧)

(جلسة ١٩٧٧/٤/٢٦ الطعن ٨٨٨ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ١٠٥٢)

ج - إذا كان الحكم المطعون فيه اعتبر الشركة الطاعنة (شركة التأمين) ملتزمة بالتعويض بموجب عقد التأمين بينما الشركة المطعون ضدها الثانية ملتزمة به نتيجة الفعل الضار فأنتهما يكونا ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضام ذمتها فى هذا الدين دون ان تتضامن إذ ان الالتزام التضامنى يقتضى وحده المصدر .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ الطعن ٣٠٦ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٣٢٩)

كذلك لا يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المسئول بتعويض بحجة أن خطأه هو الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين للمضرور ، ذلك أن الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين ليس هو خطأ المسئول بل هو عقد التأمين (١) .

٦٦١ - اجتماع التعويض مع النفقة أو الايراد : قد يكون الضرر الذى أوجب التعويض للمضرور سبباً فى ترتيب حق آخر له . مثل ذلك عامل فى مصنع تسبب عامل آخر فى إصابته ، فيستحق العامل المضرور قبل رب المصنع مبلغاً يقدره قانون إصابات العمل جزافاً كما رأينا ، ويستحق فى الوقت ذاته تعويضاً كاملاً قبل العامل المسئول عن الحادث ، فهل له أن يجمع بين التعويضين ؟ مثل آخر شخص أصيب بما أقعده عن العمل ، فاستحق تعويضاً قبل المسئول عن هذه الإصابة ونفقة عند من تجب عليه النفقة له بسبب عجزه عن العمل ، فهل يجمع بين التعويض والنفقة ؟

يختلف الأمر هنا عن حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين . فقد قدمنا أن مبلغ التأمين ليس مقابلاً للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التى سبق دفعها . ولكن المبلغ الجزافى الذى يدفعه رب المصنع للعامل عند إصابته ، والنفقة التى يدفعها من تجب عليه النفقة ، لا مقابل لهما إلا عجز المضرور عن العمل بسبب الحادث الذى أصابه ، فالصبغة الغالبة عليهما هى التعويض عن هذا العجز ، لذلك لا يجوز أن يجمع المضرور بين تعويضين (١) ، فهو إذا تقاضى التعويض الجزافى أو النفقة ، لم يرجع على المسئول

(١) وقد رأينا محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، إلا إذا كان المؤمن له قد نزل له عن دعواه (أنظر آنفاً فقرة ٦٥٨ فى الهامش) . وقد قضت أيضاً ، فى ظل القانون القديم حيث لا يوجد نص على حلول المؤمن محل المؤمن له فى التأمين على الأشخاص ، بأن المؤمن له ، حتى لو تقاضى مبلغ التأمين من المؤمن ، يحتفظ مع ذلك بحقه فى الرجوع بالتعويض على من أحدث الضرر ، سواء فى ذلك التأمين على الأشياء والتأمين على الأشخاص (استئناف مختلط فى ٢١ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٥٦) . وقضت كذلك بأن المسئول عن الحريق لا يستطيع أن يتخلص من نتائج هذه المسئولية قبل المضرور بدعوى أن المضرور قد أمن على نفسه من حريق ، بل ولا بحجة أنه قد استولى على مبلغ التأمين من المؤمن (استئناف مختلط فى أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٠) . ومع ذلك فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يصح ، كمبدأ عام ، المنازعة فى حق المؤمن فى الرجوع ، باسمه أو باسم المؤمن له ، بدعوى المسئولية على المسئولين عن وقوع الحادث المؤمن منه (استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جلزيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(1) أ - تضمن القانون رقم ٤٤ لسنة ٦٧ المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٤ القواعد التى تنظم المعاشات والاعانات والقروض عن الخسائر فى النفس والمال نتيجة الأعمال الحربية - ونص على اختصاص اللجان التى تشكل طبقاً لاحكامه لمعاينة وحصر الاضرار الناجمة عنها ، ولا تحول نصوصه بين المضرور الذى صرفت له إعانة تعويضية وبين المطالبة بحقه فى التعويض الكامل الجابر للضرر الذى لحقه ، إذ أن هذا الحق يظل قائماً وفقاً لاحكام القانون المدنى إذا كان سبب الضرر الخطأ التقصيرى ، إلا أنه لا يصح للمضرور أن يجمع بين تعويضين فبراعى القاضى عند =

إلا بما بقى من الضرر دون تعويض ، ويرجع رب المصنع أو الملزم بالنفقة على المسئول بما التزم بدفعه للمضرور لأن المسئول هو المتسبب في ذلك<sup>(١)</sup> . أما إذا رجع المضرور بكل التعويض على المسئول ، فلا يجوز له أن يرجع بشئ على صاحب المصنع<sup>(٢)</sup> أو الملزم بالنفقة .

كذلك لا يستطيع الموظف ، إذا أصيب في حادث تكون الحكومة مسئولة عنه، أن يجمع بين التعويض الكامل عن هذا الحادث وبين معاش استثنائي يرتبه القانون على سبيل التعويض ، بل يجب إنقاص مبلغ المعاش الاستثنائي ، سواء كان في صورة إيراد مدى الحياة

= تقدير التعويض في هذه الحالة ما صرف من اعانة تعويضية .

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢٥ الطعن ٣٥٥ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ٢٩٨)

ب - القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ تضمن القواعد التي تنظم المعاشات والمكافآت والتأمينات والتعويض لافراد القوات المسلحة عند الوفاة أو العجز الكلي أو الجزئي بسبب العمليات الحربية فعقد الفصل الثاني من الباب الثاني لبيان أنواع المعاشات والمكافآت ثم فصل في الباب الرابع احكام التأمين والتأمين الاضافي وتعويض المصابين بسبب الخدمة باصابات لا تمنعهم من البقاء فيها وحدد في المادة ٦٥ مقدرا التأمين الاضافي الذي يدفع للورثة الشرعيين إذا كانت الوفاة ناشئة عن حادث طيران أو سبب العمليات الحربية أو إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة ٢١ أو كانت بسبب الخدمة ، وهي احكام يقتصر تطبيقها على الحالات المنصوص عليها في هذا القانون ، ولا تمتداهما إلى التعويض المستحق طبقاً لأحكام القانون العام فلا تخول دون مطالبة المضرور بحقه في التعويض الكامل الجابر للضرر الذي لحقه ، إذ أن هذا الحق يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدني إذا كان سبب الضرر الخطأ التقصيري إلا أنه لا يصح للمضرور أن يجمع بين التعويضين .

(جلسة ١٩٧٧/٥/٣١ الطعن ٨٣٠ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ١٣٣٥)

(١) محكمة مصر الجزئية المختلطة في ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٩ ص ٢٠٠ - قارن استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٦٥ .

(٢) كذلك لا يجوز الجمع بين مطالبة رب المصنع بالتعويض بمقتضى قانون إصابات العمل والتعويض طبقاً للقواعد العامة في المسئولية . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الجمع بين أحكام قانون إصابات العمل باعتباره من القوانين الخاصة وأحكام القانون العام في المطالبة بتعويض الضرر المدعى به ، لأن القانون الأول مجال تطبيقه الأحوال التي أراد فيها المشرع أن يرعى جانب العامل نظراً لمخاطر العمل بعدم تحميله إثبات خطأ صاحب العمل أو تقصيره عند المطالبة بالتعويض . فإذا ما لجأ العامل إلى أحكام هذا القانون وتخذها سنداً له في طلب التعويض ، فإنه لا يصح له بمقتضى المادة الرابعة أن يتمسك بأى قانون آخر ضد صاحب العمل ما لم يكن الحادث المطلوب عنه التعويض قد نشأ عن خطأ فاحش . ولكن إذا كان المدعى بنى طلب التعويض على قانون إصابات العمل ، ثم طالب بتعويض بناء على قواعد المسئولية العامة ، وطلب الحكم له بالتعويضين على اعتبار أنهما طلبان أصليان ، فاستبعدت المحكمة تطبيق قانون إصابات العمل ، فإنه يكون من المتعين عليها أن تنظر في الطلب المؤسس على القانون العام (نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦) .

أو في صورة مكافأة إجمالية ، من مبلغ التعويض الكامل المستحق للموظف<sup>(١)</sup> . لكن

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حادث وفاة المستخدم التي يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشات قد يترتب عليها أيضاً التزام من يكون مسئولاً عن الحادثة بالتعويض الذي يستحق بموجب القانون المدني ، ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة ، وأجاز زيادتها تبعاً لظروف الحال ، فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر بقدر معلوم الضرر الواقع لأرملة المستخدم وأولاده . فهذا الالتزامان ، وإن كانا مختلفين في الأساس القانوني ، هما متحدان في الغاية ، وهي جبر الضرر الواقع للمضرور . وهذا الجبر ، وإن وجب أن يكون كاملاً مكافئاً لمقدار الضرر ، فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه ، إذ أن كل زيادة تكون إثراء لا سبب له . ومن ثم فإنه عند ما تكون الحكومة مسئولة أيضاً عن التعويض الذي أساسه القانون المدني يكون من المتعين خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدني المستحق . وهذا النظر يتفق وما قرره الشارع في حالة مماثلة ، فإن قانون إصابات العمل رقم ٦٤ سنة ١٩٣٦ الذي قرر التزام صاحب العمل - على غرار التزام الحكومة بقانون المعاشات - بأن يدفع بقدر معلوم كذلك تعويضاً للعامل المصاب ، نص على عدم الجمع بين هذا التعويض والتعويض المستحق بموجب القانون المدني (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١) . وقضت أيضاً بأن استناد الحكم المطعون فيه إلى المادة ٣٣ من قانون المعاشات (رقم ٥ لسنة ١٩٠٩) دون المادة ٣٩ منه لا يؤثر على سلامة النظر الذي ذهب إليه باعتبار أن المكافأة التي منحها الطاعنة المطعون عليه هي مكافأة استثنائية بقدر معلوم استحققتها وفقاً لهذا القانون كتعويض على مجرد الإصابة التي لحقته وأقعده عن مواصلة العمل في خدمة الحكومة ، وأن حقه في التعويض الكامل الجابر للضرر الذي لحقه يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدني إذا كانت هذه الإصابة قد نشأت من خطأ تسأل عنه الطاعنة (نقض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند إصابتهم بعمل العدو أو بسبب حوادث في وقائع حربية أو في مأموريات أمروا بها لا علاقة له بالتعويض الذي يستحقه صاحب المعاش قبل من سبب له الإصابة عن عمد أو تقصير منه ، وذلك لاختلاف الأساس القانوني للاستحقاق في المعاش عنه في التعويض (نقض جنائي في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٣١٧) . وهذا الحكم قد حاد عن المبدأ الصحيح الذي قررناه ، وقد انتقده بحق الدكتور سليمان مرقص تعليقه المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني .

(١) أ - من المقرر أنه يجوز للمضرور أن يجمع بين الذي يطالب به عن الضرر الناشئ عن الخطأ - وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية - وبين ما قد يكون مقرراً له عن ذلك - بموجب قوانين أو قرارات أخرى من مكافآت أو معاشات استثنائية - بشرط أن يراعى ذلك عند تقدير التعويض بحيث لا يجاوز مجموع ما يعود عليه من ذلك القدر المناسب والكافي لجبر الضرر وحتى لا يثرى المضرور من وراء ذلك بلا سبب .

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ الطعن ٥٦١ ، ٥٦٢ سنة ٤٢ ق س ٣٤ ص ١٩٤٨)

(ب) يدل النص في المادة ٦٨ من قانون التأمين الاجتماعي (رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥) على أن حصول العامل على المبالغ المقررة بقانون التأمينات الاجتماعية بشأن إصابة العمل - يمنعه من مطالبة رب العمل بالتعويض طبقاً لأحكام القانون المدني إلا إذا وقع الحادث بسبب خطئه ، وكان الخطأ المعنى بالفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر هو خطأ صاحب العمل الشخصي الذي يترتب مسئوليته الذاتية وهو خطأ واجب الاثبات فلا تطبق في شأنه أحكام المسئولية المفترضة المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدني .

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٤ الطعن ٩٧١ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٩/١/١٧ الطعن ٥٧ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٩/١١/٢٢ الطعن ١٢٢٦ لسنة ٥٦ ق)

## الفرع الأول

### المسئولية عن عمل الغير

٦٦٣ - حالتان : يكون الشخص مسئولاً عن عمل الغير في حالتين : (الحالة الأولى) هي حالة من تجب عليه رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ويكون مسئولاً عن الأعمال الصادرة من هذا الشخص .  
(والحالة الثانية) هي حالة المتبوع ويكون مسئولاً عن أعمال التابع .

### المبحث الأول

#### مسئولية من تجب عليه الرقابة عن هم في رقابته (\*)

(Responsabilité du surveillant du fait des son surveillé)

٦٦٤ - النصوص القانونية : كانت المادة ١٥١ من القانون المدني الوطني القديم تنص على ما يأتي :  
«وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم» .  
وكانت المادة ٢١٣ من القانون المدني المختلط القديم تنص على ما يأتي :  
«يلزم الشخص كذلك بضرر الغير الناشئ عن تقصير من هم في رعايته أو عن إهمالهم أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم» .  
وكانت هذه النصوص معيبة من وجوه متعددة : (١) فهي من حيث الصياغة كانت قلقة مضطربة ، إذ تعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة عن هم تحت رعايته بناء على خطأ مفترض ، وتعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة بناء على خطأ ثابت في جانبه ، مع أن المقصود هو المسئولية الأولى (٢) . ثم هي لم تبين في أى الأحوال وبأى الشروط يصبح الشخص

(\*) بعض المراجع : بولاتون (Beaulaton) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - كوميسكيير (Cobescure) رسالة من مونيبييه سنة ١٩٣٧ - كورتو (Courtaud) رسالة من جرينويل سنة ١٩٣٨ - جروميتر (Grosmaître) رسالة من ليون سنة ١٩٣٨ - جانبيير (Jeanpierre) رسالة من نانسي سنة ١٩٣٨ - بيرون (Piron) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٩ - ألبيرتي (Alberti) رسالة من أكس سنة ١٩٤٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٤٥ - فقرة ٣٤٨ - مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ١٤٨ - فقرة ١٩٢ - الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٩٧ - فقرة ٥١٣ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٧٤ - فقرة ٨٧ .  
(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٤٥ .

إذا قبض الموظف معاشه العادى طبقاً لقانون المعاشات ، فإنه يستطيع الجمع بينه وبين التعويض الكامل ، لأن المعاش العادى ك مبلغ التأمين إنما استحق لقاء الاستقطاعات الدورية التي أخذت من مرتب الموظف (١) .

أما إذا كان المضرور قد تلقى صدقة أو إحساناً من الغير مواساة له فيما أصابه من ضرر، فلا يجوز للمسئول أن ينقص من مبلغ التعويض الذي يلزمه مقدار هذه الصدقة ، فإن صاحب الصدقة قد تبرع بها للمضرور لا للمسئول .

## الفصل الثانى

### المسئولية عن عمل الغير

#### والمسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٦٢ - المسئولية تقوم لا على خطأ واجب الإثبات بل على خطأ مفترض : بسطنا قواعد المسئولية بوجه عام ، فاستعرضنا أركانها وفصلنا أحكامها . وجرينا فيما قدمناه على أن الخطأ الذى تقوم عليه المسئولية هو خطأ واجب الإثبات ، يشته مدعى المسئولية وهو المضرور .

ونتقل الآن إلى حالات خاصة فى المسئولية يجمعها أنها تقوم كلها لا على خطأ واجب الإثبات ، بل على خطأ مفترض على خلاف فى رأى سنفصله فيما يلى . وقد توخى المشرع فيها أن يسر على المضرور التعويض عما أصابه من الضرر ، فأزاح عن عاتقه عبء إثبات الخطأ .

وقد قسم القانون المدنى الجديد هذه الحالات إلى قسمين : قسم للمسئولية عن عمل الغير وآخر للمسئولية الناشئة عن الأشياء . ونستعرض كلا منهما .

(١) نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ من ٢٥١ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم فى الحاشية السابقة . ويقرر الحكم ، فى المسألة التى نحن بصددنا ، ما يأتى : «ولكن المكافأة العادية التى تستحقها ورثة المستخدم عند وفاته وفاة طبيعية والتي لا علاقة لها بالحادثة ولا بالتعويض المستحق عنها ، فهذه تبقى مستحقة للورثة بالإضافة إلى التعويض» .



متولياً الرقابة على غيره . (٣) وهي أخيراً لم توضح أساس المسؤولية ، وهل هي قائمة على خطأ مفترض ، وهل هذا الافتراض يقبل إثبات العكس (١) .

فجاء القانون المدني الجديد بنصوص تجنب فيها هذه العيوب ، إذ نص في المادة ١٧٣ على ما يأتي :

« ١ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » .

« ٢ - ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج » .

« ٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية » (٢) .

(١) ومع ذلك فإن هذه النصوص ، على ما فيها من عيوب ، كانت خيراً من مثيلاتها في القانون المدني الفرنسي (م ١٣٨٤) التي لم تضع قاعدة عامة ، بل اقتصر على ذكر طوائف من المسؤولين على سبيل الحصر (أنظر مازو ١ - فقرة ٧١٢ - فقرة ٧١٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ٢ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة ، بعد أن أصبح رقمها ١٧٧ في المشروع النهائي ، على الوجه الآتى : « ١ - كل من تولى رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ٣ - ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو في الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم ، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج . ٤ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية » . وقد قام هذا التعديل على الاعتبارين الآتين : (أولاً) تجنب جعل المسؤولية على من يجب عليه قانوناً رقابة شخص ، فإن هذا من شأنه أن يشير فكرة الولاية على النفس وأحكامها في الشريعة الإسلامية مما قد لا يتفق تماماً مع فكرة الرقابة في القانون الحديث . (ثانياً) حدد في التعديل إلى أى سن يكون الصبي في حاجة إلى الرقابة ومتى تنتقل الرقابة إلى المعلم =

ونبحث في صدد هذا النص أمرين : (١) متى تتحقق مسؤولية متولى الرقابة (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسؤولية .

## المطلب الأول

### متى تتحقق مسؤولية متولى الرقابة

٦٦٥ - شرطان لتحقيق المسؤولية : تتحقق المسؤولية إذا تولى شخص الرقابة على شخص آخر ، وصدر ممن هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ثبت في جانبه فأوجب مسؤوليته . ومن ثم يكون متولى الرقابة مسئولاً عن هذا العمل غير المشروع .

فتحقق المسؤولية يستلزم إذن شرطين : (١) تولى شخص الرقابة على شخص آخر . (٢) صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة .

### ١ - تولى الرقابة

٦٦٦ - الالتزام بالرقابة : لا تتحقق المسؤولية إلا إذا قام التزام بالرقابة . ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون أو الاتفاق كما يقول النص . مثل القانون الأب يتولى رقابة ابنه ، ومثل الاتفاق مدير مستشفى للأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه . فلا يكفي إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسئولاً عنه ، بل يجب أن يكون هناك التزام قانونى أو اتفاقى بتولى هذه الرقابة . وقيام هذا الالتزام هو الذى ترتب عليه مسؤولية متولى الرقابة .

وعلة هذا الالتزام كما جاء فى النص ، حاجة الشخص الموضوع فى رقابة غيره إلى هذه الرقابة ، إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية ، وإما بسبب حالته الجسمية . فالقاصر

= فى المدرسة أو فى الحرفة وإلى من تنتقل الرقابة على الزوجة القاصر . وقد أشير فى لجنة المراجعة إلى تدرج فى التشدد فى افتراض الخطأ ، فتارة ينتمى الافتراض بإثبات عدم الخطأ ، وطوراً بإثبات عدم القدرة على منع العمل غير المشروع ، وثالثة بإثبات السبب الأجنبى وهذا ينفى علاقة السببية لا ينفى افتراض الخطأ . ويبدو عند التأمل أن دفع المسؤولية إنما يكون بأحد أمرين : إما بنفى الخطأ وإما بنفى علاقة السببية . وفى الحالة الأولى من هذه الحالات الثلاث المتدرجة قد انتمى الخطأ ، وفى الحاليتين الثانية والثالثة قد انتفت علاقة السببية (أنظر : نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) وسنعود إلى هذا الحكم فيما يلى . وقد وافق مجلس النواب على النص كما ورد فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة انتهت إلى إضافة كلمة « المشرف » فى الفقرة الثانية وإلى استبدال عبارة « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص » بعبارة « كل من تولى رقابة شخص » لأن مناط المسؤولية هو وجود التزام بالرقابة والالتزام فى هذه الحالة إما أن يكون مصدره الاتفاق أو نص القانون . وأصبح رقم المادة ١٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٥ - ص ٤١٢) .

في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره . والمجنون والمعتوه وذو الغفلة في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم العقلية . والأعمى والمقعّد والمشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم الجسمية . ومن هؤلاء من يتولى القانون إقامة رقيب عليهم ، كالقاصر والمجنون والمعتوه وذو الغفلة يضعهم القانون في رقابة الآباء أو أولياء النفس . ومنهم من تقوم الرقابة عليه بالاتفاق مع متولى الرقابة ، كمدير المستشفى والمرض يتفق معهما على تولي رقابة المرضى (١) .

أما الرقابة التي لا تقوم بسبب القصر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية ، كرقابة السجناء على المسجونين و رقابة رئيس الحزب السياسي على أعضاء حزبه ، (٢) فلا ترتب عليها هذه المسؤولية .

٦٦٧ - الحالات التي يقوم فيها الالتزام بالرقابة : لم يحصر القانون الحالات التي يتولى فيها شخص الرقابة على غيره ، واكتفى بأن قرر أن هذه الحالات تقوم إذا قام التزام بالرقابة قانوناً أو اتفاقاً . والرقابة في الأصل تقوم على القاصر . فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه ، إلا إذا وجد ما يدعو لبسط الرقابة عليه وهو بالغ . فنستعرض إذن هاتين الحالتين : حالة القصر وحالة البلوغ .

(١) القاصر : أظهر حالات الرقابة هي كما قدمنا حالة القاصر . وقد عنى المشرع بها فخصص لها الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ إذ يقول : «يعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو

المشرف ، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج . فالقاصر إلى سن الخامسة عشرة - وهي سن بلوغ الحلم في الشريعة الإسلامية - يعتبر في حاجة إلى الرقابة إطلاقاً . ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن في كنف من يقوم بتربيته . والذين يقومون بتربيته هم أولاً الأب إذا وجد ، فهو الولي الشرعي على النفس ، وهو المكلف قانوناً بالرقابة على ولده . فإذا لم يوجد الأب تولى الرقابة القائم على تربية الولد . ويكون عادة ولي النفس من جد أو عم أو غيرهما . وقد تنتقل تربية الولد ، ولو بطريق الاتفاق الضمني ، من ولي النفس إلى الأم . وذلك كله إلى سن الخامسة عشرة . فإن بلغها الولد ، وتححر فوق ذلك من قيود التربية ، ولم يعد يعيش في كنف أحد ، وأصبح يكسب عيشه بنفسه ، فلا يكون أحد مسؤولاً عنه . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون . أما إذا بقي يعيش في كنف من يقوم على تربيته بعد بلوغه الخامسة عشرة - وعقب الإثبات هنا على مدعى المسؤولية - فالقائم على تربيته هو متولى الرقابة عليه ، قانوناً إلى إن كان ولي النفس واتفاقاً إن كان غيره ، ويبقى مسؤولاً عنه إلى أن يبلغ الولد سن الرشد ، أو إلى أن ينفصل في معيشة مستقلة فلا يعود يعيش في كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة . والاستقلال في المعيشة هنا لا يعني حتماً الاستقلال في المسكن ، فقد يكون الولد مقيماً مع أبيه في مسكن واحد ولكنه مستقل عنه في المعيشة وليس للأب إشراف على تربيته فلا يكون مسؤولاً عنه ، وقد لا يكون الولد مقيماً مع أبيه في مسكن واحد ولكن الأب يبقى مشرفاً على تربيته فيكون مسؤولاً (١) .

(١) وكان القانون المدني القديم ، كما رأينا ، غير صريح في بيان الأحوال والشروط التي يعتبر فيها الأب متولياً لرقابة على ابنه . ومن ثم اضطرت أحكام القضاء في ذلك .

فهنالك من الأحكام ما ساير القانون المدني الفرنسي ( م ١٣٨٤ ) ، فجعل الأب متولياً لرقابة على ابنه ما دام الابن قاصراً لم يبلغ سن الرشد وكان مقيماً مع أبيه . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن الأب يبقى مسؤولاً مدنياً عن الأضرار التي تحصل من ابنه إلى حين بلوغه سن الرشد ، ولا يشترط لتحقيق هذه المسؤولية إلا إقامة القاصر مع أبيه ( ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٤ ص ٩٩٠ - أنظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية في ٧ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٧٨ ص ٣٥١ ) - وقضت كذلك بأن رعاية الأب تقوم على ابنه بتحقيق أمرين أساسيين : أولهما إذا كان الابن متضمماً مع والده ، والثاني إذا كان قاصراً عن درجة البلوغ (استئناف مصر الوطنية في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة أسيوط الكلية بأنه لما كان منشأ مسؤولية الآباء عن أعمال أبنائهم سلطة الآباء سالف الذكر ، فتكون هذه المسؤولية ملازمة لهذه السلطة ، فتزول بزوالها ، وتقوم بوجودها . ولهذا قيد الشارع الفرنسي هذه المسؤولية في المادة ١٣٨٤ بقيدتين ، الأولى إقامة الوالد مع ابنه ، وثانيهما كون الابن قاصراً . فإذا كان الولد رشيداً يدير أمور نفسه ، أو كان الولد غير مقيم مع والده كأن ألحق بالجيش قبل بلوغه سن الرشد ، أو كان والده غائباً عنه غيبة منقطعة ، فلا سلطة للأب في هذه الأحوال ، وبالتالي فلا مسؤولية (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ ص ٤٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بالأب مسؤولية على الأب عن أعمال ابنه الذي بلغ سن الرشد (استئناف مختلط في ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «يفضل نص المشروع ما ورد من النصوص في التقنين المصري الحالي من وجوه ثلاثة . فهو يحدد أولاً فكرة الرقابة تحديداً بيناً . ويراعى أن نصوص التقنين الحالي ، وإن كانت تفضل من هذه الناحية نصوص التقنين الفرنسي ، من حيث تدارك ما اعتور أحكام هذا التقنين من نقص في بيان من لهم حق الرقابة ، إلا أنها في صياغة هذه الفكرة قد بلغت في الإيجاز والاقتضاب . وقد عمد المشروع إلى تحليل الالتزام بالرقابة ، فبين علته ومصدره . فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية أو الجسمية . ولهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه على ابنه القاصر ما بقي الابن محتاجاً إلى الرقابة . ويقدر القاضي تبعاً للظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلى هذه الرقابة لا تزال قائمة . وكذلك يقوم مباشر العمل على رقابة صبيانه ، والمعلم على رقابة تلاميذه ، والرقيب أو الممرض على رقابة من نيظت به رقابته من المجانين أو الزمنى ، ما بقي هؤلاء الأشخاص جميعاً في حاجة إلى تلك الرقابة بسبب حالتهم العقلية أو الجسمية . أما فيما يتعلق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو في الأصل نص القانون ، فأحكام قانون الأحوال الشخصية هي التي تلقى عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصي على حسب الأحوال . وقد يترتب الالتزام بالرقابة بمقتضى اتفاق خاص ، كما هو الشأن في الحارس . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٠٦ - ص ٤٠٧) .

(٢) وقد قضت محكمة القاهرة الجزئية المختلطة بأن رئيس الحزب السياسي لا يعتبر مسؤولاً لا عن الأعمال الجماعية لحزبه ولا عن الأعمال الفردية لأعضاء الحزب (١٥ يونية سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٤٤٤) .

= وهناك أحكام ربطت تولى الأب الرقابة على ابنه بسن الولاية على النفس وهي خمس عشرة سنة. من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن المادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) إذ نصت في الفقرة الثانية على مساءلة الإنسان عن تعويض الضرر الناشئ للغير «عن إهمال من هم تحت رعايته»... قد دلت بوضوح على أن هذه المسؤولية التي قررتها استثناء وخروجاً على الأصل إنما تقوم على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الإضرار بالغير. وإذا كانت السن إحدى موجبات الحفظ، فمآتي المسؤولية من ناحيتها هو كون سن من باشر ارتكاب الفعل الضار يقتضي وضعه تحت حفظ غيره، ولا اعتبار هنا للسن المحددة في القانون للولاية على المال، فإن الحفظ (garde) الذي هو أساس المسؤولية بمعناه لغة وقانوناً متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ، إذ قد يكون الإنسان قاصراً فيما يختص بماله، ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه، ولا سلطة فيما يختص بشخصه، وإذن ففي دعوى التعويض المرفوعة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تعرف من وقع منه الضرر إلا لمعرفة هل هذه السن توجب وضعه تحت حفظ من رفعت عليه الدعوى أم لا. فالحكم إذا أسس قضاءه برفض دعوى التعويض المرفوعة على والد المتهم ما تبينته المحكمة من أن المتهم قد تجاوزت سن الحد الذي تنتهي به ولاية أبيه على نفسه، يكون قد أصاب ولم يخطئ (نقض جنائي في ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٠٠ ص ٣٢٦). وقضت في حكم آخر بأن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الوالد مسؤولاً عن عمل ابنه بعد أن كان قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره، وكانت سنة وقت الحادثة أكثر من تسع عشرة سنة، وإذا قال إن الابن يبقى في حفظ أبيه حتى يبلغ إحدى وعشرين سنة، يكون قد أخطأ، لأن حق الحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية على النفس، وينتهي بانتهائها، ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال (نقض جنائي في ٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ ص ٣٢٦ في الهامش، القضية رقم ٧٥٨ سنة ٦٣ قضائية - وانظر أيضاً: نقض جنائي في ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عاصم ٢ - ٢٧- ٢١).

وانظر تعليق الدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٥ - ص ١٦١. وتعليقاً له آخر في مجلة القانون والاقتصاد ١٩ العددين الأول والثاني). وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الولد لا يكون تحت رعاية الأب متى تجاوز الخامسة عشرة من عمره أخذاً برأي صاحبه في الولاية على النفس، ويكون مسؤولاً وحده عن كل أعماله المتعلقة بنفسه والتي لا علاقة لها بأمواله، فيسأل عن عدم احتياطه وإهماله، كما أنه ابتداء من هذه السن أيضاً مسؤول عن جرائمه كما تقتضي بذلك المادة ٦٦ عقوبات. وعلى ذلك كان من الخطأ القول بمسؤولية الأب حتى بلوغ الابن سن الرشد القانوني، أي سن الحادية والعشرين (١١ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢١٩ ص ٤٢٠ - أنظر أيضاً: محكمة السيدة زينب في ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦ ص ٥٩ - محكمة دكرنس في ٢٦ يولية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٤ ص ١٠٨).

وهناك حكم أخذ بما استقر عليه القانون المدني الجديد، إذ قضت محكمة البطارين بأن مسؤولية الأب عن ابنه لا تفترض بعد بلوغ الابن سن الواحدة والعشرين، وإنما يحتفظ القاضي بحرية التقدير فيما بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين (٢٥ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٣٧ ص ٢٩٩). ويقرب من هذا حكم محكمة الاستئناف الوطنية المنشور في صلب حكم محكمة النقض الجنائية في ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عاصم للنقض الجنائي ٢ - ٢٧ - ٢١.

ويرى الدكتور سليمان مرقص أن القانون المدني القديم لم يكن يحدد سناً معينة تقف عندها مسؤولية الأب المقترضة عن ابنه، وقد تقوم هذه المسؤولية حتى بعد بلوغ الابن من الرشد متى كان باقياً تحت رعاية أبيه وفي كنفه (أنظر تعليقه المشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٨ ص ١٤٩). وانظر تعليقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٨ - ص ٣٤٤.

ونرى من ذلك القاصر إلى سن الخامسة عشرة يجب أن يكون في رقابة أحد هو المسئول عنه، ويكون الأب (١)، فإن لم يوجد فولي النفس، إلا إذا انتقلت الرقابة اتفاقاً إلى الأم (١) أو إلى غيرها. وبعد أن يبلغ الولد الخامسة عشرة، فإن ظل يعيش في كنف من يقوم على تربيته بقي هذا مسئولاً عنه، إلى أن ينفصل الولد في معيشة مستقلة أو إلى أن يبلغ سن الرشد.

والولد وهو في كنف القائم على تربيته يكون في مرحلة التعليم. فإن ذهب إلى المدرسة انتقلت الرقابة عليه - وقت وجوده بالمدرسة فقط - إلى معلم الفصل ما دام فيه أو إلى رئيس المدرسة ما دام في المدرسة (٢) (٢). وإذا كانت المدرسة من مدارس الدولة، كانت الدولة

(١) وقد يكون للأم الرقابة على ولدها إذا كان لا يزال في سن الحضانه، فمتى انتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده. وقد قضت محكمة بور سعيد الجزئية المختلطة بأن الأب دون الأم هو المسئول عن أعمال ولده عندما يبلغ سن التمييز (سبع سنوات)، لأن الأب هو وحده الذي يتولى الرقابة على ولده منذ أن يبلغ هذه السن (١٥ يولية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩١ ص ١٧٧).

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن أم القاصر مسئولة عنه ولو لم تكن هي الوصية عليه (٧ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١١٩ ص ٢٣٢).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بألا خطأ إذا نفى الحكم تقصير الوالد في ملاحظة ابنه بناء على أن الحادثة التي وقعت من هذا الابن قد حصلت أثناء وجوده في المدرسة بصنأى عن والده الذي يقيم في بلد آخر وفي رعاية غيره من القائمين بشؤون المدرسة (نقض مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسؤولية الوالد عن أعمال ابنه المضرة بالغير عنه متى كان ابنه بعيداً عن رقبته، مشمولاً برعاية المدرسة التي تتولى أمر تعليمه، فالاعتداء الذي يقع من ابنه أثناء وجوده بالمدرسة بسبب عدم المراقبة والملاحظة لا يجعل الولد مسؤولاً بطريق التضامن مع إدارة المدرسة لأنها هي المسئولة عن تلاميذها من وقت دخولهم المدرسة إلى وقت انصرافهم (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩). ولا يكون الأب مسؤولاً ما دام ابنه بعيداً عن رقبته مشمولاً برعاية المدرسة، حتى لو كان الاعتداء الصادر من الابن قد وقع على المعلم نفسه الذي انتقلت إليه الرقابة.

ومع ذلك قد تتحقق مسؤولية الأب عن خطأ يرتكبه الابن وهو في المدرسة، إذ كان خطأ الابن مسبقاً بخطأ ثابت في جانب الأب. وقد قضت محكمة السين الفرنسية بأنه ولو أن الابن القاصر يقيم بعيداً عن والده بمدرسة بقسمها الداخلي، إلا إن مسؤولية الأب تتحقق إذا ثبت أن العمل الذي ارتكبه الابن كان مسبقاً بخطأ ارتكبه الأب نتيجة سوء تربيته، كما لو عود ابنه على استعمال الأسلحة النارية، واشترى له مسدساً، وسمح له مسدساً، وسمح له بحمله داخل المدرسة، وتقوم مسؤولية الأب بجانب مسؤولية مدير المدرسة التي تربت على عدم رقابة حمل هذا السلاح واستعماله (١٥ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٦٧ ص ١٠٩).

(١) مسؤولية الوالد عن الأعمال غير المشروعة التي تقع من ابنه المكلف بتربيته ورقابته - وهي مسؤولية مبنية على خطأ مفترض قابلاً لاثبات العكس - لا ترتفع إلا إذا أثبت الوالد أنه لم يسئ تربية ولده وأنه قام بواجب الرقابة عليه بما ينبغى من العناية، فإذا كان الحكم المطعون فيه وإن أخذ بدفاع الطاعن - الأب - بأنه قام بتربية ابنه تربية حسنة إلا أنه لم يأخذ بدفاعه الآخر - في أسباب سائغة - بأنه قام بواجب الرقابة على ابنه بما يلزم من حرص وعناية ورتب على ذلك مسؤولية الطاعن عن حصول =



مسئولة عن المعلم أو الرئيس مسئولية المتبوع عن التابع (١). وإن أخذ الولد يتعلم حرفه ، انتقلت الرقابة عليه إلى من يشرف على تعليمه الحرفة مدة وجوده تحت إشرافه . ولا ضرورة لوجود عقد صريح بالتمارين على الحرفة ، فالتمارين الفعلي يستخلص منه عقد ضمني ، وهذه مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع . ومتى فرغ الولد في يومه من المدرسة أو من تعلم الحرفة ، عادت الرقابة عليه إلى القائم على تربيته وكان هذا هو المسئول عنه . ونرى من ذلك أن الولد ما دام في مرحلة التربية يكون دائماً تحت الرقابة ، وتنتقل الرقابة عليه من شخص إلى آخر بحسب الأحوال على النحو الذي قدمناه .

وقد يكون القاصر بنتاً تتزوج قبل بلوغ سن الرشد ، فتنتقل الرقابة عليها من كان قائماً على تربيتها إلى زوجها ، وهو الذي يكون مسئولاً عنها ما دامت قاصراً . فإذا كان الزوج نفسه تقوم عليه الرقابة ، لقصره أو لأي سبب آخر ، فإن متولى الرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضاً على الزوجة ، ويكون مسئولاً عن كل منهما . فإذا ما بلغ الزوج سن الرشد ، ولم تبلغها الزوجة ، صار الزوج هو المتولى الرقابة على زوجته .

= الضرر فإن النص على الحكم بالفساد في الاستدلال يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ الطعن ٤٢٦ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ من ١٣٠٣)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ الطعن ٤٢٠ لسنة ٤٤ ق)

(2) أ - رئيس المدرسة بوصفه رقيبها الأول يلزم بتعويض الضرر الذي يحدثه القاصر للغير بعمله غير المشروع أثناء وجوده بالمدرسة ، وتقوم هذه المسئولية على خطأ مفترض لصالح المضرور هو الاخلال بواجب الرقابة ، ولا يستطيع رئيس المدرسة أن يدرك مسئوليته إلا إذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة أو اثبت أن الضرر كان لا بد واقعا حتى ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي له من حرص وعناية .

(جلسة ١٩٧٥/٣/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٥٤٩)

(جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ الطعن ٦٢٣ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ١٧٣٦)

(جلسة ١٩٨٣/١/١٣ الطعن ٥٢٢ لسنة ٤٥ ص ٣٤ من ٢٠٢)

ب - المستفاد من نص المادة ١٧٣ من القانون المدني أن مسئولية الرقابة مقصورة على ما يحدثه الصغير بالغير ولا تتناول ما يحدثه بنفسه أو يقع عليه من الغير .

(جلسة ١٩٩٩/٦/١٥ الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٦٨ ق ، ١٥٧ لسنة ٦٩ ق)

(١) أنظر في مسئولية المدرسين المفترضة ومسئولية الدولة التي تحمل محلها في القانون الفرنسي ، ثم في قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ الذي جعل مسئولية المدرس في فرنسا تقوم على خطأ واجب الإثبات لا على خطأ مفترض ، مع حلول الدولة محل مديريتها في المسئولية في بعض الحالات ، إلى مازو ، فقرة ٧٨٤ - فقرة ٨٥١ - ٥١ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوالد مسئول عن ولده القاصر ، ولو كان هذا الولد تلميذاً ، ما دام قد ارتكب العمل خارج المدرسة وفي وقت لم يكن فيه تحت ملاحظة معلمية (٢٩ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ٢٢١ ص ٦١١ - الحقوق ٣٢ ص ٢) .

(٢) **البالغ سن الرشد** : فإذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ، حتى لو كان لا يزال في دور التعليم ، وحتى لو بقي يعيش في كنف ذويه . ولا يكون أحد مسئولاً عنه ، لا في البيت ولا في المدرسة ولا في الحرفة . ذلك أنه ببلوغه سن الرشد أصبح في غير حاجة إلى الرقابة ، والتزام الرقابة إنما يقوم بقيام الحاجة إليه . وكذلك تتحرر الزوجة من رقابة زوجها ، أو رقابة متولى الرقابة على زوجها ، متى بلغت سن الرشد ، إذ تصبح في غير حاجة إلى الرقابة كما قدمنا .

ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد ، رجلاً كان أو امرأة . فلو أصيب البالغ سن الرشد بجنون أو بعتة أو كان ذا غفلة ، قامت الرقابة عليه لتجدد الحاجة إليها نظراً لحالته العقلية . ويتولى الرقابة في هذه الحالة ولي النفس ، أو الزوج ، أو الزوجة (إذا كان الزوج هو الموضوع تحت الرقابة) ، أو من تنتقل الرقابة إليه اتفاقاً كمدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو من يقوم بالرقابة من الأقرباء أو غير الأقرباء (١) .

كذلك لو أصيب البالغ سن الرشد بمرض أعجزه ، وجعله في حاجة إلى الرقابة نظراً لحالته الجسمية ، كأن كف بصره أو صار مقعداً أو أصيب بالشلل ، تولى الرقابة عليه اتفاقاً من يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية ، من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير مستشفى أو طبيب أو ممرض أو نحو ذلك . ويكون هذا مسئولاً عنه ما بقي في رقبته .

## ٢ - صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة

٦٦٨ - **العمل غير المشروع يقع ممن هو تحت الرقابة** ، لا يقع عليه : فإذا قام الالتزام بالرقابة وتحدد طرفاه - متولى الرقابة والخاضع للرقابة - وجب لتحقيق مسئولية متولى الرقابة أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة : الولد أو التلميذ أو صبي الحرفة أو المجنون أو الأعمى أو نحو ذلك .

والعمل غير المشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة (١) ، لا أن يقع عليه .

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا ارتكب المجنون جرماً كان والده مؤاخذاً مدنياً عن عمله (١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤١ ص ٧٥) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الزوج يسأل عن زوجته وهي تسوق السيارة وهو إلى جانبها ، وكان يستطيع أن يحد من سرعتها (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٧ - هذا ويجوز أن تكون مسئولية الزوج هي مسئولية المتبوع عن تابعه ، وبخاصة إذا لم تكن الزوجة قاصراً) .

(١) إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءً بمسئولية الاب عن خطأ ابنه الذي كان يبلغ تسع سنوات وقت الحادث على أساس أن الخطأ وقع في حضوره وأنه أهمل في رقابة ابنه إذ شاهده في الطريق قبل وقوع الحادث يلهو بلعبه والنبلة وهي أداة الفعل الذي سبب الضرر ، دون أن يتخذ الحيطة لمنع من ممارسة هذه اللعبة بل تركه يلهو بها مع ما في استعمالها من خطر وقد تحقق فعلاً فأصيب المطعون ضده في أحد عينيه ، وكانت الظروف التي وقع فيها الحادث على هذا النحو تؤدي إلى ما انتهى إليه الحكم من وصف اللعبة بأنها خطيرة ما دام من شأنها - في مثل هذه الظروف - حدوث الخطر من مزاولتها . فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ الطعن ٤٢٦ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ من ١٣٠٣)

أما إذا وقع عليه فليست هناك مسؤولية مفترضة . مثل ذلك أن يصيب أجنبي تلميذاً بالأذى في وقت يكون فيه التلميذ في رقابة رئيس المدرسة ، فلا يكون هذا الرئيس مسئولاً عن خطأ الأجنبي إلا في حدود القواعد العامة للمسئولية ، فيجب إذن إثبات خطأ في جانب الرئيس حتى يكون مسئولاً . كذلك لا يكون الرئيس مسئولاً إلا على أساس خطأ يجب إثباته في جانبه إذا كان التلميذ قد ألحق الأذى بنفسه ، لأن العمل غير المشروع في هذه الحالة إذا كان قد أحدث ضرراً فقد وقع هذا الضرر على التلميذ لا منه (١) .

فالواجب إذن البدء بإثبات خطأ في جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقاً للقواعد العامة، حتى تتحقق مسؤولية هذا الشخص . وقد تتحقق مسؤوليته في بعض الحالات عن طريق افتراض خطأ في جانبه ، كما لو كان يسوق سيارة فدهس أحد العابرة ، فهو مسئول عن خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ومتولى الرقابة عليه مسئول عنه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس . فإذا ما تحققت مسؤولية الخاضع للرقابة على أساس خطأ ثابت أو على أساس خطأ مفترض ، قامت إلى جانبها مسؤولية متولى الرقابة . ونرى من ذلك أن المسؤولية الثانية لا تجب المسؤولية الأولى ، ولكن تقوم إلى جانبها .

٦٦٩ - حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز : وقد يكون الخاضع للرقابة غير مميز - صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً - فكيف يمكن إثبات وقوع عمل غير مشروع منه وهو

وهو لا يجوز في حقه الخطأ لانعدام التمييز فيه ؟ نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ صريح في هذه المسألة إذ يقول : «ويترب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز» . والخطأ الذي وقع هنا من غير المميز هو خطأ قام ركنه المادى أى ركن التعدى ، دون ركنه المعنوى أى ركن التمييز . ولذلك وصفه النص «بالعمل الضار» دون العمل غير المشروع أو الخطأ .

والذى يلفت النظر في مسؤولية متولى الرقابة عن أعمال غير المميز أنها ، خلافاً للمسئولية عن أعمال المميز ، مسؤولية أصلية لا تبعية . ذلك أن مسؤولية متولى الرقابة عن أعمال المميز هي مسؤولية تبعية ، تقوم بقيام مسؤولية الشخص الموضوع تحت الرقابة . أما إذا كان هذا غير مميز ، فلا يمكن القول في هذه الحالة إن مسؤوليته قد تحققت فتتحقق تبعاً لها مسؤولية متولى الرقابة . بل الواجب أن يقال إن مسؤولية متولى الرقابة هنا هي مسؤولية أصلية قامت مستقلة ، وأساسها خطأ مفترض في جانب المسئول . ولا تستند هذه المسؤولية إلى مسؤولية غير المميز ، فإن هذا كما رأينا لا يكون مسئولاً إلا مسؤولية موضوعية مخففة عند تعذر الرجوع على متولى الرقابة ( م ١٦٤ فقرة ٢ ) (١) .

## المطلب الثانى

### الأساس الذى تقوم عليه مسؤولية متولى الرقابة

٦٧٠ - مسائل أربع : متى تحققت مسؤولية متولى الرقابة على النحو الذى قدمناه،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «وينص المشروع على أن مسؤولية الشخص عما يقع ممن نيظت به رقابته تظل قائمة ، ولو كان محدث الضرر غير مميز . وهو بذلك يقرر الحكم المتبع في ظل التقنين الحالى . بيد أنه رؤى من الأنسب أن ينص صراحة على هذا الحكم ، إذ قد يكون في عدم تمييز الفاعل الأصلي ، وارتفاع مسؤولية تفرعاً على ذلك ، مدخل للشك عند التطبيق ، باعتبار أن المسؤولية التبعية لا تقوم إلا مستندة إلى مسؤولية أصلية . ولكن الواقع أن مسؤولية المكلف بالرقابة في هذه الحالة ليست من قبيل المسؤوليات التبعية ، بل هي مسؤولية أصلية أساسها خطأ مفترض ، وهي بهذه المثابة مسؤولية شخصية أو ذاتية . أما غير المميز فهو الذى تقع على عاتقه مسؤولية مادية أو موضوعية يتحقق فيها معنى التبعية عند تعذر رجوع المصاب بالتعويض على المكلف بالرقابة ، وهو المسئول بطريق الإصالة مسؤولية ذاتية أو شخصية» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٧) .

وقد رأينا فيما قدمناه أن متولى الرقابة لا يكون مسئولاً عن عمل غير المميز إلا إذا كان هذا العمل قد استوفى الركن المادى للخطأ وهو التعدى ، دون الركن المعنوى وهو التمييز . فالعمل المشروع الذى يصدر من عديم التمييز لا يوجب مساءلة متولى الرقابة ، لأن هذا العمل ليس بتعد . وإنما تقوم مسؤولية متولى الرقابة إذا كان العمل الصادر من عديم التمييز يعتبر خطأً لو أنه كان صادراً من شخص مميز ، وعلى هذا الوجه يستوفى العمل الصادر من عديم التمييز الركن المادى للخطأ دون الركن المعنوى (أنظر في هذا المعنى تعليقاً للدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٢٧ - ٣٣٨) .

(١) هذا ما لم يعتبر رئيس المدرسة مسئولاً عن سلامة التلاميذ مسؤولية عقدية ، فيكون مسئولاً عما يلحقه التلميذ من الأذى بنفسه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . ويعتبر رئيس المدرسة مسئولاً عن سلامة التلاميذ بوجه خاص في أثناء الرحلات المدرسية .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٣ ص ١١٦٦) بأن إدارة المدرسة التى ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلتزم قبل أهليهم برعايتهم ، وعلى ذلك فهي ضامنة سلامتهم وردهم إليهم ، وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم في هذه الرحلة مسؤولية عقدية تترتب عليها بمجرد إصابتهم ، وعليها هي يقع عبء إثبات عذرها ، بأن تثبت أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى ، وأن تقصيراً لم يقع منهم ، وأن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ويلاحظ في شأن هذا الحكم أن المحكمة عندما طالبت إدارة المدرسة بنفى المسؤولية لم تكن واضحة في تعيين الأمر الذى يطلب من الإدارة إثباته . فقد ذكرت أن الإدارة تثبت أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى وأن تقصيراً لم يقع منهم . وهذا لا يكفى ، فالمسئولية عقدية ولا تنتفى إلا بإثبات السبب الأجنبي ، لا بمجرد نفي الخطأ . والذى ينتفى بمجرد نفي الخطأ هو المسؤولية عن الضرر الذى يقع من التلميذ لا الضرر الذى يقع عليه . ولكن المحكمة ذكرت بعد ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت أن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ومعنى ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت القوة القاهرة ، والقوة القاهرة سبب أجنبي تنتفى به المسؤولية العقدية . ويمكن تخريج حكم المحكمة على هذا الوجه ، لولا التضارب الذى ورد في عبارتها (أنظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٤ - ٣٤٦) .

قامت مسؤوليته على أساس خطأ مفترض (١). والافتراض هنا قابل لإثبات العكس . فيستطيع متولى الرقابة أن يرفع المسؤولية عنه بنفي الخطأ . ويستطيع كذلك رفع المسؤولية بنفي علاقة السببية ، بأن يثبت السبب الأجنبي . فإذا لم ينف علاقة السببية ولم ينف الخطأ تحققت مسؤوليته ، ولكن هذه المسؤولية كما رأينا لا تجب مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة وهو الذى صدر منه العمل غير المشروع .

فعلينا إذن أن نعالج مسائل أربعا : (١) ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة (٢) كيف ينفي هذا الخطأ المفترض (٣) كيف ينفي علاقة السببية (٤) أثر قيام المسئوليتين فى وقت واحد : مسئولية متولى الرقابة ومسئولية الخاضع للرقابة .

٦٧١ - ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة : الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة (١) . فالمفترض إذن هو عدم قيام متولى الرقابة بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . فإذا ارتكب القاصر مثلا عملا غير مشروع ، افترضنا أن من يتولى الرقابة عليه قد قصر فى رقابته ، فمكته بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل . ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد ، فيفترض أيضاً أن متولى الرقابة قد أساء تربية الشخص المعهود إلى رقابته ، فهياً له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع (٢) .

ونرى من ذلك أن القاصر مثلا إذا ارتكب عملا غير مشروع ، وكان يتولى الرقابة عليه ويقوم على تربيته هو أبوه ، فالمفروض أن الأب إما أن يكون قصر فى رقابة ولده ، أو أنه أساء

تربيته ، أو أنه ارتكب الخطأين معاً : قصر فى الرقابة وأساء التربية .  
ويلاحظ أن افتراض هذا الخطأ لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين متولى الرقابة والمضروب فهو افتراض قرره القانون لصالح المضروب تجاه متولى الرقابة ، ولا يجوز أن يقوم ضد الشخص الخاضع للرقابة . ومن ثم لا يجوز لا للمضروب ولا لمتولى الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة ، بل يجب للرجوع على هذا إثبات خطأ فى جانبه (١) .

ويلاحظ أيضاً أنه لا مانع من اجتماع هذه المسؤولية القائمة على خطأ مفترض والمسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات . فيجوز للمضروب ألا يعتمد على الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة ، ويتقدم هو لإثبات خطأ فى جانبه ، فيمنعه بذلك من نفي الخطأ المفترض . كذلك لا مانع من اجتماع هذه المسؤولية ومسئولية المتبوع عن التابع . فإذا عمل قاصر فى خدمة شخص وارتكب خطأ أضر بالغير ، قام إلى جانب مسؤوليته القائمة على خطأ ثابت مسئوليتان أخريان الخطأ فى كل منهما مفترض : مسئولية والد القاصر وتقوم على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس كما رأينا ، ومسئولية المخدم الذى يعمل القاصر فى خدمته وتقوم فى بعض الآراء على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس كما سئرى . ويجوز للمضروب أن يرجع على كل من متولى الرقابة والمخدم بكل التعويض ، ومن دفع منهما التعويض رجع بنصفه على الآخر . وهذا كله دون إخلال برجوع كل منهما على القاصر بما دفعه للمضروب .

٦٧٢ - كيف ينفي متولى الرقابة الخطأ المفترض : رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ تنص على ما يأتى : « ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة » . فالخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو إذن خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس . ويستطيع متولى الرقابة - وهو الذى يحمل عبء الإثبات ما دام الخطأ مفترضاً فى جانبه - أن ينفي هذا الخطأ عنه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية ، وأنه اخذ الاحتياطات المعقولة ليمنع من نيظت به رقابته من الإضرار بالغير . فإن فعل ذلك ، انتفى الخطأ المفترض فى جانبه ، وارتفعت عنه المسؤولية (٢) .

على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا إحسان التربية ، وبخاصة إذا كان متولى الرقابة أباً أو أما . وينبنى على ذلك أنه لا يكفى أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة باتخاذ الاحتياطات المعقولة ، فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائماً فى جانبه ، ولا يلزم المضروب

(١) ومع ذلك فقد كان القانون المدنى القديم أقل وضوحاً فى إقامة المسؤولية على خطأ مفترض . ومن ثم قضت بعض الأحكام فى عهد هذا القانون بأن مسؤولية متولى الرقابة تقوم على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض ، من ذلك ما قضت محكمة استئناف المختلطة من أنه لا يوجد خطأ مفترض فى جانب متولى الرقابة ، بل يجب إثبات خطأ الأب إذا كان ابنه القاصر قد اختلس رخصة قيادته (٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦ - وفى ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٤٨) . فإذا ترك الأب السيارة لأبنته الصغير بالرغم من أن هذا لا يتقن فن قيادة السيارات ، ارتكب الأب خطأ ثابتاً لا خطأ مفترضاً (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٣) .

أما القانون المدنى الجديد فهو قاطع فى التصريح بأن مسؤولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض . (٢) أنظر فى هذا المعنى مازو ١ فقرة ٧٧٦٧ . ويتبين من ذلك أن مسؤولية متولى الرقابة تقوم على خطأ شخصى فى جانبه ، فهى ليست مسؤولية عن الغير كمسئولية المتبوع عن التابع ، بل هى مسؤولية ذاتية قامت على خطأ شخصى افترضنا أن متولى الرقابة قد ارتكبه فعلاً .

(١) مسؤولية المكلف بالرقابة لا تنتفى إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب ، وإذا نفت محكمة الموضوع فى حدود سلطتها الموضوعية كلا الأمرين بأسباب سائفة تؤدي إلى النتيجة التى انتهت إليها فأنها لا تكون قد خالفت القانون .

(جلسة ١٩٦٣/٦/٣٠ الطعن رقم ٢٠٩ ، ٢٢٢ لسنة ٢٨ ق السنة ١٤ ص ٨٨٩)

(جلسة ١٩٦٧/١/١٩ الطعن رقم ١١ لسنة ٣٣ ق ص ١٨ ص ١٣٧)

(١) وهذا ما لم يتم فى جانب الشخص الخاضع للرقابة خطأ مفترض من نوع آخر ، كما لو كان يسوق السيارة فدهس أحد العابرة ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

(٢) ومما يتنافى مع اتخاذ الاحتياطات المعقولة أن يغيب الأبوان ويتركا ولدهما وحيداً ، أو أن يرخصا له فى أن يمارس ألعاباً خطيرة ، أو أن يتركاه يقود دراجة أو سيارة من قبل أن يتقن القيادة (انظر مازو ١ فقرة ٧٧٤ - فقرة ٧٧٧) .



أن يثبت أن الأب أساء التربية ، بل الأب هو الذى يثبت أنه لم يسئ تربية ولده (١) . وجملة القول إن متولى الرقابة عليه أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيراً في الرقابة في خصوص الخطأ الذى صدر ممن هو في رقابته ، وأنه بوجه عام لم يسئ تربيته (١) .

٦٧٣ - كيف ينفي متولى الرقابة علاقة السببية : وليس الخطأ في جانب متولى الرقابة هو وحده المفترض ، بل تفترض معه أيضاً علاقة السببية ما بين هذا الخطأ المفترض وبين العمل غير المشروع الذى صدر ممن هو تحت الرقابة . ذلك أنه إذا لم تفترض علاقة السببية تبعاً لافتراض الخطأ ، لكان افتراض الخطأ عبثاً لا يجدى . فإن الضرر إذا أعقب من إثبات الخطأ في جانب متولى الرقابة ، ثم طوّل إثبات علاقة السببية ما بين هذا الخطأ والعمل غير المشروع الذى وقع ممن قامت عليه الرقابة ، لا ضطر وهو في صدد إثبات علاقة السببية أن يثبت الخطأ أيضاً ، إذ تقضى طبيعة الأشياء أن من يثبت العلاقة ما بين أمرين يثبت في الوقت ذاته الأمرين اللذين تقوم العلاقة بينهما . فنكون قد بدأنا بإعفاء الضرر من إثبات الخطأ ، ثم طالبناه بعد ذلك بإثباته ، فسلبناه باليسار ما أعطيناه باليمين (٢) .

فعلاقة السببية إذن مفترضة ، لا يكلف المضرور إثباتها ، ومتولى الرقابة هو الذى يكلف بنفيها . والنص صريح في هذا المعنى ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ في عبارتها الأخيرة إن المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا هو «أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية» . ويكفى في ذلك أن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض في جانبه . فوقعه ، بالنسبة إلى

(١) وقد قضت محكمة أسبوت الكلية في هذا المعنى بأن المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى أبحاث للآباء ذرى المسؤولية عن أعمال أبنائهم إذا أقاموا الدليل على أنه ما كان في استطاعتهم منع الحادث الذى سبب الضرر . ومن المتفق عليه في ذلك أنه مع هذه الإباحة فإن مسؤولية الآباء تظل قائمة إذا حصل منهم خطأ سابق للحادثة ولولاها لما وقعت ، كسوء التربية والتغاضى عن هفوات الأبناء وإظهار جانب اللين لهم . وأن نص المادة ١٥١ من القانون المدنى المصرى (القديم) لم تذكر شيئاً عن هذه الإباحة ، ولهذا يجب الرجوع لنص المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التى ذكرت تفصيلاً شروط مسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم . على أنه ما دام أن مبنى المسؤولية هو واجب التربية والمراقبة ، فلا محل لمسئوليتهم متى تبين أنهم قاموا بأداء هذين الواجبين على الوجه الأكمل (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ ص ٤٢٥) .

(٢) أنظر في هذا المعنى ما زور ١ فقرة ٧٦٩ .

(١) يستطيع متولى الرقابة أن ينفي الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة له ليمنع من نيطت به رقابته من الاضرار بالغير وأنه بوجه عام لم يسئ تربيته فإن فعل انتفى الخطأ المفترض في جانبه وارتفعت عنه المسؤولية كما يستطيع أيضاً أن ينفي مسؤوليته بنفى علاقة السببية بإثبات أن الضرر كان لا محالة واقعاً ولو قام بما يفرضه عليه القانون من واجب الرقابة بما ينبغى من العناية .

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ الطعن ٤٢٠ لسنة ٤٤ ق ٢٨ ص ١٨١٥)

متولى الرقابة لا بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة (١) ، كان بسبب أجنبي ، بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، وكان من شأن هذا أن قطع الصلة ما بين التقصير المفترض في جانب متولى الرقابة وبين الضرر الذى أصاب المضرور ، بأن كان هذا الضرر يقع حتى لو اتخذ متولى الرقابة كل الاحتياطات المعقولة لمنعه ؛ فلم يكن الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة هو السبب فى حدوث الضرر . مثل ذلك أن يقع الحادث الذى سبب الضرر وقوعاً مفاجئاً بحيث لم يكن من الممكن توقعه ولا من المستطاع تلافيه (٢) (١) .

(١) أما إذا كان الضرر قد وقع بسبب أجنبي بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة ، فإن مسؤولية هذا لا تتحقق ، ولا تقوم تبعاً لذلك مسؤولية متولى الرقابة .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدرت محكمة الموضوع ظروف الحادث الذى وقع من تلميذ داخل المدرسة ، وقررت ألا مسؤولية على ناظر المدرسة فيه لأنه وقع مفاجئاً ، فإنها بذلك تكون قد فصلت في نقطة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها ... أما الزعم بأن المفاجئة لا يمكن اعتبارها فى القانون المصرى (القديم) سبباً معقياً من المسؤولية المدنية ما دام لم ينص عليها فيه ، فذلك لا يعاب به ، إذ الأمر ليس بحاجة إلى نص خاص ، بل يكفى فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذى أنتج الضرر . وبغير ذلك لا يمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ . والقول بحصول الحادث مفاجئاً معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة إذ ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم ذلك بدهاء أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث ، بل كان وقوعه محتملاً ولو مع الرقابة الشديدة (نقض فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسؤولية المربي ترتفع إذا حصل الحادث فجأة ، وإنما يشترط فى ذلك أن يكون عدم استطاعة تلافيه غير ناجمة عن إهمال (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه يجب لاعتبار مسؤولية الأب عن فعل ابنه الذى هو تحت رعايته قائمة أن يثبت مبدئياً حصول الخطأ من هذا الابن ، وأن يكون هذا الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته ، أو بعبارة أخرى يشترط قيام الارتباط بين خطأ الأب فى ملاحظة ابنه والحادث الذى وقع منه . ويقع عبء إثبات انعدام رابطة السببية بين الخطأ والحادث على عاتق الأب (استئناف مصر الوطنية فى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة الرقازيق الكلية بالأولى مسؤولية الأب إذا كان هناك إهمال أو تقصير فى الرقابة وكانت هناك علاقة ارتباط مباشرة بين الخطأ والحادث الذى يطلب عنه التعويض . فإذا كان الحادث ليس متوقعاً ولا ممكناً تلافيه ولا التكهن بوقوعه لسرعة حصوله وعدم وجود مقدمات له ، أو كان مياغته والمراقبة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث ، فلا تكون هناك مسؤولية (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٤٢ ص ٧٤٠) .

هذا ويلاحظ أنه إذا أثبت المضرور خطأ فى جانب متولى الرقابة ، استغنى بذلك عن المسؤولية القائمة على خطأ مفترض ، وعاد إلى القواعد العامة فى المسؤولية ، ولا يجدى متولى الرقابة فى هذه الحالة أن يتمسك بأن الحادث الذى هو محل المساءلة كان نتيجة ظرف فجائى . وقد قصدت محكمة النقض إلى تقرير هذا المبدأ عند ما قضت بأنه ليس للمعلم أن يتمسك بأن الحادثة التى هى محل المساءلة كانت نتيجة ظرف فجائى ليتخلص من المسؤولية إلا إذا ثبت أنه قام بواجب المراقبة المفروضة عليه . ومن الخطأ تخلى المعلم عن هذه المراقبة وعهده بها إلى تلميذ عمره سبع سنوات (نقض مدنى فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٣) . وعبارة الحكم غير دقيقة ، والمقصود أنه لا يجوز التمسك بأن الحادث كان نتيجة ظرف مفاجئ إذ أثبت المضرور تقصيراً فى جانب متولى الرقابة . =

يستوفى تعويضاً واحداً ، إما من متولى الرقابة ، وإما من ارتكب الخطأ ، وإما منهما معاً مسئولين أمامه بالتضامن .

ويغلب أن يرجع المضرور على متولى الرقابة لأنه هو الملئ . لكن يجوز للمضرور أن يرجع على من ارتكب الخطأ كما قدمنا ، وفي هذه الحالة لا يرجع من ارتكب الخطأ بشيء على متولى الرقابة ، لأن الخطأ الذى أوجب المساءلة هو خطأ الأول لا خطأ الثانى . أما إذا رجع المضرور على متولى الرقابة ، جاز لهذا أن يرجع على من ارتكب الخطأ . فإن كان من ارتكب الخطأ مميزاً يرجع عليه متولى الرقابة بكل ما دفعه ، ولا يقسم التعويض بينهما لأن الخطأ هو خطأ الأول كما سبق القول . وإن كان غير مميز ، فلا رجوع لمتولى الرقابة عليه بشيء ، لأن عديم التمييز غير مسئول عن الخطأ ، ولا ترتب فى ذمته إلا مسئولية مخففة نحو المضرور لا نحو متولى الرقابة بشروط بينهاها فيما تقدم ، ويعتبر متولى الرقابة فى هذه الحالة هو المسئول الأصيل . وهذا هو الذى تعنيه المادة ١٧٥ من القانون المدنى الجديد . إذ تنص على ما يأتى : «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر»<sup>(١)</sup> . والمسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع . وسنرى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بالقدر الذى يكون فيه هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر» . وقد أقرت لجنة المراجعة النص على أصله ، وأصبح رقمه المادة ١٧٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «فى الحدود» بكلمة «بالقدر» ، وأصبح رقم المادة ١٧٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها ليجتته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «إذا ترتبت مسئولية الشخص عن عمل غيره ، انطوى هذا الوضع على وجود شخصين يسألان عن ذات الدين مع اختلاف الخطأ المنسوب إلى كل منهما ، أولهما محدث الضرر ويسأل بناء على خطأ ثابت يقام الدليل عليه ، والثانى هو المسئول عنه (وهو المكلف بالرقابة أو المتبوع) ويسأل على أساس الخطأ المفروض . ومؤدى ذلك أن كليهما يلزم بالدين ذاته إلزاماً متداً دون أن يكونا متضامنين فى أدائه (المؤلف : الصحيح أنهما متضامنان) ، باعتبار أن أحدهما مدنى أصلى والآخر مدنى تبعى أو احتياطى . فإذا رجع المضرور على محدث الضرر واستوفى منه التعويض الواجب ، وقفت المسألة عند هذا الحد ، لأن وفاء المدنى الأصلى بالدين يدرأ مسئولية المدنى التبعى أو الاحتياطى عنه . بيد أن المضرور غالباً ما يؤثر الرجوع على المدنى الاحتياطى ، إذ يكون أكثر اقتداراً أو يساراً . ومتى قام هذا المدنى بأداء التعويض ، كان له أن يقتضيه ممن أحدث الضرر . ذلك أن هذا الأخير هو الذى وقع منه الفعل الضار ، فهو يلزم قبل المسئول عنه بأن يؤدي إليه ما احتمل من التعويض من جراء هذا الفعل ، ويمثل هذا الوضع مركز المدنى الأصلى من الكفيل . على أن هذه الأحكام لا تطبق إلا حيث يتوافر التمييز فى محدث الضرر ، كما فرض هذا فى الصورة المتقدمة . فإذا فرض على النقيض من ذلك أن محدث الضرر غير أهل للمساءلة عن عمله غير المشروع ، فليس للمسئول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه ، لأنه يكون فى هذه الحالة مدنياً أصلياً ، وينعكس الوضع فلا يلزم من وقع منه الفعل الضار إلا بصفة تبعية أو احتياطية ، كما تقدم بيان ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢) .

ويخلص من ذلك أن متولى الرقابة ترتفع عنه المسئولية بأحد أمرين ، إما بأن ينفى الخطأ المفترض فى جانبه فيعدم ركن الخطأ . وإما بأن يثبت السبب الأجنبى على النحر الذى قدمناه فيعدم ركن السببية . وفى الحالتين يبقى من أحدث الضرر ، وهو من قامت عليه الرقابة ، مسئولاً عن العمل غير المشروع الذى صدر منه ، وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية<sup>(١)</sup> .

#### ٦٧٤ - قيام مسئولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسئولية متولى الرقابة -

وغنى عن البيان أن قيام مسئولية متولى الرقابة على النحر الذى بيناه لا يمنع من أن تقوم إلى جانبها مسئولية الشخص الخاضع للرقابة ، وهو الشخص الذى صدر منه العمل غير المشروع . ويستطيع المضرور إذن أن يرجع على من ارتكب الخطأ بالذات إن كان عنده مال ، فإن استوفى منه كل التعويض المستحق فلا رجوع له بعد ذلك على متولى الرقابة . وإذا رجع على متولى الرقابة واستوفى منه كل التعويض ، فلا رجوع له بعد ذلك على من ارتكب الخطأ<sup>(٢)</sup> . والذى تجب مراعاته هو ألا يستوفى المضرور على تعويضين عن ضرر واحد ، بل

= وعلى هذا الأساس تقوم وقائع القضية ، فقد كلف المعلم تلميذاً عمره سبع سنوات بمراقبة التلاميذ وكتابة اسم من يحدث ضجة منهم ، فلما كتب اسم أحد التلاميذ تغيظ هذا منه ، وقذفه بسن وبشة أفقدت عينه اليمنى الإبصار ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ ثابتاً فى جانب المعلم ، إذ عهد للتلميذ فى هذه السن بالمراقبة ، فلا يجدى المعلم أن يتمسك بأن الحادث مفاجئ ما دام قد ثبت خطأ فى جانبه (أنظر تعليقا على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩ العدد ١٩ الأول والثانى) .

(١) ما دام الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائفة إلى أن المفاجأة - المدعاة - لم تكن من شأنها نفى علاقة السببية المفترضة بين الخطأ المفترض فى جانب المكلف بالرقابة وبين الضرر فإنه إذ لم يعتبر دفاع الطاعن بحصول الفعل الضار مفاجئاً سبباً لاعتفائه من المسئولية المقررة بالمادة ١٧٣ من القانون المدنى (جلسة ١٩٧٦/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٣٧) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «إذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت مسئوليته وفقاً لأحكام القواعد العامة . أما من نيظت به الرقابة عليه فيفترض خطؤه باعتبار أنه قصر فى أداء واجب الرقابة . ولكن يجوز له ، رغم ذلك ، أن ينقض هذه القرينة بإحدى وسيلتين : فأما أن يقيم الدليل على انتفاء الخطأ من ناحيته ، بأن يثبت أنه قام بقضاء ما يوجب عليه التزام الرقابة وأن خطأ من أحدث الضرر يرجع إلى سبب غير معلوم لا ينبغى أن يتحمل تبعته ، وفى هذا الوضع تكون قرينة افتراض الخطأ قرينة غير قاطعة تنقض بإثبات العكس . وإما أن يترك قرينة الخطأ قائمة ، وينفى علاقة السببية ، بأن يقيم الدليل على أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو قام بواجب الرقابة بما ينبغى له من حرص وعناية . وفى كلتا الحالتين ترتفع عنه المسئولية ، إما بسبب انتفاء الخطأ ، وإما بسبب انتفاء علاقة السببية . ويدهى أن الفاعل الأصلى ، وهو من وقع منه الفعل الضار ، تظل مسئوليته قائمة وفقاً لأحكام القواعد العامة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٨) .

(٢) ويجوز أن يرجع على الاثنين معاً . بل يجوز أن يفعل ذلك فى محكمة أول درجة ثم يقتصر على الاستئناف على أحدهما فلا يختصم إلا بمتولى الرقابة مثلاً (استئناف مختلط فى ٢٥ يناير سنة ١٩٨٣ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٥٥) .

أن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فقد رأينا أنه يرجع على المميز ، ولا يرجع على غير المميز ، وهذه هي حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التي أشار إليها النص .

## المبحث الثاني

### مسئولية المتبوع عن التابع (\*)

(Responsabilité du commenttant du fait de son préposé)

٦٧٥ - النصوص القانونية: كان القانون المدني القديم ينص في المادتين ٢١٤/١٥٢

على ما يأتي :

«يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشئ عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم في حالة تأدية وظائفهم» .

وكان هذا النص يعييه أنه لم يحدد علاقة التبعية ، وأنه يضيق عن أن ينتظم جميع أعمال التابع التي يكون المتبوع مسئولاً عنها .

فجاء القانون المدني الجديد وأصلح هذه العيوب ، إذ نص في المادة ١٧٤ على ما يأتي :

١ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان

واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها» .

٢ - وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه

سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه» .

(\*) بعض المراجع : زنجير (Zingher) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - فان دن درايشه (Van den

Dreische) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - دالان (Dallant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ -

الدكتور حلمي بهجت بدوى رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - راديفرنسكو (Raduvernenco)

رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - فلور (Flour) رسالة من كان ١٩٣٣ - برتران (Bertrand) رسالة

من (كس) سنة ١٩٣٥ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٠ - فقرة ٣٥٣ - مصطفى مرعى بك فقرة ١٩٣ -

فقرة ٢٣٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥٠٤ - فقرة ٥٠٩ - الدكتور سليمان

مرقص فقرة ٨٨ - فقرة ١٠٠ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا في المادة ٢٤٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - يكون المتبوع

مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولاً

كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا

العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ - تقوم علاقة التبعية حتى لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار

تابعه ، ما دامت له سلطة فعلية في الرقابة عليه وفي توجيهه ، وما دام يملك أمر فصله . ٣ - ولا

يستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسئولية إلا إذا أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد تجنب العيبين اللذين أشرنا إليهما في القانون القديم . فوسع من دائرة الأعمال التي يسأل عنها المتبوع ، إذ ذكر أنها الأعمال التي تقع من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها ، وفي هذا لم يفعل القانون الجديد إلا أن يسجل ما جرى عليه القضاء المصري في هذه المسألة . ثم حدد علاقة التبعية بأنها تقوم على سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه ، ولا تقوم ضرورة على حق الاختيار ، وهذا أيضاً ما كان القضاء المصري يجرى عليه ، ولم يزد القانون الجديد على أن سجله .

فصوص القانون الجديد في هذا الموضوع ، وإن كانت أدق وأكثر وضوحاً من نصوص القانون القديم ، لم تستحدث شيئاً ، بل اقتصر على تسجيل الأحكام التي أقرها القضاء المصري .

ونبحث هنا ، كما بحثنا في مسئولية متولى الرقابة ، أمرين : (٩١) متى تتحقق مسئولية المتبوع عن التابع (٢) الأساس الذي تقوم عليه هذه المسئولية .

## المطلب الأول

### متى تتحقق مسئولية المتبوع

٦٧٦ - شرطان : تتحقق المسئولية إذا قامت علاقة تبعية ما بين شخصين متبوع وتابع ،

وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : ١٥ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع إذ كان هذا العمل داخل في أعمال الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولاً كذلك إذا كانت الوظيفة هي التي هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ - وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه وكان يملك أمر فصله . ٣ - ويستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسئولية إذا أثبت أنه لم يكن في مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر . وقد أثار أحد أعضاء اللجنة مسألة مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز ، فأجيب بأنه ما دامت المسئولية هنا مبنية على خطأ متفرض فلا يتصور افتراض الخطأ في جانب غير المميز . (المؤلف : سنرى أن المتبوع يكون مسئولاً حتى لو كان غير مميز) . وأصبح رقم المادة ١٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : «يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها» ، وقد أثرت اللجنة أن تنسخ على منوال القانون القديم في التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج في تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون القديم . وحذفت من الفقرة الثانية عبارة «وكان يملك أمر فصله» لأن مسألة الفصل لا تعتبر عنصراً لازماً من عناصر رابطة التبعية ، فأحياناً لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسئولية ، كما هو الشأن في المحندين تجنيداً إجبارياً أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات . وحذفت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة لأن حكمها يقضى إلى جعل قرينة المسئولية من قبيل القرائن البسيطة في هذه الحالة ، ولا محل للعدول عما قرره القانون الحالي من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس . وأصبح رقم المادة ١٧٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٢ - ص ٤٢٠) .



وارتكب التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً .

فتحقق المسؤولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) علاقة التبعية (٢) خطأ التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

## ١ - علاقة التبعية

(lien de préposition)

٢٧٧ - عنصران : تقوم علاقة التبعية في كثير من الحالات على عقد الخدمة . ولكنها لا تقتضي حتماً وجود هذا العقد ، بل هي لا تقتضي أن يكون التابع مأجوراً من المتبوع على نحو دائم ، أو أن يكون مأجوراً على الإطلاق . فلا ضرورة إذن ، في قيام علاقة التبعية ، أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع ، بل لا ضرورة لأن يكون هناك عقد أصلاً بين الاثنين .

وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ من القانون المدني الجديد ما هو المقصود بعلاقة التبعية ، إذ نصت على ما يأتي : «وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه» . فعلاقة التبعية تقوم إذن على هذه السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبوع على التابع (١) (٢)

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يضيف حق الفصل . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث تقول : «فراعى أن المشروع حدد علاقة التبعية تحديداً بيناً . فليس في طبيعة الأشياء ما يحتم قيام هذه العلاقة على حرية المتبوع في اختيار تابعه ، فقوامها ولاية الرقابة والتوجيه وما تستتبع عند الاقتضاء من أعمال حق الفصل» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . و... رأينا فيما تقدم أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذف حق الفصل من معيار علاقة التبعية لأنه ليس عنصراً ضرورياً من عناصرها ، فقد لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسؤولية ، كما هو الشأن في المحندين تجنيداً إجبارياً أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين عن كل هيئة من الهيئات .

وقد ذهبت محكمة النقض في عهد القانون القديم ، في بعض أحكامها ، إلى الأخذ بحق الاختيار وحق التأديب والفصل في الخدمة لتحديد علاقة التبعية ، فقضت بأن ضمان السيد قانوناً يقوم على مظنة خطئه في اختيار خادمه وفي مراقبته إياه بما له عليه من حق التأديب والفصل في الخدمة ، فتبعية الخفراء لوزارة الداخلية ترجع إلى أنها مرجع تعيينهم ، وهي التي تتولى تعليمهم وتراقبهم ، كما أن لها عليهم حق التأديب والفصل في الخدمة (نقض في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ١٩ ص ١٩) .

ثم تركت محكمة النقض معيار الاختيار والفصل إلى معيار السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه ، وهو المعيار الذي أخذ به القانون الجديد ، فقضت بأن مسؤولية السيد عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره تابعه ، بل هي في الواقع تقوم على علاقة التبعية التي تجعل السيد يسيطر على أعمال التابع فيسيره كيف شاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات (نقض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٤ ص ٧٦١)

(١) علاقة التبعية . مناطها . أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقه أداء =

ونستعرض هذين العنصرين : (١) عنصر السلطة الفعلية (٢) وعنصر الرقابة والتوجيه .  
٢٧٨ - عنصر السلطة الفعلية : تقوم علاق التبعية على سلطة فعلية . فليس ضرورياً من جهة أن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية (١) .

ليس من الضروري أن تكون سلطة عقدية تقوم على الاختيار . وقد قدمنا أن علاقة التبعية لا تقتضي حتماً أن يكون هناك عقد بين التابع والمتبوع . قد يوجد هذا العقد ، بل هو موجود في كثير من الأحوال ، ويغلب أن يكون عقد عمل . فالعامل والخادم والطاهي والسائق والمستخدم والموظف ، كل هؤلاء تابعون ومتبوعهم هو رب العمل أو سيد البيت أو صاحب المتجر أو الحكومة . ولكن علاقة التبعية ، حتى في هذه الأحوال ، لا تقوم على عقد العمل . فلو أن هذا العقد كان باطلاً ، لبقيت مع ذلك علاقة التبعية قائمة ما دامت هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع . بل ليس من الضروري أن يكون المتبوع قد اختار شخص تابعه . وقد كان الفقه والقضاء قديماً يقيمان علاقة التبعية على فكرة الاختيار ، ويعتبر أن خطأ المتبوع المفترض هو خطأ في الاختيار (culpa in eligendo) . ولكنهما نبذا هذا الرأي تدرجاً . فأجازا أولاً أن يكون الاختيار مقيداً ، أي محصوراً في أشخاص معينين لا يملك المتبوع أن يختار تابعه إلا منهم ، كما إذا كان الاختيار موكولاً إلى مسابقة يشترط للتقدم إليها مؤهلات خاصة . ثم أجازا بعد ذلك أن يكون الاختيار مفروضاً على المتبوع ، كالسفينة تدخل في الميناء فيقودها «مرشد» لا تملك أن تختار سواه (٢) ، وكمجلس محلي

= عمله وفي الرقابة عليه ومحاسبته .

(جلسة ١٩٩٩/١١/٢٨ الطعن ٤٩٨١ لسنة ٦٧ ق)

(جلسة ١٩٩٥/٢/١٩ الطعن ٣٦٦- لسنة ٦٠ ق السنة ٤٦ ص ٤٢٠ ع ١)

(جلسة ١٩٧٧/١١/١ الطعن ١٣٨ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٦٣/٥/١٩ الطعن ١٢٣ لسنة ٣٨ ق مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص ٦٦٤)

(١) تحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه والحارس عن الاشياء التي في حراسته ولو تعدر تعيين التابع المسئول أو تحديد الشيء الذي أحدث الضرر من بين غيره .

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٤ الطعن ٢٨٠١ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٥ ص ١٥٣٤ ع ٢)

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨ الطعن ٤٨٦١ لسنة ٦١ ق)

(٢) أ - المرشد يعتبر اثناء قيامه بعملية ارشاد السفينة تابعا للمجهز لأنه يزاول نشاطه في هذه الفترة لحساب المجهز ويكون الحال كذلك . ولو كان الارشاد إجباريا وليس في هذا خروج على الاحكام المقررة في القانون المدني في شأن مسؤولية المتبوع وذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ منه تقتضي بأن رابطة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه .

(١٩٧٤/١٠/٢٤ الطعن ٣٠٦ لسنة ٣٨ ق مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص ٩٧٤)

ب - إذا كان مستأجر السيارة التي وقعت منها الاصابة هو الذي اختار سائقها وكان له عليه وقت =

ولا يكفي أن يكون هناك مطلق رقابة وتوجيه . فالأب له الرقابة على ولده، ومعلم الحرفة يوجه صبيه ، ولا يستلزم هذا أن يكون الولد تابعاً للأب ولا أن يكون الصبي تابعاً لمعلم الحرفة، بل لا بد أن تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع<sup>(١)</sup> . وهذا ما يميز المتبوع عن الأب ومعلم الحرفة ومقدم العمال . إذ الأب له الرقابة

= ١٧ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٢ . فإذا لم يكن الحمل تابعاً للمصلحة ونسب في الإضرار براكب ، فإن المصلحة تكون مسؤولة عن خطئها الشخصي في أنها لم تتخذ التدابير الكافية لوقاية الركاب ، وتكون متضامنة مع الحمل في المسؤولية (استئناف مختلط في ١٧ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٢) .

(١) تقوم علاقة التبعية كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة والتوجيه ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية ويستقل قاضي الموضوع في استخلاص علاقة التبعية متى ركن في استخلاصه إلى أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق .

(جلسة ١٩٧٩/١/٨ الطعن ٣٩٥ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٦٧/١١/٧ الطعن ٢٢ لسنة ٣٤ ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٦١٤)

(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ الطعن ٨٠٢ لسنة ٤٦ ق ص ٣٠ ص ٤٩٦)

(جلسة ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن ٥٠١ لسنة ٥٧ ق)

(١) ولا يشترط أن يكون للمتبوع علاقة مباشرة بالتابع ، ما دام هذا يعمل لحسابه وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المتبوع يكون مسؤولاً عن عماله الأصغر من الثانويين ولو كان تعيينهم بمعرفة الموظفين الرئيسيين ما دام أن التعيين بمعرفة داخل فيما رسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات . فإذا حوكم ممرض لتسببه بإهماله في وفاة مريض وحكم عليه نهائياً بالمعقوبة ، فالمتبوع يسأل عن هذا الإهمال سواء أكان هو الذي أقام الطبيب في المستشفى في وظيفته وهذا الأخير هو الذي عين الممرض ومن في حكمه أم كان المتبوع هو الذي عين الجميع مباشرة (١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٠٣ ص ٤٣٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التابع إذا أحل ابنه محله ، كان المتبوع مسؤولاً عن ابنه تابعه إذا كان إحلال الابن يعتبر خطأ من التابع (١٢ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٨) .

بل قد يكون التابع غير معين ، ويقفي للمتبوع مسؤولاً عنه ، وإن كان لا يستطيع الرجوع عليه فيما بعد، ويكون شأن المتبوع معه في ذلك شأن مع التابع المعسر . وقد قضت محكمة النقض في هذه المعنى بأنه يكفي في مساءلة المخدم مدنياً أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ خادم له ولو تعذر تعيينه من بين خدمه . فما دام الحكم قد أثبت أن وفاة المجنى عليه لا بد أن تكون قد نشأت عن خطأ أحد المتهمين . (الكماري أو السائق) اللذين هما تابعان لإدارة النقل المشترك ، فإن مساءلة هذه الإدارة مدنياً تكون متعينة لأنها مسؤولة عما يقع من مستخدميها في أثناء تأدية خدمتهم ، ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لم تستطع تعيين الخطئ منهما . وليس في التزام الإدارة بالتعويض مع تبرة الكماري خروج عن القواعد الخاصة بالمسؤولية ، لأن هذه التبرة قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذي أدى إلى وقوع الحادث ، أما مسؤوليتها فمؤسسة على ما ثبت قطعا من أن هذا الخطأ إنما وقع من أحد خادميها اللذين كانا يعملان معاً في السيارة . ولا يشترط لمساءلة المخدم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضراً أو ممثلاً في الدعوى التي تقام على المخدم ، فالتنازل عن مخاصمة ورثة الخادم لا يحول دون مطالبة المخدم ، إذ هذا التنازل ليس فيه ما يقيد عدم مسؤولية الخادم حتى كان يمكن أن يقال بعدم مسؤولية المخدم (نقض جنائي في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٣٧ ص ٣٧٢) .

يقوم بالعمل عنده موظفون تعينهم الحكومة فلا يد له في اختيارهم . وكما أنه ليس من الضروري أن يكون للمتبوع حق اختيار تابعه ، كذلك ليس من الضروري أن يملك أمر فصله . وهذا هو شأن موظفي المجلس المحلي الذين عينتهم الحكومة ، فالمجلس لم يختارهم ولا يملك أمر فصلهم ، بل الحكومة هي التي تعينهم وتفصلهم ، ومع ذلك فإنهم يعتبرون تابعين للمجلس المحلي لا للحكومة .

وليس من الضروري أن تكون السلطة شرعية ، بل يكفي أن تكون سلطة فعلية . فقد لا يكون للمتبوع الحق في هذه السلطة ، بأن يكون استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلاً ، ولكنه ما دام يستعملها فعلاً ، بل ما دام يستطيع أن يستعملها حتى لو لم يستعملها بالفعل ، فهذا كاف في قيام علاقة التبعية<sup>(١)</sup> .

٦٧٩ - عنصر الرقابة والتوجيه : ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منسوبة على الرقابة والتوجيه<sup>(٢)</sup> . فالمتبوع لا بد أن تكون له السلطة في أن يصدر لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها في عمله ولو توجيهاً عاماً<sup>(٣)</sup> ، وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر<sup>(٤)</sup> .

= حصول الحادث سلطة الأمر والنهي ، فإنه يكون مسؤولاً عن الحقوق المدنية التي تترتب على خطأ السائق بقيادة السيارة بسرعة في حالة لا تصلح معها للعمل .

(١٨/١٠/١٩٤٩ م ق . ج ١٧٩ - ٦٢٧)

(٢٤/٥/١٩٥١ م ق . م ٤٢ - ٩٧٤)

(١) وقد يكون الولد تابعاً لأبيه ويكون الأب تابعاً لابنه ، وتكون الزوجة تابعاً لزوجها ويكون الزوج تابعاً لزوجته ، ويكون الصديق تابعاً لصديقه ، كل هذا فيما يكل المتبوع منهم لتابعه من أعمال إذا كان للمتبوع السلطة الفعلية على تابعه .

(٢) استئناف مختلط في ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٤ - وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦ .

(٣) ومن ثم يكون الجندي في الجيش تابعاً لوزارة الدفاع ، إذ يتلقى منها التوجيه العام (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٦ رقم ٢٤٥ ص ٦٥٢) .

(٤) ومن ثم لا يكون البواب تابعاً للسكان ولو كان يتقاضى منهم أجراً لقاء خدمات صغيرة ، ولكنه تابع لصاحب العمارة ، ويكون هذا مسؤولاً عنه إذا أحدث ضرراً بالسكان أو بالغير أو إذا سرق أحد السكان بإهمال من البواب (استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٤٩ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٠ - وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٩ - وفي ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ - وفي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١) . ولا ترتفع مسؤولية صاحب العمارة حتى لو اشترط في عقد الإيجار إعفاءه من المسؤولية عن أعمال البواب ، فالمسؤولية التقصيرية لا يشترط الإعفاء منها (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٦٨ - وفي ٦ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٨٥) .

والحمال يكون تابعاً لصاحب الأمتعة التي يحملها فيكون هذا مسؤولاً عنه (استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٤) . ومصلحة السكك الحديدية تكون مسؤولة عن الحمال تابعاً إذا كان هذا الحمال يعمل في شركة تخضع لرقابة المصلحة وتوجيهها (استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٤) .

هذا فرق ما بين عقد العمل وعقد المقاولة<sup>(١)</sup> . وإذا أعار شخص سيارته لصديق وترك له

= معنوي ، إلا أننا نؤثر ألا يلتزم بتصرفات الناظر ، قولية كانت أو فعلية ، إلا في الحدود التي رسمها  
الفقه الإسلامي ، فإن الوقف نظام من خلق هذا الفقه ، فيؤخذ منه كما هو غير ما تدعو له  
الضرورة .

والحاس على الأشياء المحجوزة يعتبر تابعاً للحاجز إذا كان هو الذي اختاره (محكمة استئناف مصر  
الوطنية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٦٨ ص ٧٢٠) ، ولا يعتبر تابعاً له إذا عينه المحضر  
(محكمة مصر الوطنية في ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٣٤ ص ٣٥١ - استئناف مختلط  
في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٦ ص ٥٥ - وفي ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٣) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المقاول إذا كان يعمل مستقلاً لا تحت رقابة صاحب  
العمل ، فإن المقاول لا يعتبر تابعاً لصاحب العمل (استئناف مختلط في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١  
ص ١٩٦ - وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ - وفي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٦٤  
- وفي ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ - وفي ٣ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٠ - وفي  
٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ - وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢) .

وهناك أحكام قضت بأن المقاول يعتبر تابعاً لصاحب العمل متى كان يتبعه اقتصادياً ولو كان  
مستقلاً عنه في العمل ، كمعلم أنفار يعتبر تابعاً لصاحب العمل أو للمقاول الأصلي (استئناف مختلط  
في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠) . ولا تعتبر  
الحكومة متبوعة للمقاول ولا تكون مسؤولة عن خطئه إذا لم تحتفظ إلا بحق الإشراف العام عليه دون أن  
يكون لها حق التوجيه والإدارة (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠) ، وكانت  
الأحكام القديمة تفضي بقيام علاقة التبعية في هذه الحالة (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٣١ يناير  
سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٤١ ص ١٠٦١ - استئناف مختلط في ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٦٢  
- وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨) ، ثم تطورت الأحكام إلى التمييز بين مجرد الإشراف  
العام فلا تقوم ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ - وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢ -  
وفي ٧ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٢ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥ - وفي ١٧  
يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩ - وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠ وهو الحكم الذي  
سبقت الإشارة إليه ) ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا أسس الحكم مسؤولية الحكومة  
عن المقاول 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 ، أو هل 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 إيراد البيانات الكافية لقيام المسؤولية (نقض مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤١  
مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن مالك المنزل لا يسأل عن  
خطأ الصانع الذي استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه في إجراء هذا العمل (نقض مدني في  
١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥) .

ومتى ثبت أن المقاول ليس تابعاً لرب العمل ، فلا يكون هذا مسؤولاً عنه إلا إذا ارتكب خطأ  
شخصياً بأن عهد بالعمل إلى مقاول لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للعمل الفني الذي عهد به إليه ،  
فيكون صاحب العمل مسؤولاً عن خطئه الشخصي لا عن خطأ المقاول (استئناف مختلط في ٢٤ يونيو  
سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٦ - وفي ٤ نوفمبر سنة  
١٩١٤ م ٢٧ ص ٧ - وفي ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ - وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م =

ولده ولكن في غير عمل معين ، ومعلم الحرفة ومقدم العمال لهذا الرقابة والتوجيه على  
يومية والعمال في عمل معين ، ولكن الصبية لا يقومون بهذا العمل لحساب معلمهم بل  
سربوا على العمل ، والعمال لا يقومون بالعمل لحساب المقدم عليهم بل لحساب رب  
العمل ، فهم والمقدم معهم تابعون جميعاً لرب العمل<sup>(١)</sup> .

وتتراخي علاقة التبعية بتراخي الرقابة والتوجيه ، حتى إذا لم يبق لدى المتبوع سلطة  
فنية في الرقابة والتوجيه انعدمت علاقة التبعية . فالأطباء الذين يعملون في مستشفى  
سأبهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى . وأعضاء الجمعية لا يعتبرون تابعين لها .  
شركاء لا يعتبرون تابعين للشركة<sup>(٢)</sup> . والمقاول إذا كان مستقلاً لا يعتبر تابعاً لرب العمل ،

= وانظر تعليقا على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد  
الثاني - وقد أشار المعلق في تعليقه إلى حكم آخر صادر في هذا المعنى من محكمة الاستئناف في ٤  
ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٩٤ ، وفيه اعتبرت الحكومة مسؤولة عن استبدال قطن من رتبة  
أدنى بقطن من رتبة أعلى مادام من المقطوع به فيه أن هذا الاستبدال قد حدث إما في المركز أو لدى  
نائب العمدة أو لدى شيخ الخفراء ، فكل هؤلاء تابعون للحكومة) .

(١) ولهذا التمييز أهمية كبيرة ، إذ أن مسؤولية الأب عن ولده باعتباره تابعاً تختلف عن مسؤوليته عن ولده  
باعتباره تحت رقبته ، فالمسؤولية الأولى لا تندفع بنفي الخطأ ، وتندفع المسؤولية الأخرى بنفيه على النحو  
الذي قدمناه .

(٢) ولكن مدير الشركة يعتبر تابعاً للشركة (استئناف مختلط في ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ -  
وفي ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٩) . والمتزم ببيع منتجات شركة في جهة معينة يعتبر سائقه  
تابعاً لهذه الشركة إذا كان المتزم ممثلاً للشركة (استئناف مختلط في ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥  
ص ٢٣٠) .

وتعتبر الممرضة تابعة للطبيب الذي تعمل في خدمته (استئناف مختلط في ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م  
٤٦ ص ١٠) . ولا يعتبر المؤجر متبوعاً لمستأجره (محكمة المنصورة الجزئية المختلطة في ١٢ فبراير سنة  
١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٤ ص ٨٠) - ولا يعتبر الوصي تابعاً للقاصر (استئناف مختلط في ٦ فبراير  
سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) .

ولا يعتبر ناظر الوقف تابعاً والوقف متبوعاً إلا إذا كان الناظر معيناً من قبل المستحقين ، أما إذا عينته  
وزارة الأوقاف أو القاضي فلا (استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ مجموعة الرسمية للمحاكم  
المختلطة ٥ ص ٨٣ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦) . وهناك أحكام قضت بأن الوقف لا  
يكون متبوعاً لأنه ليس بشخص اعتباري (استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٠) ،  
ولأن الوقف لا يلتزم في غير حالة المرض إلا بدين أجازة القاضي ولأن تصرف الناظر لا يلزم الوقف إلا  
فيما فيه صالح الوقف (استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٨٢ - وفي ٣١ مارس سنة  
١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن ناظر الوقف الذي لا يعطى  
المستحقين استحقاقهم في الوقف لا يجعل الوقف مسؤولاً عنه (١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦)  
- وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٦٦ . ويرى الأستاذ مصطفى مرعي بك أن الوقف يسأل  
عن الخطأ الذي يقع من الناظر في أثناء عمله المنوط به بحكم وظيفته ، فإذا أتى الناظر في أثناء عمله  
العمل خطأ ضاراً بالغير كان للمضرور أن يرجع على الوقف متضامناً مع الناظر وللوقف أن يرجع على  
الناظر بما يدفعه عنه (المسؤولية المدنية فقرة ٢٠٩ - ٢١١) . ونحن إذا كنا نرى أن الوقف شخص



زامها فلا يعتبر الصديق تابعاً لصديقه ، ولكن إذا ترك الأب سيارته لولده يقودها وأشرف عليه في قيادتها اعتبر الولد تابعاً لأبيه (١) . وإذا استأجر صاحب السيارة صاحب السيارة سائقاً اعتبر هذا السائق تابعاً له (٢) . أما إذا استأجر شخص سيارة بالأجرة (تاكسي) فإن السائق لا يكون تابعاً له لأنه مستقل عنه وليس للراكب عليه حق الرقابة والتوجيه (٣) . أما العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فقد تكون علاقة تبعية أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كان الوكيل خاضعاً أو غير خاضع لرقابة الموكل وتوجيهه في العمل الذي عهد به إليه (٤) .

وقد تتوزع الرقابة والتوجيه بين أكثر من شخص واحد . فإذا استخدم عدة أشخاص شخصاً واحداً في عمل مشترك لهم ، كانوا كلهم متبوعين لمستخدمهم ، وكانوا مسئولين عن عمله بالتضامن فيما بينهم . وقد يقوم شخص بأعمال متفرقة لأشخاص متعددين ،

- ٤١ ص ١٨٢) . ولا يكون المقاول الأصلي مسئولاً عن تابع المقاول من الباطن (استئناف مختلط في ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٨ : ولكن إذا ارتكب المقاول الأصلي خطأ شخصياً كان مسئولاً عنه) .

(١) استئناف مختلط في ٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٥ - وإذا كلف الأب ولده تأدية مهمة ، فساق الولد سيارة لتأدية هذه المهمة ، اعتبر تابعاً لأبيه (استئناف مختلط في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١) . وإذا أعار الأب ابنه أو ابنته سيارة ، وكان الابن أو البنت تملك رخصة شخصية للقيادة ، فلا يعتبر أي منهما تابعاً لأبيه (استئناف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٣ - وفي ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢) . وكذلك لا يكون الابن تابعاً إذا أعاره أبوه سيارته ولم يكن الابن يقضي مصلحة للأب بل يقضي مصلحة شخصية لنفسه (استئناف مختلط في ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . ويعتبر الأب مسئولاً عن حادث سيارة ، ولو اشترت باسم ابنته ، إذا كان سائق السيارة الذي وقع بخطئه الحادث أقر أنه مستخدم عند الأب وتبين أن الأبنة تقيم مع والديها وليس لها مال ظاهر يسمح بشرائها السيارة (استئناف مختلط في ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٢) استئناف مختلط في ٨ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٠ - وفي ١٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٤٩ - وصاحب «الجراج» مسئول عن أخطاء السائق الذي يستخدمه (استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٧٣) ، حتى لو ذهب هذا وساق سيارة لعميل ليحضرها إلى الجراج (استئناف مختلط في ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٤٩) .

(٣) ولا تعتبر الشركة مسئولة عن أعمال صاحب عربة تستخدمه للنقل إذ كان مستقلاً في عمله (استئناف مختلط في ١٢ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٨) . ولكن مالك سيارة الأجرة (التاكسي) يكون مسئولاً عن السائق (استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الموكل يسأل بالتضامن مع وكيله عن الإجراءات الكيدية التي يبشرها الوكيل ولو بغير إجازة موكله (٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣) . وقضت أيضاً بأن الموكل يسأل عن القس الذي وقع من وكيله (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) . وقضت كذلك بأن المالك مسئول عن الخطأ الذي يرتكبه من يدير ملكه (٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٠) . وانظر في مسؤولية الموكل عن وكيله الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٠٤ - فقرة ٢٠٨ .

كالخادم تقوم بالشؤون المنزلية لأسرات متعددة في أوقات متعاقبة فتنقل من منزل إلى آخر ، وتكون في هذه الحالة تابعة للمخدوم الذي تقوم بشؤون منزله في الوقت الذي تؤدي فيه هذا العمل (٢) . وقد يعبر المتبوع تابعه لشخص آخر ، فإذا استبقى المعير رقابته وتوجيه بقى متبوعاً ، أما إذا انتقلت الرقابة والتوجيه إلى المستعير كان هذا هو المتبوع . مثل ذلك شخص يعير سيارته مع سائقها لصديق ، فإن انتقلت الرقابة والتوجيه إلى الصديق وبخاصة إذا كانت الإعارة لمدة طويلة أصبح السائق تابعاً له (٢) ، ويظل السائق تابعاً لمتبوعه الأول إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق الرقابة والتوجيه (١) .

وليس من الضروري أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية ، بل يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . فصاحب السيارة حتى لو لم يكن يعرف القيادة متبوع لسائقها ، وصاحب المستشفى متبوع لأطبائه الذين يعملون لحسابه في المستشفى حتى لو لم يكن هو نفسه طبيباً (٣) . وقد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة والتوجيه حتى من الناحية الإدارية ، كأن يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه ، من ولى

(١) استئناف مختلط في ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٥ .

(٢) ويكون الصديق في هذه الحالة متبوعاً عرضياً (commettant occasionnel) : أنظر في مسؤولية المتبوع العرضي تعليقاً للدكتور سليمان مرقص على الحكم الصادر من محكمة النقض في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٣ (القضية رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضائية) في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ - ص ٥٥٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت أن الطاعن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة الأمر والنهي ، ولم لم يكن هو المالك للسيارة ، فإن الحكم بالزام الطاعن بالتعويض عن خطأ السائق في هذه الحالة يكون صحيحاً (نقض جنائي في ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٢٢٧ ص ٤٣٢) . ويعتبر صاحب السيارة المعطلة متبوعاً عرضياً لسائق يربط السيارة المعطلة في سيارته (استئناف مختلط في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٩) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي عالج فيه المريض ، ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب (نقض مدني في ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصيدلي يعتبر تابعاً لصاحب الصيدلية ولو لم يكن هذا فنياً ، لأنه هو الذي اختاره وعليه رقابته (١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٠) . ولكن لا يعتبر المقاول متبوعاً المقاول متبوعاً لطبيب إذا نظم المقاول عيادة لعماله بالمجان واستخدم فيها الطبيب وكان هذا حائراً على المؤهلات اللازمة (استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣) .

(١) العبرة في تحديد المتبوع المسئول عن خطأ التابع هو وقوع الخطأ الذي ترتب عليه الضرر الموجب للتعويض .

(جلسة ١٩٩٥/٢/١٩ الطعن ٣٦٦٠ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٦ ص ٤٢٠ ع ١)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣ الطعن ١٥١ لسنة ٤٣ ق س ٣٠ ص ٢٥٧ ع ٣)

## ٢ - خطأ التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها

٦٨٠ - أمران : متى قامت علاقة التبعية بين شخصين على النحو الذى قدمناه ، فإن مسؤولية المتبوع عن التابع تتحقق إذا ارتكب التابع خطأً أضر بالغير فى حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ : « يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

فيشترط إذن أمران : (١) أن يرتكب التابع خطأً يضر بالغير (٢) وأن يرتكب هذا الخطأ فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٦٨١ - خطأ يرتكبه التابع يضر بالغير : لا تقوم مسؤولية المتبوع إلا إذا تحققت مسؤولية التابع ، فإن الأولى فرع عن الثانية (١)(٢)

وحتى تقوم مسؤولية التابع يجب أن تتوافر بالنسبة إليه أركان المسؤولية الثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

فيجب إذن على المضرور ، حتى فى رجوعه على المتبوع ، أن يثبت خطأ التابع . ومن الجائز فى بعض الحالات أن تتحقق مسؤولية التابع على أساس خطأ مفترض . مثل ذلك أن يكون التابع مدرساً فى مدرسة أميرية ، فتقوم مسؤوليته عن تلاميذه على أساس خطأ مفترض افتراضياً يقبل إثبات العكس ، فإذا لم يثبت العكس كان مسؤولاً بمقتضى هذا الخطأ المفترض ، وكانت الحكومة مسؤولة عنه باعتبارها متبوعاً . ومثل ذلك أيضاً أن يقود التابع

سيارة هو الحارس لها ، ويدهس أحد العابرة حال تأدية وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة ، فإن مسؤوليته تتحقق فى هذه الصورة على أساس خطأ مفترض افتراضياً لا يقبل إثبات العكس باعتباره الحارس للسيارة ، وتتحقق معها مسؤولية المتبوع . فالقاعدة إذن أنه حيث تتحقق مسؤولية التابع ، بناء على خطأ واجب الإثبات أو بناء على خطأ مفترض افتراضياً قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل لذلك ، فإن مسؤولية المتبوع تقوم إلى جانب مسؤولية التابع (١)

ويجب على المضرور كذلك أن يثبت أن خطأ التابع قد ألحق به الضرر . وسرى أنه يجوز أن يكون المضرور هو أيضاً تابعاً لنفس المتبوع ، فيبقى المتبوع مسؤولاً أمامه عن خطأ التابع الأول . أما إذا كان المضرور هو المتبوع ذاته ، فسرى أن التابع لا يستطيع أن يتمسك بخطأ مفترض ضده ليتخفف من المسؤولية ، وكذلك إذا كان المضرور هو التابع وقد ألحق الأذى بنفسه وهو فى خدمة متبوعه ، فسرى أنه لا يرجع على المتبوع بخطأ مفترض .

٦٨٢ - حال تأدية الوظيفة أو بسببها - القاعدة العامة : ويجب أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا هو الضابط الذى يربط مسؤولية المتبوع بعمل التابع ، ويبرر فى الوقت ذاته هذه المسؤولية . فإنه لا يجوز إطلاق مسؤولية المتبوع عن كل خطأ يرتكبه التابع ، وإلا كانت هذه المسؤولية غير مستساغة ولا معقولة . وإنما تستساغ مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع وتكون معقولة إذا اقتضت على الخطأ الذى يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها ، ففى هذه الحدود وحدها يقوم الأساس الذى تبنى عليه مسؤولية المتبوع ، سواء كان هذا الأساس خطأ مفترضاً أو ضماناً أو امتداداً لشخصية المتبوع على النحو الذى سنسطه فيما بعد .

والقاعدة هى أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة . فلا يكفي أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة (à l'occasion de la fonction) ، بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه (٢) . بل يجب ، إذا لم يكن الخطأ قد وقع فى عمل من أعمال الوظيفة ،

(١) وإذا كانت السيارة فى المثل الذى نحن بصدده فى حراسة شخص غير التابع والمتبوع ، كما لو أعار صديق سيارته للمتبوع مع الاحتفاظ بالحراسة (garde) ، فدفعها هذا إلى تابعه ، ودهس بها التابع أحد العابرة ، فإن المضرور يكون له الرجوع على التابع بمقتضى خطأ يجب إثباته ، ومن ثم يكون له الرجوع على المتبوع . كذلك يكون له الرجوع على صاحب السيارة الذى احتفظ بالحراسة بمقتضى خطأ مفترض ، فإذا رجع عليه دون أن يثبت خطأ فى جانب التابع ، فإنه لا يستطيع الرجوع على التابع ما دام لم يثبت فى جانبه خطأ ، كما لا يستطيع الرجوع على المتبوع لأن مسؤولية التابع لم تتحقق .

(٢) وقد ذهب الأستاذ مصطفى مرعى بك فى كتابه «المسؤولية المدنية فى القانون المصرى» فقرة ٢٢٠ - فقرة (٢٢٩) إلى أنه يكفي أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، حتى تتحقق مسؤولية المتبوع عن تابعه - واستشهد بأحكام صدرت من محكمة النقض =

(١) وسرى فيما يلى ، عند الكلام فى أساس مسؤولية المتبوع ، أن المتبوع قد يكون غير مميز .

(٢) محكمة استئناف أسبوط فى ٢ يونية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٧ ص ٥٠ . وقد قضت محكمة النقض بأن انتفاء المسؤولية المدنية عن التابع ينفىها أيضاً عن المتبوع بطريق التبعية (نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت كذلك بأن الحكم ببراءة التابع لجنونه لا يجيز الحكم بالتعويض على متبوعه (نقض جنائى فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ٥٧ ص ٩٩) .

(١) مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة مصدرها العمل غير المشروع وهى لا تقوم فى حق المتبوع إلا حيث تتحقق مسؤولية التابع بناء على خطأ واجب إثباته أو بناء على خطأ مفترض .

(جلسة ١٩٧٩/١/٣١ الطعن ٣١٣ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ٧٩٢)

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ الطعن ٥١٦ لسنة ٢٩ ق السنة ١٥ ص ١٠٢٢)

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ الطعن ٢١٧ لسنة ٢١ ق)

أن تكون هناك في القليل علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته ، أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها <sup>(١)</sup> . ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر <sup>(٢)</sup> ، علم به أو لم يعلم <sup>(٣)</sup> ، عارض فيه أو لم يعارض <sup>(٤)</sup> . ويستوى أخيراً أن يكون التابع في ارتكابه للخطأ قد قصد خدمة متبوعه أو اندفع إلى الخطأ بحافز شخصي <sup>(٥)</sup> .

= وردت فيها هذه العبارات . ونحن نرى أن هذا توسع لا مبرر له في مسؤولية المتبوع ، وأن محكمة النقض في الأفضية التي فصلت فيها كانت في غنى عن تقرير المبدأ على هذا النحو من السعة ، وسنعود إلى تفصيل ذلك (أنظر في هذا المعنى الدكتور سليمان مرقص في تعليقه المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ - ص ١٧٦) .

(١) ويفصل بعض بعض الفقهاء ما بين هذه الفروض الثلاثة - مجاوزة حدود الوظيفة والإساءة في استعمالها واستغلالها - حتى إذا أورد الأمثلة على كل فرض منها ، دق التمييز بينها حتى ينهم ، وحتى تتدخل الفروض بعضها في بعض ، ويصعب التفريق بين فرض وفرض (أنظر المسؤولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعي بك فقرة ٢٢٠ وما بعدها حيث يستعرض هذه الفروض ، ويأتي بأمثلة لكل فرض يصعب في بعضها تخصيصه لفرض دون آخر) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن تكون الجريمة التي تقع من الخادم قد وقعت بتحريض من السيد ، وبأن أساس مسؤولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض في جانب المتبوع من الخطأ والتقصير في اختيار التابع أو في رقابته ، وهذا النوع من المسؤولية لا يشترط فيه تحريض من السيد ولا صدور أي عمل إيجابي منه (نقض جنائي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مسؤولية المتبوع تتحقق حتى لو كان غائباً وغير عالم بجريمة التابع (نقض جنائي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ص ٥٨٣ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه - قارن نقض جنائي في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لتطبيق المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) أن يقع الخطأ المتبع للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، فمتى توافرت هذه الشروط ثبتت مسؤولية السيد بحكم القانون ، وبغير حاجة إلى البحث فيما إذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومرافقته ، أو أ الخادم قد خالف أمر سيده ، لأن هذه المسؤولية إنما هي مسؤولية مفترضة افتراضاً قانونياً (نقض مدني في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨١) - وقضت محكمة الاستئناف الوظيفية بأن السيد مسئول ولو كان الخادم ارتكب الفعل رغماً من أوامر سيده (استئناف في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٣/٦٠٩ ص ٧٣٧) ، وقضت أيضاً بأن مسؤولية المتبوع تتحقق طالما كان الفعل متصلاً بعمل التابع ، ولو كان ناشئاً عن سوء استعماله لمهام وظيفته أو عن أغفاله أوامر سيده (استئناف في ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٢/٥٢١ ص ٨٦٦) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى ارتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي له أو عن الرغبة في خدمة السيد ، فقد ترتبت مسؤولية السيد مدنياً عن هذا الخطأ (نقض جنائي في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢١٩ ص ٤٢٠ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥١٢ - قارن =

يستوى كل ذلك ما دام الشرط الذي أسلفنا ذكره قد توافر ، فلم يكن التابع ليستطيع ارتكاب الخطأ أو لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة <sup>(١)</sup> .

وإذا كان لا يكفي لمساءلة المتبوع أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة ، فأولى ألا تتحقق هذه المسألة إذا كان خطأ التابع أجنبياً عن الوظيفة لا تربطه بها أي علاقة .

ويخلص لنا مما قدمناه حالات أربع : (١) الخطأ في تأدية الوظيفة . (٢) الخطأ بسبب الوظيفة . (٣) الخطأ بمناسبة الوظيفة (أو الخطأ الذي هيأت له الوظيفة) . (٤) الخطأ الأجنبي عن الوظيفة .

والخطأ في الحالتين الأوليين يحقق مسؤولية المتبوع ، ولا يحققها في الحالتين الأخيرتين . ونستعرض كلا من الحالات الأربع .

**٦٨٣ - الخطأ في تأدية الوظيفة :** الأصل أن الخطأ الذي يرتكبه التابع ، فتتحقق به مسؤولية المتبوع ، يقع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فسائق السيارة ، وهو تابع لصاحبها ، إذا دهس شخصاً في الطريق عن خطأ يكون قد ارتكب هذا الخطأ وهو يقود السيارة ، أي يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، فيكون المتبوع وهو صاحب السيارة مسؤولاً عن هذا الخطأ . والخادم وهو يقوم بأعمال النظافة في منزل مخدمه ، فيلقى خطأ في الطريق جسماً صلباً يؤدي أحد المارة ، يرتكب الخطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، فيكون

= نقض جنائي في ١٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١/٣ ص ٤ - محكمة مصر الوظيفية في ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٨١ ص ٨٢٩ - استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ - وفي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥) .

(١) وضعنا الشرط الذي يجب توافره لتحقيق مسؤولية المتبوع في هذه الصيغة عمداً ، إذ لا يكفي أن يقال - كما يقال عادة - إنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، بل يجب أن يثبت أيضاً أنه لولا الوظيفة لما استطاع التابع أن يرتكب الخطأ أو لما فكر في ارتكابه .

(١) لم يقصد المشرع أن تكون مسؤولية المتبوع مقتصره على خطأ التابع وهو يؤدي أعمال وظيفته ، أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ ، أو أن تكون ضرورياً لا مكان وقوعه ، بل تتحقق المسؤولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة ، أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إثبات فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي ، وسواء أكان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ يعلم المتبوع أو بغير علمه .

(جلسة ١٩٨٣/١١/١٠ الطعن ٥٨٩ لسنة ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٥٧٨)

(جلسة ١٩٨٨/٢/١٨ الطعن ١٠٦٢ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ الطعن ٢٥١ ، ٣٠٩ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٥/٦ الطعن ٩١٤ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٥/٣/١٢ الطعن ١٩١٩ لسنة ٦٠ ق ص ٤٦٨ ع ١٤)



المخدوم مسئولاً عنه . وخفي الدرك وهو يضبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ منه فتصيب مقتلاً من المتهم ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه ، والطبيب الذي يعمل لحساب مستشفى ، إذا أخطأ في علاج مريض ، يكون قد ارتكب الخطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، فتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه . وقس على هذه الأمثلة كثيراً غيرها (١)

وقد قدمنا أنه يستوي أن يكون الخطأ في تأدية الوظيفة قد وقع بناء على أمر من المخدوم ، أو بغير أمر منه ولكن بعلمه ، أو بغير علم منه ولكن دون معارضة ، أو وقع الخطأ بالرغم من معارضة المخدوم . والخطأ في جميع هذه الأحوال هو ، كما عرفناه ، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد .

٦٨٤ - الخطأ بسبب الوظيفة : وقد يرتكب التابع الخطأ وهو لا يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، ولكن الوظيفة تكون هي السبب في ارتكابه لهذا الخطأ . فيكون المتبوع مسئولا عنه في هذه الحالة ، لأن هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، إذ كانت الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ .

ولا يكفي القول بالسببية المباشرة لتحديد الحالة التي نحن بصدددها . بل يجب أن نسير خطوة أبعد في هذا التحديد . ونورد طائفتين من الأمثلة نقتطفها من أحكام القضاء المصري ، نستخلص المعيار الذي يصلح أساساً لكل طائفة منهما .

الطائفة الأولى : (١) أحب خفي امرأة متزوجة ، فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، فقضت محكمة النقض بأن الحكومة مسئولة عن عمل الخفي ، وقالت :

(١) وقد قضت محكمة النقض أن الخفي الذي يطلق في رعونة عياراً نارياً في أثناء حراسته ليلا فيصيب شخصاً يكون قد ارتكب خطأ يجعل الحكومة مسئولة عنه (نقض جنائي في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٠٩ ص ٧٣٧) . وقضت أيضاً بأن سائق السيارة إذا تركها وبها مفتاح الحركة في عهدة تابع آخر لمخدومه (خفي زراعة) ، فبعت هذا التابع الذي يجهل القيادة بالمفتاح ، فانطلقت السيارة على غير هدى واصابت الجنى عليهما ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، وهو حفظ السيارة من أن يعيث بها ، ويكون المخدوم مسئولا عن ذلك (نقض جنائي في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن الممرض الذي يعمل في خدمة مستشفى ، إذا أخطأ فأعطى المريض سماً بدلاً من الدواء ، وترتب على هذا الخطأ موت المريض ، يكون قد ارتكب الخطأ في عمل من أعمال وظيفته ، وتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه (استئناف مصر في ٢٩ فبراير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٣٦ ص ٦٧) . وقضت أيضاً بأن الخفي الذي يطلع في إعلان صحيفة الاستئناف ، وترتب على ذلك عدم قبول الاستئناف ، يكون قد أخطأ في عمل من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه (استئناف مصر في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البواب ، إذا تهاون فمكز لصاً من سرقة مال أحد المستأجرين ، يكون قد ارتكب خطأ في عمل من أعمال وظيفته ، ويكون المالك مخدومه مسئولا عنه (استئناف مختلط في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٠) .

إذا كان الخطأ الذي وقع من المتهم ، وضرره المدعى بالحق المدني ، إنما وقع منه بوصفه خفياً وفي الليل وفي الدرك المعين لتأدية خدمته فيه وبالسلاح المسلم إليه من الحكومة التي استخدمته ، وأنه إنما تذرع بوظيفته في التضليل بالجنى عليه حتى طأوعه وجازت عليه الخدعة ، ثم تمكن من الفتك به ، مما يقطع بأنه قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأدية وظيفته ، وبأن وظيفته هذه هي التي سهلت له ارتكاب جريمته ، فمسئولية الحكومة عن تعويض الضرر الذي تسبب فيه المتهم باعتباره خفياً معيناً من قبلها ثابتة : سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته ، أو على أساس أن الوظيفة هي التي هيأت له ظروف ارتكابه (١)

(٢) ذهب صراف إلى المركز في عمل من أعمال وظيفته ، فكلف العمدة خفيرين بحراسته ، فانقض عليه الخفيران في الطريق وقتلاه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الجريمة ارتكبت في أثناء تأدية الخفيرين لوظيفتهما ، فتكون الحكومة مسئولة عنهما (٢)

(٣) ذهب كونستابل في مهمة رسمية ومعه مسدسه ، فزار في الطريق بعض أقاربه ، وفي أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وأصاب مقتلاً من صبي كان يجانبه . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن عمل الكونستابل ، وقالت في أسباب حكمها إن المادة ١٥٢ (قديم) إذ تقرر مسؤولية السيد عن الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم قد عممت ، فلم تجعل المسؤولية واجبة فقط عن الأضرار الناشئة من تأدية الوظيفة نفسها ، بل جعلتها واجبة أيضاً عن الأضرار الناشئة عن كل فعل وقع حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها ولكن هيأه للخادم أدائه الوظيفة بحيث لولا هذا الأداء ما كان هذا الفعل ليقع كما وقع . فإذا كان الضرر الذي وقع من

(١) نقض جنائي في ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٥ رقم ١٩٦ ص ٣٦٩ . ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض في حكم آخر بأنه إذا ارتكب الموظف حال قيامه بوظيفته خطأ بدافع شخصي من انتقام أو حقد أو نحوها ، فالموظف وحده هو الذي يجب أن يسأل عما جر إليه خطأ من الضرر بالغير ، فإذا ذهب الخفي مع العمدة لإبطال السواقي التي كانت تدار لرى الشراقي ، وأبطلت الساقية التي كان يديرها الجنى عليه ووالده ، غير أنه بعد انصراف العمدة والخفراء عاد الخفي الأول وأصر على أن يعطل ساقية الجنى عليه ، فخلع الجازية وخلع الطين المثبت بها بواسطة فأس صغيرة ، ولما اعترضه الجنى عليه ضربه عمداً بيد الفأس ، فكان ذلك سبباً في وفاته ، كان في كل هذا ما يشعر بجواز أن يكون الخفي إنما اعتدى على الجنى عليه بدافع الانتقام لرضاء لضغينة سابقة (نقض جنائي في ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤ ص ٥ - وانظر نقداً لهذا الحكم في كتاب المسؤولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعي بك ص ٢٠١ - ص ٢٠٣)

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٦ ص ١١٥ .

الموظف نتيجة عبثه بسلاح تسلمه بحكم وظيفته ، فالوزارة التي هو تابع لها مسئولة عن تعويض هذا الضرر»<sup>(١)</sup>

(٤) كلف سيد خادمه بإحضار أحد العمال لإصلاح سيارته ، وأعطاه بطاقتين ليشتري بهما «البنزين» ، فأحضر الخادم عاملاً فحص السيارة وقرر أن ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشتري البنزين ، وذهب يبحث عن سيده ليسلمه السيارة ، فأصاب أحد العابرة بخطئه . فقضت محكمة النقض بمسئولية السيد عن الخادم ، وقالت في أسباب حكمها : «السيد مسئول عن خطأ تابعه ولو كان هذا الخطأ قد وقع منه وهو متجاوز حدود وظيفته ، ما دامت وظيفته هي التي هيأت له إتيان خطئه المستوجب للمسئولية»<sup>(٢)</sup>

(٥) ترصد فراش لناظر مدرسته معتزماً اغتياله لاعتقاده أن الناظر يضطهده ، واقترب الفراش من سيارة الناظر متظاهراً أنه يفتح له بابها بصفته رئيساً له وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن الفراش ، وقالت في أسباب حكمها : إذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تادية وظيفته بالذات ، ففي هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هي التي ساعدت على إتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، لأن المخدم يجب أن يسأل في هذه الحالة على أساس إساءة الخدم استعمال شؤون الخدمة التي عهد هو بها إليهم ، متكلفاً بما افترضه القانون في حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم في كل ما تعلق بها . فإذا ترصد المتهم عند باب المدرسة التي يشتغل بها فراشاً مع زملائه الفراشين فيها حتى موعد انصراف المجنى عليه منها (وهو مدرس منتدب للقيام بأعمال نظارة المدرسة) . وتمكن منه في هذه الفرصة واغتاله في هذا المكان وهو يتظاهر بأنه إنما يقترب منه لكي يفتح له - بصفته رئيساً - باب السيارة التي كانت في انتظاره ، فذلك يرر قانوناً إلزام الوزارة بتعويض الضرر الذي وقع على المجنى عليه من خادمها المتهم»<sup>(٣)</sup>

(٦) سرق أحد سعاة البريد كتاباً (خطاباً) تسلمه بحكم وظيفته ، فاعتبرت محكمة الاستئناف الوطنية أن مصلحة البريد مسئولة عنه<sup>(٤)</sup>

(١) نقض مدني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠ . ومع ذلك فقط قضت محكمة جنائيات أسيوط في ١١ أغسطس سنة ١٩٢٣ (المحامة رقم ٣٢ ص ٣١) بأنه إذ انطلق عيار ناري من بندقية الخفير وهو بعيد عن دركه الرسمي ، لغير عمل رسمي ، وكان الخفير يحمل البندقية معبأة في غير الأحوال التي نصت عليها التعليمات ، فلا مسئولية على الحكومة .

(٢) نقض جنائي في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائي ٤ رقم ٦٢ ص ٥٦ .

(٣) نقض جنائي في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحامة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ .

(٤) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ يولية سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٧ ص ٤٢ . ويقرب من هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن إدارة السكك الحديدية مسئولة عن خطأ «الكساري» الذي يستغل وظيفته في تهريب مسروقات من بلد إلى آخر (نقض فرنسي في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ - ١ - ٤٧٣)

(٧) ترك السائق السيارة وبها مفتاح الحركة لتابع آخر لمخدومه (خفير زراعة) ، فبعث هذا التابع بالمفتاح ، فانطلقت السيارة ، وأصاب شخصين في الطريق . فاعتبرت محكمة النقض المخدم مسئولاً عن عمل كل من السائق وخفير الزراعة<sup>(١)</sup>

والمتأمل في هذه الطائفة من الأحكام يستطيع ردها جميعاً إلى أصل واحد . ففي كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن يستطيع ارتكابه لولا وظيفته . فالخفير في المثل الأول ما كان يستطيع استدراج الزوج إلى الدرك لولا تذرعه بوظيفته . والخفيران في المثل الثاني ما كان يستطيعان قتل الصراف لو لم يكلفا بحراسته . والكونستابل في المثل الثالث ما كان ليعبث بالمسدس لو لم يتسلمه بحكم الوظيفة . والخادم في المثل الرابع ما كان ليصيب العابر لو لم يتسلم السيارة من سيده باعتباره خادماً له . والفراش في المثل الخامس لم يكن يستطيع اغتيال الناظر لولا تقدمه إلى باب السيارة باعتباره فراشاً . وساعي البريد في المثل السادس لم يكن ليسرق الكتاب لو لم يتسلمه بحكم عمله . وخفير الزراعة في المثل الأخير ما كانت ليعبث بمفتاح الحركة في السيارة لو لم يكن خفيراً عند مخدومه .

نقول إن المعيار الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . ونعارض بهذا المعيار معيارين آخرين ، قال بأحدهما القضاء ، وقال الفقه بالثاني .

أما معيار القضاء فهو هذا الذي تكرر في الأسباب التي نقلناها عن محكمة النقض ، إذ غلب فيها ذكر أن الوظيفة هي التي ساعدت على إتيان الخطأ وهيأت الفرصة لارتكابه<sup>(٢)</sup> . وكانت المحكمة في غنى عن هذا المعيار الذي يفيض عن الحاجة فيما يتسع له<sup>(٣)</sup> . فليس

(١) نقض جنائي في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحامة ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم . وذكرت محكمة النقض في أسباب حكمها ما يأتي : «إن إصابة المجنى عليها قد تسببت عن خطأ السائق أثناء قيامه بعمله عند مخدومه وخطأ الخفير وهو يؤدي عملاً لسيده ما كان يؤديه لو لم يكن خفيراً عنده» .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الخادم ، وهو السائق لا السائق ، غير مكلف من قبل مخدومه بقيادة السيارة وكان أجنبياً عن هذه الخدمة ، فاستعمل السيارة في غفلة من المخدم ، وصدف بها شخصاً فقتله ، فإن المخدم لا يكون مسئولاً عن فعله (نقض جنائي في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحامة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥ - وانظر نقداً لهذا الحكم للأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية ص ١٩٥ - ص ١٩٦) .

(٢) يضاف إلى هذا الاعتبار في هذا المثل بالذات أن الفراش لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا وظيفته . وهذا هو المعيار الثاني الذي سنتقل إليه فيما يلي .

(٣) قد دافع الأستاذ مصطفى مرعي بك عن هذا المعيار دفاعاً شديداً (أنظر كتابه في المسئولية المدنية فقرة ٢٢٩ بوجه خاص) .

(٤) أنظر في هذا المعنى تعليق الدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ - ص ١٧٨ .

كافياً أن تكون الوظيفة ساعدت على إثبات الخطأ أو أنها هيأت الفرصة لارتكابه ، بل يجب فوق هذا إثبات أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . فعلاقة الوظيفة بالخطأ ليست فحسب أنها ساعدت عليه وهيأت الفرصة لارتكابه . بل هي أكثر من ذلك ، إذ هي ضرورية لإمكان وقوع الخطأ ، ولولاها لما استطاع التابع أن يأتي العمل الذي جعله مسئولاً .

وأما معيار الفقه فيتلخص كما أسلفنا في أن تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ<sup>(١)</sup> والسببية المباشرة ، فوق ما تنطوي عليه من إيهام ، لا تزال أوسع من المعيار الذي نقول به . فقد تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ دون أن تكون ضرورية في ارتكابه .

فنحن إذن نؤثر المعيار الذي قررناه ، ونذهب إلى أن الوظيفة يجب أن تكون ضرورية لارتكاب الخطأ<sup>(٢)</sup> . وهذا هو المعيار الأول في الخطأ بسبب الوظيفة ، استخلصناه من هذه الطائفة الأولى من الأحكام . ونتقل الآن إلى المعيار الثاني ، نستخلصه من الأحكام التي تنظمها الطائفة الثانية .

**الطائفة الثانية :** (١) ارتكب موظف إداري جريمة تحط من كرامة أشخاص ينتمون إلى الحزب المعارض لسياسة الحكومة ، لا مدفوعاً بعامل شخصي ، بل إرضاء للحكومة القائمة ، وابتغاء الزلفى عندها . فقضت محكمة جنابات المنصورة<sup>(٣)</sup> بأن الحكومة تكون مسئولة عن هذا الموظف ، وأيدت محكمة النقض<sup>(٤)</sup> هذا الحكم .

(٢) رأى خادماً سيده يتضارب مع شخص آخر ، فبادر إلى مساعدته ، وضرب الشخص الآخر ضرباً لم يقصد به قتله لكنه أفضى إلى موته . فقضت محكمة النقض بأن السيد يعتبر مسئولاً عن نتيجة الأعمال التي ارتكبها الخادم في مصلحة سيده ، ولو كانت هذه النتيجة أشد خطورة مما كان يريد السيد<sup>(٥)</sup> .

(٣) نسب إلى عمال أحد المقاولين أنهم اعتدوا على أرض زراعية ، فغضب ناظر

(١) أنظر تعليق الدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٥٥ وما بعدها ، وهو التعليق الذي سبقت الإشارة إليه . وانظر تعليقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني .

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٦٨٢ في الهامش) أنه لا يكفي القول بأنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ . فهذه العبارة لا تفيد أكثر من قيام علاقة سببية مباشرة ما بين الوظيفة والخطأ ، ولا يفهم منها جسيماً أن الوظيفة كانت ضرورية لإمكان وقوع الخطأ .

(٣) جنابات المنصورة في ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٤ ص ٣٧٨ .

(٤) نقض جنائي في ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٧ .

(٥) نقض جنائي في ٥ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥٠٣ ص ٦٠٦ . وقضت محكمة بنى سويف في هذا المعنى بأنه إذا تضارب عمدة مع شخص آخر ، فاعتدى خادماً العمدة على هذا الشخص الآخر ، فالعمدة مسئولاً عن فعل خادمه (بنى سويف في ٣١ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٩٤ ص ١٢٢) .

الزراعة واعتدى على هؤلاء العمال اعتداء مسلحاً . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الدائرة التي يعمل ناظر الزراعة في خدمتها ، والتي وقع الاعتداء المسلح على العمال لحمايتهم ، مسئولة عن عمل ناظر الزراعة ، سواء كان هذا العمل الذي قصد به الناظر مصلحتها قد أدى إلى نفعها أو عاد عليها بالضرر<sup>(١)</sup> .

(٤) اتهم شخص بالسرقة ، فأراد وكيل شيخ الخفر أن يفرض عليه صلحاً لقاء مبلغ من النقود يدفعه لمن وقعت عليه السرقة ، ولما لم يجد معه نقوداً ضربه ضرباً أفضى إلى موته . فاعتبرت محكمة النقض أن الحكومة مسئولة عن عمل وكيل شيخ الخفر ، وقالت في أسباب حكمها إن المجني عليه « كان تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر ، فإذا ما تعدى هذا الأخير عليه بالضرب في هذا الظرف ، كان هذا التعدى واقعاً منه أثناء تأدية وظيفته ، ولم يكن التفتيش والضرب إلا اعتماداً على تلك الوظيفة . وبذلك تكون الحكومة مسئولة مدنياً عن نتيجة خطأ المتهم طبقاً للمادة ١٥٢ مدني (قديم) ، ولا تأثير للباعث على الجريمة وهو فرض الصلح على المجني عليه في الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المبلغ المطلوب منه ، لأن نص تلك المادة صريح في فرض المسؤولية على المخدم عن كل ما يأتيه الخادم حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التي يمكن أن تكون قد دفعته إلى ارتكاب ما ارتكب ، ولأن أساس مسؤولية المخدم عن خطأ خادمه يتركز على افتراض سوء الاختيار والنقص في المراقبة . ويكفي لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي له أو عن الرغبة في خدمة المخدم<sup>(٢)</sup> .

(٥) اعتدى سائق إحدى السيارات العامة على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة إجبارية ، فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الشركة التي يعمل السائق في خدمتها مسئولة عن خطأ هذا السائق<sup>(٣)</sup> .

والمأمل في هذه الطائفة من الأحكام يستطيع أن يردّها هي أيضاً إلى أصل واحد . ففي كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . فالموظف الإداري في المثل الأول ما كان ليفكر في الاعتداء على الأشخاص الذين ينتمون إلى الحزب المعارض لولا وظيفته ، وما ولدته هذه الوظيفة في نفسه من الرغبة في تعلق الحكومة القائمة . والخادم في

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٤ . أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٧ .

(٢) نقض جنائي في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٤ رقم ١٠٩ ص ٩٠ .

(٣) استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ . كذلك يكون عامل النقل مسئولاً عن عمل سائق عنده هناك عرض طفلة كان مكلفاً بنقلها (محكمة السين الفرنسية في ٢٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالوز ١٨٧٣ - ٣ - ٧) ، وعن سرقة عامل عنده لمتاع أحد الركاب (محكمة السين الفرنسية في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ٥ - ٧٥) .



المثل الثاني ما كان ليفكر في ضرب المعتدى على سيده لولا أنه خادم هذا السيد . وناظر  
الزراعة في المثل الثالث ما كان ليفكر في الاعتداء على العمال لولا أنه يعمل في خدمة  
الدائرة التي قصد حمايتها . ووكيل شيخ الخفر في المثل الرابع ما كان ليفكر في ضرب  
المتهم لو لم يكن من رجال الحفظ وقد رغب في إنهاء الحادث صلحاً . والسائق في المثل  
الخامس ما كان ليفكر في الاعتداء على الراكب لو لم يكن هو السائق للسيارة . ومن ثم  
فالمعيار الثاني الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ  
لولا الوظيفة .

فهناك إذن معياران للخطأ بسبب الوظيفة ، ويعتبر التابع قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته  
إما لأن لم يكن ليستطيع ارتكاب هذا الخطأ ، وإما لأنه لم يكن ليفكر في ارتكابه ، لولا  
الوظيفة (١) .

٦٨٥ - **خطأ بمناسبة الوظيفة** : ويتبين مما تقدم أن المتبوع لا يكون مسئولاً إذا لم  
يكن خطأ التابع قد وقع بسبب الوظيفة على النحو الذي فصلناه ، بل كان هذا الخطأ قد وقع  
بمناسبة الوظيفة ، بأن اقتضت الوظيفة على تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهئية  
الفرصة لارتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو لتفكير التابع فيه . وإذا  
كانت محكمة النقض عندنا تقرر غير ذلك فيما تقدم به من الأسباب لأحكامها ، وتذكر  
في كثير من هذه الأسباب أنه يكفي لتحقيق مسئولية المتبوع أن تكون الوظيفة قد سهلت  
ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، فقد رأينا أنها كانت في عني عن  
هذا التوسع ، وأن أحكامها تستقيم فيما عرض لها من الأقضية لو أنها التزمت المبدأ الصحيح ،  
واشترطت أن يكون الخطأ قد وقع بسبب الوظيفة ، لا بمناسبة الوظيفة فحسب ، فإن الأحكام  
التي أصدرتها في هذا الموضوع كان منطوقها لا يتغير لو أقيمت أسبابها على هذا الأساس

(١) وقد رأينا أن التابع يعتبر قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته ، سواء حرضه المتبوع على هذا الخطأ أو لم  
يحرضه ، وسواء علم المتبوع بالخطأ أو لم يعلم ، وسواء عارض فيه أو لم يعارض ، ورأينا كذلك أن  
الخطأ يكون بسبب الوظيفة حتى لو دفع التابع إلى ارتكابه حافز شخصي .

وبقي أن تقرر أن مسئولية المتبوع تنتفي ، ولو كان الخطأ بسبب الوظيفة ، إذا تبين أن المضرور قد  
عامل التابع وهو عالم بمجاورته حدود وظيفته ، فإن المضرور في هذه الحالة يكون قد عامل التابع بصفته  
الشخصية لا باعتباره تابعاً . وقد قضت محكمة النقض بأن معاملة التابع مع العلم بأنه لا يعمل لحساب  
متبوعه لا يجعل المتبوع مسئولاً ، كمتخدم في مصرف عومل على اعتبار أنه يعمل لحساب نفسه ، فلا  
يكون المصرف مسئولاً عنه (نقض جنائي في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ١١٤ ص ٢٩٦) .  
فلو أن سائق السيارة اتفق مع صديق له على أن يخنل السيارة من سيده للتنزه بها معاً ، وارتكب السائق  
خطأ كان سبباً في إصابة صديقه ، لم يكن صاحب السيارة مسئولاً عن هذا الخطأ (الدكتور سليمان  
مرقص في الفعل الضار فقرة ٩٦ ص ١١١ - أنظر أيضاً تعليقا له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص  
١٨٠ - وانظر استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٩١ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٢٢  
ص ٤٤ (٢٢٨) .

الدقيق . ولقد كان القانون المدني الجديد موفقاً كل التوفيق عندما جلا الغموض الذي يحيط  
بهذه المسألة ، فقد رأينا أنه نص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ على أن «يكون  
المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال  
تأدية وظيفته أو بسببها» . فذكر الخطأ في تأدية الوظيفة والخطأ بسبب الوظيفة ، وتجنب أن  
يذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الخطأ الذي تكون الوظيفة قد هيأت الفرصة لارتكابه (١) .

ونأتى بأمثلة للخطأ الذي تهىء الوظيفة الفرصة لارتكابه وهو الخطأ بمناسبة الوظيفة ،  
لتبين الفرق بينه وبين الخطأ بسبب الوظيفة .

لو أن سائق السيارة ، بدلا من أن يعتدى على الراكب معه مما يجعل الخطأ واقعاً بسبب  
الوظيفة فيما قدمناه ، كان يضم الحقد لخصم له ، فقصد الانتقام منه ، وتعقبه في الطريق ،  
وانتهز فرصة قيادته للسيارة فدهسه بها ، لم يكن صاحب السيارة مسئولاً عن عمل السائق ،  
لأن السائق كان ينوي الإضرار بخصمه ، سواء كان ذلك بدهسه أو بأن يلحق به أي نوع  
آخر من أنواع الأذى ، فلم تكن وظيفة السائق ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتضت على  
تيسيره وهيأت الفرصة لوقوعه . ويكون الخطأ في هذه الحالة قد وقع ، لا بسبب الوظيفة ، بل  
بمناسبة الوظيفة .

ولو أن طاهياً أمسك بالسكين التي يستخدمها في عمله ، وطعن بها القصاب الذي  
يشتري منه اللحم لسيدة لشجار بينهما نشب بسبب هذا التعامل ، كان هذا خطأ بسبب  
الوظيفة ، لأن الطاهي لم يكن ليفكر في الاعتداء على القصاب لولا وظيفته . ولكن هذا  
الطاهي نفسه ، لو كان له خصم يريد إيذائه ، فذهب إليه حيث يسكن ، وأخذ السكين معه  
وطعنه بها ، لم يكن هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهي لو لم يجد هذه السكين لعثر  
على غيرها ، فوظيفة لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتضت على أن تيسير له  
ارتكابه ، وأن تهىء له الفرصة في ذلك . فالخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة

(١) وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد قد جرى محكمة النقض فيما درجت عليه من  
توسع يجاوز الحاجة ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع على أن «يكون المتبوع  
مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون  
مسئولاً كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم  
يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة» . وكذلك فعل المشروع النهائي والمشروع الذي أقر  
مجلس النواب . ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هي التي أدخلت هذا التعديل الموفق على النص ،  
فجعلت «المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال  
تأدية وظيفته أو بسببها» ، وإن كانت قد ذكرت في تقريرها أنها آثرت «أن تنسخ على منوال التقنين  
الحالي (القديم) في التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج في تفسير نص المادة ١٥٢ من  
القانون الحالي (القديم)» ، فلم تكن تخمس وقت أن أدخلت هذه التعديل مقدار ما أصابت من التوفيق  
(أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٣ - ص ٤٢٠) .

الوظيفة ، ولذلك لا يكون السيد مسئولاً عن عمل الطاهي .

ولو أن الخفير الذي أحب امرأة متزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، فارتكب خطأ بسبب الوظيفة على النحو الذي قدمناه ، لم يتذرع بوظيفته في التضليل بالزوج ، بل ذهب إليه في مسكنه ، وفي غير وقت العمل ، وأطلق عليه عياراً نارياً فقتله ، لم يكن هذا العمل خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الخفير كان يستطيع قتل الزوج بسلاح آخر غير السلاح الذي تسلمه من الحكومة ، وإنما يسر له سلاح الحكومة ارتكاب جريمته ، وهياً له الفرصة في ذلك . فيكون الخطأ الذي وقع منه خطأً بمناسبة الوظيفة ، ولا تكون الحكومة مسئولة عنه . وقد سبق أن رأينا أن الخفير ، وهو يضبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ فيصيب مقتلاً منه ، يكون قد ارتكب خطأً في تأدية الوظيفة . فهذا عيار نارياً يطلقه الخفير ، يكون خطأً : تارة في تأدية الوظيفة ، وطوراً بسبب الوظيفة ، وثالثة بمناسبة الوظيفة .

٦٨٦ - الخطأ الأجنبي عن الوظيفة : وإذا كان الخطأ بمناسبة الوظيفة لا يجعل المتبوع مسئولاً عن عمل تابعه ، فأولى بالخطأ الأجنبي عن الوظيفة أن يكون له هذا الحكم .

ومن أمثلة الخطأ الأجنبي عن الوظيفة ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كان ثابتاً بالحكم أن حادث القتل المطلوب التعويض عنه قد وقع خارج المصنع الذي يعمل فيه القتل وفي غير أوقات العمل . وأن مرتكبيه من عمال المصنع قد دبروه فيما بينهم خارج المصنع أيضاً عشية وقوعه ، فلا يصح اعتبار أنهم ارتكبوه أثناء تأدية وظيفتهم لدى صاحب المصنع ، وبالتالي لا يصح إلزامه بالتعويض عنه مهما كان سببه أو الدافع إليه ، ما دامت العلاقة الزمنية والمكانية منعدمة بينه وبين العمل الذي يؤديه الجناة لمصلحة صاحب المصنع (١) (١)

(١) نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ ، وقد قرر هذا الحكم أن أحكام مسؤولية المتبوع عن التابع واحدة في القانونين المصري والفرنسي ، ثم بحث عن الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية . فقال في هذا المعنى إن المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) تقتضي مساءلة المخدم أن يكون الضرر الذي أصاب الغير ناشئاً عن فعل الخادم في حال تأدية وظيفته (en exerçant ses fonctions) ، تلك العبارة التي يقابلها في المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسي (dans les fonctions auxquelles ils les ont employés) والعبارة مؤداهما واحد ، ولا فرق بينهما إلا من حيث إن النص في القانون المصري قد لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود . والمادة المذكورة إذ جعلت المسؤولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التي تقتضاهما ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) ، أن الذي يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء - على كثرة ما قيل في صدد تسويقه - أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً . لذلك يكون من المتعين عدم الأخذ بهذا الاعتبار إلا في الحدود المرسومة في القانون ، وهي أن يكون الضرر واقعاً من التابع أثناء قيامه بوظيفته . وبما أن مسؤولية المخدم عن خطأ =

وقضت محكمة جنائيات طنطا بأن الحكومة غير مسئولة عن جنابة ارتكبتها أحد رجال البوليس في وقت كان فيه متغيباً عن عمله في أجازة رسمية (١) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المصلحة لا تكون مسئولة عن الضرر الذي أصاب شخصاً من جراء حادث من حوادث الصيد وقع بخطأ من الحارس وهو يصطاد في غير ساعات العمل (٢) .

وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن يتدخل دون حق في عملية تسليم البضائع ، فيوجه مباشرة أوامر للحمالين ، ويخالف بذلك اللوائح ، ليس له أن يرجع على إدارة الجمارك؛ بالضرر الذي يحدثه الحمالون وهم ينفذون أوامره (٣) . وهنا نرى أن التابع ، وهم الحمالون ، قد ارتكب الخطأ الأجنبي عن الوظيفة في المكان وفي الزمان اللذين يؤدي فيهما الوظيفة .

= خادمه ، وإن كانت محل خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة إذا كان قد وقع أثناء القيام بها أو عدم وجوب اتصاله بها ، إلا أنه لا جدال في أن الحادث الموجب للمسئولية يجب أن يكون قد اقترفه التابع في وقت لم يكن قد تخلى فيه عن عمله عند المتبوع وانقطعت الصلة فيه بينهما ولو مؤقتاً ، وأصبح التابع بذلك حراً يفعل ما يريد ويتصرف كما يشاء تحت مسؤوليته وحده . ذلك لأن مسؤولية المتبوع إنما تقوم على ما للسيد من حق إصدار أوامره وتعليماته إلى تابعه والتمكن من ملاحظته في تنفيذ ما عهد به إليه . فإذا انفصلت هذه الزمام من يد المتبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان المتبوع من ثم غير مسئول عن تصرفاته بحال ما .

ومهما يكن من وجهة هذه الأسباب ، فإن هناك محلاً للتخلف في هذه القضية . ذلك أن القتل كان رئيساً لعمال المصنع ، وقد قتلوه انتقاماً منه ، لضربه واحداً منهم لاحظ عليه مخالفته للتعليمات . فيمكن القول إن العمال ما كانوا ليفكروا في ارتكاب جريمتهم لولا الوظيفة ، ويكون الخطأ الذي صدر منهم قد وقع بسبب الوظيفة ، فتقوم مسؤولية صاحب المصنع باعتباره مخدوماً للعمال .

(١) لما كان البين من الأوراق أن المطعمون عليه الثاني هتك عرض المجنى عليها في منزله في الوقت الذي كان يعطيها فيها درساً خاصاً ، ومن ثم فإنه وقت ارتكابه العمل غير المشروع لم يكن يؤدي عملاً من أعمال وظيفته وإنما وقعت الجريمة منه خارج زمان الوظيفة ومكانها ونطاقها وفي الوقت الذي تخلى فيه عن عمله الرسمي فتكون الصلة قد انقطعت بين وظيفته وبين العمل غير المشروع الذي ارتكبه ولا يكن للطاعن سلطة التوجيه والرقابة عليه وهي مناط مسؤوليته فتنتفى مسؤولية الطاعن عن التعويض المطالب به .

(جلسة ١٩٩٢/٧/١٩ الطعن ٢٧٧٥ لسنة ٥٨ ق)

(١) جنائيات طنطا في ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المحامة ٥ رقم ٣٣ ص ٣٤ . كذلك لا يكون المخدم مسئولاً إذا سرق خادمه متاعاً من المنزل الذي يقيم فيه بعيداً عن سيده ، أو سرق شيئاً من مطعم يتردد عليه ، أو بدد ودیعة أو تمن عليها بصفته الشخصية (الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٣٠ ص ٢٠٧) .

(٢) استئناف مختلط في ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٧ . وقد تكون «البندقية» التي كان الحارس يصطاد بها سلمت له بحكم عمله ، فتكون الوظيفة قد ساعدت على ارتكاب الخطأ ، وتنتقل بذلك من خطأ أجنبي عن الوظيفة إلى خطأ بمناسبة الوظيفة ، ولكن في الحالتين لا مسؤولية على المتبوع .

(٣) استئناف مختلط في ٢ مايو ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣١ أنظر أيضاً محكمة مصر التجارية المختلطة في ٢٨ مارس ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٠ ص ١٩٢ .

فليس من الضروري إذن ، حتى يكون الخطأ أجنياً عن الوظيفة ، أن يكون منقطع الصلة بها في الزمان أو في المكان (١) .

## المطلب الثاني

### الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع

٦٨٧ - مسألتان : متى تحققت مسؤولية المتبوع بتوافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما - علاقة التبعية وخطأ في تأدية الوظيفة أو بسببها - قامت هذه المسؤولية على أساس ينبغي تحيده . وهي على كل حال لا تجب مسؤولية التابع ، بل تقوم إلى جانبها .  
فتكلم في مسألتين : (١) تكييف مسؤولية المتبوع . (٢) قيام مسؤولية التابع إلى جانب مسؤولية المتبوع .

### ١ - تكييف مسؤولية المتبوع

٦٨٨ - آراء مختلفة : بعد أن بينا الشرطين الواجب توافرها حتى تقوم مسؤولية المتبوع عن التابع ، بقي أن نكيف هذه المسؤولية التكييف الذي يتلاءم مع هذين الشرطين .

وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن مسؤولية المتبوع عن التابع تقوم على خطأ مفترض (faute présumée) في جانب المتبوع . وأخذ بهذا الرأي كثير من أحكام القضاء . ولكن الرأي أصبح منتقداً ، وكاد يصبح رأياً مرجوحاً ، وقام إلى جانبه آراء أخرى مختلفة . فهناك من يقول بأن مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعية (idée de risque) . وآخرون يقولون بل تقوم على فكرة الضمان (idée de garantie) . وذهب بعض إلى أنها تقوم إما على فكرة النيابة (idée de représentation) ، وإما على فكرة الحلول (idée de substitution) .

والتأمل في هذه الآراء الخمسة يستطيع أن يردها إلى أصلين . فإما أن تكون مسؤولية المتبوع عن التابع مسؤولية ذاتية (responsabilité personnelle) أو هي مسؤولية عن الغير (responsabilité pour autrui) .

فإذا قدرنا أنها مسؤولية ذاتية رددناها إلى اعتبار في شخص المتبوع : خطأ في جانبه وهذا هو الخطأ المفترض ، أو نفع يجنيه لنفسه وهذا هو تحمل التبعية .

وإذا قدرنا أنها مسؤولية عن الغير رددناها إلى اعتبار في العلاقة ما بين المتبوع والتابع : فإما أن تعتبر المتبوع كفيلاً للتابع وهذا هو الضمان ، وإما أن نعتبر التابع نائباً عن المتبوع وهذه هي النيابة ، وإما أن نعتبر شخصية التابع امتداداً لشخصية المتبوع وهذا هو الحلول .

(١) أنظر في هذا المعنى الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٣٠ - وقد أورد مثل من يرسل خادمه ليشتري له شيئاً من السوق ، فيتشاجر الخادم في الطريق مع آخر ويعتدى عليه ، فلا يكون الخادوم مسؤولاً . وأورد أيضاً مثل الموظف يستقبل في مكتبه وفي وقت عمله دائناً له ، وتقوم مشادة بين الاثنين بسبب الدين ، فيعتدى الموظف على الدائن بالضرب ، فلا يكون الخادوم مسؤولاً .

والصحيح في نظرنا أن مسؤولية المتبوع عن التابع ليست مسؤولية ذاتية بل هي مسؤولية عن الغير (١) . ولعلها هي المسؤولية الوحيدة عن الغير فيما قرره القانون من مسؤوليات مختلفة . فإن مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية ذاتية كما رأينا (٢) . وسرى أن المسؤولية عن الحيوان وعن البناء وعن الأشياء هي أيضاً مسؤولية ذاتية تقوم على خطأ في جانب المسئول نفسه . فلا يبقى إلا مسؤولية المتبوع عن التابع ، وهذه هي المسؤولية عن الغير .

ومتى قررنا أن مسؤولية المتبوع عن التابع هي مسؤولية عن الغير ، يستوى عندنا بعد ذلك أن تقوم على فكرة الضمان أو على فكرة النيابة أو على فكرة الحلول ، فكلها تؤدي إلى نتيجة رئيسية واحدة ، وإن اختلفت في بعض التفاصيل .

ونستعرض الآن ، بعد هذا التمهيدي ، الآراء الخمسة التي سبقت الإشارة إليها الخطأ المفترض وتحمل التبعية والضمان والنيابة والحلول .

٦٨٩ - خطأ المفترض : هذا الرأي هو أقدم الآراء الخمسة ، وكان هو الرأي التقليدي السائد إلى عهد قريب . ويتلخص في أن المتبوع يقوم في جانبه خطأ مفترض : خطأ في الرقابة أو خطأ في التوجيه أو خطأ في الاختيار ، أو خطأ فيها جميعاً . وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسؤولاً عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً في جانب المتبوع ، فإما أن يكون المتبوع قد قصر في اختيار تابعه ، أو قصر في الرقابة عليه ، أو قصر في توجيهه . وهذا التقصير نفترضه افتراضاً ، ولا نقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر . وقد قال بهذا الرأي ، كما قدمنا ، كثير من الفقهاء والمحاكم في مصر وفي فرنسا (١) (٢) .

(١) وقد كنا نأخذ برأى آخر في الموجز (فقرة ٣٥٣) ، فكنا نقول بأن مسؤولية المتبوع عن تابعه مبنية على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس .  
(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٧١ في الهامش .

(٣) وقد كنا ، كما سبق القول ، ممن يقول بهذا الرأي ، وقد جاء في الموجز (فقرة ٣٥٣) في هذا الصدد ما يأتي : «مسؤولية المتبوع عن تابعه ، في الحدود التي بينها ، مبنية على خطأ في التوجيه والرقابة» ، وهو خطأ مفروض في جانب المتبوع لا يكلف المدعي إثباته . وليس على هذا إلا أن يشبث خطأ التابع ، فيفرض أن المتبوع قد قصر في توجيه تابعه أو في رقابته حتى وقع منه هذا الخطأ ، والخطأ المفروض في جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للمتبوع أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أنه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيه تابعه والرقابة على أعماله ، كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر فيما قدمناه .

أنظر أيضاً الدكتور حشمت أبو ستيت بك في نظرية الالتزام فقرة ٥٠٩ (وهو ينتهي بأن هذه المسؤولية لا يمكن ردها إلى أساس من المنطق مستقيم ، ولا مناص من التسليم بها كما أرادها القانون والقضاء) . وانظر كذلك الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٣٢ .

وقد صدرت من محكمة النقض أحكام كثيرة في معنى الخطأ المفترض . من ذلك ما قضت به هذه المحكمة من أن «ضمان السيد يقوم قانوناً على مظنة خطئه في اختياره خادمه وفي مراقبته إياه ، بما له =



والذى يؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهما :

(أولاً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس ، لأمكن للمتبوع فى القليل أن يتخلص من هذه المسئولية إذ هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجبه فى الاختيار والرقابة والتوجيه بما ينبغى من العناية ، أى إذا نفى علاقة السببية بين الضرر الذى وقع والخطأ المفترض فى جانبه . وهذا ما لا يستطيعه بإجماع الفقه والقضاء . نعم هو يستطيع نفى علاقة السببية ما بين الضرر الذى وقع وخطأ التابع لا خطئه هو ، فيتخلص من المسئولية ، ولكن لا عن طريق أنه غير مسئول عن تابعه ، بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسئول ، ومسئولية المتبوع لا تقوم كما قدمنا إلا تبعاً لمسئولية التابع<sup>(٢)</sup> . ولكنه لا يستطيع التخلص من المسئولية بإثبات أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر<sup>(٣)</sup> . ولو أنه أثبت ذلك ، فنفى علاقة السببية بين الضرر وخطئه المزعوم ، لبقى مع ذلك مسئولاً عن تابعه . وفى هذا دليل قاطع على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على خطأ مفترض ، بل لا تقوم على خطأ أصلاً ، إذ أن المسئولية التى تقوم على خطأ ، حتى لو كانت هذا الخطأ مفترضاً وحتى لو كان الافتراض غير قابل

= المسئولية على قوله أن خطأ التابع منبت الصلة بعمله قانوناً وزماناً وانقضاء علاقة السببية بين الخطأ والوظيفة خطأ .

(جلسة ١٩٩٧/٤/٨ الطعن رقم ٧٢٣ ، ٨٠٧ لسنة ٥٨ ق السنة ٤٨ ص ١٢١ ع ١)

(جلسة ١٩٩٢/٧/١٩ الطعن رقم ٢٧٧٥ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣ الطعن رقم ١٨١ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١١/١٠ الطعن رقم ٥٨٩ لسنة ٥٠ ق ص ٣٤ ص ١٥٧٨)

(جلسة ١٩٨١/٢/٣ الطعن رقم ٦ لسنة ٥٠ ق ص ٣٢ ص ٤١٥)

(١) وقد رأينا أن متولى الرقابة يستطيع التخلص من المسئولية على هذا الوجه ، كما يستطيع التخلص بإثبات أنه قام بواجب الرقابة (أنظر آنفاً فقرة ٦٧٣) ، لأن افتراض الخطأ فى جانبه قابل لإثبات العكس ، فيستطيع نفى المسئولية بإثبات العكس كما يستطيع نفياً بنفى علاقة السببية .

(٢) أنظر فى هذا المعنى : نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم وإلى هذه الملاحظة .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يتضمن نصاً بهذا المعنى (الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع) ، وقد حذفته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وإن كانت قد ذكرت فى تقريرها سبباً لهذا الحذف أن حكم الفقرة المحذوفة «يفضى إلى جعل قرينة المسئولية من قبيل القرائن البسيطة فى هذه الحالة ، ولا محل للعدول عما قرره القانون الحالى (القديم) من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس» مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٠ - وفى هذا خلط واضح بين نفى الخطأ ونفى علاقة السببية .

= عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة . وهى مظنة قانونية تعفى المضرور من إثبات خطأ من المخدوم فى اختيار الخادم أو فى مراقبته . ولا يعفى السيد من الضمان إلا إذا أثبت الحادث الضار قد نشأ عن قوة قاهرة لا شأن فيها لخادمه أو عن خطأ الجنى عليه نفسه (نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ - ويلاحظ أن المحكمة هنا قد أعفت المتبوع من المسئولية عندما ينفى هذه المسئولية لا عن نفسه هو بل عن تابعه ، فتنفى المسئولية عن المتبوع لا ابتداء بل تبعاً لانتقائها عن التابع - أنظر أيضاً نقض جنائى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ١ ص ١) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أن «هذه المسئولية (مسئولية المتبوع) مفترضة افتراضاً قانونياً» (نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) ، وما قضت به من «أن أساس مسئولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض فى جانب المتبوع من الخطأ والتقصير فى اختيار التابع أو فى رقبته» (نقض جنائى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) ، وما قضت به من أن المتبوع يجب أن يسأل «على أساس إساءة الخدم استعمال شؤون الخدمة التى عهد هو بها إليهم ، متكفلاً بما افترضه القانون فى حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم فى كل ما تعلق بها» (نقض جنائى فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ - وانظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض جنائى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢) ، وما قضت به من «أن مسئولية السيد أساسها خطأه بسوء اختيار من عهد إليهم بخدمته وتقصيره فى مراقبتهم ، وهذه (المسئولية) ليست إلا تطبيقاً خاصاً لقواعد المسئولية الشخصية ، إلا أن الشارع قد أراد أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ سيده ، فلم يفته عموم نص المادة ١٥١ (القديمة)» (نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠) .

وجاء فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد ما يفيد أن مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض . من ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من «أن المشروع جعل من الخطأ المفترض أساساً لهذه المسئولية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . ومن ذلك ما وقع فى لجنة المراجعة من أن أحد أعضاء هذه اللجنة أثار مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز «فأجيب بأنه ما دامت المسئولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) . ومن ذلك ما انتهى إليه رأى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أن «خطأ الخادم مفروض فيه أنه يرجع لسوء اختياره من قبل السيد ، فالخطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا هو ما أجمع عليه القضاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٩ - أنظر أيضاً ص ٤١٨) . ولا نظن أن الأعمال التحضيرية ، على صراحتها فى أن مسئولية المتبوع تقوم على خطأ المفترض ، تقيد الفقه فى اجتهاده ، إذا هو ذهب إلى أساس آخر لهذه المسئولية فى ظل القانون الجديد .

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بالخطأ المفترض بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٩١١ - ديمولومب ٨ فقرة ٦١٠ - لوران ٢٠ فقرة ٥٧٠ وما بعدها - بيدان فقرة ١٢١١ . ومن ذلك نرى أن الخطأ المفترض هو الرأى التقليدى فى فرنسا فى هذه المسألة . وانظر فى الأحكام الفرنسية التى أخذت بهذا الرأى مازو ١ فقرة ٩٣١ فى الهامش .

(١) أحكام النقض مستقرة على أن مسئولية المتبوع تقوم من جانبه خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، مسئولية المتبوع قيامها على خطأ مفترض من جانبه لا يقبل إثبات العكس . نطاقها . أن يكون فعل التابع قد وقع أثناء تأديته وظيفته أو كان قد استغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له فرصة ارتكاب الفعل غير المشروع سواء كان ذلك لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى ، يعلم المتبوع أو يغير علمه المادة ١٧٤ مدنى ، ارتكاب ضابط بالقوات المسلحة جريمة قتل عمد بمسدسه الذى فى عهده بحكم وظيفته . اثر تحقق مسئولية وزير الدفاع عن الضرر باعتباره متبوعاً . نفى الحكم المطعون فيه هذه =

لإثبات العكس ، ترتفع بنفى علاقة السببية . وقد رأينا هنا أن مسؤولية المتبوع لا ترتفع بنفى هذه العلاقة (١)

(ثانياً) لو كانت مسؤولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض لسقطت مسؤولية المتبوع إذا كان غير مميز . فقد رأينا أن غير المميز لا يتصور ارتكابه للخطأ ، فكيف يتصور افتراض الخطأ في جانبه ! وفي الحالات النادرة التي يكون فيها غير المميز مسؤولاً ، تكون مسؤوليته قائمة لا على الخطأ ، بل على تحمل التبعة كما رأينا . فإذا عرفنا أن المتبوع حتى لو كان غير مميز يكون مسؤولاً عن تابعه ، أدركنا أن مسؤولية المتبوع لا يمكن أن تكون مبنية على الخطأ . وقد رأينا فيما قدمناه (٢) أن المتبوع قد يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه ، من ولى أو وصى أو قيم ، في القيام بالرقابة على التابع وفي توجيهه . وهذا ما قضت به محكمة النقض في مصر في حكمين معروفين (٣) . وفي ذلك دليل آخر على أن مسؤولية المتبوع لا تقوم على الخطأ .

(١) على أن هناك من التقنيات الحديثة ما يقيم مسؤولية المتبوع على خطأ مفترض ، بل لا يتشدد في هذا الافتراض إلى حد أن يجعله غير قابل لإثبات العكس ، فيجيز للمتبوع نفي الخطأ (أنظر في هذا المعنى التقنين الألماني م ٨٣١ وتقنين الالتزامات السويسرى م ٥٥ والتقنين الصينى ١٨٨ . ويصل التقنين النمساوى م ١٣٨٥ إلى حد أن يجعل المضرور مطالباً بإثبات الخطأ في جانب المتبوع) . ويمكن القول إن التقنينات الجرمانية أكثر تساهلاً في مسؤولية المتبوع من التقنينات اللاتينية ، فهذه لا تجيز للمتبوع حتى أن ينفى علاقة السببية (أنظر التقنين الفرنسى م ١٣٨٤ فقرة ثالثة - المشروع الفرنسى الإيطالى م ٧٩ - التقنين المصرى القديم ٢١٤/١٥٢ - التقنين المصرى الجديد م ١٧٤ - تقنين كوبيك م ١٠٥٤ فقرة ٧ - وعلى هذا النهج سار التقنين البولونى م ١٤٤) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٧٩ في آخرها .

(٣) قضت محكمة النقض بأن القاصر يسأل في ماله عن خطأ خادمه عملاً بالمادة ١٥٢ مدنى (قديم) ، ولا يحمل عنه وصيه هذه المسؤولية (نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ من ٨) . وقضت أيضاً بأن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بصيغة مطلقة على أنه يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خادمه متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم ، قلنا أفادت أنه لا يقتضى ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفى لتطبيقها أن يكون الخطأ المنتج للضرر قد وقع من التابع أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع ، وإذن فصح بناء على هذه المادة مساءلة القاصر عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن أفعال خادمة الذين عينهم له وليه ولو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يتصور أى خطأ فى حقه ، إذ المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر يكون للإدراك والتمييز حساب ، وإنما هي عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله فى خدمته (نقض جنائى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢) .

٢٣ رقم ٩٥ ص ٢١٢) .

أما ما ورد فى الأعمال التحضيرية ، وسيقت الإشارة إليه ، من أنه عندما أثيرت مسألة مسؤولية المتبوع إذا كان غير مميز فى لجنة المراجعة ، فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية مبنية على خطأ مفترض يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) ، فلا بد تفسيراً صحيحاً لأحكام القانون المدنى الجديد فى هذه المسألة .

٦٩٠ - تحمل التبعة : قال بهذا الرأى الفقهاء الذين يجعلون مسؤولة المتبوع مسؤولة ذاتية ، دون أن يقيموها على الخطأ (١) . فما دام المتبوع مسؤولاً مسؤولة ذاتية ، وما دام لا يفترض خطأ فى جانبه ، فلا يبقى إلا أن يقال إن المتبوع ينتفع بنشاط تابعه ، فعليه أن يتحمل تبعه هذا النشاط ، والغرم بالغنم .

وهذا الرأى فيه مزيتان يتجنب بهما العيبين اللذين لاحظناهما على الرأى الذى يقول بالخطأ المفترض . فهو أولاً لا يجيز للمتبوع أن يتخلص من المسؤولية حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، إذ المسؤولية المبنية على تحمل التبعة لا ترتفع بهذه الاستحالة ، بل يبقى المتبوع مسؤولاً لأنه يتحمل تبعه نشاط تابعه بعد أن انتفع بهذا النشاط . وهو ثانياً يجعل المتبوع مسؤولاً حتى لو كان غير مميز ، فغير المميز إذا لم يجز قيام مسؤوليته على الخطأ جاز قيامها على تحمل التبعة .

ولكن هذا الرأى يؤخذ عليه هو أيضاً أنه يؤدى إلى تبيحتين لا يصح التسليم بهما . وهما :

(أولاً) لو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، فقيم إذن اشتراط وقوع خطأ من التابع ؟ أليس المتبوع يتحمل تبعه نشاط تابعه ، لا تبعه خطئه ! فكل نشاط من التابع يصيب الغير بالضرر ، سواء انطوى هذا النشاط على خطأ أو كان مجرداً من أى خطأ ، كان ينبغى أن يحقق مسؤولية المتبوع تطبيقاً لمبدأ تحمل التبعة ، ما دامت هذه المسؤولية تقوم على هذا المبدأ . بل إن نشاط التابع الذى لا ينطوى على خطأ هو النشاط المألوف الذى ينتفع به المتبوع ، فهو أولى بالتحمل . ونحن قد رأينا أن الأمر على النقيض من ذلك ، وأن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا إذا وقع خطأ من التابع .

(ثانياً) ولو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، وتحققت هذه المسؤولية فوفى المتبوع المضرور ما يستحق من التعويض ، لما جاز للمتبوع أن يرجع على التابع ، فالمتبوع إنما يتحمل تبعه نشاط يفيد منه ، فيكون قد أخذ مقابلاً لما أعطى . فقيم إذن رجوعه على التابع ؟ ولكننا سنرى ، على النقيض من ذلك ، أن رجوع المتبوع على التابع أمر قد انعقد عليه إجماع الفقه والقضاء .

ونرى من ذلك أن مبدأ تحمل التبعة لا يستقيم مع أحكام مسؤولية المتبوع ، بما تقتضيه هذه المسؤولية من خطأ يقع من التابع ، وبما ترتبه فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع .

(١) جوسران ٢ فقرة ٥١٣ - ديموج ٥ فقرة ٨٨٢ - سافاتييه ١ فقرة ٢٨٤ وما بعدها - دلان (Dallant) فى تعليقه فى دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٧١ - بلانبول فى المجلة لانتقادية سنة ١٩٠٩ . وانظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥) .

والحق أن مسؤولية المتبوع ليست مسؤولية ذاتية كما سبق القول ، فهي لا تقوم على خطأ يفترض في جانب المتبوع ، ولا تستند إلى تبعة يجب عليه أن يتحملها . وإنما هي مسؤولية عن الغير ، المتبوع فيها لا خطأ في جانبه ، ولكنه يتحمل جريرة تابعه لا تبعة نشاطه . وننتقل الآن إلى الآراء التي تتوخى هذا النظر .

٦٩١ - مسؤولية عن الغير - الضمان والنيابة والحلول : فالمتبوع إذن مسئول عن التابع مسؤولية الشخص عن غيره . وبقي أن نحدد على أي أساس تقوم هذه المسؤولية .

يقيمها بعض الفقهاء على أساس الضمان (١) . فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بالضرر ، ما دام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه على التابع ، وما دام الخطأ الذي ارتكبه التابع قد وقع في تأدية الوظيفة أو بسببها . فهذه الحدود التي ترسم نطاق مسؤولية المتبوع هي التي تفسر فكرة الضمان وتبررها . والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد ، فيجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع . والكفالة هنا مصدرها لا الاتفاق .

ويقيمها فريق ثان على أساس النيابة (٢) . فالتابع نائب عن المتبوع . والنيابة قانونية . وهنا نرى التوسع في فكرة النيابة الذي أشرنا إليه من قبل . فكما يلزم النائب الأصيل بما يقوم به من التصرفات القانونية في حدود نيابته ، كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم به من أعمال مادية - أي ما يرتكبه من خطأ - في حدود تبعيته . فالحدود التي ترسم نطاق مسؤولية المتبوع تفسر هنا أيضاً فكرة النيابة وتبررها ، بشرط أن تتسع هذه الفكرة لتتناول التصرفات القانونية والأعمال المادية في وقت معاً .

ويقيمها فريق ثالث على أساس الحلول (٣) . فالتابع قد حل محل المتبوع ، وأصبح الشخصان شخصاً واحداً ، فإذا ارتكب التابع خطأ في الحدود المعروفة ، فكأنما المتبوع هو

(١) أنظر في هذا المعنى ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ١٢٦ - بيسون في تعليقه في دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ١٣ - شوفر فقرة ٢٣ - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك في مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، رسالة باللغة الفرنسية سنة ١٩٢٩ ص ٤٨ وما بعدها .

(٢) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥ - محكمة النقض الفرنسية في ١١ مايو سنة ١٨٤٦ دالوز ١٨٤٦ - ١ - ١٩٢ .

(٣) فكرة الضمان هي التي أخذت بها محكمة النقض . مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وهي تقوم على فكرة الضمان القانوني ، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفاله مصدرها القانون وليس العقد .

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧ الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٢ الطعن ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق)

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن ٥٤٠ لسنة ٣٤ م ٢٠ ص ١٩٩)

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ الطعن ٦٤ لسنة ٣٣ ق م ١٩ ص ٣٢٧)

(٣) أنظر في هذا المعنى مازو ١ فقرة ٩٣٥ - فقرة ٩٣٩ - تيسير (Teisseire) رسالة من أوكس سنة ١٩٠١ ص ٢٥٦ - كولان وكايتان ودي لامور انديرير ٢ فقرة ٣٥٠ - بلانيول وريبير ٢ فقرة ١١٢ =

الذي ارتكب هذا الخطأ . أو قل إن التابع هو امتداد لشخصية المتبوع ، فما يقترف التابع من خطأ يكون المتبوع هو الذي اقترفه (١) . ولا بد أن يضاف إلى هذا الرأي أن التابع يحل محل المتبوع في التمييز أيضاً ، فلو ارتكب خطأ وهو مميز وكان المتبوع غير مميز ، انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول ، فأصبح هذا مسئولاً كذلك .

واعتبار مسؤولية المتبوع مسؤولية عن الغير - على أي وجه فسرت هذه المسؤولية وبخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان - يجعل المتبوع مسئولاً عن تابعه ، ولا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر ، فالتزامه بالتزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . وهذا الاعتبار يجيز أيضاً استبقاء مسؤولية المتبوع حتى لو كان غير مميز ، فمسئوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز ، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً أو نيابة أو حلولاً . وبذلك نتجنب العيبين اللذين كانا السبب في نيل فكرة الخطأ المفترض .

٦٩٢ - الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضرور : ومزية أخرى لتكييف مسؤولية المتبوع على أنها مسؤولية عن الغير ، هي أن هذا التكييف يفسر وجوب الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضرور . فالمتبوع مسئول عن تابعه إزاء المضرور . وفي حدود هذه العلاقة دون غيرها - علاقة المتبوع بالمضرور - يقوم هذا التكييف .

فلا يقوم في العلاقة ما بين المتبوع والتابع . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للتابع أن يحتج بفكرة الضمان مثلاً على المتبوع عند رجوع هذه عليه كما سنرى . ولكن ليس هناك ما يمنع المضرور ، وقد وقع عليه ضرر من خطأ التابع ، من أن يكون هو ذاته تابعاً لنفس المتبوع . فإذا اعتدى موظف وهو يؤدي وظيفته على موظف آخر ، كانت الحكومة مسئولة عن الموظف الأول إزاء الموظف الآخر ، ولو أن الموظفين تابعان لها جميعاً . وهذا ما يدعى في القانون الإنجليزي باسم الخدمة المشتركة (common employment) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٩٣ - اجتماع مسؤولية المتبوع مع مسؤولية من نوع آخر : وقد يكون المتبوع

= - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار ص ١١٥ (ويرى أن أساس مسؤولية المتبوع إذا كان خطأ التابع قد وقع في تأدية الوظيفة هو الخطأ المفترض ، وإذا كان الخطأ قد وقع مجاوزاً لحدود الوظيفة كان الأساس إما فكرة الحلول أو فكرة الضمان أو فكرة تحمل التبعة) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى بأن المتبوع يكون مسئولاً قانوناً عن خطأ تابعه ولو لم يرتكب هو أي خطأ شخصي ، فإن خطأ التابع يعتبر كأنه خطأ المتبوع (استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥) .

وقضت محكمة النقض في حكم لها بأن أساس مسؤولية المتبوع هو فكرة الحلول ، فقالت إن المادة المذكورة (م ١٥٢ مدني قديم) إذ جعلت المسؤولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التي مفتضاها ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) أن الذي يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء - على كثرة ما قيل في صدده تسويغه - أساسه أن شخصه المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً .

(نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦)



مسئولا كمتبوع ومسئولا عل وجه آخر في وقت واحد . فصاحب السيارة إذا استخدم سائقا ارتكب خطأ أصاب الغير بالضرر ، أمكن اعتباره مسئولا كمتبوع وتابعه هو السائق . وأممكن كذلك اعتباره حارس السيارة إذا لم تكن الحراسة للسائق ، فيكون مسئولا بمقتضى هذه الحراسة مسئولية مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . والمضروب وشأنه في اختيار أحد الاعتبارين والرجوع على صاحب السيارة بمقتضاه . وقد يختار اعتبار صاحب السيارة حارساً لا متبوعاً ، حتى يعفى نفسه من إثبات الخطأ في جانب السائق (1) .

## ٢ - قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع

٦٩٤ - فيما بين المتبوع والمضروب : رأينا أن مسئولية المتبوع إنما تستند إلى مسئولية التابع استناد التبع إلى الأصل . فمسئولية التابع - وقد ثبت في جانبه الخطأ والضرر وعلاقة السببية أي أركان المسئولية جميعاً - تقوم إلى جانب مسئولية المتبوع ، بل هي الأصل كما قدمنا (2) .

وينبني على ذلك أن المضروب يكون بالخيار ، إما أن يرجع على التابع ، وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معاً ، والاثان متضامنان أمامه . وقد يكون للتابع شريك في الخطأ ، فيصح للمضروب أن يرجع على المتبوع والتابع وشريكه جميعاً متضامنين . بل يصح له في هذه الحالة أن يرجع على المتبوع وحده بكل التعويض ، ثم يرجع المتبوع بعد ذلك على التابع وشريكه . ويجوز للمضروب أيضاً أن يرجع على المتبوع والتابع ، أو على المتبوع وشريك التابع ، أو على التابع وشريكه . فهو حر في أن يختار من يرفع الدعوى عليه من المسئولين الثلاثة ، واحداً أو أكثر ، ويطلب المدعى عليه بكل التعويض لأن الثلاثة متضامنون (3) .

٦٩٥ - فيما بين المتبوع والتابع : فإذا رجع المضروب على التابع دون المتبوع وقف الأمر عند هذا . أما إذا رجع على المتبوع دون التابع . فللمتبوع أن يرجع بما دفع على تابعه لأنه مسئول عنه لا مسئول منه (1) . وهذا ما تنص عليه المادة ١٧٥ من القانون المدني الجديد إذ تقول : «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر» (1) . وقد سبق ذكر هذا النص عند الكلام في مسئولية متولى الرقابة ، وبيننا هناك أن المسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع (2) ، وأن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فيرجع على المميز دون عديم التمييز ، وأن هذه هي حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التي أشار إليها النص . على أن المتبوع قد لا يرجع على التابع إلا ببعض ما دفع من التعويض ، ويتحقق ذلك إذا اشترك مع التابع في الخطأ ، فيقسم التعويض بينهما في علاقة أحدهما بالآخر وفقاً للقواعد التي قررتها عند تعدد المسئولين (2) . وهذه هي حدود أخرى لمسئولية الغير عن تعويض الضرر ، وهي حدود تتعلق بمسئولية التابع نحو المتبوع ، وتضاف إلى الحدود التي تقدم ذكرها متعلقة بمسئولية عديم التمييز نحو متولى الرقابة . ولا بد ، في العلاقة ما بين المتبوع والتابع ، أن يثبت التابع أن المتبوع اشترك معه في الخطأ ، كأن يكون قد أمره بارتكابه أو ساهم معه فيه ،

(1) أنظر تاريخ النص آنفاً (فقرة ٦٧٤ في الهامش) .

(2) وقد سبق أن أشرنا إلى أن مسئولية المتبوع هي وحدها التي تتمحض مسئولية عن الغير ، أما مسئولية متولى الرقابة فهي مسئولية ذاتية تنتهي إلى أن تكون مسئولية عن الغير . فهي إذن ابتداءً مسئولية ذاتية ، وانتهاءً مسئولية عن الغير . أما مسئولية المتبوع فمسئولية عن الغير ابتداءً وانتهاءً .

(1) للمتبوع عند وفاته بالتعويض للدائن المضروب أن يرجع على التابع بأحدى دعويين الأولى دعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين ، والدعوى الثانية هي الدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ من ذات القانون التي تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ، وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي وفاه عنه بالدعوى الشخصية التي قررها المشرع في المادة ٨٠٠ من القانون للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده وضمنان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمنان قرره القانون لمصلحة الدائن المضروب وحده .

(جلسة ٢٠٠٠/٥/١٠ الطعن ٢٢٢٨ لسنة ٦٣ ق)

(جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٧ الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٥/٦/٦ الطعن ٢٢٦٧ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق ص ٢٠ ص ١٩٩)

(2) يراجع ما ورد بالبند ١٦ .

(1) وقد قضت محكمة اسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا وقعت جريمة من خادماً باشتراكه مع آخر، كان الخادوم مسئولا أمام المجنى عليه عن كامل التعويض المستحق عن الجريمة ، سواء رفعت الدعوى عليه بمفرده أو رفعت عليه مع خادمه أو عليه مع شريك خادمه أو عليهم جميعاً بالتضامن (اسكندرية الكلية الوطنية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٤٤٣ ص ٤٩٠٣) .

(1) يجوز للتابع إذا رجع عليه المتبوع بما دفعه للمضروب أن يثبت أن المتبوع قد اشترك معه في الخطأ وفي هذه الحالة يقسم التعويض بينهما بنسبة اشتراك كل منهما في الخطأ الذي تسبب عنه الضرر .

(جلسة ١٩٨٢/١/١٤ الطعن ٦٧٨ لسنة ٤١ ق ص ٣٣ ص ١٠٧)

(جلسة ١٩٧٤/١١/٢٦ الطعن ١٨٩ لسنة ٣٩ ق ص ٢٥ ص ١٢٨٦)

(2) أ - للمضروب أن يرجع مباشرة على المتبوع بتعويض الضرر الناشئ عن أعمال تابعه غير المشروعة دون حاجة لإدخال التابع في الدعوى ولا تلتزم المحكمة في هذه الحال بتبنيه المتبوع إلى حقه في إدخال تابعه .

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ الطعن ٣٠٩/٢٩٩ لسنة ٣٣ ق ص ١٩ ص ٦٤٢)

ب - مطالبة المضروب للمتبوع مطالبة قضائية . قطعها التقادم بالنسبة للمتبوع ليس من شأنها قطع التقادم بالنسبة للتابع .

(جلسة ١٩٩٥/١/٥ الطعن ٣٥٣٥ لسنة ٥٨ ق السنة ٤٦ ص ٨٢ ع ١٤)

ولا يستطيع التابع أن يحتج على المتبوع بالمسئولية المفترضة ، فإن هذه لا يحتج بها على المتبوع إلا المضرور كما سبق القول (١)

ويقع كما قدمنا أن يرجع المضرور على المتبوع دون التابع ، لأن الأول يكون عادة هو الملقى ، ففي هذه الحالة يجوز للمتبوع أن يدخل التابع ضمناً في الدعوى ليحكم عليه بما عسى أن يحكم به على المتبوع . بل يجوز للمتبوع ، والدعوى مرفوعة من المضرور عليه هو والتابع معاً ، أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه للمضرور (٢) .

وبثبت المضرور عادة الخطأ في جانب التابع حتى تقوم مسئولية المتبوع كما قدمنا . فيستفيد المتبوع من ذلك ولا يعود في حاجة إلى إثبات خطأ التابع عند الرجوع عليه . ولكن قد يقع أن يكون التابع مسئولاً نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض في جانبه ، كأن يكون معلماً مسئولاً عن تلميذ ولم يستطيع نفي الخطأ المفترض ، أو يكون سائق سيارة احتفظ بحراستها فصار مسئولاً نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ففي هذه الحالة لا يحتاج المضرور إلى إثبات خطأ التابع لأن هذا الخطأ مفترض . فهل يستفيد المتبوع هنا أيضاً من الخطأ المفترض في جانب التابع عند رجوعه عليه ؟ ليس له ذلك ، بل عليه إذا أراد الرجوع على تابعه أن يثبت خطأه ولا يكتفى بالخطأ المفترض في جانبه ، لأن هذا الخطأ المفترض ، في الحالة التي نحن بصدددها ، إنما يقوم في العلاقة ما بين التابع والمضرور ، لا في العلاقة ما بين التابع والمتبوع .

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القانون يعتبر المخدم مسئولاً عن الفعل الضار الذي يقع من خادمه أثناء خدمته ، وهذا الاعتبار مبني مجرد افتراض قانوني في حق المخدم لا يتحقق إلا بالنسبة لمن وقع عليه الضرر ، ولا يمكن أن يستفيد منه الخادم إلا إذا أقام الدليل على وقوع خطأ من جانب مخدمه أيضاً . فإذا كان المخدم لم يقع منه أي خطأ ، فإنه يحق له أن يطلب تحميل خادمه هو والمتهمين معه ما ألزم بدفعه للمدعي بالحقوق المدنية تنفيذاً للحكم الصادر بالتضامن معهم لأن هذا التضامن لم يقرره القانون إلا للمصلحة من وقوع عليه الضرر . وأن تقدير حصة كل من اشتركوا في إحداث الضرر يجب بحسب الأصل أن يكون المناط فيه مبلغ جسامه الخطأ الذي ساهم به فيما أصاب المضرور من الضرر إذا كانت وقائع الدعوى تساعد على تقدير الأخطاء على هذا الأساس . أما إذا كان ممتنعاً ، فإنه لا يكون ثمة من سبيل إلا اعتبار المخطئين مسئولين بالتساوي عن الضرر الذي تسببوا فيه (نقض جنائي في ١٩ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٧٩ ص ٢٣٧)

(٢) أنظر الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٤ ص ٢١٤ - وقد أشار إلى حكم في هذا المعنى لمحكمة النقض قضت فيه : «بأنه إذا رفعت دعوى تعويض على متهم عما أحدثه من أضرار للمدعي بالحق المدني وعلى وزارة الداخلية بالتضامن مع المتهم لأنه من رجالها وهي مسئولة عن أفعال رجالها ومتضامنة معهم في تعويض كل ضرر يحدث منهم أثناء تأدية وظائفهم ، فللحكومة أن توجه دعوى الضمان الفرعية إلى المتهم في حالة الحكم للمدعين بالتعويض . فإذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى الضمان الفرعية بحجة أنها سابقة لأوانها ، كان قضاؤها بذلك خاطئاً في تطبيق القانون . ويتبين نقضه . (نقض جنائي في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ٤٧٥ ص ٦٠٤) .

## الفرع الثاني

### المسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٩٦ - حالات ثلاث : بعد أن فصلنا حالتى المسئولية عن عمل الغير ، نتقل إلى حالات المسئولية الناشئة عن الأشياء ، الحي منها وغير الحي . ذلك أن الشخص يسأل عما هو في حراسته في حالات ثلاث :

الأولى - مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر .

والثانية - مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهزام البناء من ضرر .

والثالثة - مسئولية من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر .

وتنظم هذه الحالات الثلاث فكرة «الخطأ في الحراسة» (faute dans la garde) فلا تزال المسئولية فيها مبنية على الخطأ ، والحارس مسئول عن خطئه في الحراسة . والخطأ في الحراسة هو أن يترك الحارس زمام الشئ يفلت من يده .

## المبحث الأول

### مسئولية حارس الحيوان (\*)

٦٩٧ - النصوص القانونية : كان القانون المدني القديم ينص في المادتين ١٥٣ . ٢١٥ على ما يأتي :

«وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور ، سواء كان في حيازته أو تسرب منه» .

وقد نقل القانون المدني الجديد هذا الحكم دون تعديل إلا في الصياغة ، فنصت المادة ١٧٦ من هذا القانون على ما يأتي :

«حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه (١)» .

(\*) بعض المراجع : مازو ٢ فقرة ١٠٧١ - فقرة ١١٣٧ - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٩٢ - فقرة ٦٠٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٥٨ - فقرة ١٠٦٣ - فقرة ١٠٨٣ - كولان وكابيتان ولاموراندبير ٢ فقرة ٣٥٧ - فقرة ٣٦١ - جوسران ٢ فقرة ٥١٥ - فقرة ٥٢٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٥ - فقرة ٣٥٨ - الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٥ - فقرة ٢٥٤ - الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥١١ - فقرة ٥١٥ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ١٠٢ - فقرة ١٠٦ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، حتى لو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت =

والنص الجديد أكثر وضوحاً من النص القديم، وأوسع إحاطة بأحكام المسؤولية التي نحن بصددتها (١)، ولكنه لم يستحدث حكماً جديداً كما قدمنا.

== الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. وأقرت لجنة المراجعة هذا النص تحت رقم المادة ١٨٠ من المشروع النهائي. وأقره مجلس النواب. ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن عبارة «حارس الحيوان» قد تشبه بالحراسة بالمعنى المفهوم، وقد يخرج عنها المالك، فقررت أن تكون صيغة المادة كما يأتي: «حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له» فأضافت عبارة «ولو لم يكن مالكا له» بعد عبارة «حارس الحيوان» لتبهر أن اصطلاح الحارس لا ينفي اعتبار المالك حارساً إن توافرت الشروط المقررة في هذا الشأن. وقد اقترح على اللجنة الاستعاضة عن اصطلاح «الحارس» باصطلاح «المتفحص»، فلم تر الأخذ بهذا الاقتراح لأن تعبير «حارس الحيوان» قد يتسع نطاقه لصور أخرى لا تندرج تحت الصور المقترحة، وقد استعمل الفقه في مصر اصطلاح الحراسة في هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (garde) في اللغة الفرنسية، ودلالة هذا التعبير معروفة وهي مرنة، ومن غير المرغوب فيه حصرها في حدود صور بخصوصها، وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيد الاجتهاد. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٣-٤٢٨).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في تفضيل نص القانون الجديد ما يأتي: «يعتبر هذا النص متقدماً على نظيره في نصوص التقنين المصرى الحالي (القديم) من ناحيتين: (أ) فيلاحظ من ناحية أنه نوه صراحة بفكرة الحراسة، وجعل الحارس الحيوان مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر. وهذه الفكرة لا تستخلص إلا اقتضاء من دلالة عبارة المادة ٢١٥/١٥٣ إذ تنص على إلزام «مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور». وقد جهد الفقه الحديث في تحليل فكرة الحراسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاف أو التهافت. فهو يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية. والثانية دون الأولى هي التي تبنى عليها المسؤولية، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له الحراسة القانونية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذى استخدمه للعناية به، وقد عنى التقنين اللبائى بالنص على هذا الحكم فى عبارة صريحة، فقضى فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ بأن «تلك المسؤولية تترتب، ولو كان الحارس المضروب قد ارتبط من قبل بعقد من العقود، كإجارة الأشخاص مثلاً، ما لم ينص على خلاف ذلك». وبراعى أن الحراسة القانونية تظل قائمة ولو ضل الحيوان أو تسرب. (ب) ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع اختار صراحة فكرة الخطأ المفترض، وجعل منها أساساً لمسئولية حارس الحيوان. وقد جرى القضاء المصرى على اتباع هذا الرأى، رغم أن المادة ٢١٥/١٥٣ من التقنين المصرى لم تذكر شيئاً فى هذا الشأن. وقد وقفت التقنينات الأجنبية من فكرة افتراض الخطأ هذه مواقف مختلفة فيما يتعلق بقوة القرينة التى تقوم عليها من حيث جواز سقوطها أو عدم سقوطها بإثبات العكس. فبعض هذه التقنينات يبيح لحارس الحيوان الاكتفاء بإقامة الدليل على أنه التزم الحيطه الواجبة لمنعه من الإضرار أو لرقابته (المادتان ٩٤-٨٦) من التقنين التونسى والمراكشى، والمادة ٢٣٩٤ من التقنين البرتغالى، والمادة ٨٣٤ من التقنين الألمانى، والمادة ١٣٢٠ من التقنين النمساوى المعدل، والمادة ٥٦ من تقنين الالتزامات السويسرى، والمادة ١٥٢٧ من التقنين البرازيلى، والمادة ١٩٠ من التقنين الصينى). وبعضها لا يبيح إلا إثبات السبب الأجنبى (المادة ٨١ من المشروع الفرنسى الإيطالى، والمادة ١٢٩ من التقنين اللبائى، والمادة ١٩٠٥ من التقنين الأسبانى)، وهذا هو ما اختاره القضاء المصرى والقضاء الفرنسى. ويتوسط التقنين البولونى هذين الرأين، فيكتفى من حارس الحيوان بإقامة الدليل على أن خطأ ما لم يقع منه أو من أحد ممن يسأل عنهم (١٤٨م) ومع ذلك فهو يجيز للمحكمة رغم قيام هذا الدليل أن تلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بتعويض كل الضرر أو بعضه إذا اقتضت العدالة ذلك مع مراعاة الظروف ويسار المضروب ومالك الحيوان أو مستخدمه بوجه خاص

ونبحث هنا أيضاً متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية.

## المطلب الأول

### متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان

٦٩٨- شرطان لتتحقق المسئولية: تتحقق هذه المسئولية إذا تولى شخص حراسة حيوان وأحدث الحيوان ضرراً للغير. فعندئذ يكون حارس الحيوان مسئولاً عن هذا الضرر. فتتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين: (١) تولى شخص حراسة حيوان (٢) إحداث الحيوان ضرراً للغير.

### ١- حراسة الحيوان

٦٩٩- تحليل هذا الشرط: لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة حيوان. فبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «الحيوان».

٧٠٠- الحراسة (la garde): قدمنا أن الخطأ فى الحراسة هي أن يترك الحارس زمام الشئ يفلت من يده. فحارس الحيوان إذن هو من فى يده زمام الحيوان، فتكون له السيطرة الفعلية عليه فى توجيهه وفى رقبته، ويكون هو المتصرف فى أمره، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية، ما دامت سيطرة فعلية قائمة.

فليس حارس الحيوان هو ضرورة مالكه، فقد ينتقل زمام الحيوان - السيطرة الفعلية فى توجيهه وفى رقبته وفى التصرف فى أمره - من يد إلى يد غيره، فيصبح هذا الغير هو الحارس. وليس الحارس هو ضرورة المتفحص بالحيوان إذا لم يكن لهذا السيطرة الفعلية فى توجيه الحيوان وفى رقبته. وليس الحارس هو من يعرف عيوب الحيوان ويتركه مع ذلك يضر بالناس، ما دام لا يملك التصرف فى أمره وليست له سيطرة فعلية عليه فى توجيهه وفى رقبته. وليس الحارس هو من يكون الحيوان فى حيازته دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه فى توجيهه والرقابة، فلا يعتبر حارساً بوجه عام لا الراعى ولا السائق ولا الخادم ولا السائس (١).

(المادة ١٤٩ فى فقرتها الأخيرة). ولم يبح المشروع إلا إثبات السبب الأجنبى اقتداء بما جرى عليه القضاء المصرى فى هذا الشأن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٤-٤٢٥). (١) ويجب أيضاً أن نستبعد معيارين، أحدهما قال به الأستاذان مازو ثم عدلا عن قولهما، والآخر قالت به محكمة النقض الفرنسية.

فقد كان الأستاذان مازو يميزان بين الحراسة المادية (grade matérielle) والحراسة القانونية (grade juridique)، فيجعلان الحراسة القانونية، وهى حق يعطيه القانون للشخص فى السيطرة على الشئ، هى التى تترتب عليها المسئولية. وقد عدلا عن هذا الرأى على أثر حكم محكمة =



فيجب إذن أن نقف عند المعيار الذي قدمناه، وأن نعتبر حارس الحيوان هو من يملكه، فيملك السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة ويكون هو المتصرف في أمره (1). ونص القانون المدني الجديد يتفق مع هذا المعيار، فقد رأينا المادة ١٧٦ تنص على أن «حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر» (١).

وإذا أردنا أن نطبق معيار «السيطرة الفعلية» تطبيقاً عملياً أمكن أن نفرصه على الوجه الآتي:

مالك الحيوان هو في الأصل صاحب السيطرة الفعلية عليه، وهو الذي يملك زمامه في يده، فله التوجيه والرقابة، وهو المتصرف في أمره. ومن ثم يكون حارس الحيوان هو أصلاً مالكا. فهناك إذن قرينة على أن مالك الحيوان هو الحارس، وإذا رجح الضرر على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس، بل المالك هو الذي عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس

=النقض الفرنسية في دورها الجمعية في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (سيريه ١٩٤١-١-٢١٧- وانظر مازو ٢ ققرة ١٠٨٧ وققرة ١١٥٩)، وأخذ الأستاذان بمعيار السيطرة الفعلية في التوجيه والرقابة. أما محكمة النقض الفرنسية في دورها الجمعية فقد قضت في الحكم الذي أشرنا إليه بأن حارس الشيء هو من يستعمل الشيء نفسه أو بواسطة تابع له الاستعمال الذي يلائم ممارسة مهنته (celui qui, par lui-même ou par ses préposés, en fait l'usage que comporte l'exercice de sa profession) وهذا المعيار أرادت محكمة النقض أن تنزل فيه عند التعبير الذي استعمله القانون المدني الفرنسي في المادة ١٣٨٥، إذ أن هذا النص يجعل المسئول هو مالك الحيوان أو من يستعمله (le propriétaire ou celui qui s'en sert)، وقصدت به أن توفق بين عبارة القانون الفرنسي والتحليل الصحيح لمعنى الحراسة. ولكن يؤخذ عليه أنه إذا كان من يستعمل الحيوان الاستعمال الذي يلائم ممارسة مهنته تكون له في الغالب السيطرة الفعلية عليه في توجيهه وفي رعايته فيتفق المعياران، إلا أن هذا ليس ضرورة لازمة، فقد تكون السيطرة الفعلية على الحيوان في يد غير اليد التي تستعمله الاستعمال الملائم للمهنة.

(١) وقد جاء في مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يؤكد هذا التفسير، فقيل: «إن التشريعات الحديثة تستعمل هذا الاصطلاح (الحراسة) في هذا المقام، وقد استقر في لغة الفقه القانوني الحديث الذي جهد في تحليل فكرة الحراسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاف أو التهافت، فقد كان يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية، والثانية دون الأولى هي التي تبنى عليها المسئولية، ولكن التطور اتجه إلى الاعتداد بالسيطرة الفعلية، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له الحراسة الفعلية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذي استخدمه للعناية به» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٦).

(١) إن حارس الحيوان بالمعنى المقصود في المادة ١٧٦ من القانون المدني هو من تكون له السيطرة الفعلية عليه ويملك التصرف في أمره ولا تنتقل الحراسة من مالك الحيوان إلى التابع المنوط به تربيته وتدريبه ذلك أنه وإن كان للتابع السيطرة المادية على الحيوان وقت تربيته إلا أنه يعمل لحساب متبوعه ومصالحه ويتلقى تعليمات في كل ما يتعلق بهذا الحيوان فإنه يكون خاضعاً للمتبع مما تظل معه الحراسة لهذا الأخير، إذ أن العبرة في قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض هي بسيطرة الشخص على الحيوان سيطرة فعلية لحساب نفسه.

(جلسة ١٩٦٧/٣/٢ الطعن ١٨١ لسنة ٢٣٣ ص ١٨ ص ٥٣١).

الحيوان وقت إحداثه الضرر. وإذا أفلت زمام الحيوان من يد المالك بأن ضل أو تسرب، كان هذا خطأ في الحراسة (faute dans la garde)، ويكون مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول: «حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب». ومن باب أولى إذا ترك الحارس الحيوان في الطريق دون رقيب، كان مسئولاً عما يحدث من ضرر.

وإذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد أخرى، فإن كان قد انتقل رغم إرادة المالك أو دون علمه، كما لو انتقل إلى لص سرق الحيوان، أو إلى تابع للمالك استولى على الحيوان واستعمله لمنفعته الشخصية، فإن السيطرة الفعلية على الحيوان تنتقل في هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير، ويصبح السارق أو التابع الذي استولى على الحيوان لفعله الخاص هو الحارس، ويكون هو المسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر. ومن ثم نتبين أنه ليس من الضروري أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون، ففي المثليين اللذين نحن بصددهما يتضح أن كلا من اللص والتابع مسيطر على الحيوان سيطرة غير مشروعة.

أما إذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد الغير برضاء من المالك، وكان الغير تابعاً للمالك كالسائق والسائس والخادم والراعي، فالأصل أن انتقال الحيوان إلى يد التابع لا ينقل إليه السيطرة الفعلية على الحيوان، إذ الغالب أن المالك يستبقى سيطرته الفعلية على الحيوان حتى بعد أن يسلمه لتابعه. فيبقى المالك في هذه الحالة هو الحارس. ولكن لا شيء يمنع في بعض الحالات من أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى التابع، كما إذا سلم صاحب الحصان حصانه لخيل (jockey) يجرى به في السباق، فإن الخيل في هذه الحالة من وقت أن أمسك بزمام الحصان وبدأ يجرى به في السباق قد انتقلت إليه السيطرة الفعلية على الحصان وأصبح هو الحارس، فيكون مسئولاً مسئولية الحارس، ويكون المالك مسئولاً مسئولية المتبع.

وإذا كان المالك قد نقل الحيوان إلى شخص غير التابع ينتفع به كالمستأجر أو المستعير، انتقلت في الغالب من الأحوال إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية على الحيوان، إذ هو في سبيل الانتفاع به يمسك زمامه في يده وله حق التصرف في أمره، ومن ثم يكون هو الحارس. فإن نقله المالك إلى شخص غير التابع لا ينتفع به بل للمحافظة عليه أو لعلاجه، كصاحب الأصبطل وصاحب الفندق والطبيب البيطري، فالأصل هنا أيضاً أن السيطرة الفعلية تنتقل إلى هذا الشخص، ويكون هو الحارس. ولكن قد يستبقى المالك في هذه الحالة السيطرة الفعلية على الحيوان في أثناء الوديعه أو وقت العلاج، فيبقى هو الحارس (١).

(١) أنظر في هذا المعنى مازو ٢ ققرة ١١٠٤ - فقرة ١١٠٨ - ويرى الأستاذ مصطفى مرعي بك أن الذي تنتقل إليه الحراسة هو الذي يتسلم الحيوان بقصد الانتفاع به، لأنه وهو ينتفع به يحيط بخصاله =

٧٠١- الحيوان: أى نوع من الحيوان، مستأنساً كان أو متوحشاً. كبيراً أو صغيراً، خطراً  
ير خطر، يكون حارسه مسئولاً عنه. فالدواب والبهائم بأنواعها المختلفة من خيل وبغال  
ببر وجمال ومواش، والحيوانات الأليفة من كلاب وقطط وقردة، والدواجن والطيور، وما  
على أن يمتلك الشخص من حيوانات مفترسة كالسباع والنمور والفيلة وغيرها، كل  
الحيوان يكون حارسه مسئولاً عنه. وقد يكون الحيوان معتبراً عقاراً بالتخصيص، كالمواشى  
التي تربي في أرض زراعية، ولا يمنع ذلك من أن يكون حارسها مسئولاً عنها، ولا عبرة بأنها تعد  
أشياء.

ولكن يشترط أن يكون الحيوان حياً ومملوكاً لأحد من الناس وأن تكون حراسته ممكنة.  
فإن الحيوان الميت تعتبر شيئاً غير حي لا حيواناً، والمسئولية عنها تكون مسئولية عن شيء غير  
حيوان، فلا تتحقق وفقاً للمادة ١٧٨ من القانون المدنى الجديد إلا إذا كانت  
مسئولية عنها تتطلب عناية خاصة. والطيور الذى لا مالك له لا يسأل شخص عما يحدثه من التلف  
إذا ثبت خطأ في جانبه. والجراد إذا أصاب زراعاً فأنلفه لا يسأل عن عمله إلا شخص ثبت  
أنه أثار الجراد بخطأه.

## ٢- إحداهت الحيوان ضرراً للغير

٧٠٢- تحليل هذا الشرط: حتى تتحقق مسئولية حارس الحيوان، يلزم أن يكون هذا  
الحيوان قد أحدث ضرراً للغير. فيلزم إذن أن يكون الضرر من فعل الحيوان (fait de

الحيوان). أما من يحوز الحيوان بحكم صناعته التي تجبره على تلقي كل حيوان يرد إليه، كالراعى  
والبيطار والطبيب البيطرى وشركات النقل، فلا تتنقل إليه الحراسة (المسئولية المدنية فقرة ٢٤٥).

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسئول عن الحيوان هو حارسه لا مالكة (استئناف مختلط فى  
١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩). فلا يصبح المالك مسئولاً متى سلم الحيوان إلى شخص آخر  
يستخدمه لمصلحته فانتقلت إليه الحراسة، والمالك هو الذى يكون مسئولاً (استئناف مختلط فى  
٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧). ولا يكون المالك مسئولاً إلا إذا ارتكب خطأ بأن سلم الحيوان  
إلى شخص غير قادر على حراسته (الحكم السابق). ولكن مالك الحيوان يكون مسئولاً عن خطأ تابعه  
كالسائق (استئناف مختلط فى أول يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٤).

وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا علق شخص خيله بعربة آخر وركب هو وصيدق له، ووكل  
إلى الصيدق القيادة فى مكان مزدحم، كان صاحب الخيل هو المسئول، وبخاصة إذا كان صديقه يقود  
تحت إشرافه لضعف بصره ولعدم معرفته بطبائع هذه الخيل (استئناف وطنى فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣  
المجموعة الرسمية رقم ٢٧ ص ٦٠).

وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأنه إذا وقع الضرر من واحد من حيوانات متعددة، ولم يعرف  
على وجه اليقين أيها هو الذى أحدث الضرر، كان جميع الأشخاص الذين وجدت الحيوانات فى  
حراستهم متضامنين فى المسئولية. فإذا ترك صاحب الكلب كلبه طليقاً فى الطريق العام، فاختلف  
بكلاب أخرى، وأصيب مار من هذه الكلاب، ولم يعرف أى كلب عضه، فأصحاب الكلاب جميعاً  
مسئولون بالتضامن (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيتة رقم ٣٠  
ص ٦٦).

l'animal، ويكون هناك أمران نتكلم فيهما: (١) فعل الحيوان (٢) والضرر الذى  
حدثه.

٧٠٣- فعل الحيوان: يجب أن يكون الحيوان هو الذى «أحدث» الضرر، أى أن يكون  
أتى عملاً إيجابياً كان هو السبب فى الضرر. أما إذا كان الضرر قد حدث دون أن يكون  
حيوان دور إيجابى، كما إذا ارتطم شخص بجسم حيوان حتى فجرح، أو سقطت جثة حيوان  
على إنسان فأصابته بالضرر، فإن الضرر لا يكون فى هذه الحالة من فعل الحيوان، إذ لم  
يكن للحيوان فى ذلك إلا دور سلبى.

وإذا كنا نتطلب أن يقوم الحيوان بدور إيجابى فى إحداث الضرر، فليس هذا معناه أن  
يكون الحيوان قد اتصل اتصالاً مادياً بالجسم الذى ألحق به الضرر، بل يكفى أن يكون هو  
سبب الإيجابى لإحداثه. فلو خرج حيوان مفترس فى حراسة شخص فجاءه إلى الطريق العام،  
فأصاب الذعر أحد المارة وسقط ففجرح دون أن يمسه الحيوان، فهذا الضرر يعتبر من فعل  
الحيوان.

وهناك فروض يكون فيها قد اشترك مع الحيوان عامل آخر فى إحداث الضرر، كما إذا  
كان المتسبب المباشر فى الإصابة هى المركبة التى يقودها الحيوان. فإذا كان الحيوان هو  
العامل المتغلب كما هو الراجح، فإن الإصابة تعتبر من فعله. ويدق الأمر إذا كان الحيوان عند  
إحداث الإصابة يقوده إنسان أو يمتطيه، فهل تعتبر الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان أو من  
فعل الحيوان؟ ولا شك فى أن القول برأى من هذين الرأيين تترتب عليه أهمية عملية كبيرة.  
إذ لو اعتبرت الإصابة من فعل الإنسان، فلا يفترض الخطأ، بل يكلف المدعى إثباته للقواعد  
العامية. وإذا اعتبرت الإصابة من فعل الحيوان، كان هناك خطأ مفترض فى جانب الحارس،  
ولا يكلف المدعى إثبات هذا الخطأ. وقد سار القضاء الفرنسى مدة طويلة على اعتبار أن  
الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان<sup>(١)</sup>. وتابع القضاء المصرى القضاء الفرنسى فى ذلك<sup>(٢)</sup>.  
ثم عدل القضاء الفرنسى عن هذا رأى، واعتبر أن الإصابة قد حدثت من فعل الحيوان<sup>(٣)</sup>.  
وهذا هو رأى الصحيح، لأن الراكب الحيوان أو قائده لا تعتبر الإصابة من فعله إلا إذا كان  
قد تعمدتها. فإن اعترف بذلك، وهذا غير محتمل، كان الخطأ ثابتاً فى جانبه. وإلا فإن  
الحيوان عندما أحدث الضرر يكون زمامه قد أفلت من يده، وتكون الإصابة قد حدثت بفعل  
الحيوان<sup>(٤)</sup>.

(١) نقض فرنسى فى ٦ مايو سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢-١-٢٨٦- وحكم آخر فى ١١ مايو سنة ١٩٠٨  
دالوز ١٩١١-١-٣٩٩.

(٢) استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣.

(٣) نقض فرنسى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨-١-١٧٧- وحكم آخر فى ٢٤ يونية سنة  
١٩٣٠ سيريه ١٩٣١-١-١٢١.

(٤) مازو ٢ فقرة ١١٢٢.

٧٠٤ - الضرر الذي يحدثه الحيوان: أى ضرر يحدثه الحيوان يكون حارسه مسئولاً عنه. فإذا دهس حيوان شخصاً فجرحه أو قتله، وإذا أتلّف الحيوان مالا مملوكاً للغير ولو كان هذا المال حيواناً مثله، وإذا عض كلب شخصاً فأحدث به ضرراً<sup>(١)</sup>، وإذا انتقل مرض معد من حيوان مريض، فكل هذه تعتبر أضراراً يكون حارس الحيوان مسئولاً عنها.

والضرر الذي يحدثه الحيوان قد يقع على الغير كما هو الغالب، وقد يقع على الحارس نفسه، وقد يقع على المالك إذا لم يكن هو الحارس، وقد يقع على الحيوان ذاته أى أن الحيوان يصيب نفسه بالضرر.

فإذا أوقع الحيوان الضرر بالغير، جاز للغير أن يرجع بالتعويض على الحارس بالخطأ المفترض، وهذه هي الصورة المألوفة في المسؤولية عن الحيوان.

ويعتبر في حكم الغير تابع المالك إذا لم تنتقل إليه الحراسة. فإذا ألحق الحيوان ضرراً بسائسه أو بسائقه، فقد تقدم أن المالك في هذه الحالة يعتبر في الأصل أنه هو الحارس، ويكون مسئولاً تجاه السائس أو السائق بالخطأ المفترض<sup>(٢)</sup>. وإذا كانت هناك علاقة عقدية

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا عض كلب إنساناً، ولم يكن الكلب موضوعاً في قيد بل ترك طليقاً في الحديقة مع أنه كلب خطر، فإن صاحب الكلب مسئول حتى لو كان المضروب يعلم أن الكلب خطر (استئناف مختلط في ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢).

(٢) وقد قضت في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا أصيب «عربجي» في أثناء خدمته بجرح يبلغ من حصان مخدومه، وكان عالماً بعيب الحصان ولكنه كان يحتاط لنفسه منه، فإن السيد ملزم بالتعويض ارتكناً على المادة ١٥٣ مدني (قديم)، لأنه لم يثبت أن الضرر الحاصل نشأ عن خطأ الخادم أو بالقضاء والقدر (استئناف وطني في ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٠ ص ٣٧). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية، في مسؤولية صاحب جمل عض جملة الجمال عندما كان يقدم له الطعام، بأن القانون يفترض حصول الخطأ أو الإهمال من صاحب الحيوان ويعفى المجنى عليه من عبء الإثبات، سواء كان المجنى عليه هو العامل الذي يقود الحيوان أو أجنبياً عنه، ولا يسقط هذا الافتراض القانوني قبل مالك الحيوان بإثبات عدم حصول خطأ أو إهمال منه، بل يجب لذلك أن يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهري أو بخطأ المجنى عليه. ولما كان مالك الحيوان لم يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهري أو بخطأ المجنى عليه، إذ لا يكفي أن يستنتج خطأ المجنى عليه من هدوء طبيعة الجمل وعدم اعتياده على العض وأنه لا بد لذلك أن يكون قد أسى إليه، بل يجب أن يقوم الدليل على هذه الإساءة، فإن افتراض الخطأ يبقى قائماً في جانب المالك (استئناف مصر الوطنية في ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٨٠). وقضت أيضاً في قضية مماثلة، سلم فيها صاحب الجمل جملة إلى أجير عنده لقيادته فعقر الجمل الأجير، بأنه يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدني أهلي (قديم) أن الشارع جعل مسؤولية مالك الحيوان أو مستخدمه هي الأصل، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذي أصاب الغير إنما أصابه بحادثة قهرية أو بإهماله هو، والذي يستفيد من هذه المسؤولية المفترضة ليس فقط الشخص الأجنبي عن المالك، بل يستفيد منها أيضاً الأشخاص الذين يعملون في خدمة المالك إذا كلفهم المالك المذكور بأن يسوقوا الحيوان أو يعتنوا به أو يقوموا بخدمته (استئناف مصر الوطنية في ١٧ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩ - أنظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٨ ص ٧٩). وقضت محكمة استئناف أسبوط في هذا المعنى أيضاً بأن القانون في المادة ١٥٣ مدني (قديم) يفترض وقوع خطأ أو =

ما بين حارس الحيوان والمضروب، كما إذا استأجر شخص الحيوان وصاحبه لينقله من مكان إلى آخر. فأضر الحيوان بالمستأجر، فإن صاحب الحيوان في هذه الحالة يكون مسئولاً مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية، لأنه التزم في عقد النقل بضمان سلامة الراكب. وإذا أحدث الحيوان ضرراً بحيوان آخر، فمالك الحيوان المضروب يرجع على حارس الحيوان الأول بالخطأ المفترض لأنه من الغير<sup>(١)</sup>.

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه، فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ في جانبه طبقاً للقواعد العامة.

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالمالك وكان غير الحارس، فللمالك أن يرجع على الحارس بالخطأ المفترض، ويعتبر غيراً في هذه الحال.

وإذا أوقع الحيوان الضرر بذاته، بأن اختنق بحبل مثلاً، وكان الحارس هو المالك، هلك الحيوان على مالكه. أما إذا كان الحارس غير المالك، فلا يستطيع المالك في هذه الحالة أن يحتج على الحارس بالخطأ المفترض، فإن افتراض الخطأ لا يقوم إلا لضرر أصاب الغير لا الحيوان ذاته. ولكن يجوز للمالك أن يثبت خطأ في جانب الحارس، فيرجع عليه بالتعويض للخطأ الذي أثبتته لا لخطأ مفترض.

=إهمال من مالك الحيوان الذي أضر بالغير، ولذا جعله مسئولاً عن كل ضرر ينشأ عن الحيوان بلا أدنى قيد، والمصائب في غير حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من المالك لأن القانون افترض خطأه. ولما كان تدخل المصاب من تلقاء نفسه وهو عامل عند صاحب الحمير لمنع الحمير من التشاجر فيما بينها دون الاستعانة بعصا لا يعد خطأ أو إهمالاً منه، لذلك تكون المسؤولية واقعة على المالك، لأن خطأ المفترض قانوناً لم يرفع بخطأ المصاب (استئناف أسبوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ ص ٨٠).

أما إذا ثبت خطأ في جانب المصاب، فإن هذا الخطأ قد ينفي علاقة السببية ما بين الضرر والخطأ المفترض في جانب المسئول. وقد قضت محكمة طنطا الاستئنافية بأنه إذا ثبت أن الجمل انتزع رباطه من الوتد وعض الخادم المكلف بخدمة المواشي، وثبت أن الخادم لم يتخذ الاحتياطات الضرورية في ذلك الفصل من السنة لأنه لم يكتم الجمل، وأن الجمل لم يكن حيواناً خطراً معتاداً على العض، كان الضرر ليس إلا نتيجة إهمال المصاب وتعيين رفض دعواه (طنطا استئنافي في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٠ ص ٣٣٧).

وإذا سلم صاحب الحيوان حيوانه إلى المستخدم لينتفع به انتفاعاً شخصياً، انتقلت الحراسة إلى المستخدم، ولا يكون صاحب الحيوان مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه الحيوان للمستخدم (استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧).

ويذهب الأستاذ مصطفى مرعي بك إلى أن مالك الحيوان لا يكون مسئولاً تجاه خادمه المكلف بمراقبة الحيوان، بمقتضى خطأ مفترض، بل يجب على الخادم أن يثبت خطأ في جانب المالك، كأن يكون المالك قد أخفى عن خادمه عيباً يعلمه في الحيوان، أو يكون المالك قد سلم الحيوان لخادم صغير لا تسمح له سنه بملاحظة الحيوان، أو يكون المالك قد قصر في تجهيز الحيوان بالأدوات لصده وكبح جماحه (المسئولية المدنية فقرة ٢٤١).

(١) وإذا اتفق شخصان على أن يتركا مواشيهما في مكان واحد، وأن يعفى كل منهما من مسؤوليته عن مواشيه، فإن شرط الإعفاء يكون إعفاء من المسؤولية التقصيرية، فيكون باطلاً، ويعتبر كل منهما مسئولاً عن مواشيه قبل الآخر بمقتضى خطأ مفترض.



## المطلب الثاني

### الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية حارس الحيوان

٧٠٥- مسألتان: متى تحققت مسؤولية حارس الحيوان على النحو الذي قدمناه، قامت هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب الحارس كما أسلفنا. ونبين الآن: (١) ما هو هذا الخطأ (٢) وإلى أي حد هو مفترض.

#### ١- ما هو الخطأ

٧٠٦- خطأ في الحراسة: الخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان هو خطأ في الحراسة (faute dans la garde). وعلى هذا الخطأ قامت مسؤولية الحارس، فالخطأ إذن هو أساس المسؤولية. ولا يمكن أن يقال إن أساس المسؤولية هو تحمل التبعة (risque)، ولا لكان المسئول هو المنتفع بالحيوان لا الحارس، ولما جاز دفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي والخطأ في الحراسة هو إفلات الحيوان من سيطرة الحارس، لأن هذا الإفلات هو الذي أحدث الضرر.

٧٠٧- ما الذي يشبهه المضرور: ولا يكلف المضرور إلا بإثبات الشروط التي تتحقق بها مسؤولية حارس الحيوان. فيجب عليه أن يثبت أولاً أن المدعى عليه هو حارس الحيوان، وقد قدمنا أن هناك قرينة على أن المالك هو الحارس إلى أن يثبت أن حراسة الحيوان قد خرجت من يده. ويجب عليه بعد ذلك أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الحيوان، أي أن الحيوان قد تدخل تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر، وأن الضرر قد حدث بفعله لا بفعل الإنسان ولا بفعل الشيء، على التفصيل الذي سبق ذكره.

#### ٢- إلى أي حد هو مفترض

٧٠٨- الافتراض لا يقبل إثبات العكس: الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس (١)، بخلاف الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة فهو افتراض يقبل إثبات العكس كما قدمنا.

(١) وتختلف مسؤولية صاحب الحيوان الجنائية عن المسؤولية المدنية، ففي الأولى لا يفترض الخطأ بل يجب إثباته. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يكفي لمحاكمة شخص جنائياً عما يصيب الغير من الأذى بفعل الحيوان أن يثبت أن ذلك الحيوان مملوك له، لأن ذلك إذا صح مبدئياً أن يكون سبباً للمسؤولية المدنية، فإنه لا يكفي لتقرير المسؤولية الجنائية التي لا يصح أن يكن لها محل إلا إذا ثبت على المالك نوع من أنواع الخطأ في المحافظة على حيوانه ومنع أذاه عن الغير، وفي هذه الحالة يجب بيان نوع الخطأ في الحكم ووجه نسبه إلى مالك الحيوان بالذات (نقض جنائي في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجامع ١٢ رقم ١٤٣ ص ٢٦٣). أنظر في هذه المسألة الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٣٦.

فلا يجوز إذن للحارس، متى أثبت المضرور الشروط التي تتحقق بها مسؤوليته، أن ينفي الخطأ عن نفسه، بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر. ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الحيوان قد أفلت من يده، وهذا الإفلات هو ذات الخطأ. وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر، ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس. وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، فهو خطأ قد تم إثباته، ولا يتصور إذن أن يثبت عكسه (١).

وقد سبق القول إن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضرور، فلا يقوم إذا أحدث الحيوان ضرراً لنفسه أو أحدث ضرراً للحارس (٢). وقدما أيضاً أن مسؤولية حارس الحيوان قد تجتمع مع مسؤولية المتبوع في شخص واحد. فمالك الحيوان إذا دفعه إلى السائق محتفظاً بالحراسة، فألحق الحيوان ضرراً بالغير، أمكنت مساءلة المالك باعتباره حارساً للحيوان حيث يفترض الخطأ في جانبه افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، كما تمكن مساءلته باعتباره متبوعاً للسائق ولكن يجب على المضرور في هذه الحالة أن يثبت خطأ في جانب السائق (٣).

وقد رأينا أن المتبوع تتحقق مسؤوليته ولو كان عديم التمييز. أما حارس الحيوان فلا يجوز أن يكون عديم التمييز، لأن مسؤوليته قائمة على الخطأ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه.

٧٠٩- جواز نفي المسؤولية بنفي علاقته السببية: ولا يستطيع حارس الحيوان أن ينفي عنه المسؤولية إلا بنفي علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذي وقع، وذلك بأن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي، قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المضرور أو خطأ الغير (١). وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول: «... ما لم يثبت الحارس

(١) الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ١٠٦- وقد كان الفقه في فرنسا يجعل افتراض الخطأ قابلاً لإثبات العكس، وتابعه القضاء الفرنسي في ذلك. ثم تحول القضاء فجعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس، وتحول الفقه إلى هذا النظر أيضاً، وتبعهما في ذلك القانون المصري القديم ثم القانون المصري الجديد.

(٢) ولا يقوم افتراض الخطأ أيضاً في العلاقة ما بين حارس الحيوان وشخص غير المضرور، فلو ثبت أن فعل الحيوان الذي أحدث الضرر كان سببه استفزاز أجنبي للحيوان، وأراد حارس الحيوان أن يرجع بما دفع من تعويض للمضرور على هذا الأجنبي، فلا يجوز للأجنبي في هذه الحالة أن يحتج بالخطأ المفترض في جانب الحارس لتقسيم التعويض فيما بينهما (الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ١٠٥ ص ١٢٣).

(٣) انظر أنفاً فقرة ٦٩٣.

(١) متى كان الحكم الابتدائي المؤيد لاسبابه بالحكم المطعون فيه إذ قضى بتقرير مسؤولية الطاعنة (وزارة الحربية والبحرية) عن الضرر الناشئ عن إحدى الأفراس المملوكة لها قد أقام على أن مورث المطعون عليها كان وكيلاً عسكرياً بالوزارة المذكورة ومن أخص أعمال وظيفته القيام بالعمل الذي قام به وفقاً لما قرره المجلس العسكري الذي شكل عقب الحادث وأنه وقت اصابته كان في طريقه للخروج من =

أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه»، وهو ما أجمع عليه الفقه (١) والقضاء (٢) في مصر.

## المبحث الثاني

### مسئولية حارس البناء (\*)

٧١٠- النصوص القانونية: لم يكن القانون المدني القديم يشتمل على نص لتحديد

=ساحة العرض بعد أن تم استعراض الخيول وأن الحادث لم يقع بقوة قاهرة أو بسبب خطأ من جانب المصاب وأن مسئولية الطاعنة وهي مالكة الحيوان لا تتوقعه وفقاً للمادة ١٥٣ مدني (قديم) المقابلة للمادة ١٧٦ على خطأ معين يثبت في حقها وأنها تقوم على مظنة الخطأ وحدها وهي بمثابة قرينة قانونية تستلزم مساءلتها، فإن المحكمة تكون قد نفت في حدود سلطتها الموضوعية وقوع الحادث بقوة قاهرة أو بسبب خطأ من جانب مورث المطعون عليها وهي إذ قضت بمسئولية الطاعن عن الضرر الذي أصاب المطعون عليها بوفاء مورثها تكون قد أستندت في هذا الشأن إلى أسباب مسوغة لحكمها.

(جلسة ١٩٥٢/٢/١٤ الطعن ١١٢ لسنة ٢٠ ق مجموعة أحكام النقض م ٣ ص ٥٠٢)

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٨ - الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٤٨ - الدكتور

حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥١٥ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ١٠٦ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المادة ١٥٣ مدني أهلي (قديم) تفترض حصول خطأ أو

إهمال من صاحب الحيوان، وهذا الفرض القانوني لا يسقطه إثبات عدم حصول خطأ أو إهمال، بل

يجب لإسقاط المسئولية أن يثبت المسئول أن الإصابة حصلت بسبب قهري أو يخطأ المجني عليه (استئناف

مصر الوطنية في ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٨٥ ص ١٠٨٠). وقضت أيضاً بأن الذي يؤخذ

من نص المادة ١٥٣ مدني أهلي (قديم) أن الشارع جعل مسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه هي

الأصل، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذي أصاب الغير إنما أصابه بحادثة قهرية أو بإهماله هو

(استئناف مصر الوطنية في ١٧ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩).

وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف أسيوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤

ص ٨٠ - محكمة بني سويف في ١ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٤ ص ٣٤٦ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسئولية عن الحيوان لا ترتفع إلا بإثبات السبب الأجنبي

(استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٨: ولا يكفي أن يقال إن الحصان جفل من

قدوم راكب آخر أو أن المصاب كان يسير وسط الطريق). أنظر أيضاً: استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة

١٩٠٨ م ٢١ ص ٥٨ (ترك الحمار على الرصيف دون قيد، ولكن المار تعرض له ليمر فأصيب: خطأ

مشترك) - وفي ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٤ (من يقود حيواناً في طريق عام يجب عليه أن

يحكم وثاقه حتى لا يفلت منه) - وفي ٣ إبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢ (وقد سبقت الإشارة إلى

هذا الحكم: لا يعفى حارس الحيوان من المسئولية أن يكون المصاب عالماً أن الكلب مطلق السراح في

الحديقة وهو كلب خطر، فقد كان الواجب على الحارس ألا يدع الكلب وهو خطر مطلق السراح) -

وفي ١١ إبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٨ - وقضت محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٨ ديسمبر

سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ١٨٧ ص ١٧٢) أنه يعتبر قوة قاهرة أن ينزعج حصان من أجراس مركبة

الحريق فيجفل فيصيب ماراً.

(\*) بعض المراجع: مازوفا فقرة ١٠١٩ - فقرة ١٠٧٠ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٠٧ - =

المسئولية عن تهدم البناء، فكانت القواعد العامة للمسئولية هي التي تنطبق، وإن القضاء المصري، عن طريق القرائن القضائية، اقترب من القواعد الخاصة التي اشتمل عليها القانون الفرنسي في المسئولية عن تهدم البناء. إذ تنص المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي على أن «مالك البناء يكون مسئولاً عما يحدث تهدمه من الضرر إذا كان هذا التهدم يرجع إلى نقص في الصيانة أو إلى عيب في البناء». فكان هذا النص يشدد من مسئولية مالك البناء عما قرره القواعد العامة، فمسئولية المالك طبقاً لهذا النص تقوم على خطأ مفترض متى أثبت المضرور أن الضرر يرجع إلى نقص في صيانة البناء أو إلى عيب فيه، ويفترض عندئذ افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا النقص في الصيانة أو هذا العيب منسوب إلى خطأ من المالك. أما القانون المصري القديم فلم يتضمن كما قدمنا ما يقابل المادة ١٣٨٦ من القانون الفرنسي. وترتب على ذلك أن حارس البناء لا المالك كان هو المسئول، وكانت مسئوليته مبنية على القواعد العامة، أي على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض، فكان لا بد من أن يثبت المضرور خطأ في جانب الحارس حتى تتحقق المسئولية.

قلنا إن القضاء المصري كان قد اقترب من قواعد القانون الفرنسي، وقرب الشقة بين القانونين المصري والفرنسي أمران:

(أولاً) أن القضاء المصري كان يتشدد كل التشدد في التزام حارس البناء، فكان يطالبه باليقظة والانتباه حتى لا يكون البناء مصدراً للخطر، وأي إهمال في ذلك مهما كان تافهاً يوجب مسئولية الحارس عن تعويض ما وقع من الضرر.

(ثانياً) أن هذا القضاء من جهة أخرى كان يتساهل كل التساهل في حق المضرور، فيجيز له إثبات خطأ حارس البناء بأثفه القرائن.

فهذا التشدد في جهة وهذا التساهل في جهة أخرى كان من شأنه أن يجعل القضاء المصري يقترب من القانون الفرنسي، ويستعيز عن القرينة القانونية المقررة في هذا القانون بقرينة قضائية قررها هو. ومن ثم أمكنه في كثير من الأحوال أن يقرر دون نص مسئولية حارس البناء إذا ثبت أن هناك عيباً في البناء أو نقصاً في الصيانة (١).

=فقرة ٦١١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٠٨٥ - فقرة ١٠٩٣ - كولان وكايتان ولامورانديير ٢ فقرة ٣٦٢ - فقرة ٣٦٥ - جوسران ٢ فقرة ٥٢٤ - فقرة ٥٢٨ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٩ - فقرة ٣٦٢ - الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٦٦ - فقرة ٢٩٢ - الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥١٦ - فقرة ٥١٩ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ١٠٧ - فقرة ١١٢ .

(١) أنظر نقض مدني في ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥ (وقارن نقض مدني في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٠ ص ٤٢١) - استئناف مصر وطني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧٩ ص ٥٨٦ - وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٠٢ ص ٨٧١ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ ص ٨٤١ - استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٧٠ - وفي ٢٨ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ - وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٦٠ - وفي ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٢٢ - وفي ٦ فبراير سنة

وقد جاء القانون المصري الجديد بنص خاص في مسئولية حارس البناء، فقضى في المادة ١٧٧ بما يأتي:

١- حارس البناء، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

٢- ويجوز لمن كان مهتماً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر. فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه<sup>(١)</sup>.

ويتبين لأول وهلة من هذا النص أنه يختلف عن النص الوارد في القانون الفرنسي في أمور ثلاثة:

(١) في أنه يجعل المسؤولية على حارس البناء لا على مالكة، وهذا هو الذي يتمشى مع قواعد المسؤولية.

(٢) وفي أنه يشدد من المسؤولية أكثر مما يفعل القانون الفرنسي، إذ لا يتطلب النص المصري أن يثبت الضرر إهمالاً في الصيانة أو قدماً في البناء أو عيباً فيه، بل حارس البناء هو الذي يثبت الإهمال في الصيانة وألا قدم في البناء وألا عيب فيه.

سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨ - وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥. وانظر الموجز للمؤلف فقيرة ٣٦٢.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٤٥ من المشروع التمهيدي على وجه يقارب نص القانون الجديد. وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم المادة ١٨١ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وأضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «ولم يكن مالكا» بعد عبارة «حارس البناء»، وأصبح رقم المادة ١٧٧. وقالت اللجنة في تقريرها: «اقترح الاستعاضة عن اصطلاح الحارس في المادة ١٧٧ باصطلاح مالك البناء أو حائزه بنية التملك. ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح، لأن تعبير «حارس البناء أو الشيء» قد يتسع نطاقه لصور أخرى لا تندرج تحت الصيغ المقترحة، وقد استعمل الفقه في مصر اصطلاح الحراسة في هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (garde) في اللغة الفرنسية، ودلالة هذا التعبير معروفة، وهي مرنة، ومن غير المرغوب فيه حصرها في حدود صور بخصوصها. وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيد الاجتهاد». ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٨ - ص ٤٣٤).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «لم يعرض التقنين المصري للمسئولية عن البناء، ولذلك جرى القضاء المصري بشأنها على تطبيق القواعد العامة، وجعل من الخطأ الثابت أساساً لها، ولو أنه لا يتشدد فيما يتعلق بجسامة هذا الخطأ. أما المشروع فقد أثر تأسيس هذه المسئولية على الخطأ المفروض، وألقى عيشها على عاتق حارس البناء دون مالكة على خلف ما اختار التقنين الفرنسي. فتظل مسئولية الحارس قائمة ما لم يثبت أن تداعي البناء لا يرجع إلى إهمال في صيانته أو قدم أو عيب في إنشائه. أما التقنين الفرنسي فيلزم المضرر على النقيض من ذلك بإقامة الدليل على إهمال الصيانة أو القدم أو العيب في إنشاء البناء، فإذا تم له تحصيل هذا الدليل أصبح مفروضاً أن تداعي البناء يرجع إلى أحد هذه الأسباب، ويكون إذن ناشئاً عن خطأ المالك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣١).

(٣) في أنه يجيز اتخاذ احتياطات وقائية إذا كان البناء يهدد بالسقوط، فلا ينتظر من كان مهتماً بضرر من جراء تهدم البناء أن يتهدم فيطالب بالتعويض، بل يستطيع أن يطالب باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطأ قبل وقوعه.

ولاشك في أن القانون الجديد شدد كثيراً في المسئولية عن هدم البناء، وأتى لمساعدة من تصيبهم أضرار من ذلك، فلم يتركهم إلى القواعد العامة التي توجب عليهم إثبات الخطأ في جانب المسئول.

وتسرى هذه القواعد الجديدة منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩، أي منذ نفاذ القانون الجديد. والعبارة في ذلك بتاريخ وقوع الضرر الذي ينجم عن تهدم البناء، فإذا وقع هذا الضرر في تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذي ينطبق، وإلا فالقانون الجديد<sup>(١)</sup>.

ونفصل الآن قواعد هذه المسئولية، فنتكلم في أمرين: (١) متى تتحقق المسئولية عن تهدم البناء (٢) وعلى أي أساس تقوم هذه المسئولية.

## المطلب الأول

### متى تتحقق المسئولية من تهدم البناء

٧١١- شرطان لتحقق المسئولية: تتحقق هذه المسئولية إذا تهدم البناء تهتماً كلياً أو جزئياً وألحق تهتماً ضرراً بالغير. فعندئذ يكون حارس البناء مسئولاً عن هذا الضرر. فتتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين: (١) حراسة البناء (٢) تهدم البناء هو الذي أحدث الضرر.

### ١- حراسة البناء

٧١٢- تحليل هذا الشرط: لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة بناء. فبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «البناء».

٧١٣- الحراسة: تتحدد الحراسة هنا على النحو الذي حددناها به في حراسة الحيوان، فحارس البناء إذن هو من له السيطرة الفعلية على البناء<sup>(٢)</sup>. فيكون مكلفاً بحفظه وتعهده

(١) متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض للمطعون عليهم عن الأضرار التي لحقت منزلهم قد حمل الطاعنة مسئولية سقوط حائط منزلها دون بيان وجه خطئها في ذلك مع وجوب هذا البيان عملاً كالمادة ١٥١ من القانون المدني القديم، المنطبق على واقعة الدعوى والذي لم يرد فيه نص كالمادة ١٧٧ من القانون المدني الجديد يفترض مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدامه من ضرر ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه، وهذا تشريع مستحدث لا يسرى إلا من تاريخ العمل به، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون وشابه القصور.

(جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢ الطعن ١٧٣ سنة ٢١ ق ٥ ص ٩٨).  
(٢) مفاد نص المادة ١٧٧ من القانون المدني أن حارس البناء الذي يفترض الخطأ في جانبه على =



بالصيانة والاستيثاق بأنه ليس قديماً ولا معيماً بحيث يتهدد الناس بالخطر، ويكون هو المتصرف في أمره، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق، أي سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية ما دامت سيطرة فعلية قائمة. فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك، ولا المتصرف، ولا الحائز.

ولكن المفروض أن مالك البناء هو الذي يسيطر عليه سيطرة فعلية وهو المتصرف في شؤونه، ومن ثم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك. والبائع قبل التسليم، حتى بعد تسجيل عقد البيع، يستبقى السيطرة الفعلية على البناء، فيبقى هو الحارس، ولا تنتقل الحراسة إلى المشتري إلا بالتسليم<sup>(١)</sup>. والمقاول الذي قام بتشديد البناء يعتبر حارساً له حتى يسلمه للمالك<sup>(٢)</sup>. والمالك المعلق ملكه على شرط فاسخ أو على شرط واقف يعتبر أنه هو الحارس إذا تسلم البناء وكانت له عليه السيطرة الفعلية.

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمستفيع (usufruitier) والمستحكر والمرتهن رهن الحيازة والحائز للبناء بنية تملكه سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية. أو المستأجر والمستعير فلا يعتبران في الغالب من الأحوال حارسين لأن السيطرة الفعلية على البناء - خلافاً للحيوان والمنقول - تبقى عادة عند المالك<sup>(٣)</sup>. لكن إذا أقام المستأجر بناء في العين

مقتضى نص هذه المادة هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تكون له السيطرة الفعلية على البناء بان يكون ملتزماً بصيائه وترميمه وتلافى أسباب إضراره بالناس، فالمسئولية المنصوص عليها في تلك المادة تتعلق بهدم البناء كلياً أو جزئياً بغير تدخل إنسان، والأصل أن تكون الحراسة للمالك ما لم يثبت انتقالها إلى الغير بتصرف قانوني كالبيع أو المقاول، وكان من المفترض في القانون ان من يشترك في أعمال الهدم والبناء لا يسأل إلا عن نتائج خطئه الشخصي فصاحب البناء لا يعتبر مسئولاً مدنياً عما يصيب الناس من الأضرار عن هدم البناء بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة إلا إذا كان العمل جارياً تحت ملاحظته وإشرافه الخاص، فإذا عهد به كله أو بعضه إلى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسؤوليته فإن الأخير هو الذي يسأل عن نتائج خطئه.

(جلسة ١٩٨٤/٤/٢٦ الطعن ١٦٤١ لسنة ٥٠ ق ٣٥ ص ١١١٧)

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢ الطعن ٦١٦ لسنة ٤٦ ق ٣١ ص ١٩٧٨)

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا مسؤولية على المالك لمنزل لو سقط بعض بنائه على إنسان فقتله إذا تبين أن المالك المذكور اشترى هذا المنزل، ولكنه لم يكن قد وضع يده عليه بسبب نزاع وقع بينه وبين آخرين (استئناف وطني في ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٠٠٠ ص ٢١٨٤) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية المشتري بعقد غير مسجل ما دام حائزاً (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ ص ١١٢).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب على المقاول اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن الجيران (استئناف مختلط في ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤١ ص ٢٢٢ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٨٣ - وفي ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٤) - على أن الجار الذي يكون منزله قديماً غير متين لا يجوز له أن يزيد في أعباء المالك أو المقاول، وعليه أن يساهم في نفقات تقوية بنائه (استئناف مختلط في ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٢ - وفي ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩) - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٨٣).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن تمسك مالك البناء بأن العين المملوك له مؤجرة للغير وبذا انتقلت

ستأجرة اعتبر حارساً له إلى أن تنتقل ملكية هذا البناء إلى المالك وفقاً للاتفاق أو لقواعد التصاق<sup>(١)</sup>.

وقد يكون الحارس شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة. وقد يجعل القانون للحارس حق الرجوع على شخص آخر مسئول نحوه كمهندس البناء تقاول وهما مسئولان عما يحدث في خلال عشر سنوات من ضرر عن تهدم البناء (م ٦٥١ القانون الجديد)، وكالمستأجر وهو مسئول عن صيانة العين المؤجرة، وكالبائع وهو ضامن بيب الخفي.

٧١٤ - البناء: والبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها - خشبياً أو جبيراً أو سداً أو حديداً أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا - شيدتها يد إنسان لتتصل بالأرض اتصالاً دائماً. ويستوى أن يكون البناء معداً لسكنى إنسان أو لإيواء حيوان أو لإيداع أشياء. فالبيوت الخرابي والمخازن تعتبر بناء بل قد لا يكون البناء معداً لشئ من ذلك، فالحائظ المقام بين حدين بناء، والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض بناء، وكذلك قناطر والخزانات والسدود والجسور (الكباري) وكل ما أشيد في باطن الأرض بناء، كالأنفاق والمصارف والمجارى وأنابيب المياه والغاز. ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده، فإذا أحدث تهدمه ولما يزل في دور التشييد ضرراً كان الحارس - وهو المقاول عادة - مسئولاً عنه.

= حيازتها القانونية لهذا الغير، وبأنه اشترط عليه أن يقوم هو بالتصليحات اللازمة، أو إذن فإن المسئولية عن الضرر الذي وقع تنتقل إلى المستأجر، فذلك لا يجدي في دفع المسئولية عنه، ولكنه لا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه إذا رأى أنه مسئول أمامه (نقض مدني في ١٧ يونيو سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥).

(١) ومن أحكام القضاء المصري فيمن هو المسئول عن تهدم البناء في ظل القانون المدني القديم: إذا كان المالك قاصراً فلا تكون عنده الحراسة، بل المسئول هو الوصي (استئناف مختلط في ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) - والحائز سواء كان حسن النية أو سيئها يكون هو المسئول لا المالك (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ ص ١١٢) - والبناء في أثناء تشييده أو ترميمه تكون المسئولية فيه على المقاول دون المالك (استئناف مختلط في ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٦ - وفي ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٢٢). فإذا تمت الأعمال وسلم البناء للمالك ومضت مدة كافية على ذلك، رجعت إليه المسئولية، على أن يرجع على المقاول إذا كان هناك وجه لذلك (استئناف مختلط في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٦ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٢) - مقاول أعمال البناء مسئول عن تسرب المياه تحت الأرض (استئناف مختلط في ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢) - إذا كان أحد شركاء البناء هو المشرف على عملية البناء، فهو وحده المسئول دون سائر شركائه ودون المقاول الذي كان مقتصرأ على توريد الأنفار (استئناف وطني في ٣ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٦٥ ص ٧٦٤) - وفي المسئولية عن المصعد (استئناف مختلط في ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ - وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٦).

ولا يعتبر بناء العقار بالتخصيص كالمصاعد. وكذلك الأرض لا تعتبر بناء، فإذا تطورت منها شظايا أضرت بالغير، فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهدم البناء.

## ٢ - تهدم البناء هو الذي أحدث الضرر

٧١٥- تحليل هذا الشرط: يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناجماً من تهدم البناء. فننظر فيما يعتبر تهدماً وما لا يعتبر كذلك.

٧١٦- ما يعتبر تهدماً: تهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض التي يتصل بها اتصال قرار. ويستوى أن يكون التهدم كلياً أو جزئياً، كما إذا وقع سقف أو تهدم جائط أو انهارت شرفة أو سقط سلم. ويستوى كذلك أن يكون البناء قديماً أو جديداً، معيباً أو غير معيب، فلو تخرب مبنى بسبب قدمه أو بسبب حادث كأن يرمى بالقنابل في غارة جوية، فإن تهدمه بعد ذلك تهدماً كلياً أو جزئياً إذا أحدث ضرراً يرتب مسؤولية في ذمة حارس البناء بمقتضى خطأ مفترض.

٧١٧- ما لا يعتبر تهدماً: ولا يكفي أن يكون الضرر أتياً من البناء، ما دام هذا البناء لم يتهدم كله أو بعضه. فلو أن شخصاً زلقت رجله وهو يمشى في غرفة دهنت «أرضيتها» جعلها زلجة فأصيب بضرر، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً عن تهدم البناء، وعليه أن يشتت خطأ في جانب المسئول.

ولو أن جسماً صلباً سقط من نافذة في مبنى فوق وقع على شخص أصيب من جراء ذلك بأذى، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً من تهدم البناء ما دام سقوط الجسم الصلب لم يكن نتيجة لتهدم النافذة (١).

ويجب أن ينجم الضرر عن تهدم البناء تهدماً فعلياً، لا عن مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهدم. وقد كان القانون الروماني في هذه الحالة يجعل الحق للتخصيص

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص (٢٤٦ من هذا المشروع) يقضى بما يأتي: وكل من يقيم في مسكن يكون مسئولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى أو يسقط من هذا المسكن المأهول يثبت أن وقوع الخطأ كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. وقد أقرت لجنة المراجعة هذا النص، ولم توافق عليه أغلبية لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، لأنها أقرت أن الخطأ لا يقع في نطاق ما يقضى به النص خاضعة للقواعد العامة. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي: «عمد المشروع إلى تعزيز أحكام المسؤولية عن البناء التي تتعلق بالمسئولية عما يلقى أو يسقط من المسكن، ويراعى أن الضرر في هذه الحالة لا يحدث بسبب خطأ نفسه أو بسبب جزء منه أو بسبب ما يتبعه من الملحقات، بل بسبب ما يلقى أو يسقط من المبنى مخصصاً للسكنى، فيفترض خطأ ساكن البناء في هذه الصورة، ويلزم بالتعويض، إلا أن يتم إثبات أن الحادث وقع من جراء سبب أجنبي. وتختلف هذه المسؤولية عن المسؤولية العامة عن الممتلكات الثلاثة: (أ) فهي لا ترتب بناء على ضرر ينجم عن البناء أو أجزاءه أو ملحقاته (ب) وهي عائق الساكن (ج) وهي لا ترتفع إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي». (مستخلص من التقرير التحضيرية ٢ ص ٤٢٩ في الهامش).

المهدد أن يستولى على البناء وأن يصلح ما به من خلل. وأتبع القانون الفرنسي القديم هذه القاعدة، دون أن يجعل للشخص المهدهد حق الاستيلاء على البناء. أما القانون الفرنسي الجديد فلم ينص على هذا التدبير الوقائي. وسار القانون المدني المصري القديم على نهج القانون الفرنسي في عدم النص على ذلك. ولكن القانون المدني الجديد أجاز في هذه الحالة اتخاذ تدابير واقية، وقد رأينا ينص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على ما يأتي: «ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للدرء الخطر. فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وقد احتذى المشروع مثال بعض التقنينات الأجنبية، فقرر بين أحكام المسؤولية عن البناء قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من التدابير الوقائية التي لا تنطوي على معنى التعويض. ويكفي لإعمال هذه القاعدة أن يتحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء دون أن يقع فعلاً. فلمن يتهدهد هذا الضرر أن يكلف المالك، دون الحارس، باتخاذ ما يلزم من التدابير للدرء الخطر. فإذا لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف، جاز للمحكمة أن تأذن لمن يتهدهد الضرر باتخاذ هذه التدابير على حساب المالك» (١).

والحريق غير التهدم، فإذا احترق بناء وامتدت الحريق إلى مبان مجاورة، فأصبحت بضرر، لم يكن هذا الضرر ناجماً عن تهدم البناء، حتى لو كان البناء المحترق انهدم عقب الحريق مباشرة نتيجة لهذا الحريق فأصاب الغير بالضرر (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣١ (وأنظر في هذا المعنى المادتين ٩٠/٩٨ من التقنين التونسي والمراكشي، والمادة ٥٩ من تقنين الالتزامات السويسري، والمادة ١٥١ فقرة ٢ من التقنين البولوني. وأنظر عكس ذلك المادة ١١٦٦ من التقنين الأرجنتيني).

(٢) أما إذا تهدم البناء بعد الحريق بمدة كافية، ولو كان الانهدام نتيجة الحريق، كان الضرر الذي يحدث ناجماً عن تهدم البناء. هذا وقد صدر قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في فرنسا، أضاف فقرة جديدة إلى المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي، وقضى بأن الحائر للمعقار أو المنقول، إذا شب فيه حريق، لا يكون مسئولاً عن الضرر الذي يلحق الغير إلا إذا ثبت حصول الحريق بخطأ الحائر - أما في العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر، إذا احترقت العين المؤجرة، فقد نصت المادة ٥٨٤ من القانون المدني الجديد على أن المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه، فإذا تعدد المستأجرون لمعقار واحد، كان كل منهم مسئولاً عن الحريق بنسبة الجزء الذي يشغله، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيماً في المعقار، هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولاً عن الحريق.

هذا والمسئولية عن تهدم البناء غير المسئولية عن الأشياء التي تتطلب حراستها خاصة، ولو كان هذا البناء تتطلب حراسته هذه العناية الخاصة، كمنصع لعمل المفرعات. فإذا تهدم هذا المنصع، فأصاب الغير بضرر، كان النص الواجب التطبيق هو المادة ١٧٧ لا المادة ١٧٨، فيجوز لحارس المنصع أن يخلص من المسئولية لا بإثبات السبب الحقيقي فحسب، كما هو الأمر في المادة ١٧٨، بل أيضاً بإثبات أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه. أما إذا وقع الضرر من المفرعات ذاتها لا من تهدم المنصع، وجب تطبيق المادة ١٧٨، ويكون حارس المفرعات مسئولاً ولا يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

## المطلب الثاني

### الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن تهدم البناء

٧١٨- مسألتان: متى تحققت مسؤولية حارس البناء على الوجه الذي تقدم ذكره، قامت هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب الحارس كما بينا، فنفصل الآن ما هو هذا الخطأ، وإلى أى حد هو مفترض.

#### ١- ما هو الخطأ

٧١٩- ما الذي يثبتته الضرور: تقدم أن حارس البناء مسئول عن تهدمه ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه. فالضرور هو الذي يكلف أولاً بإثبات أمرين:

(١) أن الضرر الذي أصابه نجم عن تهدم البناء تهدماً كلياً أو جزئياً. وقد بينا متى ينجم الضرر عن تهدم البناء.

(٢) أن المدعى عليه هو حارس البناء الذي تهدم. وقد بينا كيف يتحدد حارس البناء.

٧٢٠- ما الذي يشبه حارس البناء: فإذا ما أثبت الضرور ذلك، كان على حارس البناء حتى يدفع مسؤوليته عن طريق نفي الخطأ، أن يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه (١) (١).

فإذا لم يستطع إثبات ذلك افترض القانون أمرين:

(أولاً) أن التهدم سببه إما إهمال في صيانة البناء أو قدم هذا البناء أو وجود عيب

فيه.

(ثانياً) أن هذا الإهمال أو القدم أو العيب منسوب إلى خطأ حارس البناء، فهو الذي

(١) أما في القانون المدني الفرنسي، فقد قدمنا أن الضرور هو الذي يجب عليه أن يثبت في جانب مالك البناء إهمالاً في الصيانة أو عيباً في البناء. فالإهمال في الصيانة أو العيب في البناء غير مفترض في القانون الفرنسي، بل يجب على الضرور إثباته. وهو في القانون المصري الجديد مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، وحارس البناء هو الذي يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى ذلك كما رأينا.

(١) مفاد نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدني أن مسؤولية حارس البناء عن الضرر الناشئ عن تهدم كلاً أو جزئياً تقوم على خطأ مفترض في جانب الحارس بإهماله صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه وهو لا يقبل إثبات العكس، وإن كانت المسؤولية تنتفي بنفي علاقة السببية من هذا الخطأ المفترض وبين الضرر بإثبات أن وقوع التهدم ولو كان جزئياً لا يرجع إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه إنما يرجع إلى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ الضرور نفسه.

(جلسة ١٩٩٧/٥/٢٤ الطعن ٣٨٦٩ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ٧٨٣)

(جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠ الطعن ٢٣٤٨ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ الطعن ٦١٦ لسنة ٤٦ ق السنة ٣١ ص ١٩٧٨)

قصر بأن لم يعن عناية كافية بصيانة البناء أو بتجديده أو بإصلاحه، فترتب على هذا التقصير أن تهدم البناء.

ومن ثم نرى أن مسؤولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض في جانبه، هو الإهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه، حتى تداعى البناء وتهدم فأصاب الغير بالضرر (١).

#### ٢- إلى أى حد هو مفترض

٧٢١- الخطأ المفترض ذو شقين، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر غير قابل لذلك: هذا الخطأ المفترض في جانب حارس البناء هو كما رأينا خطأ ذو شقين، الشق الأول منه يقوم على أن التهدم سببه إهمال في صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه، والشق الثاني يقوم على أن هذا الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس.

والشق الأول من هذا الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس، أما الشق الآخر فلا يقبل.

وتفصيل ذلك أن حارس البناء يستطيع أن ينفي الشق الأول، بأن يثبت أن التهدم ليس سببه إهمالاً في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه. وهو يستطيع ذلك بإحدى وسيلتين: إما بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح، بل كان الحارس قائماً كما ينبغي بصيانته وتجديده وإصلاحه، وإما بإثبات أن التهدم كان نتيجة لسبب غير الحاجة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح، كحريق شب في البناء أو متفجرات دمرته أو قنابل ألقيت عليه أو نحو ذلك. فإذا قام بهذا الإثبات، دفع عن نفسه الخطأ المفترض، ووجب تطبيق القواعد العامة، وتعين على الضرور أن يثبت خطأ في جانبه (١).

(١) مفاد نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدني أن مسئول حارس البناء عن الضرر الناشئ عن تهدم كلاً أو جزئياً تقوم على خطأ مفترض في جانب الحارس بإهمال صيانة هذا البناء أو تجديده أو إصلاحه، وهو خطأ لا يقبل إثبات العكس، وإن كانت تنتفي المسؤولية بنفي علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الضرر بإثبات أن وقوع التهدم ولو كان جزئياً لا يرجع إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه إنما يرجع إلى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ الضرور نفسه.

(جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠ الطعن ٢٣٤٨ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٨٣/٦/٢١ الطعن ٩٨ لسنة ٣٩ ق ص ٣٤ ص ١٤٦٠)

(١) لكن إذا ثبت أن التهدم وقع في أثناء القيام بهدم البناء أو بإصلاحه، فإن كان التهدم راجعاً إلى إهمال في الصيانة أو إلى قدم في البناء أو إلى عيب فيه، تحققت المسؤولية بمقتضى الخطأ المفترض. أما إذا كان التهدم لم يقع إلا نتيجة للتهدم أو للإصلاح، ووجب تطبيق القواعد العامة وإثبات الخطأ في جانب المسئول.

وقد قدمنا أن البناء إذا شبت حريق فيه أو خربته متفجرات أو قنابل، وبقي مخرباً، ثم تهدم بعد ذلك، قامت المسؤولية على الخطأ المفترض. أما إذا تهدم البناء فوراً بشبوب الحريق أو بفعل المتفجرات أو القنابل، لم تقم المسؤولية على خطأ مفترض، بل طبقت القواعد العامة، ووجب إثبات الخطأ في جانب المسئول.



أما إذا لم يستطع أن ينفى الشق الأول، بقي هذا الشق مفترضاً في جانبه. وكذلك يبقى الشق الثاني مفترضاً لأن افتراضه لا يقبل إثبات العكس، ويعتبر الإهمال في الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوباً إلى خطئه<sup>(1)</sup>. ولا يستطيع الحارس في هذه الحالة أن يدفع عنه المسؤولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين تدهم البناء والضرر الذي وقع، بأن يثبت مثلاً أن زلزالاً كان هو السبب في التهدم وهذه هي القوة القاهرة، أو أن عدواً مغيباً هو الذي خرب البناء وهذا هو خطأ الغير، أو أن المضرور نفسه هو الذي منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح وهذا هو خطأ المضرور.

ولما كان عديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه، وكانت مسؤولية حارس البناء قائمة على خطأ مفترض، فحارس البناء لا يجوز أن يكون عديم التمييز.

٧٢٢- الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام علاقة عقدية: والخطأ المفترض بشقيه لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين حارس البناء والمضرور. فإذا كان المضرور هو مستأجر البناء مثلاً وتهدم البناء فأصابه بالضرر، رجع المستأجر على المؤجر بمقتضى مسؤولية عقدية مصدرها عقد الإيجار<sup>(2)</sup>، ولا محل للمسئولية التقصيرية<sup>(1)</sup>. وإذا كان المضرور نزلياً في فندق، فصاحب الفندق مسئول قبله بمقتضى العقد لا بمقتضى مسؤولية تقصيرية. وقد قدمنا أن المسؤولية العقدية تنفي المسؤولية التقصيرية.

أما إذا كان المضرور خادماً لحارس البناء أو كاتباً له، فإن العقد في هذه الحالة لا يلزم المتبوع بأن يكفل سلامة التابع، فيكون الحارس مسئولاً قبل التابع بمقتضى المسؤولية التقصيرية، ويقوم الخطأ المفترض على الوجه الذي بيناه.

## المبحث الثالث

### مسئولية حارس الأشياء (\*)

٧٢٣- النصوص القانونية وتطور المسؤولية عن الأشياء: لم يشتمل القانون المدني

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٢، وما أورده من أحكام القضاء المصري. وانظر عكس ذلك أيضاً: استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧٢ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠.

(١) إذا قتل أحد سكان المنزل خطأ نتيجة عدم اتخاذ مالكة الاحتياطات اللازمة لحماية السكان عند اجراء اصلاحات به فإنه لا يشترط لمسئولية صاحب المنزل أن تكون هناك رابطة قانونية بينه وبين المجهنى عليه. (جلسة ١٩٥٥/١٢/١٢ الطعن ٩٧ لسنة ٢٥ ق م ٦ ص ١٤٦٣)

(٢) أما من يربطه بحارس البناء عقد ايجار، فان احكام هذا العقد ونصوص القانون المدني التي تنظم عقد الايجار تكون هي وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسؤولية المؤجر.

(\*) بعض المراجع: سالى فى حوادث العمل والمسئولية المدنية (سنة ١٨٩٧) - جوسران المسؤولية المدنية فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٧ - الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥٢٠ - فقرة ٥٢٦ - الدكتور سليمان مرقص فى القفل الضار فقرة ١١٣ - فقرة ١٢١.

القديم على نص خاص لتحديد مسؤولية حارس البناء، فكانت هذه المسؤولية تترك للقواعد العامة.

وقد تطورت المسؤولية عن الأشياء غير الحية (choses inanimées) تطوراً سريعاً منذ بداية القرن العشرين. فقد كانت بادئ الأمر قائمة على أساس وجوب إثبات خطأ في جانب المسئول. ولم يفكر واضعو القانون المدني الفرنسى فى تخصيص قاعدة لهذا النوع من المسؤولية. بل إن المشرع الفرنسى عندما قرر المسؤولية عن الأشياء فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤، فنص على أن «الشخص مسئول... عن الأشياء التى تكون فى حراسته»، لم يكن يقصد إلا الحالتين اللتين نص عليهما بعد ذلك، وهما المسؤولية عن الحيوان والمسئولية عن البناء، بعد أن مهد لهما بهذه العبارة العامة. أما سائر الأشياء غير الحيوان والبناء، فمما لا ريب فيه أن المشرع الفرنسى لم يرد أن يستثنيها من القاعدة العامة المقررة لمسئولية الإنسان عن فعله، وهى القاعدة التى قررها فى المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣، فكل ضرر يصيب الغير من شىء يسأل عنه صاحب هذا الشىء إذا أثبت المضرور خطأ فى جانبه، ولا فرق بين أن يصيب الإنسان غيره بالضرر بفعله المباشر أو بواسطة شىء فى يده. وقد سار الفقه والقضاء فى فرنسا على هذا الرأى وقتاً طويلاً حتى أواخر القرن التاسع عشر.

ولكن النظم الاقتصادية لم تبق على حالها، بل أحدثت المخترعات الحديثة تطوراً عظيماً، فقامت الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة، وسخر الإنسان القوى الطبيعية لخدمته ورفاهته، ولم يبال أن تكون قوى عمياء لا يسيطر عليها كل السيطرة، فهى إذا ما أفلتت من يده - وكثيراً ما تفلت - لا يلبث أن يكون ضحيتها. وكان لذلك أكبر الأثر فى تطور المسؤولية عن الأشياء. فإن من يستخدم هذه المخترعات، فيعرض

=فعل الشىء (سنة ١٨٩٧) والوجيز ٢ فقرة ٥٢٩ - فقرة ٥٥٥ - بلانيول دراسات فى المسؤولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠) - مازو ٢ فقرة ١١٢٨ - فقرة ١٣٦٨ - جودمييه فى تطور جديد فى نظرية المسؤولية المدنية (المجلة الفصلية ١٩٢٧ ص ٨٩٣) - بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦١٢ - فقرة ٦٢٥ - كولان وكاييتان ولامورانديير ٢ فقرة ٣٦٦ - فقرة ٣٧٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٤٢ - فقرة ١٠٨٣ - الرسائل: بيزيه (Pisier) باريس ١٨٩٩ - بونيه (Bonnet) بواتيه ١٩٠٨ - فيترى (Vitry) ليل ١٩٢٢ - توزان (Touzin) باريس ١٩٢٥ - بيسون (Besson) ديجون ١٩٢٧ - ديلا كرواه (Delacroix) تولوز ١٩٢٨ - ليسيو (Luceo) رن ١٩٢٨ - كورنى (Cornu) مونبلييه ١٩٢٩ - كاهيرن (Caherne) رن ١٩٢٩ - لارتيج (Lartige) تولوز ١٩٣١ - الدكتور برسوم القاهرة ١٩٣١ - جربوى (Gerbouille) باريس ١٩٣٢ - ليبمان (Libmann) استراسبورج ١٩٣٣ - بيشيه (Bichet) ديجون ١٩٣٣ - دافيد (David) ليل ١٩٣٤ - فورز (Forse) مونبلييه ١٩٣٦ - لاردنوايه (Lardennois) نانسى ١٩٣٦ - بينيكس (Beincix) باريس ١٩٣٧ - فيزيل (Fiezel) باريس ١٩٣٧ - سن (Sen) باريس ١٩٣٩ - لانديل (Landelle) رن ١٩٤٠ - ليفيفر (Lefebvre) باريس ١٩٤١ - جولدمان (Goldmann) ليون ١٩٤٧ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٧٢ - الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسؤولية المدنية فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٧ - الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥٢٠ - فقرة ٥٢٦ - الدكتور سليمان مرقص فى القفل الضار فقرة ١١٣ - فقرة ١٢١.

الأرواح للخطر، والأموال للتلف، من الحق أن يكون خاضعاً في المسؤولية عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء لقاعدة أشد من القاعدة التي يخضع لها في مسؤوليته عن فعله الشخصي وإذا بقينا نشترط إثبات خطأ في جانب صاحب الشيء، فإنه يتعذر على المضرور في أكثر الأحوال إثبات هذا الخطأ. لذلك تلمس الفقه والقضاء في فرنسا طريقاً يجعلان به عبء الإثبات على صاحب الشيء لا على المضرور، فيتمشى القانون بذلك مع التطور الاقتصادي والحاجات الاجتماعية، فأخذ يتوسعان في تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي<sup>(١)</sup>، فجعلها تقرر المسؤولية عن الأشياء خطأً مفترض في جانب من يوجد الشيء في حراسته<sup>(٢)</sup> (1).

(١) قبل أن يتوسع الفقه والقضاء في فرنسا في تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ توسلاً بطريقتين أخريين: (أ) الطريق الأول هو تطبيق المسؤولية العقدية على حوادث العمل وحوادث النقل، وهذه هي أكثر الحوادث شيوعاً. أما عن حوادث العمل، فقد كانت المحاكم الفرنسية تقضي، قبل صدور تشريع سنة ١٨٩٨، بأن العامل المصاب يجب أن يثبت خطأ في جانب رب العمل حتى ينال تعويضاً. ولما كان الإثبات في أكثر الأحوال متعزراً، فقد كان العامل هو الذي يتحمل الخسارة وحده، وقلما كان يتجه في دعوى التعويض التي يرفعها على صاحب المصنع. فقام فقيهان، أحدهما في فرنسا (Sauzet) والآخر في بلجيكا (Saintelette)، يذهبان إلى أن مسؤولية رب العمل نحو العامل مسؤولية عقدية. لأنه التزم بمقتضى عقد العمل أن يحافظ على سلامة العامل من مخاطر العمل، فإذا أصيب العامل التزم رب العمل أن يعرضه عن الضرر الذي أصابه، إلا إذا أثبت أن الإصابة لا ترجع إلى خطأ في جانبه، وبذلك يتحمل رب العمل لا العامل عبء الإثبات. وقد صادفت هذه النظرية نجاحاً في الفقه، فبعضها بعض الفقهاء، إلا أن القضاء لم يأخذ بها. ثم صدر بعد ذلك تشريع سنة ١٨٩٨ فعدمت المسألة أهميتها العملية. أما عن عقد النقل، فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المادة ١٧٨٤ من القانون المدني الفرنسي، التي تجعل أمين النقل مسئولاً عن تلف البضائع ما لم يثبت أن تلفها كان قضاءً وقدرًا أو بقوة قاهرة، يمكن تطبيقها على نقل الأشخاص، فإذا أصيب شخص بضرر في أثناء النقل كان أمين النقل مسئولاً، ويقع عبء الإثبات عليه إذا أراد الخلاص من المسؤولية، ذلك أنه التزم بالمقد أن يحافظ على سلامة المتعاقد معه. ولكن القضاء الفرنسي لم يأخذ في أول الأمر بهذا المذهب، وإن كان قد أصبح يميل إليه في أكثر أحكامه. (ب) والطريق الثاني هو التوسع في تفسير المادة ١٣٨٦، فقد أخذ القضاء الفرنسي في أواخر القرن التاسع عشر يتوسع في تفسير كلمة «البناء»، فأدخل فيه الشجر والآلات بل والمنقولات الأخرى، وأصبح صاحب الشيء - عقاراً كان أو منقولاً - بعد هذا التفسير مسئولاً عنه بمجرد أن يثبت المصاب عيباً في الشيء أو نقصاً في تعهده، قياساً على البناء. ولا خلاص من المسؤولية إلا إذا ثبت أن الحادث قد وقع قضاءً وقدرًا أو بقوة قاهرة أو بفعل الغير أو بخطأ المصاب، فصار عبء الإثبات على صاحب الشيء. غير أن هذا التفسير يتناقض تناقضاً صريحاً مع نص المادة ١٣٨٦، فهي تذكر «البناء» و«التهدم»، والفرق كبير بين هذا وبين ما فسره النص مما تقدم ذكره. لذلك لم يقبل القضاء الفرنسي طويلاً على هذا التفسير، وعدل عنه إلى متابعة الفقهاء الذين وجدوا في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ نكته يستندون إليها في تقرير المسؤولية عن الأشياء.

(٢) وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يصوغ من نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ نظرية عامة يحمل فيها صاحب الشيء تبعته (théorie des risques) دون أن تستند المسؤولية في ذلك إلى أي خطأ، ولو كان هذا الخطأ مفترضاً. وفي مقدمة هؤلاء الفقهاء سالي (Saleilles) وجوسران (Josserand)، ولكن القضاء لم يتمسك إلى هذا الحد، بل استمر يرى أساس المسؤولية عن الأشياء خطأً في جانب الحارس.

(1) المسؤولية المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدني تقوم على أساس خطأً مفترض وقوعه من جانب الحارس الشيء.

على أن هذا الأساس الجديد الذي بنيت عليه المسؤولية عن الأشياء - وهو الخطأ المفترض في جانب الحارس - بقي في تطور مستمر منذ مستهل القرن العشرين إلى اليوم. فقد كان افتراض الخطأ بادئ الأمر قابلاً لإثبات العكس، ثم أصبح غير قابل لذلك. وكان الخطأ المفترض مقصوراً على الأشياء المنقولة، ثم جاوزها إلى العقار. وكان يستثنى من دائرة الخطأ المفترض الأشياء التي يحركها عمل الإنسان كالسيارات ونحوها، ثم عممت القاعدة فشملت جميع الأشياء. وكان هناك تفريق بين الشيء الخطر، يكون الخطأ فيه مفترضاً، والشيء غير الخطر، يطلب فيه إثبات الخطأ، ثم زالت هذه التفرقة. وهكذا أصبحت دائرة الخطأ المفترض تتسع لأي شيء، منقولاً كان أو عقاراً، متحركاً بقوته الذاتية أو محركاً بيد الإنسان، خطراً أو غير خطر. ولم يستبق القضاء الفرنسي إلا معنى «الحراسة» (garde). فهو يبنى المسؤولية عن الشيء على «خطأ في حراسته» (faute dans la garde). وهذا الخطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس. ولا يعرف بين النظريات القانونية نظرية تطورت بالسرعة والخطورة التي تطورت بهما نظرية المسؤولية عن الأشياء، فقد انقلبت في بعض عشرات من السنين إلى النقيض مما قصده المشرع. ولا شك في أن المحاكم الفرنسية كان قضاؤها قضاءً اجتهاداً لا قضاءً تفسيراً، وهي قد تمشت في ذلك لا مع النصوص القانونية كما قصد إليه المشرع وقت وضع التشريع، بل مع ما جد من الحاجات الاقتصادية. وأيد الفقه القضاء في ذلك، وتضافر كلاهما على وضع أسس لنظرية جديدة تكون أكثر انطباقاً على مقتضيات المدنية بعد تطور الصناعة وتقدم المخترعات.

أما في مصر فكانت الحالة في القانون المدني القديم تختلف عنها في فرنسا من حيث النصوص القانونية. فالقانون القديم لم يتضمن نصاً يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤. وقد رأينا أن القضاء الفرنسي قد استند إلى هذا النص في تأسيس نظريته الجديدة في المسؤولية عن الأشياء. وقد تضمن القضاء المصري أحكاماً تذهب إلى جعل المسؤولية عن الشيء مبنية على خطأً مفترض في جانب الحارس<sup>(١)</sup>، وبنيت أحكام أخرى هذا المبدأ على أساس المسؤولية العقدية<sup>(٢)</sup>، وقاس بعض الأحكام المسؤولية عن الشيء على المسؤولية

(1) = (جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ الطعن ٢٠٣ لسنة ٣٢٢ ق ١٧ ص ١٧١٢)

(جلسة ١٩٨٤/١/٣١ الطعن ١٠٥٢ لسنة ٥٣ ق ٣٥ ص ٣٥٧)

(جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩ الطعن ٥٦٩ لسنة ٥٥٥ ق)

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٩ - وفي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ١٥٤ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢١٨ ص ٤٣٥ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٤ ص ٧٦٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٠ - وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٩ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٣٧ - وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٥.

(٢) استئناف مختلط في ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ - وفي ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٥ - محكمة اللجان الجزئية الوطنية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١/٩٣.

عن الحيوان<sup>(١)</sup>. بل هناك من الأحكام المصرية ما ذهب إلى أبعد من هذا، فقال بنظرية تحمل التبعة دون أن يستند في ذلك إلى نص معين<sup>(٢)</sup>. ولكن القضاء المصري في مجموعه كان لا يزال يرى أن المسؤولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ في جانب الحارس<sup>(٣)</sup>. ولم يكن في الواقع من الأمر مستظهماً - من حيث النصوص القانونية

(١) محكمة استئناف أسبوط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٦ ص ٢٤٤.

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٧ ص ٥٦٠ - محكمة الزقازيق الكلية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ (وقد خلط هذا الحكم بين الخطأ المفترض ومذهب تحمل التبعة). وأنظر أيضاً محكمة مصر الكلية المختلطة في ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٩٥ ص ٢٣٣ - وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٩٥.

(٣) استئناف وطني في ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٤ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥ ص ١٠ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ٥٠ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ ص ٢٤٧ - وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٥ ص ١٤٩ - وفي ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ ص ١١٠٤.

ولكن القضاء المصري كان يتساهل كثيراً في استخلاص الخطأ من الوقائع. وقد جاء في الموجز للمؤلف (فقرة ٣٧٢ ص ٣٧٨) في هذا المعنى ما يأتي: «فالقضاء المصري يتشدد في إلزام من يكون الشيء في حراسته باليقظة والانتباه (استئناف وطني في ١٩ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ص ٢٤٦ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ ص ١١ - استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٠ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٠ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨) - ثم هو يتساهل في تخفيف عبء الإثبات على المصاب (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ - وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥) - فهو في الواقع يستبدل بالقرينة القانونية التي يقيّمها القضاء الفرنسي قرينة قضائية يستخلصها من وقائع الدعوى (استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٣٤ ص ٣٤ - وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٨٤ ص ١٦٩)». وأنظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مصر الوطنية في ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٥٦ ص ٣٢٦ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٠٨ ص ٨٩٢ - وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٣٥ ص ٣٤٤ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ ص ٨٤١ - استئناف مختلط في ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ - وفي ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨٨ - وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ١٥٩ ص ١٥٩ - وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٠ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٨ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٩٣ - وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت محكمة الموضوع بإلزام وزارة الأشغال العمومية بتعويض الضرر الناشئ عن تسرب المياه في منزله المدعى تسرب المياه إليه نتيجة كسر أنبوبها، وأسست تقريرها خطأ الوزارة في تقريرها في مراقبة الأنابيب وملاحظتها وتعهدتها في باطن الأرض والكشف عليها من أن لا تسرب من سلامتها ودوام صلاحيتها، فهذا الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض منتهي في ١٠ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨).

ومهما يكن من أمر، فإن القضاء المصري كان يصرح بوجود إثبات الخطأ. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون المدني المختلط لا يعرف لا المسؤولية المادية ولا المسؤولية القائمة المفترض عن الأشياء غير الحية (استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦).

- أن يجد ما يساعده على دعم نظرية جديدة مثل النظرية التي أخذ بها القضاء لفرنسي<sup>(١)</sup>.

فجاء القانون المدني الجديد بالنص المطلوب. وراعى فيه حالة البلاد الاقتصادية، وحاجات لصناعات الناشئة، فلم يطلق المسؤولية القائمة على خطأ مفترض لتشمل جميع الأشياء، بل قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة. وهي مرحلة من مراحل التطور مر بها القضاء الفرنسي كما رأينا. فنصت المادة ١٧٨ من هذا القانون على ما يأتي:

«كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية

أيضاً بأن المسؤولية عن الأشياء غير الحية لا تقوم على خطأ مفترض، بل يجب على المضرور إثبات الخطأ، وتقوم القرائن القضائية مقام القرائن القانونية (استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٩ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤). وكان لا بد من إثبات خطأ في المسؤولية عن الحريق (استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٢ - وفي ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١١). وهذا هو أيضاً ما نص عليه قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في فرنسا، أما في القانون المدني الجديد في مصر فالمسؤولية عن الأشياء التي تحتاج حراستها إلى عناية تقوم على خطأ مفترض حتى لو كان الضرر قد نجم عن الحريق. وكان لا بد من إثبات خطأ أيضاً في المسؤولية عن السيارات ومركبات النقل (استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٤ - وفي ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨١ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٣ ص ١٨٢ - وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٣٠ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨ - وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨١).

(١) وقد جاء في هذا المعنى في الموجز للمؤلف ما يأتي: «ولكن القضاء المصري في مجموعه - أهدأ كان أو مختلطاً - لا يزال يرى أن المسؤولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ في جانب الحارس. فهو لا يزال في الحالة التي كان عليها القضاء الفرنسي قبل تطوره الأخير في أواخر القرن التاسع عشر. وهو في الواقع من الأمر لا يستطيع - من حيث النصوص القانونية - أن يجد ما يساعده على تدعيم نظرية جديدة مثل النظرية التي أخذ بها القضاء الفرنسي. بل هو ليس في حاجة - في الوقت الحاضر - إلى هذه النظرية الجديدة. فالظروف الاقتصادية في مصر تختلف عنها في فرنسا: الصناعة لا تزال في عهد الطفولة، والآلات الميكانيكية لم تبلغ من الكثرة ما يجعلها خطراً داهماً على الحياة الاجتماعية، بل إن الصناعة الناشئة في مصر تتطلب في أول عهدها أن تشجع، لا أن يتحمل القضاء كاهلها بالتشدد في مسؤولية أصحاب المصانع، سيما أن تشديد المسؤولية يقتضي تقدم نظام التأمين، حتى تستطيع أصحاب المصانع أن تواجه ما تفاجأ به من خسائر فادحة ترتب على هذا التشديد. على أنه إذا وجد في حالة مصر الاقتصادية ما يستدعي التشديد في المسؤولية عن الأشياء، إما لحماية طائفة مستضعفة هي طائفة العمال، أو لدرء الخطر من ازدياد وسائل النقل وتكاثر السيارات وغيرها، فإن القضاء المصري قد عالج الأمر في حزم وحكمة، فاستعاض عن القرينة القانونية التي قال بها القضاء الفرنسي بقرينة قضائية، أسرع ما يكون إلى استخلاصها إذا كانت الظروف تستدعي ذلك» (الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٦ ص ٣٧٢).



يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة<sup>(١)</sup>.

وهذه الأحكام التي استحدثها القانون المدني الجديد ليس لها أثر رجعي. فهي لا تسرى إلا على الحوادث التي تقع ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩، أي منذ

نفاذ القانون الجديد. والعبارة هنا، كما في قواعد المسؤولية عن البناء، بتاريخ وقوع الضرر الذي ينجم عن فعل الشيء، فإذا وقع هذا الضرر في تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذي ينطبق، وإلا فالقانون الجديد.

ونبحث الآن - كما بحثنا في الحالات الأخرى - متى تتحقق مسؤولية حارس الأشياء، وعلى أي أساس تقوم هذه المسؤولية، تطبيقاً للأحكام التي استحدثها القانون المدني الجديد.

## المطلب الأول

### متى تتحقق مسؤولية حارس الأشياء

٧٢٤- شرطان لتحقق المسؤولية: تتحقق المسؤولية بتولي شخص حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ووقوع الضرر بفعل الشيء. فعند ذلك يكون حارس الشيء مسئولاً عن هذا الضرر.

فتتحقق المسؤولية يستلزم إذن توافر شرطين: (١) أن يتولى شخص حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية (٢) أن يقع الضرر بفعل الشيء.

### ١- حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية

٧٢٥- تحليل هذا الشرط: لا تتحقق المسؤولية إلا إذا تولى شخص حراسة شيء. فبين معنى الحراسة وما هو المقصود بالشيء.

٧٢٦- الحراسة: حددنا الحراسة فيما تقدم. فهي ليست في يد مالك الشيء ضرورة، ولا في يد حائزه، ولا في يد المنتفع به. إنما الحراسة هي السيطرة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند (١).

والمفروض أن المالك هو حارس الشيء، وعليه هو، إذا رفعت ضده دعوى المسؤولية، أن يثبت أن الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث. ويبقى المالك حارساً حتى لو أفلت الشيء من يده ما دام لم يتخل عنه (abandon). فإذا ما تخلى عنه وأصبح سائبة

(١) مفاد المادة ١٧٨ من القانون المدني أن الحراسة على الأشياء الموجبة للمسؤولية على أساس الخطأ المفترض طبقاً لهذا النص إنما تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعي أو المعنوي على الشيء سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه، وكان يبين من نصوص القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر - الطاعنة - أنها عهدت إلى هذه الهيئة وحدها عملية تشغيل وصيانة شبكة الكهرباء، وهي بهذه المثابة تعتبر صاحبة السيطرة الفعلية والمتولية حراستها.

(جلسة ١٩٩٥/١٢/١٧ الطعن ٥٥٤ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٦ ص ١٣٩٦ ع ٢٤)

(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣ الطعن ١٣٠ ص ٤٥ ق السنة ٢٩ ص ١٣٠)

(جلسة ٢٠٠٠/٣/٢٣ الطعن ٣٤٩٢ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠ الطعن ٣٦٥٩ لسنة ٦٩ ق)

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٤٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة». وقد أقرت لجنة المراجعة المادة على أصلها، وأصبح رقمها ١٨٣ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، قررت الأغلبية في أول الأمر حذف المادة اكتفاء بما تقرره القواعد العامة والأحكام الخاصة في قوانين العمل. ثم رأَت اللجنة بعد ذلك أن تنتقل إلى النقيض من موقفها الأول، فعدلت النص على الوجه الآتي: «يكون الشخص مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن الأشياء الواقعة في حراستها إلا إذا ثبت أن وقوع الضرر كان بخطأ المضرور أو بفعل الغير أو بقوة قاهرة أو حادث فجائي، هذا مع عدم الإخلال بما ورد في ذلك من أحكام خاص». فجعلت النص عاماً ينصرف إلى الأشياء جميعاً، سواء ما كان من قبيل الآلات الميكانيكية أم غيرها. ثم عادت اللجنة أخيراً إلى النص الأصلي فأقرته مع تعديله تعديلاً طفيفاً بأن قدمت عبارة «أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة» على عبارة «الآلات ميكانيكية» ليكون المعنى أكثر وضوحاً. وبذلك انتهت اللجنة إلى قصر نطاق النص على الآلات الميكانيكية وما يتطلب من الأشياء عناية خاصة في الحراسة، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي. وأصبح رقم المادة ١٧٨. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٤ - ص ٤٣٨).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «لم يورد التقنين المصري (القديم) أي نص يتعلق بالمسؤولية عن الجمادات. وإزاء ذلك عمد القضاء المصري إلى تطبيق القواعد العامة بشأنها، كما فعل في المسؤولية عن البناء، فجعل ترتيبها معقوداً بإقامة الدليل على وقوع خطأ من حارس الشيء. ولكنه جرى على التسامح كل التسامح في استخلاص هذا الخطأ. فهو يكفي بأقل إهمال، بل بمجرد العلم بما ينطوي في الشيء من أسباب الخطر، للقول بتوافر الخطأ الذي تنبغي إقامة الدليل عليه. وهو بهذا يقيم قرينة قضائية على الخطأ، يستعيز بها عما تقرر النصوص من قرائن قانونية في هذا الصدد. فليس من العدل في شيء مثلاً أن يلقي عبء الإثبات على المضرور في حوادث من حوادث السيارات، إذ يغلب أن يمتنع عليه عملاً أن يتبين كيفية وقوع الحادث، وليس شك في أن سائق السيارة أقدر من غيره على تعليل ما وقع. ولهذا العلة اختار المشروع فكرة الخطأ المفروض، مقتضياً في ذلك أثر التشريعات الأجنبية، بل وأثر القضاء الفرنسي نفسه في مراحل تطوره الأخيرة. على أن المشروع لم يعمد في هذا السبيل للقصى من غاياته. بل اجتزأ بما تقتضيه أحوال البلاد في المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية. فهو لم يبلغ شأو القضاء الفرنسي في الحديث من أحكامه فيما يتعلق بإطلاق حكم هذه المسؤولية على الجمادات بجميع أنواعها، بل اقتصر على الآلات الميكانيكية. ويوجه عام على الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة. ويدهى أن هذا التخصيص قصد به إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التي تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها. وبهذا يكون من الميسور تصور إقامة قرينة على خطأ في الحراسة: أنظر في هذا المعنى المادتين ١٥٢ و ١٥٣ من التقنين اللبناني والمادة ١٣١ من التقنين البولوني». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٥ - ص ٤٣٦).

(res nullius) زالت حراسته، ولم تنتقل الحراسة إلى أحد. وإذا كان المالك قد ملكه بعقد بيع، فالبايع قبل التسليم هو الحارس، ويصبح الحارس هو المشتري بتسليم الشيء إليه. ولو كان عقد البيع باطلاً أو قابلاً للإبطال أو موقوفاً فيه نقل الملكية وتسلم المشتري الشيء فإنه يصبح حارسه ولو لم تنتقل إليه الملكية، لأن العبرة ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية. والمالك تحت شرط فاسخ أو واقف يعتبر حارساً ما دامت له السيطرة الفعلية على الشيء.

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمستفيع (usufruitier) والمرتهن رهن حيازة والحائز بنية التملك سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية، ما دامت السيطرة الفعلية على الشيء قد انتقلت من المالك إلى واحد من هؤلاء. فسارق الشيء يعتبر حارساً له، أما مالك الشيء المسروق فيفقد الحراسة ولا يعتبر مسئولاً بمقتضى الخطأ المفترض، ثم لا يكون مسئولاً إذا ثبت في جانبه إهمال أدى إلى سرقة الشيء لانقطاع علاقة السببية ما بين هذا الإهمال والضرر. أما المستأجر والمستعير والمودع عنده وأمين النقل فتنقل إليهم الحراسة إذا انتقلت إليهم السيطرة الفعلية على الشيء، ويغلب أن يقع ذلك في المنقول (1).

والتابع لا يعتبر في العادة حارساً للشيء (1)، فحارس السيارة هو في الأصل مالكتها حتى لو كان لها سائق، وحتى لو قاد السائق السيارة من غير أن يكون فيها صاحبها. فإذا ثبت خطأ في جانب السائق، أمكنت مساءلة صاحب السيارة إما باعتباره متبوعاً ثبت خطأ تابعه، وإما باعتباره حارساً مفترضاً في جانبه الخطأ. وإذا لم يثبت خطأ في جانب السائق، لم يبق إلا مساءلة صاحب السيارة باعتباره حارساً. وقد ينقل المتبوع إلى التابع السيطرة الفعلية على السيارة، فيصبح التابع في هذه الحالة هو الحارس. وفي جميع الأحوال إذا خرج التابع عن تعليمات متبوعه، وقاد السيارة لمصلحته الشخصية أو استولى عليها دون علم صاحبها، فإنه يعتبر في هذه الحالة حارساً ويكون مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض، ويكون صاحب السيارة مسئولاً باعتباره متبوعاً.

وإذا أودعت السيارة «في الجاراج»، فإن كان صاحب «الجاراج» له السيطرة الفعلية عليها فإنه يصبح الحارس، وإلا فتبقى الحراسة عند صاحب السيارة. وكذلك الأمر إذا ترك

(1) على أنه إذا أعيرت سيارة بسائقها، فإن المعير في هذه الحالة يستبقى الحراسة عادة. وقد قضت محكمة النقض بأن المعير لسيارة بسائقها يكون مسئولاً عن إهمال السائق إذا نشأ من هذا الإهمال حادث في أثناء قيامه بمأموريته في مدة الاستعارة (نقض في 8 يناير سنة 1931 المحاسنة 11 رقم 464 ص 932).

(1) لا تنتقل الحراسة إلى التابع المتوط به استعمال الشيء لأنه وإن كان للتابع السيطرة المادية عليه إلا أنه لا يعمل لحساب نفسه وإنما يكون خاضعاً للمتبوع بما يفقده العنصر المعنوي للحراسة ويكون المتبوع وحده الحارس على الشيء.

(جلسة 1988/10/26 الطعن 709 لسنة 500ق)

(جلسة 1992/1/26 الطعن 2261 لسنة 506).

صاحب السيارة سيارته في مكان وقوف السيارات تحت رقابة مشرف، ويغلب في هذه الحالة أن تبقى السيارة في حراسة صاحبها فيما يخرج عن عمل المشرف (1).

والسيارة إذا سلمت إلى ميكانيكي لأصلاحها تنتقل في الغالب حراستها إليه، لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها. ولا يبقى صاحب السيارة حارساً في هذه الحالة، إلا إذا بقيت السيارة تحت إشرافه وقت إصلاحها.

ومن يتعلم القيادة لا يكون حارساً للسيارة، والحارس هو المعلم. وإذا خالف المتعلم إرشادات معلمه وتوجيهاته، كان هذا خطأ ثابتاً في جانبه. أما الممتحن لمن تعلم القيادة فلا يكون حارساً، والمتعلم هو الذي يستبقى الحراسة.

٧٢٧- الشيء: كل شيء مادي غير حي فيما عدا البناء يدخل في هذا النطاق ما دامت حراسته تقتضى عناية خاصة (1).

فالأشياء غير المادية والحيوان والبناء لا تدخل في النطاق المتقدم الذكر. وقد سبق تحديد المسؤولية عن الحيوان وعن البناء. والمسئولية عن الحيوان لا تختلف في أحكامها من حيث الخطأ المفترض عن أحكام المسئولية عن الأشياء. أما المسئولية عن البناء فتختلف، وقد قدمنا أن الخطأ فيها ذو شقين، أحدهما مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، والآخر مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس. ومن ثم وجب التمييز في الشيء بين ما إذا كان بناء أو غير بناء. فإن كان بناء، استبعدت أحكام المسئولية عن الأشياء، وقام خطأ مفترض ذو شقين على النحو الذي بيناه. وإن كان غير بناء وكانت حراسته تقتضى عناية خاصة، طبقت أحكام المسئولية عن الأشياء، وقام خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس على النحو الذي سنبينه.

ويعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة 178 الآلات الميكانيكية إطلاقاً. ولم يشترط القانون في الآلات الميكانيكية أن تتطلب حراستها عناية خاصة كما اشترط ذلك في غيرها، لأن هذه الآلات تتحرك بمحرك ذاتي، فافترض القانون لذلك أن حراستها تتطلب دائماً عناية خاصة.

أما غير الآلات الميكانيكية فلا يعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة 178 إلا إذا اقتضت حراسته عناية خاصة (2). وسنرى فيما يلي متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة، كما

(1) وعمل المشرف هو أن يستبقى السيارة في مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية. وأما أجزاء السيارة والآلات فتبقى في حراسة صاحبها، فإذا نقل شخص السيارة من مكان إلى آخر، ولو من غير علم المشرف، فأحدثت ضرراً، كان المشرف هو المسئول. وإذا كان بالسيارة خلل أحدث ضرراً، فإن المسئول عن هذا الضرر هو صاحب السيارة.

(1) الشيء في حكم المادة 178 من القانون المدني، هو ما تقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو بظروفه وملاساته بأن يصبح في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر. (جلسة 1983/3/13 الطعن 522 لسنة 450 ق س 34 ص 202).

(2) الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقاً لنص المادة 178 من القانون المدني = =

سنرى أن فكرة العناية الخاصة هي فكرة سيئة، فالشيء الواحد قد تستدعي حراسته عناية خاصة أو لا تستدعي هذه العناية بحسب كما يختلف عليه من وضع.

ويستوى أن يكون الشيء منقولاً، أو عقاراً بطبيعته كالأشجار والأرض إذا انخسفت والمباني إذا نجم الضرر لا عن تدهمها، أو عقاراً بالتخصيص كالمصاعد والآلات الزراعية أو الصناعية المخصصة لخدمة مزرعة أو مصنع.

ولا يدخل الشيء المباح (res nullius)، إذ ليس له حارس يكون مسئولاً عنه.

## ٢- وقوع الضرر بفعل الشيء

٧٢٨- التدخل الإيجابي: يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء (fait de la chose). ولا يكفي في ذلك تدخل الشيء تدخلًا سلبيًا. فإذا وقفت عربة في المكان المعتاد للوقوف واصطدمت بها عربة أخرى أو أحد العابرة، أو كانت شجرة ثابتة في مكانها لم تقتلعها الرياح فعثر فيها أحد المارة وأصيب بضرر من ذلك، أو كانت آلة ميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعي لا تتحرك فاصطدم بها شخص فجرح، كانت هذه كلها أوضاعاً سلبية للشيء، ولا يمكن القول في مثل هذه الحالات إن الضرر الذي وقع هو من فعل الشيء، لأن الشيء لم يتدخل تدخلًا إيجابياً في إحداث الضرر، بل كان تدخله سلبياً محضاً.

أما إذا كانت العربة تسير أو واقفة ولكن في غير وضعها الطبيعي، أو كانت الشجرة قد اقتلعها الرياح فقدفت بها في عرض الطريق، أو كانت الآلة الميكانيكية في غير مكانها الطبيعي أو كانت تتحرك، فإن الضرر يكون في هذه الحالات من فعل الشيء، وقد تدخل الشيء تدخلًا إيجابياً في إحداثه.

== انما تتحقق بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية لحساب نفسه، ولما كان الثابت في الدعوى أن الشركة الطاعنة عهدت إلى مقاول بسد فتحات في ابواب بيمان مملوكة لها وفي يوم الحادث كان المطعون عليه الأول عن نفسه وبصفته وهو أحد العمال التابعين للمقاول يقوم بعمله واثناء مروره بعمقه السلك الكهربائي المسند على حائط في المبنى، فان الحراسة على هذا السلك تكون وقت الحادث معقودة للشركة باعتبارها صاحبة السيطرة الفعلية على البناء والسلك الكهربائي الموجود فيه، ولم تتدخل هذه الحراسة إلى المقاول لأن عملية البناء التي اسندت إليه لا شأن لها بالاسلاك الكهربائية الموجودة في المبنى أصلاً، وبالتالي تكون الشركة مسؤولة عن الضرر الذي لحق بمورث المطعون عليه الأول مسؤولة أساساً خطأً مفترض طبقاً لنص المادة ١٧٨ سالف الذكر، ولا تنتفي عنها هذه المسؤولية إلا إذا ثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد لها فيه.

(جلسة ١٩٧٧/٣/١ الطعن ٥٣٨ لسنة ٤٣ ق من ٢٨ ص ٥٩١)

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ الطعن ٤٣ لسنة ٣٩ ق من ٢٥ ص ١٥٥٧)

(جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥ الطعن ٩٠٧ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٩٢/٢/٢٧ الطعن ٢٥٢٥ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٩٤/٥/٨ الطعن ٥٥٥ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٥ ص ٨٠٥ ع ١)

(جلسة ١٩٩٨/٤/٢٦ الطعن ٢٠٥ لسنة ٦٢ ق)

ويمكن القول إن الشيء تدخل تدخلًا إيجابياً في إحداث الضرر، إذا كان هذا الشيء في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر (١).

والمفروض، إذا أحدث الشيء ضرراً، أن الشيء قد تدخل تدخلًا إيجابياً في إحداثه، والمسئول هو الذي عليه أن يثبت أن الشيء لم يتدخل في إحداث الضرر إلا تدخلًا سلبياً، فينتفي بذلك افتراض الخطأ، ولا تتحقق المسؤولية إلا بإثبات خطأ في جانب المسئول (١).

٧٢٩- عدم ضرورة الاتصال المادي المباشر: والتدخل الإيجابي لا يستلزم الاتصال المادي المباشر. فقد لا يتصل الشيء اتصالاً مادياً مباشراً بمن وقع عليه الضرر، ومع ذلك يتدخل تدخلًا إيجابياً في إحداث الضرر. فإذا سارت عربة بسرعة تفوق السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تمسه العربة، وإذا وقفت عربة وقوفاً فجائياً وكانت عربة تسير وراءها فاضطرت إلى تفاعدي الاصطدام بها بأن انحرفت عن الطريق فاصطدمت بشجرة، وإذا سدت عربة منافذ الطريق على راكب «موتوسيكل» فاختل توازن الراكب وسقط إلى الأرض، ففي كل هذه الحالات تدخل الشيء تدخلًا إيجابياً في إحداث الضرر دون أن يمس الشخص أو الشيء المضرور أو يتصل به اتصالاً مادياً مباشراً.

٧٣٠- فعل الشيء وفعل الإنسان: وتجب الدقة في التمييز بين فعل الشيء (fait de la chose) وفعل الإنسان (fait de l'homme). ذلك أن المسؤولية عن فعل الشيء تقوم على خطأ مفترض، أما المسؤولية عن فعل الإنسان فتقوم على خطأ واجب الإثبات. ومن ثم كان الفرق كبيراً بين المسئوليتين، ووجب البحث عن معيار التمييز فيما بينهما.

وقد سار القضاء الفرنسي مراحل متعاقبة في طريقه إلى هذا التمييز. ففي المرحلة الأولى كان الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا نجم عن فعل ذاتي للشيء (fait autonome de la chose). ويتحقق ذلك في أحد فرضين: (١) إذا وقع الضرر من الشيء وهو غير محرك بيد الإنسان. (٢) إذا وقع الضرر من الشيء وهو محرك بيد الإنسان، ولكن الشيء انطوى على عيب ذاتي كان هو السبب في وقوع الضرر - ولكن هذا المعيار لم يكن مرضياً، فهو يعتبر الضرر من فعل الإنسان، ويقضى بوجود إثبات الخطأ، في حالة من أشد الحالات حاجة إلى افتراض الخطأ، وهي حالة ما إذا أحدث سائق السيارة ضرراً وهو يقود السيارة ولم يكن بها عيب ذاتي. فهذه حالة لا تدخل في الحالتين اللتين يعتبر الضرر فيهما

(١) مازو ٢٠١١ - ١٢١١ - ٩ مكرر ص ١٨٠.

(١) يشترط لتحقق مسؤولية حارس الأشياء المقررة في المادة ١٧٨ من القانون المدني أن يقع الضرر بفعل الشيء مما يقتضي أن يتدخل الشيء تدخلًا إيجابياً في إحداث الضرر فإذا دفع الحارس هذه المسؤولية أمام محكمة الموضوع بأن تدخل الشيء لم يكن إلا تدخلًا سلبياً وأن الضرر لم يقع إلا بخطأ المتوفى الذي دخل إلى حيث توجد آبار الفضلات، في مكان يحرم عليه بحكم اللوائح دخوله، بل إن الشارع يؤثم هذا الفعل، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يواجه هذا الدفاع الجوهرى ولم يناقشه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠ الطعن ١٠٤ لسنة ٢٩ ق من ١٥ ص ٢٤٠ ع ١)



القائمة على خطأ مفترض بفكرة الحراسة (à la garde de la chose)، لا بالشئ ذاته خطأً كان أو غير خطأ.

فأخذ الفقهاء، في مرحلة ثالثة، يحللون فكرة الحراسة. وذهب الأستاذان مازو إلى التمييز بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique). فالحراسة المادية هي السيطرة الفعلية على الشئ، أما الحراسة القانونية فتوجد حيث يوجد التزام قانوني بالمحافظة على الشئ وبمنعه من أن يكون مصدر ضرر للناس. ومن ثم يكون السارق قد استولى على الحراسة المادية دون الحراسة القانونية، ويستبقى صاحب الشئ المسروق الحراسة القانونية، فيكون، هو دون السارق، المستول عن الشئ المسروق.

ثم عدل الأستاذان مازو عن هذا الرأي، في المرحلة الرابعة وهي المرحلة الحالية، بعد أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة، في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (١)، حكماً آخر لا يقل أهمية عن الحكم المتقدم، قالت فيه إن السارق يعتبر حارساً للشئ المسروق، ويكون مسئولاً عما يحدث هذا الشئ من الضرر بناء على خطأ مفترض في جانبه. واعتبر الأستاذان مازو والجمهور من الفقهاء أن حراسة الشئ، كحراسة الحيوان، هي السيطرة الفعلية على الشئ والقدرة على التصرف في أمره، مشروعة كانت هذه السيطرة أو غير مشروعة. فالسارق يعتبر حارساً للشئ المسروق لأنه يسيطر عليه سيطرة فعلية، وإن كانت سيطرته غير مشروعة. ومالك الشئ إذا كان حائزاً له يعتبر حارساً لأن له السيطرة الفعلية عليه، وهي سيطرة مشروعة. ويرتب الأستاذان مازو على هذا التحليل أن الضرر يعتبر من

أصابه من الضرر أن يثبت خطأ في جانب السائق. ومن حيث إن القانون، في تطبيق الافتراض الذي يقرره، لا يميز بين ما إذا كان الشئ الذي أحدث الضرر محركاً أو غير محرك بيد الإنسان، كما أنه ليس من الضروري أن يكون منظوياً على عيب في طبيعته يكون من شأنه أن يحدث الضرر، فإن المادة ١٣٨٤ تربط المسئولية بحراسة الشئ لا بالشئ ذاته.

"Que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer le texte susvisé (art. 1384/1.) par le motif que l'accident causé par une automobile en mouvement, sous l'impulsion et la direction de l'homme, ne constituait pas, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, le fait de la chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'article 1384/1, et que, dès lors, la victime était tenue, pour obtenir réparation du préjudice, d'établir à la charge du conducteur une faute qui lui fût imputable; mais, attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même".

(١) دالوز ١٩٤٢-١-٢٥ مع تعليق ريبير-١٩٤١-١-٢١٧ مع تعليق هنري مازو.

من فعل الشئ، فيجب فيها اثبات الخطأ في جانب السائق، وهو أمر متعذر في الكثرة الغالبة من الحوادث (١). وقد أخذ القضاء الفرنسي يتذبذب في الأخذ بهذا المعيار وفي تركه. حتى صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية صريح في تركه، وفي اعتبار الضرر من فعل الشئ حتى لو كان هذا الشئ محركاً بيد الإنسان ولم يكن به عيب ذاتي. فسائق السيارة إذا أحدث ضرراً وهو يسوق السيارة يكون مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض في جانبه، لأن السيارة في حاجة إلى الحراسة لما ينجم عنها من الخطر (٢).

وعلى هذا النحو استبدلت محكمة النقض الفرنسية، في المرحلة الثانية، معياراً بمعيار. وجعلت معيارها الجديد في حكم لها مشهور صدر في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٧ (٣)، أن يكون الشئ في ذاته خطأً بحيث يحتاج إلى الحراسة. وهذا المعيار قريب جداً من المعيار الذي أخذ به القانون المصري الجديد، حيث يقول في المادة ١٧٨: «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية...» (٤). وبقي معيار «الشئ الخطر» تتداوله الفقهاء والمحاكم لتأييده أو لتفنيده، وظل الأمر كذلك مدة قصيرة، حتى طلعت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة بحكم مشهور صدر في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ (٥)، قضت فيه على معيار «الشئ الخطر»، فلم تردده في أسباب حكمها، بل ربطت المسئولية

(١) على أن هناك أشياء تحركها يد الإنسان. ويدو أن افتراض الخطأ فيها لا ينبغي أن يقوم، لأنها إنما تتحرك طوعاً لإرادة رجال فنيين إذا أخطأوا وجب اعتبار الخطأ من فعلهم هم لا من فعل هذه الأشياء. مثل ذلك مبضع الجراح وآلات الأشعة.

(٢) وواضح أن أهم الحوادث التي يطبق فيها الخطأ المفترض هي حوادث السيارات.

(٣) دالوز ١٩٢٧-١-٩٧ مع تعليق ريبير- سيريه ١٩٢٧-١-١٣٧ مع تعليق إسمان. وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي: «ومن حيث إن القانون، في تطبيق الافتراض الذي يقرره، لا يميز بين ما إذا كان الشئ محركاً بيد الإنسان، وإنما يكفي أن يكون الشئ خاضعاً لحراسة واجبة، وذلك بسبب ما يمكن أن يعرض له الناس من الأخطار... mais attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde, en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui».

(٤) ومعيار الشئ الخطر قال به الأستاذ ريبير، ولا يزال يقول به - هذا وينكر الأستاذان مازو أن يكون المعنى الذي قصدت إليه محكمة النقض في حكمها هذا هو معيار الشئ الخطر. فالمحكمة إنما قالت إن المسئولية التي تقوم على خطأ مفترض تتأسس على حاجة الشئ للحراسة لما يعرض الناس له من الخطر. فهي لا تميز بين الشئ الخطر والشئ غير الخطر، بل تفسر حاجة الشئ للحراسة، فترجعها إلى ما يعرض الشئ له الناس من الخطر (مازو ٢ فقرة ١٢٢٩).

(٥) دالوز ١٩٣٠-١-٥٧ مع مذكرة ماتير (Matter) وتعليق ريبير- سيريه ١٩٣٠-١-١٢١ مع تعليق إسمان. وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي: «ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد رفض تطبيق النص المشار إليه (م ١٣٨٤ فقرة ١) بدعوى أن الحادث الذي تسببه سيارة تتحرك بدفع وتوجيه من يد الإنسان، لا يكون من فعل الشئ تحت الحراسة وفقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى، ما دام لم يثبت مطلقاً أن الحادث يرجع إلى عيب ذاتي في السيارة، ومن ثم يجب على المضرور للحصول على تعويض ما»

فعل الشيء إذا كان الشيء قد أحدث الضرر وهو مفلت من زمام حارسه. ذلك أن الحارس ما دام قابضاً على زمام الشيء، فكل ضرر يحدث يعتبر من فعله لا من فعل الشيء، ولا يكون مسئولاً في هذه الحالة إلا إذا ثبت خطأ في جانبه. أما إذا أفلت الشيء من سيطرة الحارس، وخرج زمامه من يده، وأحدث ضرراً، كان الضرر من فعل الشيء لا من فعل الحارس، ويكون هذا مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض<sup>(١)</sup>. وعندما يطبق الأستاذان معيارهما الجديد، «أفلت زمام الشيء من سيطرة الحارس»، يذهبان إلى أن الشيء إذا أحدث ضرراً، فالمفروض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس وأن الضرر قد حدث بفعل الشيء، ما لم يكن الحارس قد وجه الشيء قصداً إلى إحداث الضرر، فهنا يعتبر الضرر قد حدث بفعل الحارس<sup>(٢)</sup>. ومن ثم فكل ضرر يحدث بتدخل إيجابي من الشيء، ولم يكن مقصوداً من حارسه، يعتبر أنه قد حدث «بفعل الشيء»<sup>(٣)</sup>.

٧٣١- القانون المدني الجديد: والقانون المدني الجديد ربط الخطأ المفترض بحراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، وفرض أن الآلات الميكانيكية تتطلب حراستها عناية خاصة دائماً.

لذلك لسننا في حاجة إلى إجهاد النصوص لتحديد الفكرة التي يقوم عليها الخطأ المفترض في المسؤولية عن الأشياء في القانون الجديد. فهذا الخطأ المفترض يقوم على فكرة «العناية الخاصة» التي تتطلبها حراسة الشيء. ولا يجوز اعتبار أن الضرر قد حدث بفعل الشيء إلا في حالتين: (الأولى) أن يكون هذا الشيء آلة ميكانيكية تدخلت تدخلها إيجابياً في إحداث الضرر، أي كانت في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر. (والثانية) أن يكون هذا الشيء ليس آلة ميكانيكية ولكن حراسته تقتضي عناية خاصة. وهذا أقرب ما يكون إلى معيار «الشيء الخطر» كما قدمنا. فإذا كان الشيء في حراسة شخص، وكانت هذه الحراسة تقتضي عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة هذا الشيء أو بالنسبة إلى ظروفه وملابساته، ثم أحدث الشيء ضرراً، فإنه يفترض أن الحارس قد قصر في بذل هذه العناية حتى أفلت زمام الشيء من يده، فأحدث الضرر. أما إذا كانت الحراسة لا تقتضي عناية خاصة، فلا يفترض أن الحارس قد قصر في بذل العناية الواجبة، بل يجب على المضرور أن يقيم الدليل على هذا التقصير.

يبقى بعد ذلك أن نعرف متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة؟ قدمنا أنه يجب في ذلك الرجوع إلى طبيعة الشيء، ثم إلى ظروفه وملابساته. ويترتب على ذلك أنه متى كانت طبيعة الشيء تقتضي عناية خاصة قام الخطأ المفترض. على أنه يلاحظ أن الآلات الميكانيكية، كالسيارات والآلات الزراعية والصناعية والقاطرات البخارية والكهربائية

(١) مازو ٢ فقرة ١٢٤٩.

(٢) مازو ٢ فقرة ١٢٥٦.

(٣) مازو ٢ فقرة ١٢٥٦ ص ٢١٨.

والسفن البخارية والأسلحة النارية والمصاعد، يفرض القانون بالنص أن حراستها تحتاج إلى عناية خاصة، نظراً لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتي (dynamisme propre). وليست الآلات الميكانيكية وحدها هي التي تحتاج حراستها إلى عناية خاصة نظراً لطبيعتها. بل توجد أشياء أخرى غير ميكانيكية تقتضي طبيعتها أن تكون في نفس الوضع. مثل ذلك الأسلحة غير الميكانيكية على اختلاف أنواعها والأسلاك الكهربائية والمواد الكيماوية والأدوية الطبية والزجاج والمصابيح والفؤوس والمناجل والمفرقات وما إلى ذلك<sup>(١)</sup>.

على أن الشيء قد لا تقتضي حراسته عناية خاص بالنظر إلى طبيعته، ولكن الظروف والملابسات التي وجد فيها تجعل هذه الحراسة في حاجة إلى عناية خاصة. فعربة الركوب والشجرة والسلم والحبل والرمال والصخر، كل هذه ليست أشياء خطيرة بطبيعتها، ولكن قد تصبح خطيرة في ظروف معينة. فعربة الركوب بالنسبة إلى المشاة شيء خطر، وهي ليست كذلك بالنسبة إلى السيارات. والشجرة ليست خطيرة ما دامت في وضعها الطبيعي، فإذا اقتلعتها الرياح ورمت بها في عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً. والسلم يصبح خطراً إذا دهن بمادة لزجة تجعل الانزلاق عليه أمراً محتملاً. والحبل قد يصبح خطراً إذا جعل في وضع بحيث ترتطم به الناس. وهذا هو الشأن في الرمال إذا انهالت، وفي الصخر إذا انحدر<sup>(٢)</sup>.

ومن ذلك نرى أن الشيء تقتضي حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بملابساته. وهو يصبح خطراً بملابساته إذا كان في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر، أي إذا تدخل تدخلها إيجابياً في إحداث الضرر. وهنا يتلاقى القضاء الفرنسي مع نصوص القانون المصري الجديد<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الثاني

### على أي أساس تقوم مسؤولية حارس الأشياء

٧٣٢- مسألتان: متى تحققت مسؤولية حارس الشيء على النحو الذي قدمناه، قامت هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب الحارس. فنبين الآن ما هو هذا الخطأ، وإلى أي حد هو مفترض.

(١) وإذا انفجرت مواد ملتهبة فثبت حريق من جراء هذا الانفجار، كان الحارس مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض. وفي فرنسا لا يكون مسئولاً إلا إذا ثبت خطأه بمقتضى قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢.

(٢) أنظر في تطبيقات أخرى متنوعة مازو ٢ فقرة ١٢٥٨ - فقرة ١٢٧٠.

(٣) ويعترض الأستاذان مازو على مثل هذا الرأي (أنظر مازو ٢ فقرة ١٢٣٩). وهما يقولان إن كل شيء قد يصبح خطراً في ظروف معينة. وهذا صحيح. وهو منذ يصبح خطراً بقيام هذه الظروف تحتاج حراسته إلى عناية خاصة. فإذا أحدث ضرراً غير مقصود، فرض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس. فيرجع الأمر إذن إلى «الخطر النسبي للأشياء بالنسبة إلى الظروف الملائمة»، وما إذا كان الشيء قد جعل في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث ضرراً، فنبتدئ تحتاج حراسته إلى عناية خاصة. وهذا هو عين ما يقوله الأستاذان في شرح القضاء الفرنسي. فهما كما رأينا يرجعان بعد إسهاب طويل إلى فكرة التدخل الإيجابي. وليست هذه الفكرة إلا فكرة الشيء الخطر بالنسبة إلى وضعه وملابساته.

## ١- ما هو الخطأ

٧٣٣- خطأ في الحراسة: الخطأ المفترض في جانب حارس الشيء (1)، كالخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان، هو خطأ في الحراسة (faute dans la garde). فإذا ألحق الشيء ضرراً بالغير، كان المفروض أن زمام هذا الشيء قد أفلت من يد حارسه، وهذا هو الخطأ.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخطأ في الحراسة بهذا التفسير هو خطأ أقرب إلى الصنعة منه إلى الحقيقة، فهو خطأ موهوم، اخترعته الصياغة القانونية ليخفى تحته الواقع، إذ المسئول قد أقحم عليه الخطأ إقحاماً، وفرض عليه فرضاً لا يستطيع التملص منه. والأولى أن يقال إن المسئولية هنا قد فرضها القانون، وأقامها على أساس من تحمل التبعة. ذلك أن المسئول هو الذي ألقى إلى المجتمع بشيء يصح أن يكون مصدراً للضرر، وانتفع به، فإذا ما وقع الضرر فعلاً وجب أن يتحمل تبعته (1). والرد على نظرية تحمل التبعة هنا هو عين الرد على هذه النظرية في المسئولية عن الحيوان. فلا يمكن القول إن أساس المسئولية عن الشيء هو تحمل التبعة، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالشيء لا الحارس، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبي.

٧٣٤- ما الذي يثبتته الضرر: والمضروب لا يكلف إثبات الخطأ لأنه مفترض، ولكنه يكلف إثبات الشروط التي تتحقق بها مسئولية حارس الأشياء. فيجب عليه أن يثبت أولاً أن المدعى عليه هو حارس الشيء الذي أحدث الضرر، والمفروض هنا أن الحارس هو المالك، إلى أن يثبت المالك أن حراسة الشيء قد خرجت من يده إلى يد شخص آخر وقت وقوع الضرر، وعندئذ يكون هذا الشخص هو المسئول. ويجب على المضروب أيضاً أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو بفعل آلة ميكانيكية، والمفروض كما قدمنا أن الشيء قد تدخل تدخلت إيجابياً في إحداث الضرر، إلى أن يقيم الحارس الدليل على أن التدخل لم يكن إلا سلبياً.

## ٢- إلى أي حد هو مفترض

٧٣٥- الافتراض لا يقبل إثبات العكس: الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، كالخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان.

فلا يجوز إذن للحارس أن ينفي الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغي من العناية حتى لا يفلت زمام الشيء من يده. وقد كان القضاء الفرنسي في أول مراحل تدرجه يجعل الخطأ مفترضاً افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، ويجيز للحارس أن ينفي الخطأ، ثم تدرج إلى جعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس، فلم يعد الحارس يستطيع أن ينفي الخطأ عن نفسه (1) (1).

وقد كانت هذه المسألة هي الميدان الذي هاجم فيه أنصار نظرية تحمل التبعة نظرية الخطأ المفترض. فقد اعترضوا كما رأينا على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، وقالوا إن الخطأ إذا افتراض وجب أن يكون الافتراض قابلاً لإثبات العكس. ذلك أن الحارس إذا استطاع أن يقيم الدليل على أنه لم يرتكب خطأ، فالصاق الخطأ به بالرغم من ذلك ليس إلا تخايلاً لإقامة المسئولية على أساس خطأ وهمي لا وجود له بعد أن أقام الدليل على نفيه. وهذا ما دعا محكمة النقض الفرنسية إلى أن تتحدث، في حكمها الذي أصدرته في دوائرها المجتمعة في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠، عن «افتراض المسئولية» (présomption de responsabilité)، لا عن «افتراض الخطأ» (présomption de faute). ويرد الأستاذان مازو على هذا الاعتراض بأن الخطأ الذي قامت عليه مسئولية حارس الشيء هو خطأ في الحراسة. والأصل في ذلك أن كل حارس يلتزم قانوناً بالألا يجعل زمام الشيء يفلت من يده حتى لا يصاب أحد بضرر. وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat)، لا التزام ببذل عناية (obligation de moyen). فإذا أفلت زمام الشيء من يد حارسه، فقد وقع الخطأ، ولا سبيل بعد ذلك إلى نفيه بإثبات العكس (2).

(١) أنظر تفصيل ذلك في مازو ٢ فقرة ١٢٩٧.

(٢) أنظر مازو ٢ فقرة ١٣١٥ وفقرة ١٣١٨ وفقرة ١٣٢٠ وفقرة ١٣٢٦ وفقرة ١٣٢٧ - ويلاحظ أن القضاء الفرنسي عندما تكلم عن افتراض المسئولية، جعل المفروض هو علاقة السببية لا الخطأ، حتى لا يصطدم بالمادة ١٣٥٢ من القانون المدني الفرنسي، والسببية هنا مفترضة افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، وهي تنتفي بإثبات السبب الأجنبي.

(١) ترتفع مسئولية الحارس إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضروب أو خطأ الغير، ولا يعتبر الفعل سبباً أجنبياً إلا إذا كان خارجاً عن الشيء فلا يتصل بتكوينه ولا يمكن توقعه أو دفعه أو درء نتائجه ويؤدي مباشرة إلى وقوع الحادث لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر انفجار الاطار من الأمور المألوفة التي يمكن توقعها والتحرز من حدوثها فلا يعد قوة قاهرة وهو نظر سائغ خلصت إليه محكمة الموضوع.

(جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦ الطعن ٧٥٩ لسنة ٥٥٥ ق)

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٧ الطعن ١٠٣٦ لسنة ٦٠ ق)

(١) أنظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٥٥٣.

(١) المسئولية المقررة في المادة ١٧٨ من القانون المدني تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضروب أو خطأ الغير.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن ١٠٧٢ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٢/٩ الطعن ٢٧١ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن ٤ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٩١/٥/١٥ الطعن ٣١٣٣ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧ الطعن ١١٤٥ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٥ ص ٤٣٨ ع ١)

(جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٧ الطعن ٣٤١٠ لسنة ٦٩ ق)



ونقرر هنا ما قررناه في المسؤولية عن الحيوان من أن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضروب. وقد قدمنا أن المضروب هو الذي ينتفع بهذا الافتراض ولا يضار به، فلا يجوز أن يحتج به عليه. كذلك لا يقوم افتراض الخطأ إذا أحدث الشيء الضرر لذاته (١). وقد تجتمع مسؤولية حارس الشيء مع مسؤولية المتبوع في شخص واحد. فإذا كان مالك الشيء قد دفعه إلى تابعه واحتفظ بالحراسة، وألحق الشيء ضرراً بالغير، فإن المالك هنا يكون مسؤولاً بأحد اعتبارين: إما باعتباره حارساً فيكون الخطأ مفترضاً في جانبه، وإما باعتباره متبوعاً فيجب إثبات الخطأ في جانب التابع حتى يقوم الخطأ المفترض في جانب المتبوع. والخطأ المفترض لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين الحارس والمضروب. فأمين النقل وهو مسئول بالعقد عن سلامة الراكب، والطبيب وهو ملتزم بالعقد أن يبذل العناية الواجبة في علاج المريض، لا يكونان مسئولين مسؤولية تقصيرية بمقتضى خطأ مفترض، بل هما مسئولان بمقتضى العقد مسؤولية عقدية، وقد مر بيان ذلك. وإذا قام عقد بيع التابع والمتبوع يرتب التزاماً على المتبوع بضمان سلامة التابع، وأصاب شيء في حراسة المتبوع التابع بالضرر، كانت مسؤولية المتبوع مسؤولية عقدية، لا مسؤولية تقصيرية. فإن كان العقد لا يرتب التزاماً بضمان سلامة التابع، أو إذا لم يوجد عقد أصلاً بين التابع والمتبوع، كان المتبوع مسئولاً مسؤولية تقصيرية تقوم على خطأ مفترض.

## الباب الثالث

### الاثراء بلا سبب

(L'Enrichissement sans cause)

وحارس الشيء كحارس الحيوان لا يجوز أن يكون عديم التمييز، لأن مسؤوليته تقوم على الخطأ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه.

٧٣٦- جواز نفي المسؤولية بنفي علاقة السببية: ولما كان حارس الشيء لا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بنفي الخطأ على النحو الذي بيناه، لم يبق أمامه لدفع المسؤولية إلا أن ينفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع. وهو لا يستطيع نفي علاقة السببية هذه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي: قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المصاب أو خطأ الغير (١). وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٨ إذ تقول: «... ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه». ثم ينتهي النص بهذه العبارة: «هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة». ومن أهم هذه الأحكام الخاصة ما سبق أن ذكرناه من مسؤولية رب العمل عن حوادث العمل، فهي مسؤولية لا تقوم على خطأ مفترض، بل تقوم على أساس تحمل التبعة.

(١) مازو ٢ فقرة ١٢٧٢-٢.

(I) مناط المسؤولية الشبئية قبل حارس الشيء سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً له السيطرة الفعلية على الحساب نفسه قصداً واستقلالاً وفقاً لنص المادة ١٧٨ من القانون المدني هو ثبوت فعل الشيء واحداث الضرر فإذا ثبت ذلك أضحي الخطأ مفترضاً في حقه بحيث لا يدرؤه عنه إلا أن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الغير أو خطأ المضروب، وبشرط أن خطأ المضروب إذا كان هو الدعامة التي يستند إليها الحارس للقول بانقطاع رابطة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع أن يصدر عن المضروب رأى فعل من شأنه أن يحدث الضرر به وأن يكون هو السبب المباشر له وهو ما يعني انقطاع رابطة السببية إذا كان تدخل الشيء في حدوث الضرر سلبياً متحيزاً ولو كان خطأ المضروب ممكن التوقع أو ممكن تجنب آثاره.

(جلسة ١٩٩٤/٦/١٥ الطعن ٩٢ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٥ ص ١٠١٣ ع ٢٤)

## تمهيد

٧٣٧- الاثراء بلا سبب هو مصدر قديم من مصادر الالتزام: كل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به في حدود ما لحق الغير من خسارة. فإذا استولى شخص على ملك غيره، دون أن يكون لهذا الاستيلاء سبب قانوني، وأضافة إلى ملكه ولو بنية حسنة، يكون قد أثرى دون سبب قانوني على حساب الغير، فيلتزم برد أدنى القيمتين: ما أثرى به وما افتقر به الغير.

وقاعدة الاثراء بلا سبب على هذا النحو الذي يبيانه تعتبر من أولى قواعد القانون. تمتد جذورها فتتصل مباشرة بقواعد العدالة والقانون الطبيعي. وهي في غير حاجة إلى تبرير، إذ تحمل في طياتها ما يبررها. بل لعلها أول مصدر ظهر للالتزام في فجر التاريخ، وهذا مبلغ حظها من البدهة القانونية. وهي على كل حال مصدر للالتزام عاصر مصدر العمل غير المشروع، وهذا هو من المصادر الأولى التي عرفها القانون<sup>(١)</sup>.

٧٣٨- على أن قاعدة الاثراء بلا سبب، إذا كانت قد عرفت منذ القديم، فهي لم تعرف إلا على نحو غير متصل الأجزاء: عرفها القانون الروماني لا كمبدأ عام تستخلص منه تطبيقاته المتنوعة، بل كجزئيات متناثرة وفروض متفرقة تستقصى في حالات محددة، دون أن يجمعها أصل مشترك أو تنتظمها قاعدة عامة.

وكان حظ القاعدة في العصور الوسطى، سواء في القانون الفرنسي القديم أو في الفقه الإسلامي أو في القانون الإنجليزي، حظاً ضئيلاً لا يداني حتى هذا المجال المحدود الذي ظفرت به في القانون الروماني.

وتلقاها القانون الحديث تراثاً مبعثراً مشتت الأجزاء، فبقيت مختلطة بغيرها من مصادر الالتزام دون أن تظفر بقوام ذاتي وكيان مستقل<sup>(٢)</sup>، حتى عهد قريب، إذ تناولها القضاء في فرنسا وفي مصر، وتناولتها التقنينات الحديثة، فارتسمت لها حدود معروفة المعالم واضحة المدى. وكسبت القاعدة ذاتيتها، وقامت مصدراً مستقلاً إلى جانب غيرها من مصادر الالتزام.

وسجل القانون المصري الجديد أقصى مرحلة وصلت إليها القاعدة في مراحل تدرجها.

ومن ثم يعني أن تتابع القاعدة في تطورها التاريخي.

(١) جيرار (Girard) موجز القانون الروماني باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٤٢ وما بعدها.

(٢) يشبهها الأستاذ ريبير (Ripert) في كتابه « القاعدة الأدبية فقرة ١٣٣، بجدول من الماء يجري تحت الأرض، فثبتت من القواعد القانونية المحددة ما يشهد بوجوده، ولكن الجدول لا يظهر فوق الأرض أبداً.

(١) أنظر سافيني (Savigny) في القانون الروماني (ترجمة جينو ١٨٥١ - ١٨٥٥) ص ٥١٣ -

## التطور التاريخي لقاعدة الاثراء بلا سبب

القانون الروماني:

٧٣٩- طائفتان من الدعاوى: عرف القانون الروماني طائفتين من الدعاوى تقومان على قاعدة الإثراء بلا سبب: دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب (condictiones sine cause) ودعاوى الإثراء بلا سبب (action de in rem verso). ولكن كلا من هاتين الطائفتين من الدعاوى لم تكن تباح إلا في حالات معينة حددت علي سبيل الحصر. ولم يصل القانون الروماني إلى وضع قاعدة عامة تشتمل على جميع الأحوال التي يجوز أن يتناولها الإثراء دون سبب. ونستعرض هاتين الطائفتين من الدعاوى.

٧٤٠- دعاوى استرداد ما دفع دون سبب: وهذه تشتمل على الدعاوى الآتية:

١- دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير دون حق وهو يظن أن هذا الغير دائن له، وتسمى (condictio indebiti).

٢- دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لسبب مشروع لم يتحقق وتسمى (condictio, cause date, cause non secutar).

٣- دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لمنعه من القيام بعمل غير مشروع (كمنعه من ارتكاب جريمة)، أو لدفعه إلى تلافى ما قام به من عمل غير مشروع (كدفعه إلى رد ما سرقه). وهذه الدعوى تسمى (condictio ob turpem causam). فإذا كان السبب غير المشروع قائماً عند كل من المتعاقدين، كما إذا تعاقد شخص مع آخر لدفعه إلى ارتكاب جريمة أو عمل من أعمال العهارة أو المقامرة، امتنع الاسترداد.

٤- دعوى يسترد بها المقتقر من المثرى ما افقر به على خلاف أحكام القانون، كالمدين يسترد من دائنه ما دفعه من فوائد غير قانونية أو من دين عقده تحت سلطان الإكراه. وهذه الدعوى تسمى (condictio ob injustum causam).

٥- دعوى يسترد بها الشخص من الغير ما دفعه له في أحوال معينة، إذا كان السبب غير موجود أو كان لم يتحقق أو كان قد انقطع بعد أن تحقق. وهذه الدعوى تسمى (condictio sine causa) بمعناها الضيق. ولكنها لم تكن تباح إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر، فلم تمتد إلى جميع الأحوال لتصبح قاعدة عامة. من ذلك أن المقتقر لم يكن له من سبيل إلى الاسترداد في بعض الحالات، كالمصروفات ينفقها الحائز لأرض الغير وهو حسن النية، وكالأرض يفقدها مالكها بتحول مجرى النهر.

ويلاحظ في شأن دعاوى الاسترداد هذه أمور ثلاثة:

(الأمر الأول) أن ظهور هذه الدعاوى في القانون الروماني كان نتيجة للشكلياتية (formalisme) والتجرد (abstraction) اللذين انطوى عليهما التعامل في هذا القانون.

فقد كان العقد يعتبر صحيحاً دون اعتبار لسببه، حتى لو كان هذا السبب غير موجود أو كان غير مشروع، ما دام العقد قد استوفى الشكل المفروض. وكانت الملكية تنتقل طبقاً للأوضاع المرسومة حتى لو كان سبب نقلها غير موجود أو غير مشروع. ومن ثم وجدت دعاوى الاسترداد هذه فيما لو نفذ العقد وكان سببه غير موجود أو غير مشروع فيسترد المدين ما دفع، وفيما لو انتقلت الملكية لسبب غير موجود أو غير مشروع فيسترد المالك ملكه. وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في نظرية السبب.

(الأمر الثاني) أن كل هذه الدعاوى تتصل بعقد قائم ما بين المثرى والمقتقر (negotium contractus) إذ هي في أصلها مشتقة من دعوى الاسترداد في عقد القرض (mutuum)<sup>(١)</sup>، فمن أجل ذلك وجب أن تتصل بعقد. ومن ثم لم يكن هناك سبيل للحائز أن يسترد مصروفاته إذ هو لم يرتبط بعقد مع مالك الأرض.

(الأمر الثالث) أن الإثراء في هذه الدعاوى يجب أن يكون قد انتقل مباشرة من مال المقتقر إلى مال المثرى دون وساطة أجنبي. فإذا تحقق الإثراء عن طريق هذه الوساطة، وأثرى شخص من وراء عقد لم يكن طرفاً فيه، فإن الإثراء هنا يكون محلاً للطائفة الأخرى من الدعاوى وهي دعاوى الإثراء بلا سبب.

٧٤١- دعاوى الاثراء بلا سبب: وهذه بدأت في دائرة محدودة هي دائرة التعاقد الذي يتم ما بين شخص وآخر، يكون تحت السلطة الأبوية ولداً، أو تحت سلطة السيد عبداً. فإذا أثرى الأب أو السيد من وراء هذا التعاقد دون أن يكون هو طرفاً فيه. جاز الرجوع عليه بقدر ما أثرى في حدود افتقار من تعاقد مع الولد أو العبد.

ثم اتسعت دائرة هذه الدعاوى، فشملت التعاقد ما بين شخصين لا يخضع أحد منهما لسلطة ما. فإذا أثرى شخص ثالث من وراء هذا التعاقد جاز الرجوع عليه بدعوى الإثراء، كشریک تعاقد مع الغير فعاد التعاقد بنفع على الشركة. ولكن ظلت الحالات التي تباح فيها هذه الدعوى هي أيضاً محددة، ولم توضع قاعدة عامة تشمل جميع حالات الإثراء بلا سبب.

القانون الفرنسي القديم:

٧٤٢- دعاوى استرداد ما دفع دون سبب: لم يعترف هذا القانون بقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة عامة شاملة التطبيق، وقصر المبدأ على حالات معينة انتقلت إليه من القانون الروماني. وأظهر هذه التطبيقات هي دعاوى استرداد ما دفع دون حق (condictiones sine causa)<sup>(٢)</sup>.

ص ٦١٧- قارن جيرار موجز القانون الروماني باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٢٥ وما بعدها.  
(٢) أنظر دوما (Domat) (القوانين المدنية ١ الكتاب الثاني الباب السابع الفصل الأول فقرة ١٠).  
(١) أنظر بوتيه (Pothier) في باب الوكالة فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٩.



وقد وقع تطور هام في شأن هذه الدعاوى منذ ظهرت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم. فقد ترتب على اعتبار السبب ركناً في العقد أن فقدت دعاوى استرداد ما دفع دون حق الشيء الكثير من أهميتها. إذ كانت في القانون الروماني - وعنده العقوم شكلية مجردة كما سبق القول - ذريعة لتلافي النتائج التي تترتب على هذه الشكلية وهذا التجريد، فكان المتعاقد يسترد بها ما دفعه دون سبب أو لسبب غير مشروع. أما بعد اعترف القانون الفرنسي القديم بالسبب ركناً في العقد، فقد أصبح العقد الذي لا سبب له أو الذي يكون سببه غير مشروع عقداً باطلاً، فلم تعد هناك حاجة لدعاوى الاسترداد إلا في الحالات القليلة التي ينفذ فيها العقد رغم بطلانه، أو في الحالات التي يفسخ فيها العقد بعد تنفيذه.

٧٤٣- دعاوى الإثراء بلا سبب: وبقيت دعاوى الإثراء بلا سبب (actio de in rem verso) تباح في بعض حالات الإثراء. ولكنها ما لبثت أن اختلطت بدعوى الفضالة. وعالج بوتيه الأولى باعتبارها فرعاً عن الثانية. فذكر أنه إذا تولى شخص شؤون غيره، معتقداً أنه يدبر شؤون نفسه، أو فعل ذلك رغم إرادة رب العمل، اختل ركن من أركان الفضالة، فلا تطبق أحكامها كاملة، وتطبق أحكام فضالة ناقصة (gestion d'affaires anormale) يقتصر فيها الفضولي على استرداد ما أنفق في حدود ما أثرى به رب العمل يوم رفع الدعوى (١).

الفقه الإسلامي (٢):

٧٤٤- لا يعترف الفقه الإسلامي بالإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا في حدود هو أضيق بكثير من المدى الذي وصل إليه القانون الروماني والقوانين اللاتينية والجرمانية التي اشتقت منه.

وأوسع ما يعترف به الفقه الإسلامي في ذلك هو دفع غير المستحق. والظاهر من نصوص الشريعة الإسلامية أنها تجعله مصدراً للالتزام. فلو أن شخصاً ظن أن عليه ديناً، فبان خلافه رجع بما أدى (٣).

ولا يعترف الفقه الإسلامي بعمل الفضولي مصدراً للالتزام، ويعتبر الفضولي متبرعاً لا يرجع بشئ على رب العمل (٤).

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧ ص ٦٩ - ص ٧١.

(٣) الأشباه والنظائر جزء أول ص ١٩٤. وفي شرحه غمز عيون البصائر من دفع شيئاً ليس واجباً عليه استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة. أنظر أيضاً في هذا المعنى م ٢٠٢ وم ٢٠٧ من كتاب مرشد البحرا

(٤) يؤيد هذا ما ورد في مجمع الضمانات من النصوص الآتية: عمر دار امرأته لها بلا إذنها قال النس

العمارة كلها لها ولا شئ عليها من النفقة فإنه متبرع، وعلى هذا التفصيل عمارة كرم امرأته ولا أملاكها (ص ٤٥٣) - المديون إذا أنفق على ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره لا يبرأ من الدين ولا

أما الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة فلا يعترف به الفقه الإسلامي. على أنه توجد حالات معينة يكون فيها الإثراء بلا سبب في هذا الفقه ملزماً للمشرى على حساب الغير. ويكون ذلك عادة إذا كان الشخص الذي افتقر لم يكن له بد من ذلك، كما لو بنى صاحب العلو السفلى بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم، فلا يكون متبرعاً ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفلى لأنه مضطر إلى البناء إذ لو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفلى على بناء سفله لعدم تعديده (١).

ومن ثم نرى أن الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام في الفقه الإسلامي إلا في حالات قليلة.

القانون الإنجليزي (٢):

٧٤٥- وإذا كان باب الإثراء بلا سبب ضيقاً في الفقه الإسلامي فهو لا يزيد اتساعاً في القانون الإنجليزي. وفي هذا يتقارب الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي، ويعدان معاً عن القانون الروماني.

وأوسع ما يعترف به القانون الإنجليزي هو دفع غير المستحق، شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي. فمن دفع مبلغاً من النقود إلى غير دائن، معتقداً بحسن نية أنه يدفع للدائن، يسترد في القانون الإنجليزي ما دفعه بشرط أن يكون الغلط في الواقع لا في القانون (٣).

وليس للفضولي في القانون الإنجليزي الحق في استرداد ما أنفقه من المصروفات إلا في حالات محددة، منها حالة إنقاذ سفينة من الغرق وحالة الدائن المرتهن فيما يتحملة من النفقة لحفظ العين المرهونة (٤).

أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزي إلا في حالات خاصة (٥).

= يرجع بما أنفق على من أنفق عليه (ص ٤٤٩) - لو قضى دين غيره بغير أمره جاز، فلو انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضى لأنه تطوع بقضاء الدين، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين، وعليه للقاضى مثلها (ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩).

(١) وفي جامع الفصولين زرع بينهما فغاب أحدهما وأنفق الآخر يكون متبرعاً بخلاف ذى العلو مع أن كلا لا يصل إلى حقه إلا بالإنفاق. والفرق أن الأول مضطر لأن شريكه لو كان حاضراً يجبره القاضى على الإنفاق ولو غائباً يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر، فلما زال الاضطرار كان متبرعاً، أما ذو العلو فمضطر في بناء السفلى إذ القاضى لا يجبر صاحبه لو حاضراً فلا يأمر غيره لو غائباً، والمضطر ليس بمتبرع (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٧٠٥).

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦١ ص ٦١ - ص ٦٢.

(٣) أنظر كينر (Keener) في شبه العقد ص ٨٥ وما بعدها و ص ١٣٩ وما بعدها.

(٤) أنظر جنكس (Jenks) م ٧٢٠.

(٥) نذكر منها ما يأتي: ١- إذا دفعت شركة التأمين مبلغ الخسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن بالتعويض الذي أخذ من الغير عن هذه الخسارة ٢- إذا استولى أحد الشركاء في الشروع على أكثر من نصيبه في غلة العين الشائعة التزم برد هذه الزيادة ٣- إذا لم يقسم أحد المتعاقدين بما =

٧٤٦- المرحلة الأولى (إنكار المبدأ العام): لم يحتو قانون نابليون نصاً يشتمل على قاعدة عامة للإثراء بلا سبب بل اقتصر هذا القانون على حالات متفرقة تناثرت هنا وهناك أبرزها الفضالة، ودفع غير المستحق، والمصرفات الضرورية والنافعة، والبناء والغراس في أرض الغير.

ولما كان عهد الشراح على المتون (L'Ecole de l'Exegése) هو الذي تلقى التقنين الفرنسي في أول مراحلها، وكان هؤلاء الشراح يلتزمون النصوص التشريعية ولا ينحرفون عنها، فقد ترتب على انعدام نص يقرر القاعدة العامة أن مبدأ الإثراء بلا سبب أنكر وجوده إنكاراً تاماً في هذه المرحلة الأولى. واقتصر الفقه والقضاء في فرنسا على تطبيق هذه النصوص المتفرقة في حالاتها الخاصة، دون أن يصل إلى فيما بينها.

٧٤٧- المرحلة الثانية (الفضالة الناقصة): تم دخول القانون الفرنسي في مرحلة ثانية اعترف فيها القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب، ولكن على أنها فرع عن الفضالة الواردة في النصوص التشريعية، ضرب من الفضالة الناقصة على النحو الذي قال به بوتيه فيما قدمناه. وبدأت محكمة النقض الفرنسية تقضي بقياس الإثراء بلا سبب على الفضالة، وتعتبر أن الإثراء بلا سبب فضالة احتل ركن من أركانها، وبخاصة ركن القصد في تولى شؤون الغير (١).

٧٤٨- المرحلة الثالثة (الاعتراف بالمبدأ العام منظورياً على قيدين): ودخل القانون الفرنسي بعد ذلك في مرحلته الثالثة متأثراً بعاملين. العامل الأول زوال سلطان مدرسة الشرح على المتون، وقد تحرر الفقه والقضاء من ربة النصوص التشريعية، وأمكن أن تصاغ المبادئ العامة دون حاجة لأن تستند إلى نصوص. والعامل الثاني أن نظرية الفضالة الناقصة ما لبثت أن ضاقت عن تطبيقات متنوعة لمبدأ الإثراء بلا سبب، ولم يكن من الممكن إدخال هذه التطبيقات في حظيرة الفضالة ولو باعتبارها فضالة ناقصة. فكان لا بد إذن من الاعتراف بقاعدة الإثراء بلا سبب مبدأ قائماً بذاته، مستقلاً عن الفضالة كاملة كانت أو ناقصة.

= عليه من التزام فلا آخر أن يفسخ العقد وأن يسترد النقود التي دفعها للطرف الأول أو أن يطلب تعويضاً عما قام به من الأعمال تنفيذاً للعقد. يراجع في هذه الحالات جنكس (Jenks) م ٧٠٧ وما بعدها.

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٨ يونيو سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢-١-٤٧١. وقد تلى هذا الحكم حكمان آخران طبقاً هما أيضاً دعوى الفضالة في حالات الإثراء بلا سبب: محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣-١-٤٥٧، وفي ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨-١-٢٠٤. وأخيراً حكم طيقت فيه محكمة النقض الفرنسية نظرية الفضالة الناقصة صدر في ١٦ يولية سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١-١-٤٩ مع تعليق لبلانبول. وانظر في الفقه الفرنسي ديمولومب ٣١ فقرة ٤٩ - لوران ٢٠ فقرة ٣٢٧ - لاروميير ٥ ص ٦٠١.

وقاد هذه المرحلة الفقيهان المعروفان أوبري ورو في كتابهما المشهور، فاعتبرا أن قاعدة راء بلا سبب تقوم بذاتها مبدأ مستقلاً عن الفضالة كمصدر للالتزام مبنى على قواعد دالة. وما ورد في نصوص تشريعية في القانون الفرنسي ليس إلا تطبيقات متنوعة لهذا المبدأ تذكر على سبيل الحصر (١). وما لبثت محكمة النقض الفرنسية في سنة ١٨٩٢ أن سارت الفقيهين العظميين وقضت بقولهما (٢).

ويلاحظ في هذه المرحلة الثالثة أن قاعدة الإثراء بلا سبب، إذا كانت قد استقرت قاعدة متقلة عن الفضالة، فإنها قد غلت بقيدين. أولهما أن دعوى الإثراء إنما هي دعوى باطية (action subsidiaire) لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا أعوزت السبل القانونية أخرى. بهذا قال الفقيهان أوبري ورو، وتبعهما في ذلك الفقه والقضاء في فرنسا. والقيدين أن الإثراء يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى. ورد ذلك صراحة فيما قاله روي ورو، وسبقهما إليه بوتيه فيما نقلناه عنه، وتبعهم في ذلك الفقه والقضاء الفرنسيان اليوم.

ولا يزال القانون الفرنسي يعالج الدخول في مرحلة رابعة يتخلص فيها من هذين قيدين، ويحرر القاعدة من جميع القيود التي تعطل من إطلاقها وشمولها.

أنظر أوبري ورو (Aubry et Rau) الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧. وقد أحاط الفقيهان المبدأ، بعد أن أكدوا استقلاله، بقيدين وردا فيما نقله هنا من عبارات الفقيهين ذاتها: "... il n'est permis de s'enrichir aux dépens d'autrui dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit. ... on doit... s'attacher non au moment où l'obligation de restitution a pris naissance, mais à celui de l'introduction de l'action de in rem verso ...".

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونيو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢-١-٥٩٦. وانتهت هذه المحكمة، في حكمين مشهورين لها (في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨-١-١١ وفي ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠-١-١٠٢) بأن استعارت بعض الألفاظ التي استعملها الفقيهان أوبري ورو. فقالت في حكمها الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (سيريه ١٩١٨-١-٢١١) ما يأتي:

"Attendu que l'action de in rem verso, fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne, se trouvant, sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est, dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasidelit."

ثم تعاقبت بعد ذلك أحكام محكمة النقض الفرنسية في هذا المعنى.

٧٤٩ - التقنين المصري القديم: لم يرد في التقنين المدني القديم نص يقرر القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب. ولكن ورد نص غامض، حائر بين الإثراء بلا سبب والفضالة، هو نص المادتين ٢٠٥/١٤٤ وقد جرى بما يأتي: «من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التي صرفها والخسارات التي خسرها، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة». وورد إلى جانب هذا النص نصوص أخرى متفرقة في دفع غير المستحق وفي المصروفات الضرورية والنافعة وفي البناء والغراس في أرض الغير وفي غير ذلك من تطبيقات خاصة لقاعدة الإثراء بلا سبب.

ويبدو أن المشرع المصري في التقنين القديم تأثر بما كان العمل يجري عليه في القانون الفرنسي وقت صدور التقنين المصري. فقد صدر التقنين المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين الأهلي في سنة ١٨٨٣. وهذا هو الوقت الذي كان القانون الفرنسي يجتاز فيه مرحلته الثانية وكان يخلط في هذه المرحلة بين الفضالة والإثراء بلا سبب كما رأينا. والنص المصري يحمل أثر هذا الخلط واضحاً. فهو في صدره يتحدث عن أركان الفضالة، وفي عجزه يبين أحكام الإثراء بلا سبب، فيخلط بين الإثنين خلطاً كان سبباً في اضطراب الفقه والقضاء في مصر مدة غير قصيرة.

ويجتاز القضاء المصري مرحلة أولى لا يميز فيها بين الفضالة والإثراء بلا سبب، فيتكلم عن واحدة وهو يقصد الأخرى (١).

ثم يدخل مرحلة ثانية يميز فيها بين القاعدتين، ويرز قاعدة الإثراء بلا سبب مستقلة عن قاعدة الفضالة، لها قوام ذاتي وكيان مستقل، وهو يقتضي في ذلك أثر القانون الفرنسي في مرحلته الثالثة على الوجه الذي أسلفناه. وتبدأ هذه المرحلة بحكم تصدره محكمة الاستئناف المختلطة في سنة ١٨٩٩ (٢) أي بعد دخول القانون الفرنسي في مرحلته الثالثة.

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ بوريللي م ٢٠٥ رقم ١ - حكماً ثانياً في ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية المختلطة ١٣ ص ٢٢٤ (راجع ملاحظات على هذا الحكم في رسالة الدكتور (Maravent) المنشورة في مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير - فبراير ص ٤٣ - حكماً ثالثاً في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ (أنظر أيضاً في هذا الحكم رسالة الدكتور Maravent ص ٣١ - ص ٣٢) - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية في ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩ - حكماً ثانياً في ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٣٠ ص ٢٨١ (٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢. وسبق هذا الحكم حكم آخر من المحكمة ذاتها في ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ (م ٧ ص ١٢٢) رسم خصائص دعوى الإثراء بلا سبب التي ورد بها إلى سندها القانوني الصحيح، أي إلى قواعد العدالة، ولكن المحكمة سرعان ما عدلت عن هذا الموقف في حكمها الصادر في ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ وهو الحكم المشار إليه، وسرى بيان ذلك.

قت قصير (١). ولكن القضاء المصري، في هذه المرحلة الثانية، يبقى حائراً أمام النص غامض المضطرب بين الفضالة والإثراء بلا سبب (م ٢٠٥/١٤٤). وتفسر محكمة الاستئناف مختلط النص على أنه يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب، وتكل أحكام الفضالة إلى أعد العدالة والقانون الطبيعي (٢).

وفي المرحلة الثالثة، وتبدأ بحكم تصدره محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في سنة ١٩١١، لا تقتصر هذه المحكمة على التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب، بل هي ترد كل اعدة إلى سندها القانوني الصحيح، فتقتصر نص المادتين ٢٠٥/١٤٤ على الفضالة، تستمد مبدأ الإثراء بلا سبب من قواعد العدالة والقانون الطبيعي، فتصحح بذلك وضماً بدأ للوبا (٣).

ويبقى الفقه والقضاء في مصر، طوال هذه المرحلة الثالثة في ظل التقنين القديم، ميزان بين القاعدتين ويردان كل قاعدة إلى أصلها. ولكنها بقيان كذلك، متأثرين دائماً لقانون الفرنسي، يقيدان من قاعدة الإثراء بلا سبب، فيقولان مع الفقه والقضاء في فرنسا إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية وإن الإثراء يجب أن يبقى قائماً وقت رفع الدعوى (٤)، وإن كان جانب من الفقه نفى عن دعوى الإثراء الصفة الاحتياطية كما سرى.

وكان لا بد من أن يصدر التقنين المدني الجديد حتى يدخل القانون المصري في مرحلته الرابعة التي يحرر فيها قاعدة الإثراء بلا سبب من هذين القيدين الأخيرين

(١) وقد رأينا أن القانون الفرنسي دخل في مرحلته الثالثة منذ سنة ١٨٩٢.

(٢) وقد صدر بعد هذا الحكم أحكام كثيرة من محكمة الاستئناف المختلطة تطبق صراحة مبدأ الإثراء بلا سبب: محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٣ - حكماً ثانياً في ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ - حكماً ثالثاً في ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ - حكماً رابعاً في ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ - حكماً خامساً في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ - حكماً سادساً في ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٣ - حكماً سابعاً في ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ - حكماً ثامناً في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ٥٣ - حكماً تاسعاً في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥.

(٣) أنظر محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٩٠. وقد اضطرت هذه المحكمة بعد أن ردت الفضالة إلى المادة ٢٠٥ من القانون المدني المختلط أن تعدل من أحكام هذا النص في تحديد آثار الفضالة، حتى تجعل الفضولي يسترد المصروفات الضرورية والنافعة دون أن يقتصر على أدنى القيمتين كما ورد في النص.

(٤) محكمة الاستئناف الأهلية في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ - حكم ثان في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ - حكم ثالث في أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ - حكم رابع في ١٤ يونيو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ ص ٣٩٣. وانظر في الفقه: والتون ٢ ص ١٩٠ - ص ١٩١ - ذهني فقرة ٧٠٥ وما بعدها - الموجز للمؤلف فقرة ٣٩٤ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٩١ - حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٣ (ويقرر في شيء من التردد أن الإثراء يجب أن يكون موجوداً وقت رفع الدعوى: فقرة ٥٤١).



المتخلفين عن أعقاب الماضي. وهذه المرحلة الرابعة التي وصل إليها التقنين المدني الجديد لا يزال القانون الفرنسي، على ما رأينا، يردده الإحجام عنها.

٧٥٠- التقنين المصري الجديد: خطأ التقنين المصري الجديد كما ذكرنا إلى المرحلة الرابعة، فأبرز قاعدة الإثراء بلا سبب متميزة بالخصائص الآتية:

١- جعلها قاعدة مستقلة قائمة بذاتها، كمصدر من مصادر الالتزام.

٢- صحح الوضع الذي كان مقلوباً، فجعل الفضالة ودفع غير المستحق تطبيقين لمبدأ الإثراء بلا سبب. فهذا المبدأ هو الأصل، وهذان التطبيقان هما اللذان يتفرعان عنه. وقد رأينا أن مبدأ الإثراء بلا سبب كان قبلاً يتفرع عن الفضالة، ويسمى بالفضالة الناقصة.

٣- حرر مبدأ الإثراء بلا سبب مما كان باقياً من قيوده التقليدية، فنفي عنه الصفة الاحتياطية ونص على أن الإثراء لا يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى.

وبذلك استكمل مبدأ الإثراء بلا سبب في ظل التقنين الجديد نموه، وانفسحت أمامه سبل التطور. وسنرى تفصيلاً كل ذلك فيما يلي.

وليس التقنين الجديد بدعاً فيما استحدث، فقد سبقه إلى السير في هذا الطريق كثير من التقنينات الحديثة (١).

ونستعرض في فصلين متعاقبين: (أولاً) القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب. (ثانياً) أبرز تطبيقات هذه القاعدة: دفع غير المستحق والفضالة (٢).

## الفصل الأول

### القاعدة العامة: الإثراء بلا سبب (\*)

٧٥١- النصوص: قدمنا أن القانون المصري القديم لم يشتمل على نص يورد قاعدة

(١) من ذلك التقنين الألماني (م ٨١٢) والتقنين السويسري (م ٦٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البولوني (م ١٢٣) والتقنين اللبناني (م ١٤٠) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٧٣).

(٢) يوجد عدا ذلك في التقنين الجديد نصوص تشريعية وردت في حالات خاصة، ويجب في هذه الحالات تطبيق النصوص كما وردت دون تطبيق القواعد العامة لدعوى الإثراء، فإن هذه النصوص إنما هي دعوى الإثراء ذاتها محورة تحويراً يناسب كل حالة. من ذلك البناء والقراس في أرض الغير (م ٩٢٤ - ٩٢٥)، والبناء والقراس من الشفيع في العقار المشفوع (م ٩٤٦) والمصرفات الضرورية والنافعة (م ٩٨٠). كما توجد نصوص هي تطبيقات محضة لمبدأ الإثراء بلا سبب فيطبق هذا المبدأ كما هو في الحالات التي وردت فيها هذه النصوص. (من ذلك م ١٤٢ وم ١٦٠ وم ١٨٦ وم ١٩٦ وم ٣٣٣ وم ٨٨٠ فقرة ٣ وم ٨٩٧).

(\*) المراجع: دى هلنس الجزء الثاني: هالتون الجزء الأول - والتون الجزء الثاني - الدكتور عبد السلام ذهني بك في الالتزامات - الدكتور محمد وهيب في الالتزامات - الدكتور محمد صالح في أصح التعهدات - الموجز في الالتزامات للمؤلف - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام بلانويل وريبير وإسمان الجزء السابع - ديموج الجزء الثالث - أوبري ورو الجزء التاسع - الرسالة الدكتور محمود أبو عافية في التصرف القانوني المجرد - ستويسسكو (Stoicesco) باريس سنة =

عامة للإثراء بلا سبب، بل اقتصر على إيراد نص مضطرب في الفضالة، ونصوص أكثر عدداً في دفع غير المستحق، وإشارات متفرقة إلى مبدأ الإثراء بلا سبب في مختلف نواحي القانون (١).

أما القانون الجديد فقد بدأ بنصوص تقرر القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب، ثم تناول بعد ذلك صورتين خاصتين لهذا المبدأ هما دفع غير المستحق والفضالة (٢).

والنص الجوهري الذي يقرر القاعدة العامة في القانون الجديد هو المادة ١٧٩، وقد جرت بما يأتي:

«كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة. ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد (٣)».

== ١٩٠٤ - بوشيه ليكلير (Bouché-Leclerc) باريس سنة ١٩١٢ - سافاتييه (Savatier) بواتيه سنة ١٩١٦ - لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ - موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - جيرونا (Gerona) باريس سنة ١٩٢٥ (في القانون الألماني) - الموزنينو (Almosnino) باريس سنة ١٩٣١ - موزويي (Mosoiu) باريس سنة ١٩٣٢ - بيغته (Beguet) الجزائر سنة ١٩٤٥ - مارفان (Maravent) الرسالة منشورة في مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير - فرانسوا جوريه (Fr. Goré) باريس سنة ١٩٤٩. المقالات: لويبر (Loubers) المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ - ريبير وتيسير (Ripert et Tesseire) المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٤ - رينار (Renard) المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٠ - رواست (Rouast) المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٢ - بيكار (picard) المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٢. التعليقات: لآيه (Labbé) سيريه ١٨٩٠-١-٩٧ و ١٨٩٣-١-٢٨١ - بلانويل (Planiol) داللو ١٨٩١-١-٤٩ و ١٨٩٢-١-١٦١ - ساري (sarrut) داللو ١٨٩٢-١-١٦١ - فال (Wahl) سيريه ١٩٠٧-١-٤٦٥ - ناكيه (Naquet) سيريه ١٩١٠-١-٤٢٥ و ١٩١٨-١-٣١٣ - بوركار (Bourcart) سيريه ١٩١١-١-٣١٣ - رواست (Rouast) داللو ١٩٢٣-٢-١٧.

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «أوجز التقنين الحالي (القديم) إنجازاً مغلاً في إيراد الأحكام الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب، مع ما لها من أهمية بالغة. فلم يورد بشأن القاعدة العامة في الفضالة إلا نصاً واحداً تعوزه الدقة ويسوده الغموض. وإذا كان رد غير المستحق قد شغل من نصوصه حيزاً أرحب، فمن الملاحظ أن القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب لم تجد لها، على التقيض من ذلك، مكاناً في هذه النصوص، اللهم إلا إشارات متناثرة في مختلف أجزاء التقنين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩).

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد أيضاً ما يأتي: «وقد بدأ المشروع (القانون الجديد) بتقرير القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب، ثم تناول بعد ذلك صورتيه الغالبتين، وهما رد غير المستحق والفضالة. وقد عزل المشروع أحكام الالتزام الطبيعي عن القواعد الخاصة برد غير المستحق رغم ما بينهما من تقارب، وجعل للأولى مكانها بين النصوص المتعلقة بآثار الالتزام نزولاً على ما يقتضيه المنطق» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩).

(٣) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي: «١- كل شخص، ولو كان غير مميز، يثرى دون سبب على حساب شخص آخر، يلتزم بتعويض هذا الشخص =

٧٥٢- مذاهب مختلفة - استنادها إلى الفضالة (الفضالة الناقصة): كانت المحاولة الأولى لتأصيل قاعدة الإثراء بلا سبب تأصيلاً قانونياً هي ربطها بنظرية الفضالة، لا على أن الثانية فرع عن الأولى كما هو الواقع، بل على أن الأولى هي التي تشتق من الثانية. فهي ضرب من الفضالة: فضالة ناقصة، أو هي امتداد لقواعد الفضالة حيث تختل أركانها. فالفضولي يجب أن يقصد تدبير شؤون رب العمل دون أن يفرض عليه هذا التدخل. فإذا انعدم هذا القصد، أو تولى الفضولي شؤون غيره رغم إرادته، اختل ركن من أركان الفضالة. وترتب على اختلال هذا الركن تعديل بعض الأحكام، فالمفتقر في هذه الحالة لا يسترد كالفضولي كل المصروفات الضرورية والنافعة بل يسترد أقل قيمته إثناء الغير وافتقاره. والقاتلون بهذا الرأي هم المتخلفون من أصحاب مدرسة الشرح على المتون، فقد ظلوا في حيرة كيف يقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على غير نص تشريعي، ثم تلمسوا في الفضالة وهي قائمة على نصوص تشريعية سنداً تشريعياً ينسبون إليه القاعدة، فأعاروها بعض أركان الفضالة وبعض أحكامها وأسماها الفضالة الناقصة.

والقول بأن الإثراء على حساب الغير فضالة ناقصة من شأنه أن يشوه كلا من النظريتين. فهناك فرق جوهري بينهما إذا جاز معه أن تعتبر الفضالة في بعض نواحيها تطبيقاً لبعض أحكام الإثراء بلا سبب، فهو فرق يمتنع معه أن يكون مبدأ الإثراء بلا سبب هو الذي يدخل في حدود الفضالة. ذلك أن هذا المبدأ تزعمته موضوعية لا ذاتية. فلا عبرة فيه بالنية، ويكفي أن يفتقر شخص فيشترى شخص آخر على حسابه دون سبب قانوني حتى يرجع المفتقر على المشرى بدعوى الإثراء. أما الفضالة فنزعتها ذاتية إلى حد كبير، إذ أن أساسها هو قصد الفضولي أن يدبر شؤون رب العمل حيث تدعو الضرورة إلى ذلك. فما لم يوجد هذا القصد فلا فضالة. ومن ثم وجد الفرق في الحكم: يرجع الفضولي بكل ما صرف جزاء ما قصد إليه، ويرجع المفتقر بأقل القيمتين إذ هو لم يقصد خدمة المشرى. فالنظريتان مختلفتان إذن في هذا الأمر الجوهري. وإذا أريد أن تكون إحداهما تطبيقاً

= عما لحقه من خسارة، على ألا يجاوز في ذلك القدر الذي أثرى به. ويبقى هذا الالتزام حتى لو زال الإثراء فيما بعد. ٢- فإذا تبرع المشرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض، ولكن بقدر ما أثرى.

لجنة المراجعة: تليت المادة ٢٤٨ من المشروع، واقترح إدخال تعديلاً لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها، فأصبح النص النهائي ما يأتي: «كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة. ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو زال الإثراء فيما بعد». وأصبح رقم المادة ١٨٤ في المشروع النهائي. مجلس النواب: وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ١٨٤. لجنة مجلس الشيوخ: تليت المادة ١٨٤، فأقترحت إضافة كلمة «مشروع» إلى عبارة «بدون سبب» فوافقت اللجنة على ذلك. وأصبح رقم المادة ١٧٩. مجلس الشيوخ: وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٤٣ ص ٤٤٣).

للأخرى، فالأولى أن تكون نظرية الفضالة - في الأصل الذي يبنى عليه رجوع الفضولي لا في مدى هذا الرجوع - هي التطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب.

٧٥٣- استنادها إلى العمل غير المشروع: ومنذ دالت دولة الشراح على المتون، ولم تعد قاعدة الإثراء بلا سبب في نظر الفقه تحتاج إلى نص تشريعي تستند إليه، تحررت القاعدة من ربقة النصوص التشريعية، ولكنها بقيت ترسفت في أغلال التبعية. فلا بد أن يسندها الفقه إلى قاعدة قانونية أخرى معروفة تعيش في ظلها. فأسندت إلى قاعدة العمل غير المشروع، إما عن طريق المقابلة وإما عن طريق الجمع ما بين القاعدتين تحت لواء المسؤولية التقصيرية.

فالذين يقابلون ما بين قاعدة العمل غير المشروع وقاعدة الإثراء بلا سبب يقولون إن القاعدة في العمل غير المشروع هي أن كل من أضر الغير بخطأه يلتزم بالتعويض. كذلك القاعدة في الإثراء بلا سبب هي أن كل من أثرى على حساب الغير دون سبب يلتزم بالتعويض.

والذين يجمعون ما بين القاعدتين تحت فكرة العمل غير المشروع - وعلى رأسهم بلانيول - يعبرون عن المعنى المتقدم بأسلوب آخر. ويقولون إن الإثراء على حساب الغير هو عمل غير مشروع. ذلك أن من أثرى على حساب غيره لا يجوز له أن يستبقى هذا الإثراء وإلا ارتكب خطأً يكون مسئولاً عنه مسئولية تقصيرية.

وعيب هذا الرأي واضح. فإن مصدر التزام المشرى دون سبب هو واقعة الإثراء. وهذه الواقعة لا يشترط فيها أن تقترن بخطأ من المشرى، ولا هي في ذاتها تعد خطأ من المشرى، حتى يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع. وغير المشروع إنما هو النتيجة التي أدت إليها الواقعة، لا الواقع ذاتها.

٧٥٤- استنادها إلى قاعدة تحمل التبعية: وقد ذهب إلى ذلك الأستاذان ريبير (Ripert) وتيسير (Teisseire)<sup>(١)</sup>. فعندهما أن نظرية الإثراء بلا سبب ما هي إلا الوجه الآخر لنظرية تحمل التبعية. فهذه النظرية تقر أن من كان نشاطه مصدرراً لغرم تحمل تبعته. ونظرية الإثراء بلا سبب تقر أن من كان نشاطه مصدرراً لغرم جنى فائدته. فالمفتقر قد كان نشاطه - عملاً كان أو مالا - مصدرراً لنقل قيمة مادية إلى مال المشرى، فوجب أن يسترد هذه القيمة لأنها من خلقه إذ هي نتيجة نشاطه. والغنم المستحدث (le profit créé) ليس إلا الوجه الآخر للغرم المستحدث (les risque créé).

وهذا الرأي تعوزه الدقة. إذ لو صح لثرتب عليه أن كل شخص يثرى من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ما أثرى، وليس بأدنى القيمتين فحسب. ولأصبح شرط الافتقار

(١) أنظر المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٤ ص ٧٢٧.

غير ضروري. وسنرى ان الافتقار والرجوع بأدنى القيمتين هما من الأحكام الأساسية في قاعدة الإثراء بلا سبب<sup>(١)</sup>.

**٧٥٥- قاعدة الأثراء بلا سبب لا تستند إلى قاعدة أخرى، بل هي قاعدة مستقلة** تقوم بذاتها؛ والواقع من الأمر أن قاعدة الإثراء بلا سبب هي قاعدة أصلية لا تتفرع عن غيرها. فهي مصدر مستقل من مصادر الالتزام، وليست ملحقة بالفضالة (بل الفضالة هي التي تلحق بها)، ولا بالعمل غير المشروع، ولا بتحمل التبعة. وهي تتصل اتصالاً مباشراً بقواعد العدالة، المصدر الأول لكل القواعد القانونية. أليس العدل يقضى بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يعرض من افتقر؟ فلماذا نذهب في البحث عن سند للقاعدة إلى ما وراء هذا القانون الروماني ذاته، وهو الذي أخذنا عنه القاعدة، يجعل أساسها العدالة<sup>(٢)</sup>؟ أليس العمل غير المشروع مصدراً للالتزام؟ فلماذا لا نبحث هنا عن الأساس القانوني للعمل غير المشروع. ونبحث عنه في الإثراء بلا سبب، وكل من القاعدتين مرده العدالة؟

وإذا سرنا في تحليل قاعدة الإثراء بلا سبب خطوة أبعد أمكن تأصيلها على الوجه الآتي: الأصل أن مال الشخص لا ينتقل إلى شخص آخر إلا في حالتين اثنتين: إذا اتفق الشخصان على ذلك، أو كان القانون هو الذي قضى بانتقال المال. فإذا انتقل المال في غير هاتين الحالتين وجبت إعادته إلى صاحبه، وهذه هي قاعدة الإثراء بلا سبب<sup>(٣)</sup>.

وقد اقتضت هذه القاعدة العادلة، على وضوحها، وقتاً طويلاً حتى تكسب قواماً مستقلاً ويكون لها كيان ذاتي، لأنها قاعدة بنيت رأساً على العدالة والبداهة، فلم تصقلها الصنعة القانونية. والقانون لا يهضم من قواعد العدالة إلا ما تدخلت فيه الصياغة، فحولته من قواعد خلقية أو اجتماعية أو اقتصادية إلى قواعد قانونية تلتزمها الناس في التعامل. ولذلك يجب ألا نسير في طريق الصياغة إلى مدى أبعد، وأن نكشف من هذه الناحية عن طبيعة هذا المصدر من مصادر الالتزام وعن مغاييرته للمصادر الأخرى.

الواقعة التي ترتب الالتزام في ذمة المثرى هي واقعة الإثراء على حساب الغير دون سبب وهي واقعة قانونية (fait juridique) لا عمل قانوني (acte juridique)، ومن ثم اختلف الإثراء عن العقد. وهي واقعة مشروعة لأن الإثراء لا يستلزم أن يقترب به خطأ

(١) وقد رجع الأستاذ ريبير (Ripert) عن هذا الرأي في كتابه «القاعدة الأدبية»، وأسند مبدأ الإثراء بلا سبب رأساً إلى قواعد الأخلاق.

(٢) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ - وحكماً ثانياً في ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ - وحكماً ثالثاً في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ٤٢ ص ٥٣ - وحكماً رابعاً في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥.

(٣) يقرب من هذا الدكتور أبو عافية في رسالته «التصرف القانوني المجرد» القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ١٩٠ ص ١٩٢.

من المثرى كما قدمنا فقد يثرى وهو حسن النية بل قد يثرى دون علمه، ومن ثم اختلف الإثراء عن العمل غير المشروع.

والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانوني يركز عليه كمصدر له. وفي هذا أيضاً نرى أن الإثراء واقعة تختلف عن واقعة العقد وعن واقعة العمل غير المشروع.

فالإثراء بلا سبب يختلف إذن عن العقد وعن العمل غير المشروع من حيث طبيعته ومن حيث ما اشتمل عليه. ومن ثم فهو مصدر للالتزام مستقل قائم بذاته، لا يستند إلى مصدر آخر ولا يتفرع عنه. وإنما يقوم رأساً على قواعد العدالة والمنطق القانوني، كما يقوم العقد وكما يقوم العمل غير المشروع.

والتحليل على هذا الوجه يحدد أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ويرسم أحكامها. أما الأركان فهي أن يكون هناك إثراء في جانب، يترتب عليه افتقار في جانب آخر، دون أن يقوم سبب قانوني لهذا الإثراء.

وأما الأحكام فتتلخص في أن المثرى يرد إلى المفتقر ما أثرى به الأول في حدود ما افتقر به الثاني.

ويبقى أن نعرض إلى تفصيل هذه الأركان والأحكام.

## الفرع الأول

### أركان الإثراء بلا سبب

**٧٥٦- أركان ثلاثة:** قدمنا أن أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ثلاثة: (١) إثراء المدين. (٢) افتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء. (٣) انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء. هذه هي أركان القاعدة إذا توافرت قامت دعوى الإثراء وليس من الضروري بعد ذلك، كما قدمنا، أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى.

## المبحث الأول

### إثراء المدين

#### (Enrichissement du débiteur)

**٧٥٧- وجوب تحقق الإثراء:** أول ركن لقاعدة الإثراء بلا سبب هو أن يتحقق إثراء المدين. ذلك أن مصدر الالتزام الذي يترتب في ذمته إنما هو هذا الإثراء، فلا بد من تحققه حتى يقوم الالتزام. أما إذا لم يتحقق الإثراء فلا التزام، كما لو وفسى شخص ديناً عن شخص آخر وتبين أن هذا الدين قد سبق الوفاء به أو أنه لا وجود له. فهنا لم يتحقق الإثراء في جانب الشخص الآخر ولا رجوع للشخص الأول عليه<sup>(١)</sup>. وإنما يرجع هذا بما دفع

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٧.



على من دفع له إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على ما سنرى. ويمكن القول كذلك إن الصغير إذا اقترض مالا فأضاعه لم يكن مسئولاً، لا بعقد القرض إذا أبطله، ولا بقاعة الإثراء بلا سبب إذا ضاع المال فلم يتحقق الإثراء.

والأصل في الإثراء أن يكون إيجابياً ولكن يجوز أن يكون سلبياً، وأن يكون مباشراً ولكن يجوز أن يكون غير مباشر، وأن يكون مادياً ولكن يجوز أن يكون معنوياً.

**الإثراء الإيجابي والإثراء السلبي:**

**٧٥٨ - الإثراء الإيجابي:** يتحقق الإثراء الإيجابي عادة بأن تضاف قيمة مالية إلى ذمة المدين (١) (١). ويتم هذا بأن يكسب المدين حقاً، عينياً كان أو شخصياً، أو أن يزيد في ملكه من ذلك. فإذا استهلك شخص قدراً من المياه أو النور عن طريق مواسير أو أسلاك خفية كان ما يستهلكه قيمة مالية أثرى بها (٢). وإذا أقام الحائز للعقار المرهون بناء في هذا العقار أثرى الدائن المرتهن من وراء هذا البناء إذ يزيد ضمانته. وإذا قام المستأجر الذي انفسخ عقد إيجاره قبل انقضاء مدته بتحسينات في العين المؤجرة، أو قام الراسي عليه المزداد بتحسينات في العين التي رسا عليه مزادها ثم نزع العين من يده، كان في هذا إثراء لمن تؤول إليه العين.

وقد يتحقق الإثراء الإيجابي لا من طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين بل من طريق منقعة يجنيها أو عمل يستثمره (٣). مثل المنفعة منزل انتفع به شخص دون عقد إيجار (٤). ومثل العمل تصميم قام به مهندس (٥) أو لحن ألقه موسيقى وانتفع الغير به.

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥.

(١) تشييد مسجد من ريع اعيان الوقف الذي خلفه المورث نفاذاً لوصيته لا يعتبر إثراء بالنسبة إلى ورثة الاوقاف استناداً إلى أن بناء المسجد لم يكن من مال الطاعة بل كان مما حصلته من ريع اعيان الشركة وأنه بناء خارج عن دائرة التعامل (جلسة ١٦/١٢/١٩٥٠ الطعن ١٥٠ لسنة ١٨ ق من ٢ ص ٤٣).

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠.

(٣) ولم تخط قاعدة الإثراء بلا سبب هذه الخطورة إلا بعد تطور. فقد كان الفقه في فرنسا يشترط أن يتحقق الإثراء عن طريق إضافة حتى إلى مال المدين (أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٨ - ديموج ٣ فقرة ١٥٠ - ريبان ص ٢٤٨). ثم تطور فأجاز أن يكون الإثراء ناتجاً عن منقعة أو عمل (بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص ٢٤٨).

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المطالبة بأجر الأرض مؤسسة على أن المدعى عليها شغلها بطرف حق وبذلك حرم مالكها المدعى من الانتفاع بها. وكان واقع الحال أن المدعى عليه قد ادعى أن للمباني المشغولة بها الأرض حق البقاء والقرار عليها ورفض إزالتها، ثم حكم بعدم حقه في ذلك. وهو حرم الإزالة، فإن المدعى يكون بهذا الحكم مستحقاً للتعويض عن فعل المدعى عليه بلا نظر إلى ادعائه من انتفاعه بالمباني بعض الزمن، لأن المالك لم يتعهد له بهذا الانتفاع، والأجر الذي يطلبه إنسان هو مقابل شغل أرضه بلا مسوغ قانوني لا في مقابل الانتفاع بالمباني. ولذلك يكون المدعى عليه مستحقاً عن أجر الأرض من يوم استحقاقه عليه إلى يوم إزالة المباني (محكمة النقض في ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م مجموعة عمر ٥ رقم ٧٠ ص ١٥٧).

وانظر أيضاً في الإثراء عن طريق الانتفاع بالعين انتفاعاً مؤقتاً محكمة النقض الفرنسية في ١٨-١٩٢٨ سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ١٨.

(٥) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨.

لك دون عقد. ومثل العمل أيضاً خطيئة تعمل لخطيئتها دون أجر ثم لا يتم الزواج، ف الأنساب يهدى الوارث إلى ميراث كان يجهله دون اتفاق على الأجر، والسمسار لا لصفقة على يديه ولكنه هو الذي يجمع بين البائع والمشتري (١).

**٧٥٩ - الإثراء السلبي:** وقد يكون الإثراء سلبياً. ومن صور هذا الإثراء أن يوفى شخص على آخر، فيشترى هذا إثراء سلبياً عن طريق النقص فيما عليه من ديون. مثل المستأجر يقوم بالترميمات للجسيمة وهي واجبة على المؤجر، والتاجر يحضر للزوجة تحتاج إليه من مؤونة ونفقته واجبة على الزوج، والمشتري لعقار مرهون يدفع دين (٢).

ومن صور الإثراء السلبي كذلك أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها محتملاً، في إثراء سلبياً بقدر ما تجنب من خسارة. مثل ذلك الجار يتلف متاعاً له حتى يطفئ حريقاً في منزل جاره، وربان السفينة يلقي ببعض ما تحمّل السفينة حتى ينقذ السفينة من (٣).

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المتجر الذي ينتفع بجهود شخص وبصلاته التجارية في الخارج يكون قد أثرى على حسابه (محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥).

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه «إذا اشترى أشخاص أرضاً ودفعوا ثمنها كاملاً للبائع، ولم يلتزموا في عقدهم بدفع أي دين على الأرض. ثم اشترى شخص آخر باقي الأرض المملوكة للبائع، ووجد أنها مرهونة هي والأرض المبيعة لسواه من قبل، فسدد ما على الأرض كلها من ديون، كان الذين اشترؤا قبله ملزمين بأن يسددوا للمشتري المذكور ما دفعه عن أرضهم، لأنه مع التسليم بعدم التزام هؤلاء المشتريين شخصياً بالدفع، إلا إنهم قد استفادوا فعلاً من دفع صاحب الأرض المشتركة مع أرضهم في ضمان الدين. ولا يجوز أن يستفيدوا هذه الفائدة على حساب غيرهم بدون مقابل، خصوصاً وأن المشتري لم يكن متطوعاً في سداد ذلك الدين، بل كان مجبراً على سداده ليدفع عن أرضه خطر نزعة الملكية، ولم يكن لديه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر مادام أن الدين مضمون برهن غير قابل للتجزئة على أرضه وأرض الباقيين. والقول بغير ذلك وبعدم التزام من اشترؤوا قبلاً بدفع ما سده عنهم المشتري الأخير من الدين المطلوب على أرضهم فيه كل معنى للإثراء على حساب الغير، لأن الإثراء كما يكون بأخذ مبلغ بلا مقابل يكون أيضاً بتوفير مبلغ واجب الدفع، لأن هذا التوفير يزيد من طريق غير مباشر في ثروة الملتزم بالدفع، فبدلاً من أن تنقص تبقى كما هي» (محكمة استئناف مصر في ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٥ ص ١٦١).

وقضت محكمة النقض بأن الكفيل الذي يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كفله منهم الحق في المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملاً بالمادة ٥٠٥ من القانون المدني (م ٨٠٠ جديد)، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين: (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم في المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم وذلك عملاً بالمادة ١٤١ من القانون المدني (م ٢٣٥ جديد). (والثاني) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير عملاً بالمادة ١٤٤ (م ١٧٩ جديد) (محكمة النقض في ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٤ ص ٦١). أنظر أيضاً في الإثراء عن طريق سداد دين على المشتري محكمة النقض الفرنسية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ١ - ٦١٥ - وحكماً آخر في ٤ يونيو سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ١٠٢.

ومثل ذلك أيضاً - من قضاء محكمة النقض - أن يتقدم ناظر وقف يطلب شراء أطميان بمال = =

٧٦٠ - الإثراء المباشر: يكون الإثراء مباشراً إذا انتقل ، في أية صورة من صوره، مباشرة من مال المقتقر إلى مال المثرى، إما بفعل المقتقر وإما بفعل المثرى نفسه. مثل الانتقال بفعل المقتقر من يدفع دين غيره، والمستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة في العين المؤجرة<sup>(١)</sup>. ومثل الانتقال بفعل المثرى من يستولى على مال لغيره دون حق، ومن يستهلك المياه والنور من مواسير وأسلاك خفية<sup>(٢)</sup>. وقد يكون الانتقال بقوة قاهرة، كما يحدث في طرح البحر، فيكون الإثراء مباشراً.

٧٦١ - الإثراء غير المباشر: ويكون الإثراء غير مباشراً إذا تدخل أجنبي في نقله من مال المقتقر إلى مال المثرى. وقد يقع تدخل الأجنبي عن طريق عمل مادي كريان السفينة يلقي ببعض ما تحمل إلى البحر لإنقاذ الباقي من الغرق، وكفرقة إطفاء الحريسق تتلف متاعاً للغير حتى تتمكن من إطفاء الحريق، وكالمغتصب يبنى بمواد غيره في الأرض

لمغتصبه<sup>(١)</sup>. وقد يقع التدخل عن طريق عمل قانوني. مثل ذلك أن يشتري شخص سيارة من آخر، ثم يدفعها إلى «ميكانيكي» لإصلاحها، وينفسخ عقد بيع السيارة، فيرجع لميكانيكي وهو المقتقر بمصروفات الإصلاح على البائع وهو المثرى، ويكون المشتري هنا هو الأجنبي الذي تدخل بعمل قانوني في نقل الإثراء من المقتقر إلى المثرى، والعمل لقانوني هو عقد المقاولة الذي أبرمه المشتري مع الميكانيكي لإصلاح السيارة<sup>(٢)</sup>. ومثل ذلك أيضاً مستأجر الأرض الزراعية يشتري سماداً للأرض من تاجر دون أن يدفع ثمنه، فإذا حجز المالك على زراعة المستأجر التي انتفعت بالسماد جاز للتاجر وهو المقتقر أن يرجع للمالك وهو المثرى بقدر ما عماد به السماد على الزراعة من نفع في حدود الثمن، الأجنبي الذي تدخل هنا هو المستأجر، وتدخله وقع عن طريق عمل قانوني هو شراء سماد<sup>(٣)</sup>. ومثل ذلك أخيراً أن يعهد مدير شركة إلى اختلاس أسهم لها برهنها في قرض مود بالنفع على شركة أخرى هو أيضاً مديرها، فترجع الشركة الأولى وهي المقتقره على شركة الثانية وهي المثرية بدعوى الإثراء، والأجنبي الذي تدخل هنا هو المدير الذي

(١) وقد يكون الأجنبي المتدخل بعمل مادي هو ناظر الوقف يقترض مالا دون إذن القاضي يدخل به تحسينات على العين الموقوفة فيبطل القرض ويرجع المقرض على الوقف بدعوى الإثراء (محكمة الاستئناف المختلطة في أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٩) وأنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦ وفي ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٣ وفي ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥. وأنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦١.

(٢) وللميكانيكي بداهة أن يرجع على المشتري الذي تعاقد معه على إصلاح السيارة بدعوى العقد.

(٣) أنظر مارقان (Maravent) في رسالته المنشورة في مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ يناير وفبراير ص ٧٢ - هذا وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه إذا عرض المالك أرضه للتأجير بالمزاد ورسا مزادها على شخص دفع التأمين، وبعد فوات المدة المسموح فيها بتقديم عطاءات جديدة زرع الأرض ثم أجزاها المالك لآخر بناء على شرط في قائمة المزاد يسمح له بذلك، كان المالك ملزماً بأن يرد إلى من رسا عليه المزاد قيمة ما صرفه في الزراعة لأنه زرع في أرضه بحسن نية ولأنه لا يجوز قانوناً الإثراء بلا مقابل. وإذا كان المالك سلم الأرض بما عليها من الزراعة إلى مستأجره حتى يطالبه بما انتفع به من زرع غيره. أما الراسي عليه المزاد فلا علاقة له بالمستأجر حتى يطالبه بشئ ما (استئناف أسيوط في ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية رقم ٣٩ ص ٧٢). هذا ويلاحظ هنا أن الإثراء في حالة رجوع الراسي عليه المزاد على المالك هو إثراء مباشر، وفي حالة رجوع المالك على المستأجر هو إثراء غير مباشر بتدخل من الراسي عليه المزاد عن طريق أعمال مادية أو أعمال قانونية وفقاً لطبيعة العمل الذي قام به الراسي عليه المزاد لزراعة الأرض.

وكالمستأجر للأرض الزراعية يفرس فيها زرعاً المقاول يقيم بناء على أرض مؤجرة تنفيذاً لعقد يتم بينه وبين المستأجر، فيحق للمقاول الرجوع على المالك بدعوى الإثراء، والإثراء هنا غير مباشر بتدخل من المستأجر عن طريق عمل قانوني هو العقد الذي تم بينه وبين المقاول (أنظر محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠). ودعوى الإثراء التي تعطى للمقاول في هذا الفرض هي غير حق الامتياز الذي قرره القانون المدني الجديد للمقاولين (قارن حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣) - ويلاحظ في هذه الأمثلة أن المؤجر لم يشترط في عقد الإيجار أن يكون البناء أو الغراس له عند نهاية الإيجار وإلا لكان لإثرائه سبب هو عقد الإيجار كما سيأتي.

== البطل المتجمد، فيتقدم شخص محتسباً يعارض في إتمام الصفقة، ويثبت أن الأبطالان المراد شراؤها ليست ملكاً للبائع بل هي موقوفة ولا يصح التصرف فيها. فيشمر جهده فائدة كبرى لجهة الوقف إذ يقبه ضياع آلاف من الجنيهات كانت على وشك الضياع لو تم الاستبدال الذي عمل على منعه. فالشخص المحتسب هنا قد افتقر بقدر ما تكلفه من مصروفات وأنعاب محاماه للوصول إلى النتيجة التي وصل إليها، وجهة الوقف قد أثرت على حسابه بقدر ما جنبها من خسارة كانت على وشك تحملها. وتكون مطالبة هذا الشخص المحتسب لجهة الوقف بما تجشمه من مصروفات وأنعاب محاماه هي مطالبة ممن أفاد لمنفعة بما استفاد، وتكون دعواه هي دعوى الإثراء بغير سبب (محكمة النقض في ٤ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٣ ص ١١٤٥).

أنظر أيضاً في الإثراء عن طريق تجنيب المثرى خسارة أو التوفير عليه في مصروفات محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يناير سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦-١-٧٥ (إطفاء حريق) - وحكما آخر في ٢٣ أبريل سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٢-١-٥١٣. وانظر في هذا المعنى بودري وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٨) - ديموج ٣ فقرة ١٤٩.

(١) أنظر في أمثلة أخرى من القضاء المصري محكمة استئناف مصر في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية رقم ٢٥ رقم ٤٣ (الراسي عليه المزاد أحدث إصلاحات في العين التي رسا مزادها عليه) - محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٥ (المستأجر الذي أبطل إيجاره أو فسح أحدث إصلاحات في العين المؤجرة) - محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ وفي ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ (المهندس الذي قام بعمل مشروعات أو تصميمات) - محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ٤٢ وفي ١٠ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٧ وفي أول مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٨ (التاجر والحامي والسمار يؤدون خدمات دون سابق اتفاق).

(٢) استئناف مختلط في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم). أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ (شخص ينتفع بنقود مملوكة لغيره دون عقد قرض) - استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٣٨ (شخص يسكن عقاراً مملوكاً لغيره دون عقد إيجار).



اختلس الأسهم، والعمل القانوني الذي عن طريقه تم التدخل هو عمل من أعمال الإدارة قام به المدير بالنسبة إلى الشركة الثانية فجعلها تنتفع بالقرض الذي حصل عليه برهن الأسهم المختلة (١).

### الإثراء المادى والإثراء المعنوى:

٧٦٢- الإثراء المادى: الأصل فى الإثراء أن يكون مادياً. وفيما قدمناه من الأمثلة فى الإثراء الإيجابى والسلبى، والمباشر وغير المباشر، ما يتبين منه أن الإثراء هو قيمة مالية أو منفعة مادية انتقلت إلى ذمة المثرى.

٧٦٣- الإثراء المعنوى: ولكن الإثراء قد يكون معنوياً، كأن يكون إثراء عقلياً أو أدبياً أو صحياً. فالمدرس وهو يعلم التلميذ يجعله يثرى إثراء عقلياً. والمحامى وهو يحصل على حكم ببراءة المتهم يجعله يثرى إثراء أدبياً. والطبيب وهو يشفى المريض يجعله يثرى إثراء صحياً. فهل صلح الإثراء المعنوى كإثراء المادى ركناً لقاعدة الإثراء بلا سبب؟

ارتطمت هذه القاعدة هنا، كما ارتطمت فى الإثراء الناتج عن منفعة أو عن عمل وفى الإثراء غير المباشر، بعقبات ما لبثت أن دلتها. فقد رأينا كيف أن الفقه فى فرنسا كأن يأبى أن يتحقق الإثراء عن طريق منفعة أو عمل، ثم تطور فأجاز ذلك، وتحررت قاعدة الإثراء من هذا القيد. ورأينا كيف أن النظرية الألمانية تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر، ولكن قاعدة الإثراء تحررت من هذا القيد أيضاً فى فرنسا وفى مصر. وهنا كذلك نرى أن القانونين الألمانى والسويسرى يشترطان فى نصوصهما أن يكون الإثراء ذا قيمة مادية (auf dessen kosten)، ونرى جانباً من الفقه فى فرنسا يقول بهذا الرأى (٢). ولكن قاعدة الإثراء تحررت أيضاً من هذا القيد الثالث. وأصبح جمهور الفقهاء فى مصر (٣) وفى

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧. أما الفقه فى مصر فكالقضاء يجيز الإثراء غير المباشر (والتون ٢ ص ١٧٤ - ص ١٧٧ - الموجز للمؤلف بقرة ٣٨٦ - حشمت أبو سنيت بقرة ٥٣٧) - ولا يجيز القانون الألمانى والسويسرى الإثراء غير المباشر (أنظر رسالة موسيو Mosiou ص ١٢١ - ص ١٢٣ و ص ١٦٠ - ص ١٦٥). والقانون المصرى الجديد لم ينحرف عن تقاليد الماضى فهو، كالقانون القديم، يجيز الإثراء غير المباشر (أنظر فى هذا الموضوع رسالة مارافان ص ٧١ - ص ٧٤ وبخاصة آخر ص ٧٤).

(٢) رينار (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٠) ص ٢٤٨ - بنكاز (Bonnetcase) ملحق مبسوط بودرى ٣ ص ٣٤٢. ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه فى فرنسا الذى يقول بهذا الرأى هو الجانب الذى ينظر إلى قاعدة الإثراء بلا سبب نظرة مادية على اعتبار أنها تنظم علاقة ذمة مالية بذمة مالية أخرى، لا نظرة ذاتية على اعتبار أنها تنظم واجبات الأفراد الأدبية بعضهم ببعض. ومن هذا الرأى الأخير الأستاذ ريبير فى كتابه المعروف «القاعدة الأدبية فى الالتزامات». وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى «المقالات» وتجدر الإشارة إلى أن بعض ضروب الإثراء المعنوى يمكن اعتباره ذا قيمة مادية، كما فى «المقالات» وفى شفاء المريض.

(٣) والتون ٢ ص ١٨٦ - الموجز للمؤلف بقرة ٣٧٩ ص ٢٨٧ - الدكتور حشمت فى نظرية الإثراء المختلة ص ٥٣٥ - مارافان (Maravent) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ٥٩ - ص ١٢٦.

فرنسا (١) يقولون بجواز أن يكون الإثراء معنوياً ما دام من المستطاع أن يقدر بمال، سواء فى ذاته، أو من ناحية الافتقار الذى يقابله (٢). وبهذا الرأى جرى القضاء فى فرنسا (٣) وفى مصر (٤).

(١) بلانيول وريبير وإسمان ٧ بقرة ٧٣٥ ص ٤٩ - رواست (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢) ص ٥٤ - موسيو (Mosiou) ص ١٩٧ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ بقرة ١٢٦٧ - جوران ٢ بقرة ٥٦٩ - ديموج ٣ بقرة ١٥٠ ص ٢٤١.

ويلاحظ أن الإثراء المعنوى فى قاعدة الإثراء بلا سبب عانى من الصعوبات فى الاعتراف به ما عناه الضرر الأدبى (prejudice moral) فى نظرية المسؤولية التقصيرية. على أن الضرر الأدبى قد أصبح الآن معترفاً به إلى حد أبعد من الذى اعترف فيه بالإثراء المعنوى (أنظر فى هذا المعنى ديموج ٣ بقرة ١٥٠ ومارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ٦٠). ويقول الأستاذ فرانسوا جوريه فى كتابه فى الإثراء على حساب الغير (باريس ص ٦٢ - ص ٦٣) إن التعويض عن الضرر الأدبى فى المسؤولية التقصيرية أوسع مدى من التعويض عن الإثراء المعنوى فى قاعدة الإثراء بلا سبب. ويعلل ذلك بأن التعويض فى المسؤولية التقصيرية ليس عديلاً (équivalent) عن الخسارة التى لحقت بالمضروب، بل هو عوض (compensation) عن هذه الخسارة؛ أما فى الإثراء بلا سبب فالتعويض هو عدل الإثراء لا عوض عنه. والعدل غير العوض، إذ الخسارة الأدبية التى لا يمكن تقديرها بمال قد يكون لها عوض ولا يكون لها عدل. فإذا لم يكن الإثراء المعنوى مما يمكن تقديره بمال تعذر أن يكون له عدل، وإن جاز أن يكون له عوض، فلا يصح أن يقوم ركناً فى قاعدة الإثراء بلا سبب. ونحن نرى أن التمييز ما بين العدل والعوض فى نظرية الإثراء بلا سبب دون نظرية المسؤولية التقصيرية إنما يرجع إلى متخلف من نزعة الاستعصاء المألوفة التى لا تزال نظرية الإثراء بلا سبب تواجهها حتى اليوم.

(٢) أنظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ بقرة ٧٥٣ ص ٤٩ - مارافان مجلة مصر العصرية ص ٦١.

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ دالوز ١٧٣-١-٤٥٧ - وفى ١٣ يونية سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢-١-٥٩٦ - وفى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٢-١-٢١٧ - وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١-١-١٧٧ - وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ ص ١٨١ - محكمة موبيليه فى ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩-٢-٢١٣ (الأجر عن التدريس فى حالة إعسار والد التلميذ وسنرى فى موضع آخر أن إثراء التلميذ هنا له سبب قانونى) - محكمة إكس فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠-٢-٢٥ (تحسين حالة مريض فى مستشفى الأمراض العقلية وكانت قواعد الفضالة هى المنطقية فى هذه القضية).

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (الانتفاع بالصلوات التجارية وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) - ومع ذلك أنظر حكماً لمحكمة طنطا الوطنية فى ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ (المقامة ١٥ رقم ٣٣٢ ص ٤٠٧) تقول فيه: «أما الإثراء الأدبى الذى يستتبع تحسين حالة فرد أو جماعة من ناحية أدبية احتمالية محضة فلا يعطى حقاً فى دعوى الإثراء بلا سبب وإن كان القضاء الفرنسى قد أجاز أخيراً هذه الدعوى للدائن الذى زاد فى ثروة المدين العقلية والخلقية كالمربى».

ونحن لا نتردد فى القول بجواز أن يكون الإثراء معنوياً - وقد استعملنا لفظ «المعنوى» هنا بمعنى واسع فشمل الإثراء الصحى والجسمى ويعتبر هذا النوع من الإثراء عادة إثراء ذا قيمة مادية، سواء فى ظل القانون المدنى القديم أو فى ظل القانون المدنى الجديد (أنظر مارافان مجلة مصر العصرية ص ٦١ حاشية رقم ٦). فلو أن بعثة الآثار وفقت إلى كشوف أثرية تزيح الغموض عن حقائق علمية وتاريخية، وكان الاتفاق بينهما وبين مصلحة الآثار أن يكون لهذه المصلحة ملكية هذه الكشوف، لجاز فى رأينا أن يكون لدائى هذه البعثة الرجوع على مصلحة الآثار بما أثرت به من قيم معنوية - وهنا يمكن تقديرها بالمال - فى حدود ما لهم من ديون فى ذمة البعثة صرفت فى القيام بهذه الكشوف الأثرية.



## المبحث الثاني افتقار الدائن

### (Appauvrissement du créancier)

٧٦٤- الافتقار وعلاقة السببية بالاثراء: الركن الثاني لقاعدة الإثراء بلا سبب هو افتقار الدائن افتقاراً ترتب عليه إثراء المدين. فيجب إذن أن يكون هناك افتقار في جانب الدائن، وأن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين افتقار الدائن وإثراء المدين (١).

٧٦٥- وجوب تحقق الافتقار: فإذا تحقق الإثراء في جانب شخص، ولم يقابله افتقار في جانب الشخص الآخر (١)، لم يكن هناك مجال لتطبيق قاعدة الإثراء. ذلك أن المثري لا يلتزم إلا بدفع أدنى القيمتين، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار، والمفروض أن الافتقار معدوم فلا يلتزم المثري إذن بشيء.

ويرتّب على ذلك أنه إذا أنشأ شخص حديقة في منزله يطل عليها منزل الجار، وجعل هذه الحديقة حتى أصبحت سبباً في رفع قيمة منزل الجار، فالجار في هذه الحالة يكون قد أثرى. ولكن صاحب الحديقة لم يفتقر، فإنه أنشأ الحديقة لمنفعته وقد جنى هذه المنفعة كاملة، وما أنفق في إنشاء الحديقة وتجميلها قد عاد عليه بالفائدة التي قدرها. فهو قد أخذ المقابل لما أنفق، ولم يخسر شيئاً، فلا يرجع بشيء على جاره (٢).

كذلك إذا استحدث المستأجر، دون اتفاق مع المالك، إصلاحات في العين المؤجرة تزيد في منفعتها، واستوفى هذه المنفعة كاملة، فإنه لا يرجع على المالك بشيء، وليس له إلا

(١) وقد رأينا أن بعض الفقهاء يذهب إلى أنه يكفي على إثراء المدين دون أن يقابل ذلك افتقار في جانب الدائن، ويقومون قاعدة الإثراء بلا سبب على المنفعة المستحدثة (profit créé) مقابلين بينها وبين الضرر المستحدث (risque créé). ولكن هذه النظرية، كمنظية الضرر المستحدث أو تحمل التبعة، لم يقيض لها النجاح لا في القضاء ولا في الفقه، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(١) شرط افتقار المدعى هو شرط جوهرى لدعوى الرجوع استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب. (جلسة ١٩٥٦/٥/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٦٧٢)

(٢) ويقاس على هذا المثل كل حالة ينفق فيها الشخص لجلب منفعة يستوفيها - يقوى جسراً أو يشق ترعة أو يجمع مبنى أو يصنع حياً - فهو قد انتفع بقدر ما أنفق، وإذا كان غيره قد أفاد من عمله فهو لم تلحقه أية خسارة. ويمكن القول هنا إن الافتقار له سبب هو المنفعة التي حصل عليها. ولكن «سبب» الافتقار غير «سبب» الإثراء. وسرى ذلك عند بحث ركن انعدام السبب (أنظر بلائيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٦١).

ويلاحظ أن بعض المحاكم تعبر خطأ عن المعنى الذى نحن بصدده بانعدام السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار، فتقول في شخص يقيم بناء لمصلحته فيستفيد جاره عرضاً من هذا البناء ألا محل هنا للمطالبة بدعوى الإثراء «لأن المنفعة جاءت من طريق غير مباشر».... «والواجب أن يكون بين الاستفادة والضرر رابطة سببية». (الواسطى في ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٧٥ ص ١٠٩٥).

أن ينزع ما استحدثه من الإصلاحات وأن يعيد العين إلى حالتها الأصلية، بل يجب على ذلك إذا طلب المالك (١).

ويتحقق افتقار الدائن على النحو الذى يتحقق به إثراء المدين. فيكون الافتقار إيجابياً أو سلبياً، مباشراً أو غير مباشر، مادياً أو معنوياً.

٧٦٦- الافتقار الإيجابى والافتقار السلبى: يكون الافتقار إيجابياً إذا فقد المفتقر حقاً، عينياً كان أو شخصياً، أو انتقص حق له. ويتحقق هذا عادة بالإنفاق. فإذا أنفق الراسى عليه المزداد لإصلاح العين التى رسا عليه مزادها ثم آلت العين إلى شخص آخر، أو دفع شخص ديناً في ذمة غيره، أو قام مساهم في شركة برفع دعوى تحمل نفقتها ليسترد من مدير هذه الشركة مالا لها في يده (٢)، ففي كل هذه الأحوال يكون هناك افتقار إيجابى في جانب المفتقر (١).

(١) وسرى عند الكلام في الفضالة أن المستأجر إذا أجرى إصلاحات في العين المؤجرة لمنفعته الشخصية لا يكون فضولياً ولا يستطيع أن يرجع بدعوى الفضالة على المالك، لأنه لم يقصد بعمله إلا تدبير شؤونه الشخصية لا تدبير شؤون المالك. فالمستأجر في هذه الحالة لا يرجع على المالك لا بدعوى الفضالة ولا بدعوى الإثراء بلا سبب. وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بما يأتى: «إن محل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضولي هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولي لحساب المالك لا لحسابه الخاص لغرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً. فمستأجر الأرض الذى يجرى تحسينات فيها ويقيم مباني ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصى رغم الحظر الصريح عليه فى عقد الأيجار بعدم إجراء شئ من ذلك إلا بأمر المالك، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات فى العين المؤجرة». (استئناف مصر فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ ص ١٧٥ - المحاماة ١٨ رقم ٧٢ ص ١٥٠). ويبدو أن المحكمة أسست رفض دعوى الإثراء على انعدام السبب القانونى، وكان الأولى أن تؤسس على انعدام الافتقار.

(٢) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٦٣ - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٣٨ - وقارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١.

(١) أ- المتصرف هو الذى يتحمل عبء الضريبة على التصرفات العقارية ويؤديها عنه المتصرف إليه، للأخير الرجوع بما أداه على المتصرف المدين بها بدعوى الإثراء بلا سبب. بطلان كل شرط أو اتفاق يقضى بنقل عبء الضريبة إلى المتصرف إليه.

(جلسة ٢٠٠١/١/٣١ الطعن ٢٤٠٤ لسنة ٦٣ ق)

ب- إذا كان مؤدى ما أورده الحكم المطعون فيه هو إثراء في جانب الطاعنين يتمثل فيما حصلوا عليه من قيمة الثمار التى لم تكن مملوكة لهم وافتقار في ذمة المطعون عليهم عدا الأخيرة متمثلاً في قيمة الثمار المملوكة لهم بموجب ذلك العقد (عقد الأيجار) والتي استولى عليها أفراد القوات المسلحة بعضهم غير المشروع مما يتوافر فيه عناصر الإثراء بلا سبب.

(جلسة ١٩٨١/١٢/٨ الطعن ٤٣٦ لسنة ٤٨ ق ص ٣٢ ص ٢٢٤٦)

ج- التزام المستحق فى الوقف برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه؛ منعا من اثرائه على حساب الغير لا مخالفة فيه للقانون.

(جلسة ١٩٤٦/٦/١٣ الطعن ٩٦ لسنة ١٥ ق)

٧٦٩- السببية المباشرة بين الافتقار والائراء: ولا يكفي أن يتحقق الافتقار. بل يجب أيضاً، كما أسلفنا القول، أن يكون هذا الافتقار هو السبب المباشر في إثناء المدين. وتقوم السببية المباشرة ما بين الافتقار والائراء إذا كانت واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل منهما، كما رأينا في الأمثلة التي قدمناها في الصور المختلفة للإثناء والافتقار. فإذا دفع شخص دين غيره، فإن افتقاره وإثناء المدين لهما سبب مباشر واحد، هو دفع الدين. وليس من الضروري أن تكون واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل من الإثناء والافتقار، بل يكفي حتى تقوم هذه السببية المباشرة التثبت من أن إثناء المدين لم يكن ليتحقق لولا افتقار الدائن. وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون، يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف القضية ولا معقب عليه في ذلك<sup>(١)</sup>.

وعند تعدد أسباب الإثناء يجوز أن نحلل علاقة السببية المباشرة بين الإثناء والافتقار على النحو الذي حللنا به علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية. ويمكن هنا أيضاً المفاضلة بين نظرتي تكافؤ الأسباب (équivalence des causes) والسبب المنتج (cause efficiente)، والوقوف عند نظرية السبب المنتج للقول بوجود سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثناء. فإذا تبين أن الافتقار كان هو السبب المنتج للإثناء وجدت العلاقة المباشرة فيما بينهما.

ويترتب على ما قدمناه أن المدينة إذا اتسعت رقعتها وعلت قيمة مبانيها، فليس من الضروري أن تكون هناك سببية مباشرة ما بين اتساع رقعة المدينة وعلو قيمة المباني. فعلو هذه القيمة يرجع لأسباب متعددة قد يكون اتساع رقعة المدينة من بينها، ولكن هذا السبب لا يكون في الراجح هو السبب المنتج، إذ أن المباني في كثير من المدن الصغيرة عالية القيمة، بل يحدث أن يكون صغر المدينة هو السبب في علو قيمة المباني<sup>(٢)</sup>. ولكن توسيع شارع قديم أو فتح شارع جديد يكون في كثير من الأحوال هو السبب المنتج في علو قيمة الأرض الواقعة على جانبي الشارع<sup>(٣)</sup>.

(١) مازافان مجلة مصر العصرية ص ٩١ - ص ٩٣ - ديموج ٣ فقرة ١٥٦ - أوبري ورو وبارتان ٩ ص ٢٥٨ - بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٥.

(٢) أنظر في هذا المعنى ديموج ٣ فقرة ١٥٦ ص ٢٥١.

(٣) ويؤيد ذلك القوانين الخاصة التي تجعل للحكومة الحق في تقاضي تعويض من ملاك الأراضي على جانبي الشارع الجديد في مقابل ما ظفروا به من علو قيمة أراضيهم بسبب هذا الشارع الجديد. هذا وهناك رأي يقضي بأنه إذا كان افتقار الدائن مقترناً بخطأ منه، فلا يستطيع الرجوع بدعوى الإثناء (كولان وكابيتان وجوليودي لامورانديير باريس سنة ١٩٤٨ فقرة ٤١١ ص ٢٩٩ - بلانيول وريبير وبولانيجه ٢ باريس سنة ١٩٤٩ فقرة ١٢٦٩ - ذهني بك في نظرية الالتزام فقرة ٧٠٦). ويستند هذا الرأي إلى حكم صدر من محكمة النقض الفرنسية (١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٨٩ - ١ - ٣٩٣) في قضية ثبت فيها أن مصرفاً أعطى مديناً قرضاً ليفي يدين عليه مضمون برهن في الدرجة الأولى، وأهمل المصرف في أن يقوم بإجراءات الحلول محل الدائن المرتهن الأول، وترتب على هذا الأهمال أن الدائن المرتهن في المرتبة الثانية ارتفع إلى المرتبة الأولى. فرجع المصرف على هذا =

ويكون الافتقار سلبياً إذا فات المفتقر منفعة كان من حقه أن يحصل عليها، فيفتقر، لا بقدر ما تحمل من خسارة كما في الافتقار الإيجابي، بل بقدر ما فاتته من منفعة. مثل ذلك أن يقوم المفتقر دون اتفاق بأداء عمل للغير، فيفتقر بما فاتته من منفعة هي أجر هذا العمل. ومثل ذلك أيضاً أن يسكن شخص منزلاً لآخر دون عقد إيجار، فيفتقر صاحب المنزل بما فاتته من منفعة هي أجره منزله. ومثل ذلك أخيراً المهندس صاحب التصميم، والموسيقي صاحب اللحن، والعارف بالأنساب الذي هدى الوارث إلى ميراثه، والسمسار الذي جمع ما بين البائع والمشتري، كل هؤلاء افتقروا بما فاتهم من منفعة هي أجر عملهم، فأفتقارهم إذن سلبياً<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن الافتقار السلبى لا يقابله ضرورة إثناء سلبى. فكثيراً ما يحدث أن يقابل الافتقار السلبى إثناء إيجابي، كما هو الأمر في الحالات المتقدمة وفي كل حالة أخرى يقدم فيها المفتقر عملاً أو منفعة للمثري، فإن الإثناء الناتج عن العمل أو المنفعة يكون إثناء إيجابياً ويكون الافتقار المقابل لهذا الإثناء افتقاراً سلبياً كما رأينا. وبالعكس قد يقابل الإثناء السلبى افتقار إيجابي، فمن يدفع دين غيره يفتقر افتقاراً إيجابياً يقابله إثناء سلبى في جانب المدين.

٧٦٧- الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر: وعلى العكس من ذلك الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر، فكل افتقار مباشر يقابله إثناء مباشر، وكل افتقار غير مباشر يقابله إثناء غير مباشر. ذلك أن القيمة المالية إذا انتقلت مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثري فإن كلا من الإثناء والافتقار يكون مباشراً في هذه الحالة. وإذا انتقلت القيمة المالية بتدخل أجنبي، تدخل مادياً أو تدخلاً قانونياً، فكل من الإثناء والافتقار غير مباشر. وقد مرت بنا الأمثلة على كل ذلك.

٧٦٨- الافتقار المادى والافتقار المعنوى: وإذا كان الأصل في الافتقار أن يكون مادياً كما مر بنا في الأمثلة المتقدمة، فإنه كالإثناء قد يكون معنوياً. فالشخص الذي نفع متجراً بصلاته التجارية الواسعة لم يفتقر افتقاراً مادياً بل معنوياً<sup>(٢)</sup>. وهذا هو الشأن في افتقار المهندس الذي يعمل في مصنع فيعثر على اختراع يفيد منه المصنع<sup>(٣)</sup>.

=- الحكم بفسخ عقد المقاولة يبنى عليه انحلاله ولا يكون رجوع المقاول - الذى أحل بالتزامه - بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استناداً إلى مبدأ الإثناء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ وأصبح لا يصلح أساساً لتقدير هذه القيمة.

(جلسة ١٩٧٠/٣/١٧ الطعن ٥٨٣ لسنة ٣٥ ق ٢١ ص ٤٥٠)

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣.

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨.

## المبحث الثالث

### انعدام السبب

(Absence de cause)

٧٧٠- تجرد الإثراء عن سبب يبرره: يجب، حتى تقوم دعوى الإثراء، أن يتجرد الإثراء عن سبب يبرره. ذلك أن الإثراء إذا كان له سبب فلا محل لاسترداده، وللمثري أن يحتفظ به مادام أن له سبباً يبرر الحصول عليه<sup>(١)</sup>.

ولكن الفقهاء اختلفوا في تحديد معنى «السبب». وكان هذا الاختلاف من أهم العوامل في تعقيد نظرية الإثراء وفي الغموض الذي أحاط بها حقبة طويلة، ونحن نستعرض في إيجاز بعضاً من هذه الآراء الفقهية المتعارضة، ثم نبين معنى «سبب الإثراء» في القانون المصري الجديد.

### اختلاف الفقهاء في تحديد معنى السبب:

٧٧١- المعنى الأدبي: يرى الأستاذ ريبير في مؤلفه المعروف «القاعدة الأدبية»<sup>(٢)</sup> أن المعنى المقصود من السبب هو معنى أدبي. وعنده أن الإثراء يكون له سبب إذا كان من العلة أن يستبقى المثري ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر. ولذلك نراه يسمي الإثراء بلا سبب «الإثراء غير العادل» (enrichissement injuste). وهو يترك للقاضي تقدير ما إذا كان من العدل أن يستبقى المثري إثراءه فلا يحكم بالرد، وإلا حكم به. ويذهب الأستاذ بِنَكَاز (Bonnetcase) هو أيضاً إلى هذا المعنى الأدبي<sup>(٣)</sup>.

=الدائن بدعوى الإثراء إذ قد استفاد من افتقار المصرف فأصبح في المرتبة الأولى وجاء المصرف بعده فرفضت المحكمة دعوى المصرف، وبتت حكمها على أن المصرف قد أهمل في عدم اتخاذ إجراءات الحلول. والرأي الصحيح في نظرنا أن المصرف ترفض دعواه لا لأنه أهمل في عدم اتخاذ إجراءات الحلول كما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بل لأن الدائن الذي أرتفع إلى المرتبة الأولى قد أثرى بسبب مشروع إذ استفاد بمقتضى مركز قانوني وضعه فيه القانون، ومنزى تفصيل ذلك في الكلام عن سبب الإثراء.

ولا يوجد في القواعد العامة التي يقوم عليها مبدأ الإثراء بلا سبب ما يؤيد الرأي الذي ننقده. ذلك أنه متى ثبت أن شخصاً افتقر فاعتنى غيره على حسابه دون سبب مشروع، فإن العدالة تقضى بتعويض المفتقر، سواء افتقر باهمال منه أو لم يفتقر. وإنما وجب التعويض لأن أحد الشخصين أعتنى على حساب الآخر دون سبب مشروع، وهذا الأساس قائم سواء كان المفتقر مهملاً أو غير مهملاً. يؤيد ذلك أن التطبيقات التشريعية لمبدأ الإثراء بلا سبب لم يخل بعضها من أن يكون المفتقر فيها مهملاً بل سبب النية. فمن بنى أو غرس في أرض غيره ولو بسوء نية لم يحرم من التعويض (م ٩٢٤). كذلك لم يميز المشرع فيمن يتعامل مع ناقص الأهلية بين حسن النية وسيئها فكلاهما يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء فيما إذا طلب ناقص الأهلية إبطال العقد (م ١٤٢).

(أنظر في هذا الموضوع الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٣ وقد نقلنا عنه ما قدمناه في هذا الصدد).  
الدكتور حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٥٣٦ في آخرها).

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ فقرة ٤٠ ص ٣١٥.

(٢) ملحق مبسوط بودري ٣ فقرة ١٧٦ وفقرة ١٨٠ وفقرة ١٨٩.

(٣) فقرة ١٤٧.

وغنى عن البيان أن ترك قاعدة الإثراء بلا سبب إلى معنى غامض غير محدد، هو المعنى للعدالة، يجرد القاعدة من كل أسباب الثبات والاستقرار.

٧٧٢- المعنى الاقتصادي القانوني: وتذهب طائفة أخرى من الفقهاء إلى أن للسبب اقتصادياً قانونياً. فالسبب هو العوض (compensation) عن الإثراء، وما دام للإثراء أثر فهو لا يسترد. غير أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم عندما يحاولون تحديد معنى العوض.

فيرى الأستاذ موري (Maury) أنه هو البديل (équivalent) من الناحية الاقتصادية للحق الأدبي (droit moral) من الناحية الخلقية<sup>(١)</sup>.

ويرى الأستاذ رواست (Rouast) أن العوض ينطوي على معنى أعم من معنى البديل، أو المقابل (contre-partie). ويختلف «المقابل عن البديل» في أن للمقابل معنى نياً. فأى «مقابل» يصلح قانوناً لأن يكون عوضاً للإثراء يمنع من الاسترداد<sup>(٢)</sup>.

ويرى الأستاذ ديموج أن العوض هو «النظير» (contre-prestation) الذي يرجح حق في استبقاء الإثراء على حق المفتقر في استرداده<sup>(٣)</sup>.

وكل هذه المعاني مبهمة كما نرى، ينقصها التحديد، ويحوطها الغموض<sup>(٤)</sup>.

(١) أنظر مؤلفه «بحث في معنى التعادل في القانون الفرنسي» (Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en dr. civ. fr.) جزء ٢ ص ٣٥٢.

(٢) رواست المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٢ ص ٦٠ وما بعدها - أنظر أيضاً بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٨.

(٣) ديموج ٣ فقرة ١٦١ وما بعدها.

(٤) أنظر بحثاً في هذه المعاني المتضاربة في رسالة الدكتور محمود أبو عافية «التصرف المجرد» القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ١٨١ - ص ١٨٥ (النسخة الفرنسية).

ونجد في هذه الرسالة بحثاً في تحديد معنى السبب في الإثراء في القانون الألماني. ويستخلص من هذا البحث أن القانون الألماني لا يقف عند معنى واحد للسبب. ففي الأعمال القانونية التي يترتب عليهما نقل حق من ذمة إلى أخرى (actes d'attribution patrimoniale) يقوم التصرف إما على سبب الوفاء (cause solvendi) أو على سبب الدائنية (cause credendi) أو على سبب التبرع (cause donandi). والسبب هنا هو الغرض الشخصي المباشر الذي يقصده المتصرف وهو أقرب ما يكون إلى السبب في العقد في النظرية الفرنسية التقليدية. فإذا كان التصرف مجرداً (acte abstrait) ولم يكن له سبب من هذه الأسباب الثلاثة، فإنه يبقى مع ذلك صحيحاً. لكن إذا نفذه الدائن جاز للمدين أن يسترد ما دفعه بدعوى الإثراء بلا سبب. ونرى من ذلك أن معنى «السبب» في الإثراء هو نفس معنى «السبب» في العقد. هذا إذا كان الإثراء أتياً من تنفيذ تصرف مجرد. أما إذا أتى الإثراء من عمل إرادي صادر من المثري (بني في أرضه بأدوات غيره) أو عمل إداري صادر من أجنبي (بني في أرض غيره بأدوات شخص ثالث) أو واقعة طبيعية (طرح البحر)، فيعتبر أن الإثراء له سبب إذا كان هناك مصدر قانوني يكسبه للمثري (تقادم أو حسن نية أو انقضاء ميعاد أو قوة الشيء المقضي). (أنظر الرسالة في نسختها الفرنسية ص ١٤٧ - ص ١٧٩).

وبمعنى الدكتور أبو عافية على القانون الألماني هذا ازدواج في معنى السبب وما يلقيه في نظرية =



٧٧٣- السبب هو المصدر القانوني المكسب للإثراء: والقانون المصري الجديد قاطع في تحديد معنى السبب. فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يستخلص منه في وضوح أن السبب هو المصدر القانوني الذي يكسب المثرى الإثراء فيجعل له الحق في استبقائه<sup>(١)</sup>.

فالسبب إذن له معنى قانوني بحت، فلا يمت لاعتبارات أدبية كما يقول ريبير ولا لاعتبارات اقتصادية كما يرى موري. وهذا المعنى هو أن يكون للمثرى حق قانوني في كسب الإثراء الذي حصل عليه. والحق هذا لا يعدو مصدره أن يكون أحد المصدرين اللذين تتولد منهما كل الحقوق: العقد أو القانون.

والأولى أن نقف عند هذا المعنى المحدد المنضبط، فتكسب نظرية الإثراء بلا سبب من

=الإثراء بلا سبب من اضطراب وتعقيد، فيقول: «تلك هي النظرية الأساسية في الإثراء بلا سبب أوجزنا حدودها فيما تقدم. وهي كما ترى لها خاصية بارزة، هي أنها تأخذ السبب القانوني للإثراء على معنيين. فإذا كان مصدر الإثراء تصرفاً قانونياً (إضافة إلى الذمة) أخذته على معنى الغرض الشخصي (Ziveck) الذي يقصده المفتقر. أما إذا كان الإثراء واقعة قانونية أخذته على معنى السبب المنشئ (Rechtsgrund) ومرجعته إرادة القانون. ولا غرابة إذن في أن يسلم الفقه الألماني باستحالة وضع صيغة واحدة لفكرة السبب في الإثراء تغطي جميع الفروض. فكيف يمكن إعطاء صيغة واحدة لفكرة لها معنيان، أحدهما يربطها بإرادة الأفراد والآخر يربطها بإرادة القانون؟ هذه الصيغة المزدوجة - رغم إجماع الفقه الألماني عليها - تبدو لنا مفككة متناثرة الأجزاء. فالغرض الشخصي ومرجعته الإرادة الخاصة والسبب المنشئ ومرجعته إرادة القانون هما فكرتان تناقض إحداهما الأخرى بحيث لا نستطيع جمعهما تحت عنوان واحد هو «السبب في الإثراء»... إن العيب في هذه النظرية يرجع - بصفة خاصة - إلى الطريقة الفنية التي اتبعها الفقه الألماني لحل مشكلة السبب في الإثراء. فقد رأينا هذا الفقه يبدأ بالسؤال الآتي: متى يكون الإثراء بلا سبب؟ وبعد أن يرفض الإجابة عليه بصيغة عامة يأخذ في معالجة مختلف فروض الإثراء بلا سبب كما هي معروفة في القانون الروماني. وكل ما يمكن أن يقال لصالح هذه الطريقة هو ما فيها من يسر جاء من كونها تقليدية موروثية وسائدة في ألمانيا منذ دخول القانون الروماني فيها إلى يومنا هذا. ولكنها طريقة تنطوي على عيب خطير هو إغفال المسألة الأساسية في مادة الإثراء، وهي إيجاد صيغة عامة لعنصر السبب تشمل جميع الأحوال دون أن تتغير طبيعة هذا العنصر بتغير الفروض. ونحن لا نصدر في ذلك عن مجرد التمسك بالاعتبارات المنطقية وإن كان فيها ما يبرر البحث عن صيغة واحدة لإيضاح العلاقات القانونية، ولكننا فضلاً عن ذلك نرى أننا ما دمنا لم نصل إلى تلك الصيغة فإن مبدأ الإثراء نفسه يظل قاصراً مقلقاً. فتحدد طبيعة السبب في الإثراء هو الأساس الذي تبنى عليه نظرية الإثراء وترسم حدود تطبيقها» (رسالة الدكتور أبو عافية في نسختها العربية ص ١٨٢ - ص ١٨٣ - أنظر أيضاً ص ١٩٢ - ص ١٩٦).

(١) ورد في هذه المذكرة ما يأتي: (والشرط) الثالث ألا يكون للإثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبررها، فلا يجوز للواهب مثلاً أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن بين العاقدين تصرفاً قانونياً هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما وإثراء الآخر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٤١).

وراء ذلك ثباتاً وصلابة، وتزداد إحكاماً ودقة، وينزاح عنها هذا الجو من الغموض والتحكم الذي كان يسودها في الماضي. وإذا كان القانون المصري الجديد قد أثر هذا المعنى المحدد، فذلك لأنه هو المعنى الذي يقول به الفقه في مصر<sup>(١)</sup>، وكثير من الفقهاء في فرنسا<sup>(٢)</sup>، وهو المعنى الذي جرى به حكم القضاء في البلدين<sup>(٣)</sup>.

ويبقى أن نستعرض «السبب» بهذا المعنى في كل من مصدره. عقداً كان المصدر أو حكماً من أحكام القانون.

٧٧٤- السبب في الإثراء عقد: قد يكون السبب الذي كسب المثرى به الإثراء هو العقد فيمتنع الرد<sup>(٤)</sup>. ويغلب أن يكون العقد الذي هو سبب الإثراء مبرماً ما بين المثرى والمفتقر<sup>(١)</sup>. فالطبيب إذا تعاقد مع المريض منعه العقد من الرجوع بدعوى الإثراء. والمقاول إذا تعاقد مع العميل بأجر إجمالي منعه العقد من المطالبة بأية زيادة في الأجر ولو حدث في التصميم تعديل أو إضافة<sup>(٥)</sup> (م ٦٥٨). وما يستنبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٧ - فقرة ٣٨٩ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٨ - مازافان (مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩) ص ١٠٢ - ص ١٠٤ - الدكتور شفيق شحاته (جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٣٨١ - ٩ و ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٤). الدكتور محمود أبو عافية في رسالته «التصرف القانوني المجرد» (نسخة فرنسية ص ١٨٥ - ١٨٩) - قارن والتون ٢ ص ١٨٨ - ص ١٩٠.

(٢) مبسوط بودري ١٥ فقرة ٢٨٤٩ - بلانيول وريبير وبولانيجه ٢ فقرة ١٢٧٠ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١٣ - (ويقتصران على العقد سبباً للإثراء) - جوسران ٢ فقرة ٥٧٢ - فيرنيو (Vergniaud) رسالة من باريس ١٩١٦ ص ٢١٦ - بوديشنيانو (Budishteano) رسالة من باريس ١٩٢٠ ص ١٠٦ - موسيو (Mosiou) رسالة من باريس ص ٢٣٦.

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٩ مايو سنة ١٨٥٣ - دالوز ١-٥٣-٢٥١ - وفي ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩-١-١٠٥ - وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ٢٣-١-٦٤ - وفي ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤-١-١٢٩ - وفي ١١ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١-١-١٢٩ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤٠-١-١ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ دالوز الأسبوعي ١٩٤٤ ص ٥٨ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩٤٤ جازيت دي باليه ١٩٤٤-٢-٧١. أما القضاء المصري فنستعرض له تفصيلاً فيما يلي.

(٤) محكمة الإسكندرية المختلطة في ٦ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٢٥٥ ص ٢٥٦.

(٥) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ - وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ (قارن مازافان ص ١٠٥ وهو يجعل السبب هنا القانون لا العقد).

(١) متى تبين ان الاتفاق المعقود بين المنتفع والشركة التي كان ممنوحاً لها التزام الكهرباء بالقاهرة مقتضاه أن يساهم المنتفع في تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية إلى مصنعه بمبلغ معين وقد التزمت الشركة المستغلة بأجراء رد عائد مقدر على ما يستهلكه المنتفع سنوياً وأن هذا الرد يظل ما دامت هذه الشركة قائمة بتوريد التيار الكهربائي وعلى ألا يتجاوز مجموع العائد المرتد قيمة ما ساهم به المنتفع في تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية فإن مفاد ذلك أن ما تعهدت الشركة المستغلة برده مما ساهم به المنتفع في التكاليف لا يمكن أن يتجاوز مجموع العائد المرتد طوال مدة قيام الشركة المستغلة أو ما ساهم به المنتفع أيهما أقل ويعتبر كل ما دفع استناداً إلى هذا العقد مدفوعاً بسبب صحيح ولا يعتبر إثراء بلا سبب قانوني لان العقد قانون المتعاقدين.

(جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠ الطعن ١٤٨ لسنة ٢٣ ق ص ٨ ص ٥٤٦).

يكون من حق رب العمل إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضي منه إفراغ جهده في الابتداء أو إذا كان رب العمل قد اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات (م ٦٨٨ فقرة ٢)، وعقد العمل هو الذي يمنع العامل من الرجوع إلى رب العمل (١). وإذا اشترط المؤجر أن يتملك عند نهاية الإيجار التحسينات التي يدخلها المستأجر في العين المؤجرة امتنع على المستأجر الرجوع على المؤجر بتعويض عن هذه التحسينات لأن عقد الإيجار هنا سبب قانوني يمنع من هذا الرجوع (٢). وإذا أمن شخص على منزله من الحريق واحترق المنزل، فأعدت شركة التأمين بناءه تنفيذاً لعقد التأمين، كان إثراء المؤمن بقيمة الفرق بين المنزل بعد أن أعيد بناؤه وقيمته في حالته الأصلية سببه عقد التأمين فلا ترجع شركة التأمين عليه بدعوى الإثراء (٣). وإذا أحسن الوكيل الإدارة حتى زاد الربح زيادة كبيرة فلا رجوع له على الموكل بدعوى الإثراء لأن عقد الوكالة يمنع من ذلك (٤). ولا يجوز للبائع أن يرجع على المشتري بدعوى الإثراء لمطالبته بباقي ثمن المبيع لأن عقد البيع هو مناط تحديد حقوق كل من المتعاقدين (٥).

(١) وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ ذاتها على أنه «إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جديدة، جاز للعامل في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة. ويراعى في تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التي قدمها رب العمل وما استخدم في هذا السبيل من منشأته». ونرى في هذا الفرض الخاص أن عقد العمل لا يكفي سبباً لجميع ما عاد على رب العمل من الإثراء، وأن بعضاً من هذا الإثراء يبقى دون سبب وهو الذي يرجع به العامل على رب العمل.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اشترط في عقد الإيجار أن جميع التحسينات والإنشاءات التي يجريها المستأجر في العين المؤجرة تكون للمؤجر عند نهاية الإيجار، فلا يجوز للمستأجر أن يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر من أجل بئر ارتوازي أحدثه ضمن المنشآت التي أقامها وركب عليه آلة رافعة فأصبح كل ذلك عقاراً بالتخصيص. ومع ذلك إذا كان من الثابت أن إحداث البئر الارتوازي لم يكن وارداً في عقد الإيجار، وأن الماء الآتي من هذا البئر ساعد كثيراً على تحسين الأرض، كان من العدل أن تقع مقاصة بين ما في ذمة المستأجر للمؤجر بسبب عدم تحسينه جزءاً من الأرض المؤجرة وما في ذمة المؤجر للمستأجر بسبب مبادأته الموفقة بإنشاء البئر الارتوازي (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٥٨). وظاهر أن محكمة الاستئناف لم تجعل عقد الإيجار سبباً يشمل الإثراء الآتي من البئر الارتوازي لأنه لم يكن وارداً في العقد، واعتبرت هذا الإثراء دون سبب، وقاضته في دين على المستأجر نشأ من عدم تحسينه لجزء من الأرض المؤجرة.

وسرى عند الكلام في الفضالة أن المستأجر الذي يستحدث إصلاحات في العين لمنفعته الشخصية لا يعتبر فضولياً.

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٨. وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في ٢١ يولية سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤-١-١٨١.

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٥.

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه «حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير، بل تكون أحكام العقد هي مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين بها قبل الآخر. فإذا كان الثابت بالحكم أن البائع طالب المشتري منه بباقي الثمن المقسط على خمسة أقساط، ثم عدل طلباته إلى طلب الحكم له بباقي القسطين الأولين، موصوفاً هذا الباقي =

وقد يكون العقد الذي هو سبب الإثراء مبرماً بين المشتري والغير دون أن يكون المفتقر طرفاً فيه. ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء يمنع المفتقر من الرجوع على المشتري. مثل ذلك مستأجر يستحدث تحسينات في العين المؤجرة، ويتركها للمؤجر عند نهاية الإيجار طبقاً للعقد، فيكون عقد الإيجار هذا مانعاً من الرجوع على المؤجر. لا من المستأجر فحسب وقد رأينا هذا في مثل متقدم، بل أيضاً من الدائن الذي عجل للمستأجر نفقات هذه التحسينات أو من المقاول الذي قام بها دون أن يقبض أجر عمله، مع أن الدائن والمقاول لم يكونا طرفاً في عقد الإيجار وهو السبب القانوني لإثراء المؤجر بقيمة هذه التحسينات على حساب الدائن أو المقاول. والمشتري في هذا المثل هو المؤجر (١)، والمفتقر هو الدائن أو المقاول، وسبب الإثراء هو عقد الإيجار الذي أبرم بين

= خطأ بأنه باقى الثمن، وقضى له بذلك، ثم أراد أن يطالب بالأقساط الثلاثة الباقية، ولتصور أنه قد سد في وجهه طلبها باعتبارها باقية من ثمن المبيع، أقام دعواه بالمطالبة بها على نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير، ومحكمة الموضوع حكمت، بعد استعراض وقائع الدعوى، بأنه لا محل للاستناد إلى هذه النظرية، وبأن حق البائع في المطالبة بالأقساط الباقية القائم على أساس الشراء لا يزال باه مفتوحاً أمامه، فإن قضاءها بذلك سليم لا مطعن عليه (نقض في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤ ص ١٥٧).

هذا وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه «متى كان هناك عقد يحكم علاقات الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير، فإن هذه القاعدة هي مصدر لا تعاقدي للالتزام فلا يكون لها محل حيث يوجد التعاقد. فإذا كان المستأجر قد التزم في عقد الإيجار بأجرة رى الأرض، وتعهد بأن يدفع الأموال الأميرية على أن تخصص له من أجرة الأطنان، ثم دفع للصراف على ذمة الأموال مبالغ تزيد على قيمة المستحق منها على الأطنان المؤجرة، فخصمت له الحكومة الزيادة من أجرة الرى الملتزم هو بها، ثم خصمتها المحكمة من أجرة الأطنان على أساس أن دفعها إنما كان على ذمة الأموال، وحفظت للمؤجر أن يرجع بها على المستأجر بدعوى الإثراء على حساب الغير، فإنها تكون قد أخطأت» (نقض في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩). وكان الواجب ألا تخصص محكمة الموضوع من أجرة الأطنان ما دفعه المستأجر من الزيادة على الأموال المستحقة، لأن هذه الزيادة لم يثر بها المؤجر إذ أن الحكومة خصمتها من أجرة الرى وهذه دين شخصي في ذمة المستأجر، فلا يرجع المستأجر بهذه الزيادة على المؤجر، لا لأن هناك سبباً للإثراء يمنع من الرجوع، بل لأن الإثراء ذاته غير موجود. ومتى امتنع رجوع المستأجر على المؤجر بالزيادة لم يصبح هناك محل لرجوع المؤجر على المستأجر بدعوى الإثراء أو غيرها من الدعاوى - هذا هو في نظرنا الوضع القانوني الصحيح للقضية التي نحن بصددتها.

(١) - إذا كان الثابت أن علاقة الطاعن والمطعون عليه الأول يحكمها عقد إيجار مبرم بينهما، فلا محل في تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب لوجود رابطة عقدية وتكون أحكام العقد هي المرجع في تحديد حقوق وواجبات كل من الطرفين قبل الآخر.

(جلسة ١٢/١١/١٩٧٧ الطعن ٥ لسنة ٤١ ق)

(جلسة ١٤/١١/١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٣٧١)

ب- اتفاق المستأجر مصروفات على اصلاح الواور واحياء الموات بالعين المؤجرة له، وهي من المصروفات النافعة التي لم يثبت حصول الاتفاق عليها - وليست من المصروفات الضرورية لحفظ العين من الهلاك، فلا محل معه للرجوع بهذه المصروفات استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب ما دام أن هناك عقد يحكم علاقة الطرفين إذ أن للإثراء والافتقار سبباً مشروعاً هو عقد الإيجار القائم بين =

المثري (وهو المؤجر) وشخص آخر غير المفتقر (وهو المستأجر) (١) - ومثل ذلك أيضاً شخص يثري على حساب آخر، ويهب ما أثري به إلى شخص ثالث، فلا يستطيع المفتقر في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له، لأن هذا قد أثري بسبب قانوني وهو عقد الهبة، وإن لم يكن المفتقر طرفاً على هذا العقد (٢).

وقد يكون العقد الذي هو سبب الإثراء مبرماً بين المفتقر والغير دون أن يكون المثري طرفاً فيه، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء. مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع وكيل

=الطرفين، ولأن هذه المصروفات قد افاد منها المستأجر طوال مدة استغلاله للعين، فينعدم بذلك قانوناً شرط افتقار المستأجر الذي هو شرط جوهري لدعوى الرجوع.

(جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٠٦٤)

(١) وقد قدمنا عند الكلام في الإثراء غير المباشر أنه لم يكن في عقد الإيجار شرط يجعل التحسينات من حق المؤجر عند نهاية الإيجار، فلا يصلح عقد الإيجار لأن يكون سبباً لإثراء المؤجر، ويجوز للدائن والمعاول في هذه الحالة الرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء (قارن كولان وكايتان ٢ فقرة ١٣ ص ٣٠٠ - ٣٠١ - الأستاذ حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٧ - وانظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٩).

(٢) وهذه حالة تلفت النظر، فقد يكون الواهب معسراً فلا يستطيع المفتقر أن يحصل منه على حقه، فإذا أراد الرجوع على الموهوب له لم يجز له ذلك لما قدمناه. والذي يلفت النظر هو أننا قدمنا هنا جلب المنفعة على درء الضرر، إذ الموهوب له، وهو يستبقى منفعة جليها، يفضل على المفتقر، وهو يسعى لدرء الضرر عن نفسه. ومن أجل ذلك اشتمل المشروع التمهيدى على نص خاص في هذه المسألة (وهو الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من هذا المشروع) وقد جرى على الوجه الآتي: «إذا تبرع المثري بما أثري به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثري به، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي: «إذا تصرف المثري بعوض فيما أثري به، فليس لمن افتقر حق الرجوع على من صدر له التصرف، لأن هذا الأخير قد أثري بمقتضى سبب قانوني هو التصرف نفسه. أما إذا كان التصرف على النقيض من ذلك بغير مقابل، فالأصل أن ينحصر حق الرجوع في المثري ما دام من صدر له التبرع قد أثري بسبب قانوني هو عقد التبرع. بيد أن المشروع قد أثبت للمفتقر حق الرجوع على من صدر له التبرع بمقدار ما أثري، مقدماً بذلك درء الضرر على جانب المنفعة، ويكون للمفتقر في هذا القرض أن يرجع على المثري أو على من صدر له التبرع، وفقاً لمصلحته في ذلك. فإذا كان مبلغ ما أصابه من خسارة ١٠٠٠ جنيه وبلغت قيمة الإثراء بالنسبة للمثري ٨٠٠ جنيه، والنسبة لمن صدر له التبرع ٩٠٠ جنيه، فمن مصلحة المفتقر أن يرجع على من صدر له التبرع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢) - ومما يؤسف له أن هذا الحل العادل خلا منه المشروع عند خروجه من لجنة المراجعة، فقد حذفت هذه اللجنة النص المشار إليه بدعوى أنه غير ضروري. وهذا ما ورد في الأعمال التحضيرية في هذا الصدد: «المشروع في لجنة المراجعة: تليت المادة ٢٤٨ من المشروع واقترح إدخال تعديلات لفظية وحذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢) وقد سبق ذكر ذلك. وأقر البرلمان المشروع خالياً من هذا النص.

أنظر في مثل آخر لعقد مبرم ما بين المثري والغير يكون سبباً للإثراء محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ (شخص سرق من سندات، وتعاقد اللص مع شخص آخر للحصول على مبلغ من المال في نظير هذه السندات. فلا يجوز لصاحب السندات أن يرجع بدعوى الإثراء على هذا الشخص الآخر لأن العقد المبرم بين هذا الأخير - وهو المثري - وبين اللص - وهو غير المثري - يعتبر سبباً للإثراء. هذا ما لم يكن الشخص الآخر الذي تعاقد مع اللص سبباً للإثراء).

ولكن لا باعتبار أنه وكيل باسمه الشخصي، فلا يجوز له الرجوع على الموكل بدعوى الإثراء، لأن هناك عقداً أبرم بينه (وهو المفتقر) وبين الوكيل (وهو غير المثري) (١). ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع أحد الشركاء في شركة محاصة، فلا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء على أحد من الشركاء الآخرين، لأن الشريك في شركة المحاصة يتعاقد باسمه الشخصي لا باسم الشركة ولا باسم أحد من بقية الشركاء، فيكون العقد الذي أبرم مع الشريك مانعاً من رجوع المتعاقد الآخر على بقية الشركاء الذين أثروا من وراء هذا العقد، وذلك بالرغم من أن العقد أبرمه المفتقر مع غيرهم (٢).

٧٧٥ - السبب في الإثراء حكم من أحكام القانون: وقد يكون سبب الإثراء ليس عقداً بل حكماً من أحكام القانون يصلح أن يكون مصدراً لكسب الإثراء، فيكون قيام هذا السبب مانعاً للمفتقر من الرجوع على المثري بدعوى الإثراء، لأن المثري يكون قد أثري بسبب قانوني. مثل ذلك العمل غير المشروع يكون سبباً قانونياً يمنع من الرجوع بدعوى الإثراء. فلا يلتزم من أخذ تعويضاً عن ضرر أصابه يرد هذا التعويض، لأنه قد كسبه بسبب قانوني هو العمل غير المشروع. ومثل ذلك التقادم يمنع من استرداد الإثراء، فإذا أقر ناظر الوقف بدين على الوقف كان إقراره باطلاً، فإذا رجع الدائن بدعوى الإثراء فيما يتعلق بفوائد الدين فلا يرجع بها إلا فيما يسقط منها بخمس سنين، وما سقط بهذه المدة يمنع التقادم من استرداده (٣). كذلك قوة الشيء المقضي يعتبر سبباً مانعاً من دعوى الإثراء، فإذا استبعد أحد دائتي التفليسة بحكم حاز قوة الشيء المقضي لأنه لم يتقدم في الميعاد، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على أمين التفليسة ولا على أحد من سائر الدائنين (٤). وإذا لحقت بالموظف إصابة جعلته يستحق معاشاً قبل أن يبلغ السن القانونية، فلا يجوز للحكومة أن تقول إنه أثري دون سبب بقيمة الاستقطاعات التي كان يجب خصمها من مرتبه إلى حين بلوغ السن، لأن استحقاقه للمعاش بسبب الإصابة هو حكم من أحكام القانون، والقانون هنا هو قانون المعاشات (٥). وإذا أهمل المعاول فلم يقيد حق امتياز ضاع هذا الحق ودخل مع سائر دائتي التفليسة، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على هؤلاء الدائنين، لأن إثراءهم له سبب هو حكم القانون القاضي بوجوب القيد للمحافظة على حق الامتياز (٦).

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٢.

(٢) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٨. ومع ذلك أنظر حكماً منها بغير هذا المعنى في ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧.

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ م ٧ ص ١٤٢.

(٤) وكذلك إذا لم يتقدم دائن في الميعاد يعارض في قائمة التوزيع النهائية (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧).

(٥) محكمة النقض الفرنسية في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م سيريه ١٩٤٤ - ١ - ٤٨ - وانظر أيضاً هنري وليون مازو في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٤ ص ١٨١.

(٦) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ م دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٢٩ - كذلك إذا سدد =



## المبحث الرابع لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى

٧٧٦- موقف القانون المدني الجديد: ذكرنا في التطور التاريخي لقاعدة الإثراء بلا

=مصرف دائماً مرتبها وأغفل أن يتخذ الإجراءات القانونية للحلول محله فسبقه رهن قانوني كان متأخراً عن الدائن المرتهن الذي استوفى حقه لم يجز للمصرف الرجوع على صاحب الرهن القانوني بدعوى الإثراء لأن تقدمه على المصرف له سبب هو حكم القانون (محكمة النقض الفرنسية في ١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٨٩-١-٣٩٣) وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم، وقررنا عند الإشارة إليه أن المانع من دعوى الإثراء ليس هو إهمال المفتقر بل هو وجود سبب قانوني للإثراء) - كذلك إذا وضع شخص يده على أرض لا يملكها ورهنها في قرض أقيم به بناء على هذه الأرض، ثم استحقت الأرض وقد ملك المستحق البناء بالالتصاق فامتد الرهن القانوني لزوجته إلى هذا البناء، فإن الرهن الذي رتبته واضع اليد على الأرض يبطل لصدوره من غير مالك، ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يرجع على الزوجة بدعوى الإثراء لأن إرثاتها سبباً قانونياً هو حكم من أحكام القانون (محكمة باريس الاستئنافية في ٥ يونية سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨-٢-١٢٩) - وتقضي المحاكم الفرنسية بأنه إذا قام مدرس بإعطاء تلميذ دروساً خاصة بمقتضى اتفاق مع والد التلميذ، وأراد المدرس الرجوع على الوالد فوجده معسراً، فإنه يستطيع الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء في ماله الخاص لأن التلميذ قد أثرى إثراء عقلياً بفضل هذه الدروس الخاصة (محكمة مونتيليه الاستئنافية في ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩-٢-٢١٣). وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام في الإثراء المعنوي - أنظر أيضاً محكمة إكس الاستئنافية في ١١ أغسطس سنة ١٨١٢ جورنال دي پاليه ١٨١٣ رقم ٦٥٠ - ومحكمة بو الاستئنافية في ١٩ يناير سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢-٢-١٩٨). ويرى الأستاذ مارافان (مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٠٩) بحق أن المدرس لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التلميذ لأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو التزام والد التلميذ بتعليم ولده، ولكن المدرس يستطيع أن يرجع على التلميذ بدعوى الفضالة لأنه كان يعمل لمصلحته ولمصلحة التلميذ معاً، ودعوى الفضالة خير له من دعوى الإثراء.

وإذا كان ناظر الوقف يعمل دون أجر بعد أن نزل عن أجره، فإن مركزه القانوني من الوقف - وهو ناظره - يمنعه من المطالبة بأجر على أساس أن الوقف قد أثرى على حساب جهوده. فجهوده هذه واجبة بحكم القانون على اعتبار أنه ناظر الوقف، سواء عمل بأجر أو نزل عن أجره. ومن ثم لا نذهب إلى ما ذهب إليه محكمة النقض في مثل هذه الصورة من أن الرابطة العقدية بين ناظر الوقف وجهة الوقف هي التي تمنع من المطالبة بدعوى الإثراء، إذ الرابطة بين الناظر والوقف هي رابطة قانونية لا رابطة تعاقدية. وهذا هو ما قرره محكمة النقض في هذا الصدد: «الأصل في الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل. فإذا استندت المحكمة في أن ناظر الوقف كان يعمل بغير أجر إلى إقراره المتكررة فإنها لا تكون قد خالفت القانون. ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثري الوقف على حساب جهوده، فإن دعوى الإثراء على حساب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين وهذه ليست حالته» (نقض ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص ٧٢٢).

وهذا مثل آخر لوجود سبب للإثراء هو حكم من أحكام القانون: دائن مرتبه نزل عن مرتبه إلى دائن مرتبه آخر متأخر عنه. وترتب على ذلك أنه تأخر في المرتبة فلم يتل في التوزيع إلا جزءاً من حقه. ولكن الدائن الذي حل محله لم يتمكن لسبب يرجع إلى إجراءات التوزيع من الحصول

سبب أن هذه القاعدة لم تستقم قاعدة مستقلة إلا منذ عهد قريب، وأنها حتى بعد أن صار لها كيان ذاتي بقيت مغلولة بقيود لا يفسرها إلا ما صاحب القاعدة من تضيق في الماضي، وإلا أنها استعصت على الطفرة فلم تستطع أن تظفر باستقلالها إلا مقيداً بشروط، إذا استطاع تاريخ القاعدة أن يفسرها، فإنه لا يستطيع أن يبررها.

وقد ألف الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر أن يقررا، منذ قامت القاعدة مستقلة، أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى، وأن الإثراء الذي يطالب المفتقر باسترداده يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى. والملتدع لهذين القيدتين هما الفقيهان الكبيران أوبري ورو على ما مر بنا.

وقد بدأ الفقه في فرنسا وفي مصر يكسر من أغلال القيد الأول. ولكنه هو والقضاء بقيا جامدين إزاء القيد الثاني، فظلاً يقولان بأن من شروط دعوى الإثراء أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى.

أما القانون المصري الجديد فقد تكفل بتكسير القيدتين معاً كما أسلفنا القول. فهو لم يشترط أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية، ثم هو قد نص صراحة في المادة ١٧٩ على أن التزام المثري يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد<sup>(١)</sup>. فتم بذلك تحرير القاعدة من قيودها، وأقيمت على أساس من المنطق السليم.

وها نحن نستعرض كلا من هذين القيدتين لتبرر موقف القانون المصري الجديد منهما.

=على كل حقه. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للدائن الذي نزل عن مرتبه الرجوع بدعوى الإثراء على من أثرى من الدائنين بسبب عدم تمكين الدائن الذي حل محله من الحصول على كل حقه (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨). ويمكن تعليل ذلك بأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو الأحكام القانونية الواجبة الاتباع في التوزيع.

(١) وهذا ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وقد اكتفى المشروع بهذه الشروط الثلاثة دون أن يضيف إليها شرطين آخرين نصت عليهما بعض تقنينات تأثرت بما كان مأثوراً من الممانعة أو التحرز في قبول مبدأ الإثراء. فلا يشترط أن يظل الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى (قارن المادة ١٤٢ من التقنين اللبناني وهي تنص على هذا الشرط في حالة الإثراء بحسن نية) بل يكون الرد واجباً ولو زال الإثراء فيما بعد، وهذا ما تقضى به صراحة المادة ٢٤٨ من المشروع (أنظر في هذا المعنى المادة ٢٣٤٣ من التقنين الأرجنتيني). ولا يشترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سوى دعوى الإثراء يستطيع أن يلجأ إليها لاستيفاء حقه، بل يجوز له أن يباشر هذه الدعوى ولو هياً له القانون طريقاً آخر. ولا يزال التقنين اللبناني (المادة ١٤٢) مبقياً على ما لدعوى «رد غير المستحق» من صفة احتياطية أو تبعية، وقد قصد المشروع إلى إهمال هذا الشرط فتعمد إغفال النص عليه». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢).

## المطلب الأول لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ١ - القانون الفرنسي

٧٧٧- اتفاق الفقه والقضاء بادئ الأمر على أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية: منذ تحررت دعوى الإثراء وأصبحت دعوى مستقلة، على ما مر بنا في التطور التاريخي لهذه الدعوى، ومنذ أعلنت محكمة النقض الفرنسية «أن دعوى الإثراء بلا سبب، وهي تقوم على مبدأ عادل يحرم الإثراء على حساب الغير، لم يعرض لتنظيمها نص في القانون، فهي لا تخضع في استعمالها لأي شرط معين، ويكفي لقبولها أن يتقدم المدعى بإثبات أنه جعل من يرفع عليه الدعوى يشري عن طريق تضحية تحملها هو أو عمل شخصي قام به<sup>(١)</sup>»، ساد شعور قوى بأن تطوراً خطيراً قد وقع، وأن دعوى الإثراء بعد أن كانت ترسف في أغلال التبعية لدعوى الفضالة، أصبحت طليقة من كل قيد، فتحوّلت من النقيض إلى النقيض، وأنه يجدر البحث عن قيد تنضبط به، فلا تطفئ على جميع نواحي القانون.

وسرعان ما عثر الأستاذان أوبري ورو على هذا القيد، فقررنا أنه يشترط في دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعى «دعوى أخرى ناشئة من عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة»<sup>(٢)</sup>. وفهم ذلك على أن دعوى الإثراء هي دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يلجأ إليها المدعى إلا إذا لم يكن لديه أية دعوى أخرى. وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن اعتنقت هذا المذهب في حكمها المشهور الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤<sup>(٣)</sup>. وانعقد إجماع الفقه والقضاء بعد ذلك على هذا المبدأ<sup>(٤)</sup>.

٧٧٨- تزعزع الفقه الفرنسي عن موقفه: ولكن الفقه في فرنسا ما لبث أن تزعزع عن موقفه، وبدأ يتعمق في بحث هذه الصفة الاحتياطية التي خلعتها على دعوى الإثراء. وبدأ هذا البحث الأستاذ بارتان (Bartın)، فتساءل في تعليقه على كتاب الأستاذين أوبري ورو ماذا يريد الفقيهان بقولهما إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية<sup>(٥)</sup>؟ ثم أخذ

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونيو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢-١-٥٩٦.

(٢) أوبري ورو الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦-٢٤٧. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨-١-٤١- وما لبثت المحكمة أن أصدرت حكماً آخر في هذا المعنى في ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠-١-١٠٢ (أنظر تحليلاً لهذا الحكم وتعليقاً عليه للأستاذ كايبتان في كتابه الأحكام الكبرى للقضاء المدني طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٥ - ٣٣٦).

(٤) بودري وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٦) - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٢٧٦ - جوسران ٢ فقرة ٥٧٤ - ديموج ٣ ص ٢٨٧ - محكمة النقض في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤-١-١٢٩ - وفي ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ ص ٥٨٧ - وفي ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي بوليه ١٩٤٠-٢-١١٤١ وسيريه ١٩٤١-١-١٢١.

(٥) أوبري ورو مع تعليقات بارتان طبعة خامسة جزء ٩ ص ٣٥٥. وقد أول الأستاذ بارتان المعنى المراد =

الأستاذ رواست (Rouast) يعالج المسألة على وجه أعمق في مقال له معروف<sup>(١)</sup>. وأفاض بعد ذلك الأستاذ ألبوزينو (Almosnino) في بحث الموضوع في رسالة له مشهورة<sup>(٢)</sup>.

=بالصفة الاحتياطية تأويلات ثلاثة: (١) فيما أن يراد بذلك أن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها إلا حيث لا توجد أي دعوى أخرى يتمكن بها الدائن من الوصول إلى حقه. (٢) وإما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت هذه الدعوى الأخرى ما دامت هذه الدعوى قد فقدتها الدائن بغير خطأ منه. (٣) وإما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت الدعوى الأخرى ولم يفقدتها الدائن ولكنها غير منتجة بسبب إعسار المدين في هذه الدعوى الأخرى.

(١) «الإثراء بلا سبب والقضاء المدني» (المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٢ ص ٣٥ وما بعدها). وقد ميز الأستاذ رواست في هذا المقال بين فرضين: (الفرض الأول) أن توجد دعوى قائمة لدى الدائن يستطيع الالتجاء إليها بجانب دعوى الإثراء، فهو لا شك يؤثرها على دعوى الإثراء لأنها تيسر له تمويصاً أوفى. وسواء كانت دعوى الإثراء في هذا الفرض دعوى احتياطية أو دعوى أصلية فالواقع من الأمر أن الدائن لا يلجأ إليها ما دام الباب أمامه مفتوحاً عن طريق دعوى أخرى. فدعوى الإثراء في الفرض الذي نحن بصدده دعوى احتياطية على كل حال، إما من طريق القانون أو من طريق الواقع. (والفرض الثاني) أن تكون هناك دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء، ولكنها انسدت أمام الدائن فلم يبق لديه إلا دعوى الإثراء. وميز رواست في هذا الفرض بين حالات ثلاث: أن تكون الدعوى الأخرى قد انسدت طريقها لمانع قانوني، أو انسدت طريقها بفعل الدائن نفسه، أو انسدت طريقها بغير فعله ويكون ذلك عادة بإعسار المدين في الدعوى الأخرى.

(٢) «الإثراء بلا سبب وصفته الاحتياطية» باريس سنة ١٩٣١. وقد بحث ألبوزينو في هذه الرسالة جميع الفروض المتقدمة وأرجعها إلى خمس أحوال: (١) ليس لدى الدائن إلا دعوى الإثراء وحدها. (٢) لدى الدائن دعوى قائمة منتجة غير دعوى الإثراء. (٣) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسدت لمانع قانوني. (٤) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسدت بفعله هو. (٥) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسدت بغير فعله (بسبب إعسار المدين في الدعوى الأخرى).

ففي الحالة الأولى - حالة ما إذا لم يكن لدى الدائن إلا دعوى الإثراء - لا تثار الصفة الاحتياطية لهذه الدعوى، إذ هي الدعوى الوحيدة المفتوحة أمام الدائن، وليس لديه غيرها للمطالبة بحقه. وفي الحالة الثانية - حال ما إذا كان لدى الدائن بجانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة منتجة - يقول أنصار الصفة الاحتياطية إن الدائن لا يستطيع مباشرة دعوى الإثراء لأن لديه دعوى أخرى قائمة منتجة. ويخالف البعض (ومنهم ألبوزينو) هذا الرأي، ويذهبون إلى إعطاء الدائن الخيار بين الدعويتين. ولكن ألبوزينو يستثنى من ذلك ما إذا كانت الدعوى الأخرى هي دعوى العقد أو دعوى الاستحقاق فتجب دعوى الإثراء، وتصبح هذه دعوى احتياطية.

وفي الحالة الثالثة - حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسدت لمانع قانوني - لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الإثراء حتى لا يدور المانع القانوني وتنجح الحيلة في مخالفته. ومثل المانع القانوني قواعد الإثبات. فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً يزيد على خمسمائة جنيه لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الإثراء ليتمكن من إثبات القرض بالبينة، إذ أن دعوى الإثراء تقرم على واقعة مادية فيجوز إثباتها بجميع الطرق. ولا يبقى أمام المقرض إلا دعوى القرض، وفيها يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها. ومثل المانع القانوني أيضاً التقادم، فإذا قام تاجر بتوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها وتقدم حقه بالتقادم سنة (٣٧٨ م مدني جديد)، لم يستطع الرجوع بدعوى الإثراء لأن دعوى عقد التوريد قد انسدت طريقها لمانع قانوني هو التقادم. ومثل المانع القانوني أخيراً قوة الشيء المقضي، فإذا باع قاصر عقاراً بغير فاحش ورفع دعوى لتكملة الثمن (٤٢٥ م مدني جديد) ففضي له بالتكملة، ثم نزلت قيمة العقار في يد المشتري إلى أقل من أربعة أخماسه، لم يستطع =

ثم خطأ الأستاذ كايبتان خطوة أبعد، فتشكك في أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية، وتساءل لماذا لا تكون دعوى أصلية<sup>(١)</sup>.

ولكن بالرغم من هذه الحركة الفقهية لا تزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء في فرنسا وعند القضاء الفرنسي<sup>(٢)</sup> دعوى احتياطية على المعنى الذي قال به أوبري ورو فيما قدمناه. والسبب في ذلك، كما لاحظ بحق الأستاذ مارافان (Maravent) في رسالته<sup>(٣)</sup>، أن معنى «سبب الإثراء» لا يزال في فرنسا محل خلاف، ولم ينضبط على الوجه الذي انضبط به في مصر. وسنرى أن هناك ارتباطاً شديداً بين سبب الإثراء والصفة

الاحتياطية للدعوى، وأنه متى انضبط معنى سبب الإثراء على الوجه الذي أسلفناه والذي أخذ به القانون المصري الجديد، وفسر هذا السبب بأنه هو المصدر القانون الذي يكسب المثرى الإثراء، لم تعد هناك فائدة محسوسة للقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية، وبغنى عن هذا القول تفسير السبب على الوجه المتقدم الذكر. وإذا كانت دعوى الإثراء قد أصبحت، بعد أن انطلقت من عقالها، في حاجة إلى قيد تنضبط به، فالأولى ألا يكون القيد هو هذه الصفة الاحتياطية المزعومة التي ابتدعها الأستاذان أوبري ورو، بل يكون هو «سبب الإثراء» مفهوماً على المعنى الذي قدمناه فيدخل قيدا في الدعوى تنضبط به على الوجه المطلوب.

وسنرى الآن أن الفقه والقضاء في مصر تقدما في هذا السبيل تقدماً مشهوداً، وأن القانون المصري الجديد خطأ فيه الخطوة الحاسمة.

## ٢- القانون المصري

٧٧٩- الفقه والقضاء في مصر: سار الفقه والقضاء في مصر بادئ الأمر في الطريق الذي سار فيه الفقه والقضاء في فرنسا، فقالا بالصفة الاحتياطية للدعوى<sup>(١)</sup>.

ولكن جانباً من الفقه ما لبث أن شق لنفسه طريقاً آخر، وأخذ يتساءل: هل صحيح ما يقال من أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية؟ وننقل هنا ما كتبناه في «الموجز» في ظل القانون المدني القديم.

«تقرر الفقهاء عادة أن دعوى الإثراء على حساب الغير هي دعوى احتياطية. ويريدون بهذا أنه لا يجوز للمدعى الالتجاء إليها إلا إذا أعوزته السبل الأخرى. فإذا كان له سبيل غير دعوى الإثراء، فعليه أن يسلك هذا السبيل. مثل ذلك أن يغتصب شخص مالا لغيره فينتفع به، فهنا يستطيع صاحب المال أن يرجع على المعتصب بدعوى المسؤولية التقصيرية فلا يرجع عليه بدعوى الإثراء. وقد يكون للمفتقر طريق آخر، ولكن قبل الغير لا قبل

المشترى أن يرجع على القاصر بدعوى الإثراء ليسترد منه التكملة، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى تكملة الثمن قد انسدت طريقها لمانع قانوني هو قوة الشيء المقضي.

وفي الحالة الرابعة - حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسدت بفعله هو - لا يجوز للدائن في رأى روست مباشرة دعوى الإثراء ولا الدعوى الأخرى التي انسدت طريقها. وهذا معناه أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية جبتها دعوى أصلية فلا تجوز له مباشرتها، ثم إن لدعوى الأصلية انسدت طريقها بفعله هو فلا يجوز له أيضاً أن يباشرها. فإذا أقرض مصرف مديناً النقود التي سدد بها دائماً مرتين، وأهمل المصرف في أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحلولة محل الدائن المرتهن، وترتب على ذلك رهناً قانونياً لقصر كان المدين وصياً عليهم سبق المصرف في المرتبة، فإن المصرف لا يستطيع الرجوع على القصر بدعوى الإثراء (نقض فرنسي ١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١-٨٩-٣٩٣: قضية Aitazat)، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى الحلول محل الدائن المرتهن انسدت طريقها بإهمال المصرف. وإذا كان شخص يملك كلباً فضل في غابة للصيد وأفرغ الطيور في الغابة، فأمسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياماً، فإنه لا يستطيع الرجوع على صاحب الكلب بدعوى الإثراء لما أنفق عليه من إطعامه (نقض فرنسي ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣-١-٤٥٣: قضية Rolland)، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى الفضالة انسدت طريقها بإغفال صاحب الغابة أن يسلم الكلب للبلدية وهي التي تتولى إطعامه تطبيقاً لأحكام قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ في فرنسا. وإذا أهمل المقاول في اتخاذ الإجراءات اللازمة لقيد حق امتياز على بناء أقامه لشخص أفلس، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التفليسة (نقض فرنسي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ١-٢٤-١٢٩: قضية Marty)، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى حق الامتياز قد انسدت طريقها إذا أضاعها المقاول بتقصيره.

أما الأستاذ ألموزينو فيرى أن دعوى الإثراء في هذه الحالة هي دعوى أصلية تجوز مباشرتها ولو انسدت طريق الدعوى الأخرى بفعل الدائن.

وفي الحالة الخامسة - حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكنها أصبحت غير ذات فائدة بسبب إعسار المدين - فإذا كان المدين لا يستطيع الرجوع على المثرى، جاز للمفتقر أن يرجع عليه بدعوى الإثراء، وتكون هذه الدعوى إذن دعوى أصلية. مثل ذلك أن يتعاقد معلم مع والد التلميذ في إعطاء التلميذ درساً خاصاً، ويقلس الوالد، فيستطيع المعلم في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على التلميذ (أنظر ألموزينو ص ١٥٧ وفي فروض أخرى ص ١٥٨ - ص ١٧٣).

(١) أنظر كايبتان في كتابه الأحكام الكبرى للقضاء المدني طبعة الثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٦ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا المرجع).

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى الفقه والقضاء الفرنسيين اللذين يؤيدان الصفة الاحتياطية للدعوى.

(٣) مارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٢٩ - ص ١٣١.

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ أبريل ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ - إيتاي البارود ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المخامة ١٢ ص ١١٩٠ (وقد سبقت الإشارة إلى بعض هذه الأحكام). وانظر والتون ٢ ص ١٩٠ - ص ١٩١ - ذهني فقرة ٧٠٥ وما بعدها - حشمت أبو ستيت فقرة ٥٢٣ ص ٣٨٩ (وقد سبقت الإشارة إلى هذه المراجع) - وينضم الدكتور وديع فرج في مذكراته إلى رأى من يقولون بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء. ويأخذ على القانون الجديد أنه نفي هذه الصفة عن الدعوى. ثم يقول إن التعديل الذي أدخله القانون الجديد له أثر عميق، إذ يصح تطبيقاً لهذا التعديل - بحسب رأيه - أن يختار صاحب الأرض التي بنى فيها أجنبي بحسن نية، في رجوعه على الباني، بين المطالبة بما تقضى به المادة ٩٢٥ وبين دعوى الإثراء بعد أن أصبحت دعوى أصلية. ووضح أن المادة ٩٢٥ قد تكفلت ببيان حكم الباني بحسن نية في أرض الغير، وهي تطبيق خاص لدعوى الإثراء، كما أسلفنا القول. فتطبيق هذه المادة إنما هو تطبيق لدعوى الإثراء ذاتها في حالة من حالاتها الخاصة. فلا يجوز القول بعد ذلك إن لصاحب الأرض أن يختار بينها وبين دعوى الإثراء. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.



المشري، فهنا أيضاً يرجع المفتقر على الغير لا على المشري. مثل ذلك أن يتفق طبيب مع مريض على معالجته، ويكون المريض قد أمن على نفسه ضد المرض، فلا يرجع الطبيب على شركة التأمين بدعوى الإثراء، بل يرجع على المريض بدعوى العقد. ومثل ذلك أيضاً أن يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين في ذمته، فيكون له، إلى جانب دعوى الإثراء قبل المدين الحقيقي، دعوى دفع مالا يجب قبل الدائن الذي استوفى الدين، فعليه أن يرجع بالدعوى الثانية دون الأولى.

«ونحن لا نرى محلاً للقول بأن دعوى الإثراء على حساب الغير دعوى احتياطية. فهي دعوى ككل الدعاوى متى توافرت شروطها أمكن رفعها، حتى لو وجد المدعي أمامه طرقاً أخرى. أما ما يقال من أن الدعوى مبنية على قواعد العدالة، فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما تضيق القواعد القانونية، فقول كان يصح في قانون كالقانون الروماني حيث كان هناك تمييز بين قواعد العدالة ممثلة في القانون البريطاني وقواعد القانون ممثلة في القانون المدني العتيق، أو في القانون الإنجليزي حيث كانت قواعد العدالة منفصلة عن «القانون العام». أما الآن فلا تمييز بين قواعد العدالة وقواعد القانون فكلاهما قانون يمكن الالتجاء إليه، ولا يشترط الالتجاء إلى واحد قبل الآخر».

«أما ما قدمناه من الأمثلة التي رأينا فيها المدعي يملك دعوى أخرى غير دعوى الإثراء، فلا نرى فيها ما يمنع المدعي من أن يترك هذه الدعوى الأخرى إلى دعوى الإثراء. فيستطيع صاحب المال أن يترك دعوى المسؤولية التقصيرية قبل المغتصب، ويستطيع الطبيب أن يترك دعوى العقد قبل المريض، ويستطيع من وفي دين غيره أن يترك دعوى دفع ما لا يجب قبل الدائن، ويلجأ هؤلاء جميعاً إلى دعوى الإثراء، إلا أنهم لا يفعلون، إذ أن هذه الدعاوى الأخرى أجدى عليهم من دعوى الإثراء، ففيها يستولون على تعويض كامل، أما في دعوى الإثراء فلا ينالون إلا أقل القيمتين من إثراء أو افتقار...» (١).

هذا ما قلناه في «الموجز» في ظل القانون القديم، ولا نزال نقوله حتى اليوم، وفي ظل القانون الجديد (٢).

وينحو الدكتور محمود أبو عافية هذا النحو في رسالته «التصرف القانوني المجرد»، بل هو يربط في وضوح ما بين «السبب في الإثراء» والصفة الاحتياطية للدعوى فيقول: «يفسر الفقه في فرنسا ومصر هذا المبدأ بقوله إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية... وهذا في رأينا خطأ يؤسف له لشدة ما يترتب عليه من تعقيد لمسألة الإثراء. ولا نرى علة لوجود هذا الخطأ سوى أخذ السبب في الإثراء بمعنى الغرض الشخصي المنشود. أما إذا أخذناه على معنى السبب المنشئ، فإن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها في الحالة المذكورة في المتن

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١.

(٢) وهذا مع تحفظ واحد خاص بتحديد معنى «الافتقار» في الأمثلة التي وردت في النص، ونستورد إليه بالتفصيل فيما يلي.

(حالة المشتري الذي يدفع الثمن دون أن ينتقل إليه ملكية المبيع، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى الإثراء بل يرجع بدعوى البيع) لا لأنها دعوى احتياطية، وإنما لأن الإثراء له سبب هو العقد القائم (١).

وينهج الأستاذ مارافان (Maravent) في رسالته هذا المنهج، ويبين في وضوح وقوة أن الصفة الاحتياطية المزعومة لدعوى الإثراء لا تلبث أن تختفي إذا فهم «السبب في الإثراء» على الوجه الصحيح (٢).

هذا هو الفقه المصري في مرحلته الأخيرة قبل صدور القانون المدني الجديد. أما القضاء في مصر فكان أقل وضوحاً في إنكار الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء، ولكن محكمة النقض لم تصرح في حكم من أحكامها بأن للدعوى هذه الصفة على الرغم مما نسب إليها من ذلك (٣).

٧٨٠ - القانون المصري الجديد: وجاء القانون الجديد صدى للفقه المصري في مرحلته الأخيرة، مستجيباً لدعوته، جاعلاً من دعوى الإثراء دعوى أصلية، مؤكداً بذلك استقلال هذه الدعوى، بعد أن رد إليها اعتبارها، ونفى عنها الصفة الاحتياطية، فرفعها بذلك إلى مرتبة دعوى العقد ودعوى المسؤولية التقصيرية.

ويبقى أن نبرر هذا الموقف الحق الذي وقفه القانون الجديد.

إن الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لا يمكن أن تثار في أية حالة لا يكون فيها للمدعي دعوى أخرى إلى جانبها. والحالات التي من هذا القبيل كثيرة متنوعة. وقد رأينا أمثلة منها متعددة فيما قدمناه. وهذا هو الميدان الحقيقي لدعوى الإثراء.

أما إذا قامت دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء، فهنا تثار الصفة الاحتياطية المزعومة، ويقال إن المدعي لا يجوز له أن يرجع بدعوى الإثراء لأنها دعوى احتياطية لا

(١) الدكتور محمود أبو عافية: التصرف القانوني المجرد (نسخة عربية) فقرة ٥٢ ص ١٩٦ حاشية رقم ٧.

(٢) الدكتور مارافان (Maravent) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٢٤ - ص ١٤٥.

(٣) ينسب الدكتور حشمت أبو ستيت (فقرة ٥٣٣ ص ٢٨٩) إلى محكمة النقض أن قضاءها استقر على أن لدعوى الإثراء صفة احتياطية. ويورد في سبيل الاستشهاد على ذلك حكماً صدر من هذه المحكمة في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (ملحق القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٨) تقول فيه «حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بغير سبب على حساب الغير، بل يكون أحكام العقد هي مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر» (أنظر أيضاً مارافان وهو يستشهد على هذا الرأي بنفس الحكم في ص ١٢٧ حاشية ٢). وغنى عن البيان أن الحكم غير صريح في المعنى المنسوب إلى محكمة النقض. وقد استشهدنا نحن بهذا الحكم ذاته في صدد أن الإثراء قد يكون سببه عقداً. ومن هنا نرى الارتباط القوي بين الصفة الاحتياطية والسبب في الإثراء، فإن حكماً واحداً استشهد به على كل من الأمرين.

على أن هذين الأمرين جد مختلفين. فالقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تباشر إذا وجدت بجانبها دعوى أخرى غير القول بأنه إذا وجد للإثراء سبب فلا تقوم دعوى الإثراء، وفرق بين أن يقال إن دعوى الإثراء قائمة ولكنها لا تباشر، وأن يقال إن دعوى الإثراء لا تباشر لأنها غير قائمة.

تجوز مباشرتها إذا وجد سبيل قانوني آخر، فيتعين عليه أن يباشر الدعوى الأخرى دون دعوى الإثراء. مثل ذلك المعير يدفع العارية للمستعير وله في استردادها دعوى العارية ودعوى الاستحقاق، فلا يجوز له في هذه الحالة الرجوع بدعوى الإثراء. ومثل ذلك أيضاً المقتصب لمال الغير، يستطيع صاحب المال أن يرجع عليه بدعوى الغصب، فلا يجوز أن يرجع عليه بدعوى الإثراء.

والصحيح أن المعير في المثل الأول، إذا كان لا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء، فليس ذلك لأنها دعوى احتياطية، بل لأنها غير قائمة أصلاً، إذ المثل هنا وهو المستعير قد أثرى بسبب قانوني هو عقد العارية كما رأينا فيما تقدم. وسرى فيما يلي أن «سبب الإثراء» يثني في الكثرة الغالبة من الأحوال، كما أغنى في هذه الحالة، عن اللجوء إلى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء. أما في المثل الثاني فلا يوجد ما يمنع صاحب المال من الرجوع على المقتصب بدعوى الإثراء، فهو الخيار بين هذه الدعوى ودعوى الغصب، وإن كان في الواقع يختار دعوى الغصب إذ هي تهيئ له تعويضاً أوفر. فدعوى الإثراء لا تكون إذن دعوى احتياطية إلا إذا كان ذلك من ناحية الواقع لا من ناحية القانون (١).

(١) وقد رأينا فيما نقلناه على الموجز (فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١) مثلين آخرين: (١) يتفق طبيب مع مريض على معالجته ويكون المريض قد أمن على نفسه من المرض. (٢) يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين في ذمته - وقلنا إننا لا نرى ما يمنع من أن يترك الطبيب دعوى العقد قبل المريض إلى دعوى الإثراء قبل شركة التأمين، وأن يترك من وفى دين غيره دعوى دفع غير المستحق قبل الدائن إلى دعوى الإثراء قبل المدين.

وفي هذين المثالين اجتمعت دعوى الإثراء مع دعوى العقد ومع دعوى دفع غير المستحق. وقد تجتمع مع دعوى المسؤولية التقصيرية كما رأينا في مثل المقتصب لمال الغير الذي أوردناه في المتن، وكما يقع في المنافسة غير المشروعة وفي التقليد (contrefaçon) فيجوز للمدعي أن يرجع على المنافس أو المقلد بدعوى المسؤولية التقصيرية أو بدعوى الإثراء، وقد تجتمع دعوى الإثراء مع دعوى الفضالة كما إذا كشف نسابه ميراثاً لشخص يجهل أنه وارث، وكما إذا تولى محام عملاً لصالح شخص دون توكيل؟ فيجوز أن يرجع النسابة أو المحامي على من أثرى إما بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء.

ونستخلص من هذه الأمثلة أن دعوى الإثراء هي دعوى أصلية، فإذا اجتمعت مع دعوى أخرى كدعوى العقد أو دعوى المسؤولية التقصيرية أو دعوى دفع غير المستحق أو دعوى الفضالة - كان للمدعي الخيار بينها وبين هذه الدعوى الأخرى. وفي هذا النطاق وحده يمكن أن تتصور أن يقوم دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها.

ويمكن القول - وهذا هو التحفظ الذي أشرنا إليه عندما كنا نقل عن الموجز - إن دعوى الإثراء حتى في هذا النطاق لا تقوم. ولعلنا نستطيع الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق تحليل معنى «الافتقار» تحليلاً أبعد مدى مما قدمناه. إذ يلاحظ أن الافتقار في كل هذه الأمثلة يقابله حق ترويب للمفتقر بسبب افتقاره. فالمغضوب ماله كسب بالغصب حقاً في التبرؤض قبل الغاصب. والطبيب كسب بالعقد حقاً قبل المريض. والموفى لدين غيره كسب بالوفاء حقاً قبل الدائن. ومن نوفس منافسة غير مشروعة أو قلدت بضاعته كسب بالمنافسة غير المشروعة أو بالتقليد حقاً قبل المنافس أو المقلد. والنسابة والمحامي دون توكيل كسب بالفضالة حقاً قبل الوارث وقبل من ترفع عنه المحامي - فهل إذا كان التبرؤض في الوقت الذي افتقر فيه كسب حقاً يعادل هذا الافتقار ودخل هذا الحق في باب الافتقار؟

بقيت الحالات التي تكون فيها الدعوى الأخرى التي قامت إلى جانب دعوى الإثراء قد سدت طريقها، فلا يستطيع المدعي أن يباشر دعوى الإثراء لأنها كما يقال دعوى احتياطية، لا الدعوى الأخرى لأن طريقها قد انسدت. وجميع الأمثلة التي تورد عادة في هذا الصدد سدت إلا حالات تحقق فيها للإثراء سبب قانوني، فلا يجوز للمدعي أن يرجع بدعوى الإثراء، لا لأنها دعوى احتياطية، بل لأنها ليست قائمة. فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً من قود يزيد على خمسمائة جنيه ولم يحصل على دليل كتابي، وأراد المقرض - بعد أن سدت أمامه طريق دعوى القرض لمانع قانوني هو انعدام الدليل الكتابي - أن يرجع على المقرض بدعوى الإثراء حتى يتمكن من إثبات القرض بالبينة كواقعة مادية، لم يجز له ذلك لأن الإثراء هنا له سبب هو عقد القرض (١). وإذا أقرض مصرف مديناً مبلغاً من

= يمكن القول مع ذلك إن افتقاره موجود؟ ألا يجوز أن يقال إن الافتقار هنا قابله حق يعادله فانعدم، فلا تقوم دعوى الإثراء في جميع الحالات التي قدمناها؟ إذا صح ذلك انمحي كل فرض تقوم فيه دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها، فهذه الدعوى الأخرى إذا قامت تكون إما «سبباً» للإثراء أو «معادلاً» للافتقار، وفي الحالتين لا تقوم دعوى الإثراء.

وهذا الرأي له مزيتان: (أولاً) أنه ييسر المسألة التي نحن بصددنا إلى حد كبير، وبدلاً من أن نفرض إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة، ثم نتساءل أيجوز مع قيام هذه الدعوى الأخرى مباشرة دعوى الإثراء، نقرر في بساطة أن دعوى الإثراء إذا توافرت أركانها لا يمكن أن تقوم إلى جانبها دعوى أخرى. فتصبح مسألة الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء مسألة غير ذات موضوع. (ثانياً) أنه يجعل للافتقار «معادلاً» له مزية التحديد الذي جعلناه «لسبب» الإثراء. فكما أن الإثراء قد يكون له «سبب» هو المصدر القانوني الذي أكسب المثلث هذا الإثراء، كذلك الافتقار قد يكون له «معادل» هو الحق القانوني الذي كسبه المفتقر بسبب هذا الافتقار. والافتقار «بمعادل» كالإثراء «بسبب»، كلاهما يعدم في دعوى الإثراء ركناً من أركانها فلا تقوم.

هذا وقد تجتمع دعوى الإثراء مع الدعوى غير المباشرة، كصاحب أرض يؤجرها ويشترط على المستأجر أن يكون ما يقيمه هذا من بناء ملكاً له. ثم يتعاقد المستأجر مع مقاول لإقامة البناء، ويعجز عن الوفاء بالتزامه نحو كل من المقاول وصاحب الأرض، فيلتزم هذا نحو المستأجر أن يعوض المقاول ويستولي على البناء. فللمقاول في هذه الحالة أن يرجع على صاحب الأرض إما بدعوى الإثراء أو بالدعوى غير المباشرة نيابة عن المستأجر. ولكن دعوى الإثراء هنا لم يوجد إلى جانبها دعوى أخرى للمقاول، فإن الدعوى غير المباشرة ليست إلا دعوى المستأجر يستعملها المقاول نيابة عنه (أنظر محكمة السين الفرنسية في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دي باليه ١٩٠٠-١-٢٩٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٨٦ يعارض حكماً آخر في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٨٦).

(١) ويرى الأستاذ ناكيه (Naquet) جواز أن يباشر المقرض دعوى الإثراء بشرط إثبات واقعة الإثراء بالكتابة قياساً على الوقائع القانونية التي تنطوي على عقود فإنه يجب إثباتها بالكتابة كما في جريمة خيانة الأمانة (تعليق على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨-١-٤١).

والصحيح أن دعوى الإثراء هنا لا تقوم لوجود سبب للإثراء هو عقد القرض كما قدمنا. وهذا هو شأن عقد المقاول إذا أبرم كتابة بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل (م ٦٥٨م فقرة ١ وفقرة ٢ مدني جديد)، فإذا حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة لم يأذن بهما رب العمل كتابة، وأراد المقاول الرجوع على رب العمل بزيادة في الأجر، فإنه لا يستطيع الرجوع =

النقود سدد به دائماً مرتين، وأهمل المصرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحلولة محل هذا الدائن المرتهن، وترتب على ذلك أن دائماً متأخراً تقدم على المصرف، وأراد المصرف - بعد أن انسد أمامه طريق دعوى الحلول بإهماله - أن يرجع على الدائن المتأخر بدعوى الإنشاء، لم يجز له الرجوع بهذه الدعوى لأن إثراء الدائن المتأخر له سبب هو حكم القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك<sup>(١)</sup>. وإذا تعاقد معلم مع والد تلميذ على أن يعطى التلميذ درساً

= بدعوى العقد إذ لا يجوز له إثبات الاتفاق على التعديل أو الإضافة إلا بورقة مكتوبة، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإنشاء لأن إثراء رب العمل له سبب هو عقد المقاولة الأصلي.

وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإنشاء دعوى أخرى ينسد طريقها لمانع قانوني (أنظر الحالة الثالثة من الحالات الخمس التي بحثها ألموزنينو في رسالته). فإذا قام تاجر بتوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها، وتقدم حقه بانقضاء سنة (٣٧٨ مديني جديد)، وانسد طريق دعوى العقد بالتقادم، فإن التاجر لا يستطيع الرجوع بدعوى الإنشاء لأن المدعى عليه قد أثرى بسبب قانوني هو التقادم. وإذا باع قاصر عقاراً بنين فاحش ورفع دعوى لتكاملة الثمن قضى له بالتكاملة، ثم نزلت قيمة العقار في يد المشتري إلى أقل من أربعة أخماسه، وانسد طريق دعوى تكاملة الثمن بصدور حكم نهائي، فإن المشتري لا يستطيع الرجوع بدعوى الإنشاء على القاصر لأن هذا قد أثرى بسبب قانوني هو قوة الشيء المقضي.

وقد رأينا فيما قدمناه من الأمثلة أن المانع القانوني الذي ينسد به طريق الدعوى الأخرى ينقلب فيكون سبباً للإثراء، فيمنع بذلك قيام دعوى الإنشاء. فإذا لم ينقلب هذا المانع القانوني سبباً للإثراء، انسد الطريق دون الدعوى الأخرى من غير أن ينسد دون دعوى الإنشاء. وهذا قاطع في أن دعوى الإنشاء ليست بالدعوى الاحتياطية كما يقال. ونأني بمثل لذلك: نصت المادة ١٨٤ من القانون المدني الجديد (م ٢٠٩/١٤٨م قديم) على أنه «لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم. ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء». فهنا وجدت دعوى استرداد غير المستحق. وانسد طريقها لمانع قانوني وهو تجرد الدائن من سند الدين أو من التأمينات أو سقوط دعواه بالتقادم، ولكن القانون اصطنع هذا المانع بقدر فلم يجعله سبباً للإثراء، وأجاز للغير الذي قام بالوفاء أن يرجع بدعوى الإنشاء على المدين الحقيقي. ولا يقال، إذا ترك الدائن دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم، إن التقادم هو سبب للإثراء، ذلك لأن دعوى الدائن وقت أن استوفى الدين أي وقت أن أثرى، لم تكن قد سقطت بالتقادم، والعبرة في الإثراء بوقت وقوعه لا بوقت رفع الدعوى كما سنرى.

(١) وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإنشاء دعوى أخرى ينسد طريقها بفعل الدائن (أنظر الحالة الرابعة من الحالات الخمس التي بحثها ألموزنينو في رسالته). فإذا كان شخص يملك كلباً ضل في غابة للصيد، فأمسك به صاحب الغاية وأبقاه عنده أياماً متولياً نفقة إطعامه دون أن يسلمه للبلدية، فسد أمامه طريق دعوى الفضالة بفعله، فإن صاحب الغاية لا يستطيع أن يرجع بدعوى الإنشاء على صاحب الكلب، لأن هذا إذا كان قد أثرى فلائره سبب هو قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ الذي يوجب في فرنسا تسليم الكلاب الضالة للبلدية وهي التي تتولى إطعامها (أنظر رسالة ألموزنينو ص ١٥١ - ص ١٥٢ - مارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٤١ - ص ١٤٢ - أنظر أيضاً محكمة إيتاي البارود في ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ وهي الأحكام التي أشار إليها مارافان في المرجع المشار إليه). وإذا أهمل الماقل في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتقيد حق امتياز على بناء أقامه لشخص أفلس، فسد أمامه طريق دعوى الامتياز =

خاصاً، ثم يقلس الأب، فتتسد أمام المعلم دعوى الرجوع عليه بالعقد لإعساره، ويريد المعلم الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب، لم يجز له ذلك لأن إثراء التلميذ له سبب هو التزام الأب أن يقوم على تعليم ولده<sup>(١)</sup>.

ويتبين مما قدمناه أن دعوى الإثراء هي دعوى أصلية. فإذا قامت دعوى أخرى إلى جانبها، كان للمدعى الخيار بين الدعويتين. وإذا كان يختار في الواقع الدعوى الأخرى، فتبدو دعوى الإثراء في الظاهر كأنها دعوى احتياطية. فإن ذلك يرجع إلى أن هذه الدعوى الأخرى إما أن تكون قد جعلت للإثراء سبباً فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء، وإما أن تكون هي الأجدى على المدعى فلا يرغب في أن يباشر دعوى الإثراء.

وإذا كان هناك شيء يستبقى من فكرة الصفة الاحتياطية، فليس ذلك ما يقال من أنه يجب على المدعى أن يستعرض الدعاوى واحدة بعد الأخرى، فإذا استفدها جميعاً ولم يستقم له أي منها التجأ إلى دعوى الإثراء. بل الذي يستبقى هو أنه يجب على المدعى أن

= بفعله، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب على التفليسة، لأن التفليسة إذا كانت قد أثرت من ضياع حق امتياز الماقل، فلهذا الإثراء سبب قانوني هو أحكام القانون الخاصة بمراتب الدائنين (أنظر ألموزنينو ص ١٥٢ - ص ١٥٤ - مارافان ص ١٤٠).

يضاف إلى هذه الأمثلة مثل آخر في قضية فرنسية هي قضية (Deschalettes) (نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ داللو ١٣-١-٤٣٣): باع رجل أرضاً لخليلته ببيعاً صورياً، فرهنت الخليفة الأرض لمصرف في مقابل قرض أقامت به بناء على الأرض. فرفعت مطلقة البائع دعوى قضت فيها محكمة النقض الفرنسية ببطالان الرهن الصادر من الخليفة لأن ملكيتها للأرض ملكية صورية، ورفضت أن يكون للمصرف دعوى إثراء قبل المطلقة التي أثرت من وراء بطلان الرهن إذا ارتفعت مرتبة رهنها القانوني على أموال مطلقة ومنها هذه الأرض. ويقول الأستاذ روست في صدد هذه القضية إن دعوى الإثراء ترفض لأن المصرف أهمل. وهذا غير صحيح لأن المصرف لم يكن يعلم بصورية البيع، وهبة أهمل فدعوى الإثراء لا تدفع بإهمال الدائن وقد رأينا أن الحائر سعى النية يرجع بدعوى الإثراء، والصحيح أن محكمة النقض الفرنسية أخطأت في إبطال الرهن، لأن الصورية لا يحتج بها على الغير حسن النية. أما إذا فرضنا جدلاً أن الصورية يحتج بها هنا، فإن محكمة النقض تكون قد أصابت في إنكار دعوى الإثراء على المصرف الذي سد طريق دعوى الرهن بفعله، وإذا كانت المطلقة قد أثرت، فإن لإثرائها سبباً قانونياً هو أحكام القانون الخاصة بحفظ مراتب الدائنين (مارافان ص ١٣٨ - ص ١٤٠ - ألموزنينو ص ١٤٤ - ص ١٥٠).

(١) وقد رأينا أن محكمة مونبلييه الفرنسية (٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللو ٦٩-٢-٢١٣) أجازت رجوع المعلم على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب. (أنظر ألموزنينو ص ١٥٧) وأنظر عكس ذلك مارافان ص ١٠٩.

كذلك إذا باع شخص سيارة لآخر، فوهبها المشتري لثالث، وفسخ البائع وأراد الرجوع على المشتري فوجده معسراً، فهو لا يستطيع الرجوع على الموهوب له بدعوى الإثراء، لأن الموهوب له قد أثرى بسبب قانوني هو حيابة المنقول بحسن نية (لا عقد الهبة لأن الواهب قد انفسخ سند ملكيته). وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد اشتمل على نص يجيز في هذه الحالة رجوع البائع على الموهوب له بدعوى الإثراء، ولكن النص حذف في لجنة المراجعة، فخرج المشروع النهائي حالياً منه.



يستعرض الأسباب القانوني واحداً بعد الآخر، فإذا استنفذها جميعاً ولم يبق أى منها سبباً لإثراء المدعى عليه، جاز له عند ذلك أن يرجع بدعوى الإثراء<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى

٧٨١- القانون المدني الجديد: نص القانون المدني الجديد صراحة في المادة ١٧٩ على أن التزام المشرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد. ومعنى ذلك أن العبرة بحصول الإثراء. فمتى حصل وجد الالتزام في ذمة المشرى، وليس من الضروري بعد ذلك أن يبقى الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى.

٧٨٢- الرأي المعارض: والرأي السائد في فرنسا<sup>(٢)</sup> هو الرأي المعارض. إذ يشترط هناك - كما كان يشترط في مصر<sup>(٣)</sup> قبل صدور القانون المدني الجديد - أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى. وقد جاء في «الموجز»<sup>(٤)</sup> في هذا الصدد ما يأتي: «والقدر الذى أثرى به المدين يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى عليه من الدائن. وينبنى على ذلك أنه لو قام الدائن بترميمات في منزل للمدين، ثم احترق المنزل قبل أن يرفع الدائن الدعوى، فإنه لا يرجع بشئ على المدين. ولكن إذا احترق المنزل بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم، فلا يؤثر هذا في حق الدائن، فإن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى. على

(١) وإذا أخذنا بفكرة «المعادل» في الافتقار على الوجه الذى قدمناه أمكن أن نقول إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية بالمعنى الآتى: يجب على المدعى قبل أن يلجأ إلى دعوى الإثراء أن يستعرض كل الأسباب التى تصلح مصدراً قانونياً لقيام الإثراء أو لقيام معادل للافتقار، فإذا استنفذها جميعاً ولم يجد أياً منها يصلح لذلك، جاز له عندئذ أن يرجع بدعوى الإثراء.

(٢) لوران ٢٠ فقرة ٣٤٠ - أوبري ورو طبعة خامسة ص ٣٦٢ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (٢٦) - بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص ٥٠ - جوسران ٢ ص ٢٨٠ (١) - محكمة ليون الاستئنافية ١١ يناير سنة ١٩٠٦ داللو ١٩٠٦-٢-١٣٢٢ - محكمة باريس الاستئنافية ٢٧ يولية سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ - ٢-٧٣ - محكمة فينا الابتدائية ٤ يناير سنة ١٩٢٣ داللو ١٩٢٣-٢-١٥٣ - وقارن ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص ٢٨١.

(٣) دى هانس ٢ ص ٢٩٩ - والتون ٢ ص ١٩٠ - الموجز للمؤلف ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨ - مارافان ص ٧٥ - ص ٨٣. ومع ذلك قارن حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٥ وقرة ٥٤١ وقرة ٥٤٩.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دعوى الإثراء تفترض أن مال المدعى عليه قد زاد وقت رفع الدعوى بسبب ما قدمه له المدعى. فلا تقوم هذه الدعوى في جميع الحالات التى يرى فيها المدعى عليه أن هذه الزيادة في ماله قد زالت، حتى لو كان زوالها قد وقع بسبب ما أنفقه منها، لا إذا كان الإنفاق لضرورة من ضرورات المعاش بحيث يكون من المحقق أن مال المدعى عليه كان ينقص بالاتفاق لهذا السبب لولا الزيادة التى أحدثها المدعى (استئناف مختلط في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢٢ - محكمة المنصورة الجزئية المختلطة في ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٣ - محكمة أشمون الجزئية في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٠ ص ١٩٥).

(٤) ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨.

أن الإثراء يعتبر قائماً ولو كان ناشئاً على خدمات أداها الدائن للمدين وانتهت هذه الخدمات قبل رفع الدعوى، إلا إذا كانت هذه الخدمات قد أنشأت فائدة مادية كانت قائمة ثم هلكت قبل التقاضى».

وهذا الحكم الغريب - وهو البقية الباقية من مخلفات الماضى وقت أن كانت دعوى الإثراء ترسف في الأغلال والقيود - يقيمه أنصاره على الأسانيد الآتية<sup>(١)</sup>:

(١) أن الغرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين، إحداهما أثرت بسبب افتقار الأخرى، فالوقت الذى يعتبر فيه اختلال التوازن هو الوقت الذى تطلب فيه إعادته، أى وقت رفع الدعوى.

(٢) اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء عن دعوى لفضالة. ففي الفضالة لا يشترط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى، لأن الفضولي وهو يولى جميلاً لرب العمل أولى بالرعاية من المقتقر.

(٣) أن الإثراء يمسائل الضرر في المسؤولية التقصيرية، وكلاهما يقدر وقت رفع الدعوى.

(٤) أن جميع التقنيات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى<sup>(٢)</sup>.

٧٨٣- الرأي الصحيح: والرأي الصحيح في نظرنا هو الرأي الذى أخذ به القانون المدني الجديد من أن العبرة في تقدير الإثراء بوقت حصوله لا بوقت رفع الدعوى. وما دنا نريد أن نحرر قاعدة الإثراء من القيود التى أثقلتها في الماضى، فالواجب أن نتحاكم في هذه المسألة، لا إلى تقاليد القاعدة، بل إلى المنطق القانوني السليم. وقد قدمنا أن مصدر

(١) ننقل هذه الأسانيد عن مارافان بنوع خاص، فهو من أنصار هذا الحكم ومن أكثرهم تحمساً له (أنظر مارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ٧٥ - ص ٨٣).

(٢) هذه هي الأسانيد الرئيسية. ويضاف إليها عادة حجج أخرى ثانوية منها:

١٥- أن الإثراء دخل في مال المشرى دون إرادته، بل دون علمه في بعض الأحيان، فكيف يجوز عدالة أن يرد المشرى هذا الإثراء إذا لم يبق منه أثر وقت رفع الدعوى؟

٢٢- يقع كثيراً أن يكون المقتقر هو السبب في إفقار نفسه، فواجبه أن يعجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء (الموزنينو ص ٧٥).

٢٣- اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدي إلى نتائج عادلة في الفروض الآتية: أ) إذا اشتمل الإثراء على سندات استهلكك وقت رفع الدعوى فمن العدل أن نرد قيمتها الاسمية - وهي القيمة وقت رفع الدعوى - لا قيمتها الفعلية - وهي القيمة وقت الإثراء، إذ قد تكون القيمة الأولى أقل بكثير من القيمة الثانية. ب) إذا اشتمل الإثراء على عين باعها المشرى أو وهبها، فمن العدل أن يرد الثمن في حالة البيع أو لا يرد شيئاً في حالة الهبة - وهذه هي قيمة الإثراء وقت رفع الدعوى. أما إذا رد قيمة الإثراء وقت حصوله فيجب أن يرد قيمة العين في حالتى البيع والهبة. ج) إذا كان الإثراء لم يتحقق، كما إذا أقام مستأجر بناء في العين المؤجرة ستؤول ملكيته إلى المؤجر عند نهاية الإيجار، فمن العدل ألا يرجع المقاول بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار لأن الإثراء غير موجود وقت رفع الدعوى. وستولى الرد على هذه الحجج عند الرد على الأسانيد الرئيسية.

التزام المثري هو واقعة الإثراء، ولما كان الالتزام يوجد بوجود مصدره، فالالتزام المثري بالتعويض يوجد بمجرد أن تتحقق واقعة الإثراء. فمنذ أثرى المثري أصبح ملتزماً. ومتى تعين وقت قيام الالتزام تعين كذلك محل الالتزام، إذ الالتزام لا يقوم إلا بقيام محله. فيتعين إذن محل الالتزام - وقيمة الإثراء أحد عنصره - وقت تحقق الإثراء. ويتبين من ذلك في وضوح أن قيمة الإثراء إنما تقدر وقت تحقق الإثراء لا وقت رفع الدعوى.

هذا هو المنطق القانوني السليم. وهو عين المنطق الذي نراه في جميع المصادر الأخرى للالتزام. فالالتزام الناشئ من العقد يتعين محله وقت تمام العقد. والالتزام الناشئ من العمل غير المشروع يتعين محله وقت وقوع الضرر على تفصيل سنعود إليه فيما يلي. والالتزام الناشئ من القانون يتعين محله وقت قيام الواقعة القانونية التي يرتب القانون عليها الالتزام، جواراً كانت أو قرابة أو غير ذلك. فإذا كانت مصادر الالتزام جميعاً إذا قامت يتعين بقيامها محل الالتزام، فلماذا نستثنى من هذا المبدأ المنطقي العادل مصدراً واحداً هو مصدر الإثراء بلا سبب، ونستبقي لهذا المصدر وحده بقية من بقايا الشذوذ التي اشتهر بها في الماضي! إن القانون المدني الجديد عندما قرر أن الإثراء بلا سبب هو كغيره من المصادر إذا قام يتعين بقيامه محل الالتزام، وأن العبرة في تقدير قيمة الإثراء تكون بوقت تحقق الإثراء، قد أعاد هذا المصدر إلى حظيرة القواعد العامة، وجعله نظيراً لغيره من المصادر الأخرى، وفك عنه آخر غل كان به مشدود الوثاق.

٧٨٤ - نقض الرأي المعارض: أما الحجج التي يستند إليها الرأي المعارض فمن الميسر

نقضها:

(١) فأما أن دعوى الإثراء يقصد بها إعادة التوازن الذي اختل بين ذمتين ماليتين، فهذا صحيح. ولكن إلى أي وقت تكون إعادة التوازن؟ إن قيل إن إعادة التوازن واجبة إلى يوم رفع الدعوى لأن الاختلال يكون قائماً وقت ذلك، فإن هذا المنطق يجر القائل به إلى مدى أبعد. وما دامت العبرة بقيام الاختلال، فما أولى أنصار الرأي المعارض أن ينتقلوا من وقت رفع الدعوى إلى وقت النطق بالحكم، ففي هذا الوقت وحده يستطيع القاضي أن يحكم بإصلاح آخر أثر للاختلال في مكنته أن يصلحه! وقد أبى الأستاذ ديموج، وهو من أنصار الرأي المعارض، إلا أن يسير في منطقه إلى نهاية الشوط. فيقول بوجود إصلاح الاختلال إلى وقت النطق بالحكم<sup>(١)</sup>. ولكن مقتضيات الصياغة القانونية تأبى إلا استقرار التعامل. فمن بين الأوقات الثلاثة التي تتنازع المسألة التي نحن بصددتها، وقت وقوع الاختلال في التوازن ووقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم، لا يوجد إلا وقت واحد هو المستقر الثابت، لا يدخل في تحديده التحكم، ولا يتعين تبعاً للمصادفات، وهو فوق هذا كله الوقت الذي يقوم فيه الالتزام. وذلك هو وقت وقوع الاختلال في التوازن، أي وقت تحقق الإثراء. فالواجب إذن الوقوف عند هذا الوقت وحده لتقدير قيمة الإثراء.

(١) ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص ٢٨١.

(٢) وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذي يميز دعوى الإثراء من دعوى الفضالة، فهذه حجة بادية الوهن. فالتمييز بين الدعويين لا يزال قائماً حتى بعد اختفاء هذا المميز. ولا يزال هناك فارق جوهري بين دعوى الفضالة التي تجعل للفضولي الحق في استرداد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة، ودعوى الإثراء التي لا تجعل للمفتقر إلا أقل القيمتين من الإثراء والافتقار. بل إن هذا الفارق الجوهري هو الذي يستجيب لمهمة كل من الدعويين، فإن الفضولي يولى جميلاً فكان له أن يسترد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة، أما المفتقر فليست عنده هذه النية ولذلك لا يسترد إلا أقل القيمتين.

(٣) وأما أن الإثراء يماثل الضرر في المسؤولية التقصيرية، كلاهما يقدر وقت رفع الدعوى، فهذه مماثلة خاطئة وحكم غير صحيح. وإنما يماثل الضرر في المسؤولية التقصيرية الافتقار لا الإثراء. وسرى أن الافتقار كالضرر يقدر يوم النطق بالحكم إذا كان متغيراً، لا يوم رفع الدعوى.

(٤) وأما أن جميع التقنيات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى، فهذه التقنيات إذا كانت لاتينية فلا دلالة لها، لأنها إنما تسير في قاعدة الإثراء وفقاً لتقاليدها الضيقة. وإذا كانت جرمانية فدلالته أقل، وقد رأينا أن القوانين الجرمانية تذهب في تضيق قاعدة الإثراء بلا سبب إلى مدى أبعد من المدى الذي تذهب إليه القوانين اللاتينية. فهي تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر، ولا تقر الإثراء المعنوي بل تشترط أن يكون ذا قيمة مادية. فكل هذه التقنيات من لاتينية وجرمانية وقفت بالقاعدة عند تقاليدها القديمة، وجمدت عن أن تسير بها في طريق التطور<sup>(١)</sup>. على أن هناك تقنينين سجلاً للقاعدة هذا التطور الأخير، فنصاً صراحة على جواز أن يكون الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى، وهما التقنين النمساوي<sup>(٢)</sup> والتقنين الأرجنتيني<sup>(٣)</sup>. فهل يعيب القانون المصري الجديد أن يكون قد سار بالقاعدة إلى هذا المدى الواجب في التطور<sup>(٤)</sup>!

(١) على أن بعض هذه التقنيات ينص صراحة على وجوب رد الإثراء مقدراً وقت تحققه (لا وقت رفع الدعوى) إذا كان المثري سعى النية (م ١٢٧ من التقنين البولوني وم ١٤٢ من التقنين اللبناني وم ١٨٢ من التقنين الصيني وم ٤٠٠ من التقنين السوفيتي). وغنى عن البيان أن المثري حسن النية لا يقل التزامه، في منطق قاعدة الإثراء بلا سبب، عن التزام المثري سعى النية، إذ أن سوء النية أو حسنها لا دخل له لا في ترتيب الالتزام ولا في تحديد مده.

(٢) ينص التقنين النمساوي - وهو في صدد التمييز صراحة ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب، أي أنه لا يخلط بينهما كما ذهب إلى ذلك الأستاذ مارافان (ص ٨٢) - على أن تقدير الإثراء يكون وقت تحققه حتى لو زال بعد ذلك، فيقول في المادة ١٠٤١: «إذا استعمل شيء لمنفعة الغير، من غير أن تكون هناك فضالة، فلصاحب الشيء أن يسترده عيناً، فإذا أصبح ذلك غير ممكن استرد القيمة التي كانت له وقت الاستعمال حتى لو زال الإثراء بعد ذلك».

(٣) ينص التقنين الأرجنتيني في المادة ٢٣٤٣ على ما يأتي: «النقود التي تكون أنفقت فزادت في قيمة شيء يملكه الغير، أو ترتب على إنفاقها نفع للغير أو تحسين في ملكه، يعتبر إنفاقها أمراً نافعاً، حتى لو زال الإثراء فيما بعد».

(٤) أما الحجج الأخرى الثانوية فهي أيضاً غير مقنعة:

ويتبين مما قدمناه أن الإثراء تقدر قيمته وقت تحققه. وهذا هو الوضع الصحيح

١- فأما أن الإثراء قد دخل في ملك المثرى دون إرادته، بل ودون علمه في بعض الأحيان، فلا يجوز أن يرد المثرى هذا الإثراء إذا لم يبق له أثر وقت رفع الدعوى، فهذه حجة مقدمتها لا صلة لها بنتيجتها. ذلك أن التزام المثرى بالرد لا ينشأ من إرادته، بل ينشأ من واقعة مادية هي واقعة الإثراء، فمتى تحققت هذه الواقعة قام الالتزام وتعين محله في الوقت الذي نشأ فيه. والالتزام هنا كما نرى مستقل عن إرادة المثرى ولا صلة له بها حتى يصح أن يترتب على انتفاء إرادته أي أثر في مدى التزامه. ثم ما عسى أن يقول أصحاب هذه الحجة في الأحوال التي يتحقق فيها الإثراء بإرادة المثرى وهي أحوال كثيرة؟ أتراهم يفرقون بين حالة وحالة!

٢- وأما أن المقتصر هو السبب في إفقار نفسه فوجب عليه أن يعجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء، فهذه حجة غريبة، إذ هي لا تقوم على أساس قانوني، ولا هي تشمل كل حالات الإثراء، فكثيراً ما يقع أن يكون المثرى هو السبب في إثراء نفسه على حساب المقتصر. والسبيل القانوني لدفع المقتصر إلى تعجيل دعواه هو تقصير مدة التقادم، وهذا ما فعله القانون الجديد.

٣- وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدي إلى نتائج عادلة، فهذه الحجة أيضاً لا تقوم على أساس. والفروض التي سبقت في هذا الصدد هي ذاتها التي تدل على ذلك، (أ) فإن الإثراء إذا اشتمل على سندات استهلكك وقت رفع الدعوى فليس من المقطوع فيه أن العدل يقضى برد قيمتها الاسمية. وهي القيمة وقت رفع الدعوى - دون قيمتها الفعلية - وهي القيمة وقت الإثراء. فلو أن القيمة الأولى زادت على القيمة الثانية لبان للقاتلين بهذه الحجة أن العدل على خلاف ما يقولون. على أن المنطق القانوني يقضى بأن السندات المستهلكة - وقد أصبحت ملكاً للمثرى من وقت تحقق الإثراء - تدخل في ذمة المثرى ويلتزم برد قيمتها الفعلية، ثم هو الذي يتحمل تبعاتها بعد ذلك، ارتفعت قيمتها الفعلية أو انخفضت. (ب) وإذا اشتمل الإثراء على عين ياعها المثرى أو وهبها فليس من العدل أن يرد قيمتها وقت رفع الدعوى فلا يرد شيئاً في حالة الهبة (وقد قدمنا أن المقتصر في هذه الحالة لا يستطيع أيضاً الرجوع على الموهوب له)، بل العدل يقضى بأن يرد قيمتها وقت تحقق الإثراء فيرد هذه القيمة في حالة الهبة، ويرد هذه القيمة أيضاً دون الثمن في حالة البيع، وما دام قد أصبح مالكا للعين فهو الذي يتحمل تبعاتها، زادت القيمة أو انخفضت أو انعدمت. (ج) وإذا أقام المستأجر بناء في العين المؤجرة فإن المقاول لا يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار، لا لأن قيمة الإثراء تقدر وقت رفع الدعوى كما يزعم أنصار الرأي المعارض، بل لأن الإثراء قبل نهاية الإيجار لم يتحقق، إذ أن المؤجر لا يملك البناء إلا عند نهاية الإيجار.

على أن الرأي المعارض هو ذاته الذي يؤدي إلى نتائج غير مستساغة. من ذلك: (أ) إذا كان الإثراء عملاً قد تم أو منفعة قد استهلكك، فمنطق الرأي المعارض يقضي بالألم محل للرجوع بدعوى الإثراء ما دام الإثراء قد انعدم وقت رفع الدعوى، ولم يتثبت أصحاب الرأي المعارض برأيهم هنا، ولم يسعهم إلا أن يرجعوا عنه إلى الرأي الآخر (أنظر مارافان ص ٧٧ - بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص ٥٠ - ديموج ٣ فقرة ١٧١). (ب) إذا وفي شخص دين غيره، فترك الدائن الذي استوفى حقه دعواه تسقط بالتقادم. فإذا أخذنا هنا بالرأي المعارض لم يجز لمن وفي بالدين أن يرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء لأن الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى بتقادم الدين. ولما كان هذا الحل غير مستساغ فقد جرى النص على خلافه (أنظر المادة ١٨٤ من القانون المدني الجديد - وأنظر أيضاً المادة ٢٠٩/١٤٨ من القانون المدني القديم والمادة ١٣٧٧ من القانون الفرنسي). (ج) على أن الرأي المعارض ليس دائماً في صالح المثرى، بل قد ينقلب حرباً عليه إذا كان الإثراء قد زاد وقت رفع الدعوى، بدلا من أن يزول أو ينقص، ولم يجاوز مع هذه الزيادة قيمة الافتقار.

أنظر الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٤٠ ص ٣٩٤، وهو أميل إلى الأخذ بالرأي الذي سار عليه القانون المدني الجديد.

للمسألة. فما دام الإثراء منذ تحققه دخل في ذمة المثرى وأصبح ملكاً له، فهو الذي يتحمل تبعته من هذا الوقت. إن زاد بعد ذلك فله الغنم، وإن نقص أو زال فعليه الغرم. بهذا تقضى المبادئ الصحيحة، وهذا ما يفرضه المنطق القانوني<sup>(١)</sup>.

وبعد فقد رأينا أن دعوى الإثراء تحررت في القانون المدني الجديد من آخر ما كان يغلقها من قيود. وهي بعد هذا التحرر قد تركت لمصيرها. فهل يكون هذا المصير هو مصير المسؤولية التقصيرية، إذ كانت في القديم محصورة في نطاق ضيق، ثم أطلقت من قيودها، فتطورت واتسعت حتى أصبحت قاعدة عامة تنبسط على جميع نواحي القانون<sup>(٢)</sup>؟

إن دعوى الإثراء في حاجة إلى مثل هذا التطور، إذ لا تزال هناك حالات خاصة تقوم إلى جانب القاعدة العامة في الإثراء، كحالات الالتصاق وحالات المصروفات الضرورية والنافعة، وتبقى هذه الحالات في نطاقها الخاص، وتبقى بجانبها دعوى الإثراء فيما يجاوز هذا النطاق. كل هذا حتى يأتي اليوم الذي تنقلص فيه هذه الحالات الخاصة، فتبتلعها القاعدة العامة في الإثراء، كما ابتلعت القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية الحالات الخاصة في المصحح المدنية.

هذه هي سياسة القانون المدني الجديد: أن تبرز قاعدة الإثراء إلى جانب قاعدة الخطأ وإلى جانب قاعدة العقد، فتصبح مثلها مصدرأ مستقلاً للالتزام.

## الفرع الثاني

### أحكام الإثراء بلا سبب

٧٨٥- الدعوى والجزاء: إذا توافرت الأركان التي قدمناها في قاعدة الإثراء بلا سبب، ترتبت أحكام هذه القاعدة، ووجب على المثرى تعويض المقتصر.

فالتعويض إذن هو جزاء الإثراء بلا سبب. ودعوى الإثراء هي الطريق إلى هذا الجزاء. ونستعرض في مبحثين متعاقبين - كما فعلنا في المسؤولية التقصيرية - الدعوى والجزاء.

## المبحث الأول

### الدعوى

نستعرض في الدعوى ما يأتي: (١) طرفي الدعوى. (٢) الطلبات والدفع. (٣) الإثبات. (٤) الحكم.

(١) ولما كان القضاء والفقه في ظل القانون المدني القديم قد جريا على أن تقدير الإثراء يكون وقت رفع الدعوى لا وقت تحقق الإثراء، فإن القانون المدني الجديد - وقد أتى بحكم مخالف - لا يكون له أثر رجعي في هذه الحالة. فلو أن الإثراء هو زيادة في منزل المثرى بفعل المقتصر، وتحقق هذا الإثراء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أي قبل نفاذ القانون الجديد، واحترق المنزل بعد هذا التاريخ، فإن المقتصر لا يرجع بشئ على المثرى تطبيقاً للقانون القديم.

(٢) أنظر ريبيير في القاعدة الخلقية ص ٩٠ - ص ٩١.



٧٨٦- من يكون المدعى: المدعى هو المقتدر، فهو وحده الذى يحق له أن يطالب بالتعويض. ويقوم مقامه النائب والخلف.

ونائب المقتدر، إذا كان قاصراً، هو وليه أو وصيه، وإذا كان محجوراً هو القيم، وإذا كان مفلساً هو أمين التفليسة، وإذا كان وقفاً هو ناظر الوقف. وإذا كان المقتدر رشيداً بالغاً فثأبه هو الوكيل.

والخلف هو الوارث أو الدائن، وهذا هو الخلف العام، والمحال له وهذا هو الخلف الخاص. فإذا مات المقتدر حل وارثه محله فى المطالبة بالتعويض. ويجوز لدائن المقتدر أن يطالب المشرى بالتعويض مستعملاً حق المقتدر عن طريق الدعوى غير المباشرة. ويصح أن ينزل المقتدر عن حقه فى التعويض إلى شخص آخر فيصبح المحال له هو دائن المشرى.

٧٨٧- أهلية المدعى: ولا يشترط فى المقتدر أهلية ما. فتناقص الأهلية - الصبي المشرى والسفيه وذو العقلة - يصح أن يفتقر بأن يشرى شخص على حسابه دون سبب قانونى، فيصبح ناقص الأهلية دائماً للمشرى. بل قد يكون المقتدر عديم الأهلية، كالصبي غير المميز والمجنون والمجنون، فيشرى شخص على حساب أحد من هؤلاء دون سبب قانونى، فيصبح عديم الأهلية دائماً للمشرى بالتعويض.

٧٨٨- تعدد المدعى: وقد يتعدد المقتدر، كما لو أثرى شخص على حساب شركاء فى الشروع، فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمشرى، كل منهم يقدر نصيبه فى التعويض. ولا تضامن بينهم، بل لكل منهم دعوى مستقلة عن دعاوى الآخرين، ويقدر القاضى تعويض كل على حدة، وذلك لعدم ورود نص على التضامن فى هذه الحالة (١).

ب- المدعى عليه:

٧٨٩- من يكون المدعى عليه: المدعى عليه هو المشرى. فهو وحده المسئول عن تعويض المقتدر. ويقوم مقامه فى المسئولية النائب والخلف.

فإذا كان قاصراً كان نائبه هو وليه أو وصيه، وإذا كان محجوراً كان النائب هو القيم، وإذا كان مفلساً أمين التفليسة، وإذا كان وقفاً فالناظر (٢)، وإذا كان رشيداً بالغاً فالوكيل.

وخلف المشرى هو وارثه، ولكنه لا يرث التركة فى الشريعة الإسلامية إلا بعد سداد رهن. فتركة المشرى تكون هى المسئولة عن تعويض المقتدر، وأى وارث ترفع عليه الدعوى التركة. ويجوز أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين، كمتجر مدين عن طريق إيداع يباع وتحال ديونه على المشرى وفيها هذا الدين، فيكون المسئول عن التعويض فى هذه الحالة هو المشرى للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً.

٧٩٠- أهلية المدعى عليه: أتى القانون الجديد، كما رأينا، بنص صريح فى هذه الحالة، فقضت المادة ١٧٩ بأن «كل شخص، ولو غير مميز، يشرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم...». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد النص ما يأتى: «ولا يشترط فى المشرى توافر أهلية ما، فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى براء (١)».

ولاشك فى أن هذا الحكم هو الذى يتفق مع المنطق القانونى السليم. وإذا كان الملتزم مقدراً يشترط فيه التمييز بل يشترط فيه بلوغ سن الرشد فى عقود التصرفات، فذلك لأنه يلزم بإرادته، والإرادة تقوم على التمييز على تفاوت فى درجاته تبعاً لخطر العقد. وإذا كان يلتزم بالعمل غير المشروع يشترط فيه هو أيضاً التمييز، فذلك لأن مسئوليته تقوم على الخطأ التمييز هو ركنه المعنوى، ومن ثم جاءت مسئوليته عديم التمييز عن العمل غير المشروع لتتضاء مستنداً إلى نص فى القانون كما قدمنا. أما الملتزم بمقتضى الإثراء بلا سبب فهو ما يلتزم لا بمقتضى إرادته ولا استناداً إلى خطأ صدر منه حتى تتطلب فيه التمييز، بل إن صدر التزامه هو واقعة قانونية (fait juridique)، هى واقعة الإثراء، فمتى تحققت هذه الواقعة ترتب الالتزام فى ذمته دون نظر إلى أنه مميز أو غير مميز. غير أن المشرى، إذا لم يكن كامل الأهلية، لا يحاسب إلا على ما انتفع به فعلاً. فإذا فقد شيئاً مما جناه من ربح أو فائدة، لا يحاسب ما فقده من ذلك فى تقدير إثارته (٢).

٧٩١- تعدد المدعى عليه: وقد يتعدد المشرى كما لو أثرى شركاء فى الشروع على حساب الغير، فيصبح هؤلاء مدينين للمقتدر بالتعويض. ولا يكونون مسئولين بالتضامن، بل يكون كل منهم مسئولاً بقدر نصيبه أى بأقل القيمتين: إثارته هو وافتقار الدائن الذى نشأ عنه هذا الإثراء. ويقدر القاضى هذا النصيب كما يفعل عند تعدد المقتدر فيما مر بنا.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤١.  
(٢) استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٣٣. وفى حكم آخر قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون يقضى فى الإثراء بلا سبب أن ناقص الأهلية إذا أبطل العقد يبقى ملتزماً بمقتضى الإثراء، على أن الرد لا يشمل كل ما تسلمه، بل يقتصر على ما خلص له من نفع محقق دون زيادة وعلى الفائدة التى جناها من وراء التزاماته. وكل من النفع والفائدة لا وجود له فى حالة ما إذا أعطى سفيه مالا حاجة له به إطلافاً نظراً لما يملكه من الموارد الشخصية (استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٩).

(١) وقد ورد نص على التضامن فى حالة تعدد الفضولى (م ١٩٢م ١٩٢م ٣)، وسيأتى بيان ذلك.  
(٢) ويكون الوقف مسئولاً عن إثارته بدون سبب قانونى، وتتحدد مسئوليته عن التعويض بأقل قيمتى الإثراء والافتقار. والظاهر أن التنفيذ بهذا التعويض على المال الموقوف يقع على قيمة الإثراء التى نشأت بالوقف. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يتم الدليل القاطع على أن إنشاء الوقف السبب المباشر فى إيقاع الضرر بدائنى الواقف، لم يكن هناك محل لقبول الدعوى البوليصية من سبب إنشاء الوقف. ولكن إذا أثرى الوقف بسبب توريدات أو أعمال قام بها الدائن للفقار الوقف ولم يستوف الدائن حقه، ولم يتمكن من استيفائه بسبب إعسار الواقف، جاز الرجوع على مدعى الإثراء (استئناف مختلط فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥).

وانتفاء التضامن عند تعدد المثري كانتفاء التضامن عند تعدد المقتدر يرجع إلى عدم ورود نص على التضامن (١).

## ٢- الطلبات والدفع (تقديم دعوى الإثراء)

أ- طلبات المدعى:

٧٩٢- يطلب المدعى تعويضاً عما لحق به من افتقار في حدود ما نال المدعى عليه من إثراء. هذا هو ما يطلب المدعى (١)، وهذا هو ما يميز دعوى الإثراء عن دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة. وإذا كانت الدعويان الأخيرتان ليستا إلا صورتين خاصتين من الدعوى الأولى، إلا أن هذه الدعوى الثلاث كل منها مستقل عن الآخر.

ويترب على ذلك أن المقتدر إذا تقدم كفضولي أو كدافع لغير المستحق وخسر دعواه، فلا شيء يمنع من أن يتقدم ثانية بدعوى الإثراء بلا سبب، ولا يحول دون ذلك قوة الشئ المقضى، لأن سبب الدعوى الأولى وهو الفضالة أو دفع غير المستحق يختلف عن سبب الدعوى الثانية وهو الإثراء بلا سبب (٢).

(١) وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ في دفع غير المستحق (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٢٤) - ومع ذلك فقد انحرفت عن المبدأ وقضت بالتضامن في حالة الإثراء بلا سبب (١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥). وقضت كذلك بالتضامن في الفضالة عند تعدد رب العمل (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) - وكان الواجب ألا يحكم بالتضامن في هاتين الحالتين (أنظر مازافان ص ١٥٧ - وقارن فرانسوا جوريه ص ٣١٨ ومحكمة النقض الفرنسية في ٤ مايو سنة ١٨٥٩ سيريه ١-٥٩-٣٧٧).

وليس ثمة شك في القانون الجديد - كما لم يكن هناك شك في القانون القديم - أن التضامن لا يكون إلا بناء على اتفاق أو نص في القانون. وقد نصت المادة ٢٧٩ (جديد) على أن «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون». ولا يوجد اتفاق على التضامن بين المثريين أو المقتدرين إذا تعددوا، ولم يرد نص على التضامن إلا في حالة واحدة هي حالة تعدد الفضولي (م ١٩٢م ٣) وقد سبق الإشارة إليها. وبخلص من ذلك بوضوح أن القانون الجديد، كالقانون القديم، يقضى بعدم التضامن إذا تعدد المثري أو تعدد المقتدر (راجع مازافان ص ١٥٨).

(١) إذا كان البنك الطاعن قد استند في دفاعه المؤسس على احكام الإثراء بلا سبب إلى أن قيامه بوفاء قيمة خطابات الضمان قد أدى إلى افتقاره، وإلى إثراء العميل، لما عاد عليه من منفعة بسبب هذا الوفاء وهي براءة ذمته من الدين الذي لم يسبق له الوفاء به كلياً أو جزئياً، ولا يقوم بهذا الدين بسبب من اسباب البطلان أو الاقتضاء وكان الحكم المطعون قد اغفل هذا الدفاع ولم يمن بيحه مع أنه دفاع جوهري كان الحكم قد بيحه لجاز أن تتغير به النتيجة التي انتهى إليها فإنه يكون معيباً بالقصور.

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٩١٩)

(٢) ويترب على ذلك أيضاً أن المدعى إذا استند في دعواه إلى الفضالة، فلا يجوز له لأول مرة أن يستند في دعوى الإثراء بلا سبب. وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بما يأتي: «إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بما أنفق المدعى في تكملة بناء على أرض المدعى عليهم اعتماداً على تكليف شفوي من أحدهم، وأسس المدعى دعواه أولاً على الوكالة ثم على...

ب- دفع المدعى عليه:

٧٩٣- كيف يدفع المدعى عليه الدعوى: يدفع المثري دعوى الإثراء بأحد أمرين: إما إنكار قيام الدعوى ذاتها، فيدعى أن ركناً من أركانها الثلاثة - الإثراء أو الافتقار أو انعدام سبب - لم يتوافر. وإما أن يقر بأن الأركان قد توافرت ولكن التزامه انقضى بسبب من سبب انقضاء الالتزام، فيدعى مثلاً أنه وفي المقتدر ما يستحق من تعويض، أو أنه اصطلاحاً، أو أن مقاصة وقعت، أو أن المقتدر أبرأ ذمته، أو أن دعوى الإثراء انقضت بالتقادم.

٧٩٤- الدفع بالتقادم: وتطبق القواعد العامة في كل ما تقدم. والذي يعيننا الوقوف عنده قليلاً هو الدفع بالتقادم. فقد أدخل القانون المدني الجديد تعديلاً جوهرياً في هذا الصدد. وبعد أن كانت دعوى الإثراء لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة، صارت الآن تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على التفصيل الآتي.

نصت المادة ١٨٠ من القانون الجديد على أنه «تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض. وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (١)».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «ينشأ المشروع في هذا النص تقادماً قصيراً مدته ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في المطالب بالرد أو بالتعويض، ويقف على شخص من يلزم بذلك. وقد نص على هذا التقادم القصير إلى جانب التقادم بالمدة الطويلة. ويبدأ سريانها من اليوم الذي ينشأ فيه الالتزام (٢)».

=الفضالة، ورفضت المحكمة الدعوى بناء على أن الوكالة المدعاة لا يمكن إثباتها بالبينة وعلى أن المدعى لا يعتبر فضولياً لعدم توافر شرائط الفضالة بالنسبة له، فلا يقبل من المدعى أن يطعن بطريق النقض في هذا الحكم على أساس مخالفته للمادة ٦٥ من القانون المدني بمقولة إن مبنى طعنه هو من الأسباب القانونية الصرف التي يجوز إبدؤها لأول مرة أمام محكمة النقض، ذلك لأن هذا المطن فضلاً عما فيه من تغيير للأساس المرفوعة به الدعوى فإن عناصره الواقعية لم تكن عرضت على محكمة الموضوع ليبحثها حتى يتسنى لمحكمة النقض أن تنظر فيه (نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٠ ص ٢٩٧). كما قضت محكمة النقض بعدم جواز التمسك لأول مرة أمامها بالفضالة، فقالت في ذلك: «لا يصح التمسك أمام محكمة النقض بأن المدعى إنما كان فضولياً في الدعوى المرفوعة منه إلا إذا كان ذلك قد عرض على محكمة الموضوع» (نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٦ ص ٢٩٤).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي: «تسقط بالتقادم دعوى التعويض عن الإثراء...» بإضافة لفظ «بالتقادم». وقد أقرتها لجنة المراجعة على أصلها، ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة عليها مع حذف كلمة «بالتقادم» لأنها مفهومة من النص. ووافق مجلس الشيوخ على المادة بالصيغة التي قدمتها له لجنة القانون المدني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٤. وانظر أيضاً المادة ٦٧ من قانون الالتزامات السويسري.

وقد جرى القانون الجديد في هذه المسألة على عادته من إنشاء تقادم قصير للالتزام لا ينشأ من إرادة صاحبه. وقد رأينا أنه فعل ذلك في المسؤولية التقصيرية، وسنراه يفعل ذلك أيضاً في دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة. ذلك أن الالتزام الذي ينشأ مستقلاً عن إرادة الملتزم متى علم به صاحبه لا يقيه القانون المدة التي يبقى فيها التزاماً أنشأته إرادة الملتزم، فالثاني دون الأول هو الذي ارتضاه المدين.

ويتبين من النص الذي قدمناه أن دعوى الإثراء بلا سبب تتقدم بأقصر المدتين الآتيتين: (١) ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المفتقر بحقه في التعويض. وهو لا يعلم بحقه في التعويض إلا إذا علم ما أصابه من افتقار ترتب عليه إثراء الغير وعرف هذا الغير الذي أثرى على حسابه. فلا يبدأ سريان التقادم في حالتنا هذه من يوم قيام الالتزام في ذمة المثرى، بل من اليوم الذي علم فيه المفتقر بافتقاره وبمن أثرى على حسابه. وبذلك يكون على بينة من أمره فيتدبر الموقف، وينظر في رفع الدعوى في خلال هذه المدة.

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام. ويبدو لأول وهلة أن الدعوى تتقدم بالمدة الأولى القصيرة قبل تقادمها بهذه المدة الطويلة. وهذا صحيح في الكثرة الغالبة من الأحوال. ولكن يقع أحياناً أن المفتقر لا يعلم بافتقاره وبمن أثرى على حسابه إلا بعد مدة من يوم قيام الالتزام، إذا فرضناها أكثر من اثنتي عشرة سنة فإن الدعوى تتقدم بانقضاء المدة الطويلة - خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام - قبل تقادمها بانقضاء المدة القصيرة وهي ثلاث سنوات تبدأ بعد انقضاء أكثر من اثنتي عشرة سنة من يوم قيام الالتزام، فلا تنقضي إلا بعد انقضاء مدة الخمس عشرة سنة. وهذا ما قدره القانون الجديد فاحتاط له، ولم يغفل أن يورد المدة الطويلة إلى جانب المدة القصيرة ليجعل الالتزام يتقدم بأسرعهما انقضاء (١).

### ٣- الإثبات

أ- عبء الإثبات:

٧٩٥- يقع عبء الإثبات على الدائن وهو المفتقر. فهو الذي يطلب منه إثبات قيام الالتزام في ذمة المدين وهو المثرى (٢) (١).

(١) أما بالنسبة إلى الالتزامات التي نشأت في ظل القانون القديم، وكان مصدرها الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة، فيرجع فيما إذا كانت مدة التقادم القصيرة التي قررها القانون الجديد هي التي تسرى إلى ما سبق أن قررناه في هذا الشأن في صدد التقادم في بطلان العقد وفي صدد التقادم في العمل غير المشروع (أنظر آنفاً فقرة ٣٢٣).

(٢) استئناف مختلط في ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠٧ ص ٤٠٧.

(١) الإثراء بلا سبب عبء الإثبات وقوعه دائماً على عاتق الدائن المفتقر. (جلسة ١٩٩٣/٢/٩ الطعن رقم ٤٦٣٤، ٤٤٦٧ السنة ٤٤ ص ٥٧٧)

فعلى المفتقر إذن أن يثبت أن هناك إثراء في جانب المثرى ومقدار هذا الإثراء. ويستوى ذلك أن يكون هذا الإثراء بقي قائماً إلى يوم رفع الدعوى أو أن يكون قد زال، وقد تقدم ذلك.

وعليه أيضاً أن يثبت أن هناك افتقاراً في جانبه ترتب عليه إثراء المثرى ومقدار هذا افتقار.

وعليه أخيراً أن يثبت أن الإثراء ليس له سبب قانوني. إذ أن الإثراء يفرض فيه أن له سبباً نياً، ولا يكلف المثرى إثبات هذا السبب. فإذا ادعى المفتقر ألا سبب للإثراء فعليه هو أن يثبت ذلك. وهناك رأي مرجوح يذهب إلى أن المفتقر إذا أثبت افتقاره وإثراء الغير فإنه يفرض سبب للإثراء، وإذا ادعى المثرى أن هناك سبباً قانونياً لإثرائه فعليه هو أن يثبت ذلك (١).

- وسائل الإثبات:

٧٩٦- لما كانت أركان دعوى الإثراء - الإثراء والافتقار وانعدام السبب - كلها مع مادية، فإنه يصح إثبات هذه الوقائع بجميع وسائل الإثبات، ويدخل في ذلك البيينة برائن.

فيجوز للمفتقر أن يثبت بالمعينة وتقدير الخبراء وبشهادة الأطباء وأقوال الشهود برائن الأركان الثلاثة التي يقع عليها عبء إثباتها (١).

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الإثراء إذا كان سببه عقداً تزيد قيمته على خمسمائة فإنه يجب إثبات العقد بالكتابة أو بما يقوم مقامها وفقاً لقواعد الإثبات المقررة في بود (٢). ولكن إذا كان العقد هو سبب الإثراء فإنه يغلب أن يكون قد انطوى على سبب نبي لهذا الإثراء، فلا تتوافر أركان القاعدة، ولا يترتب في ذمة المثرى التزام.

### ٤- الحكم

الطعن في الحكم بطريق النقض:

٧٩٧- طرق الطعن في الحكم: لا يختلف الحكم الصادر في دعوى الإثراء عن سائر

أنظر في هذه المسألة فرانسوا جوربه في الإثراء على حساب الغير باريس ١٩٤٩ ص ٣١٦ - ص ٣١٧. أما من الناحية العملية فإن وجود سبب للإثراء أو انعدام هذا السبب إنما يكون عن طريق قرائن قضائية متعاقبة تنقل عبء الإثبات من المفتقر إلى المثرى ثم من المثرى إلى المفتقر وهكذا. فرانسوا جوربه ص ٣١٦.

لما كان الإثراء والافتقار من الوقائع المادية فإنه يصح إثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها البيينة والقرائن وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى على سند من أنها تقوم على عقد مقاوله تزيد قيمته على عشرة جنيهات (أصبح النصاب الآن خمسمائة جنيه) دون أن يثبت بالكتابة ورفض على هذا الأساس اجابة الطاعن «المقاول» إلى طلب الاحالة إلى التحقيق لاثبات أنه هو الذي أقام المباني - لصالح المطعون عليه - فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٦٦٢).



الأحكام من حيث طرق الطعن فيه. وطرق الطعن العادية هي المعارضة والاستئناف. والطرق غير العادية للطعن هي التماس إعادة النظر والنقض.

ويعني هنا طريق الطعن بالنقض، فنرسم الخطوط الرئيسية لما يعتبر في قاعدة الإثراء من القانون فيخضع لرقابة محكمة النقض، وما يعتبر من الواقع فلا يخضع لهذه الرقابة (1). ونتناول - كما فعلنا في المسؤولية التقصيرية - أركان قاعدة الإثراء الثلاثة: الإثراء والافتقار وانعدام السبب القانوني.

٧٩٨- الإثراء: لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التي يقدمها المدعى لإثبات ركن الإثراء، ما صح عندها من ذلك وما لم يصح. أما التكييف القانوني لما صح عندها وقوعه، وهل هو يعتبر إثراء، وهل هذا الإثراء إيجابي أو سلبي، مباشر أو غير مباشر، مادي أو معنوي، وهل يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى أو أن ذلك غير واجب، فكل هذا من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض. وتقدير مدى الإثراء وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع لمحكمة الموضوع فيه القول الأخير لا تعقب عليه محكمة النقض.

٧٩٩- الافتقار: ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الافتقار. ولكن تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية المرجع الأخير فيه إلى محكمة النقض. ويخضع لرقابتها اعتبار ما صح عند محكمة الموضوع من الوقائع افتقاراً وهل هو افتقار إيجابي أو سلبي، مباشر أو غير مباشر، مادي أو معنوي. ووجوب قيام السبب المباشرة ما بين الإثراء والافتقار هو من مسائل القانون، أما قيامها فعلاً في حالة بالذات فمسألة واقع ينظر فيها إلى كل حالة على حدة، وتقدر بملاساتها وظروفها كما سبق القول وتقدير مدى الافتقار وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع كما في تقدير مدى الإثراء وتقويمه بالمال.

٨٠٠- انعدام السبب: ويعتبر من مسائل القانون - ومن مسأله الدقيقة - تحديد معنى السبب ومتى يكون القانون أو العقد سبباً قانونياً للإثراء.

كذلك القول بأن دعوى الإثراء دعوى أصلية لا دعوى احتياطية هو من مسائل القانون ويمكن القول بوجه عام - هنا كما في المسؤولية التقصيرية - أن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة لدعوى الإثراء لا تعقب عليه محكمة

(1) سقوط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بالتقادم الثلاثي لا يتعلق بالنظام العام وإذا لم يثبت الطاعنة تمسكت به أمام محكمة الموضوع فإن ما تثيره بشأنه يعتبر سبباً جديداً لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٨٤/٢/١٩ الطعن ٢١٩٠ لسنة ٥٢ ق ٣٥ ص ٧٤١)

النقض. أما التكييف القانوني لهذه الوقائع، ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر، فإنه يعتبر من المسائل القانونية التي تكون فيه محكمة النقض هي المرجع الأعلى.

ب- الآثار التي تترتب على الحكم:

٨٠١- الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض: الحكم في دعوى الإثراء، كالحكم في دعوى المسؤولية التقصيرية، ليس هو مصدر حق المفتقر في التعويض، ولكنه يقوم هذا الحق ويقويه. فالحكم ليس إلا مقررراً لهذا الحق، لا منشئاً له. حق المفتقر في التعويض إنما نشأ من واقعة مادية، هي واقعة الإثراء المترتبة على واقعة الافتقار دون أن يكون لذلك سبب قانوني. وبمجرد أن يتحقق سبب الالتزام يترتب الالتزام في ذمة المدين. ومن ذلك نستخلص النتائج الآتية:

(١) تحديد مدى التزام المثرى - أي تحديد قيمة الإثراء وقيمة الافتقار لإعطاء المفتقر أقل القيمتين - تكون العبرة فيه في الأصل بوقت قيام الالتزام لا بوقت رفع الدعوى ولا بوقت صدور الحكم. وهذا هو ما قررناه في تحديد قيمة الإثراء. أما قيمة الافتقار فهناك اعتبارات تجعلنا ننظر في تحديدها إلى وقت صدور الحكم، وسنبين ذلك فيما يلي.

(٢) لما كان حق المفتقر ينشأ من وقت وقوع الإثراء لا من وقت صدور الحكم ولا من وقت رفع الدعوى، فإن له أن يتقاضى إلى جانب حقه في التعويض الأصلي تعويضاً عن التأخير، ولكن هذا الحق في التعويض عن التأخير يتوقف على الإعذار (١)، لأن المادة ٢١٨ تقضي بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين (٢).

(٣) يجوز للمفتقر - وقد ثبت حقه منذ وقوع الإثراء - أن يتصرف في هذا الحق دون انتظار الحكم بل وقبل رفع الدعوى. فله منذ ثبوت حقه أن يحوله إلى الغير، ولدائن المفتقر أن يوقع حجراً على هذا الحق تحت يد المثرى، كما أن للمفتقر أن يوقع حجراً تحت يد مدين المثرى منذ ثبوت حقه. وإذا أفلس المثرى بعد وقوع الإثراء وقبل صدور الحكم دخل المفتقر في التفليس مع سائر الدائنين.

(٤) يسرى التقادم - ومدته ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما قدمنا - منذ

(١) وهذا بخلاف الوكالة (م ٧١٠) والفضالة (م ١٩٥)، فالوكيل والفضولي يتقاضيان الفوائد من وقت الإنفاق.

(٢) وليست حالة الإثراء من الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار (أنظر م ٢٢٠). فيجب إذن أن يعذر المفتقر المثرى وأن يطالبه في الإعذار بتعويض عن التأخير. ويجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من التأخير لأن الضرر شرط التعويض. ولا محل هنا لتطبيق النص الخاص بسم الفائدة (م ٢٢٦) ولا لتطبيق النص الخاص بعدم اشتراط إثبات الضرر (م ٢٢٨) لأن مجال تطبيق هذين النصين مقصور على ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب (م ٢٢٦). أنظر في هذا الموضوع فرانسوا جوريه ص ٣١٣.

وقوع الإثراء وعلم المفتقر به وبالمشري أو منذ وقوع الإثراء على حسب الأحوال، لأن الحق التعويضي قد وجد. ولا يتأخر سريان التقادم إلى وقت صدور الحكم. بل إن صدور الحكم شأنه أن يقيم تقادماً من نوع جديد محل التقادم القديم على ما سئرى.

٨٠٢- الحكم يقوم الحق في التعويض ويقويه: وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض، إلا أنه هو الذي يقوم هذا الحق، ويغلب أن يقومه بمبلغ معين من نقود.

والحكم لا يقتصر على تقويم الحق، بل هو يقويه أيضاً كما رأينا في الحكم الصادر في المسؤولية التقصيرية، فهو يجعل الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (م ٣٨٥ فقرة ٢). ومتى أصبح الحكم واجب التنفيذ فإنه يجيز للمفتقر أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٨٥)، كما يجيز له أن ينفذ على أموال المدين بجميع الطرق التي عينها القانون للتنفيذ.

## المبحث الثاني

### الجزء أو التعويض

٨٠٣- التعويض هو أقل قيمتي الافتقار والإثراء: رأينا أن المادة ١٧٩ تنص على أن المشري دون سبب قانوني على حساب شخص آخر «يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد». وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ويلتزم المشري بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى. فهو يلتزم برد أقل القيمتين: قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن» (١).

فالتعويض إذن هو أقل قيمتي الافتقار والإثراء (١). ولا يمكن أن يكون إلا ذلك. فإن المشري قد أثرى على حساب المفتقر. فالتعويض لا يجوز من جهة أن يزيد على خسارة المفتقر حتى لو كان إثراء المشري يزيد على هذه الخسارة، لأن المفتقر لا يحق له أن يتقاضى تعويضاً يزيد على خسارته، وإلا لكان هو بدوره مشرياً على حساب المشري دون سبب. ولا يجوز أن يزيد التعويض من جهة أخرى على إثراء المشري حتى لو كانت خسارة المفتقر تزيد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢.

(١) مؤدى نص المادتين ١٧٩، ٣٢٤ من التقنين المدني أنه إذا تولى شخص لآخر، وأبرم له تصرفاً قانونياً رغم إرادته، وأدى هذا التصرف، أو ذلك العمل إلى افتقار في جانب ذلك الشخص وإلى إثراء بالنسبة إلى الآخر، وكان هذا الإثراء بلا سبب قانوني، فإن المشري يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين، الإثراء أو الافتقار.

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ الطعن ٣٢١ لسنة ٣٧ ق ٢٣ ص ٩١٩)

هذا الإثراء، لأننا لا نحاسب المشري على خطأ ارتكبه فنلزمه بتعويض الخسارة كاملة، نحاسبه على ما وقع في يده من كسب فلا يجوز أن يرد أكثر مما كسبه، ولو أنه رد أكثر كسب لكان هو بدوره مفتقراً لمصلحة المفتقر دون سبب (١).

ونستعرض هنا مسائل ثلاثاً: (١) كيف يقدر الإثراء. (٢) كيف يقدر الافتقار. (٣) ما ن به التعويض - وهو أقل هاتين القيمتين - من ضمانات.

### ١- كيف يقدر الإثراء

٨٠٤- اعتبارات تراعى في تقدير الإثراء: يراعى في تقويم الإثراء أن يكون تقديره وقوعه كما قدمنا لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم مع مراعاة ما سبقت بارة إليه من إضافة تعويض عن التأخير على النحو الذي فصلناه.

ويراعى كذلك أن يخصم من قيمة الإثراء ما عسى أن يكون المشري قد تكلفه من روفات لجلب هذا الإثراء لنفسه.

ويراعى أخيراً في التقدير ألا فرق بين أن يكون المشري حسن النية أو سيئها، فالتزام المشري بأن له بنيته وإنما يقوم هذا الالتزام على واقعة الإثراء في ذاتها.

ونستعرض لتطبيق هذه المبادئ حالتين: (١) حالة ما إذا كان الإثراء ملكية وانتقلت إلى المشري. (٢) وحالة ما إذا كان منفعة أو خدمة أو عملاً أو إثراء سلبياً.

أما في استرداد ما دفع دون حق وفي الفضالة فإن التعويض لا يقتصر على أقل القيمتين لأن المفتقر في هاتين الحالتين أجدر بالرعاية من المفتقر في دعوى الإثراء بلا سبب.

ونلاحظ في هذه المناسبة أن الحالات التي طبقت فيها قاعدة الإثراء بلا سبب تطبيقاً تشريعياً - ونخص منها حالة البناء في أرض الغير (م ٩٢٤ - ٩٢٥) وحالة المصروفات النافعة (م ٩٨٠ فقرة ثانية) - التزام المشري فيها أن يكون التعويض هو أقل القيمتين إذا كان المفتقر حسن النية. فالباني في أرض الغير يحسن نية إذا ترك البناء في الأرض فإن صاحب الأرض مخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل (وهذه هي قيمة الافتقار) أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء (وهذه هي قيمة الإثراء). وكذلك الحال فيمن أنفق مصروفات نافعة في ملك الغير يحسن نية. أما إذا بنى الشقيق في العقار المشفوع وهو حسن النية (أي قبل إعلان الرغبة في الشفعة) كان الشقيق ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه (وهذه هي قيمة الافتقار) ومقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (وهذه هي قيمة الإثراء)، ولما كان المشتري هنا هو الذي يختار فهو سيختار طبعاً أعلى قيمتي الافتقار والإثراء، وفي هذا خروج على القاعدة. أضف إلى ذلك أن المفتقر إذا كان سيئ النية في حالة البناء في أرض الغير وفي حالة المصروفات النافعة وفي حالة الشقيق إذا بنى بعد إعلان الرغبة في الشفعة، فإنه لا توجد قاعدة واحدة تسرى على التزام المشري بالتعويض، فإنه يدفع في الحالتين الأوليين قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض، وفي الحالة الثالثة قيمة أدوات البناء وأجرة العمل. ومن ثم نرى أن هذه التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء على حساب الغير لم تلتزم حدود القاعدة. وقد قدمنا أن النصوص التشريعية التي وردت في هذه الحالات هي التي يجب تطبيقها ولو خالفت القاعدة العامة. وفي هذا نرى قصور قاعدة الإثراء عن أن تشمل تطبيقاتها المتنوعة، فهي لا تزال سائرة في طريق التطور.

أ- الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى:

٨٠٥- قد يكون الإثراء نقداً دخل في ذمة المثرى أو تحسينات استحدثتها المقتدر في مال المثرى.

٨٠٦- هل يجوز أن يكون الإثراء عيناً تبقى في ملكية المقتدر؟ أما أن يكون الإثراء عيناً معينة بالذات تبقى على ملك المقتدر ولا تدخل في ملك المثرى - كما يذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء<sup>(١)</sup> - فلا نرى أن تكون حالة من حالات الإثراء، إذ العين لم تدخل في ملك المثرى ولم تخرج من ملك المقتدر، فليس هناك إثراء ولا افتقار، بل هي عين مملوكة لشخص لا تنتقل إلى حيازة شخص آخر، وللمالك أن يستردها من الحائز بدعوى استحقاق لا بدعوى الإثراء بلا سبب<sup>(٢)</sup>.

٨٠٧- الإثراء نقد دخل في ذمة المثرى: إذا كان الإثراء نقداً دخل في ذمة المثرى، كما إذا استولى هذا على مبلغ من النقود مملوك للمقتدر سواء كان في هذا الاستيلاء حسن النية أو سيئها، فإن قيمة الإثراء هو مبلغ هذا النقد، وينظر فيه إلى قدره العددي ارتفع سعر النقد أو انخفض. أما الفوائد فلا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ما دام مبلغ النقد المطلوب استرداده بدعوى الإثراء معلوم المقدار وقت الطلب<sup>(٣)</sup>. ويلاحظ أن المثرى إذا كان غير كامل الأهلية فلا يكون إثراء بالنسبة إليه ما أضاعه من هذا النقد في غير منفعة.

٨٠٨- الإثراء تحسينات استحدثتها المقتدر في مال المثرى: تقدر قيمة هذه التحسينات بما زاد في مال المثرى بسببها وقت الاستحداث، لا بما أنفقه المقتدر في استحداثها لأن هذه هي قيمة الافتقار لا قيمة الإثراء. مثل ذلك أعمال الترميمات<sup>(٤)</sup> وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمال<sup>(٥)</sup> وبناء طبقات جديدة<sup>(٦)</sup>.

ب- الإثراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبى:

٨٠٩- الإثراء منفعة: قد يكون الإثراء منفعة حصل عليها المثرى كما لو سكن منزلاً دون عقد إيجار<sup>(١)</sup>، وكما لو استهلك نوراً أو ماء عن طريق أسلاك ومواسير خفية<sup>(٢)</sup>. فتقوم المنفعة بأجرة المثل للمنزل أو بثمن النور والماء وفقاً للسعر الذى حددته شركة النور أو شركة الماء. ولا عبرة بأن يكون المثرى حسن النية أو سيئها، ولا بأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى<sup>(٣)</sup>.

٨١٠- الإثراء خدمة أو عمل: وقد يكون الإثراء خدمة أو عملاً قدمه المقتدر إلى المثرى. مثل ذلك النسابة الذى يكشف عن إرث خفى، والموظف الفنى الذى يجد اختراعاً يفيد منه رب العمل، والسمسار الذى يقرب ما بين البائع والمشتري ولكنهما يعقدان الصفقة دون وساطته، والمهندس الذى يضع تصميمات ينتفع به رب العمل. ففي كل هذه الأحوال تقوم الفائدة التى عادت على المثرى من وراء هذه الخدمة أو هذا العمل. فالنسابة جعل الوارث يثرى بقدر الإرث لو تبين من الظروف أن الوارث ما كان يستطيع وحده أن يكشفه. ورب العمل يثرى بقدر ما أصاب من نفع بفضل اختراع الموظف الفنى. وكل من البائع والمشتري يثرى بقدر ما عادت عليه الصفقة من فائدة. ورب العمل الذى انتفع من تصميم المهندس يثرى بقدر ما كان يدفع للمهندس من أجر على عمله. ولا ضرورة في كل هذه الأحوال لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى.

٨١١- الإثراء سلبى: وقد يكون الإثراء سلبياً، كما لو دفع شخص ديناً على آخر، أو قدم النفقة لزوجته تجب لها النفقة على زوجها، أو أتلف متاعاً له لينتقد منزل جاره من الحريق. ففي هذه الأحوال يكون المدين قد أثرى بقدر الدين الذى دفعه عنه المقتدر، والزوج بقدر النفقة التى كانت واجبة عليه، والجار بقدر ما أوشك من ماله أن يحترق<sup>(٤)</sup>. ولا عبرة هنا أيضاً بقيام الإثراء وقت رفع الدعوى.

(١) أنظر فرانسوا جورية ص ٣١٤ ومارافان ص ١٥٠.

(٢) ونحن نؤثر هذا التكييف على القول بأن هناك إثراء وافتقاراً ولكن دعوى الإثراء تجبها دعوى الاستحقاق، فنحن لا نقول بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء (أنظر من أنصار الرأى الذى ننقده فرانسوا جورية ص ٣١٥ - ص ٣١٦).

(٣) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ - محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٩٠.

(٤) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥.

(٥) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥.

(٦) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٥٦ - ويشترط أن تكون التحسينات ضرورية أو نافعة ولا يكفي أن تكون كمالية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢٢)، وأن تكون المصروفات أنفقت على العين مباشرة (محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥).

(١) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٣٨.

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ - هذا وقد يعتبر النور والماء منفعة تستخلص من الأسلاك والمواسير، والأولى أن يعتبر مالا قائماً بذاته استهلكه المثرى فدخل في ذمته، فيكون مثل النور والماء مثل الإثراء لا عن طريق منفعة استهلكت بل عن طريق ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى.

(٣) وفي هذه الأمثلة التى قدمناها على الإثراء عن طريق المنفعة نرى أن الإثراء لا يكون بالضرورة قائماً وقت رفع الدعوى لأن المنفعة قد استهلكت قبل ذلك.

(٤) وقد قضت محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى هذا المعنى بأن الدائن الذى حجز على مال مدينه يجوز له أن يطالب بدعوى الإثراء أجنبياً انتفع من بيع هذه الأموال المحجوزة بيعاً إدارياً للوفاء بضريبة كانت فى ذمته. ثم أضافت المحكمة أن دعوى الإثراء لا يبقى لها محل إذا كان هذا الأجنبى قد خصم مبلغاً يساوى المبلغ الذى انتفع به فى سداد الضريبة من دين له فى ذمة شخص كان يعتقد أن الأموال المحجوزة مملوكة له (محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧).



ليس واجباً عليه ولكنه يعتقد أنه ملزم بدفعه، فيرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء في صورتها العادية، أو يرجع على الدائن الذي دفع له الدين بدعوى غير المستحق وهذه هي الصورة المتميزة لدعوى الإثراء. ذلك أن الدائن الذي استوفى حقه قد أثرى بسبب قانوني هو الوفاء. ولما كان المفتقر قد وفى الدين عن غلط فإنه يستطيع أن يبطل الوفاء للغلط، فيزول السبب القانوني للإثراء، ويصبح إثراء الدائن دون سبب، فيسترد المفتقر منه ما دفعه. ونرى من ذلك أن دفع غير المستحق هو إثراء كان له سبب، ثم انتهى إلى أن يكون بغير سبب<sup>(١)</sup>.

وأما أن الفضالة هي أيضاً صورة مميزة من صور الإثراء، فذلك أن الفضولي وهو يفتقر ليشرى غيره قد فعل ذلك متفضلاً عن عمد، فكان أحق بالرعاية من المفتقر الذي لا يعتمد هذا التفضل. ولهذا كانت حقوق الفضولي قبل المثري وهو رب العمل أوسع مدى من حقوق المفتقر في دعوى الإثراء.

ونتكلم الآن في كل من هاتين الصورتين.

## الفرع الأول

### دفع غير المستحق<sup>(\*)</sup>

(Païement de l'indû)

٨١٧- قدمنا أن دفع غير المستحق يرتب للدافع في ذمة المدفوع له التزاماً برد ما أخذ دون حق. وتتناول هذا الالتزام في أركانه ثم في أحكامه.

## المبحث الأول

### أركان دفع غير المستحق

٨١٨- النصوص القانونية: نصت المادة ١٨١ من القانون المدني الجديد على ما

يأتى:

«١- كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده».

(١) أنظر محكمة استئناف مصر في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١/١٤٠ ص ٣٤٠ - المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ ص ٩٨٩. وقارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٥ ص ٢٣٣.

(\*) المراجع: دى هلنس الجزء الثانى Exécution - Païement - هالتون الجزء الأول - والتون الجزء الثانى - الدكتور عبد السلام ذهني في الالتزامات - الدكتور محمد وهيب في الالتزامات - الدكتور محمد صالح في أصول التعهدات - الموجز في الالتزامات للمؤلف - الدكتور حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام - بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع - ديموج الجزء الثالث - أوبري ورو الطبعة الخامسة الجزء السادس - بلانيول وريبير وبولانجييه الجزء الثانى - كولان وكايتان الجزء الثانى - جوسران الجزء الثانى.

«٢- على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء».

ونصت المادة ١٨٢ على ما يأتى:

«يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه أو للالتزام سببه بعد أن تحقق».

ونصت المادة ١٨٣ على ما يأتى:

«١- يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل».

«٢- على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود لحق المدين من ضرر. فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد بين فائدها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل<sup>(١)</sup>.

ويقابل هذه النصوص في القانون المدني القديم نص واحد هو نص المادتين ٢٠٦/١٤٥ ضى بما يأتى:

«من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده».

ويتبين من مجموعة هذه النصوص أن هناك حالتين لدفع غير المستحق: (١) الوفاء

تاريخ النصوص - م ١٨١: ورد هذا النص في المادة ٢٥٠ من المشروع التمهيدي - وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٦ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب، بعد استبدال كلمة «التسليم» بكلمة «الدفع» في آخر الفقرة الثانية، تحت رقم ١٨٦. ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، بعد الاستعاضة عن كلمة «التسليم» بكلمة «الوفاء» في آخر الفقرة الثانية في هذه المادة وفي المواد التالية، وأصبح رقم المادة ١٨١. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٦ - ص ٤٤٧).

م ١٨٢: ورد هذا النص في المادة ٢٥١ من المشروع التمهيدي - وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٧ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب، بعد استبدال كلمة «التسليم» بكلمة «الدفع»، تحت رقم ١٨٧ - ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على أن تستبدل عبارة «إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام» بعبارة «إذا كان التسليم قد تم وفاء للالتزام»، وأصبح رقم المادة ١٨٢ - ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨ - ص ٤٥٠).

م ١٨٣ (أنظر تاريخ النص فيما يلى).

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في النظرة العامة لهذه النصوص ما يأتى: «وقد فصل المشروع الأحكام المتعلقة برد غير المستحق تفصيلاً كافياً - فعين نطاق تطبيق القاعدة العامة، وأفرد نصوصاً خاصة برد غير المستحق في أحوال الوفاء ممن لا تتوافر له الأهلية، أو ممن يقع تحت سلطان إكراه، وكذلك في أحوال الوفاء بالالتزام لم يتحقق سببه، أو زال سببه بعد تحققه. وواجه من ناحية أخرى حالة الرد عند الوفاء قبل حلول أجل الدين...» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩).

بدين غير مستحق من بادئ الأمر. (٢) الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق.  
ونبحث كلا من هاتين الحالتين، ثم نكيف في ضوء هذا البحث الالتزام برد ما أخذ دون حق.

## المطلب الأول

### حالتا دفع غير المستحق

#### ١- الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر

٨١٩- ركنان: تقوم هذه الحالة على ركنين: (١) دين غير مستحق وقت الوفاء به. (٢) عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال.  
أ- الركن الأول- دين غير مستحق وقت الوفاء به:

٨٢٠- أسباب ثلاثة لعدم استحقاق الدين: يجوز أن يقوم شخص بوفاء دين لم يكن مترتباً في ذمته وقت الوفاء. ويرجع ذلك إلى أحد الأسباب الثلاثة الآتية: (١) الدين منعدم من الأصل (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به.

٨٢١- (١) الدين منعدم من الأصل: يكون الدين منعدم من الأصل إذا لم يكن له وجود أصلاً في وقت من الأوقات. مثل ذلك وارث يدفع ديناً يظن أنه على التركة ويتضح بعد ذلك ألا وجود لهذا الدين، أو وارث ينفذ وصية لمورثه ويتضح بعد ذلك أن الموصى قد عدل عن الوصية قبل موته، أو شخص أصاب الغير بضرر فظن نفسه مسئولاً فدفعت التعويض ثم اتضح بعد ذلك أن أركان المسؤولية لم تتوافر (١).

كذلك يكون الدين منعدم من الأصل إما بالنسبة إلى الدافع وإما بالنسبة إلى المدفوع له. فهو منعدم بالنسبة إلى الدافع إذا كان له وجود ولكنه في ذمة غير الدافع، فيكون الدافع قد دفع دين غيره ظاناً أنه يدفع دين نفسه (٢). وهو منعدم بالنسبة إلى المدفوع له إذا كان مترتباً في ذمة الدافع ولكن هذا دفعه لغير الدائن.

(١) هذا ما لم يكن المسئول قد صالح المضرور على مبلغ معين، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يسترد، حتى لو ظهر أن أركان المسؤولية لم تتوافر. ويعتبر الدين لا وجود له أصلاً إذا دفع المدين أكثر مما هو واجب عليه. فما زاد على الدين يكون غير مستحق (استئناف مختلط في ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٢٤ - وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩). ويعتبر الدين كذلك لا وجود له أصلاً إذا تقاضى شريك أرباحاً لا يستحقها من الشركة (استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٦ ص ٣٣٠)، أو تقاضت مصلحة الضرائب من أحد الممولين ضريبة لا تستحقها أو أكثر مما تستحق (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ ص ٨١ ص ٢٠٨).

(٢) أما إذا دفع دين غيره وهو عالم بذلك فلا يجوز له أن يسترد ما دفع، ويكون دفعه للدين ميراثاً لذمة =

ويكون الدين أخيراً منعدم من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلاً أياً كان سبب بطلان (١)، أو كان الدين ليس ديناً مدنياً (obligation civile) بل ديناً طبيعياً (obligation naturelle) لا جبر في تنفيذه (م ١٩٩ فقرة ٢).

٨٢٢- (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق: وقد يكون وجوده ويكون مؤمل الاستحقاق، ولكنه لم يستحق. وتقول المادة ١٨٢ في هذا الشأن إنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه (٢). فالدين المعلق على شرط واقف إذا دفع، سواء دفع قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه، يكون دفعه دفعاً لدين لم يستحق. يستوي في ذلك كما قدمنا أن يكون الدفع قبل تحقق الشرط أي في وقت لم يثبت فيه إذا كان الدين سيستحق، أو بعد تخلف الشرط أي في وقت ثبت فيه أن الدين لن يستحق. أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود نافذ إذا دفعه المدين فإنه قد دفع ديناً مستحقاً، وإذا تحقق الشرط الفاسخ صار هذا وفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق، وهذه صورة من صور الحالة الثانية للدفع غير المستحق سيأتي بيانها فيما يلي.

وقد يكون للدين وجود محقق ولكنه لما يستحق. وتقول المادة ١٨٣ في هذا الشأن إنه «يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل». فالدين المؤجل إذا دفع قبل حلول الأجل يكون دفعه دفعاً لدين لما يستحق، أي لدين غير مستحق وقت الوفاء.

٨٢٣- (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به: وقد يكون الدين ترتب في ذمة الدافع للمدفوع له ديناً صحيحاً واجب الأداء، ولكنه انقضى بسبب من أسباب

=المدين، وله أن يرجع عليه لا على الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب (استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥).

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «... إذا أثبت عدم تحقق سبب الدين الذي أداء إطلاقاً: كما إذا كان الوارث قد وفى بدين لم يكن مورثه ملتزماً به، أو كما إذا قام المتعاقدين في عقد مطلق بالوفاء بالتزامه، أو كما إذا قام شخص بالوفاء بتعويض عن حادث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩).

أما إذا كان العقد قابلاً للإبطال، فإن دفع المدين الدين عن غلط ثم أبطل العقد استرد ما دفع، وهذه هي إحدى صور الحالة الثانية من دفع غير المستحق وهي حالة الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق. وإذا دفع المدين الدين وهو على بينة من قابلية العقد للإبطال اعتبر الدفع إجازة للعقد، فلا يجوز للمدين أن يسترد ما دفع.

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «... أو إذا أثبت (الدافع) أن سبب الدين لم يتحقق، كما إذا أدى مدين ديناً معلقاً على شرط واقف مع أنه لم يتحقق (أنظر التقنين اللبناني م ١٤٥ فقرة ١). وتجوز المطالبة بالرد كذلك إذا حصل الوفاء في خلال فترة التعليق قبل أن يعلم مصير الشرط (أنظر المادة ١٤٣٤ من التقنين النمساوي والمادة ٦٩٤ فقرة ٢ من التقنين البرازيلي والمادة ٣٨٩ من المشروع) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩).

الانقضاء ثم قام الدافع بوفائه مرة أخرى بعد انقضائه. مثل ذلك أن يكون الدين قد وفاء المورث ولم يعثر الوارث على المخالصة فوفى الدين مرة أخرى<sup>(١)</sup>، أو أن يكون الدين قد انقضى بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء ووفاء المدين للدائن بالرغم من انقضائه. في جميع هذه الصور دفع المدين ديناً كان موجوداً نافذاً واجب الأداء، ولكنه وقت الدفع كان قد انقضى، فيكون الدافع قد دفع ديناً غير مستحق.

ب- الركن الثاني: عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال:

٨٢٤- عمل من أعمال الوفاء: يجب على الدافع أن يثبت أن الدين غير مستحق على النحو الذي فصلناه فيما تقدم، وأنه قد قام بعمل من أعمال الوفاء. وليس من الضروري أن يكون قد قام بوفاء الدين وفاء مباشراً، بل يكفي أن يكون قد أعطى مقابلاً للوفاء (dation en paiement)، أو أعطى إقراراً جديداً بالدين<sup>(٢)</sup> (reconnaissance de dette) أو رتب تأميناً خاصاً لضمان الوفاء، أو قاص الدين في دين له، أو قام بغير ذلك من أعمال الوفاء المتنوعة. وأعمال الوفاء هذه على تنوعها هي تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية، وبخاصة ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة<sup>(٣)</sup>.

(١) يقارب هذا المعنى حكم محكمة النقض في ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٨٤.

(٢) ومن أعمال الوفاء أن يحزر المدين لدائنه سنداً بدين، ولا يدخل هذا السند في المحاسبة النهائية ما بين الدائن والمدين، وهي المحاسبة التي يستوفى فيها الدائن حقه، فبقاء السند معه بالرغم من استيفائه حقه هو بمنزلة استيفاء الدين مرتين. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن السمسار الذي يحصل على سند من عميله بمبلغ يذكر له سبب صوري (أشغال معمارية)، ويثبت أن السند قد حرر عن دين سمسة سبق أن استوفاه في المحاسبة النهائية، يكون قد استوفى الدين مرتين، وقالت في هذا الصدد: «ولما كان من المحقق أن هذا المبلغ (الذي حرر به السند) لم يدخل في المحاسبة النهائية بين الطرفين بخصوص أعمال السمسة فيكون من حق المطعون عليهما الرجوع عليه بهذا المبلغ حتى لا يتكرر الوفاء مرتين. ومن حيث إنه يتضح من ذلك أن ما أسس عليه الحكم قضاءه لم يكن واقعة لا أصل لها في الأوراق، بل هي الوقائع التي بسطها المطعون عليهما في مذكرتهما شرحاً لحقيقة الحال، وثبت للمحكمة صحتها فأقرتها، وإن كانت قد خالفت المطعون عليهما في التكييف القانوني لدعواهما، إذ هما بعد أن سردتا الوقائع السابقة توهمتا أن هذه الوقائع تجعل السند سنداً مجاملة أو هكذا أردتا أن تصفاها، ولكن المحكمة خلعت على هذه الوقائع التي اقتنعت بصحتها الوصف القانوني الصحيح وهو ما قبض بغير حق، وأقامت قضاءها على هذا الأساس، وهو أمر لا سبيل للنهي عليه» (نقض في ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ في الطعن رقم ٩١ السنة القضائية الثامنة عشرة السنة الأولى ص ٢٥٦).

(٣) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «ويقتضى العمل أن يكون من واجب من يدعى أداء ما لم يكن مستحقاً أن يقيم الدليل على أمرين: أولهما قيامه بوفاء تلحق به صفة التصرف القانوني وبخضع بذلك للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة. وقد نصت المادتان ٧٤/٧٩ من التقنين التونسي والمراكشي على أن الوفاء بمقابل وترتيب تأمين خاص لضمان الوفاء وإعطاء اعتراف بالدين =

٨٢٥- عيب يشوب الوفاء فيجعله قابلاً للإبطال: فإذا أقام الدافع الدليل على أنه قام بوفاء دين غير مستحق على الوجه الذي بيناه، فالمفروض أنه دفع عن غلط<sup>(١)</sup> وأنه لم يكن يعلم بأنه غير ملزم بالدفع. وهذه القرينة القانونية قرينة تبررها الظروف. فليس مفهوماً لأول وهلة أن يدفع شخص ديناً غير مستحق عليه إلا أن يكون هذا الشخص قد اعتقد أن الدين مستحق واجب الأداء ولذلك قام بوفائه. ونرى من ذلك أن الغلط، وهو العيب الذي يشوب الوفاء عادة، مفروض لا يكلف الدافع إثباته<sup>(٢)</sup>.

= أو سند آخر يقصد به إثبات وجود التزام أو براءة الذمة منه تنزل جميعاً منزلة الوفاء. وقد قصد المشروع من عموم العبارات التي استعملت في صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق إلى مواجهة هذه الحالات وأشباهها، فاستهل المادة ٢٥٠ (م ١٨١ جديد) بالنص على أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده، دون أن يخص صورة من صور الوفاء أو ضرباً من ضروب ما يحصل الوفاء به. أما الأمر الثاني فقيامه بالوفاء بما لم يكن مستحقاً في ذمته... (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩).

(١) الغلط هنا هو الغلط الذي يعيب الإرادة بشروطه المعروفة. ويستوى أن يكون غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون. ولا يعتبر الغلط في تشريع مبهم، ترددت المحاكم في تفسيره واختلفت، سبباً لاسترداد ما دفع إذا كان الطرفان وقت الاتفاق قد اتبعا التفسير الأكثر شيوعاً لدى القضاء (استئناف مختلط في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦). وكذلك الغلط في تفسير نظام شركة لا يكون سبباً لاسترداد إذا كان هذا التفسير مسلماً به من الطرفين وقت الدفع (استئناف مختلط في ١١ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧). وكالغلط التبدلي، فإذا تواطأ الدائن مع المدين، ونقدم في التوزيع بمبلغ أكبر من حقه، وتنازل المدين عن المعارضة، فقبض الدائن المبلغ الأكبر وشاطر المدين الزيادة، فإن الدائنين المتأخرين في المرتبة يجوز لهم أن يرجعوا على هذا الدائن ليستردوا منه ما أخذ دون حق (استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢).

(٢) كان القضاء المصري، في ظل القانون القديم، يقضى بأن الدافع هو الذي يكلف إثبات أنه كان في غلط عندما دفع (استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٢ - وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩). ولكنه كان يتساهل في استخلاص قرارات قضائية - تقبل بدها إثبات العكس - على أن الدافع كان في غلط. فالوفاء الحاصل من أحد أقارب المدين وهو يجهل مضمون الحكم الذي قضى بالدين وليست لديه وسيلة للتثبت من أن المبلغ الذي يطالب به الدائن هو بقدر الدين، يفرض فيه أنه وقع عن غلط إذا كان القدر المدفوع يزيد على الدين (استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩). والوفاء الحاصل من المدين على طريقة لم يرض بها إلا بعد أن أكد له الدائن تأكيداً قاطعاً أن هذه الطريقة هي وحدها الصحيحة قانوناً لا يعتبر تفسيراً للعقد متفقاً عليه، بل يعتبر أنه قد وقع عن غلط (محكمة مصر الكلية المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ١٩٦ ص ٢٧٣)، كما كان القضاء يتساهل في استخلاص قرارات قضائية على أن الدافع قد دفع عن بينة. فقيام أحد الشركاء بدفع مبلغ معين على اعتبار أن هذا المبلغ هو نصيبه في الخسارة يتضمن إقرار هذا الشريك بوقوع هذه الخسارة، فعليه هو، إذا أراد استرداد ما دفع، أن يثبت أنه دفع عن غلط ما ليس مستحقاً عليه (استئناف مختلط في ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩) - وقد وصل القضاء المصري في النهاية إلى حد أن جعل عيب الإثبات على المدفوع له، فقضى بأنه إذا دفع المدين الدين مرتين أصبح إثبات الغلط لا فائدة منه، لأنه إذا كانت إحدى هاتين المرتين يقوم الدفع فيها على سبب صحيح، فالأخرى لا يقوم الدفع فيها على سبب، ومن ثم لا يكون إثبات الغلط ضرورياً إلا إذا نسب إلى المدين نية القيام بتبرع أو أي تصرف قانوني آخر، وهذا ما يجب =



ولكن هذه القرينة القانونية على الغلط هي قرينة قابلة لإثبات العكس. فيجوز للمدفع له أن ينقضها بأن يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه لم يكن ملزماً بما دفع. فإذا أثبت ذلك قامت قرينة قانونية أخرى، هي الآن في مصلحة المدفوع له، على أن الدفع مع العلم بأن الدين غير مستحق إنما أراد به الدافع أمراً لا يجيز له استرداد ما دفع. فقد يدفع ديناً واجباً على غيره فضالة أو تبرعاً، فلا يرجع بدعوى غير المستحق على الدائن وإنما يرجع بدعوى الفضولي على المدين إذا كان قد دفع فضالة أو لا يرجع على أحد إذا كان قد دفع تبرعاً. وقد يدفع ديناً طبيعياً قاصداً بذلك أن يوفى هذا الالتزام، فلا يسترد ما أداه باختياره (م ٢٠١). وقد يريد بالدفع أن يجيز عقداً قابلاً للإبطال، فينقلب العقد صحيحاً ويكون الدفع تنفيذاً له. وقد يدفع ديناً مؤجلاً قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك لأنه أراد أن يعجل الوفاء متنازلاً عن الأجل، فيكون وفاؤه صحيحاً ولا يرجع بشئ على المدفوع له (١).

وهذه القرينة القانونية الثانية التي تقوم لمصلحة المدفوع له هي أيضاً قرينة قابلة لإثبات العكس. ويستطيع الدافع أن ينقضها بأن يثبت أحد أمرين:

(أولاً) أنه كان ناقص الأهلية وقت أن دفع: وعند ذلك يستطيع أن يبطل الوفاء لنقص أهليته وأن يسترد ما دفع، حتى لو كان قد دفع وهو على بينة من أن الدين الذي دفعه لم يكن مترتباً في ذمته (٢).

= على المدفوع له أن يثبته (استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٣ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩). وقد حسم القانون الجديد الأمر بأن أقام قرينة قانونية على أن دفع غير المستحق وقع عن غلط، وجعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس كما سنرى.

ولكن المحاكم المصرية كانت تقضى على كل حال، في ظل القانون القديم، بأن دفع غير المستحق لا يجوز فيه الاسترداد إلا إذا وقع عن غلط (استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٦ - وفي ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٥١ - وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩ - وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٣ - وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩).

هذا ويلاحظ أنه إذا اشترط في الدافع أن يكون قد دفع عن غلط حتى يجوز له أن يسترد ما دفع، فليس من الضروري أن يكون المدفوع له قد قبض غير المستحق عن غلط، فقد يكون سعى النية كما يكون حسن النية، وفي الحالتين يرد ما أخذ دون حق على تفصيل سنعرض له فيما يلي.

(١) أما إذا كان قد دفع ديناً غير موجود أصلاً وهو على بينة من الأمر - كما إذا دفع وصية عدل عنها الموصى أو ديناً معلقاً على شرط واقف بعد تخلف الشرط أو هبة باطلة لأنها لم تفرغ في ورقة رسمية - فقد يريد بذلك أن يتبرع للمدفع له بما دفع معتقداً أن هذا واجب أدبي قد ترتب في ذمته، بل قد يكون هذا الواجب قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي فلا يسترد ما أداه من ذلك باختياره.

وقد يكون الدين الذي أداه مصدره عقد باطل لسبب يرجع إلى النظام العام أو الآداب وهو عالم بالبطلان، كما إذا دفع دين قمار أو فوائد ربوية، فيستطيع في هذه الحالة أن يسترد ما دفع بالرغم من علمه بالبطلان، لأن هذا الحل هو الذي يقتضيه النظام العام والآداب (أنظر م ٢٢٧ فقرة ١ وهي تجوز استرداد الفوائد الربوية وم ٧٣٩ فقرة ٢ وهي تجيز استرداد دين المقامرة والرهان).

(٢) أما إذا دفع ناقص الأهلية ديناً مترتباً في ذمته، فإن الدفع يكون صحيحاً مبرئاً للذمة إذا لم يلحق به

(ثانياً) أنه قد أكره على الوفاء (١). مثل ذلك أن يكون قد وفى الدين من قبل، ولما طوّل به مرة ثانية لم يعثر على المخالصة، فاضطر أن يوفيه مرة أخرى خشية التنفيذ على ماله، ثم عثر بعد ذلك على المخالصة، ففي هذه الحالة يستطيع أن يسترد ما دفع دون حق ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع ديناً غير مستحق (١). ومثل ذلك أيضاً أن يكون قد سدد ما عليه من الضرائب، ثم طوّل بها مرة أخرى ووقع حجز إدارى على ماله، فاضطر إلى الدفع وهو عالم بأن الدين غير مستحق، فيجوز له في هذه الحالة أن يسترد ما دفع لأنه كان مكرهاً على الدفع (٢).

= ضرراً، ومن ثم لا يجوز له استرداد ما دفع. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى».

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا صدر حكم في مخالفة، ونفذته النيابة العامة بتنفيذ أعمال محكوم بها على حساب المحكوم عليه، فإن هذا الأخير يجوز له، بعد أن يدفع المصروفات المطلوبة منه، أن يسترد ما دفع دون حق إذا هو أثبت أن ما دفعه يزيد على الأجرة المعتادة لهذه الأعمال، وبخاصة إذا كان قد طلب من الإدارة قبل ذلك بيانات وتفصيل عن الأعمال المطلوبة لينفذها بنفسه فلم ترد عليه الإدارة (١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٥ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٠ أبريل سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٤ ص ٢٥٢ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٣ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٩).

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين، وتناول هذا الحكم ما كان يدعيه المدين من التخالص من الدين بالوفاء قائلاً عنه إنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك» (نقض في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦). وقد يقال لتبرير قضاء محكمة النقض إن عدم التخالص من الدين قد قضى فيه بحكم حاز قوة الشئ المقضى فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لمناقشة هذه المسألة. على أن محكمة الاستئناف المختلطة تهدر الدفع بقوة الشئ المقضى إذا ثبت لها أن المدفوع له قد حصل على غير المستحق عن طريق التدليس (استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢).

(١) الاكراه الدافع على الوفاء في معنى المادة ١٨١ من القانون المدني هو الضغط الذي تتأثر به ارادة الشخص ويدفعه إلى الوفاء تحت تأثير الرهبة التي تقع في نفسه لا عن حرية إختيار، ولا عبءة بالوسيلة المستخدمة في الاكراه فيستوى أن تكون مشروعه متى كان من شأنها أن تشيع الرهبة في نفس الموفى وتدفعه إلى الوفاء.

(جلسة ١٠/١٢/١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٦١٨)

(جلسة ٢٦/١١/١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧)

(جلسة ٢١/٣/١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٥٥٧)

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجبار شركة على أن تدفع ضريبة السير في الطرق الزراعية عن طريق تهديدها بعدم إعطائها رخصة بتسيير مركباتها أو بعدم تجديد هذه الرخصة يجعل للشركة الحق في أن تسترد ما دفعته دون حق إذا كانت الضريبة غير قانونية (٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٨ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٢).

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «إذا أقام المدعى =

## ٢- الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

٨٢٦- ركنان: تختلف هذه الحالة عن الحالة التي سبقتها في أن الدين الذي دفع في الحالة السابقة لم يكن مستحقاً في ذمة الدافع وقد وفاء هذا عن غلط أو إكراه أو وهو ناقص الأهلية، أما الدين الذي وفاء الدافع في الحالة التي نحن بصدددها فهو دين مستحق واجب الوفاء وقت الدفع ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك. وتقوم هذه الحالة هي الأخرى على ركنين: (١) وفاء صحيح بدين مستحق الأداء. (٢) زوال سبب هذا الدين بعد أن تم الوفاء به.

### أ- الركن الأول: وفاء صحيح بدين مستحق الأداء:

٨٢٧- هذا هو عكس ما قررناه في الحالة السابقة، فهناك كنا أمام وفاء غير صحيح بدين غير مستحق الأداء، أما هنا فنحن أمام وفاء صحيح بدين مستحق الأداء. ومثل الدين المستحق الأداء أن يكون ديناً واجباً بعقد معلق على شرط فاسخ أو قابل للفسخ أو قابل للإبطال. فما دام الشرط الفاسخ لم يتحقق، وما دام العقد لم يطلب فسخه أو إبطاله، فإن الالتزام الناشئ من العقد يكون ديناً مستحق الأداء، ويلزم المدين بالوفاء به.

وسواء وفي المدين الدين اختياراً أو إجباراً فإن وفاءه صحيح، ولا يشوب الوفاء هنا ما يشوبه في الحالة السابقة من عيب، إذ الدين صحيح وواجب الأداء، والوفاء به أيضاً وفاء صحيح مبرئ للذمة.

### ب- الركن الثاني: زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به:

٨٢٨- وما دام الدين صحيحاً واجب الأداء، وقد وفي به المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة، فقد انقضى الدين، ولا سبيل لاسترداده بعد انقضائه. ولكن الذي يحدث في هذه الحالة، فيفتح السبيل إلى الاسترداد، هو أن السبب الذي كان مصدراً لهذا الدين يزول: يتحقق الشرط الفاسخ الذي كان الالتزام معلقاً عليه، أو يفسخ العقد الذي كان قابلاً للفسخ، أو يبطل العقد الذي كان قابلاً للإبطال. ففي هذه الصور جميعاً يتبين أن الدين الذي وفي به المدين، ولو أنه كان ديناً مستحق الأداء وقت الوفاء به، قد زال سببه فأصبح غير مستحق، ويتبين تبعاً لذلك أن المدين قد وفي ديناً غير مستحق فيجوز له استرداده (١).

= هذا الدليل (على أنه وفي ديناً غير مستحق) يفرض أنه قد أوفى خطأ وأن من حقه أن يسترد ما دفع. وقد نص التقنين الأسباني على ذلك صراحة، فقرر في المادة ١٩٠١ أنه يفرض الخطأ في الوفاء إذا سلم ما لم يستحق أصلاً أو ما سبق أدائه. ويضيف النص إلى ذلك: ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد أن يقدم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع أو لأي سبب مشروع آخر. والواقع أن من تسلم ما يدعي بعدم استحقاقه له لا يكون عليه إلا إسقاط قرينة الخطأ في الوفاء. فإذا أثبت أن الوفاء بما لم يكن مستحقاً قد تم عن بينة من الموفى، يفرض أنه أوفى على سبيل التبرع، إلا أن يكون غير كامل الأهلية أو أن يقوم الدليل على أنه أدى ما أداءه تحت سلطان إكراه: كما إذا كان قد فقد المخالصة وأكره بذلك على الوفاء مرة أخرى. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩-٤٥٠).

(١) وإذا كان لا بد من القول في هذه الحالة بأن هناك غلطاً في جانب الدافع وهو يدفع الدين، فمن =

ونورد أمثلة على ما قدمناه:

شخص يشتري عيناً تحت شرط فاسخ، ويدفع الثمن، ثم يتحقق الشرط. هنا يزول بانفساخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن، ويكون له أن يسترد الثمن من البائع بدعوى استرداد المدفوع بغير حق.

مشتري يدفع ثمن ما اشتراه، ولكن المبيع يستحق في يده، فيفسخ البيع. هنا أيضاً يزول بفسخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن، ويسترد من البائع ما دفع. وكثيراً ما يتحقق هذا الفرض في الصورة العملية الآتية: عقار مرهون يباع جبراً على المدين، ويدفع من راسا عليه المزايد الثمن للدائنين المرتهنين وفاء لحقوقهم، ثم يستحق العقار في يد الراسي عليه المزايد ويتزعه منه المالك الحقيقي. لاشك في أن الراسي عليه المزايد في هذه الحالة يستطيع الرجوع على مدينه - وهو البائع - بضمان الاستحقاق. ولكن ألا يجوز له الرجوع على الدائنين المرتهنين أنفسهم فيسترد منهم ما دفعه لهم بدعوى استرداد المدفوع بغير حق؟ تردد القضاء الفرنسي في ذلك، ثم استقر على جواز الرجوع على الدائنين المرتهنين (١). ويمكن توجيه هذا القضاء على اعتبار أن البيع في المزايد قد انفسخ باستحقاق المبيع، فأصبح الراسي عليه المزايد غير مدين بالثمن، ويكون قد دفع للدائنين ما هو غير مستحق عليه وقت أن وفاهم ديونهم، فيرجع عليهم بما دفع. ويتبين من ذلك أن الراسي عليه المزايد يكون في هذه الحالة مخيراً بين الرجوع بضمان الاستحقاق على المدين أو الرجوع باسترداد المدفوع بغير حق على الدائنين (٢). وهذا هو أيضاً ما جرى عليه القضاء في مصر (٣).

=الممكن القول بذلك على الاعتبار الآتي: أن الدافع وقت أن دفع الدين المعلق على شرط فاسخ أو الدين الواجب بعقد قابل للفسخ أو قابل للإبطال لم يكن يعلم أن الشرط الفاسخ سيتحقق أو أن العقد قابل للفسخ أو للإبطال. ويترب على ذلك أنه لو دفع ديناً معلقاً على شرط فاسخ وهو يعلم أن الشرط قد تحقق، أو ديناً واجباً بعقد قابل للفسخ وهو عالم بقيام سبب الفسخ، حمل ذلك منه على أنه وفي بالتزام طبيعي أو على أنه متبرع. وإذا دفع ديناً واجباً بعقد قابل للإبطال وهو يعلم ذلك اعتبر دفعه للدين إجازة للعقد.

(١) محكمة استئناف ليون في ١٥ ديسمبر سنة ١٨٤١ سيريه ١٨٤٢-٢-١٦٨- محكمة استئناف روم في ٢٨ يونيو سنة ١٨٥٥ دالوز ١٨٥٦-٢-١٣٦- محكمة استئناف الجزائر في ٢ يناير سنة ١٨٨٣ سيريه ١٨٨٤-٢-١٧.

(٢) أنظر في هذا المعنى لارومبيير ١٣٧٧م فقرة ١٧- ديمولومب ٣١ فقرة ٣٠٦- بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٢٣٧- ديموج ٣ فقرة ٩٥.

(٣) استئناف مختلط في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٨- وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٠ (وفي هذه القضية كان الدافع حائزاً للعقار ووفى الدائن المرتهن. ثم نزع ملكية العقار فرسا عليه المزايد، فيكون قد وفي الدائن المرتهن مرتين وله الرجوع عليه بدعوى غير المستحق). وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٨.

ويقرب من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا كان المدينون أخوة ثلاثة، ووقع خطأ في قائمة التوزيع النهائية فلم يذكر إلا إثنان منهم، ولم يدرج إلا دائنو هذين الاثنين فاستولوا على جميع الثمن، كان على هؤلاء الدائنين أن يردوا ثلث ما استولوا عليه لدائني الأخ الثالث =

قاصر اشترى منزلاً ودفع ثمنه للبائع. العقد هنا قابل للإبطال، فإذا أبطله القاصر زال سبب التزامه بدفع الثمن، وكان له هنا أيضاً أن يسترد ما دفع.

## المطلب الثاني

### تكيف الالتزام برد ما أخذ دون حق

٨٢٩- تحليل حالتي غير المستحق وردهما إلى قاعدة الإثراء بلا سبب: قدما أن دفع غير المستحق ليس إلا صورة من صور الإثراء بلا سبب ونحلل الآن كلا من حالتيه لبيان ذلك في وضوح.

فالحالة الأولى، وهي حالة دفع دين غير مستحق وقت الوفاء به، تنطوي على عمل من أعمال الوفاء قد شابه عيب يجعله قابلاً للإبطال. فالدافع لدين غير مستحق إما أن يكون قد دفع عن غلط - وكالغلط التديليس - أو عن إكراه، وإما أن يكون ناقص الأهلية. ولما كان الوفاء عملاً قانونياً (acte juridique) فهو قابل للإبطال لهذا العيب الذي شابه. وللدافع إذن أن يبطله. ومتى بطل زال السبب الذي نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له. فيشترى المدفوع له دون سبب على حساب الدافع. ومن ثم يسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء<sup>(١)</sup>.

وترد أيضاً الحالة الثانية إلى قاعدة الإثراء بلا سبب. ففيها يقى الدافع بدين مستحق

(١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ١٥٧). وقضت أيضاً بأنه إذا وقع الدين المحال عليه عن غلط كل الدين إلى المحال له، بالرغم من وجود حجوز تحت يده، كان له أن يسترد من المحال له ما أخذه هذا دون حق (٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٣). وقضت كذلك بأنه إذا دفع المشتري وقت توقيع العقد الابتدائي قسطاً من الثمن للدائن مرتين، ثم نزع هذا الدائن ملكية العقار المبيع فاستولى على حقه، جاز للمشتري أن يسترد منه ما سبق أن دفعه له (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١). أنظر مع ذلك محكمة مصر المختلطة في ٢٨ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ١٣٣ ص ٢٣٠ - وانظر أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن الدائن المدرج في كشف التوزيع لا يجوز أن يسترد منه ما أخذ بحجة أنه أخذ أكثر من حقه إذا لم تحصل منازعة في إدراجه في كشف التوزيع وفانت مواعيد الطعن (٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ١٣ ص ٣١٩ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٤ - أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ - ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩)، وذلك ما لم يقع منه تدليس (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥ - ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢).

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ليس دفع غير المستحق سوى تطبيق خاص للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب. فالوفاء بدين تصرف قانوني يجب أن تجتمع له الشروط الواجب توافرها في سائر التصرفات القانونية. فيشترط أن يكون بوجه خاص خلواً عما يعيب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه، وأن يصدر من تتوافر لديه أهلية الوفاء. فإذا شاب الرضاء عيب من هذه العيوب أو تخلف شرط الأهلية كان الوفاء غير صحيح. ويعتبر من تسلم ما أوفى به أو أدى على هذا الوجه قد أثرى دون سبب، ويصبح ملزماً بالرد وفقاً لقواعد الإثراء». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨).

لأداء، ثم يزول سبب استحقاق الدين بتحقيق الشرط الفاسخ أو بفسخ العقد أو بإبطاله. فالوفاء الذي كان العقد سبباً له أصبح الآن دون سبب بزوال العقد. ومن ثم يبطل الوفاء. ومتى بطل زال السبب الذي نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له. فيشترى المدفوع له، هنا أيضاً، دون سبب على حساب الدافع، ويسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء.

ولما كان الوفاء يبطل في الحالتين كعمل قانوني، فهو لا يبقى إذن إلا كواقعة مادية، هي الواقعة التي ترتب عليها إثراء المدفوع له واقتدار الدافع، ومن ثم فهي الواقعة التي تنشئ للالتزام برد المدفوع بغير حق.

وإذا كان دفع غير المستحق، على ما رأينا، صورة من صور الإثراء بلا سبب، إلا أنها صورة تتميز بالخاصية الآتية: قيمة الاقتدار فيها تعدل قيمة الإثراء. فالدافع قد افتقر بقيمة ما دفع، والمدفوع له قد أثرى بهذه القيمة ذاتها. ثم يسترد الدافع ما دفع<sup>(١)</sup>. هذا هو الأصل، يستثنى منه ما إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية، فينظر إلى القيمة التي انتفع بها فعلاً وقد نقص عن القيمة التي أخذها، فلا يرد إلا القدر الذي انتفع به (م ١٨٦)، وسنرى تفصيلاً لك فيما يلي.

٨٣٠- التمييز بين دين في الذمة وعين معينة بالذات: ويمكن التمييز، في دفع غير المستحق، بين ما إذا كانت القيمة التي نقلها الدافع إلى المدفوع له ديناً في الذمة أو عيناً معينة بالذات. ففي الأمثلة التي سقناها فيما تقدم كانت القيمة المنقولة ديناً في الذمة، فلما زال سبب الإثراء لم يبق للدافع إلا دعوى شخصية يرجع بها على المدفوع له هي دعوى استرداد المدفوع بغير حق. أما إذا كانت القيمة عيناً معينة بالذات، كما إذا كان المدفوع عقاراً باعه صاحبه وسلمه للمشتري ثم فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن، فإن العقار يفسخ لبيع تعود ملكيته للبائع، إذ هو عين معينة بالذات وليس ديناً في الذمة. ومن ثم يكون للدافع في هذه الحالة، إلى جانب دعوى استرداد المدفوع بغير حق وهي دعوى شخصية، دعوى معينة هي دعوى الاستحقاق<sup>(٢)</sup>.

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «يلتزم من يتسلم غير المستحق برد ما يؤدي إليه. وليس ترتيب هذا الالتزام إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثراء. فمما لا ريب فيه أن من يقبض غير المستحق يشترى دون سبب مادام وقاء من أدى قد وقع غير صحيح. وأقل قيمة ينبغي ردها هي مقدار المبلغ الذي سلم بغير حق. ومع ذلك فليس ثمة محل للمفاضلة بين قيم شتى، إذ الأمر ينحصر في قيمة واحدة. فالمبلغ الذي يدفع يمثل قيمة ما أثرى به المدين وما نقص من مال الدائن في آن واحد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩).

(٢) قارن ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩). وقد يجوز التفريق من بعض الوجوه بين قاعدة الإثراء بلا سبب في ذاتها وبين تطبيقها في حالة دفع غير المستحق. فيراعى أن الإثراء بلا سبب يستلزم دخول ما يشترى به المدين في ذمته المالية، ولا يلزم بالرد إلا بمقتضى التزام شخصي. وعلى النقيض من ذلك لا يترتب على دفع غير المستحق انتقال ملك ما يؤدي دون حق إلى المدين ودخوله في ذمته. ذلك أن هذا الوفاء، وهو =



## المبحث الثاني

### أحكام دفع غير المستحق

٨٣١- دعوى استرداد غير المستحق: إذا تحققت حالة من حالات دفع غير المستحق نشأت دعوى لمصلحة الدافع قبل المدفوع له هي دعوى استرداد غير المستحق. ونستعرض في هذه الدعوى من يكون المدعى، ومن يكون المدعى عليه، وما الذي يطالب به المدعى المدعى عليه، وكيف تسقط هذه الدعوى في بعض الحالات الخاصة.

### المطلب الأول

#### المدعى والمدعى عليه في دعوى استرداد غير المستحق

١- المدعى:

٨٣٢- المدعى في هذه الدعوى هو الدائن الذي يسترد ما دفع دون حق. والدائن هو من حصل الدفع من ماله (١) لأنه هو الذي افتقر. ويغلب أن يكون هو الذي تولى الدفع فعلاً، فيفترض أنه دفع من ماله.

وقد يكون الوكيل هو الذي تولى الدفع. فإن كان قد دفع من مال الأصيل فالأصيل هو الدائن. وإن كان قد دفع من ماله الخاص ولم يجز الأصيل الدفع كان الوكيل هو الدائن والمفروض في الوكيل إذا دفع عن الأصيل أنه يدفع من مال الأصيل لا من ماله هو. وقد يكون النائب - الوصي أو القسيم أو ناظر الوقف الخ - هو الذي تولى الدفع عن الأصيل. وحكمه في ذلك حكم الوكيل على النحو الذي فصلناه.

وإذا دفع الكفيل أكثر من الدين الذي في ذمة المكفول، كان هو الدائن بقدر الزيادة. ويجوز لدائني الدائن أن يستعملوا حقه فيطالبوا باسترداد المدفوع دون حق طبقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة. ويجوز كذلك لورثة الدائن بعد موته أن يستعملوا هذا الحق الذي يؤول إليهم بالميراث (٢).

=قابل للبطلان بحكم الحال، لا يكون من شأنه نقل الملك. فالمدين يلتزم برد ما تلقى عينا لا بمقتضى التزام شخصي، بل بمقتضى استحقاق الغير له. على أن هذا الفارق الفقهي البحث لا يحول دون اعتبار أحكام دفع غير المستحق تطبيقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب من حيث مضمون الفكرة بوجه عام. ومن المحقق أن من يتسلم غير المستحق يتعين عليه رده بمقتضى التزام يقع على عاتقه طبقاً لهذه القاعدة دون أن يكون هناك محل للتفرقة بين ما إذا كان من تسلم حسن النية أو سيئها، وما إذا كان ما سلم من القيمات أو المثليات.

(١) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٩.

(٢) وقد يدفع مدين الدين لغير دائنه، فيستطيع الرجوع بدعوى غير المستحق على المدفوع له، وبمقتضى للدائن الحقيقي أن يرجع بحقه على هذا المدين. ولكن هل يجوز، تجنياً لتعدد الرجوع، أن يجبل

ب- المدعى عليه:

٨٣٣- والمدعى عليه، أي المدين في دعوى غير المستحق، هو المدفوع له بغير حق، حتى لو كان الدفع لو كييله أو نائبه من وصي أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك. وإذا كان المدعى عليه ناقص الأهلية كان الرجوع عليه بقدر ما انتفع على النحو الذي سنبينه فيما يلي (١).

### المطلب الثاني

#### بماذا يطالب المدعى المدعى عليه في دعوى استرداد غير المستحق

٨٣٤- النصوص القانونية: نصت المادة ١٨٥ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

١- إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم.

٢- أما إذا كان سئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها، أو التي صر في جنيتها، من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سئ النية.

٣- وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والشمرات من يوم رفع لدعوى (٢).

ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو كان سئ النية. وهذا التمييز جوهرى في تحديد مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له.

الدائن الحقيقي يرجع مباشرة على المدفوع له؟ لا نرى وجهاً لرجوع الدائن الحقيقي على المدفوع له بدعوى غير المستحق لأن الذي يرجع بهذه الدعوى هو المدين الذي دفع من ماله كما رأينا، ولا بدعوى الإثراء لأنه لم يفتقر إذ أن حقه لا يزال باقياً في ذمة المدين. ولكن يستطيع استعمال حق مدينه في الرجوع على المدفوع له عن طريق الدعوى غير المباشرة. وقد يستطيع أيضاً أن يرجع على المدفوع له بدعوى الفضالة إذا كان هذا قد نظر إلى مصلحته فتقبل الدفع نيابة عنه. (أنظر في هذه المسألة ديموج ص ٩٩ - بلانيول وريبير وبولانيجه ٢ فقرة ١٢٤٤).

(١) وإذا استوفى دائن حقه من غير المدين، كان للدافع أن يرجع بدعوى غير المستحق على هذا الدائن، وبدعوى الإثراء بلا سبب على المدين الحقيقي. ولكنه لا يرجع على المدين الحقيقي بدعوى غير المستحق طبقاً للقواعد التي بينها.

(٢) وكان النص في القانون المدني القديم على الوجه الآتي: «إذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له كان مشلولاً عن فقده وملزماً بفوائده وربيحه» (م ٢٠٧/١٤٦م قديم). وظاهر أن النص الجديد أوضح بياناً من النص القديم. تاريخ النص الجديد: ورد هذا النص في المادة ٢٥٤ من المشروع التمهيدي مع خلافاً لفظية طفيفة. وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال هذه التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة، وأصبح رقم المادة ١٩٠ في المشروع النهائي. وفي مجلس النواب ووفق على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٠. وفي مجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل، وأصبح رقمها ١٨٥. (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٥٧ - ص ٤٦١).

فستعرض أحكام كل فرض من هذين الفرضين، ثم نستعرض حالتين معينتين تميزتا بأحكام خاصة.

## ١- المدفوع له حسن النية

٨٣٥- حسن النية هنا معناه أن المدفوع له يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له. والمفروض أن المدفوع له حسن النية فلا يكلف إثبات حسن نيته. والدافع هو الذي عليه أن يثبت سوء نية المدفوع له إذا ادعى ذلك، فيثبت أن المدفوع له كان يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له فهو سئ النية منذ البداية، أو أنه علم بعد أن تسلم الشيء أنه غير مستحق له فهو حسن النية وقت التسلم سئ النية بعد ذلك. ويجوز إثبات سوء النية بجميع طرق الإثبات، ولو بالبينة والقرائن، لأن سوء النية واقعة مادية.

فإذا كان المدفوع له حسن النية على الوجه الذي بيناه، فإما أن يكون قد تسلم نقوداً أو أشياء مثلية وإما أن يكون قد تسلم عيناً معينة بالذات. ويختلف الحكم في كل من الحالتين.

### أ- المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية:

٨٣٦- إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية - غللاً أو أقطاناً أو نحو ذلك - فإنه يدخل ديناً في ذمة المدفوع له، ويجب عليه رده بدعوى غير المستحق (١). ويرد مقدار النقد الذي تسلمه دون نظر لتغير سعر النقد، أو يرد القدر الذي أخذ من الأشياء المثلية (١).

(١) ويجوز، طبقاً للمادة ٢٠٥ من القانون المدني الجديد، أن يحصل الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز للدائن أن يطلب بقيمة الشيء، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض.

هذا وإذا أصدرت شركة سندات استهلكتها فيما بعد، ودفعت غلطاً فوائده هذه السندات بعد استهلاكها، فإن لها أن تسترد الفوائد التي دفعتها دون حق أو أن تجعل ما دفعته من الفوائد قصاصاً في بصرها رأس مال السندات التي استهلكتها. ولكن صدر قانون في فرنسا في أول أغسطس سنة ١٨٩٣ يقضي بأن الشركة لا تسترد في هذه الحالة الفوائد التي دفعتها، وعليها أن ترد رأس مال السندات المستهلكة كما لا ويررون هذا الحكم في فرنسا بخطأ الشركة في الاستمرار على دفع فوائده السندات بعد استهلاكها، وأن هذه الفوائد تقابل ربع رأس مال السندات المستهلكة قبل دفعه (أنظر بلانيول وريبير وبولانجيح ٢، فقرة ١٢٤٣).

(١) أ- متى قضى بحكم حائز لقوة الأمر المقضى بزوال سبب التزام الزوج بإداء النفقة التي تعهد بإدائها فإن مؤدى ذلك أن تلتزم الطاعنة «الزوجة» برد ما قبضته تنفيذاً لحكم النفقة وأن وقاء المطعون ضده بهذه المبالغ يعتبر بعد زوال سبب التزامه وفاء بما ليس مستحقاً ولا يفترض فيه التبرع إذا لم يكن هناك الوفاء عن اختيار وإنما عن إكراه وتحت تأثير أوامر الإداء الصادرة بهذه النفقة بالنفاذ المعجل (١).

ب- متى كان استناد الطاعنة إلى المادة ١٨٢ من القانون المدني يفتقر إلى الدليل على أن سبب التزامه قد زال - بصدر القانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٥٩ - بعد أن كانت قد أوفت إلى المطعون ضده بالمبالغ الزائدة في مكافأة نهاية الخدمة الذي تطالب برده، وإذا لم يثبت أن الوفاء قد تم قبل زوال سببه فإن استناد الطاعنة إلى المادة ١٨٢ المشار إليها يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٧٥/٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٣٥٩).

أما الثمرات والفوائد فلا يلتزم بردها ما دام حسن النية، لأنه تملكها بالقبض. ويلتزم بها إذا أصبح سئ النية ومن وقت أن أصبح كذلك. وعلى أي حال يلتزم برد الثمرات والفوائد من يوم رفع الدعوى، إذ يفترض سوء نيته من وقت مطالبته قضائياً برد ما تسلمه دون (١).

### - المدفوع عين معينة بالذات:

٨٣٧- رد العين: وإذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات - سيارة أو فرساً أو أرضاً أو منزلاً - فقد رأينا فيما قدمناه أن ملكية العين تعود إلى الدافع، وله في استرداد العين دعويان، دوى عينية هي دعوى الاستحقاق، ودعوى شخصية هي دعوى غير المستحق. ونقصر كلامنا على الدعوى الثانية فهي وحدها محل البحث هنا.

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصوص في هذا الموضوع حذفته في لجنة الرجعة تجنباً للتفصيلات (٢)، فجاء المشروع النهائي خلواً منها. على أن الأحكام التي سمعتها النصوص المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي يعمل بها إذا حاز الغير عيناً معينة بالذات. وهذه القواعد نجدها مقررة في نصوص أخرى تبين متى يتملك الحائز حياز (م ٩٧٨ - ٩٧٩)، وكيف يسترد المصروفات (م ٩٨٠ - ٩٨٢)، وتحدد مسؤوليته عن هلاك والتلف (م ٩٨٣ - ٩٨٤). ولما كان المدفوع له بعين معينة بالذات لا يخرج عن أن يكون حائزاً لهذه العين، فإن النصوص المتقدمة الذكر هي التي تنطبق على حالته. لذلك سنعين في تفصيل ما نحن في صدده بهذه النصوص التي تقرر القواعد العامة والنصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى.

نصت المادة ٢٥٥ من المشروع التمهيدى - وقد حذفته عند المراجعة كما أسلفنا - تقول - على أن «كل من تسلم دون حق شيئاً معيناً بالذات التزم برده عيناً ما دام قائماً». ليس هذا النص المحذوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة. فالمدفوع له بعين معينة بالذات يلتزم

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «أما فيما يتعلق بثمرات الشيء الذي سلم فثمة محل للتفريق بين من قبض بحسن نية ومن قبض بسوء نية. فلا يلزم الأول بالثمرات أو الفوائد إلا من وقت رفع الدعوى، لأنه يمتلك الثمرات ما دام حسن النية وفقاً للقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠).

هذا والمطالبة القضائية برد الشيء غير المستحق إذا كان نقداً توجب دفع الفوائد القانونية (٤) في المسائل المدنية (٥) في المسائل التجارية) من وقت المطالبة متى دخلت المطالبة بالفوائد في صحيفة الدعوى (م ٢٢٦)، وتوجب رد الثمرات أو التعويض بحسب ما يقدر القاضي من وقت رفع الدعوى إذا كان المدفوع أشياء مثلية لا نقداً.

أنظر في الموضوع استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١٤٧ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - محكمة مصر المختلطة التجارية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٣٢ ص ١٢٧ - دى هلتس تحت لفظ Ex-paiement فقرة ١٦٦ وما بعدها - الدكتور عبد السلام ذهني في الالتزامات ص ٦٨٨.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩.

بردها عيناً للدافع بمقتضى التزام شخصي هو رد غير المستحق. والمفروض في ذلك أن العين لا تزال قائمة في يد المدفوع له، لم تهلك ولم تنتقل إلى يد أخرى. وقيل أن نعرض لبيان الحكم فيما إذا هلك العين أو انتقلت إلى يد أخرى، نبين الحكم في رد الثمار واسترداد المصروفات.

**٨٣٨- رد الثمار واسترداد المصروفات:** أما الثمار فإن المدفوع له حسن النية يكسبها بالقبض إلى يوم رفع الدعوى. نستخلص هذا الحكم من المادة ١٨٥ التي سبق ذكرها، ونراه صريحاً في المادة ٩٧٨ التي تقر القاعدة العامة في هذه المسألة، وقد جرت بما يأتي: «١- يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية. ٢- والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً» (١).

(١) وقد يقبض المستحق في الوقف نصيبه في الغلة، ثم يتبين أنه غير مستحق في الوقف أو أنه قبض أكثر من نصيبه، فيعتبر الاستحقاق (وهو حق الانتفاع العيني) في هذه الحالة عيناً مدفوعة دون حق، ويجب على المدفوع له ردها، ولكن إذا كان هذا حسن النية فإنه لا يرد غلة الوقف التي صرفها له الناظر لأنها تعتبر ثماراً ملكها بالقبض. وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في وضوح على الوجه الآتي: «إن تطبيق المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدني (م ١٨١ و ١٨٥ جديد) يقتضي حتماً التفريق بين الشيء المأخوذ بدون حق وبين ثمرته، فإن لكل حكماً، إذ الشيء المأخوذ واجب الرد على كل حال، أما الثمرة فواجبة الرد إذا كان أخذ الشيء قد أخذه بسوء نية عالماً ألا حق له فيه. أما إذا كان أخذه إياه وقع بسلامة نية دون علمه بعدم استحقاقه له فلا رد للثمرة. فإذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم أن زيداً كان يعتبر نفسه مستحقاً في وقف، وكان يعتقد هذا تمام الاعتقاد، ويعتقده معه ناظر الوقف وباقي المستحقين اعتقادهم جميعاً سليمو النية فيه، واستمر زيد مدة طويلة يستولي على نصيبه من غلة الوقف، حتى جاء بكره فادعى الاستحقاق دونه وحصل على حكم شرعي نهائي لمصلحته، ثم رفع بكر دعوى يطالب بها زيداً أن يرد ما أخذه من غلة الوقف في السنين الماضية التي استولى فيها على هذه الغلة، فهذه الوقائع تدل على أن الذي أخذه زيد بدون حق إنما هو حق الانتفاع أو أصل الاستحقاق، ذلك الحق العيني الذي كان واضحاً يده عليه بواسطة ناظر الوقف، وأن المال الذي كان يقبضه سنوياً إنما هو الثمرة الناتجة من ذلك الحق العيني الذي أخذه بدون وجه حق. وإذن فالشيء الذي يجب رده بمقتضى المادة ١٤٥ (م ١٨١ جديد) هو أصل الاستحقاق في الوقف أي حق الانتفاع العيني (droit d'usufruit) وهو ما حصل رده تنفيذاً للحكم الشرعي. أما الثمرة وهي الربيع الذي كان يقبضه فغير واجب ردها ما لم أخذه لأصل الحق المنتج لها ووضع يده عليه كان بسلامة نية» (نقض في ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٨ ص ٧٩٣).

وعلى أساس أن المستحق في الوقف لا يلزم يرد ما تسلمه زيادة على استحقاقه إلا إذا كان سعى النية يبنى أن يفهم الحكم الآتي الصادر هو أيضاً من محكمة النقض: «التزام المستحق في الوقف برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه يقوم على حكم المادة ١٤٥ من القانون المدني (م ١٨١ جديد)، فالحكم الذي يلزمه بالرد منعاً من إثره على حساب الغير (والأولى أن يقال رداً لما أخذ دون حق) لا مخالفة فيه للقانون. ولا محل للاحتجاج بالمادة ١٤٧ مدني (م ٢٠١ جديد) إذ أنها وردت في شأن الالتزامات الطبيعية وامتناع الرد فيما يوفى منها» (نقض ١٣ يونيو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٤ ص ١٩١).

ومع ذلك أنظر الحكم الآتي وقد صدر أيضاً من محكمة النقض: «إذا كان الوقف صادراً على شخص واقف، وبرهن أحد على أنه من الذرية وأثبت استحقاقه، وكان الخلاف على استحقاقه مستحقاً

ومن ثم نرى أن المدفوع له حسن النية لا يرد الثمار سواء كان المدفوع عيناً معينة بالذات أو كان نقوداً أو أشياء مثلية» (١).

بالنسب، فإن الحكم يكون مستنداً إلى وقت الوقف ويكون له الرجوع بحصته في السنين الماضية على من قبضه من المستحقين. أما إذا كان الخلاف غير متعلق بالنسب، وإنما يتعلق بقيام الشرط فيه بعد تفسيره، كما إذا وقع على أولاد ولده وأثبت شخص أنه من أولاد البنات وقضى بدخوله، فإنه لا يستحق شيئاً من غلة السنين الماضية المستهلكة لأن القضاء يكون مثبتاً أنه من الموقوف عليهم لا مظهراً لوجود شبهة الاقتصار في شرط الوقف، فإن كانت الغلة موجودة استحق فيها نصيبه وإلا فلا» (نقض ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦ ص ١٢٦). ويبدو أن محكمة النقض هنا جعلت العبرة في استرداد الغلة الماضية بكون الحكم مظهراً لا مثبتاً. والأولى الوقوف عند نية من استولى على الغلة، فإن كان سعى النية فإنه يرد ما استولى عليه، وأما إذا كان حسن النية فإنه لا يرد شيئاً من الغلة.

أنظر أيضاً في هذه المسألة محكمة استئناف مصر في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤١/١٤٠ ص ٣٤٠ - وفي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٣ ص ٥٤٦. ومحكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٩.

(١) هذا وتقدير ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سببها مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بما يأتي: «تعتبر مسألة حسن نية واضع اليد على العقار مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها. فإذا قضت المحكمة بإعفاء المشتري من ريع الأرض التي اشتراها إلى تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه بناء على أنه كان حسن النية إلى ذلك التاريخ فلا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك» (نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣). وقضت أيضاً بما يأتي: «إن تعرف حقيقة نية واضع اليد عند البحث في تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى. فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان قضاؤها مبنياً على مقدمات من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها. فإذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقف جميعاً وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها في شأن هذه الحجج وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض» (نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٤٦).

فمتى ثبت أن المدفوع له حسن النية فإنه يملك الثمار بقبضها إلى يوم رفع الدعوى. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في هذا المعنى بما يأتي: «لا يلزم واضع اليد برد ثمره العين إذا كان حسن النية إلى أن ترفع عليه الدعوى، ويلزم بالثمرة من تاريخ رفع الدعوى لا بواقع ما حصله من ريعها ولكن يقدر ما فات صاحب العين من ريع» (استئناف ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢/١١ ص ٢٧) - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٧٩ - المجموعة الرسمية ٤ رقم ١/٧١ ص ١٦٥ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ - وفي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ ص ٨٣ - وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص ٧٠ - المحاماة ٢ رقم ٨١ ص ٢٥٨ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/٤٧٧ ص ٧٨٤ - وفي ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢/١٣١ ص ١٧٨. وقد قضى هذا الحكم الأخير بأن وضع يد الورثة على العقار الموقوف باعتقاد أنه مملوك لمورثهم يمنع من مطالبتهم بالربيع عن المدة السابقة على تكليفهم - وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٥ يونيو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٨٩ - محكمة طنطا في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ الحقوق =



وأما المصروفات التي قد يكون المدفوع له أنفقها على العين، فهذه نرى حكمها

٢٩ ص ١٣٢ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٧٨. وقد قضت محكمة طنطا بأنه «إذا دلت ظروف الدعوى على وجود التسامح العائلي بين الوالد وولده والاختلاط في المعاش والأرزاق كان الوالد حسن النية في وضع يده على أملاك ابنه وأخذ غلتها، ولا يطلب منه رد ما أخذه، وإنما يتدعى اعتباره سعي النية وملزماً بالرد من وقت أن رفع ولده دعوى ضده يطالبه فيها بالملكية والتسليم» (طنطا ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤١٩ ص ٥١٤).

ومن يوم رفع الدعوى يعتبر المدفوع له سعي النية ويجب عليه رد الثمار، والقريفة هنا قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس، فلا يجوز له إثبات حسن نيته بعد رفع الدعوى. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن «مجرد الإنذار لواقع اليد من المالك الحقيقي بتسليم العقار الذي تحت يده لا يكفي في اعتباره سعي النية، بل يجب على من يدعى سوء النية أن يقدم الدليل على أن ما قام به من الإنذار لخصمه كان كافياً لتغيير حالته النفسية واعتقاده عدم أحقيته في وضع يده - ولكن يترتب على رفع الدعوى بالمطالبة بالملكية التزام واضح اليد برد الربيع من تاريخ المقاضاة من غير أن يكون ثمة محل للبحث في حسن نية واضع اليد المترتب على رفع الدعوى» (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٤٧٧ ص ٧٨٤ - أنظر أيضاً استئناف ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٣٧ ص ٧٩) - وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً في هذا المعنى بأنه «من المبادئ المقررة قانوناً أن حسن النية عند واضع اليد يزول بمجرد علمه بالعيب الذي يلحق وضع يده، وأن هذا العيب يعتبر موجوداً، وواضح اليد عالمياً به من يوم رفع الدعوى عليه. فإذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبه واضع اليد على أن العيب الذي يلحق وضع يده ليس قاصراً على الجزء المرفوعة به الدعوى بل إن العيب شامل لجميع العين الواضع يده عليها، كما إذا رفعت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه، فلا يمكن تخصيص العيب بذلك الجزء في حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو بالنسبة لباقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة. وعلم واضع اليد بالعيب الذي يلحق وضع يده من شأنه أن يزول حسن نيته ويجعله مسئولاً عن ثمره العين كلها من تاريخ هذا العلم» (استئناف ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٩ ص ٢٢٨). أنظر أيضاً استئناف مصر ٩ يونيو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٧ ص ٥٦٣.

وقضت أيضاً محكمة استئناف مصر بأنه «ليس من الضروري لمسئولية واضع اليد على عقار بحسن نية عن الغلة من وقت رفع الدعوى عليه أن يصبح سعي النية بعد رفع الدعوى، بل يكفي لذلك أن يظهر فيما بعد بمقتضى حكم نهائي أن منازعه يملك الأرض من قبل أن يتملكها البائع له لأن هذا الحكم مقرر للحق لا منشيء له، وله أثر رجعي ينسحب فيما يتعلق بالربيع إلى وقت رفع الدعوى. ولكل من كان واضعاً يده بحسن نية على عقار حق الاستيلاء على ريعه، وإنما يلزم واضع اليد في جميع الأحوال برد الربيع من يوم رفع الدعوى باستحقاق العقار عليه إذا حكم عليه فيها، وذلك لأن حقوق المتقاضين تعتبر معلقة وموقوفة في بحر مده التقاضي» (استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص ٢١٥). وأنظر أيضاً استئناف مصر في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص ٥١٨ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٨٧ ص ١١٥٦.

على أن القضاء المصري في ظل القانون القديم لا يخلو من بعض التردد في تقرير المبدأ القاضي بأن الثمار ترد من يوم رفع الدعوى. فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ (المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص ٩١٥) بأنه «من المتفق عليه علماً وعملاً أن مسألة حسن النية وسوتها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها، وإذا ثبت حسن نية الخصم في وضع يده فلا تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى عليه بإعلان عقده، وإنما تزول من يوم صدور حكم نهائي بذلك في موضوع الدعوى». وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٦ ص ٦٣٦) بأنه «وإن كانت أغلب أحكام القضاء

صريحاً في المادة ٩٨٠ التي تقر القاعدة العامة في هذه المسألة، وهي تنص على ما يأتي: «١- على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية».

«٢- أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥».

«٣- فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة». ونرى من ذلك أن المدفوع له إذا كان أنفق على العين مصروفات ضرورية فإنه يستردها كلها من الدافع. وإذا كانت المصروفات نافعة - والمفروض أنه حسن النية - خير الدافع بين أن يدفع ما أنفق المدفوع له من المصروفات أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات<sup>(١)</sup>، هذا ما لم يطلب المدفوع له نزع ما استحدثه (م ٩٢٥). وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للمدفع له أن يرجع على الدافع بشئ في شأنها، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى وفي هذه الصورة يجوز للدافع أن يطلب استبقاء ما استحدثه المدفوع له مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة<sup>(٢)</sup>.

٨٣٩- حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها: وننتقل الآن إلى حالة ما إذا كانت العين قد هلكت أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له. تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدي - وقد حذفت عند المراجعة - على ما يأتي: «فإذا ضاع هذا الشئ أو تلف بسبب أجنبي التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سعي النية، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشئ في استرداده ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف». وتنص المادة ٩٨٣، وهي التي تقر القاعدة العامة في هذه المسألة،

= قد سارت على اعتبار أن سوء نية واضع اليد يبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلا أنه من المتفق عليه أن مسألة حسن النية وسوتها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها، وليس ضرورياً أن تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى».

وغنى عن البيان أن القانون المدني الجديد (م ١٨٥ فقرة ٣) قطع كل شك في هذه المسألة بأن أقام قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على سوء نية من تسلم غير المستحق من يوم رفع الدعوى. ويمكن القول أيضاً مع محكمة أسبوط (٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١/٤٢٤ ص ٦٧٢) إن سوء نية واضع اليد الثابت بصدور حكم نهائي إنما يستند إلى يوم رفع الدعوى لأن الأحكام مقررة للحقوق لا منشئة لها.

(١) وهذا الحكم هو تطبيق محض لدعوى الإثراء، فإن الدافع، وهو المثري، يرد أقل قيمته الإثراء والافتقار للمدفع له، وهو المفترق. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(٢) هذا وقد منح القانون المدني الجديد للدافع الذي يلتزم برد المصروفات للمدفع له تسهيلات خاصة في الدفع. فنصت المادة ٩٨٢ على أنه «يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين. وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عاجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها».

على ما يأتي: ١- إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ وفقاً لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع. ٢- ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشئ من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة تربت على هذا الهلاك أو التلف.

ويتبين من مفهوم المخالفة في المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ومن صريح النص في المادة ٩٨٣ أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولاً عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ. أما إذا كان قد انتفع بالعين الانتفاع العادى - وفقاً لما يحسبه من حقه - وهلكت العين أو تلفت أو ضاعت، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة تربت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع، كما إذا انتفع بأنقاض منزل فى بناء منزل آخر، أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع، أو ذبح ماشية وانتفع بلحمها<sup>(١)</sup>. وللدافع فى جميع الأحوال أن يسترد الشئ التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف ما دام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا.

٨٤٠- حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى: أما إذا كانت العين قد خرجت من يد المدفوع له، إلى يد أخرى، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى - وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة - على ما يأتي:

١- من تسلم وهو حسن النية الشئ المعين بالذات وتصرف فيه بعرض قبل أن يعلم أنه ملزم برده، وجب عليه أن يرد ما قبضه من عرض أو أن يحول حقه فى المطالبة بهذا العرض. ٢- فإذا كان قد تصرف بغير عرض فلا يلتزم أن يرد شيئاً، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشئ غير المستحق. وإذا أغفلنا من هذا النص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية لم يكن النص فيما بقى منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة. ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف فى العين معاوضة لم يكن مسئولاً قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عرض، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه فى المطالبة به<sup>(٢)</sup>. وإذا تصرف فى العين تبرعاً لم يكن مسئولاً عن شئ قبل الدافع.

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز الحكم بالرد على من أخذ شيئاً بنية سليمة ومن غير سبب صحيح إلا إذا حصل له إضرار فعلاً وقت رفع الدعوى، ولا يحكم بالرد إلا بمقدار قيمة هذا الإضرار بصرف النظر عن قيمة ما لحق المدعى من الضرر، فإذا فقد الشئ بغير خطأ المدعى عليه الحسن النية وقت رفع الدعوى لم يكن هناك إضرار ولم يكن هناك موجب للرد (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٣/١٤٠ من ٣٤٠ - المضافة ٩ رقم ٥٣٥ من ١٩٨٩).

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن «الأثر القانونى المترتب على الحكم بقبول دعاوى الاسترداد هو أن المحكوم عليه الحسن النية لا يكون ملزماً إلا برد الزيادة التى حصلت فى ماله، فلا يرد إلا ما حكم عليه برده إن كان قائماً ولم يهلك بحادث قهرى، أو ثمنه الذى قبضه فعلاً فى حالة ما إذا كان قد تلف»

هذا فى العلاقة ما بين الدافع والمدفوع له. أما فى العلاقة ما بين الدافع والغير الذى انتقلت إليه العين، فالأصل أن التصرف الصادر إلى هذا الغير من المدفوع له، سواء كان معاوضة أو تبرعاً، هو تصرف من غير مالك، فلا يسرى فى حق المالك - أى الدافع - ويستطيع هذا أن يسترد العين باعتباره مالئاً ويدعوى عينيه هى دعوى الاستحقاق. هذا ما لم يكن الغير قد كسب ملكية العين بسبب آخر، كالتقادم فى العقار أو الحيابة بحسن نية فى المنقول. فإذا كسب الغير ملكية العين وكان قد دفع عنها عوضاً، فلا يرجع الدافع عليه بشئ لأنه سيأخذ هذا العوض من المدفوع له كما قدمنا. أما إذا كان الغير لم يدفع عوضاً بل تلقى العين تبرعاً، فإن الدافع هنا أيضاً لا يرجع بشئ على الغير لأن هذا قد أثرى بسبب وهو عقد التبرع، وقد مر ذكر ذلك. ولا محل لتطبيق العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى، إذ هى إنما أجازت رجوع الدافع على الغير بقدر ما أثرى تمثيلاً مع الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه «إذا تبرع المشرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى». وقد بينا أن هذا الحكم على عدالته فيه خروج على القواعد العامة. ولما كان كل من هذين النصين قد حذف من المشروع التمهيدى، فلا محل لتطبيق ما قضى به من حكم لا يتفق مع هذه القواعد. ونستخلص من ذلك، فى العلاقة ما بين الدافع والغير، أن الدافع يسترد العين من الغير بدعوى الاستحقاق إلا إذا كسب الغير ملكية العين بسبب كالتقادم أو الحيابة، فلا يرجع الدافع عليه بشئ فى هذه الحالة، سواء فى ذلك تلقى العين معاوضة أو تلقاها تبرعاً<sup>(١)</sup>.

## ٢- المدفوع له سئ النية

٨٤١- إذا أثبت الدافع أن المدفوع له سئ النية، وأنه كان يعلم وقت تسلمه الشئ أو بعد ذلك أن الشئ غير مستحق له، وجب التمييز هنا أيضاً بين ما إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية أو كان عيناً معينة بالذات.

أ- المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية:

٨٤٢- يرد المدفوع له مقدار النقد الذى تسلمه، ويعوض عن تغير سعر النقد لأنه سئ النية. وإذا كان المدفوع أشياء مثلية، ردها بالقدر الذى أخذ على النحو الذى بيناه فى حالة ما إذا كان المدفوع له حسن النية.

أما الثمرات والفوائد فيلزم بها المدفوع له سئ النية. وفى هذا تقول الفقرة الثانية من

تصرف فيه بحسن نية، كل ذلك من غير مطالبته بتعويض ماله (استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٧ من ٧٩). أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤١٦.

(١) سنورد فى مكان آخر ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه النصوص المحذوفة.

المادة ١٨٥: «أما إذا كان سعي النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنيها، من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سعي النية» (١).

#### ب- المدفوع عين معينة بالذات:

٨٤٣- رد العين والثمار واسترداد المصروفات: يلتزم المدفوع له سعي النية برد العين للدافع ما دامت قائمة (المادة ٢٥٥ المحذوفة من المشروع التمهيدي). ويلتزم أيضاً برد الثمار التي قبضها فعلاً أو التي قصر في قبضها (٢). وقد رأينا أن المادة ٩٧٩ تقضي في هذا الصدد بأن «يكون الحائز سعي النية مسئولاً من وقت أن يصبح سعي النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار» (٣).

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أما سعي النية فيلتزم على نقيض ذلك برد الفوائد أو الأرباح التي حصل عليها أو كان بوسعه أن يحصل عليها من الشيء من وقت القبض أو من الوقت الذي أصبح فيه سعي النية. وهذا أيضاً تطبيق للقواعد العامة لأن الحائز سعي النية لا يكون له حق في الثمرات. ويراعى في الحالة الأخيرة أنه إذا كان الشيء المقبوض مبلغاً من النقود فيلتزم من قبضه برد الفوائد محتسبة على أساس السعر المقرر في القانون حتى قبل رفع الدعوى. وهذه حالة من حالات الاستثناء النادرة التي ترد على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا من تاريخ رفع الدعوى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠). أنظر استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٢٧ - وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٣ - وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١. وتطبيقاً لرد الفوائد عن النقود التي أخذت بغير حق، قضت محكمة النقض بأنه «لا مخالفة للقانون في القضاء بالزام المقرض بالربا الفاحش بفوائد المبالغ المحكوم عليه بردها محسوبة من تاريخ قبضها» (نقض ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ رقم ٥٨ ص ١٩٢).

أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت لا تقضي في مبدأ الأمر برد الفوائد الربوية، ثم قضت بذلك وترددت، حتى استقرت على الرد (أنظر استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٤١). وبالنسبة للحكم تطور القضاء المختلط في هذه المسألة.

(٢) استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٣.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن «من اشترى عقاراً فأخرج منه واضع اليد عليه، فله إن كان واضع اليد سعي النية أن يطالبه بثمار هذا العقار لا من تاريخ تسجيل عقد البيع فقط بل من تاريخ العقد نفسه» (استئناف ٣ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٨٤ ص ١٩١). وقضت بأنه «في حالة وضع يد بعض الورثة على الشركة ومنعهم أحد الورثة من استلام نصيبه يلزم الورثة واضعو اليد جميعاً بالرجوع للوارث الذي حرم من وضع يده، ولهؤلاء الورثة تقسيم المسؤولية فيما بينهم إن شاءوا بنسبة ما انتفع به كل منهم من الأرباح» (استئناف ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٢٢ ص ٢٨١).

وقضت بأن «الشخص الذي يضع يده على أعيان باعتباره مالئاً بمقتضى عقد صدر له من الورث أضيف فيه التملك والتصرف إلى ما بعد الوفاة واعتبر وصية باطله لصورها لوارث يكون مسئولاً عن الربح لأن نيته لم تكن حسنة فيما استهلك منه» (استئناف ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة رقم ٣١٥ ص ٥٢٠).

وأما المصروفات فإن كانت ضرورية استردها كلها (٩٨٠ فقرة أولى). وإن كانت نافعة كان للدافع أن يطلب إزالة ما استحدث أو استبقاه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٨٠ فقرة ٢ وم ٩٢٤). وإن كانت كمالية فلا يرجع بشيء على الدافع، ولكن له أن ينزع ما استحدث على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى، إلا إذا اختار الدافع أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (م ٩٨٠ فقرة ٣) (١).

٨٤٤- حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها: وإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له سعي النية، التزم برد قيمته وقت الهلاك أو التلف أو الضياع، وذلك دون إخلال بحق الدافع في استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م ٢٥٦ المحذوفة من المشروع التمهيدي). وقد قضت المادة ٩٨٤ التي تقر القاعدة العامة في هذه المسألة بالحكم الآتي: «إذا كان الحائز سعي النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه». ويتبين من ذلك أن المدفوع له سعي النية يكون مسئولاً عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة، ولا يعفيه من المسؤولية إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد الدافع (٢). وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطئه، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ.

٨٤٥- حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخوي: وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سعي النية، فقد نصت المادة ٢٥٨ المحذوفة من المشروع التمهيدي على ما يأتي: «١- من تسلم ولو بحسن نية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعرض بعد أن علم أنه ملتزم برده وجب عليه أن يرده عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى، على أنه يجوز لمن سلم هذا الشيء أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله في دعوى المطالبة بهذا العوض. ٢- فإذا كان من تسلم الشيء قد تصرف فيه بغير عوض ولم يرد عيناً، التزم من صدر له هذا التبصر بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق». والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا، فيجب إغفالها ما دامت قد حذفت من المشروع التمهيدي. وتبقى الفقرة الأولى وهي تطبيق للقواعد العامة. ويتبين منها أن المدفوع له سعي النية إذا تصرف في العين معاوضة كان ملزماً قبل الدافع برد العين إليه، ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذي تصرف له. فإن عجز عن

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى التسهيلات التي منحها القانون المدني الجديد للدافع الذي يلتزم برد المصروفات للمدفوع له (م ٩٨٢).

(٢) قارن مسؤولية السارق، فإن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، حتى لو ثبت أن الشيء كان يهلك لو بقي في يد مالكه، فإن تبعه الهلاك تقع على السارق في جميع الأحوال (م ٢٠٧ فقرة ٣).



ذلك، كان الدافع مخيراً بين قيمة العين<sup>(١)</sup> والعموض الذي أعطى فيها. أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً فلا يبقى أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له.

وفى العلاقة ما بين الدافع والغير الذي انتقلت إليه العين لا يختلف الحكم عما قررناه في صدد المدفوع له حسن النية إذا انتقلت العين من يده إلى يد أخرى معاوضة أو تبرعاً. ذلك أن الغير في علاقته بالدافع لا يتأثر بنية المدفوع له، حسنة كانت هذه النية أو سيئة<sup>(٢)</sup>.

(١) النص المحذوف من المشروع التمهيدي يجعل العبرة في تحديد قيمة العين بوقت رفع الدعوى، ولكن لما كانت القواعد العامة هي التي يجب تطبيقها بعد حذف هذا النص، فإن هذه القواعد تقضى بتحديد قيمة العين وقت التصرف فيها.

(٢) ونقل هنا - بعد أن فرغنا من الكلام في النصوص المحذوفة من المشروع التمهيدي - ما ورد في المذكرة الإيضاحية في صدد هذه النصوص: «تناول هذه النصوص المتتابعة حالات خاصة لها أهمية بالغة في الحياة العملية، حيث يكون الشيء الذي قبض بغير حق معيناً بالذات. فإذا بقي الشيء في يد من قبضه وجب عليه أن يرده بعينه، إما إلى من سلمه، ويكون ذلك بمقتضى التزام شخصي، وإما إلى مالكه إذا طالب باستحقاقه له. ٢- فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي، فيجب التفريق بين حالة من تسلم بحسن نية ومن تسلم وهو سيئ النية. ففي الحالة الأولى يتحمل مالك الشيء تبعاً الضياع أو التلف، ولا يلزم حسن النية برد شيء ما، وفقاً للقواعد العامة وفي الحالة الثانية يكون من تسلم الشيء قد ارتكب خطأ ما دام قد تسلمه وهو سيئ النية، فهو يتحمل تبعاً هذا الخطأ ولو كان التلف أو الضياع بحادث جبري، وبذلك يلتزم برد قيمة الشيء وقت ضياعه أو تلفه، أي في آخر وقت كان يتعين عليه الرد فيه. على أن لمن سلم الشيء، في حالة التلف، أن يطالب بالشيء التالف مع التعويض عن نقص قيمته. وغنى عن البيان أنه إذا تسبب الضياع أو التلف بخطاء شخص معين، كان من وقع منه هذا الخطأ مسؤولاً عنه. فإذا خرج الشيء من يد من تسلمه على أثر التصرف فيه بعوض فيجب التفريق كذلك بين التصرف بحسن نية وبين التصرف بسوء نية. ويراعى أن من يتسلم الشيء وهو حسن النية قد يصبح سيئ النية وقت التصرف، ولا عكس، فسيئ النية عند التسلم لا يصبح حسن النية وقت التصرف على أي حال. فإذا وقع التصرف بحسن نية، وكان من قبيل المعاوضة، فلمن سلم الشيء أن يرجع (أ) على من تسلمه منه، ويتعين على هذا الأخير رد العوض الذي قبضه أو تحويل حقه فيه، ولا يلزم برد الشيء عيناً كما هو الشأن بمقتضى تعاقده مع من تسلم هذا الشيء، لأنه تعامل مع غير مالك. فيجوز لمن سلم الشيء أن يطالب باستحقاقه له، ما لم يكن المتصرف له قد كسب حق المالك فيه بالتقادم أو بالحيازة إن كان من المنقولات. ولا يخل ذلك بما يكون للمتصرف له من حق في الرجوع بالضمان على من تعاقده معه، وهو من تسلم الشيء وأدلى إليه به. فإذا كان التصرف من قبيل التبرعات، فلمن سلم الشيء أن يسترده من يد المتصرف له، وله كذلك أن يطالبه بقيمة ما أثرى به إن تم له كسب ملكية الشيء من طريق التقادم أو الحيازة باعتبار أن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع - ونستدرك هنا على المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم لا يسرى لأن النص عليه قد حذف وهو لا يتفق مع القواعد العامة). أما إذا كان التصرف من قبيل المعاوضات ووقع بسوء نية، فلمن سلم الشيء أن يرجع على من تسلمه منه وعلى المتصرف له كما هو الشأن في الفرض الذي تقدمت الإشارة إليه، مع فارق يتمثل فيما يتصل بحق الرجوع عن رخص الخيار. ذلك أن من سلم الشيء يكون في هذه الحالة بالخيار بين إلزام المتصرف بأن يؤدي شيئاً قبض من عوض، أو إلزامه بأن يحل محله في دعوى المطالبة بهذا العوض. هذا فضلاً عن حقه

### ٣- حالتان ذواتا أحكام خاصة

٨٤٦- الوفاء بدين مؤجل والوفاء لناقص الأهلية: هناك حالتان في دفع غير المستحق ما أحكام خاصة: (١) حالة الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل (٢) حالة الوفاء ص الأهلية<sup>(١)</sup>.

٨٤٧- (١) الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل: قدمنا أن المادة ١٨٣ من القانون نى الجديد نصت على ما يأتي: «١- يصبح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل. ٢- على أنه يجوز للدائن أن يصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر. فإذا كان التزام الذي لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو يفاق عن المدة الباقية لحلول الأجل»<sup>(٢)</sup>. ولا مقابل بهذا النص في القانون المدني القديم، حكم مستحدث.

=الأصيل في إلزامه برد الشيء عيناً أو رد قيمته وقت رفع الدعوى لا وقت الضياع لأن الشيء لا يزال قائماً (كذا). وإن كان التصرف تبرعاً جاز لمن سلم الشيء أن يرجع على من تسلمه منه، وله أن يلزمه برد الشيء بعينه أو برد قيمته وقت رفع الدعوى دون رد العوض، إذ المقروض أن التصرف وقع بغير مقابل، وله كذلك أن يسترد الشيء من يد المتصرف له، فإذا كان هذا قد كسب حق المالك عليه بالتقادم أو بالحيازة أو لم يتيسر لمن تسلمه أن يرد قيمته التزم قبل من سلم الشيء بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به كما هو الشأن في الفرض السابق (عين الاستدراك المتقدم) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩).

(١) وكان القانون المدني القديم يضيف حالة ثالثة هي حالة الوفاء بالتزام مخالف للأداب فلا يسترد ما دفع في بعض الأحوال. ولكن القانون الجديد أغفل هذه الحالة كما بينا عند الكلام في بطلان العقد (أنظر آنفاً فقرة ٣٣٨).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٥٢ من المشروع التمهيدي مع خلافات لفظية طفيفة ومع إغفال عبارة «وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل» في آخر الفقرة الأولى. وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة وأصبح رقم المادة ١٨٨ في المشروع النهائي. وفي مجلس النواب ووفق على المادة تحت رقم ١٨٨. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تليت المادة، فاقترح حذفها لما تحدثه من اضطراب في المعاملات على أن تطبق في الحالات المنصوص عليها فيها المواد السابقة الخاصة بالإثراء بلا سبب. فعارض في ذلك ممثل الحكومة قائلاً إن حكم الفقرة الثانية من المادة ١٨٦ ينصرف إلى من لا يكون ملزماً بالوفاء أصلاً وإن هذه المادة تتكلم عن شخص ملزم إلا أن أجل الوفاء لم يحل بعد، وإن الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه، فإذا تم الدفع من جراء غلظة أو من جراء ظروف لها حكم الغلط، فلمن دفع أن يسترد ما آداه على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل، وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأي لسلامة منطقته. واقترح أحد الأعضاء استبدال عبارة «إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام» بعبارة «إذا كان التسليم قد تم وفاء للالتزام» في الفقرة الأولى، كما اقترح إضافة عبارة «وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل» في آخر الفقرة. فوافقت اللجنة على ذلك. وجاء في تقريرها أنها أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة «وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل» لأن الموفى لو كان عالماً بقيام الأجل ووفى رغم علمه هذا حمل منه ذلك محمل التنازل عن الأجل. وفي مجلس الشيوخ ووفق على المادة كما عدلتها اللجنة رقم ١٨٣. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥١ - ص ٤٥٤).

والمفروض أن المدين وفي السن المؤجل قبل حلول أجله وهو جاهل بقيام الأجل أو وهو مكره على ذلك، لأنه لو وفي الدين المؤجل وهو عالم بقيام الأجل غير مكره على الوفاء لحمل ذلك منه على أنه نزول عن الأجل، فلا يرجع بشئ على الدائن. والأصل أن المدين إذا وفي الدين قبل حلول أجله على الوجه الذي بيناه كان له أن يسترد ما دفع بدعوى غير المستحق، ثم يوفى الدين عند حلول الأجل. ولكن يجوز للدائن - بدلاً من أن يرد الدين ثم يستوفيه ثانية عند حلول أجله - أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر. وهذا يؤدي من الناحية العملية إلى عين النتيجة الأولى مع اختصار في الإجراءات. وضربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثلاً لذلك: مقال اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية، فيحق له أن يطالب الدائن، إذا لم يشأ هذا أن يرد البناء الذي تسلمه إلى أن يحل الأجل، بأقل القيمتين، قيمة النفقات الإضافية التي تقدمت الإشارة إليها وقيمة إيراد البناء في الشهر الستة<sup>(١)</sup>. وإذا كان الدين الذي وفي قبل حلول الأجل نقوداً ولم يردها الدائن للمدين على أن تؤدي إليه عند حلول الأجل، كان للمدين - على ما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى<sup>(٢)</sup> - أن يطالب بما يغل الدين من فائدة بحسب السعر المتفق عليه، أو بحسب السعر المقرر في القانون إذا لم يكن ثمة اتفاق في هذا الشأن، وذلك عن المدة الباقية لحلول الأجل. فهذه الفائدة هي التي تمثل ما أفاده الدائن من التعجيل في استيفاء حقه في حدود ما أصاب المدين من الضرر من جراء الوفاء قبل حلول الأجل<sup>(٣)</sup>.

= هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي: «الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه. فإذا تم الدفع من جراء غلظة أو من جراء ظروف لها حكم الغلظة، فلمن دفع أن يسترد ما أداء، على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل. وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأي لسلامة منطقه، مقتضياً في ذلك أثر المشروع الفرنسي الإيطالي، ولو أن بعض تقنيات أخرى قد أعرضت عنه». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢).

- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢.  
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢.  
(٣) هذا ولما كان القانون المدني القديم لم يعجز دعوى غير المستحق في الدين الذي وفي قبل حلول أجله (الموجز للمؤلف لفقرة ٤٠٢ - الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٣٩٦ هامش رقم ١ - أنظر أيضاً المادة ١١٨٦ من القانون المدني الفرنسي - ومع ذلك فإن دي هلتس ٢ ص ٩٣ فقرة ١٤٤)، فإن القانون المدني الجديد يكون قد استحدث هنا حكماً جديداً كما قدمنا. وليس لهذا الحكم أثر رجعي. فإذا وفي مدين ديناً قبل حلول أجله، ووقع الوفاء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فلا يرجع بشئ على الدائن حتى لو كان أجل الدين لا يحل إلا في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو في ميعاد بعد ذلك. أما إذا وقع الوفاء في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فالقانون الجديد هو الذي ينطبق، ويرجع للمدين على الدائن بدعوى غير المستحق على النحو الذي بيناه، حتى لو كان الدين الذي وفي قبل حلول أجله قد نشأ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩. ومن ثم نرى أن العبرة في تطبيق القانون الجديد لا تكون بتاريخ نشوء الدين ولا بتاريخ حلول الأجل، ولكن بتاريخ الوفاء المعجل، فإن هذا الوفاء المعجل هو =

٨٤٨ - (٢) الوفاء لناقص الأهلية: تنص المادة ١٨٦ على أنه: «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به»<sup>(١)</sup>. وإذا كان الدافع تشترط فيه الأهلية، حتى أنه لو دفع وهو غير أهل للوفاء فإنه يسترد ما دفع كما سبق أن بينا، فإن المدفوع له لا تشترط فيه الأهلية في الأصل، إذ أن التزامه بالرد لا يقوم على إرادته، بل هو التزام قوامه قاعدة الإثراء بلا سبب على ما قدمنا. غير أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية، بأن كان قاصراً أو محجوراً عليه، وعومل برعاية أكبر من الرعاية التي يعامل بها كامل الأهلية نظراً لنقص أهليته. فهو لا يلتزم برد ما أخذ إلا في حدود ما انتفع به فعلاً<sup>(٢)</sup> (١). وفي هذا رجوع عن خاصية دفع غير المستحق التي تعتبر قيمة الإثراء بمقتضاها هي عين قيمة الافتقار، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التي افتقر بها الدافع على النحو الذي قدمناه. وتكون العبرة في إثراء ناقص الأهلية، الذي تسلم غير المستحق، هو ما انتفع به فعلاً لا حكماً<sup>(٢)</sup>.

وينبني على ذلك أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية، وتسلم عيناً معينة بالذات فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه، لا يكون ملتزماً بشئ قبل الدافع حتى لو كان سئ النية، لأن ما فقده دون أن ينتفع به لا يدخل في تقدير إثرائه وفقاً للمبدأ العام

= الواقعة التي ترتب عليها التزام المدفوع له برد غير المستحق. فإذا وقع الخلاف المعجل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك كان القانون الجديد هو الواجب التطبيق، وإذا وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالقانون القديم هو الذي يطبق.

- (١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي: «إذا كان من تسلم شيئاً غير مستحق له لا تتوافر فيه أهلية التعاقد، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به حتى لو كان سئ النية، وهذا مع عدم الإخلال بحكم المادة ٢٢٥٥. وفي لجنة المراجعة اقترح حذف العبارة الأخيرة لعدم ضرورتها، فأقرت اللجنة ذلك وأصبح النص النهائي الذي قدمته اللجنة تحت رقم ١٩١ على الوجه الآتي: «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به». ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩١. ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على المادة دن تعديل وأصبح رقمها ١٨٦. ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦١ - ص ٤٦٢).
- (٢) استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠.

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المدني على أن ناقص الأهلية لا يلزم - إذا أبطل العقد لنقص الأهلية - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، بما يعني أن الرد في هذه الحالة لا يكون واجب إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها أنه إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المشتري ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقي الذي عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه في غير مصلحته.

- (جلسة ١٩٧٩/٣/١٥ الطعن ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق ص ٣٠ ص ٤٨٠).  
(٢) عبء الاثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفي تقدير مدى اثرائه يقع على الدافع الذي يطلب رد ما دفع، فإن عجز عن الاثبات كان ذلك موجباً في ذاته لرفض طلبه. (جلسة ١٩٧٩/٣/١٥ الطعن ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق ص ٣٠ ص ٨٠٩).

في قاعدة الإثراء<sup>(١)</sup>. أما إذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه، فإنه يلتزم بتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ.

وينبنى على ذلك أيضاً أنه إذا تبرع المدفوع له وهو ناقص الأهلية بالعين التي تسلمها دون حق، لم يرجع الدافع عليه بشئ لأنه لم ينتفع بالعين، حتى لو كان سئ النية وقت أن تبرع<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثالث

### سقوط دعوى استرداد غير المستحق

٨٤٩- وجهان خاصان للسقوط: دعوى استرداد غير المستحق تخضع للقواعد العامة

(١) أما كامل الأهلية فإنه يلتزم برد قيمة الشئ كما رأينا. (قارن بلانيول وريسير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٥٤).

(٢) وقد رأينا فيما تقدم أن كامل الأهلية يلتزم برد قيمة الشئ. هذا والدافع هو الذي يقع عليه عبء الإثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفي تقدير مدى إثرائه، وذلك وفقاً للمبادئ التي قررناها في دعوى الإثراء بلا سبب (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريسير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٥٥) وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المحقوق ٢٥ ص ٦٨ - وفي ٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣٤ ص ١٠٥٢ - ويجوز الإثبات بجميع الطرق لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية. ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول المنفعة لناقص الأهلية بالمستندات المضادة منه لأنها هي أيضاً باطلة.

وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن النص الذي نحن بصدده: «لا يشترط للالتزام برد ما سلم بغير حق أن يكون المدين أهلاً للتعاقد. ذلك أنه لا يلتزم التزاماً إرادياً، بل ينشأ التزامه برد ما أدى إليه عن واقعة تسلم ما لم يكن مستحقاً له. ولكن إذا كان من تسلم الشئ غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزلة سواء. فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربو على قيمة ما أثرى به، وبوجه خاص في حالة ضياع الشئ (م ٢٥٦) وحالة التصرف فيه بسوء نية (م ٢٥٨). أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به ولو كان سئ النية، ولا يلزم بشئ ما إذا فقد ما تسلمه بحادث مفاجئ. وهو لا يؤدي كذلك إلا ما قبض من عوض إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشئ عيناً أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية. وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة حالة تسلم ناقص الأهلية لشئ معين بالذات، فهو يلزم برده عيناً ما دام قائماً ولو أنه لم يثر منه باعتبار أنه لم يدخل في ذمته. وهذا هو ما قصد من التحفظ الخاص بالمادة ٢٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦١ - ص ٤٦٢).

ويعتبر ناقص الأهلية قد أفاد بما أخذه إذا كان قد وفى به ديناً عليه، أو اشترى به شيئاً نافعاً ولو قلت قيمة هذا الشئ بعد ذلك أو انعدمت بسبب طبيعي، أو رم به عقاراً حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة، أو بقى المال الذي أخذه في يده إلى وقت الرد (استئناف وطني في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢). ويعتبر مفيداً ما صرفه القاصر في ضرورياته أو في كمالياته المعقولة التي يحصل عليها أمثاله (استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٥٠ - وفي أول يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٦). ويعتبر غير مفيد ما بدده ناقص الأهلية في ملاحية أو في المقامرة أو في شراء أشياء غير مفيدة وغير متناسبة مع حالته الاجتماعية ومقدار ثروته أو في أشياء ضارة كالمواد المخدرة، أو أوضاع المال عن حرق أو عدم حياطة (أنظر في كل ذلك نظرية المعقد للمؤلف فقرة ٦١٣).

في انتقضاتها وفي سقوطها. غير أن لها وجهين للسقوط خاصين بها: أولهما إذا كان المدفوع له حسن النية وتجرد من سند الدين أو من تأميناته أو ترك دعواه تسقط بالتقادم (م ١٨٤). والوجه الثاني سقوط الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد (م ١٨٧).

### ١- تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته

#### أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

٨٥٠- النصوص القانونية: نصت المادة ١٨٤ على أنه «لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن، وهو حسن النية، قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم. ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء<sup>(١)</sup>».

وهذا النص أشمل وأوفى من النص الذي كان في القانون القديم مقابلاً له. فقد كانت المادتان ٢٠٩/١٤٨ من القانون القديم تنصان على أنه «لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص، وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع، وانعدام سند الدين. وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقي». ووجه الشمول في النص الجديد أنه لم يقتصر على حالة انعدام سند الدين، بل شمل التجرد من سند الدين بصفة عامة، وألحق بهذه الحالة ما يعادلها: التجرد من تأمينات الدين وترك الدعوى تسقط بالتقادم<sup>(٢)</sup>.

### ٨٥١- التجرد من سند الحق أو من التأمينات: والمفروض أن غير المدين دفع الدين

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٥٣ من المشروع التمهيدى كما هو. وأقرته لجنة المراجعة على أصله رقم ١٨٩. ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل. ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عليه دون تعديل وأصبح رقمه ١٨٤. ووافق مجلس الشيوخ عليه دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥ - ص ٤٥٦).

(٢) وكان القضاء المصري يفسر عبارة «وانعدام سند الدين» التي وردت في القانون القديم تفسيراً ضيقاً. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه «إذا دفع المشتري الثمن لدائن مرتين، ثم استحق المبيع أو أبطل المبيع فخرجت العين من يده، كان دفعه الثمن للدائن المرتين قائماً على غير سبب، وله أن يسترد الثمن الذي دفعه. ولا يمنعه من ذلك أن يكون الدائن قد عمد إلى شطب الرهن بعد أن استوفى حقه، فإن نص القانون إنما يمنع الاسترداد في حالة انعدام السند، أى في حالة زواله بحيث يصبح مستحيلًا على الدائن أن يشبث حقه. وما لم يشتمل شطب الرهن على النزول صراحة عن الرهن ذاته فإنه لا يفقد الدائن حقه في الرهن. ولا يزال السند المنشئ للحق باقياً على كل حال يستطيع به الدائن أن يرجع على مدينه (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٧). ومع ذلك فقد توسعت محكمة الاستئناف المختلطة أخيراً في التفسير فقاسمت على «انعدام السند» تقادم الدين، إذ قضت بأنه «في تطبيق المادة ٢٠٩ من القانون المدني المختلط المتعلقة باسترداد غير المستحق يقاس على حالة انعدام السند حالة تقادم الدين» (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٢).



للدائن، وكان هذا حسن النية وقت استيفاء حقه، فأعدم سند الدين، أو سلمه للدافع ولم يستطع إرجاعه، أو أغفل المحافظة عليه بأي وجه من الوجوه، أو تجرد من تأمينات الدين بأن أغفل قيد الرهن، أو لم يجدد القيد، أو نزل عن الرهن، أو أبرأ ذمة الكفيل، أو نحو ذلك. ففي كل هذه الفروض يسقط حق الدافع في الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق، لأن هذا الحق قد تعارض مع حق آخر لشخص حسن النية هو المدفوع له، وقد تجرد من سند الدين أو من التأمينات اعتماداً على استيفائه لحقه. فالمدفوع له لم يقصر، والمقصر هو الدافع إذ دفع الدين غلطاً وغلطه هذا ينطوي على ضرب من التقصير. هذا التعارض بين الحقين هو الذي جعل الغلبة لحق المدفوع له حسن النية، ورجح كفة غير المقصر على كفة المقصر.

**٨٥٢- ترك الدعوى تسقط بالتقادم:** ويلتحق بذلك أن يكون الدائن قد ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى استيفائه لحقه. فهنا أيضاً يتعارض الحقان، ويرجع حق الدائن حسن النية، فلا يجوز للدافع الرجوع عليه، لأنه إذا رجع واسترد ما دفع، لم يستطع الدائن الرجوع على المدين الحقيقي لتقادم دعواه، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي تجرد من سند الدين أو من تأميناته<sup>(١)</sup>.

**٨٥٣- رجوع الدافع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء:** وإذا كان يدافع لا يحق له الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق، فإن الطريق البقي أمامه مفتوحاً للرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب، فقد دفع له دينه، فأثرى هذا بقدر ما افتقر ذلك. وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي: «على أن الغير لا يظل محروماً من حق الرجوع بما أداه. فالمدين الحقيقي وقد قضى دينه بفضل هذا الوفاء يلتزم قبله بالتعويض وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب. وقد يخشى في حالة سقوط الدين بالتقادم من تواطؤ الدائن مع الغير على تصوير مخالصة يقدم تاريخها للإيهام بحصول الوفاء قبل انقضاء مدة السقوط، وبذلك يكون التحايل قد هياً للغير حق الرجوع على المدين. ويلوح أنه ينبغي أن يكون للمخالصة تاريخ ثابت في مثل هذه الحالة درءاً لمثل هذا التحايل»<sup>(٢)</sup>.

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «إذا قام غير المدين بوفاء الدين معتقداً أنه ملزم بأدائه، فمن حقه أن يسترد ما أدى وفقاً للقواعد الخاصة بدفع ما لا يستحق، سواء أكان الدائن حسن النية أم سيئها. ومع ذلك فقد رؤى اختصاص الدائن حسن النية بقسط من الرعاية، فأسقط عنه الالتزام بالرد إذا ترتب على استيفائه ما أدى للغير إلحاق ضرر بحقه، إما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين أو من التأمينات المخصصة للوفاء به، وإما من ناحية القانون بسبب سكوته عن مطالبة المدين الحقيقي وتقادم دعواه قبله تفرغاً على ذلك. فالحق أن المفارقة بين الغير الذي أدى ديناً لم يكن ملزماً بأدائه وبين الدائن حسن النية وقد تجرد من سند دينه معتقداً صحة الوفاء تنتهي دون شك إلى توجيه ما ينبغي لمصالح الأخير من أسباب الحماية والتغليب. وقد أخذ التقنين الحالي (القديم) بهذا الحكم ولو أنه أفرغه في عبارة يعوزها الوضوح، إذ اقتصر في المادة ٢٠٩/١٤٨ على النص على حماية الدائن حسن النية إذا «انعدم سند الدين» دون أن يتناول بصريح النص حالات هامة كالتقادم والتعويض والتأمينات» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥.

والفرض الأخير الوارد في المذكرة الإيضاحية يمكن تصويره على النحو الآتي: سقط الدين بالتقادم، فعمد الدائن إلى التواطؤ مع أجنبي أعطاه مخالصة بالدين، وجعل تاريخ المخالصة سابقاً على سقوط الدين بالتقادم فصوره بذلك شخصاً دفع الدين عن المدين قبل تقادمه، فيستطيع الرجوع إذن على المدين بما دفع، إذا لم تتقادم دعواه المبينة على الإثراء بلا سبب بالرغم من تقادم دعوى المدين. ويفضل هذا التواطؤ يستطيع الدائن أن يحصل بطريق غير مباشر على حق سقط بالتقادم. لذلك وجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لجواز الاحتجاج بها على المدين، فيمتنع التواطؤ ولا يستطيع الدائن أن يقدم تاريخ المخالصة ليقع في وقت لم يكن الدين قد تقادم فيه.

## ٢- سقوط الدعوى بثلاث سنوات

**٨٥٤- النص القانوني:** تنص المادة ١٨٧ على أنه «تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد. وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق»<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن دعوى غير المستحق - وهي فرع عن دعوى الإثراء بلا سبب وتترتب مثلها على التزام لا ينشأ بإرادة صاحبه - تتقادم بعين المدة التي تتقادم بها دعوى الإثراء بلا سبب.

**٨٥٥- السقوط بأقصر المدتين:** ويتبين من النص أن دعوى غير المستحق تسقط بأقصر المدتين الآتيتين:

(١) ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد. فلا يبدأ سريان التقادم هنا من يوم قيام الالتزام في ذمة المدفوع له، بل من اليوم الذي علم فيه الدافع بأنه دفع ديناً غير مستحق عليه. ولما كان الدافع لا يعلم عادة بذلك إلا بعد انقضاء مدة من قيامه بالدفع، فإن سريان هذا التقادم القصير يبدأ في الغالب متأخراً عن سريان التقادم الطويل الذي سيأتي بيانه. وقد يتفق مبدأ السريان في كل من المدتين إذا كان الدافع لم يدفع عن غلط، بل دفع مكرهاً أو كان ناقص الأهلية، فإنه يكون عندئذ عالماً بحقه في الاسترداد وقت قيام هذا الحق.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٦٠ من المشروع التمهيدى مع اختلاف لفظي طفيف. وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٩٢ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٢. ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على النص مع حذف كلمة «بالتقادم» وأصبح رقمه ١٨٧. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٣ - ص ٤٦٤). ويلاحظ أن كلمة «بالتقادم» قد حذفت لأنها لا ضرورة لها، وسقوط دعوى غير المستحق بثلاث سنوات كسقوطها بخمس عشرة سنة إنما يأتي عن طريق التقادم.

## الفرع الثاني

### الفضالة\*

(Gestion d'affaires)

٨٥٦- نتكلم في الفضالة على أركانها ثم على أحكامها.

## المبحث الأول

### أركان الفضالة

٨٥٧- النصوص القانونية: نصت المادة ١٨٨ من القانون المدني الجديد على ما

يأتي:

«الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك»<sup>(١)</sup>.

ونصت المادة ١٨٩ على ما يأتي:

«تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء توليه شأناً لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر»<sup>(٢)</sup>.

= مستحقاً عند الوفاء به. ولذلك يصبح ديناً عادياً يسقط الحق في اقتضائه بمرور التقدّم المنصوص عليها في المادة ٣٧٤ من القانون المدني.

(جلسة ١٩٧٧/٤/٥ الطعن ٢٧٤ لسنة ٤٤٣ ق)

(\*) المراجع: دى هلنس الجزء الثاني (Gestion d'affaires) - والتون الجزء الثاني - الدكتور عبد السلام ذهني في الالتزامات - الدكتور محمود هيبية في الالتزامات - الدكتور محمد صالح في أصول التعهدات - الموجز في الالتزامات للمؤلف - الدكتور حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام - بلائيول وريبير وإسمان الجزء السابع - ديموج الجزء الثالث - بلائيول وريبير وبولانجيه الجزء الثاني - كولان وكايتان الجزء الثاني - جوسران الجزء الثاني - جوبليه (Goublet) رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ - فيزيوز (Vizioz) رسالة من بوردو سنة ١٩١٢ - جيلو (Guillot) رسالة من رن سنة ١٩٢٨ - مارويت (Maruite) رسالة من كان (Caen) سنة ١٩٣٠ - بيكار (Picard) في المجلد الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢١ ص ٤١٩ وما بعدها، وسنة ١٩٢٢ ص ٥ وما بعدها.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٦١ من المشروع التمهيدي. وأقرته لجنة المراجعة بعد أن أبدلت كلمة «ملتزماً» بكلمة «ملزماً». وأصبح رقمه ١٩٣ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ١٩٣. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ رأى سعادة رئيس اللجنة حذف المادة لأنها أوردت تعريف الفضالة وأنه ليس من الحكمة إيراد التعاريف في القانون، بل الحكمة تقضي بإيراد الأحكام فقط، ولكن أغلبية اللجنة وافقت على إبقاء المادة وأصبح رقمها ١٨٨. ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٦).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٦٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «تقوم الفضالة حتى لو كان الفضولي مدفوعاً في الوقت الذي يتولى فيه شأناً لنفسه إلى القيام بشأن لغيره بسبب وجود ارتباط بين الشائين لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر». وفي لجنة =

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام. ويقوم الالتزام من يوم دفع غير المستحق كما سبق أن بينا. وقد يبدو أن هذه المدة أطول بكثير من المدة الأولى، وأن الدعوى تتقدم بالمدّة الأولى قبل تقادمها بالمدّة الثانية. وهذا صحيح في الكثرة الغالبة من الأحوال. ولكن قد يقع - كما رأينا في دعوى الإثراء - أن الدافع لا يعلم بغلظه إلا بعد مدة طويلة، إذا فرضناها أكثر من اثنتي عشرة سنة، فإن الدعوى تتقدم في هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم الدافع بحقه في الاسترداد. وهذا ما قدره القانون الجديد فتحوط له كما تحوط في دعوى الإثراء<sup>(١)</sup> (١).

(١) وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت العلم حتى لو كان المدفوع له سعى النية بل وحتى لو استعمل طرق الغش للاستيلاء على ما أخذ. على أن محكمة النقض قضت في ظل القانون القديم أن الدعوى تسقط بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (المدة القصيرة في دعاوى التجارية) متى كان المدفوع له قد استعمل أساليب الغش حتى استخلص لنفسه ما أخذه من الدافع. وهذا هو المبدأ الذي قرره محكمة النقض: «إذا كانت المحكمة قد ارتكبت في قضائها للمدعي على المدعي عليه برد ما استلبه بطريق الغش على ما حصلته من فهم الواقع في الدعوى والتحقيقات المتعلقة بها من أنه قد استعمل أساليب الغش حتى استخلص لنفسه من المدعي بلا وجه حق ولا مسوغ المبلغ الذي ألزمته برده، فإن ذلك كاف وحده لصحة قضائها دون حاجة لبحث وتكييف العلاقة القانونية التي توصل بها الخصم إلى التديس الذي ارتكبه. وإذا فلا يقبل الدفع بسقوط هذه الدعوى لمضي خمس سنين على اعتبار أن المعاملة بين المدعي والمدعي عليه إنما كانت تجارية، لأن الغش الذي أثبتت المحكمة وقوعه يهدم كل اعتبار لهذه المعاملة» (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٤ ص ٥٣٢).

(١) أ- مقتضى المادة ١٨٧ من القانون المدني أن الحق في الاسترداد يسقط بالتقادم بانقضاء أقصر المدتين أما بانقضاء ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام أي من يوم الوفاء به.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٦١٨)

ب- متى كان الحق الذي نشأ عن قيام وزارة العدل بصرف المبلغ المطالب باسترداده - قيمة بدل طبيعة العمل ومنحه الانتاج المنصرفة للمطالب أثناء نديه للعمل قاضياً بغزة - يسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علمها بحقها في استرداده طبقاً للمادة ١٨٧ من القانون المدني، وكانت الوزارة قد أقرت في مذكرتها بتحقيق هذا العلم... وإذا انقضت مدة تزيد على ثلاث سنوات من التاريخ المذكور ولم تتخذ الحكومة من جانبها اجراء قاطعاً للتقادم فان حقها في المطالبة بالمبلغ المذكور يكون قد سقط مما يتعين معه الحكم بعدم أحقيتها في استرداده.

(جلسة ١٩٧٤/٦/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ٧٤)

ج- الحق الذي نشأ عن قيام وزارة العدل بصرف مبالغ بدون وجه حق بعد احالة قاضي إلى المعاش لخطأ وقعت فيه نتيجة عدم تقديمه شهادة ميلاده، يسقط بمضي ثلاث سنوات من وقت علمها بحقها في استرداد هذه المبالغ طبقاً للمادة ١٨٧ من القانون المدني.

(١٩٦٨/٦/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٦٨٦)

(١٩٧٣/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ١٠٨٤).

د- لا يسرى نص الماد ١٨٧ من القانون المدني على المبلغ المطالب برده ويمثل عقوبة غرامة قضى بها على مورث المطعون عليهم، وأنه بعد أن قام بدفعه صدر قرار رئيس الجمهورية بوقف تنفيذ هذه العقوبة يكون المورث حين دفع هذا المبلغ تنفيذاً للحكم الصادر في القضية قد وفى بدين كان =

ونصت المادة ١٩٠ على ما يأتي:

«تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي» (١).

ويقابل هذه النصوص التي اشتمل عليها القانون المدني الجديد نص واحد في القانون المدني القديم هو نص المادة ٢٠٥/١٤٤، وقد جرت بما يأتي:

«من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التي صرفها والخسارات التي خسرها، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة».

ونص القانون القديم مبهم مضطرب المعنى، فهو ليس صريحاً في الانصراف إلى الفضالة في خصوصها، ولا هو يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب في عمومها (٢). وقد أزلت نصوص القانون الجديد هذا الإبهام والاضطراب (٣).

٨٥٨- أركان ثلاثة للفضالة: ويتبين من هذه النصوص الجديدة التي قدمناها أن الفضالة تتحقق بقيام أركان ثلاثة (١):

(١) أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر، وهذا هو الركن المادي.

(٢) أن يقصد، في قيامه بهذا الشأن العاجل، مصلحة رب العمل. وهذا هو الركن المعنوي.

(٣) ألا يكون، إزاء هذا الشأن العاجل، ملتزماً به ولا موكلاً فيه ولا منهياً عنه. وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانوني (١).

ونستعرض هذه الأركان الثلاثة.

## المطلب الأول

### قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل

٨٥٩- عناصر هذا الركن: أول ركن للفضالة هو أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لرب العمل. وهذا الشأن قد يكون تصرفاً قانونياً أو يكون عملاً مادياً. وهو في الحالتين يجب أن يكون عاجلاً.

### ١- تصرف قانوني أو عمل مادي

أ- التصرف القانوني:

٨٦٠- كيف يقوم الفضولي بتصرف قانوني: يصح أن يكون الفضولي وكيلًا في

= الفضالة ونطاق تطبيق الرثاء بلا سبب، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بأحوال الفضالة التي يتولى فيها الشخص شؤون غيره معتقداً أنه يتولى شأن نفسه، أو التي يتصدى فيها الشخص لشؤون غيره مخالفاً في ذلك إرادة هذا الغير». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٠).

(١) وقد لخصت محكمة استئناف مصر الأهلية أركان الفضالة وأحكامها في حكمها الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (المقامة ٧ رقم ٣٣٩ ص ٤٧٨).

(١) أ- اشترط المشرع في المادة ٧٠٢ من القانون المدني وجود وكالة خاصة للمرافعة أمام القضاء ولم يكتب بالوكالة العامة، ومن ثم فلا يكفي القول بقيام فضالة في التقاضي إذا لم تتوافر هذه الوكالة الخاصة، وإذا كانت لجنة الطعن تختص بالفصل في خصومه بين الممول ومصلحة الضرائب فإنه لا يكفي لاعتبار الخصومة قائمة أمامها تمثيل الممول فيها بطريق الفضالة.

(جلسة ١٩٦٣/٦/٩ الطعن ٣٦ لسنة ٣٨ ق م ١٤ ص ٨٢٩)

ب- إذا كان صحيحاً أن قبض الدائن قيمة الشيك الذي استلمه آخر من المدين يعد إقراراً منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير في هذه الحالة وكيلًا بعد أن بدأ فضولياً - على ما تقضي به المادة ٣٣٣ من القانون المدني ومذكرته التفسيرية - إلا أن هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذي أقره الدائن فلا تعداه إلا ما يكون هذا الغير قد أقر به في ورقة أخرى غير الشيك. كما لا يمكن اعتبار الأقرار بالتخالف من الغير عملاً من أعمال الفضولي إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضولي الذي يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضرورياً بالنسبة لرب العمل.

(جلسة ١٩٦٣/٤/٥ الطعن ٣٤٠ سنة ٢٦ ق م ١٣ ص ٤١٤)

=المراجعة اقترح إدخال تعديلات لفظية، فأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٩٤ على الوجه الآتي: «ثبتت الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه قد اندفع إلى القيام بشأن غيره لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر». ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٤. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة على المادة مع استبدال كلمة «تولي» بعبارة «قد اندفع إلى القيام». وأصبح رقم المادة ١٨٩. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة القانون المدني. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٧ - ص ٤٦٩).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٦٤ من المشروع التمهيدي كما هو. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١٩٦ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٦. ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩٠. ووافق عليه بعد ذلك مجلس الشيوخ دون تعديل. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ - ص ٤٧٢).

(٢) وقد سبق الإشارة إلى ذلك عند الكلام في قاعدة الإثراء بلا سبب. أنظر دي هلتس ٢ ص ٢٩٥ فقرة ٤ - والتون ٢ ص ١٤٠ - ص ١٤١ - الموجز للمؤلف ص ٤٠٣ - ص ٤٠٤ - الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٤١٠ فقرة ٥٦٦ - الدكتور عبد السلام ذهني بك في الالتزامات فقرة ٦٩٠ - الأستاذ بسطوروس في تعليقاته على القانون المدني ٢ ص ٤٢٣ في الهامش.

(٣) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «لا يتضمن التقنين المصري الحالي (القديم) بشأن الفضالة سوى نص واحد، اختلطت فيه شروط الفضالة بآثار الإثراء بلا سبب. وقد استبدل المشروع بهذا النص سلسلة متصلة الحلقات من المواد عرض فيها لتحديد نطاق الفضالة وآثارها تحديداً واضحاً. والحق أنه من الأهمية بمكان إيضاح ما يفرق من الحدود بين مبدأ الإثراء بلا سبب في عمومته وبين الفضالة باعتبارها تطبيقاً خاصاً لهذا المبدأ. فيجب أن تتوافر شروط أربعة حتى يكون لواقعة من وقائع الإثراء مشخصات الفضالة، وتعديل آثارها تقريباً على ذلك. فإذا تخلف شرط من هذه الشروط لم يكن ثمة محل لإعمال الأحكام المتعلقة بهذا التطبيق الخاص، وتعين الرجوع إلى المبدأ العام». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠). وجاء في موضع آخر في هذا الشأن ما يأتي: «أما فيما يتعلق بالفضالة فقد نص على توافر صفة الاستعجال فيما يتصدى الفضولي للقيام به. فهذه الصفة هي علة ما يترتب على الفضالة من نيابة قانونية ومناط تفسير ما يتفرع عليها من حقوق والتزامات. وقد عني المشروع بإيضاح الحدود التي تفرق بين نطاق تطبيق =



الأصل عن رب العمل، ولكنه يجاوز حدود الوكالة عالمياً بذلك أو غير عالم، فهو فيما جاوز فيه هذه الحدود فضولي<sup>(١)</sup>. أو يستمر في العمل باسم الأصيل بعد انتهاء الوكالة، سواء علم بانتهاك الوكالة أو لم يعلم، فهو فضولي فيما قام به بعد انتهاء وكالته<sup>(٢)</sup>.

ولكن قد يعمل الفضولي دون وكالة أصلاً. فيقوم بتصرف قانوني باسم رب العمل. مثل ذلك أن يقبل هبة صدرت من الواهب إلى رب العمل، أو أن يؤجر عيناً شائعة بينه وبين رب العمل<sup>(٣)</sup>، أو أن يبيع محاصيل زراعية لرب العمل مما يسرع إليه التلف، أو أن يوفى بضريبة واجبة على رب العمل توكيفاً للحجز الإداري<sup>(٤)</sup>، أو أن يقبل اشتراطاً لمصلحة رب العمل حتى يصبح الاشتراط باتاً لا يتحول عنه<sup>(٥)</sup>. ونرى من ذلك أن التصرفات القانونية التي يقوم بها الفضولي قد تكون من أعمال الإدارة وقد تكون من أعمال التصرف<sup>(١)</sup>.

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية الوطنية بأنه إذا باشر الوكيل بالعمولة صفقة ما بشروط أفيد لموكله عادت الفائدة على الموكل. فإن تسلم ثمناً للبيع يزيد على الثمن الحقيقي وحسبه لنفسه اعتبر خائناً للأمانة وحق عليه العقاب (٩ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٤٠ ص ٧٨٧).

(٢) قارن ما قضت به محكمة النقض من أن الوكيل الذي يظل يتابع عمله بعد موت موكله لصالح الورثة مع علمهم بذلك يكون وكيلاً عنهم لا مجرد فضولي (نقض ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨).

(٣) أنظر في فروض يكون فيها المالك في الشيوع فضولياً: استئناف وطني في ٢ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ١٤٢ - استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩١ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٤ - وفي ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١ - محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٢٨ ص ٣١٧.

وفي إحدى القضايا أجر زيد أحد الشركاء في ملك مشاع قطعة أرض إلى بكر عن نفسه وبالنيابة عن شركائه، واشترط في عقد الإجارة دفع الأجرة إليه وإلى من يحوله بها، وحول الأجرة إلى عمرو. ومع ذلك دفع بكر إلى خالد أحد الشركاء في الشيوع جزءاً من الأجرة يعادل نصيبه في الملك المشاع. فرفع عمرو دعوى على بكر يطالبه بالأجرة، وكان خالد خصماً فيها، وأقر خالد الإجارة ولم يقر التحويل. فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بصحة الدفع الحاصل من بكر إلى خالد (١٤ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١٦٨).

(٤) استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص ٩٩.

(٥) مثل ذلك أيضاً أن يقبض الفضولي حقاً لرب العمل نيابة عنه. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التعويض الذي يستحقه المستأجر من الباطن بسبب تعرض السلطة العسكرية له في انتفاعه بالعين المؤجرة واستيلائها على هذه العين إنما هو دين يترتب في ذمة السلطة العسكرية لا في ذمة المالك. ومع ذلك إذا سوت السلطة العسكرية الحساب مع المالك، ودخل في هذا الحساب التعويض الواجب للمستأجر من الباطن، لم يكن لهذا الأخير إلا الرجوع على المالك باعتباره فضولياً ناب عنه في قبض حقه من السلطة العسكرية (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٢). أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة إسكندرية الجزئية المختلطة في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ١٢ رقم ٨٨ ص ١٥٨.

(١) الفضالة - على ما تقضى به المادة ١٨٨ من القانون المدني - تقضى بأن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك، وإذا كانت الشركة حين عهدت =

٨٦١- ما يترتب على صدور التصرف القانوني باسم رب العمل: وقد قدمنا أن الفضولي يقوم بالتصرف القانوني باسم رب العمل، كأنه وكيل عنه دون أن تكون هناك وكالة. ويترتب على ذلك:

(١) إذا توافرت جميع أركان الفضالة الأخرى. وقع التصرف نافذاً مباشرة في حق رب العمل كما لو كان الفضولي وكيلاً عنه<sup>(١)</sup>. وسنرى تفصيلاً ذلك فيما يلي.

(٢) ليس من الضروري أن يكون الفضولي ذا أهلية كاملة لمباشرة التصرف القانوني الذي تولاه باسم رب العمل، شأنه في ذلك شأن الوكيل. ويكفي أن يكون من أهل التمييز.

(٣) وعلى عكس ما تقدم يجب أن يكون رب العمل أهلاً للتصرف القانوني الذي تولاه الفضولي عنه، لأنه يقع نافذاً مباشرة في حقه كما قدمنا<sup>(١)</sup>.

(٤) يخضع، من ناحية الإثبات، التصرف القانوني الذي تولاه الفضولي باسم رب العمل للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية. فإذا كان التصرف عقداً، لم يجز إثباته فيما يجاوز خمسمائة جنيه إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها والا بالإقرار أو اليمين.

ب- العمل المادي:

٨٦٢- جواز أن يكون عمل الفضولي عملاً مادياً: هناك من يرى أن العمل الذي يقوم به الفضولي يجب أن يكون دائماً تصرفاً قانونياً قياساً على الوكالة<sup>(٢)</sup>. ولكن هذا الرأي مرجوح، ويصح أن يقوم الفضولي بعمل مادي كما يقوم بتصرف قانوني، وفي هذا تختلف الفضالة عن الوكالة.

والعمل المادي الذي يقوم به الفضولي قد يكون عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل، وقد يكون عملاً مادياً في ذاته.

٨٦٣- العمل المادي بالنسبة إلى رب العمل: فالفضولي عندما يتعاقد باسمه الشخصي، أو باسم رب العمل، بشأن عاجل من شؤون رب العمل، يكون قد قام بتصرف

=للطاعن باقامة المباني على الأرض انما كانت تعمل لحساب نفسها لا لحساب المطعون ضدها الأولى (الشريكة الموصية فيها) فان احكام الفضالة تكون غير منطوقية، كما يتفق قيام الوكالة المدعى بها لأن الوكالة لا تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل. (جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق م ٢٠ ص ١٠٠٢).

(١) أنظر مع ذلك بلائيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٣، وحكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه في هذا المرجع (٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢-١-٣٣٧).

(٢) أنظر في بحث هذا الرأي ونقده والتون ٢ ص ١٥١ - ص ١٥٢.

(١) الاقرار بعقد الفضالة يترتب عليه جميع آثار الوكالة على ما تقضى بذلك المادة ١٩٠ من القانون المدني الجديد التي قننت ما استقر عليه الفقه والقضاء في عهد القانون المدني الملغى.

(جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨ الطعن ٦٤ لسنة ٢٣ ق م ٨ ص ١٧٦).

## ٢- شأن عاجل لرب العمل

٨٦٥- مجرد النفع لا يكفي: تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي وهي تذكر أركان الفضالة إن من بين هذه الأركان «أن يكون ما يتصدى له الفضولي (شأنًا عاجلاً)، فليس يكفي لتبرير الفضالة أن يكون التصدي نافعاً أو مفيداً، بل لا بد أن يكون ضرورياً» (١).

وإذن لا يكفي مجرد النفع أو الفائدة يجلبه الفضولي لرب العمل. فلا يجوز مثلاً أن يتقدم الفضولي لشراء صفقة من أرض أو بناء لحساب رب العمل مجرد أنها صفقة رابحة، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل مجرد أن الأخذ بالشفعة يعود عليه بالنفع، أو أن يقيم بناء على أرض فضاء مملوكة لرب العمل مجرد أن إقامة البناء تمكنه من استغلال الأرض استغلالاً مفيداً، أو أن يقسم مالا شائعاً لرب العمل مجرد أن يجنبه مضار الشيوع (٢). في كل هذه الفروض نرى أن عمل الفضولي عمل نافع، بل قد يكون محقق الفائدة، ولكنه ليس من الشؤون العاجلة لرب العمل. فلا يجوز للفضولي أن يتدخل فيها. وإذا تدخل فلا يكون فضولياً، ولا يلزم رب العمل في شيء، بل قد يكون تدخله خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية. ولكن إذا رأى رب العمل أن يجيز تدخل الفضولي، فإن الإجازة تجعل العمل ينفذ في حق الحيز وفقاً للقواعد العامة.

٨٦٦- بل يجب أن يكون العمل «ضرورياً»: وإنما يتعين أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي هو من «الشؤون العاجلة» لرب العمل. فلا يكفي أن يكون نافعاً فحسب، بل يجب أن يكون ضرورياً. ومعنى «الضروري» هنا أن يكون العمل الذي قام به الفضولي من

=فيها البيئة وقرائن الأحوال، فتحنيط الموتى لما فيه من حفظ الجثة من التلف العاجل ولما فيه من تسهيل نقلها من ديار الغربية إلى الوطن حيث تقيم العائلة، فيه ولاشك منفعة للعائلة التي ترغب بمقتضى العوائد أو العقائد أن تكون الجثة مدفونة في ضريحها الخاص حيث تسهل زيارتها. وهذه المنفعة تولد شبه عقد يستحق مقابلاً. والتحنيط عمل مستقل من أعمال الطبيب لا يدخل فيما هو مشمول عنه للمتوفى من المعالجة أثناء حياته، ولذلك فهو يستحق عليه أجراً مستقلاً، وللمحاكم أن تقدر قيمته في حالة عدم الاتفاق عليه من قبله (٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١.  
(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الفضولي لا يجوز له أن ينزل عن حق لرب العمل، وبخاصة إذا كان هذا قد عاد من غيبته (٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧) - وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه لا يدخل في أعمال الفضالة عقود الفرر ولا عمليات البورصة (١٧ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٥٥) - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٣.

(١) لا يكفي لتبرير قيام الفضالة وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني تعليقا على المادة ١٨٨ منه أن يكون ما يتصدى له الفضولي نافعاً أو مفيداً بل لا بد أن يكون ضرورياً أي شأنًا عاجلاً ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام به.

(جلسة ١٩٧٤/١/١٨ الطعن ٣٢١ لسنة ٣٨ ق م ٢٥ ص ٢٣٨)  
(جلسة ١٩٧٣/١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ١١٨٩).

قانوني فيما بينه وبين الغير الذي تعاقد معه. ولكن هذا التصرف القانوني يعتبر عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل. مثل ذلك أن يتعاقد الفضولي مع مقاول لإصلاح منزل رب العمل من خلل يتهدده بالسقوط، أو أن يتعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض دهمه واقتضاه إسعافاً سريعاً، أو أن يتعاقد مع معلم يعطى دروساً خاصة لرب العمل، أو أن يقوم بدفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته، أو أن يفى بدين على رب العمل ليجنبه الحجز على ماله (١).

ولما كان هذا التصرف القانوني الذي قام به الفضولي يعتبر عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل، فإنه يجوز لرب العمل في رجوعه على الفضولي أن يثبت هذا التصرف بالبيئة وبقرائن ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه. كذلك يجب أن يكون الفضولي ذا أهلية كاملة للتصرف الذي تولاه ولا يكفي فيه أن يكون من أهل التمييز، وهذا إذا لم يتعاقد نائباً عن رب العمل، بل تعاقد باسمه الشخصي، فانصرف أثر العقد إليه، وسرى فيما يلي تفصيل ذلك.

٨٦٤- العمل المادى في ذاته: وقد يقوم الفضولي بعمل مادى في ذاته، كأن يقطع التقادم في حق مهدد بالسقوط لرب العمل، أو أن يقيد رهناً لمصلحة رب العمل، أو أن يجدد قيد الرهن، أو أن يطفى حريقاً اشتعلت في منزل لرب العمل، أو أن يجنى محصولاً لرب العمل يخشى عليه إذا لم يجن من التلف، أو أن ينقي زراعة رب العمل من دودة القطن، أو أن يكبح جماح حصان أو شوك أن يلقي براكبه إلى الأرض، وما إلى ذلك من الأعمال المادية التي تكون من الشؤون العاجلة لرب العمل (٢).

وغنى عن البيان أن هذه الأعمال المادية تثبت بجميع الطرق، ويدخل في ذلك البيئة وبقرائن (٣).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شريك في الشيوع باسمه الخاص، وعلى مرأى ومسمع من شريكه الآخر، محصول القطن الناتج من الأرض المملوكة في الشيوع، كان في تصرفه بالنسبة إلى شريكه فضولياً ينوب عنه في البيع وفي قبض الثمن (١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩١).

(٢) وقد اعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة قيام مجلس الصحة البحرية والكورنتينات بترحيل فريق من الحجاج جنحت بهم سفينتهم فأنزلتهم في الحجر عملاً من أعمال الفضالة قام به المجلس لمصلحة أصحاب السفينة الجانحة (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧). وكذلك اعتبرت عملاً من أعمال الفضالة إدارة الشؤون المتعلقة بدير سيناء، وهي شؤون كان الأرشيمونديت يتولاها في مدينة كيبف بمقتضى توكيل عام، ثم اعتزل الوكالة، ولكنه بقي بعد ذلك يدير هذه الشؤون دون وكالة إلى أن احتلت الجنوب السوفيتية مدينة كيبف (٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧٤). واعتبرت أيضاً عملاً من أعمال الفضالة انحراف سفينة عن طريقها العادى لمعاونة سفينة أخرى والسير بها إلى الميناء التي تقصدها (١٨ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ١٨٤).

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية «أن عمل شخص لمصلحة شخص آخر بقصد جلب المنفعة له يعد شبه عقد يترتب عليه التزام من عادت عليه المنفعة ولو كان عديم الأهلية بدفع مقابل لذلك الشخص الذي ترتب على فعله جلب المنفعة، ويجوز إثبات شبه العقد هذا بجميع طرق الإثبات، بما

الشؤون التي ما كان رب العمل ليتوانى في القيام بها. فقام به الفضولي ناظراً إلى مصلحة رب العمل. نرى ذلك متحققاً فيما قدمناه من الفروض: قبول الهبة عن رب العمل، إيجار عين شائعة لرب العمل ما كانت تستغل بغير هذا الإيجار، بيع محصولات يسرع إليها التلف، دفع ضريبة توقيتاً لحجز إداري، قبول اشتراط لمصلحة رب العمل، التعاقد مع مقاول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط، التعاقد مع طبيب لإسعاف رب العمل من مرض دهمه، التعاقد مع معلم لإعطاء درس ضروري لرب العمل، دفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته، الوفاء بدين على رب العمل متعاً للحجز على ماله، قطع التقادم في حق مهدد بالسقوط، قيد رهن أو تجديد القيد، إطفاء حريق، جنى محصول يخشى عليه من التلف، تنقية الزراعة من دودة القطن، الإمساك بزمام حصان جامح. كل هذه أعمال - قانونية أو مادية - هي من الشؤون العاجلة لرب العمل، وما كان هو ليتوانى في القيام بها (1).

ويفهم مما قدمناه في تحديد معنى «الشأن العاجل» أن قيام الفضولي بهذا الشأن، إذا هو بذل فيه العناية الواجبة، يؤدي إلى نفع محقق لرب العمل. ومن هذا اشترط بعض الفقهاء في الفضالة أن يتم عمل الفضولي بنجاح (1).

ومتى قام الفضولي بالعمل الذي تولاه، وعاد ذلك بالنفع على رب العمل، فإنه يستوى بعد هذا أن يبقى هذا النفع أو يزول. فلو أن الفضولي أصلح منزلاً لرب العمل، ثم احترق هذا المنزل، لبقى للفضولي حق الرجوع على رب العمل بما أنفقه من المصروفات. وهذا هو عين المبدأ الذي قررناه في قاعدة الإثراء بلا سبب. وسنعود إلى تفصيل ذلك فيما يلي.

## المطلب الثاني

### نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل

٨٦٧- هذا هو الركن المعنوي في الفضالة كما قدمنا. ونقف هنا عند النية والقصد.

(1) أنظر في هذه المسألة محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ يونية سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٣ ص ٢٧٩ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٣٢٨ - وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩. وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٦.

ولكن ليس من الضروري أن يصل نجاح الفضولي إلى حد تحقيق النتيجة المرجوة من تدخله، فقد نصت المادة ١٩٥ على أنه «يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة».

(1) لا يمكن اعتبار الاقرار بالتخالف من الغير عملاً من أعمال الفضولي، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضولي الذي يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضرورياً بالنسبة لرب العمل.

(جلسة ١٩٦٢/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤١٤)

(جلسة ١٩٧٤/١/٢٨ الطعن ٣٢١ لسنة ٣٨ ق م ٢٥ ص ٢٢٨)

فلا تقوم الفضالة إلا إذا انصرفت نية الفضولي، وهو يتولى شأناً لغيره، إلى أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل (1).

والفضولي في هذه النية إما أن يكون على بينة من أمره، وإما أن يكن على غير بينة.

## ١- الفضولي على بينة من أمره

٨٦٨- القصد عند الفضولي هو الذي يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب: يغلب أن يكون الفضولي على بينة من أمره، وتنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل. وهذه النية هي التي تميز ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب (1). والفضولي إنما يعرف بهذه النية، فهو متفضل لأنه لا يعمل لمصلحة نفسه بل يعمل لمصلحة غيره. وقد رأينا ذلك محققاً في أعمال الفضالة التي استعرضناها فيما تقدم. والفضالة من التفضل لا من التطفل.

أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه، فإنه لا يكون فضولياً حتى لو عاد تدخله على الغير بنفع. ولا يرجع في هذه الحالة بدعوى الفضالة، وإنما يرجع بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها. مثل ذلك أن يقوم المستأجر بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة حتى يستوفي منفعة العين لنفسه، فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً لأنه يعمل لمصلحة نفسه، ويرجع على المالك بدعوى الإثراء كما قدمنا (2).

(1) تميز أيضاً ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير. فقد رأينا في الاشتراط لمصلحة الغير أن المشروط له مصلحة شخصية في الاشتراط، أما الفضولي فليست له مصلحة شخصية في الفضالة ولا يقصد إلا مصلحة رب العمل.

(1) الفضولي يجب أن تنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة غيره لا لمصلحة نفسه، فإذا انصرفت نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فلا تصدق عليه صفة الفضولي حتى ولو عاد تدخله على الغير بنفع، ومن ثم فإن المستأجر إذا قام بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة مستهدفاً منفعة العين لنفسه فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً، حتى ولو كان هذا التدخل ليس مستحقاً لمصلحته وإنما قد يكون فيه نفع للمالك بالتبعية.

(جلسة ١٩٧٧/١١/١٦ الطعن ٤٣١ لسنة ٤٤ ق م ٢٨ ص ١٧٠٣).

(2) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن «محل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضولي هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولي لحساب المالك لا لحسابه الخاص لغرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً. فمستأجر الأرض الذي يجري تحسينات بها ويقيم مباني ويفرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصي، رغم الحظر الصريح عليه في عقد الإيجار بعدم إجراء شيء من ذلك إلا بأمر المالك، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات في العين المؤجرة» (٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٨ ص ١٧٥ - المحاماة ١٨ رقم ٧٢ ص ١٥٠). وقضت محكمة المنشية بأن «أعمال الفضولي... شروطها أن يكون الفضولي قد انصرف جهده واتجه غرضه في عمله إلى منفعة رب المال، وأن يكون قد عاد على هذا الأخير فائدة مباشرة لم تكن وليدة المصادفة، فلا يجوز لمن قام بعمل لفائدة نفسه أن يرجع على غيره بمجرد أنه استفاد من عمله بالتبعية» (٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٣ ص ٥٣٥). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حامل السند الذي يقاضي الشركة عند سنده لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى سائر حاملي =



٨٦٩- جواز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في وقت معا:

وليس من الضروري أن تتمحض نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل وحده، بل يجوز، كما تقول المادة ١٨٩ «أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء توليه شأنًا لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشائنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر» (١). فالشريك المشتاع يؤجر العين الشائعة، فيستغلها لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه في الشيوخ، فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك، ولا يمنع من ذلك أنه عمل في الوقت ذاته لمصلحة نفسه، بل لا يمنع من ذلك أنه عمل لمصلحة نفسه أولاً، وأنه ما كان يعمل لمصلحة شريكه لولا مصلحته هو. فالمهم أن يكون قد عمل لمصلحة شريكه على وعي منه، حتى لو كان مضطراً إلى ذلك لما بين مصلحته ومصلحة شريكه من ارتباط لا يمكن معه القيام بمصلحة نفسه دون القيام بمصلحة شريكه (١). وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «بيد أن الأمر يظل محصوراً في نطاق الفضالة ما بقيت النية المذكورة قائمة، ولو تولى الفضولي شأن الغير وشأن نفسه في وقت واحد بسبب ارتباط هذين الشائنين على نحو لا يتيح له

= السندات (٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٢٧). وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا قدم الشريك حصته في الشركة عقاراً مثقلاً بحكر فإنه لا يكون ملزماً بشراء الحكر ولا برد الثمن الذي رأت الشركة أن تشتري به الحكر، وكل ما تملكه الشركة قبله هو أن ترجع عليه بدعوى الإثراء لما أفاده من تخلص العقار من حق الحكر (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٩٥)، ولم تعتبر المحكمة الشركة فضولياً لأنها عملت لمصلحة نفسها لا لمصلحة الشريك - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٣، ومحكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥. وانظر في القضاء الفرنسي محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ يونيو سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣-١-٢٢٣ - سيريه ١٩٢١-١-١٢ (وهو منشور في «الأحكام الرئيسية للقضاء المدني» لكابيتان باريس سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٧ - ص ٤٢٩ - وقد أشار لحكم آخر من محكمة النقض الفرنسية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ ص ٩٨ - وأشار إلى: كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٧٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٣ - بلانيول وريبير وأسمان ٧ فقرة ٧٢٧ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٢ - أوبري ورو ٦ فقرة ٤٤١ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦).

(١) ولكن إذا عمل سمسار لمصلحة أحد المتبايعين حتى تمت الصفقة فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتبايع الآخر (استئناف مختلط في ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٩). وكذلك إذا عمل سمسار لمصلحة موكله حتى كسب القضية فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتقاضين الآخرين الذين لم يوكلوه وكانت لهم مصلحة مشتركة مع موكله (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨).

(١) الفضالة باعتبارها من مصادر الالتزام تتحقق طبقاً لما تنص عليه المادتان ١٨٨، ١٨٩ من التقنين المدني كلما تولى الشخص عن قصد أثناء توليه شأنًا لنفسه القيام بعمل عاجل لحساب غيره لما بين الشائنين من ارتباط لا يمكن القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر (جلسة ١٩٧٧/٤/٨ الطعن ٥٦٢ لسنة ٤٠ ق ٢٨ ص ٩٧٠).

القيام على أحدهما استقلالاً عن الآخر، كما هو شأن الشريك المشتاع عند إدارة المال الشائع (١).

## ٢- الفضولي على غير بينة من أمره

٨٧٠- لا يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة

غيره: وقد لا يكون المتدخل في شؤون الغير على بينة من أمره، فتتصرف نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره. فلا يكون فضولياً في هذه الحالة لأن العبرة بالنية. فمتى انصرفت نيته إلى العمل لمصلحته الشخصية ارتفعت عنه صفة الفضولي (١)، حتى لو كشف بعد ذلك أنه كان يعمل لمصلحة غيره أو لمصلحة نفسه ومصلحة غيره في وقت واحد. فلو أن منزلاً كان في حيازة شخص واعتقد الحائز أنه يملك المنزل، فأجرى فيه إصلاحات ضرورية لمصلحته هو، ثم تبين بعد ذلك أن المنزل ملك لغيره أو أنه شائع بينه وبين غيره، فلا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى هذا الغير، ولا يرجع عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها. وفي هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدي (٢): «تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه». وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد، وهي تستعرض ركناً من أركان الفضالة، ما يأتي: «ثالثاً- أن يتصدى الفضولي لشأن الغير عن بينة أو عن قصد، ومؤدى هذا أن تتصرف نية الفضولي إلى القيام بما تصدى له لحساب رب العمل، فإذا لم تتوافر هذه النية بأن اعتقد الفضولي وهو يتولى شأن الغير أن يقوم بشؤون نفسه خرج الأمر عن نطاق الفضالة وطبقت قواعد الإثراء (٣)».

٨٧١- ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به يعمل

لمصلحة شخص آخر: أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة غيره فإنه يكون فضولياً كما قدمنا، حتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة هذا الغير كوكيل عنه وهو ليس بوكيل، وحتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة شخص معين فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر (٤). فالمهم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١.

(٢) وقد حذفت هذه المادة بفقرتها في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ «لأنها تتصدى لجزئيات يدخل بعضها في نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة في مواد الإثراء بلا سبب». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٨).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١. وانظر في هذه المسألة استئناف مختلط في ٢٢ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٨٩١ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٧.

(٤) محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ١٢١ ص ٣٧٥.

(١) الفضولي يجب أن تتصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة غيره لا لمصلحة نفسه، فإذا انصرفت نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فلا تصدق عليه صفة الفضولي حتى ولو عاد تدخله على الغير بنفع، ومن ثم فإن المستأجر إذا قام بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة مستهدفاً استيفاء منفعة العين لنفسه فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً، حتى ولو كان هذا التدخل ليس مستهدفاً لمصلحته وإنما قد يكون فيه نفع للمالك بالتبعية.

(جلسة ١٩٧٧/١١/١٦ الطعن ٤٣١ لسنة ٤٤ ق ٢٨ ص ١٧٠٣)

هو أن تصرف نية الفضولي إلى العمل لمصلحة الغير، لا لمصلحة شخص معين بالذات. وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وإذا كانت تلك النية (نية العمل لمصلحة الغير) ضرورية من هذا الوجه، فهي بمجرد كفاية دون حاجة إلى اشتراط انصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته. فمتى قصد الفضولي إلى التصدي لشأن الغير، بقى قائماً بعمله، ولو أخطأ في شخص رب العمل. وفي هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقي ما يترتب على الفضالة من حقوق، ويتحمل ما ينشأ عنها من التزامات (أنظر المادة ٦٨٦ من التقنين الألماني والمادة ٩٥٥/١١٩١ من التقنين التونسي والمراكشي والمادة ١٥٣ من التقنين اللبناني)» (١).

### المطلب الثالث

#### الفضولي يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهي عنه

٨٧٢- هذا هو الركن الثالث للفضالة، وهو الركن الذي يحدد الموقف القانوني لكل من الفضولي ورب العمل من الشأن العاجل الذي قام به الفضولي.

أما موقف الفضولي من هذا الشأن العاجل فيتلخص في أنه لم يكن ملتزماً به قبل أن يتولاه (١). وأما موقف رب العمل فيتلخص في أنه لم يأمر الفضولي أن يقوم به ولم ينهه عن ذلك.

#### ١- موقف الفضولي من الشأن العاجل

٨٧٣- لا يعتبر فضولياً من يكون ملتزماً بتولي شأن الغير: جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، في معرض ذكر أركان الفضالة، ما يأتي: «رابعاً- أن يتولى الفضولي شأن الغير دون أن يكون ملتزماً بذلك. وقد فصل التقنين اللبناني هذا الشرط فنص في المادة ٦٧٧ على إثبات صفة الفضولي لمن يتولى شأناً لحساب الغير دون أن يوكله هذا أو دون أن يكون ملتزماً قانوناً بذلك. وتبسط التقنين النمساوي في هذا الشأن فنص في المادة ١٠٣٥ على إلحاق صفة الفضولي بمن يقوم بشأن للغير (غير مأذون بمقتضى اتفاق صريح أو ضمنى أو أمر من محكمة أو نص في القانون). وعلى هذا الأساس لا يعتبر فضولياً من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١-٤٧٢.

(١) من المقرر أنه حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب أو لاحكام الفضالة، بل يكون العقد وحده هو مناطه لتحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر، وإذا كانت العلاقة بين طرفي الخصومة علاقة تعاقدية وقد خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط حق الشركة الطاعة تأسيساً على قواعد الإثراء بلا سبب والفضالة فإنه يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٨١/٥/١٨ الطعن ٤٧٠ لسنة ٥٠ من ٣٢ ص ١٥٣٠)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ الطعن ٩١١ لسنة ٤٧ ق من ٣٠ ص ٤٢٦ ع ٣٤)

(جلسة ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٥٨٣)

يكون ملتزماً بتولي شأن الغير بمقتضى عقد كالكفيل أو بمقتضى أمر من المحكمة كالحارم أو بمقتضى نص في القانون كالوصي (١).

ويتبين من ذلك أن من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب، حتى يكون فضولياً، أن يكون ملتزماً من قبل أن يقوم بهذا الشأن، لأنه إذا كان ملتزماً به فهو ليس بفضولي يتبرر بالعمل لمصلحة الغير، بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن (١).

ويترتب على ذلك أن المفاوض إذا تعاقد مع رب العمل على أن يقيم له بناء في أرض فإن المفاوض لا يعتبر فضولياً. لأنه ملتزم بإقامة البناء بمقتضى عقد المفاوضة. كذلك الحارم القضائي وهو يدير العين المتنازع عليها لا يعتبر فضولياً لأنه ملتزم بإدارة العين بمقتضى أم القاضى. والمتبوع إذا دفع تعويضاً عن الضرر الذي أحدثه تابعه لا يعتبر فضولياً لأنه مستوف بحكم القانون عن هذا الخطأ.

#### ٢- موقف رب العمل من الشأن العاجل

٨٧٤- رب العمل لا يعلم بالفضالة: قلنا إن موقف رب العمل من الفضولي في هذا الشأن العاجل هو موقف من لم يأمره بتولي العمل ولم ينهه عنه.

وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولي قد تولى شأن عاجلاً من شؤونه، لأنه يكون بعيداً عن هذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه بنفسه، فيتولا الفضولي عنه. وهذه هي الحالة الغالبة في الفضالة. وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «والغالب أن يجهل رب العمل تصدى الفضولي للقيام بهذا العمل» (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٢. ويلاحظ أن التزام الوكيل بالعقد، على ما جاء في المذكرة الإيضاحية، هو التزام للوكيل الرجوع فيه لأن الوكالة عقد غير لازم. وتؤثر أن يكون استبعاد الوكيل عن نطاق الفضالة أتياً من طريق أنه مأمور من رب العمل لا من طريق أنه ملتزم بمقتضى العقد، كما منرى هذا والكفيل إذا تطوع لكفالة المدين، دون أمر منه أو نهى، كان فضولياً، والعمل الذي قام به لمصلحة المدين هو التزامه نحو الدائن بوفاء الدين إذا لم يف المدين به. وللكفيل في هذه الحالة، إذا هو دف الدين، أن يرجع على المدين بدعوى الفضالة. أما إذا كان الكفيل مأموراً من المدين بالكفالة، فكفلاً الدين ثم دفعه للدائن، كان له أن يرجع على المدين بدعوى الوكالة، ولا يكون فضولياً في هذه الحالة وكذلك لا يكون فضولياً إذا نهى المدين عن الكفالة، ولكنه كفل المدين بالرغم من هذا النهى ودفع للدائن، ويرجع في هذه الحالة على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب.

(١) الفضالة - على ما تقتضى به المادة ١٨٨ من القانون المدني، تقتضى أن - يتولى شخص عن قصد القيا، بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملتزماً بذلك، وإذا كانت الشركة حين عهدت للطاعر بإقامة المبنى على الأرض انما كانت تعمل لحساب نفسها لا لحساب المظنون ضدها الأولى (الشريك الموصية فيها) فان احكام الفضالة تكون غير منطبقة، كما يتفق قيام الوكالة المدعى بها لان الوكالة تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٠٠٢)

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠.

٨٧٥- رب العمل يعلم بالفضالة: ولكن قد يقع أن رب العمل يكون عالماً بأن الغير يتولى شأناً من شؤونه العاجلة. فإذا كان هو الذي دعاه إلى ذلك كان الغير وكيلاً لا فضولياً<sup>(١)</sup>. وكالوكالة السابقة الإجازة اللاحقة، فيجوز أن رب العمل لا يدعو الفضولي إلى تولي شؤونه، ولكنه يجيز عمله بعد ذلك، فيصبح الفضولي بهذه الإجازة وكيلاً<sup>(٢)</sup>. وفي هذا تقول المادة ١٩٠ التي سبق ذكرها: «تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي». وتصبح الفضالة وكالة منذ بدء الفضالة، إذ أن الإجازة لها أثر رجعي<sup>(٣)</sup>. ويستثنى الغير من ذلك، فلا يكون للإجازة أثر رجعي بالنسبة إلى الغير إلا من وقت صدورها. ويصح أن تصدر الإجازة من رب العمل سواء كان المتدخل في شؤونه فضولياً استوفى شروط الفضالة، أو كان لم يستوف شروط الفضالة بأن كان يعمل لمصلحة نفسه مثلاً، ففي الحالتين تجعل الإجازة المتدخل وكيلاً إذا كان العمل الذي قام به تصرفاً قانونياً<sup>(٤)</sup>. وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الشأن: «فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضمناً سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولي من حقوق والتزامات من بدء الفضالة. ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها (أنظر المادة ١١٩٤/٩٥٨ من التقنين التونسي والمراكشى والمادة ١٥٤ من التقنين اللبناني)، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة، ولو كان الفضولي قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه (المادة ٦٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٢٠ من التقنين البولونى). ويراعى في الحالة الأخيرة أن الوضع الذى تطبيق بشأنه أحكام الوكالة ليس صورة من صور الفضالة، ولكنه صورة من صور الإثراء بلا سبب<sup>(٥)</sup>».

أما إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى تولي العمل الذى قام به، بل على العكس من ذلك نهاه عن التدخل فى شؤونه، فلا يكون الغير فضولياً<sup>(٥)</sup>، ويجب عليه الامتناع عن

(١) استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧. ويشترط حتى يكون الغير وكيلاً أن يكون العمل الذى يتولاه هو تصرف قانونى.

(٢) الإقرار بعقد الفضالة يترتب عليه جميع آثار الوكالة على ما تنص بذلك المادة ١٩٠ من القانون المدنى الجديد التى قننت ما استقر عليه الفقه والقضاء فى عهد القانون المدنى الملغى. (جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨ الطعن ٦٤ لسنة ٢٣ ق ٨ ص ١٧٦)

(٣) ويجوز مع ذلك ألا يكون رب العمل أهلاً للتصرف الذى قام به الفضولي وقت قيام هذا به، مادام يصبح كامل الأهلية وقت الإجازة، فإن القاصر يستطيع عند بلوغ سن الرشد إجازة التصرفات التى صدرت وهو قاصر (أنظر فى هذا المعنى بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٤ ص ٤٢٢).

(٤) وللإجازة فائدة عملية تظهر فيما إذا كان هناك شك فى أن تدخل الغير قد استوفى شروط الفضالة، فإجازة رب العمل لتدخل الغير تقطع كل شك وتجعل التصرف المجاز سارياً فى حق المجيز (أنظر فى هذا المعنى بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٤ ص ٤٢١).

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١. ويلاحظ أن الفضالة لا تنقلب وكالة فى جميع الصور المتقدمة إلا إذا كان العمل الذى يتولاه الفضولي هو تصرف قانونى.

(٥) استئناف مختلط فى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٣ - وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٩٢ - وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ - وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩.

التدخل، وإلا ارتكب خطأ قد يستوجب مسؤوليته التقصيرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل. وإذا عاد بالمنفعة، فإنه لا يرجع بدعوى الفضال، بل بدعوى الإثراء بلا سبب. وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يقضى بهذه الأحكام، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣، وقد حذفت اكتفاء بتطبيق القواعد العامة، وكانت تجرى بما يأتى: «وكذلك تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة<sup>(١)</sup>».

بقى الفرض الثالث، وهو أن يكون رب العمل لم يدع الغير إلى التدخل فى شؤونه ولم يمنعه من ذلك. فإذا وقف رب العمل من المتدخل هذا الموقف السلبي، لا يأمره بالتدخل ولا ينهائه عنه. كان هذا هو مجال الفضالة، واعتبر المتدخل فضولياً. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى: «فإذا علم (رب العمل) بذلك ولم يفصح عن موقفه من طريق المعارضة أو الإقرار، بقيت لقواعد الفضالة ولايتها، ووجب تطبيقها<sup>(٢)</sup>».

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص هو المادة ٢٦٣ من هذا المشروع. وقد جرى هذا النص على الوجه الآتى: «١- تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن نفسه. ٢- وكذلك تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة. ومع ذلك تطبيق قواعد الفضالة، ولا يعتد بهذه الإرادة المخالفة، إذا كان من تدخل فى شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة، كالاتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت». وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية على هذا النص. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٩٥. ولما عرض النص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، رأت اللجنة حذفه لأنه يتصدى لجزئيات يدخل بعضها فى نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة فى مواد الإثراء بلا سبب. ووافق مجلس الشيوخ على الحذف.

ولاشك فى أن تطبيق القواعد العامة تتسع لاستنباط الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها النص. فالشخص الذى يقوم بشأن لنفسه لا يكون فضولياً، بل يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب. كذلك يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب من تدخل فى شؤون غيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير حتى لو كانت هذه الإرادة مفروضة. ولكن النص استثنى من القاعدة الثانية حالة ما إذا كان التدخل قد اقتضته حاجة ملحة هى وجود التزام قانونى فى ذمة رب العمل تقضى بأدائه المصلحة العامة، كالاتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت، فإذا تدخل شخص وأدى عن رب العمل التزامه بالنفقة نحو من تجب عليه نفقته، أو قام بتجهيز ميت يلتزم رب العمل شرعاً بتجهيزه، فإن هذا الشخص يعتبر فضولياً فى هذه الحالة حتى لو نهاه رب العمل عن التدخل وعن أداء هذا الالتزام القانونى. وعلة هذا الحكم مفهومة، فإن الفضولي إنما يقوم عن رب العمل بالالتزام قانونى تقضى المصلحة العامة بأدائه، فلا يعتد فى هذه الحالة بنهى رب العمل للفضولي عن أداء هذا الالتزام. ولكن أيكفى أن تكون علة الاستثناء مفهومه؟ وأليس من الواجب، إذا أريد الاستثناء من قاعدة عامة، أن ينص على هذا الاستثناء؟

(أنظر فى المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٧ هامش رقم ١ وص ٤٧٠ - ص ٤٧١).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠.



ومن ثم نرى أن الفضالة لا تقوم إلا في فرضين من الفروض المتقدمة: (١) إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولي (٢) أو كان يعلم بهذا التدخل ولكنه يقف منه موقفاً سلبياً، لا يأمر به ولا ينهى عنه.

## المبحث الثاني

### أحكام الفضالة

٨٧٦- التزامات الفضولي والتزامات رب العمل: الفضالة، إذا توافرت أركانها على النحو الذي قدمناه، ترتب التزامات في جانب الفضولي وأخرى في جانب رب العمل.

### المطلب الأول

#### التزامات الفضولي

٨٧٧- ما هي هذه الالتزامات وما هو مصدرها: يلتزم الفضولي بما يأتي:

- ١- أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.
- ٢- أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك.
- ٣- أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي.
- ٤- أن يقدم حساباً لرب العمل عما قام به وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة.

ومصدر هذه الالتزامات جميعاً عمل مادي إرادي يقوم به الفضولي فيرتب عليه القانون مباشرة هذه الالتزامات<sup>(١)</sup>. وهذا ظاهر إذا كان العمل الذي يقوم به الفضولي هو عمل مادي في ذاته، وهو صحيح أيضاً حتى إذا كان العمل الذي يقوم به الفضولي هو تصرف قانوني، سواء عقده باسمه الشخصي أو عقده باسم رب العمل نيابة عنه، ففي الحالتين يعتبر قيام الفضولي بإبرام هذا التصرف القانوني عملاً مادياً في العلاقة ما بين

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الشأن ما يأتي: «يعتبر القانون مصدراً مباشراً لالتزامات الفضولي، ولو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادي» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٣). ونريد بالعمل المادي الإرادي هنا أن الذي أراده الفضولي هو العمل المادي، لا الالتزامات التي يرتبها القانون على هذا العمل (قارن الدكتور أبو عافية في التصرف القانوني المحرر بالنسخة العربية من ١٧٠ هامش رقم ٧). ولا يجوز القول إن القانون مصدر غير مباشر لالتزامات الفضولي وأن المصدر المباشر لهذه الالتزامات هو هذا العمل المادي الإرادي الصادر من الفضولي فإن القانون لم يصل بعد أن يجعل من العمل المادي الإرادي مصدراً عاماً للالتزام، كما فعل في العقد وفي العمل غير المشروع وفي الإثراء بلا سبب. والصحيح أن القانون رتب على واقعة قانونية معينة، هي العمل المادي الصادر من الفضولي بشروطه المعروفة، التزامات معينة، كما رتب التزامات معينة على وقائع قانونية أخرى، كواقعة الجوار وواقعة القرابة. فكل هذه الوقائع يرتب عليها القانون التزامات ينص عليها، ويعتبر القانون مصدراً مباشراً لهذه الالتزامات. وستفصل ذلك عند الكلام في الالتزامات التي تنشأ من القانون (أنظر في الرأي الآخر مذكرات مطبوعة للدكتور وديع فرج ص ٢٩-٣٠).

الفضولي ورب العمل، وإن كان العمل يعتبر تصرفاً قانونياً في العلاقة ما بين الفضولي والغير إن كان الفضولي عقده باسمه الشخصي، وفي العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولي عقده باسم رب العمل.

ونستعرض: (أولاً) التزامات الفضولي الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام تتعلق بأهلية الفضولي وبالأثر الذي يترتب على موت الفضولي أو موت رب العمل وبتقادم هذه الالتزامات.

### ١- التزامات الفضولي الأربعة

أ- الالتزام الأول: مضي الفضولي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه:

٨٧٨- جاء في المادة ١٩١ ما يأتي: «يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه<sup>(١)</sup>». وقد أراد المشرع بهذا الالتزام أن يمنع التدخل في شؤون الغير عن خفة واستهتار. فمن تدخل في شأن لغيره من غير أن يدعي لذلك وجب عليه ألا يتخلى عن العمل متى بدأه أن يتخلى، بل يلتزم بالمضي فيما بدأه رعاية لمصلحة رب العمل، وهي المصلحة التي قصد الفضولي أن يربحها. ولكن لا يلتزم الفضولي بإتمام العمل إلا إذا لم يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه. فإذا تمكن من ذلك - وسرى أن الفضولي يجب عليه إخطاره بتدخله متى استطاع - سقط عن الفضولي التزامه بإتمام العمل بل التزامه بالمضي فيه، وأصبح من واجب رب العمل، ومن حقه في الوقت ذاته، أن يباشر شؤونه بنفسه، وأن يتخلى له الفضولي عن ذلك.

وإذا كان العمل الذي تولاه الفضولي عملاً مادياً، كتقنية زراعة من دودة القطن أو إطفاء حريق، وجب على الفضولي المضي في تقنية الزراعة أو في إطفاء الحريق حتى يأتي رب العمل ويباشر العمل بنفسه. أما إذا كان العمل الذي تولاه تصرفاً قانونياً - سواء عقده باسم رب العمل أو باسمه الشخصي - فواجبه هنا أيضاً أن يمضي في عمله، فيتم إبرام التصرف القانوني، ويقوم بالإجراءات التي يوجبها القانون كتسجيل التصرف أو قيده، ثم يباشر تنفيذ التصرف إذا اقتضى الأمر، فيؤدي ما أنشأه التصرف من التزامات، ويطالب بما رتبته من حقوق، باسم رب العمل أو باسمه الشخصي على حسب الأحوال. كل هذا حتى يتمكن رب العمل من مباشرة التصرف الذي عقده الفضولي نيابة عنه، فيمضي في الإجراءات أو في التنفيذ بنفسه. أما التصرف الذي عقده الفضولي باسمه الشخصي

(١) تاريخ النص: رد هذا النص في المادة ٢٦٥ من المشروع التمهيدى بتغيير لفظي طفيف. وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة تحت رقم ١٩٧ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ١٩٧. كما وافق عليه كل من لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٣-٤٧٤).

فيستمر هذا فيه حتى يتم تنفيذه لأنه هو المسئول عنه شخصياً، وليس لرب العمل إلا تعويضه عن التزاماته وإلا محاسبته عنه كما سيأتي.

ب- الالتزام الثاني: إخطار الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك:

٨٧٩- ولا يكفي أن يمضي الفضولي في العمل الذي بدأ به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، بل يجب إلى ذلك أن يبادر إلى إخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يتمكن من ذلك، فيستطيع رب العمل بعد هذا الإخطار أن يستعمل حقه من مباشرة العمل بنفسه، وقد رأينا أن هذه المباشرة إذا كانت واجبا عليه فهي أيضاً حتى له. وهذا الالتزام هو ما ينص عليه الشطر الثاني من المادة (١٩١) إذ تقول «كما يجب عليه (أى على الفضولي) أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك<sup>(١)</sup>». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي<sup>(٢)</sup> في هذا الصدد ما يأتي: «ويلاحظ أن الفضولي يلزم بالمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه. ولما كان لرب العمل أن يكف الفضولي عن التدخل فيما تصدى له، لذلك كان من واجب الفضولي أن يخطره بتدخله في أول فرصة تتاح له. ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبة أن يقوم بذلك».

وغنى عن البيان أن الفضولي ليس مطالباً أن يبذل جهداً غير معتاد لإخطار رب العمل بتدخله، بل هو مطالب أن ينتهز أول فرصة معقولة تتاح له حسب الظروف التي تحيط به للقيام بهذا الإخطار.

ج- الالتزام الثالث: بذل عناية الشخص العادي في القيام بالعمل:

٨٨٠- النص القانوني: تنص المادة ١٩٢ على ما يأتي:

١- يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي. ويكون مسئولاً عن خطئه. ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك».

٢- وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب».

٣- وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية<sup>(٣)</sup>.

(١) أنظر فقرة ٨٧٨ في الهامش.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٣.

(٣) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: ١٥- يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المعتاد وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة. ٢- ويكون مسئولاً عن كل خطأ، غير أنه يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضي ذلك. ٣- وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات =

وهذا النص يشتمل على أحكام هامة في الفضالة<sup>(١)</sup>. فهو: (١) يرسم معيار الخطأ

= نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب. وإن تعدد الفضولي كان الجميع متضامنين في المسؤولية. ثم قدمت لجنة المراجعة النص تحت رقم ١٩٨ في المشروع النهائي بالصيغة الآتية: ١- يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة. ويكون مسئولاً عن كل خطأ، غير أنه يجوز للقاضي أن ينقص التعويض على خطئه إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضي ذلك. ٢- وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب. ٣- وإذا تعدد الفضوليون كانوا متضامنين في المسؤولية. - وقد وافق مجلس النواب على المادة كما وردت في المشروع النهائي دون تعديل تحت رقم ١٩٨ - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تليت المادة ١٩٨، فأقترح حذف عبارة «وأن يطابق بين عمله وإرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة» الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة لأنها تورد معياراً شخصياً يوقع في إشكالات كثيرة. واقترح كذلك الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد في صدر هذه الفقرة وتعديل باقى الفقرة إلى ما يأتي: «ويكون مسئولاً عن خطئه، ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك». كما اقترح حذف الفقرة الثانية لأنها تطبيق للقواعد العامة وقواعد مسئولية المتبوع عن تابعه. واعتراض على صياغة الفقرة الثالثة لأنه يجب أن يكون هناك ارتباط في العمل بين الفضوليين، وإذا كان المقصود منها أن تطبق في حالة ما إذا قام أكثر من واحد بعمل واحد فمن الواجب إظهار هذا الحكم. واقترح أن يكون نصها كالآتي: «وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية». وبذلك أصبح نص المادة ١٩٨ كالآتي: ١- يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي ويكون مسئولاً عن خطئه. ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك ٢- وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية. وفي جلسة أخرى من جلسات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تليت المادة ١٩٨ ورأت اللجنة بعد مناقشتها إرجاع الفقرة الثانية منها وكانت قد حذفها، وسبب ذلك أن الفضالة عمل قائم بذاته يحتاج إلى شيء من العناية في النصوص الخاصة به. وقالت اللجنة في تقريرها ما يأتي: «حذفت اللجنة من الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة «وأن تطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة» واكتفت اللجنة بأن يبذل الفضولي في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، واستبدلت في الفقرة نفسها عبارة «إذا كانت الظروف تبرر ذلك» بعبارة «إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضي ذلك» فقد تكون هناك ظروف غير التي دفعت الفضولي إلى القيام بالعمل وتقتضي في الوقت نفسه إنقاص التعويض. ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تمشياً مع ما تملية العدالة». وأصبح رقم المادة ١٩٢ - ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٤ - ص ٤٧٨).

(١) أنظر ما يقابلها في التقنينات الأجنبية المادة ٦٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٣٧٢ و ١٣٧٤ من القانون الفرنسي والمادة ١٨٩٠ من القانون الإسباني والمادة ١٥٦ من القانون اللبناني والمادة ٦٨١ من القانون الألماني والمادة ٤٢٠ من قانون الإثبات السويسري.

ولا مقابل في القانون المصري القديم لهذا النص الجديد إلا المادتان ١٤٩/٢١٠ من القانون القديم، وهذا هو نصهما: «الالتزامات الناشئة عن الأفعال في الأحوال المتقدم ذكرها (وهي حالة الفضالة وحالة استرداد غير المستحق) لا يترتب عليها تضامن فاعليها». ونرى من ذلك أن القانون القديم لم يعرض في هذا النص إلا لتضامن الفضوليين في المسئولية فنقى هذا التضامن على خلاف ما قرره القانون الجديد. أما الأحكام الأخرى - معيار الخطأ وما يترتب عليه من مسئولية الفضولي وأحكام نائب الفضولي - فلم يعرض لها القانون القديم، ولكن القضاء والفقهاء في مصر كانوا يقررون دون =

في الفضالة وما يترتب من المسؤولية على هذا الخطأ. (٢) وبين أحكام نائب الفضولي. (٣) ويقرر التضامن في المسؤولية إذا تعدد الفضولي.

**٨٨١- اخطأ في الفضالة:** لا يلتزم الفضولي بالوصول إلى النتيجة المرجوة، بل يلتزم ببذل عناية الشخص العادي للوصول إلى هذه النتيجة. فالتزامه ليس التزاماً بتحقيق غاية، بل هو التزام ببذل عناية (١).

ومعيار خطأ الفضولي هو كمعيار الخطأ العقدي ويقلس على خطأ الوكيل إذا كان مأجوراً (م ٧٠٤ فقرة ٢) فيجب ألا ينحرف الفضولي في القيام بعمله عن السلوك المألوف للرجل العادي، وأي انحراف عن هذا السلوك يكون خطأ يوجب مسؤوليته (٢). وليس هذا الخطأ خطأ عقدياً لأن التزام الفضولي ببذل عناية الرجل العادي ليس التزاماً عقدياً، ولا هو خطأ تقصيري لأن مسؤولية الفضولي ليست مسؤولية تقصيرية إلا إذا ارتكب خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة. وإنما هو خطأ في الفضالة، معياره هو عين معيار الخطأ العقدي والخطأ التقصيري. وخصوصية هذا الخطأ أن المسؤولية عنه قد لا تكون كاملة، إذ يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب عليه إذا كانت الظروف تبرر ذلك، وكثيراً ما تبرر الظروف التخفيف من مسؤولية الفضولي إذ هو متفضل تدخل لرعاية مصلحة رب العمل. فإذا كان تدخله لدفع ضرر داهم يتهدد رب العمل، ففي هذا الظرف الذي ساقه للتدخل ما يشفع له إذا ارتكب خطأ في عمله وانحرف قليلاً عن السلوك المألوف للرجل العادي، فيكون هذا سبباً لتخفيف المسؤولية وإنقاص التعويض (٣). وقد تكون ظروف أخرى، غير تلك التي ساقته للتدخل، سبباً في تخفيف المسؤولية. فالفضولي الذي يعمد إلى تنقية زراعة جاره من آفة زراعية، ثم يبحث عن مواد كيماوية يكمل بها التنقية، فيجد ظرف يجعل الوصول إلى هذه المواد ينطوي على شيء من المشقة يحجم عندها عن المضى في

=نص، ومن طريق تطبيق القواعد العامة، الأحكام التي وردت في نصوص القانون الجديد إلا ما كان منها يحتاج في تقريره إلى نص كرجوع رب العمل على نائب الفضولي بدعوى مباشرة. (١) وإذا كان عمل الفضولي هو تصرف قانوني يرمه باسمه الشخصي أو نيابة عن رب العمل، فلا يعتبر إبرام هذا التصرف هو الغاية المرجوة، بل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية. فيبقى إذن التزام الفضولي، حتى في هذه الحالة، التزام عناية لا التزام غاية.

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي (م ٢٦٦) يوجب أن يطابق الفضولي بين عمله وبين إرادة رب العمل، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة. وقد رأينا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذف هذا الحكم لأنه «يورد معياراً شخصياً يوقع في إشكالات كثيرة، ورؤى الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد في صدر الفقرة، وهو معيار السلوك المألوف للرجل المعتاد».

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «يلاحظ أن الفضولي يلزم، ما بقي قائماً بالعمل، بأن يبذل فيما يعمل عناية الشخص المعتاد... وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ يستتبع مساءلته. ومع ذلك فينبغي التسامح في تقدير هذه المسؤولية إذا كان الفضولي قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع ضرر يتهدد به» (أنظر المادة ٤٢٠ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٦٨ من التقنين الألماني والمادة ١٥٦ من التقنين اللبني والمادتين ١١٨١/٩٤٥ من التقنين التونسي والمراكشي). (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٥).

عمله، فينحرف بذلك قليلاً عن السلوك المألوف للرجل العادي، قد يخفف القاضي من مسؤوليته عن هذا الخطأ بسبب الظرف الذي جد وجعل الوصول إلى المواد الكيماوية أمراً شاقاً (١).

وقد يرتكب الفضولي خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة يضر به رب العمل، فيكون مسئولاً عن هذا الخطأ وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. مثل ذلك أن يعمد الفضولي إلى إطفاء حريق شبت في منزل جاره، ثم هو بعد إطفاء الحريق والفراغ من أعمال الفضالة، يهمل إقفال باب المنزل فتتسلل اللصوص ويسرقون أمتعة الجار. ففي هذا الفرض يكون خطأ الفضولي في إهماله أن يقفل باب المنزل خطأ تقصيرياً لأنه خارج عن أعمال الفضالة، ويكون مسئولاً نحو رب العمل عن هذا الخطأ مسؤولية تقصيرية.

**٨٨٢- نائب الفضولي:** وقد يعهد الفضولي إلى شخص آخر أن يقوم نيابة عنه بأعمال الفضالة كلها أو بعضها، سواء تولى الفضولي العمل ابتداءً ثم مضى نائبه فيه أو تولى النائب العمل من مبدئه (٢). ونائب الفضولي يكون بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفاً قانونياً (٣) وبمثابة المقاول من الباطن إذا كان عملاً مادياً.

ويكون نائب الفضولي مسئولاً قبل الفضولي، ويجوز لرب العمل أن يستعمل حق الفضولي في الرجوع على النائب عن طريق الدعوى غير المباشرة. ولكن القانون المدني الجديد لم يقتصر على الدعوى غير المباشرة، بل أجاز فوق ذلك لرب العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الفضولي. فرب العمل يستطيع إذن أن يرجع مباشرة: (أولاً) على الفضولي لا عن خطئه هو فحسب، بل أيضاً عن خطأ نائبه باعتباره تابعاً له، وتكون مسؤولية الفضولي عن النائب هي مسؤولية المتبوع عن التابع (ثانياً) على نائب الفضولي نفسه بطريق الدعوى المباشرة التي نص عليها القانون (٤). وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية

(١) وقد رأينا ما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ: «واستبدلت... عبارة (إذا كانت الظروف تبرر ذلك) بعبارة (إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك)، فقد تكون هناك ظروف غير التي دفعت الفضولي إلى القيام بالعمل وتقتضى في الوقت نفسه إنقاص التعويض، ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تمسكاً مع ما تملبه العدالة». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٨).

(٢) وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدي كانت تجرى على الوجه الآتي: «وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه... فكان النص على هذا النحو يفرض أن الفضولي قد تولى العمل قبل أن يعهد به إلى غيره. وقد عدل النص، كما قدمنا، في المشروع النهائي على الوجه الآتي: «وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه... فانتسح النص بذلك لحالة ما إذا عهد الفضولي بالعمل لنائب من مبدأ الأمر وقبل أن يتولاه بنفسه».

(٣) ويستوى في ذلك أن يكون الأصيل في التصرف القانوني هو رب العمل أو الفضولي.

(٤) ولم يكن هناك نص في القانون القديم يعطى لرب العمل هذه الدعوى المباشرة. فهي دعوى قد استحدثها القانون الجديد. وليس لهذا الحكم المستحدث أثر رجعي. فلو أن فضولياً عهد إلى نائب أن يقوم عنه بالعمل وكان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن رب العمل لا تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولي عن عمل قام به النائب قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ولكن يجوز القول، =



من المادة ١٩٢ إذ تقول: «وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسؤولاً عن تصرفات نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب» (١).

بقي أن نعرف هل يكون رب العمل - هو أيضاً - مسؤولاً عن التزاماته مباشرة قبل نائب الفضولي؟ لا يوجد نص على هذه العلاقة، كما وجد النص في حالة نائب الوكيل (٢) وفي حالة المقاول من الباطن (٣)، فلا يجوز القول بها، ويسقى رب العمل ملتزماً نحو الفضولي نفسه ويكون الفضولي ملتزماً نحو نائبه.

**٨٨٣- التضامن في المسؤولية عند تعدد الفضولي:** ولما كان خطأ الفضولي في الفضالة على النحو الذي قدمناه ليس بالخطأ التقصيري، فإن الفضوليين في حالة التعدد إذا وقع خطأ منهم وهم يقومون بعمل واحد لا يكونون مسؤولين بالتضامن إلا إذا وجد نص يقرر التضامن، وقد أورد القانون الجديد هذا النص على خلاف القانون القديم الذي كان ينص صراحة على عدم التضامن (م ٢١٠/١٤٩م قديم). فجاء في الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ ما يأتي: «إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية». ولولا هذا النص لانعدم التضامن بين الفضوليين (٤).

ويلاحظ أن شرط التضامن هو أن يتعدد الفضوليون في عمل واحد. أما إذا تولى كل فضولي عملاً مستقلاً عن عمل الآخر، فلا يكون هناك تضامن (٥).

تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immédiat)، بأن رب العمل تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولي عن عمل قام به هذا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أي منذ سريان القانون الجديد. (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وسأل الفضولي كذلك باعتباره متبوعاً عن خطأ من ينيبه عنه، كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٦).

(٢) أنظر المادة ٧٠٨ فقرة ثالثة من القانون المدني الجديد.

(٣) أنظر المادة ٦٦٢ من القانون المدني الجديد.

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وعند تعدد المتصلين لشأن واحد من الفضوليين، يسألون عن خطئهم على وجه التضامن. ولما كان هذا الخطأ يغير صنوه في نطاق المسؤولية التقصيرية، لذلك كان من الضروري تقرير التضامن بين هؤلاء المسؤولين بنص خاص» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٦). أنظر أيضاً فيما يتعلق بتضامن الوكلاء عند تعددهم المادة ٧٠٧ من القانون المدني الجديد.

(٥) وقد رأينا في الأعمال التحضيرية أن ذكر في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أنه «يجب أن يكون هناك ارتباط في العمل بين الفضوليين» حتى يقوم التضامن فيما بينهم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٧) - هذا وتضامن الفضوليين حكم استحدثه القانون الجديد كما رأينا، فلا يكون له أثر رجعي. فلر أن الفضوليين قاموا بعمل واحد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لما كانوا مسؤولين عنه بالتضامن. أما إذا قاموا بهذا العمل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فإنهم يكونون مسؤولين بالتضامن حتى لو قامت الفضالة قبل هذا التاريخ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immédiat).

- الالتزام الرابع: تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة:

**٨٨٤- النصوص القانونية:** تنص المادة ١٩٣ على ما يأتي: «يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به» (١).

ونصت المادة ٧٠٦ بالنسبة إلى التزام الوكيل بتقديم الحساب على ما يأتي:

١- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه.

٢- وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر.

**٨٨٥- تطبيق هذه النصوص:** ويترتب على تطبيق هذه النصوص ما يأتي:

١- إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده نيابة عن رب العمل، فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة في حق رب العمل كما سبق القول. وإذا مضى الفضولي في تنفيذ هذا التصرف باسم رب العمل، كما إذا استوفى حقاً، فإنه يقبض الحق كوكيل. ولا يجوز له أن يستعمل المال لصالح نفسه. وإن فعل فعله فوائده المبالغ التي استخدمها لصالحه بالسعر القانوني (أي في المائة) من وقت استخدامها، لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار. أما إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه، فإن فوائده بالسعر القانوني تجب عليه من وقت إعذاره برد المال.

٢- إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده باسمه الشخصي لصالح رب العمل، فإن هذا التصرف ينفذ في حقه لا في حق رب العمل كما سبق القول. ويجب عليه أن يمضي في العمل وأن ينفذ التصرف عند الاقتضاء. فإذا باع محصولات يسرع إليها التلف، وقبض الثمن، فلا يجوز له أن يستعمله لصالح نفسه، وإلا وجبت عليه فوائده بالسعر القانوني من وقت استخدامه. وعليه أن يرد له العمل، وإذا لم يستخدمه لصالح نفسه وجبت عليه فوائده القانونية من وقت الإعذار.

٣- إذا قام الفضولي بعمل مادي، كما إذا جنى محصولاً لرب العمل، فعليه أن يسلمه إياه بمجرد التمكن من ذلك. ولا يجوز له أن يستولى عليه لصالح نفسه، وإلا أُلزم بالتعويض.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص كما هو في المادة ٢٦٧ من المشروع التمهيدي. وأقرته لجنة المراجعة وأصبح المادة ١٩٩ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب عليه كما هو تحت رقم ١٩٩. كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٣، ووافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل كذلك. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٩).

وردد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي: «يراعى أن الفضولي يلزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب لرب العمل عما قام به، وهو من هذه الناحية يلتزم بما يلتزم به الوكيل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٩).

٢ - ما تشترك فيه التزامات الفضولي من أحكام  
(أهلية الفضولي - الأثر الذي يترتب على موت الفضولي  
أو موت رب العمل - تقادم التزامات الفضولي)

أ- أهلية الفضولي:

٨٨٦- أهلية الفضولي بالنسبة إلى التصرف القانوني الذي يتولاه: حتى نسيب بوضوح الأهلية اللازمة للفضولي يجب التمييز بين أهليته بالنسبة إلى ما عسى أن يتولاه من تصرف قانوني وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية كما سبق القول.

فإذا كان العمل الذي يتولاه الفضولي تصرفاً قانونياً عقده باسم رب العمل نيابة عنه، فقد قدمنا أن أهلية الفضولي بالنسبة إلى هذا التصرف هي أهلية الوكيل، فيكفي فيه التمييز ولا تشترط فيه الأهلية الكاملة للتصرف الذي يتولاه، وإنما تشترط هذه الأهلية الكاملة في رب العمل الذي ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف.

وأما إذا كان العمل الذي يتولاه الفضولي تصرفاً قانونياً عقده باسمه الشخصي، فلا بد أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة لهذا التصرف لأنه هو الذي يلتزم به كما رأينا، ولا يشترط في رب العمل أية أهلية بالنسبة إلى هذا التصرف إذ يعتبر من الغير فيه.

٨٨٧- أهلية الفضولي بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية: أما إذا نظرنا إلى أعمال الفضالة باعتبارها أعمالاً مادية بالنسبة إلى رب العمل - وقد رأينا فيما تقدم أن جميع الأعمال التي يقوم بها الفضولي، حتى التصرفات القانونية التي يعقدها باسمه أو باسم رب العمل، تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً مادية - فإن أهلية الفضولي للالتزام بهذه الأعمال تقتضي دائماً أن يكون من أهل التمييز، إذ يشترط فيه كما قدمنا القصد في أن يعمل لمصلحة رب العمل. ثم هي بعد ذلك تختلف باختلاف ما يلتزم به. وقد علمنا أن التزامات الفضولي أربعة. اثنان منها - المضي في العمل وإخطار رب العمل - لا يقتضيان أكثر من أهلية التمييز. فيجب على الفضولي ولو لم يكن بالغاً من الرشد، ما دام مميزاً، أن يمضي في العمل الذي بدأ فيه وأن يخطر به رب العمل متى استطاع ذلك. وإذا هو أحل بأحد هذين الالتزامين كان هذا إخلالاً بالتزام قانوني، واعتبر خطأً تقصيرياً يوجب مسؤوليته التقصيرية كاملة. والالتزامان الآخران - بذل العناية الواجبة في إدارة العمل وتقديم الحساب - هما التزامان يتعلقان بحسن إدارة مال الغير، ويشترط فيمن يطلب منه حسن إدارة مال الغير أن يكون كامل الأهلية. أما إذا لم تكن الأهلية الكاملة متوافرة فيه، فلا يكون الرجوع عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب، وهذا ما لم يرتكب خطأً تقصيرياً فتكون مسؤوليته التقصيرية كاملة.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ على ذلك فيما يأتي: «إذا لم تتوافر في

الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسئولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرى به، أو لم تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع» (١).

ويستخلص من ذلك أن الفضولي إذا كان كامل الأهلية، كانت مسؤوليته كاملة عن الالتزام ببذل العناية الواجبة في القيام بأعمال الفضالة وعن التزام بتقديم حساب عن إدارته. أما إذا كان ناقص الأهلية، فلا يكون مسئولاً إلا بالقدر الذي أثرى به. فإذا ارتكب خطأً في الفضالة، أو قصر في تقديم الحساب لرب العمل، أو لم يسلمه ما استولى عليه بسبب الفضالة، وأصاب رب العمل ضرر من جراء ذلك، فلا يكون الفضولي ناقص الأهلية مسئولاً إلا في حدود الإثراء بلا سبب، ولا يلتزم إلا بأقل القيمتين: ما انتفع به

(١) تاريخ النص: ورد النص بفقرته كما هو في المادة ٢٧٠ من المشروع التمهيدي. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٢، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته. وأرجأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ البت في النص ثم أقرته دون تعديل تحت رقم ١٩٦. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما هو (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٨).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد الفقرة الأولى من هذا النص ما يأتي: «تفترض التزامات الفضولي - وهي التزام المضي في العمل والتزام بذل عناية الشخص المعتاد والتزام تقديم الحساب - توافر أهلية التعاقد فيه، ما دام وضعه يماثل وضع الوكيل من هذا الوجه. وتفرغاً على ذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٦١ من المشروع الفرنسي الإيطالي «بأن من لا تتوافر فيه أهلية قبول التوكيل لا يكون أهلاً للالتزام بطريق الفضالة». واستدرك النص فقرراً أن الفضولي يسأل مع ذلك عما يحدث من ضرر، ويلزم بقدر ما يثرى بغير سبب. فإذا لم يكن الفضولي أهلاً للتعاقد، فلا يسأل عن إدارته إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب وقواعد المسؤولية التقصيرية. فمسؤوليته والحال هذه تقتصر على القدر الذي أثرى به على ألا يجاوز هذا القدر ما افتقر به رب العمل، ثم إن تلك المسؤولية ليس أساسها خطأ قوامه التفريط في بذل عناية الشخص المعتاد، بل يجب لترتيبها إقامة الدليل على وقوع عمل غير مشروع من الفضولي متى كان بداهة غير مجرد من التمييز» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧).

ونحن نأخذ على ما جاء في المذكرة الإيضاحية أن العبارة الأخيرة منها تخلط ما بين الخطأ في الفضالة، ومسؤولية الفضولي ناقص الأهلية عنه مسؤولية غير كاملة في حدود الإثراء بلا سبب، والخطأ التقصيري، ومسؤولية الفضولي عنه مسؤولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية. ونأخذ عليها أيضاً أنها لم تميز تمييزاً واضحاً بين أهلية الفضولي بالنسبة إلى التصرف القانوني الذي قد يتولاه وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية، ثم فيما يتعلق بهذه الأعمال لم تميز كذلك بين التزام الفضولي بالمضي في العمل والإخطار عنه والتزامه ببذل العناية الواجبة وتقديم الحساب.

وعذرنا - ونحن الذين وضعنا المذكرة الإيضاحية - أن هذه المسألة الدقيقة يضطرب القول فيها عادة، ولا يكاد الفقهاء يجمعون فيها على رأي. وقد استقر بنا الرأي بعد تمحيص على ما قررناه فيما تقدم (قارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٠٩ ص ٤٠٥ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٦٢ - الدكتور أبو عافية في التصرف القانوني المجرى النسخة الفرنسية ص ١٦٧ هامش رقم ٧ - الدكتور محمد وهبة في النظرية العامة للالتزامات فقرة ٣٧٧ - والتون ٢ ص ١٥٨ - ص ١٥٩ - دي هلتس ٢ ص ٣٠١ فقرة ٤٦ - بلانيول وريسير وإسمان ٧ فقرة ٧٢٩ - أوبري ورو ٦ ص ٢٩٣ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٩ - كولان وكايتان ٢ ص ٧٢١ - ديموج ٣ فقرة ٢٩ - بلانيول وريسير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٨).

فعلا وما أصاب رب العمل من ضرر. كل هذا ما لم يرتكب الفضولي خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة - وقد ميزنا فيما تقدم بين الخطأ التقصيري والخطأ في الفضالة - فتكون مسؤولية الفضولي عن الخطأ التقصيري مسؤلية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية.

ويستخلص مما قدمناه عن الأهلية في دعوى الإثراء بلا سبب وفي دعوى غير المستحق وفي دعوى الفضالة، أن المثرى لا تشترط فيه أية أهلية، فهو يلتزم بالإثراء حتى لو كان ناقص الأهلية، بل حتى لو كان عديم التمييز. أما المدفوع له في دعوى غير المستحق، أو الفضولي في دعوى الفضالة، فيشترط فيه كمال الأهلية، وإلا لم يكن مسؤولاً إلا في حدود الإثراء بلا سبب.

ب- أثر موت الفضولي أو موت رب العمل في التزامات الفضولي:

٨٨٨- النصوص القانونية: تنص المادة ١٩٤ على ما يأتي:

«١- إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢».

«٢- وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم»<sup>(١)</sup>.

وتنص المادة ٧١٧ فقرة ٢ على ما يأتي:

«وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٦٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: ١٥- تنقضي الفضالة بموت الفضولي، ومع ذلك يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٩٩٦ فقرة ٢. ٢- ولا تنقضي الفضالة بموت رب العمل، ويبقى الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم. وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديل في الصياغة يقصر النص على الحكم المطلوب فأقرته اللجنة وأصبح النص النهائي ما يأتي:

«١- إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩٤. ٢- إذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم». وأصبح رقم المادة ٢٠٠ في المشروع النهائي - ووافقت لجنة مجلس النواب على المادة بعد أن أضافت إلى آخر الفقرة الأولى كلمتي «فقرة ٢»، واستبدلت رقم ٧٤٨ برقم ٧٤٩ - ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها اللجنة تحت رقم ٢٠٠ - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل بعد استبدال رقم ١٧١٧ برقم ٧٤٨ وأصبح رقم ١٩٤. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٠ - ص ٤٨١).

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي: «يظل الفضولي مرتبطاً بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل. وفي هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول إليهم ما كان لمورثهم من حقوق في هذا الصدد من طريق الميراث. بيد أن التزامات الفضولي تنقضي على نقيض ذلك بموته ولا تنتقل إلى ورثته. ومع ذلك فيلزم هؤلاء الورثة التزاماً شخصياً مباشراً بما يلتزم به ورثة الوكيل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٠).

وكانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل».

ويخلص من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين فرضين: موت الفضولي وموت رب العمل.

٨٨٩- موت الفضولي: تنقضي الفضالة بموت الفضولي كما تنقضي الوكالة بموت الوكيل، وبذلك تنقضي التزامات كل من الفضولي والوكيل. أما ورثة الفضولي فيلتزمون التزاماً شخصياً مباشراً بما تلتزم به ورثة الوكيل. وهؤلاء، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، يلتزمون بالمبادرة إلى إخطار الموكل بموت الوكيل، وباتخاذ التدابير المناسبة لصالح الموكل تبعاً لما تقتضيه الحال. وبذلك أيضاً تلتزم ورثة الفضولي إذا كانوا كاملي الأهلية وعلى علم بالفضالة. فعليهم أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم. وعليهم أيضاً أن يحافظوا على ما تم من عمل بأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرض معها للتلف حتى يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه.

٨٩٠- موت رب العمل: هنا تختلف الفضالة عن الوكالة. فالوكالة تنقضي بموت الموكل (م ٧١٤)، ومتى انقضت وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧ فقرة ١). أما الفضالة فلا تنقضي بموت رب العمل، بل يبقى الفضولي قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما كان قائماً بها نحو رب العمل. ولا يكفي أن يصل الفضولي بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف، كما تفعل ورثة الوكيل وكما تفعل ورثته إذا مات هو، بل يجب عليه أن يستمر في العمل لصالح ورثة رب العمل الذين حلوا محل مورثهم.

والسبب في أن الفضالة لا تنتهي بموت رب العمل أن موقف الفضولي من ورثة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه، فهو فضولي بالنسبة إليهم كما كان فضولياً بالنسبة إلى مورثهم. فلا معنى لانقضاء الفضالة بموت رب العمل. وهذا بخلاف الوكالة، فإن العلاقة بين الوكيل والموكل علاقة شخصية قامت على اتفاق بينهما، فإذا مات الموكل لم يجبر الوكيل على البقاء في علاقة شخصية مع ورثة لم يتفق معهم على هذه العلاقة. أما أن كلا من الفضالة والوكالة تنقضي بموت الفضولي أو الوكيل، فذلك لأن الفضولي أو الوكيل هو الذي يقوم بالعمل، فلا محل لإلزام الورثة بما التزم به مورثهم.

ج- تقادم التزامات الفضولي:

٨٩١- تنص المادة ١٩٧ على أنه «تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه. وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق»<sup>(١)</sup>.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٧١ من المشروع التمهيدي مع زيادة كلمة «بالتقادم» في صدر النص. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٣ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب =



ويستخلص من هذا النص أن الفضولي إذا لم يقم بالتزاماته، أن لم يمض في العمل أو لم يخطر رب العمل بتدخله أو لم يبذل العناية الواجبة أو لم يقدم حساباً عن عمله، فإن رب العمل يستطيع مقاضاته ليلزمه بتنفيذ التزاماته هذه عيناً أو بطريق التعويض.

وتسقط هذه الدعوى الناشئة عن الفضالة بأقصر المدتين: ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه رب العمل بحقه، أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء هذا الحق. ومدة التقادم هذه هي عينها مدة التقادم في دعوى الإثراء بلا سبب وفي دعوى غير المستحق (1).

ونشير هنا إلى ما سبق أن قررناه في الدعويين الأخيرتين، من أن التقادم بثلاث سنوات يتم غالباً قبل التقادم بخمس عشرة سنة. ولكن قد يقع أن رب العمل لا يعلم بحقه إلا بعد مدة طويلة، إذا فرضناها أكثر من اثنتي عشرة سنة، فإن الدعوى تتقادم في هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم رب العمل بحقه في الرجوع على الفضولي.

## المطلب الثاني

### التزامات رب العمل

٨٩٢- ما هي هذه الالتزامات وما هو مصدرها: تنص المادة ١٩٥ على أنه «يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم يحقق النتيجة المرجوة. وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها، وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل. ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته» (١).

تحت الرقم ذاته. وأقرته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ مع حذف كلمة «التقادم» تحت رقم ١٩٧. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٨ - ص ٤٨٩). وحذفت كلمة «التقادم» لأن معنى التقادم واضح بدونها، فلا ضرورة لها. (١) يسقط حق الفضولي في استرداد المصروفات التي صرفها من وقت قيامه قصداً بالفعل الذي ترتب عليه منفعة رب العمل.

(جلسة ١٩٥٣/٢/١٢ الطعن ٣٥٠ سنة ٢٠ ق س ٤ ص ٤٧٦)

(١) قارىخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: ١٥- يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل في حدود إدارته الحسنة، فإن حسنت هذه الإدارة، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة منها، كان رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها باسمه الفضولي، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها شخصياً، وأن يرد له كل النفقات الضرورية والنافعة التي تسوغها الظروف، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها، وأن يعرضه تعويضاً عادلاً عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل. ٢- ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته - وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد استبدال كلمة «سوغتها» بكلمة «تسوغها» تحت رقم ٢٠١ في المشروع النهائى =

وتبين من هذا النص أن رب العمل ترتب في ذمته التزامات أربعة:

١- أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه.

٢- أن يعرض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً.

٣- أن يرد إلى الفضولي النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها، وبأن يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذي قام به الفضولي يدخل في أعمال مهنته.

٤- أن يعرض الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل.

بقي أن نبين مصدر هذه الالتزامات الأربعة.

فأول التزام منها - وهو الالتزام بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عن رب العمل - مصدره النيابة القانونية. وهي نيابة أنشأها القانون بصريح النص في صدر المادة ١٩٥ إذ يقول: «يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة.

والالتزامات الثلاثة الأخيرة - تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه. ورد النفقات والأجر، وتعويضه عن الضرر - مصدرها الإثراء بلا سبب (١). ومن هنا تتصل

= ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٢٠١ - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة «في حدود إدارته الحسنة فإذا حسنت هذه الإدارة» الواردة في أول الفقرة الأولى، واقترحت الإحالة إلى المعيار السابق النص عليه في المادة ١٩٨. كما اقترح استبدال كلمة «لحسابه» بكلمة «باسمه» وحذف كلمتي «كل» و«شخصياً» و«عبارتي» التي سوغتها الظروف، وتعويضاً عادلاً. كذلك اقترح جعل المادة فقرة واحدة. فوافقت اللجنة على كل ذلك. وقد اقتضت الصياغة حذف كلمتي «منها كان» والاستعاضة عنهما بعبارة «وفي هذه الحالة يكون». وبذلك أصبح نص المادة كالآتي: «يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة. وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها لحسابه الفضولي، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل. ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته». وفي جلسة أخرى وافقت اللجنة على إعادة العبارة التي سبق لها أن حذفها وهي «التي سوغتها الظروف»، وكتبت في تقريرها ما يأتي: «عدلت اللجنة الفقرة الأولى وأدمجت فيها الفقرة الثانية، وخلاصة التعديل أن اللجنة استبدلت بعبارة «في حدود إدارته الحسنة» عبارة «متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي» حتى لا يتبادر إلى الذهن أن النص يأخذ بمعيار غير المعيار الذي قرره المادة ١٩٨، وهذبت صياغة المادة تهديداً لفظياً يتناسب مع هذا التعديل وأصبح رقمها ١٩٥.

ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٢ - ص ٤٨٥).

(١) متى توافرت شروط الفضالة المنصوص عليها في المادة ١٤٤ من القانون المدني (قديم) كان للفضولي بحكم القانون أن يطالب رب العمل بالمصاريف التي صرفها والخسارة التي خسرها، والتزام رب العمل في هذه الحالة مصدره قاعدة عدم جواز الإثراء على حساب الغير إذ هو قد أفاد من عمل الفضولي ولا يتوقف الالتزام على إرادة رب العمل.

(جلسة ١٩٥٣/٢/١٢ الطعن ٣٥٠ سنة ٢٠ ق س ٤ ص ٤٧٦)

الفضالة بقاعدة الإثراء. ذلك أن الفضولي بما أداه من مصلحة رب العمل قد تحمل تكاليف وتكبّد نفقات وتجنّس ضرراً، فله أن يسترد هذه التكاليف وأن يسترجع هذه النفقات وأن يعرض عن هذا الضرر. وهو يسترد ما غرمه كاملاً، لا في حدود إثراء رب العمل فحسب. وفي هذا يتميز الفضولي عن المفتقر لمصلحة الغير، لأن الفضولي متفضل انصرف نيته إلى تحقيق مصلحة لرب العمل كما قدمنا.

ونستعرض: (أولاً) التزامات رب العمل الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام، تتعلق بأهلية رب العمل، وبالأثر الذي يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولي، ويتقدم هذه الالتزامات.

## ١ - التزامات رب العمل الأربعة

أ- الالتزام الأول: تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه:

٨٩٣- رأينا أن الفضولي قد يعقد تصرفاً قانونياً بالنيابة عن رب العمل. فإذا كانت أركان الفضالة متوافرة في هذه الحالة، فإن الفضولي يعتبر نائباً عن رب العمل. وهذه النيابة قانونية تقررت بنص في القانون كما رأينا، بخلاف نيابة الوكيل عن الموكل فهي نيابة اتفاقية تقررت بعقد الوكالة.

وينبني على ذلك أن العقود التي يبرمها الفضولي بالنيابة عن رب العمل ينصرف أثرها مباشرة إلى رب العمل، في الحقوق التي أنشأتها وفي الالتزامات التي رتبها، فيعتبر رب العمل هو الدائن في هذه العقود أو المدين. وباعتباره مديناً يلتزم كما قلنا بتنفيذ الالتزامات التي رتبها هذه العقود. ومن ثم نرى أن هذا الالتزام الأول إنما هو النتيجة المباشرة لفكرة النيابة التي تقوم عليها الفضالة<sup>(١)</sup>.

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «يلزم رب العمل أولاً بالوفاء بما تعهد به الفضولي. وينبغي التفريق في هذا الصدد بين فرضين: فإذا كانت هذه التعهدات قد تولي عقدها الفضولي باسم رب العمل بأن أضاف العقد إليه، التزم هذا مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التي تنشأ عن الفضالة، وبهذا يصبح رأساً دائماً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولي». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣).

هذا وقد خلطت محكمة الاستئناف المختلطة في العهد الأول ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب عندما قضت بما يأتي: «الأوراق المالية التي جاء لها غوردون باشا سعراً إجبارياً في أثناء حصار الخرطوم ليست أوراقاً تجارية بل هي أوراق نقدية حقاً. ولما كان إصدار الأوراق النقدية هو من حق الحكومة وحدها، ولم تفوض هذا الحق إلى غوردون باشا، فإن هذه الأوراق لا يحتج بها على الحكومة المصرية. ومع ذلك يجوز لحاملي هذه الأوراق الحسنى النية أن يطالبوا برد قيمتها إذا هم أثبتوا أنهم قدموا للحكومة أو لعملائها من المون والبضائع ما يساوي هذه القيمة». (استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ٢٢٤). والظاهر أن المحكمة طبقت في هذه القضية قاعدة الإثراء بلا سبب وإن كانت لم تفصح عن ذلك. والصحيح هو ما قاله مارافان من أن غوردون باشا عندما أصدر هذه الأوراق النقدية كان يعمل باسم الحكومة المصرية، عن طريق الفضالة لأنه لم يثلق تفويضاً منها، فتصبح الحكومة المصرية مدينة مباشرة لحاملي هذه الأوراق لأن غوردون=

ب- الالتزام الثاني: تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً:

٨٩٤- قدمنا أن الفضولي قد يتعاقد باسمه شخصياً لمصلحة رب العمل فقد يتفق شخصياً مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل، فينشئ عقد المقاول في ذمة الفضولي التزامات نحو المقاول. فيلتزم رب العمل في هذه الحالة أن يعرض الفضولي عن هذه الالتزامات. وإذا كان الفضولي هو الذي يؤديها للمقاول، فإنه يرجع بما يؤديه على رب العمل، مضافاً إليه الفوائد بالسعر القانوني (٤ في المائة) من يوم أن أدى، ذلك أن الالتزامات التي أداها تعتبر نفقات ترد بفوائدها على ما سنرى.

كذلك الكفيل إذا كان فضولياً بالنسبة إلى المدين الأصلي، فكفله متطوعاً، لا مأموراً بالكفالة ولا منهيماً عنها، يلتزم التزاماً شخصياً نحو الدائن أن يوفى له الدين إذا لم يوفه المدين الأصلي. فإذا أدى الدين للدائن، رجع بدعوى الفضالة على المدين بما أداه، مضافاً إليه المصروفات والفوائد القانونية<sup>(١)</sup>.

ج- الالتزام الثالث: رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر:

٨٩٥- النفقات الضرورية والنافعة: يلتزم رب العمل أن يرد للفضولي «النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها». فإذا قام الفضولي بترميم منزل رب العمل، فإنه ينفق في ترميمه مصروفات ضرورية. وإذا ما جنى له محصولاً يسرع إليه التلف، فإنه يدفع أجر الأيدي العاملة لجنى المحصول، وقد يرى من الخير أن يخزن المحصول تمهيداً لبيعه، فيدفع مصروفات التخزين، وهذه مصروفات نافعة تسوغها الظروف. كل هذه المصروفات الضرورية، والمصروفات النافعة التي سوغتها الظروف<sup>(٢)</sup>، يرجع بها الفضولي على رب العمل. بل ويرجع بفوائد ما أنفق بالسعر القانوني (٤ في المائة) من وقت الإنفاق، وفي هذا استثناء من القواعد العامة تقرر لمصلحة الفضولي، فإن الفوائد القانونية لا تستحق طبقاً لهذه القواعد إلا من وقت المطالبة

=باشا كان نائباً عنها في هذا التصرف القانوني (أنظر مارافان المجلة العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير ويناير ص ٣٠ - ص ٣١).

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أما إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصياً، فإن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى رب العمل، فلا يصبح هذا دائماً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولي من الأغيار، وإنما ترجع حقوق العقد والتزاماته إلى الفضولي. ولكن رب العمل يلزم بتعويض عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣). ويلاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية «وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب» إنما يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب، لا أن التعويض يكون أقل القيمتين.

(٢) وقد قضت محكمة المنصورة الجزئية المختلطة بأن دعوى الفضالة تجعل للفضولي الحق في أن يسترد المصروفات النافعة، ما دامت هذه المصروفات كانت نافعة وقت إنفاقها، حتى لو كان النفع الذي كان ينجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه (١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧).

القضائية<sup>(١)</sup>. ويلاحظ أن المصروفات النافعة يجب ألا تكون فاحشة، فلا يجوز للفضولي أن يفرط في هذه المصروفات حتى لو كان النفع منها محققاً، بل يجب أن نقف في هذا الصدد عند حد معقول لا يشغل كاهل رب العمل عند الرجوع عليه بها<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن التزام رب العمل في رد النفقات إلى الفضولي يعدل التزام الموكل في رد النفقات إلى الوكيل. وقد قررت المادة ٧١٠ هذا الالتزام الأخير على الوجه الآتي: «على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقته في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الأنفاق، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة».

٨٩٦- الأجر: ويدخل ضمن النفقات أجر الفضولي إذا كان العمل الذي قام به يدخل في أعمال مهنته. فالمحامي والطبيب والمهندس إذا قام أحد منهم بعمل من أعمال مهنته فضالة لمصلحة الغير استحق أجراً على عمله، فوق المصروفات التي أنفقها، هو الأجر المعتاد لمثله.

أما إذا كان الفضولي قد قام بعمل لا يدخل في أعمال مهنته، كطبيب روم منزل جار له، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله، ويقتصر على استرداد المصروفات الضرورية والنافعة على النحو الذي قدمناه<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أن الوكيل كالفضولي لا يستحق في الأصل أجراً على عمله. وهو كالفضولي أيضاً في أنه قد يستحق الأجر إذا كانت أعمال الوكالة داخلة في أعمال مهنته. ويختلف عن الفضولي في أنه قد يتفق مع الموكل على أجر، ولا يتصور هذا الاتفاق في حالة الفضولي مع رب العمل. وفي هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأن للفضولي الحق في استرداد المصروفات التي اقتضتها أعمال إدارته، مضافاً إليها الفوائد القانونية من وقت الإنفاق، أما في دعوى الإبراء فلا يسترد المدعي هذه المصروفات إلا في حدود ما انتفع به المالك، ولا يتقاضى فوائد عنها إلا من وقت المطالبة القضائية (٦ يناير ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥).

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا أوى صاحب فندق عاملين جرحاً في حادث وعالجهما، وقد مات أحدهما وشفي الآخر، جاز لصاحب الفندق أن يرجع على رب العمل بجميع نفقات المأوى والعلاج، دون تفريق بين نفقات من مات ونفقات من شفي، وليس لرب العمل أن يعتبر هذه النفقات مصروفات زائدة على الحد الواجب، وأن يطلب إنقاصها إلى القدر الجزافي الذي حدده قانون العمل الصادر في ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١-١-١٣٧- وأنظر أيضاً تعليقا على الحكم في مجموعة كايبتان في الأحكام الرئيسية للقضاء المدني باريس سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٥ - ص ٤٢٧).

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «والأصل أن الفضولي لا يستحق أجراً على عمله، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولي من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهنته، كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣).

٧٠٩: «الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل».

د- الالتزام الرابع: تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه:

٨٩٧- قد يلحق الفضولي ضرر أثناء قيامه بالعمل؛ يطفىء حريقاً فيتلف أمتعة مملوكة له، ينقذ شخصاً موشكاً على الغرق فيصاب بضرر وهو ينقذه، يمسك بزمام فرس جامح فيصاب بجروح بليغة. فإذا كان الضرر الذي أصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المألوف من العناية، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه، فإنه يدخل ضمن التكاليف التي تجشمها أثناء القيام بعمله، ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن حق الفضولي في تقاضى تعويض عما يصيبه من الضرر يعدل حق الوكيل في ذلك. وقد نصت المادة ٧١١ على أنه «يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً».

ويلاحظ أيضاً أنه إذا تعدد رب العمل، بأن قام فضولي مثلاً بعمل لمصلحة شركاء على الشيوع، فلا تضامن بين أرباب العمل المتعددين في التزاماتهم نحو الفضولي، إذ لا تضامن دون نص. وقد ورد النص في تعدد الفضولي (م ١٩٢ فقرة ٣)، وفي تعدد الوكيل (م ٧٠٧)، وفي تعدد الموكل (م ٧١٢)، ولم يرد في تعدد رب العمل. والعلة في ذلك أن أرباب العمل إذا تعددوا قل أن توجد بينهم علاقة تسوغ قيام التضامن.

## ٢- ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام أهلية رب العمل - الأثر الذي يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولي - تقادم التزامات رب العمل

أ- أهلية رب العمل:

٨٩٨- لا تشترط أية أهلية في رب العمل. فمن لم يبلغ سن الرشد والحجور عليه بل وغير المميز، إذا قام فضولي بعمل لمصلحتهم، التزموا نحوه بالالتزامات التي تقدم ذكرها.

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «ويلزم رب العمل أخيراً بتعويض الفضولي تعويضاً عادلاً عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل. ويتحقق معنى العدالة في التعويض متى كان متناسباً مع ما لم يستطع الفضولي إنقاذه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية. ويقوم حق الفضولي في اقتضاء التعويض على ما يتمثل في الضرر الحادث له من إفقاره (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٤).

وتطبيقاً لحق الفضولي في اقتضاء تعويض عن الضرر الذي يلحقه، قضت محكمة الاستئناف الوطنية لسائق قطار بذل جهداً غير عادي لاتقاء حادث، فأصابه على أثر ذلك اضطراب عصبي جعله غير صالح للخدمة، بأنه، علاوة على ما يستحقه من المكافأة طبقاً لقانون المعاشات بسبب فصله من الخدمة، يحق له بمقتضى المبدأ المقرر في المادة ١٤٤ من القانون المدني (م ١٩٥ جديد) أن يتقاضى تعويضاً نظير الخسارة التي درأها عن مصلحة السكة الحديدية بانقائه حادثاً جسيماً للقطار وفي مقابل ما أصاب صحته من الضرر بسبب هذا العمل (٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٠ ص ١٣٠ - الحقوق ص ٥٥ ص ٤٩٩).



عشرة سنة من وقت نفاذ هذه الالتزامات، لأنها التزامات تعاقدية تقوم على إرادة المتعاقدين (١).

(١) وقد كنا نعقد المقارنة في مناسبات متفرقة بين الفضالة والوكالة، وإذا فرغنا من الكلام في الفضالة نلخص هذه المقارنة فيما يأتي:

تقترب الفضالة من الوكالة في أن كلا منهما مصدر للنيابة، وفي أن الفضالة قد تنقلب إلى وكالة إذا أجزيت والوكالة تنتهي إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقي يعمل بعد انتهاء الوكالة. ويختلفان في أن مصدر الفضالة عمل مادي ومصدر الوكالة اتفاق، ومن ثم فالفضالة مصدر لنيابة قانونية، أما الوكالة فمصدر لنيابة اتفاقية. ويختلفان كذلك في أن عمل الفضولي قد يكون تصرفاً قانونياً، وقد يكون عملاً مادياً. أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً.

هذا من حيث الأركان. أما من حيث الالتزامات التي تنشأ من الفضالة والوكالة فتقوم الفروق بينهما فيها على اعتبار جوهري: هو أن رب العمل لم يختر الفضولي ولم يعهد إليه في أن يقوم بعمل ما، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه في أن يقوم بعمل وكله فيه. لذلك كانت التزامات الفضولي أشد قليلاً من التزامات الوكيل، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلاً من التزامات الموكل، وإن كانت كل هذه الالتزامات في مجموعها متقاربة. ويظهر ذلك من التفصيل الآتي:

١- يلتزم الفضولي بالمضي في العمل الذي بدأه. أما الوكيل فله بوجه عام حق الرجوع في الوكالة.  
٢- يلتزم الفضولي بإخطار رب العمل متى تمكن من ذلك، وهذا الالتزام غير متصور في حالة الوكيل.  
٣- يلتزم الفضولي ببذل عناية الرجل المعتاد، سواء أخذ أجراً أو لم يأخذ. أما الوكيل فيلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إذا أخذ أجراً، فإذا لم يأخذ أجراً فلا يلتزم إلا ببذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤).  
٤- لا يعتبر الفضولي تابعاً لرب العمل. أما الوكيل فقد يعتبر تابعاً للموكل، فيكون هذا مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع.

٥- يرجع رب العمل مباشرة على نائب الفضولي، ولا يرجع نائب الفضولي مباشرة على رب العمل. أما الموكل ونائب الوكيل فيرجع كل منهما مباشرة على الآخر.

٦- إذا تعدد الفضوليون قام بينهم التضامن، ولا يقوم التضامن بين أرباب العمل إذا تعددوا. أما في الوكالة فيقوم التضامن إذا تعدد الوكلاء أو تعدد الموكلون (م ٧٠٧ وم ٧١٢).

٧- يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به. وعليه، كما على الوكيل، فوائده المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها وفوائده ما تبقى في ذمته من وقت أن يعذر.

٨- ينصرف أثر العقد الذي أبرمه الفضولي أو الوكيل، باسم رب العمل أو الموكل، مباشرة إلى هذين.

٩- تنفق الفضالة والوكالة أيضاً في أن الفضولي أو الوكيل يسترد ما تكلفه من التزامات ومصروفات، ويعرض عما أصابه من ضرر، ويتقاضى فوائده ما أنفق من وقت الإنفاق. ولكن قد يكون حق الفضولي في استرداد المصروفات النافعة التي سوغتها الظروف أصح قليلاً من حق الوكيل في استرداد ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد - كذلك في الأجر يأخذ الوكيل أجراً إذا تنفق على ذلك مع الموكل أو إذا دخلت الوكالة في أعمال حرفته، أما الفضولي فلا يأخذ أجراً إلا إذا دخلت الفضالة في أعمال حرفته ولا يتصور في حالته الاتفاق على الأجر.

١٠- أهلية الفضولي تتراوح بين التمييز والأهلية الكاملة على تفصيل يختلف فيه عن الوكيل. ورب العمل يختلف عن الموكل في الأهلية، إذ لا يشترط فيه أهلية ما ويشترط في الموكل أهلية التصرف الذي وكل فيه.

١١- موت الفضولي يقضي الفضالة، ولا يقضيها موت رب العمل، أما الوكالة فتتقضى بموت كل من الوكيل والموكل.

١٢- قد تنقضي الالتزامات الناشئة عن الفضالة بأقل من خمس عشرة سنة. أما الالتزامات الناشئة عن الوكالة فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة.

ذلك أن التزامات رب العمل مصدرها الإثراء بلا سبب كما قدمنا، وقد رأينا أن المثري يلتزم برد ما أثرى حتى لو كان غير مميز. وترد الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ هذا المعنى إذ تقول: «أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد» (١).

ويصح أن يكون رب العمل شخصاً معنوياً، كشركة أو جمعية أو مؤسسة أو جهة وقف. ويلاحظ أن الفضولي إذا عقد تصرفاً قانونياً باسم رب العمل نيابة عنه، فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر في رب العمل حتى يتصرف إليه مباشرة أثر التصرف. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

### ب- أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل:

٨٩٩- لم يرد نص يبين أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل، كما ورد النص الذي يبين هذا الأمر في التزامات الفضولي (م ١٩٤). فيجب هنا تطبيق القواعد العامة، وتطبيقها يؤدي إلى النتائج الآتية:

إذا مات رب العمل فإن التزاماته تبقى في تركته واجبة للفضولي، وعلى ورثة رب العمل أن يؤديوا هذه الالتزامات من التركة.

وإذا مات الفضولي، بقي رب العمل ملتزماً نحو ورثته. فيرد إليهم المصروفات الضرورية والنافعة وأجر الفضولي إذا استحق أجراً، ويعرضهم عن الالتزامات الشخصية التي عقدها الفضولي باسمه وعما لحق به من الضرر. وكل هذه الحقوق تدخل في تركة الفضولي وتنقل إلى ورثته بعد موته.

### ج- تقادم التزامات رب العمل:

٩٠٠- سبقت الإشارة إلى المادة ١٩٧، وهي تنص على سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الفضولي بحقه، وبانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه حق الفضولي.

فالدعوى التي يرفعها الفضولي لمطالبة رب العمل بحقوقه، من استرداد المصروفات والتعويض والأجر وما إلى ذلك، تتقادم بأقصر مدتين: ثلاث سنوات من وقت علمه بقيام حقه أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق. وقد تتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة قبل تقادمها بثلاث سنوات إذا لم يعلم الفضولي بقيام حقه إلا بعد نشوء هذا الحق بأكثر من اثني عشرة سنة. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في مواطن متعددة.

أما في الوكالة فلا تتقادم التزامات كل من الموكل والوكيل إلا بانقضاء خمس

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أما ما يترتب من الالتزامات في ذمة رب العمل فلا يقتضى فيه أهلية ما، فتصح النيابة القانونية من طريق الفضالة ولو كان الأصل غير مميز. وفي هذه الصورة يلزم الأصل بأداء ما تحمل الفضولي من نفقات وتعويض ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٧). ونلاحظ هنا أيضاً أن العبارة الأخيرة «بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب» يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب، لا أن التعويض يكون أقل القميصين.

## تمهيد

٩٠١- النصوص القانونية: تنص المادة ١٩٨ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:  
«الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها» (١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في نظره العامة في هذا الصدد ما يأتي: «أوجز المشروع إيجازاً بيناً فيما يتعلق بالالتزامات التي تصدر عن نص القانون مباشرة. وقد حدها على ذلك ما هو ملحوظ في ترتيب هذه الالتزامات وتنظيمها. فكل التزام منها يتكفل ذات النص المنشئ له بتعيين مضمونه وتحديد مدها. فمجمعها جميعاً أحكاماً التشريعات الخاصة بها» (٢).

٩٠٢- كيف يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام: كل التزام مصدره القانون. فالالتزام المترتب على العقد، والالتزام المترتب على العمل غير المشروع، والالتزام المترتب على الإثراء بلا سبب، كل هذه التزامات مصدرها القانون، لأن القانون هو الذى جعلها تنشأ من مصادرها، وحدد أركانها، وبين أحكامها. ولكن هذه الالتزامات لها مصدر مباشر، هو الذى رتب عليه القانون إنشاءها. فقد جعل القانون الالتزام ينشأ من مصادر مباشرة ثلاثة: (١) تطابق إرادتين: فكل اتفاق بين المدين والدائن على إنشاء التزام، فى الحدود التى بينها القانون، ينشئ هذا الالتزام. ويكون مصدره المباشر هو العقد، والقانون مصدره غير المباشر. (٢) عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير: فكل خطأ يصدر من شخص،

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها. ٢- ولا تشترط أية أهلية فى هذه الالتزامات، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم الحاجة إليها، وأصبح النص رقمه المادة ٢٠٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ روى مبدئياً أن الحكم الذى تضمنه النص لا لزوم له فهو تحصيل حاصل، ولكن اللجنة لم تقطع فى ذلك برأى بات. وفى جلسة أخرى وافقت اللجنة على النص كما هو، وأصبح رقمه ١٩٨. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠- ص ٤٩٣).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «كل التزام أيا كان مصدره المباشر يرجع إلى القانون، باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والحقوق جميعاً. فمن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر تصرفاً قانونياً أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب، ويرد فى مصدره الأخير إلى القانون. ومنها على نقيض ذلك، ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير فى أن واحد. ويراعى أن القانون يعتبر فى هذه الصورة مصدراً وحيداً يتكفل بإنشاء الالتزام رأساً، ويتولى تعيين مده وتحديد مضمونه. وقد ساق التقنين اللبنيانى فى معرض التمثيل للالتزامات التى تصدر عن نص القانون التزامات الجوار والالتزام بالإنفاق على بعض الأصهار. وقد تقدم أن التزامات الفضولى، فيما يتعلق بالمضى فى العمل والعناية المطلوبة وتقديم الحساب، وكلها ينشئها القانون رأساً، وينفرد بذلك دون سائر مصادر الالتزام». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠.

ويلحق ضرراً بشخص آخر، يلزم من ارتكاب الخطأ بتعويض الضرر. ويكون المصدر المباشر للالتزام بالتعويض هو العمل غير المشروع، والقانون مصدره غير المباشر. (٣) إثراء بلا سبب: فكل إثراء أصابه شخص نتيجة مباشرة لافتقار شخص آخر، ولم يكن للإثراء مصدر قانوني يستند إليه، يلزم المثرى بتعويض المفقتر. والمصدر المباشر للالتزام بتعويض هنا هو الإثراء دون سبب، والقانون مصدره غير المباشر.

ويلاحظ في هذه المصادر المباشرة للالتزام - العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب - أن القانون اختار عملاً قانونياً، هو العقد، وعملين ماديين، هما العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، وجعل هذه الأعمال الثلاثة مصادر عامة للالتزام. فمتى قام عمل منها نشأ الالتزام، دون تمييز بين حالة وحالة. فالعقد مصدر عام للالتزام، سواء كان العقد بيعاً أو هبة أو قرضاً أو إيجاراً أو عارية أو وكالة أو غير ذلك من العقود المسماة وسواء كان العقد مسمى أو غير مسمى، وأياً كان الالتزام الذي ينشأ من عقد معين. ولم يخص القانون حالة دون حالة في جعله العقد مصدراً للالتزام. والعمل غير المشروع مصدر عام للالتزام، يستوى في ذلك أن يكون هذا العمل حادثاً من حوادث النقل، أو حادثاً من حوادث العمل، أو خطأ في أعمال المهنة، أو عملاً يخل بالشرف والاعتبار، أو منافسة غير مشروعة، أو تعسفاً في استعمال الحق، أو غير ذلك من الأعمال غير المشروعة. ولم يجعل القانون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام في حالات دون أخرى، بل جعله مصدراً عاماً يتناول جميع هذه الحالات. والإثراء دون سبب مصدر عام للالتزام، لا فرق في ذلك بين إثراء إيجابي وإثراء سلبي، ولا بين افتقار إيجابي وافتقار سلبي، ولا بين قيمة مادية وقيمة معنوية، ولا تمييز بين القاعدة العامة وتطبيقاتها الخاصة من دفع غير المستحق وعمل الفضولي. ولم يقصر القانون الإثراء دون سبب كمصدر للالتزام على حالة من هذه الحالات دون حالة، بل عممه عليها جميعاً، وجعله فيها كلها مصدراً للالتزام.

والى جانب هذه المصادر المباشرة يختار القانون حالات خاصة، ويرتب في كل حالة منها التزاماً، يستند حقاً إلى عمل قانوني أو إلى عمل مادي، ولكن يستند إليه لا كمصدر عام ينشئ الالتزام في هذه الحالة وفي غيرها من الحالات - كما فعل في المصادر المباشرة - بل كواقعة تنشئ الالتزام في هذه الحالة وحدها دون غيرها. وهنا إذا قيل إن العمل القانوني أو العمل المادي هو مصدر الالتزام في هذه الحالة الخاصة كان هناك شيء من التجوز، فالواقع أن القانون ذاته هو المصدر المباشر لهذا الالتزام، إذ أنشأه، لا عن طريق نص عام بل بنص خاص عين هذه الحالة بالذات، وحدد نطاقها، ورسم مداها، ورتب عليها حكمها. فالنص القانوني - لا العمل القانوني ولا العمل المادي - هو المصدر المباشر للالتزام (١) (١).

(١) ففي الالتزامات ذات المصادر المباشرة يكون المصدر المباشر هو المصدر الأول للالتزام، ثم يأتي القانون بعد ذلك مصدراً غير مباشر. أما في الالتزامات القانونية، فالقانون هو المصدر الأول والآخر. والنص القانوني هو الذي ينشئ الالتزام مباشرة دون أن يستند في إنشائه إلى واقعة أخرى كمصدر مباشر.

فعل القانون ذلك في بعض الوقائع المادية وفي بعض الأعمال القانونية، فعين حالات خاصة، بعضها يستند إلى واقعة مادية وبعضها يستند إلى عمل قانوني، وأنشأ في هذه الحالات التزامات قانونية هو مصدرها المباشر. أما الحالات الخاصة التي تستند إلى واقعة مادية، فمنها التزامات الأسرة والتزامات الجوار والتزامات الفضولي والتزام حائز الشيء بعرضه إذا كان محلاً للنزاع (١). وأما الحالات التي تستند إلى عمل قانوني، فهذه كلها تستند إلى الإرادة المنفردة (volonté unilatérale)، كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة (٢).

= ونرى من ذلك أن القانون يستبقى وصايته على بعض الوقائع التي تكون مصدراً للالتزام، فيحسك بزمامها، ولا يرتب الالتزام على ما يختاره منها إلا بالنص. وهو في الوقت ذاته يحرم بعض الوقائع من هذه الوصاية، فيجعلها مصادر عامة للالتزام، وهذه هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب.

(١) أ- القانون - وليس العمل غير المشروع - هو مصدر الالتزام بالتعويض عند الاستيلاء على العقار دون اتباع الاجراءات القانونية لنزع الملكية للمنفعة العامة، ولا يتأثر من ذلك أن محكمة النقض قد وصفت هذا الاستيلاء في بعض أحكامها بأنه يعتبر بمثابة غصب إذ أن ذلك كان بصدد تحديد الوقت الذي تقدر فيه قيمة العقار لبيان مقدار التعويض الذي يستحقه مالكة.

(جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧ الطعن ٦٣١ سنة ٤٣ ق ٢٧ ص ١٠٦٧).

ب- مسؤولية الإدارة عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون لا تنسب إلى العمل غير المشروع وإنما تنسب إلى المصدر الخامس من مصادر الالتزام وهو القانون باعتبار هذه القرارات تصرفات قانونية وليست أعمال مادية ومن ثم فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادي.

(جلسة ١٩٦٣/٤/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٥٢٠).

ج- علاقة الموظف بالدولة رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها بشأن الوظيفة ويعتبر مصدر التزام الموظف بتلك القواعد هو القانون مباشرة فيسأل الموظف عن اختلاله بهذا الالتزام.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٩١٤).

د- مسؤولية أمناء المخازن وجميع ارباب العهد عما في عهدتهم من موظفي الدولة، لا تنسب إلى العمل غير المشروع بل تنسب إلى القانون الذي أنشأها.

(جلسة ١٩٧٧/٤/١٩ الطعن ٤٢ لسنة ٤٠ ق ٢٨ ص ٩٨٢).

هـ- علاقة مجلس الشعب بأعضائه رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها في هذا الشأن. قواعد اسقاط عضوية أحد أعضائه وردت مع ضوابطها في المادة ٩٤ من دستور ١٩٦٤ والذي تمت اجراءات اسقاط عضوية الطاعن في ظله وفي المادة ٤٢ من القانون ١٥٨ لسنة ١٩٦٣ في شأن مجلس الشعب كما تضمنته لائحة المجلس واجراءات اسقاط العضوية اعمالاً للمادة ٩٤ من الدستور بما يوجب الالتزام بتلك القواعد، ويترتب على اختلال المجلس بالالتزام بها، إذا ما أضير به عضو المجلس - مسؤوليته عن تعويضه مسؤولية مصدرها القانون طبقاً للقواعد العامة وبغير حاجة إلى نص خاص يقرر ذلك.

(جلسة ١٩٩٧/٦/١٧ الطعن ٣١٨٩ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ الطعن ٨٩ لسنة ٣٨ ق)

(جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ الطعن ١٧٨ لسنة ٣٦ ق ٢٢ ص ٤٩٥ ع ٢٤)

(١) أنظر المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد، وقد حذفها لجنة المراجعة، وسنعود إليها فيما يلي. هذا ويلاحظ أن التزامات رب العمل، بخلاف التزامات الفضولي، لها مصدر عام هو الإثراء بلا سبب.

(٢) وسنرى فيما يلي أن الالتزامات التي تنشأ عن الإرادة المنفردة في القانون المدني الجديد هي التزامات =



ويستخلص من ذلك أمران: (أولاً) أن القانون هو مصدر مباشر لبعض الالتزامات. ومن ثم لا سبيل إلى تحديد هذه الالتزامات القانونية إلا بالنص. فالنص القانوني وحده هو الذي ينشئ هذه الالتزامات، وهو مصدرها الوحيد. (ثانياً) والنص وحده هو أيضاً الذي يتكفل بتعيين أركان الالتزام القانوني وبيان أحكامه. ونبعث كلا من هاتين المسألتين.

## المبحث الأول

### النص هو الذي ينشئ الالتزام القانوني

٩٠٣- هل هناك سياسة تشريعية توخاها القانون في إنشاء الالتزامات القانونية: رأينا أن المصدر المباشر للالتزامات القانونية هو القانون ذاته، فلا توجد وسيلة إلى معرفة الالتزامات القانونية وتحديدتها إلا الرجوع إلى النصوص القانونية. فأينما نجد نصاً ينشئ التزاماً، فثم التزام قانوني.

وقد يبدو أن الالتزامات القانونية، وقد وكل أمر إنشائها إلى النصوص، تخلقها هذه النصوص تحكماً، دون أن تكون هناك في إنشائها سياسة مرسومة. فحيث يستحسن المشرع إنشاء التزام قانوني، أنشأ هذا الالتزام بنص تشريعي.

وهذا هو الظاهر. ولكن الواقع من الأمر أن المشرع يخضع في إنشاء الالتزامات القانونية، كما يخضع في إنشاء سائر العلاقات القانونية، إلى سنن طبيعية يطيعها عن شعور أو عن غير شعور.

ونبين كيف يخضع المشرع لهذه السنن الطبيعية في إنشاء الالتزامات القانونية.

## المطلب الأول

### الالتزامات القانونية التي تستند إلى الوقائع المادية

٩٠٤- الالتزامات السلبية: بديهى أن الإنسان يلتزم بإرادته في الحدود التي يسمح بها القانون. فالالتزام الإرادي لا عناء في تبريره. وحيث يوجد التزام لا يقوم على الإرادة، فالقانون هو الذي أوجده.

والقانون في إنشائه للالتزامات غير الإرادية يدخل في حسابه اعتبارات أدبية واجتماعية. ولكنه لا يستطيع أن ينقاد لهذه الاعتبارات وحدها، بل يجب عليه أن يراعى اعتبارات أخرى في الصياغة القانونية، أهمها أنه لا يستطيع أن يصوغ التزاماً مبهماً غير محدد، أيا كانت المبررات الأدبية والاجتماعية لإنشائه. فهو لا يستطيع مثلاً أن ينشئ

= أنشأتها نصوص خاصة، فهي التزامات قانونية. ولم ترق الإرادة المنفردة في القانون الجديد إلى أن تكون مصدراً عاماً للالتزام، بالرغم من أفراد فصل خاص لها.

التزاماً إيجابياً يفرض على كل شخص أن يساعد غيره أو أن يغيثه عند الحاجة. مثل هذا الالتزام غير المحدد مقضى عليه أن يبقى في دائرة الآداب والاجتماع. ويتناول القانون في رفق بعض نواحيه، فيبرز منها ما يتمكن من تحديده، ويصوغه التزامات قانونية، فينتقل بذلك من عالم الأخلاق والاجتماع إلى عالم القانون.

وأول ما استطاع القانون أن يفعل ذلك كان في الالتزامات السلبية، لأنها أسهل تحديداً وأخف عبثاً وأظهر حاجة. فأوجد التزامين قانونيين أخذ بهما الناس كافة. قال في الأول منهما: لا تضر بالغير دون حق، فوجد العمل غير المشروع مصدراً عاماً للالتزام. وقال في الثاني: لا تثر على حساب الغير دون سبب، فوجد الإثراء دون سبب مصدراً عاماً آخر.

وهنا وقف القانون، ولم يستطع أن يخطو خطوة ثالثة ليضع قاعدة عامة كالقاعدتين الأولىين. ذلك أنه كان يقرر في هاتين القاعدتين التزامات سلبية. فإذا هو خرج من المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية، ومن النهى عن الإضرار والإثراء إلى الأمر بالمعونة والمساعدة، فثم العسر والتحكم، إذ تختلط الحدود، وتبهم الضوابط.

٩٠٥- الالتزامات الإيجابية: على أن القانون لم يسعه أن يقف عند هذه الحدود السلبية، بل تقدم إلى المنطقة الإيجابية ولكن في كثير من الأناة. وإذا كان قد استطاع كما قدمنا أن يقول في عبارة عامة: لا تضر بالغير، ولا تثر على حساب الغير، فإنه لم يستطع أن يقول: ساعد الغير، في عبارة لها ذات العموم والشمول. قال: ساعد الغير، ولكن في مواطن معينة رسم حدودها وأحكم ضوابطها.

فبدأ بمن ساعد الغير فعلاً من تلقاء نفسه - الفضولي - وقال له عليك أن تمضى في عملك ما دمت قد بدأت، وعليك أن تبذل فيه عناية محمودة، وعليك أن تقدم عنه حساباً. هذه هي الالتزامات القانونية التي ترتبها النصوص في ذمة الفضولي، ومصدرها القانون كما سبق أن قررنا.

ثم سار خطوة أوسع، وأوجب مساعدة الغير ابتداءً. ولكنه لم يستطع أن يرسم في ذلك التزامات محددة إلا في نطاق محدد: نطاق الأسرة وأفرادها يتصل بعضهم ببعض أوثق الاتصال، ونطاق الجيران والصلة فيما بينهم قائمة موطدة، ونطاق أصحاب المهنة، ونطاق الجمعيات والنقابات، بل ننظر في حالات نادرة إلى الأمة كجماعة واحدة وأوجب على أفرادها التزامات قانونية نحو المجموع أى نحو الدولة.

أما في نطاق الأسرة، فقد أنشأ التزامات قانونية مختلفة. من ذلك التزامات الزوجية، والالتزامات ما بين الأبوين والأبناء، والالتزامات المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة، والالتزام بالنفقة، وغير ذلك من التزامات الأسرة. وكلها تقوم على التضامن الواجب فيما بين أفرادها.

وأما في نطاق الجوار، فهناك التزامات سلبية، كوجوب الامتناع عن إحداث مضار فاحشة للجيران، وعدم الإطلال على الجار من مسافة معينة. وهناك التزامات إيجابية،

كالتزام الجار نحو جاره في الشرب والمجرى والمسيل والمرور، وكالاتزامات التي تنشأ بسبب الحائظ المشترك والحائظ الذي يستتر به الجار، وكالاتزامات التي تنشأ بسبب ملكية العيني في المبنى الواحد.

وفي نطاق المهنة، أوجد القانون في ذمة رب العمل نحو عماله في تعويضهم عن مخاطر العمل، وأوجد في ذمة أصحاب المهنة الواحدة التزامات نحو عملائهم فيحتفظون بأسرار المهنة ويبادرون إلى إسعاف من يحتاج إلى معونتهم، وينخرطون في سلك هيئة واحدة.

وفي نطاق الجمعيات والنقابات، أنشأ التزامات مختلفة في ذمة أعضاء هذه الجمعيات والنقابات تقوم على التعاون فيما بينهم.

ونظر القانون إلى الأمة كجماعة واحدة، فأنشأ التزامات في ذمة أفرادها نحو الدولة، أهمها الالتزام بدفع الضرائب.

والقانون في كل ما قدمناه يتوخى سياسة واحدة: لا ينشئ التزاماً قانونياً إلا وهو يقوم على التضامن الاجتماعي، ثم يكون هذا الالتزام محدد المعالم، معروف المدى، منضبط الحدود. وقد ترك التعميم إلى التخصيص مذ جاوز النطاق السلي إلى النطاق الإيجابي، فانتقل من الالتزامات العامة التي يكون مصدرها المباشر واقعة مادية، إلى التزامات قانونية محددة تقوم مباشرة على نصوص قانونية خاصة.

## المطلب الثاني

### الالتزامات القانونية التي تستند إلى الإرادة المنفردة (\*)

٩٠٦- هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً (١): رأينا فيما تقدم أن العقد، وهو نطاق إرادتين، يعتبر مصدراً عاماً للالتزام، فما هي قيمة الإرادة المنفردة، وهل تستطيع أن تنشئ التزاماً؟ وإذا كانت تنشئ الالتزام، فهل هي كالعقد مصدر عام للالتزام، أو أن القانون يقتصر على الاستناد إليها لإنشاء التزامات قانونية محدودة بمقتضى نصوص قانونية خاصة؟

(\*) بعض المراجع في الإرادة المنفردة: ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٨ وما بعدها - سالي الالتزامات فقرة ١٣٨ - فقرة ١٤٤ - ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ - جيهير (Guihaire) رسالة من رن سنة ١٩٠١ - إلياس (Elias) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - تالاندييه (Tallandier) رسالة من تولوز سنة ١٩١٢ - كولدبرج (Coldberg) رسالة من نانسي سنة ١٩١٣ - مارسكو (Maresco) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ - تارد (Tarde) في تطورات القانون ص ١١٩ وما بعدها - ديجيه (Duguit) في تطورات القانون الخاص - نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨٠ - فقرة ١٩٦ - الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ٧٥ - فقرة ٧٨ - الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٠٤ - فقرة ٤١٤.

(١) نقل ما يلي عن نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨٠ - فقرة ١٨٥.

لاشك في أن الإرادة المنفردة، وهي عمل قانوني صادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral)، تنتج آثاراً قانونية مختلفة. فقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية، وسبباً لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن، وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للإبطال كالإجازة، وقد تجعل عقداً يسرى على الغير كالإقرار، وقد تنهي رابطة عقدية كعزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة. أما بالنسبة إلى إنشاء الحق الشخصي (الالتزام) أو إسقاطه، فالإرادة المنفردة في القانون المدني تسقط الحق الشخصي بالإبراء (م ٣٧١)، وبقي أن نعرف هل هي أيضاً تنشئ الحق الشخصي؟ وقبل أن نعالج هذه المسألة في القانون المدني الجديد، نستعرض فيها نظريتين متعارضتين.

فالنظرية الفرنسية تذهب إلى أن الالتزام الذي يتولد عن عمل قانوني لا يكون مصدره إلا عقداً أي توافق إرادتين، أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً. وهذه قاعدة ورثها القانون الفرنسي من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، وأصبحت من القواعد المتفق عليها فقها وقضاء في فرنسا (١) وفي مصر في عهد القانون القديم (٢). ولكن نظرية ألمانية ذهبت إلى أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً. وعلى رأس القائلين بهذه النظرية من الفقهاء الألمان سيغل (Siegel). فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الجرماني تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه. وقد انتصر لهذه النظرية غير سيغل من الفقهاء الألمان كثيرون (٣)، وسائر الفقهاء الألمان بعض الفقهاء الفرنسيين (٤).

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٨ ص ٣٦ - ص ٣٧ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٢ - لوران ١٥ فقرة ٤٦٥ - ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٥ - بيدان في الالتزامات فقرة ٥٨. محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ٤٠٤.

(٢) والتون ١٧ ص ١٧ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨١ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ - وفي ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٢.

(٣) أنظر جاكوبي (Jacobi) وكونتس (Kuntze) وكوبن (Koppen) ومانرمان (Mannesmann) وهولتسندوف (Holzendorff) في المراجع المشار إليها في نظرية العقد للمؤلف ص ١٨٦ هامش رقم ١.

(٤) أنظر تارد (Tarde) في تطورات القانون ص ١٢٠ - ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٨ ص ٥٥ و ٢ فقرة ٥٥٣ ص ١٣٦ - كولان وكايتان ٢ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢ - ورمز في رسالته الإرادة المنفردة باريس سنة ١٨٩١.

والأستاذ ورمز هو من أسبق الفقهاء الفرنسيين إلى نشر نظرية الإرادة المنفردة في فرنسا، إلى جانب الأستاذ سالي الذي تولى نشر النظريات الألمانية في كتابيه المعروفين، الالتزامات في القانون الألماني والإعلان عن الإرادة. وقد تشجع الأستاذ ورمز لنظرية الإرادة المنفردة أكبر تشجيع، وهو يرى أن التطور التاريخي للإرادة، باعتبارها منشئة للالتزام، يدل على أنها تخلصت تدريجاً من الأوضاع التي كانت تحوط بها، وأن لها أن تتخلص من ذلك جملة واحدة، فلا تبقى على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشكلية لا يزال باقياً، فإذا قضينا عليه أصبحت الإرادة =

ويستند أنصار النظرية الألمانية إلى الحجج الآتية: (١) القول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء التزام يسد الباب دون ضرور من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون. فلا يمكن بغير الإرادة المنفردة أن نفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجمهور، أى لغير شخص معين. وقد يكون الدائن غير موجود في الحال ولكنه سيوجد في المستقبل، أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته، ففى كل هذه الفروض، وهى فروض تقع كثيراً فى العمل، لا يمكن القول بوجود الالتزام فى ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين، فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج. (٢) من الصعب أن تتوافق إرادتان توافقاً تاماً، ولا يمكن التثبت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا فى لحظة واحدة، وهذا مستحيل فى التعاقد بالمراسلة. بل هو أيضاً مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدان فى مجلس واحد، فإن أحد المتعاقدين لا بد أن يسبق الآخر فى إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب، ثم يتلو الآخر فيظهر القبول. فالإيجاب والقبول يتعاقبان، فإذا أردنا التأكيد من أنهما يتعاصران فيتوافقان، فلا بد من أن نفرض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه حتى اقترن بالإيجاب القبول، وهذا محض فرض نأخذ به كما نأخذ بإرادة مفروضة نزع منها أنها هى الإرادة الباطنة. والأولى أن نتجنب هذه الفروض وأن نواجه الحقيقة كما هى، فالملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن، فهو يوجد حقاً فى ذمته لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته، ورضاء الآخر بهذا الحق هو مجرد انضمام (adhésion) تطلبناه حتى لا يكسب الدائن حقاً دون إرادته. وقد لا تتوافق الإرادتان ومع ذلك يوجد العقد، كما إذا عدل الموجب عن إيجابه وكان الطرف الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم بعدول الطرف الأول. (٣) ثم إنه ليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته. فالإنسان حر فى أن يقيد نفسه فى الدائرة التى يسمح بها القانون، بل إن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه فى نظرية توافق الإرادتين، إذ الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاب الالتزام، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها. أما القول بوجود توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغابرة التى كانت تحد من سلطان الإرادة، فقديماً كانت الإرادة لا توجد أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة، ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر، وأصبحت الإرادة هى التى توجد الأثر القانونى الذى تتجه إليه، فالواجب أن نصل فى هذا

=المنفردة كافية لإنشاء الالتزام. والدليل على أن الإرادة الواحدة هى التى تولد الالتزام أن من صدر منه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك إلى علم الطرف الآخر قبل أن يقبل، فإن العقد يتم رغماً من عدول الموجب وعدم توافق الإرادتين، ولا يمكن تفسير ذلك إلا بأن الإيجاب، وهو إرادة منفردة، ملزم بذاته (رسالة الأستاذ ورمز ص ١٦٥ و ص ١٧٩). ويقول أيضاً إنه متى سلمنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدراً للالتزام، فلا معنى لعدم الأخذ بهذا المذهب فى العقد ذاته، لأنه إذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاماً، فلماذا لا نستطيع أن تكون هى وحدها مصدر الالتزام إذا اقترنت بإرادة أخرى، فهل يمكن أن تكون الإرادة المقترنة بإرادة أخرى أضعف من الإرادة المنفردة! (أنظر رسالة الأستاذ ورمز ص ٩٣).

التطور إلى غايته المنطقية، وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى. على أننا نتطلب رضاء الدائن حتى لا يكسب حقاً بالرغم منه، ولكن هذا الرضاء لا يوجد الالتزام، بل إن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين.

ويعترض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية بما يأتى: (١) أن نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح، لأنه إذا أمكن فهم أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة، فلا يمكن أن يفهم كيف أن الدائن يصبح دائماً دون إرادته. فإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن، فما معنى هذا الالتزام وما قيمته؟ وإذا قيل إنه لا بد من إرادة الدائن حتى يصبح دائماً، فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد. (٢) يقضى المنطق ذاته بعدم التسليم بنظرية الإرادة المنفردة. فإنه إذا قيل إن للإرادة المنفردة هذا السلطان، وإن فى مكنتها أن تولد التزاماً، وجب القول أيضاً إنها تستطيع أن تقضى هذا الالتزام، وما تستطيع الإرادة وحدها أن تعقده وحدها أن تحله. وبهذا يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقاً على محض إرادته، فيكون التزاماً منحللاً. (٣) على أن نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة. فهى تفترض دائماً أن أحد المتعاقدين وزن الأمر قبل التعاقد، وبت فيه بقرار نهائى، وأعلن طرفة عن إرادته، ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض. مع أن الأمر غير ذلك. فالذى يقع فى العمل عادة أن المتعاقدين يتفاوضان، وما يزالان فى أخذ ورد لا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر، وكل إرادة تؤثر فى الأخرى وتعديل من اتجاهها، حتى تتوافق الإرادتان، وعند ذلك يتم العقد. ومن هذا نرى أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول، بل كثيراً ما تؤثر فيها وتتفاعل حتى ينتج من تفاعلها إرادة متحدة هى العقد، فكلتا الإرادتين اشتركت فى تكوين الالتزام، ولم تستقل إحدهما بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة.

والآن بعد أن استعرضنا حجج الفريقين، نقف قليلاً لتقدير مبلغ ما فى نظرية الإرادة المنفردة من صحة. ونبدأ بملاحظة أن الاعتراضات التى يتقدم بها خصوم النظرية لا تصل من الخطر إلى حد أن تدك قواعدنا. أما أن الدين لا يوجد دون دائن، فقد قدمنا أن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام كقيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية، ويترتب على هذا النظر أنه يمكن تصور دين دون دائن ما دام المدين موجوداً وقت نشوء الدين وما دام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد قبل ذلك. أما القول بأنه إذا صح للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً صح لها أيضاً أن تقضيه، فهذا خلط بين أثر الإرادة فى العالم النفسى وأثرها فى الروابط الاجتماعية. فإن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها، فوجب احترام هذه الحالة التى أوجدتها الإرادة، ولا يجوز عندئذ العدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة، فالإرادة المنفردة إذا عقدت التزاماً وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل. يبقى الاعتراض الثالث، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتؤثر إحدهما فى الأخرى. وهذا صحيح من الناحية النفسية أيضاً، أما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن أن نميز مرحلة تنتهى



عندها هذه المفاوضات ويدخل الإيجاب في دوره النهائي ويصبح إيجاباً باتاً، ولاشك في أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك، ومن أهم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر، ولكن لاشك أيضاً في أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتاً صار منسوباً لإرادة من صدر منه ما دام قد ارتضاه في النهاية، وعند ذلك يتحقق أن يكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها. هذا إلى أن هناك أحوالاً كثيرة تقع في العمل، يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب بات لا تسبقه مفاوضات، ومن ذلك ما يجرى في عقود الإذعان.

فنحن لا نرى فيما تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية ما يصلح لهدمها. ولكننا مع ذلك لا نعتقد أن الفرق كبير من الناحية العملية بين النظريتين الألمانية والفرنسية. ذلك أن الأساس المنطقي للنظرية الألمانية هو أن الإرادة قادرة على إلزام صاحبها ما دام يلتزم في دائرة القانون، ولا حاجة لأن تقتصر إرادة الدائن بإرادة المدين حتى ينشأ الالتزام. ونحن لا نرى لماذا لا يكون هذا صحيحاً لا من الناحية المنطقية فحسب، بل من الناحية القانونية أيضاً. وما دام القانون قد وصل في تطوره إلى أن يجعل للإرادة سلطاناً في إيجاد الآثار القانونية، فلماذا يقف سلطان الإرادة دون إنشاء الالتزامات! يستطيع المدين إذن أن يلتزم بإرادته المنفردة، ولكنه يستطيع أيضاً، وطبقاً لسلطان الإرادة ذاته، أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تولد ثقة مشروعاً. فالالتزام الذي يعقده المدين بإرادته التزام محلول. وإلى هنا لا يوجد فرق كبير بين النظريتين الألمانية والفرنسية. فالنظرية الأولى ترى المدين قد أوجد التزاماً بإرادته المنفردة ولكنه التزام ينحل عنه في أي وقت شاء، والنظرية الثانية ترى المدين لم يوجد بإرادته المنفردة أي التزام. ولا يوجد فرق عملي بين التزام غير موجود والتزام موجود ولكن يمكن التحلل منه. بقي أن النظرية الألمانية لا تسمح للملتزم بإرادته المنفردة أن يتحلل من التزامه إذا ولدت إرادته ثقة مشروعاً لا يجوز الإخلال بها. وهذا لا يتحقق إلا إذا فرضنا أن إرادة المدين قد ولدت عنه شخص معين، هو الدائن، ثقة مشروعاً جعلته يطمئن إلى العمل بمقتضى هذه الإرادة. فإذا تحقق هذا الفرض، وألزمته النظرية الألمانية المدين بإرادته المنفردة، جاز للنظرية الفرنسية أن تقول بالتزام المدين أيضاً، ولكن لا بإرادته المنفردة، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن وهي إرادة تستخلص من اطمئنانه لإرادة المدين والنزول على مقتضاها في تصرفه. وسواء كان سبب التزام المدين في هذه الحالة هي إرادته المنفردة كما يقول الألمان، أو العقد كما يقول الفرنسيون، فالنتيجة العملية واحدة، إذ المدين ملتزم التزاماً لا رجوع فيه في كلا القولين.

على أننا مهما قربنا ما بين النظريتين، فإنه لا يفوتنا أن الأساس الذي بنى عليه كل منهما لا يزال مختلفاً. وهذا الاختلاف في الأساس قد يؤدي إلى نتائج ذات بال. ويكفي أن نشير هنا إلى أنه في الفرض الأخير الذي عالجه، إذا قلنا مع الألمان بالتزام المدين بإرادته

المنفردة، كان التزامه موجوداً منذ صدور هذه الإرادة. أما إذا قلنا مع الفرنسيين إن المدين يلتزم بتوافق إرادته مع إرادة الدائن، لم يوجد الالتزام إلا عند توافق الإرادتين، أي عند صدور الإرادة الضمنية من الدائن. ثم أن التمشي مع النظرية الألمانية يجعلنا نحذف العقد من بين مصادر الالتزام، ونحل الإرادة المنفردة محله. أما النظرية الفرنسية فلا تفسح مجالاً للإرادة المنفردة بين هذه المصادر، وتجعل العقد وحده هو العمل القانوني الذي ينشئ التزاماً.

ومهما يكن من أمر فإن القانون الألماني ذاته لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، بل أخذ على سبيل الاستثناء في حالات محددة على سبيل الحصر بمقتضى نصوص قانونية خاصة<sup>(١)</sup>. أما المشروع الفرنسي الإيطالي فقد جعل من الإرادة المنفردة، إلى جانب العقد، مصدراً عاماً للالتزام<sup>(٢)</sup>. وسنرى الآن أن القانون المصري الجديد نهج منهج

(١) وقد نصت المادة ٣٠٥ من القانون المدني الألماني على أن إنشاء الالتزام من طريق العمل القانوني لا يكون إلا بعقد، عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك.

وفي هذا يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ما يأتي: «إن الفرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاماً لإنشاء الالتزامات، في الحد الذي ينشأ فيه الالتزام من عمل قانوني. صحيح أنه طلب، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير مشروع القانون الألماني)، حذف هذا النص، لتترك المسافة لتقدير الفقهاء. وقد كان هذا يسمح للقضاء، مع تمسكه بالقاعدة التقليدية، أن يتوسع في الاستثناءات التي يدخلها على القاعدة. ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأي. ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التي يعترف بها القانون، حتى يكون من المقرر أن الحالات التي يسلم فيها القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد إرادة منفردة يكون من المستطاع تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة في المادة ٣٠٥، وتطبيقاً لنظرية الإرادة المنفردة» (الترجمة الفرنسية للقانون الألماني م ٣٠٥).

هذا وقد احتاط المشرع الألماني في أنه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام لاعتبارات عملية. وفي هذا يقول سالي: «إذا كان المشرع الألماني قد رفض الأخذ بالنظرية كمبدأ عام، فذلك راجع دون شك للأسباب التي أبدتها برنتز (Brinz)، فإن من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للإرادة، إذ يصعب، أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة، أن نتبين هل هناك التزام بات جدي، أو أنه لا يوجد إلا قول ألقى جزافاً دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به» (الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٤٢).

(٢) وقد انفرد المشروع الفرنسي الإيطالي بعقد فصل خاص للإرادة المنفردة باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام. فقضى في المادة ٦٠ بأن الإرادة المنفردة إذا كانت مكتوبة، واقتربت بأجل محدد، تلزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها، وتنطبق على الإرادة المنفردة القواعد التي تنطبق على العقد عدا القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الالتزامات.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي أن هذا النص كان مثاراً للمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والإيطالية. فقد ظن البعض أن في تقرير هذا المبدأ تجديداً جريئاً لا يتطلبه العمل، ولكن هذا الاعتراض، إذا كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة إلى القانون الفرنسي، غير وجيه بالنسبة إلى القانون الإيطالي، فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجاري الإيطالي على أنه في العقود الملزمة لجانب واحد يعتبر الإيجاب ملزماً بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه، فالتجديد ليس إذن كبيراً بالنسبة إلى هذا القول. ومن المفيد إدخاله في القانون الفرنسي، فهو يضع حداً للخلاف في تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية، هل هي عقود أو هي مجرد إرادة منفردة، كما في تطهير العقار، وهو في الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر عن الشخص من وعد، بالتمشي مع ما يقتضيه =

القانون الألماني، فلم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلا في حالات محدودة وردت بها نصوص خاصة.

٩٠٧- إلى أي حد أخذ القانون المدني الجديد بالإرادة المنفردة مصدراً للالتزام: كان المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد ينص في المادة ٢٢٨ منه على ما يأتي:

١- إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه.

٢- وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام.

٣- يبقى الإيجاب في العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به، ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور<sup>(١)</sup>.

فكان هذا النص، على غرار المشروع الفرنسي الإيطالي في مادته الستين، يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، مثلها في ذلك مثل العقد. وكان يشترط لذلك أن تكون الإرادة المنفردة مكتوبة، وأن تحدد لها مدة معينة إذا رفضت في خلالها سقطت. أما إذا لم ترفض، فإنها تكون ملزمة لصاحبها من الوقت الذي تصل فيه إلى علم من وجهت إليه، شأنها في ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة. ويسرى على الإرادة المنفردة ما يسرى على العقد من أحكام، فيجب توافر الأهلية، وخلو الإرادة مما يشوب الرضا من عيوب، وقيام محل تتوافر فيه الشروط اللازمة، ووجود سبب مشروع. ويستثنى من هذه الأحكام بدهاء ما يتعلق بضرورة توافر الإرادتين، ما دامت الإرادة المنفردة هي مصدر الالتزام<sup>(٢)</sup>.

حسن النية. على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدوداً معقولة لهذا التجديد، فهي لم تكتف بالشروط الموضوعية للعقد من الأهلية ومشروعية المحل والسبب، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة (أنظر ص ٧١-٧٣ من المذكرة الإيضاحية المذكورة).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ في الهامش.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، شرحاً لهذا النص، ما يأتي: ١٥- لا يصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزماً إلا من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه، شأنه في ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة. فيجوز العدول عنه بعد صدوره متى وصل هذا العدول إلى علم من وجه إليه قبل وصول الوعد ذاته أو وقت وصوله وفقاً لأحكام القواعد العامة. بيد أن الوعد الصادر من جانب واحد يمتاز بترتيب حكمه دون حاجة إلى القبول، وهذا ما يفرقه عن العقود. فيكفي للزومه أن يصل إلى علم من وجه إليه وألا يرفضه هذا. ولكنه يسقط في حالة الرفض، إذ لا يجوز أن يجبر أحداً على أن يكسب حقاً على رغبة. وهو من هذا الوجه يختلف اختلافاً بيناً عن العقد، فالعقد لا يتم إلا بقبول الدائن ووصول هذا القبول إلى علم من صدر الإيجاب عنه. ومن الأهمية بمكان تبيين ما إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة إلى الارتباط بوعد من جانب واحد، أم إلى مجرد الإيجاب. فمن المعلوم أن الإيجاب، وإن كانت له قوة في الإلزام من حيث عدم جواز العدول عنه، لا بد أن يقتصر بالقبول حتى ينشأ الالتزام الذي يراد ترتيبه. ٢- ويفترض عند التثبث في مرمى التعبير عن الإرادة أنه قصد به إلى مجرد الإيجاب. ويقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جانب واحد على عاتق الدائن =

ولو بقي هذا النص فانتقل إلى القانون المدني الجديد، لكانت الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالعقد، ولوجب أفراد باب خاص بها تعالج فيه على النحو الذي رأيناه في العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب<sup>(١)</sup>. ولكن النص حذف في لجنة المراجعة. وكان حذفه عدولاً عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة، واكتفاءً بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً<sup>(٢)</sup>.

ويتبين من ذلك أن لجنة المراجعة رجعت بالإرادة المنفردة عن أن تكون مصدراً عاماً للالتزام، كما كان الأمر في المشروع التمهيدى، إلى أن تكون مصدراً للالتزام في حالات استثنائية ترد في نصوص قانونية خاصة. وعلى هذا النهج سار المشروع في سائر مراحل حتى أصبح قانوناً.

٩٠٨- الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة في القانون المدني الجديد هي التزامات قانونية، ومصدرها المباشر هو القانون: ولم تنبئ الهيئات المختلفة التي تعاقبت على نظر مشروع القانون المدني، منذ لجنة المراجعة، لهذا التغيير الجوهرى في مصدر الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة. فقد كان المصدر المباشر لهذه الالتزامات، وفقاً للمشروع التمهيدى، هي الإرادة المنفردة ذاتها، وقد ارتقت إلى مقام العقد، فأصبحت مصدراً عاماً للالتزام. ومن ثم عقد المشروع التمهيدى للإرادة المنفردة فصلاً خاصاً بها، كما عقد فصولاً خاصة للمصادر العامة الأخرى وهي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب. ولكن بعد أن

الذي يدعى ذلك. ويكون الإثبات بالكتابة دائماً، ولو كانت قيمة الوعد لا تتجاوز عشرة جنيهات (الآن خمسمائة جنيه). وكذلك يجب أن تتضمن وثيقة الوعد بيان المدة التي يبقى الوعد خلالها ملتزماً بما وعد. ٣- ومتى تقرر مبدأ الالتزام بمجرد الوعد، تعين سريان أحكام العقود عليه. ويترب على ذلك وجوب توافر أهلية التعاقد في الواعد، وخلو إرادته مما يشوب الرضا من عيوب، وقيام التزامه على سبب ومحل تتوافر فيهما الشروط اللازمة. ويستثنى من هذه الأحكام بدهاء ما يتعلق بضرورة توافر الإرادتين ما دامت الإرادة المنفردة هي مصدر الالتزام. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩ في الهامش).

(١) وقد جاء في النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: وجعل المشروع من الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، محتدياً في ذلك مثال المشروع الفرنسي الإيطالي. وليس يقتصر في إسناد قوة الالتزام إلى هذه الإرادة على القضاء على ضروب من الخلاف سوف تعدم أهميتها بعد أن فرقت وجوه الرأي بين فكرة التعاقد وفكرة المشيئة الواحدة في تكييف طبيعة بعض التصرفات، كمرض الثمن على الدائنين المقيدة حقوقهم عند تطهير العقار، (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي ص ٥٤)، وهو لا يقتصر كذلك على بسط نطاق تطبيق مبدأ البر بالعهود استجابة لما يقتضيه حسن النية، (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي ص ٥٤) في نطاق التعامل، ولكن هذا التجديد مهما يكن حظه من الجراءة، يعتبر نتيجة منطقية لإقرار المشروع لمبدأ لزوم الإيجاب. فمتى اعترف للإيجاب بقوة الإلزام، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد، ذلك أن التزام المنطق نفسه يؤدي إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام بوجه عام. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٦ - ص ٣٣٧ في الهامش).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ في الهامش.

نزلت لجنة المراجعة بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدراً للالتزام في حالات استثنائية، وبمقتضى نص خاص، لم تعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقرره القانون، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات. ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاماً مصدراً للقانون، وحذف الفصل الخاص المعقود للإرادة المنفردة في المشروع التمهيدي، وإدماجه في الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام. وهذا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله.

ولم نرد أن نساير هذا الخطأ في التبويب. فلم نعقد للإرادة المنفردة باباً خاصاً بها يأتي بعد الباب المخصص للعقد، كما فعل القانون المدني الجديد، بل أرجأنا الكلام فيها إلى أن نتكلم في الالتزامات التي يكون القانون هو مصدرها المباشر، فنجعل الالتزامات التي تنشأها الإرادة المنفردة تدخل في هذا النطاق.

فالقاعدة إذن في القانون المدني الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لا بد أن يرد في نص قانوني. ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر، وهو الذي يعين أركانه ويبين أحكامه.

وقد وردت نصوص متناثرة في نواحي القانون تجعل الالتزام ينشأ من إرادة منفردة. نذكر من ذلك:

(١) الإيجاب الملزم، وقد ورد فيه النص الآتي (م ٩٣): «١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة». وقد فصلنا أحكام هذا النص فيما قدمناه عند الكلام في الإيجاب.

(٢) المؤسسات، وقد ورد فيها النص الآتي (م ٧٠ فقرة ١): «يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية». فإرادة المنشئ المنفردة هي التي توجد المؤسسة. وهذه الإرادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها إما في حياته، أو بعد موته بوصية. ثم يلتزم المنشئ بإرادته المنفردة أيضاً أن ينقل إلى المؤسسة التي أنشأها ملكية ما تعهد به من المال الذي خصصه لها. ومن ثم نرى أن الإرادة المنفردة هنا أوجدت شخصاً معنوياً، وأنشأت التزاماً نحو هذا الشخص المعنوي (١).

(١) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٣ - فقرة ١٩٤.

وما يدل على أن إرادة المنشئ للمؤسسة قد أنشأت التزاماً في ذمته نحو هذه المؤسسة أن المشرع شبه إنشاء المؤسسة بالهبة أو الوصية في خصوص الدعوى البوليصية، فنص في المادة ٧١ على أنه «يعتبر إنشاء المؤسسة بالنسبة إلى دائني المنشئ وورثته بمثابة هبة أو وصية. فإذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضراراً بحقوقهم، جاز لهم مباشرة الدعوى التي يقررها القانون في مثل هذه الحالة بالنسبة إلى الهبات والوصايا». غير أن الهبة لا تكون إلا بعقد، أما إنشاء المؤسسة فيكون بإرادة منفردة.

(٣) تطهير العقار المرهون رهناً رسمياً، وقد ورد فيه النص الآتي (م ١٠٦٦): «يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار. وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة». ويؤخذ من هذا النص أن الحائز يلتزم بإرادته المنفردة أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار، وذلك بمجرد إعلانه رغبته في تطهير العقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانات على النحو المبين في المادة ١٠٦٥.

(٤) الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور، وقد ورد فيه نص المادة ١٦٢. ولما كان هذا النص ينشئ التزاماً قانونياً أولى مكان يبحثه هو هذا الباب، فسنطوئ بحثه تفصيلاً فيما يلي (١).

= وكما تنشأ المؤسسة بإرادة منفردة، يجوز الرجوع فيها بإرادة منفردة كذلك إلى أن يتم شهرها. وقد نصت المادة ٧٢ على أنه «متى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمي جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمي آخر، وذلك إلى أن يتم شهرها وفقاً لأحكام المادة ٥٩». وبديهي أن المؤسسة إذا أنشئت بوصية جاز الرجوع فيها دائماً حتى موت الموصي، شأنها في ذلك شأن كل وصية.

(١) ويدخل في تطبيقات الإرادة المنفردة منشئة للالتزام السند لحامله. وكيف عادة بأن هناك عقداً مجرداً (contrat abstrait) تم بين الساحب وأول حامل للسند. وهذا العقد هو الذي ولد الالتزام في ذمة الساحب. وقد حول الحامل الأول حقه إلى الآخر، وهذا إلى غيره، إلى أن وصل السند إلى الحامل الأخير. إلا أن هناك فروضاً لا تنزل على هذا التكييف. فقد يكتب الساحب السند، وقبل أن يسلمه لأحد يضيع منه أو يسرق، فتتبادل الأيدي إلى أن يقع في يد شخص حسن النية، فيكون لهذا الشخص الحق في استيفاء قيمته من الساحب. ولا يمكن أن يقال هنا إن الساحب ملتزم بموجب عقد بينه وبين أول حامل، فإن هذا كان شخصاً عشر على السند وهو ضائع أو لصاً سرقة. فلم يبق إذن لتفسير هذا الالتزام إلا أن نقول إن الساحب قد التزم بإرادته المنفردة التزاماً مجرداً. كذلك إذا فرض أن الساحب قبل تسليمه السند لأحد مات أو فقد أهليته، ثم تداولت الأيدي السند، فهو (أو ورثته) يبقى ملتزماً ومصدر التزامه لا يمكن أن يكون عقداً في هذه الحالة، فليس إلا إرادته المنفردة مصدراً للالتزام هنا. وقد نص القانون الألماني صراحة على الحلول المتقدمة، فقضت المادة ٧٩٤ بأن من يصدر منه سند لحامله يلتزم به، حتى لو سرق منه أو ضاع، وحتى لو تبادله الأيدي رغم إرادته بأي شكل كان. وتقضى المادة ذاتها بأن السند لحامله يبقى حافظاً لقوته القانونية حتى لو مات من صدر منه السند أو فقد الأهلية قبل التعامل به (نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٥).

أما التزامات الفضولي فقد قدمنا أنها لا تنشأ من إرادة منفردة، بل من واقعة مادية هي أن يتولى الفضولي شأناً لرب العمل. ولا يكفي للالتزام الفضولي أن يظهر إرادته في أن يتولى شأناً لرب العمل، مهما كانت هذه الإرادة واضحة، ما دام هذا الشأن بالفعل. فالعمل المادي، لا إرادة الفضولي، هو الذي ينشئ في ذمة الفضولي التزاماته المعروفة.

وكذلك التزام المتعهد نحو المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير مصدره العقد لا الإرادة المنفردة. وقد مر بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الاشتراط لمصلحة الغير.



## المبحث الثاني النص هو الذي يعين أركان الالتزام القانوني ويبين أحكامه

### المطلب الأول القاعدة العامة

٩٠٩- أركان الالتزام القانوني: رأينا أن النص هو الذي ينشئ الالتزام القانوني، ويعتبر مصدراً مباشراً له. والنص كذلك هو الذي يعين أركان هذا الالتزام. وقد استعرضنا طائفة من الالتزامات القانونية فيما تقدم. فالرجوع إلى النص، في كل التزام قانوني منها على حدة، هو الذي يبين مدى هذا الالتزام والأركان التي يقوم عليها.

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزامات القانونية، كسائر الالتزامات، تكون إما التزاماً بإعطاء (obligation de donner)، أو التزاماً بعمل (obligation de faire)، أو التزاماً بالامتناع عن عمل (obligation de ne pas faire). مثل الالتزام القانوني بالإعطاء بالالتزام بالنفقة، والالتزام بدفع الضرائب، والالتزام بتعويض العامل عن مخاطر العمل. ومثل الالتزام القانوني بالعمل التزام الولي أن يدير أموال القاصر، والتزام الجار أن يشترك في وضع حد للملكة الملتصقة بملك جاره. ومثل الالتزام القانوني بالامتناع عن عمل التزام الجار ألا يهدم الحائط الذي يستتر به جاره دون عذر قوي، والتزامه ألا يحدث ضرراً فاحشاً للجيران.

والالتزام القانوني، كسائر الالتزامات، رابطة ما بين دائن ومدين. وتقوم هذه الرابطة على محل مستوف لشرائطه. ولما كان القانون في الالتزام القانوني المبني على واقعة مادية هو الذي يعين هذا المحل على النحو الذي بيناه، إعطاء كان أو عملاً أو امتناعاً عن عمل، فإن المحل لا بد أن يكون قد استوفى الشرائط الواجبة. فلا صعوبة يمكن أن تثار من هذه الناحية.

والسبب لا يكون ركناً في الالتزام القانوني إلا إذا استند إلى الإرادة المنفردة، فقد رأينا أن لسبب يتصل بالإرادة. ويترتب على ذلك أن الالتزام القانوني الذي يقوم على إرادة منفردة، كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة، يجب أن يكون مبنياً على سبب مشروع. وإلا كانت الإرادة باطلة لا تنتج أثراً. وكذلك المحل في الالتزام القانوني المبني على الإرادة المنفردة تعينه هذه الإرادة، فيجب في تعيينه أن يكون مستوفياً لشرائطه على النحو الذي قدمناه عند الكلام في المحل.

والأهلية إنما يجب توافرها في الالتزام القانوني المبني على الإرادة المنفردة. أما الالتزام القانوني المبني على واقعة مادية فلا تشترط فيه أية أهلية إلا إذا نص القانون على ذلك. وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدي على بوجه الآتي: «ولا تشترط أية أهلية في هذه الالتزامات (القانونية المبنية على وقائع مادية)، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك». فحذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه،

فهو مفهوم من مقتضى تطبيق القواعد العامة<sup>(١)</sup>. ومن الأمثلة على التزام قانوني مبني على واقعة مادية يشترط النص فيه أهلية خاصة للالتزامات الفضولي، فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ تنص على أنه «إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد، فلا يكون مسئولاً عن إرادته إلا بالقدر الذي أثرى به، ما لم تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع». وكذلك ورثة الفضولي عندما أوجب القانون عليهم أن يخطرأ رب العمل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح رب العمل، اشترط النص (م ١٩٤ فقرة ٢ وم ٧١٧ فقرة ٢) لقيام هذا الالتزام أن تتوافر فيهم الأهلية. وتشترط المادة ١٦ من قانون المحاكم الحسبية في الوصي أن يكون ذا أهلية كاملة.

٩١٠- أحكام الالتزام القانوني: وكذلك النص هو الذي يبين أحكام الالتزام القانوني، فيرجع في كل التزام إلى النص الذي أنشأ لمعرفة هذه الأحكام.

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزام القانوني، كسائر الالتزامات، ينفذ عيناً إذا كان هذا ممكناً، وإلا انتهى إلى تعويض يقدر طبقاً للقواعد العامة.

وقد تبين طبيعة الالتزام القانوني شيئاً من أحكامه. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في هذا المعنى بأن طبيعة دين النفقة تجعله خاصاً بشخص من ترتب في ذمته هذا الدين، ومن ثم تكون وفاة المحكوم عليه مسقطاً لحكم النفقة، بحيث لا يبقى لهذا الحكم من الأثر على ركنه إلا بمقدار المستحق من النفقة الذي كان واجب الأداء قبل الوفاة<sup>(٢)</sup>.

٩١١- تطبيقات مختلفة: ونأتي ببعض تطبيقات على ما قدمناه من أن النص هو الذي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٣- وانظر آنفاً فقرة ٩٠١ في الهامش. ويلاحظ أن المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدي وهي التي تقابل المادة ١٩٨ من القانون المدني الجديد، لم تعرض إلا للالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية، لأن الإرادة المنفردة في المشروع التمهيدي كانت مصدراً عاماً للالتزام كما قدمنا، فلم تدخل الالتزامات الناشئة عنها في نطاق هذا النص، ومن ثم كان مفهوماً أن تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ على أنه لا تشترط أية أهلية في الالتزامات القانونية.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، في صدد الأهلية في الالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية، ما يأتي: «وتنشأ الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالاً عن إرادة ذوى الشأن، فهي لا تقتضى فيهم أهلية ما (المادة ١٢٠ من التقنين اللبناني). ومع هذا فقد يتطلب القانون أهلية خاصة بالنسبة لبعض هذه الالتزامات، مراعيًا في ذلك أنها لا ترتب بمعزل عن الإرادة. ومن هذا القبيل ما يقع من الالتزامات على عاتق الفضولي، إذ يشترط القانون لترتيبه أن يكون من يتصدى لشأن من شؤون الغير تفضلاً أهلاً للتعاقد». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢- ص ٤٩٣).

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١/١١١ ص ١٩١- وانظر في القضاء المختلط في مناسبة دين النفقة المنصوص عليه في القانون المدني القديم (مواد ١٥٤- ٢١٦/١٥٧- ٢٢٠) تعليقات الأستاذ بسطوروس على القانون المدني القديم جزء ٢ ص ٦٠١- ص ٦٠٥.

يعين أركان الالتزام القانوني ويتكفل ببيان أحكامه. ويحسن قبل ذلك أن نبين أنه ليس من الضروري أن يكون النص موجوداً في القانون المدني، فالقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وغير ذلك من القوانين المختلفة قد تتضمن نصوصاً تنشئ التزامات قانونية، وتتكفل هذه النصوص بتعيين أركان الالتزام وبيان أحكامه.

فمن الالتزامات القانونية التزامات الفضولي، وقد سبق أن فصلناها راجعين فيها إلى النصوص المدنية التي أنشأتها، ورأينا كيف أن هذه النصوص هي التي تعين أركان الالتزام وتبين أحكامه.

ومن الالتزامات القانونية الالتزام بدفع الضرائب. وهذا الالتزام يرجع في تعيين أركانه وبيان أحكامه إلى القوانين المالية الخاصة بالضرائب على العقار والمنقول وكسب العمل والإيراد العام وغير ذلك من الضرائب المختلفة.

ومن الالتزامات القانونية التزامات الأسرة، ويدخل فيها واجبات كل من الزوجين والعلاقة ما بين الوالدين والأولاد والنفقة بمختلف أنواعها والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام. وهذه كلها يرجع في تعيين أركانها وفي بيان أحكامها إلى قوانين الأحوال الشخصية، وبخاصة إلى الشريعة الإسلامية، ثم إلى قانون الولاية على المال.

ومن الالتزامات القانونية التزامات الجوار، ويرجع فيها إلى نصوص القانون المدني في الكثرة الغالبة من الأحوال. وهذه النصوص تفرض على الجيران التزامات كثيرة متنوعة، منها إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف، ومنها الالتزامات الناشئة عن الحائط المشترك والحائط الملاصق، ومنها الالتزامات الناشئة عن الشبوع في الملك.

وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد يتضمن نصاً ينشئ التزاماً قانونياً في ذمة كل من حاز شيئاً أو أحرزه، بأن يعرض هذا الشيء على من يدعى حقاً متعلقاً به، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه. ولكن لجنة المراجعة حذفت النص لأنه أدخل في باب المرافعات (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢ في الهامش. هذا والنص المشار إليه هو المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدي، وكان يجرى على الوجه الآتي: «١- كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه. فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى، فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له. ٢- على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه. ٣- ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض، ما لم يعين القاضي مكاناً آخر. وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً. وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض». وقد جاء في النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي: «ومع ذلك فقد روي أن ينص استثناء على الالتزام بتقديم شيء. ذلك أن هذا الالتزام لم يظفر بمكان في سائر نواحي التشريع، ولهذا أفرد له نص خاص أخذ عن المشروع الفرنسي الإيطالي. ويراعى أن =

وما قدمناه من التطبيقات يتعلق بالالتزامات القانونية مبنية على وقائع مادية. وكذلك الحال في الالتزامات القانونية المبنية على الإرادة المنفردة، وقد أوردنا طائفة منها فيما قدمناه. فهذه أيضاً تتكفل النصوص القانونية التي أنشأتها بتعيين أركانها وبيان أحكامها. وقد رأينا تطبيقاً لذلك في الإيجاب الملزم. وننتقل الآن لتطبيق آخر في الوعد بجائزة، ونفرد له مطلباً خاصاً.

= هذا المشروع قد استلهم في هذا الشأن. ما ورد من الأحكام في التقنين الألماني والسويسري. وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي: «١- يدخل الالتزام بتقديم شيء في نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون. ويقتضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة: أ) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيء، شخصياً كان الحق أم عينياً. ب) والثاني أن يكون الشيء المدعى به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز، سواء أكان هذا الشخص خصماً في الدعوى أم لم يكن خصماً فيها. ج) والثالث أن يكون فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه، ويرجع تقدير هذه الضرورة للقاضي. فيجوز مثلاً لملك الشيء المسروق أن يطالب من يشتهه في حيازته له بعرضه عليه ليثبت من ذاتيته. ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معانية الترميمات التي أجراها مورثه، حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث. ٢- فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سندا أو وثيقة فيلاحظ أمران: أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت في وجود الحق المدعى به وتعيين مداه، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات حق للطالب. والثاني أن للقاضي أن يأمر، عند الاقتضاء، بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب. فيجوز مثلاً لمشتري الأرض، إذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن. ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تعسفاً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء، ليستخلص منه الدليل على التعسف. ٣- فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها، جاز للقاضي أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوي للامتناع، كالحرص على حرمة سر عائلي مثلاً. والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك، كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء، وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه، ويجوز إلزامه، إذا رأى القاضي ذلك، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ و ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ في الهامش).

وبعد أن حذف هذا النص الجامع، لم يعد هناك إلا نصوص متناثرة في قوانين مختلفة لا تتسع لما كان هذا النص يتسع له. من ذلك ما جاء في المادة ٢٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩: «١- يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها. وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك. ٢- لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر بإطلاع خصمه على دفاتره إلا في المنازعات المتعلقة بالتركات ومواد الأموال المشاعة والشركات. ٣- تسلم الدفاتر في حالة الإفلاس أو الصلح الواقى منه للمحكمة أو لأمين التفليسة أو لمراقب الصلح.

وما جاء في المادة ٢٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ «يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه. ب- إذا كان مشتركاً بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص. إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة. ج- إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى. وما جاء في المادة ٢٦ من قانون الإثبات «يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في ادخال الغير للزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة.

## المطلب الثاني تطبيق خاص الوعد بجائزة (الجمالة)

٩١٢- النصوص القانونية: نصت المادة ١٦٢ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

١- من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها.

٢- وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور<sup>(١)</sup>.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: ١- من وجه للجمهور وعداً أن يعطى جائزة لمن يقوم بعمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة. ٢- وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد. ٣- أما إذا كان هناك من بدأ في العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع في الوعد، فإن الواعد، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يتجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها. وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف بانقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع في الوعد.

وقد حذف لجنة المراجعة الفقرة الثالثة اكتفاءً بعبارة تضاف في آخر الفقرة الثانية وإدخال بعض التعديلات اللفظية، فأصبح النص النهائي ما يأتي: ١- من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة. ٢- وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه، جاز الحكم له بتعويض عادل لا يتجاوز في أي حال قيمة الجائزة. وأصبح رقم المادة ١٦٦ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة، انتهت بأن أضافت اللجنة إلى الفقرة الأولى عبارة «أو دون علم بها»، وهذه الإضافة تجعل المعنى أوضح لأن المقصود هو أن يلتزم من يعد إعطاء الجائزة بما تعهد بأدائه ما دام الطرف الآخر قد قام بالعمل الذي خصصت الجائزة له ولو كان لم يعلم بهذا التعهد. وحذفت اللجنة من آخر الفقرة الثانية عبارة «فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه جاز الحكم له بتعويض عادل لا يتجاوز في أي حال قيمة الجائزة»، وقد راعت اللجنة في الحذف أن تترك المسألة للقواعد العامة، فضلاً عن أن نص المشروع يفضي إلى منازعات كثيرة غير عادلة. وأضيفت حكماً جديداً أفرغته في العبارة الآتية: «وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من إعلان العدول للجمهور»، وقد راعت اللجنة في هذه الإضافة أن تقطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بالجائزة بعد إعلان العدول وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة وصعوبة الإثبات، ولذلك جعلت مدة السقوط ستة أشهر. وأصبح رقم المادة ١٦٢. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ - ص ٣٤٩).

=

وقد أنشأ هذا النص التزاماً قانونياً بناء على الإرادة المنفردة. فالنص إذن هو الذي يعين أركان هذا الالتزام القانوني، وهو الذي يبين أحكامه<sup>(١)</sup>.

٩١٣- أركان التزام الواعد بالجائزة: ويتبين من النص أن التزام الواعد بجائزة يقوم بتوافر الأركان الآتية<sup>(٢)</sup>:

(١) أن تصدر من الواعد إرادة باتة، وهذه هي الإرادة المنفردة. فيجب أن تصل الإرادة إلى مرحلة البتات كما في الإيجاب البات. ويجب أيضاً أن يكون الواعد ذا أهلية كاملة للالتزام بما وعد به، وأن تخلو إرادته من العيوب فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال. ويجب أن تقوم الإرادة على محل مستوف لشرائطه، وأن تتجه إلى سبب مشروع.

(٢) أن توجه الإرادة إلى الجمهور. فإذا وجهت إلى شخص معين أو أشخاص معينين، خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة بالمعنى المقصود، وسرت عليها قواعد الإيجاب فلا بد من أن يقترن بها القبول، وتصبح عندئذ عقداً لا إرادة منفردة. فتوجيه الإرادة إلى الجمهور، أي إلى أشخاص غير معينين بالذات، هو الذي يكسو الوعد بجائزة طابعه الذي يتميز به.

وقد جاء في النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «عمد المشروع إلى إيراد أهم تطبيق من تطبيقات الإرادة المنفردة، فعرض لأحكام الوعد بالجائزة إذا وجه للجمهور، وخالف المشروع الفرنسي الإيطالي بشأنها، فلا يزال هذا المشروع مبقياً على الأساس التعاقدى لذلك الوعد دون أن يشفع ذلك بتعليل شاف. وليس صحيحاً على وجه الإطلاق أن يقال إن هذا التكييف التعاقدى يرد إلى ما للوعد من خصيصية تبادلية، وأن الوعد لا يتم إلا برضاء يصدر من إرادتين (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي ص ٥٦)، فالواقع أنه لا يقصد إلى مجرد استظهار معنى إتمام أحكام الوعد باشتراك إرادتين، وهو ما يتحقق في كل الأحوال. بل الجوهرى في هذا الصدد هو إبراز وجه انفراد الإرادة بترتيب التزام الواعد، فهو يلتزم بمشيئته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يجهل صدور الوعد». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٦).

أنظر في نصوص التقنينات الحديثة في الوعد بجائزة (م ٦٥٧ و ٦٥٨ من التقنين الألماني وم ٨ من تقنين الالتزامات السويسري وم ٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي) نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩.

(١) إذا كان الوعد بالجائزة قد صدر في ظل القانون المدني القديم الذي لا يعترف بالإرادة المنفردة باعتبارها منسثة للالتزام وأن ذلك يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة لأحكام العقد التي توجب أن يتلاقى الإيجاب والقبول، لما كان ذلك التقنين المدني الملغى لم يورد نصاً يحكم الوعد بالجائزة باعتباره صورة من صور الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة ولم يكن من الممكن رد الوعد بالجائزة إلا إلى أحكام العقد التي توجب أن يتلاقى القبول مع الإيجاب السابق عليه، فإن الحكم المطعون فيه يكون صحيحاً إذ التزم هذا النظر.

(جلسة ١٩٦١/٣/٣٠ الطعن ٥٢٤ لسنة ٢٢ ص ١٢ ص ٢٩٤)

(٢) الوعد بالجائزة على ما تشترطه المادة ١٦٢ من القانون المدني، يقوم أساساً على توافر أركان معينة منها أن توجه الإرادة إلى الجمهور أي إلى أشخاص غير معينين فإذا ما وجهت إلى شخص معين خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة وسرت عليها قواعد الإيجاب فلا بد أن يقترن بها القبول وتصبح عقداً لا إرادة، ولذلك كان الاقرار بموضوع النزاع لا يعدو أن يكون اتفاقاً بين الطاعن وموكليه على قدر الاتعاب المستحقة فإن شروط المادة ١٦٢ سالف الذكر تكون قد تخلقت ويكون الحكم فيما انتهى إليه قد صادف صحيح القانون.

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن ٤٨٣ لسنة ٣٩ ص ٢٨ ص ٥١١)



(٣) أن يكون توجيه الإرادة للجمهور عن طريق علني. ويكون ذلك بطريق من طرق النشر المعروفة. كالإعلان في الصحف أو توزيع النشرات أو المناذرة في الطرقات. والمهم هو أن توجه الإرادة للجمهور بطريق علني، وأن تكون العلانية كافية حتى يتيسر لعدد كبير من الناس أن يعلم بهذه الإرادة.

(٤) أن تتضمن الإرادة أمرين على الأقل (١): (أولاً) جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها. وقد تكون الجائزة مبلغاً من النقود، أو شيئاً آخر له قيمة مالية كأسهم أو سندات أو سيارة أو منزل أو كتاب أو دفع نفقات رحلة أو نحو ذلك. ولا شيء يمنع من أن تكون الجائزة قيمتها أدبية، كوسام أو شارة أو كأس أو أية علامة أخرى من علامات التقدير. (ثانياً) شيئاً معيناً يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة، كالعثور على شيء ضائع أو وضع أفضل تصميم هندسي أو النجاح في امتحان أو الفوز في مسابقة أو الاهتداء إلى دواء أو الكشف عن اختراع أو نحو ذلك. ويستوى أن يكون الوعد قد حددت له مدة أو لم تحدد، ففي الحالتين يلتزم الواعد، ولكن كل حالة لها حكمها على ما سنرى.

٩١٤ - أحكام الالتزام - الوعد حددت له مدة: فإذا اجتمعت الأركان المتقدمة الذكر، قام التزام الواعد، وترتب عليه حكمه. وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة ويجب إنجاز العمل المطلوب في خلالها وما إذا لم تكن هناك مدة محددة. فإذا كان الواعد قد حدد مدة اشترط أن يتم العمل في خلالها، التزم نهائياً بإرادته، ولم يكن له حق الرجوع. فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب، انقضى التزام الواعد بانقضاء مدته، ولو قام بعد ذلك شخص بهذا العمل. ولا يكون الواعد في هذه الحالة مسئولاً نحو هذا الشخص بمقتضى الوعد، ولكن قد يكون مسئولاً نحوه بمقتضى الإثراء بلا سبب.

أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب في خلال المدة المحددة، أصبح من قام بهذا العمل دائماً للواعد بالجائزة الموعودة، سواء قام بالعمل عن رغبة في الحصول على الجائزة أو لم تكن عنده هذه الرغبة، بل سواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو لم يكن يعلم بها، وسواء أتم العمل بعد إعلان الجائزة أو قبل إعلانها (١). وهذا هو الذي يجعل الالتزام بالوعد التزاماً

(١) وقد أضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ إلى آخر الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ عبارة «أو دون علم به» لتشمل الفقرة «الصور التي تكون فيها جوائز يعلن عنها الجمهور عن أعمال تمت قبل أو بعد الوعد، ولو كان الشخص القائم بالعمل قد قام به دون علم بوجود الجائزة». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥).

(١) مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ من القانون المدني والمادة ٢٢٠ من ذات القانون أن الواعد بالجائزة يرتب في ذمته التزاماً بإرادته المنفردة من وقت توجيهه هذه الإرادة إلى الجمهور لدائن غير معين يلتزم بإعطائه إياها إذا قام بالعمل المطلوب، وإن اعدار الدائن مدينه لا يكون واجباً إذا أصبح الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين. (جلسة ١٩٩٠/٣/٢٨ الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٧ق).

إرادة منفردة، فإن الواعد يصبح ملتزماً بإعطاء الجائزة بمجرد أن يتم العمل، حتى لو كان قام بالعمل جهل بوجود الجائزة، أو قام به قبل إعلان الجائزة، فلا يتصور أن يكون هناك تم بينه وبين الواعد، ولا يبقى إلا أن يكون الواعد قد التزم بإرادته المنفردة (١).

٩١٥ - الوعد لم تحدد له مدة: أما إذا لم يحدد الواعد مدة يتم العمل في خلالها التزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر منه. فإذا قام شخص بالعمل المطلوب في مدة معقولة استحق الجائزة حتى لو لم يكن يعلم بها، أو علم ولكنه قام بالعمل دون رغبة فيها، الواعد إنما يلتزم، كما قدمنا، بإرادته المنفردة.

ولكن الواعد، ما دام لم يحدد مدة لوعده، يكون له حق الرجوع فيه. ويكون الرجوع في الوعد بالعلانية ذاتها التي تم بها الوعد. وهنا لا تخلو الحال، في الفترة ما بين إعاه الوعد والرجوع فيه، من أحد فرضين: فإما ألا يكون أحد قد أتم العمل المطلوب، وإما يكون هناك من أتم هذا العمل.

فإذا لم يكن هناك أحد قد أتم العمل، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده بعد أن رجع فيه. وهذا صحيح على إطلاقه إذا لم يكن هناك أحد قد بدأ في تنفيذ العمل المطلوب. أما كان هناك من بدأ في تنفيذ هذا العمل ولكنه لم يتمه، فإن له الرجوع على الواعد بتعويض عادل، هو قيمة ما أصابه من الضرر دون مجاوزة لمقدار الجائزة، ولكن لا بمقتضى الوعد الذي سقط بالرجوع فيه، بل بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية. ويترتب على ذلك الرجوع على الواعد في هذه الحالة يتقادم بالمدة التي تتقادم بها المسؤولية التقصيرية، بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بالضرر الذي أصابه وبالمسئول عنه أو بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر (٢).

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «يجب التفريق بصدد هذا الوعد بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده، وبين ما إذا كان قد ترك المدة دون تحديد. ففي الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائياً بمشيئته وحدها، دون أن يكون له أن يعدل عن وعده خلال المدة المحددة. فإذا انقضت هذه المدة ولم يتم أحد بالعمل المطلوب، تحلل الواعد من وعده ولو أنجز هذا العمل فيما بعد. أما إذا القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة، فيصبح من قام به دائماً بالجائزة من فوره، ولو لم يصدر في ذلك عن رغبة في الحصول عليها، بل ولو كان جاهلاً بالوعد. وفي هذا ما ينفي عن الوعد بالجائزة صفة العقدية، فهذه الصفة ليست في رأى المشرع من مستلزماته». (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٣٩).

(٢) نقول في مدة معقولة لأن التزام الواعد، كما سنرى، معلق على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في وقت يجدي فيه القيام بهذا العمل. وإذا وقع خلاف في تقدير المدة المعقولة فصل القاض في ذلك.

(٣) وقد جاءت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أما في الحالة الثانية حيث لا يحدد أجل لأداء العمل المطلوب، فيلتزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر من جانبه. ولكن يكون له أن يعدل عنه، وفقاً للأوضاع التي صدر بها، بأن يحصل العدول علناً بطريق النشر

أما إذا كان العمل المطلوب قد تم قبل رجوع الواعد، استحق من قام بالعمل الجائزة كاملة، ولم يؤثر في حقه رجوع الواعد في وعده، ذلك أنه أتم العمل قبل الرجوع، أي في وقت كان الوعد فيه قائماً وكان الواعد ملتزماً، فأصبح دائماً بالجائزة بمجرد أن قام بالعمل. لا يؤثر في حقه هذا أن يكون قد قام بالعمل دون نظر إلى الجائزة، أو أن يكون قد قام به هو ولا يعلم بالجائزة أو قبل إعلان الجائزة، ففي جميع هذه الأحوال يكون الواعد ملتزماً بالجائزة وذلك بمقتضى إرادته المنفردة (١).

= في الصحف أو اللصق مثلاً. ولا تخلو الحال في الفترة التي تمضي بين إعلان الوعد والرجوع فيه من أحد فروض ثلاثة: أ) فإذا لم يكن قد بدئ في تنفيذ العمل المطلوب، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده. ب) وإذا كان قد بدئ في تنفيذ هذا العمل دون أن يبلغ مرحلة الإنتمام، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ في هذا التنفيذ ما أنفق، على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها، ولا يعتبر الوعد الذي عدل عنه أساساً لهذا الالتزام، بل هو يرد في أساسه إلى أحكام المسؤولية التقصيرية المقررة في نصوص القانون. وتسقط هذه المسؤولية في حالتين: أولاهما حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أنفق بانقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع في الوعد، والثانية حالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدئ في تنفيذه قد تم، إذ تعدم في هذه الحالة رابطة السببية بين الضرر الذي أصاب من تحمّل النفقات ورجوع الواعد في وعده. وكذلك يكون الشأن في حالة البدء في تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان العدول وإتمامه بعد هذا العدول. ج)..... (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ - ص ٣٤٠).

ويلاحظ أن المشروع التمهيدي (م ٢٢٩ فقرة ٣) كان ينص على ما يأتي: «أما إذا كان هناك من بدأ في العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع في الوعد، فإن الواعد، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها. وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف بانقضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع في الوعد». وهذا يقصر ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن. وقد عدلت لجنة المراجعة هذا النص، كما قدمنا، على الوجه الآتي: «فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتم، جاز الحكم له بتعويض عادل، لا يجاوز في أي حال قيمة الجائزة». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ و ص ٣٤١).

(١) أنظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٠).

وجاء في المذكرة ذاتها ختاماً لهذا الموضوع ما يأتي:  
«وليس يبقى بعد هذا سوى بعض مسائل تفصيلية عرضت لها التقنينات الأجنبية بأحكام تشريعية خاصة، وأغفل المشروع ذكرها، مكتفياً في شأنها بتطبيق القواعد العامة. فالمادة ٦٥٩ من التقنين الألماني تنص على أنه «إذا نفذ العمل الذي بذلت الجائزة من أجله أكثر من شخص واحد، كانت الجائزة للأسبق. فإذا تعدد المنفذون في وقت واحد، كانت الجائزة سوية بينهم» (أنظر أيضاً المادة ١٧ من كل من التقنين التونسي والمراكشي). وكذلك تنص المادة ٦٦٠ من التقنين الألماني على أنه «إذا تعاون عدة أشخاص التونسي والمراكشي» في تحقيق النتيجة التي بذلت الجائزة من أجلها، وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل، قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب في تحقيق هذه النتيجة». ويقضى التقنين البولوني في المادة ١٠٦ ببطلاق «الوعد الموجه إلى الجمهور بمنح جائزة لأفضل عمل يقدم في مسابقة إذا لم يحدد الإعلان ميعاداً للتقدم في هذه المسابقة. ويكون للواعد الحق في تقرير ما إذا كان هناك محل لمنح الجائزة، ولأي عمل تمنح، إلا إذا كان قد بين في إعلانه طريقاً آخر للفصل في نتيجة المسابقة. ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذي استحق الجائزة، أو حقوق منشئة فيه، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان». (الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١).

فهناك إذن أحوال ثلاثة يكون الواعد فيها ملتزماً بالجائزة كاملة بمقتضى إرادته المنفردة: (١) إذا حدد مدة وقام الفائز بالعمل في خلال هذه المدة. (٢) إذا لم يحدد مدة ولم يرجع في وعده وقام الفائز بالعمل. (٣) إذا لم يحدد مدة ورجع في وعده ولكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع. وفي الحالتين الأوليين يتقادم التزام الواعد بخمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة، لأنه التزم أراذى ولم يرد في تقادمه نص خاص. وفي الحالة الثالثة يسقط التزام الواعد إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ وقد تقدم ذكرها. والظاهر أن هذه المدة الأخيرة هي مدة إسقاط (déchéance) لا مدة تقادم (prescription)، فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع. والسبب في قصر المدة في الحالة الثالثة، وفي جعلها مدة إسقاط لا مدة تقادم، هو - كما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ - قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بجائزة بعد إعلان العدول، وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة، وصعوبة الإثبات (١).

ويمكن القول، من ناحية التكييف القانوني، إن الواعد بالجائزة رتب في ذمته التزاماً بإرادته المنفردة - من وقت توجيه هذه الإرادة إلى الجمهور - لدائن غير معين أن يعطيه الجائزة إذا هو قام بالعمل المطلوب. فيكون الالتزام معلقاً على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في المدة المعينة أو في مدة معقولة. فإذا تحقق الشرط أصبح الالتزام حالاً، ولا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت تحقق الشرط، وهذا في غير الحالة الثالثة التي ورد فيها نص خاص جعل مدة التقادم ستة أشهر.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٧.

٨٤	..... (٢) الإرادة الظاهرة
٨٤	..... (ب) التقنين الجديد بين الفرد والجماعة
٨٤	..... حماية التقنين الجديد للفرد
٨٥	..... حماية التقنين الجديد للجماعة
<b>الكتاب الأول</b>	
٨٧	..... <b>من القانون المدني الجديد</b>
	..... <b>الالتزامات بوجه عام</b>
٨٩	..... كلمة تمهيدية في التعريف بالالتزام
٨٩	..... ١- تحديد مركز نظرية الالتزام في القانون المدني
٩١	..... ٢- المذهبان الشخصي والمادى في الالتزام
٩٥	..... ٣- اختيار تعريف للالتزام
٩٧	..... ٤- أهمية نظرية الالتزام وتأثيرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية
١٠١	..... <b>مصادر الالتزام</b>
١٠٣	..... مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام
١٠٤	..... ١- من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام
١٠٦	..... ٢- نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام
١٠٩	..... ٣- الترتيب الحديث لمصادر الالتزام
١١٥	..... <b>الباب الأول</b>
	..... <b>العقد</b>
١١٧	..... تمهيد
١١٧	..... ١- تعريف العقد
١٢٠	..... ٢- مبدأ سلطان الإرادة
١٢٦	..... ٣- تقسيم العقود
١٢٧	..... ١- العقد الرضائي والعقد الشكلى والعقد العيني
١٣٠	..... ٢- العقد المسمى والعقد غير المسمى
١٣٢	..... ٣- العقد البسيط والعقد المختلط
١٣٢	..... ٤- العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد
١٣٥	..... ٥- عقد المعاوضة وعقد التبرع
١٣٦	..... ٦- العقد المحدد والعقد الاحتمالى
١٣٧	..... ٧- العقد الفورى والعقد الزمنى
١٤٢	..... <b>الفصل الأول - أركان العقد</b>
١٤٢	..... <b>الفر الأول - التراضى</b>
١٤٣	..... <b>المبحث الأول - وجود التراضى</b>

٤٤	..... (أولاً) ما الذى استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر
	..... (ثانياً) كيف تفسر النصوص التى استقيت من الشريعة الإسلامية
٤٧	..... وكيف تستخلص منها الاحكام باعتبارها مصدراً رسمياً
٤٨	..... (ج) التقنيات الحديثة
٤٨	..... (أولاً) ما الذى استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر
٥٠	..... (ثانياً) كيف تفسر النصوص التى استقيت من التقنيات الحديثة
٥٥	..... (٣) الفروق الجوهرية ما بين التقنين القديم والجديد:
٥٥	..... ١- ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل
٥٥	..... (أ) موضوعات كاملة
٥٥	..... (أولاً) المؤسسات
٥٦	..... (ثانياً) الإعسار المدنى
٥٧	..... (ثالثاً) حوالة الدين
٥٨	..... (رابعاً) تصفية التركة
٥٨	..... (ب) مسائل تفصيلية متنوعة
٦٤	..... ٢- ما قنن التقنين الجديد من أحكام كان معمولاً بها من قبل
	..... (أ) الأحكام التى قررها القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم دون نص
٦٤	..... فقنها التقنين الجديد
٦٥	..... (ب) الأحكام التى كانت تقوم على نص تشريعى
٦٥	..... نصوص كانت معيبة فهذبت
٦٥	..... نصوص كانت فى مكان آخر فنقلت إلى التقنين المدنى
٦٧	..... (٤) الاتجاهات العاملة للتقنين الجديد:
٦٧	..... ١- موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنيات الحديثة
٧٠	..... (أ) مبدأ سلطان الإرادة
٧٢	..... (ب) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام
٧٤	..... (ج) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة
٧٧	..... (د) التصرف المسبب والتصرف المجرد
٧٨	..... ٢- التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة
٧٨	..... (أ) التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور
٧٨	..... عوامل التطور فى التقنين الجديد
٧٨	..... (١) المعايير المرنة
٨٠	..... (٢) سلطة القاضى التقديرية
٨١	..... عوامل الاستقرار فى التقنين الجديد
٨٢	..... (١) المعايير الموضوعية



٢٣٠	المطلب الأول - التعبير عن الإرادة
٢٣٦	١- التعبير الصادر من الأصيل (التعبير الصريح والتعبير الضمني -
٢٣٨	الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة - متى ينتج التعبير أثره)
٢٤١	٢- التعبير الصادر من النائب (النياحة في التعاقد - تعاقد الشخص مع نفسه)
٢٥٣	المطلب الثاني - توافق الإرادتين
٢٦١	١- المتعاقدان في مجلس واحد
٢٦١	أ) صدور الإيجاب
٢٧٢	المراحل التي يمر بها الإيجاب (المفاوضات - الإيجاب المعلق - الإيجاب البات)
٢٧٤	القوة الملزمة للإيجاب
٢٧٧	سقوط الإيجاب
٢٨٥	ب) اقتران الإيجاب بالقبول
٢٨٧	ج) حالات خاصة في القبول
٢٩١	الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولا
٢٩٦	الحالة الثانية - تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول
٣٠٢	الحالة الثالثة - القبول في عقود المزار
٣٠٦	الحالة الرابعة - القبول في عقود الأذعان
٣٠٦	الحالة الخامسة - القبول في عقود الجماعة وفي العقود النموذجية
٣٠٦	٢- المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد (التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين)
٣١٣	أ) الفقه والقوانين الأجنبية (الإعلان - التصدير - التسلم - العلم)
٣١٥	ب) أحكام القانون المصري (القانون القديم - القانون الجديد)
٣١٧	المطلب الثالث - مرحلة تمهيدية في التعاقد
٣١٨	١- الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي
٣٢٥	أ) كيف ينقذ الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي
٣٢٩	ب) الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي
٣٢٩	٢- العربون
٣٣٤	المبحث الثاني - صحة التراضي
٣٣٦	المطلب الأول - الأهلية
٣٣٨	١- النظرية العامة في الأهلية
٣٤٠	٢- أحكام الأهلية
	أ) تأثير الأهلية بالسن

١٤٥	ب) تأثير الأهلية بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية)
١٤٥	المطلب الثاني - عيوب الإرادة
١٥٧	١- الغلط
١٧١	أ) متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شئ يقع
١٧١	ب) كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط (الغلط المشترك والغلط الفردي)
١٧٢	٢- التدليس
١٧٣	أ) عناصر التدليس (طرق احتيالية - الدفع إلى التعاقد - التدليس الصادر من الغير)
١٧٣	ب) نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس
١٧٦	٣- الإكراه
١٧٧	أ) استعمال وسائل للإكراه تهدد بخاطر جسيم محقق
١٨٤	ب) رهبة تحمل على التعاقد
١٨٤	ج) الجهة التي صدر منها الإكراه (الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر والإكراه الصادر من الغير)
١٨٧	٤- الاستغلال
١٨٩	أ) عناصر الاستغلال (العنصران الموضوعي والنفسي)
١٩١	ب) الجزاء الذي يترتب على الاستغلال
١٩٦	الفرع الثاني - المحل
١٩٧	المبحث الأول - المحل موجود أو ممكن
١٩٩	١- المحل موجود (المحل المستقبل والتركة المستقبلية)
٢٠٤	٢- المحل ممكن
٢٠٧	المبحث الثاني - المحل معين أو قابل للتعين
٢٠٧	١- كيفية تعيين المحل
٢٠٧	٢- تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً (شرط الذهب)
٢٠٨	المبحث الثالث - المحل قابل للتعامل فيه
٢١٣	المطلب الأول - الاتفاقات التي تخالف النظام العام
٢١٥	١- روابط القانون العام (الحريات العامة - النظم الإدارية والمالية - النظام القضائي - القوانين الجنائية)
٢١٩	٢- روابط القانون الخاص (الأحوال الشخصية - المعاملات المالية)
٢١٩	المطلب الثاني - الاتفاقات التي تخالف الآداب
٢٢٠	الفرع الثالث - السبب
٢٢٥	المبحث الأول - كيف نشأت نظرية السبب

٤٢١	١- العقد الباطل
٤٢٣	٢- العقد القابل للإبطال
٤٢٦	المبحث الثالث- تقرير البطلان (دعوى البطلان)
٤٢٦	المطلب الأول - من الذى يتمسك بالبطلان
٤٢٦	١- العقد الباطل
٤٢٨	٢- العقد القابل للإبطال
٤٢٩	المطلب الثانى - كيف يتقرر البطلان
٤٢٩	١- العقد الباطل
٤٣٠	٢- العقد القابل للإبطال
٤٣١	المطلب الثالث- أثر تقرير البطلان
٤٣٣	١- فيما بين المتعاقدين
٤٣٧	٢- بالنسبة إلى الغير

### الفصل الثانى - آثار العقد

٤٣٨	الفرع الأول- قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص
٤٣٨	المبحث الأول - أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين
٤٣٩	المطلب الأول- الخلف العام
٤٤٣	المطلب الثانى- الخلف الخاص
٤٥٠	المبحث الثانى- أثر العقد بالنسبة إلى الغير
٤٥٣	المطلب الأول - التعهد عن الغير
٤٥٦	١- قبول الغير للتعهد
٤٥٧	٢- رفض الغير للتعهد
٤٥٨	المطلب الثانى- الاشتراط لمصلحة الغير
	١- كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت إليه فى تطبيقاتها العملية
٤٦١	٢- شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
٤٦٨	٣- أحكام الاشتراط لمصلحة الغير
٤٧٠	الفرع الثانى- قواعد العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع
٤٨١	المبحث الأول- تحديد موضوع التعاقد
٤٨١	المطلب الأول- تفسير العقد
٤٨٩	١- عبارة العقد واضحة
٤٩٣	٢- عبارة العقد غير واضحة
٥٠١	٣- قيام الشك فى التعرف على إرادة المتعاقدين

٣٤١	المطلب الأول- نظرية السبب فى القانون الرومانى
٣٤١	١- العهد القديم
٣٤٢	٢- العهد المدرسى
٣٤٦	المطلب الثانى- نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم
٣٤٧	١- نظرية السبب فى العهد الذى سبق دوما
٣٥٠	٢- نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التفنين المدنى الفرنسى
٣٥٤	المبحث الثانى- نظرية السبب فى القانون الحديث
٣٥٥	المطلب الأول- النظرية التقليدية فى السبب
٣٥٦	١- معنى السبب فى النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه
٣٥٦	أ) تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية
٣٥٨	ب) الشروط الواجب توافرها فى السبب
٣٦٢	٢- خصوم السبب وأنصاره
٣٦٢	أ) خصوم السبب
٣٦٣	ب) أنصار السبب
٣٦٦	المطلب الثانى - النظرية الحديثة فى السبب
٣٦٦	١- استبعاد النظرية التقليدية
٣٦٩	٢- الأخذ بالنظرية الحديثة التى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد
٣٧٥	٣- التصرف المجرد
٣٨١	المطلب الثالث - نظرية السبب فى القانون المصرى الجديد
٣٨١	١- اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة فى السبب
٣٨٦	٢- الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط فى القانون الجديد
٣٩٠	٣- إثبات السبب
٣٩٤	الفرع الرابع- الجزء: نظرية البطلان
٤٠١	المبحث الأول- الآثار التى تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال
٤٠٢	المطلب الأول - الآثار العرضية للعقد الباطل
٤٠٢	١- نظرية تحول العقد ونظرية انتقاص العقد
٤٠٨	٢- نظرية الخطأ عند تكوين العقد
٤١٥	المطلب الثانى - الآثار الأصلية للعقد الباطل
٤١٦	المبحث الثانى- الإجازة والتقدم
٤١٦	المطلب الأول - الإجازة
٤١٦	١- العقد الباطل
٤١٧	٢- العقد القابل للإبطال
٤٢١	المطلب الثانى - التقدم

٦٠٢	المبحث الأول- متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد
٦٠٦	المبحث الثاني- كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد
٦٠٨	المبحث الثالث- ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

## الباب الثاني العمل غير المشروع (المسئولية التقصيرية)

٦١٣	تمهيد
٦١٣	١- التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية
٦١٤	٢- التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية
٦١٨	٣- التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية
٦٣١	٤- تطور المسئولية التقصيرية

## الفصل الأول المسئولية عن الأعمال الشخصية

٦٤١	الفرع الأول- أركان المسئولية التقصيرية
٦٤٢	المبحث الأول- الخطأ
٦٤٢	المطلب الأول- تحديد فكرة الخطأ في المسئولية التقصيرية
٦٤٤	١- الركن المادي: التعدي
٦٤٤	مقياس التعدي مقياس موضوعي لا مقياس ذاتي
٦٥٠	حالات ثلاث تجعل التعدي عملاً مشروعاً
٦٥٠	حالة الدفاع الشرعي
٦٥٤	حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس
٦٥٦	حالة الضرورة
٦٦٠	٢- الركن المعنوي: الادراك
٦٦٢	أ) الشخص الطبيعي
٦٦٨	ب) الشخص المعنوي
٦٧١	المطلب الثاني- تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ
٦٧٣	١- الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق
٦٧٤	حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية وغيرها من وسائل النقل
٦٨٠	حوادث العمل
٦٨٢	المسئولية عن الأخطار الفنية في مزاوله المهنة
٦٨٥	الاعتداء على الشرف والسمة

٥٠٣	المطلب الثاني- تحديد نطاق العقد
٥٠٨	المطلب الثالث- إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد (العقد شريعة المتعاقدين)
٥٠٩	١- تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه
٥١٣	٢- نظرية الحوادث الطارئة
٥١٦	أ) التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة
٥٢٤	ب) نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني الجديد
٥٣٤	المبحث الثاني- المسئولية العقدية (جزاء العقد)
٥٣٦	المطلب الأول- الخطأ العقدي
٥٣٦	١- الخطأ العقدي في مسئولية المدين عن عمله الشخصي
٥٤٤	٢- المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء
٥٤٤	أ) المسئولية العقدية عن الغير
٥٤٨	ب) المسئولية العقدية عن الأشياء
٥٤٩	٣- تعديل قواعد المسئولية العقدية
٥٥٦	المطلب الثاني- الضرر
٥٥٧	١- الضرر المادي والضرر الأدبي
٥٥٨	أ) الضرر المادي
٥٥٩	ب) الضرر الأدبي
٥٦٠	٢- مدى التعويض عن الضرر
٥٦٤	المطلب الثالث- علاقة السببية بين الخطأ والضرر

## الفصل الثالث - زوال العقد

٥٦٥	الفرع الأول- فسخ العقد
٥٦٩	المبحث الأول- الفسخ بحكم القضاء
٥٧١	المطلب الأول- شروط المطالبة بالفسخ
٥٧١	١- لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين
٥٧٢	٢- لا يكون الفسخ إلا إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه
٥٧٤	٣- لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها
٥٧٥	إعادة الحال إلى أصلها
٥٧٦	المطلب الثاني- كيف يستعمل حق الفسخ
٥٨٢	المطلب الثالث- ما يترتب على الفسخ من أثر
٥٨٧	المبحث الثاني- الفسخ بحكم الاتفاق
٥٩٥	المبحث الثالث- انقضاء العقد بحكم القانون
٦٠٠	الفرع الثاني- الدفع بعدم تنفيذ العقد



٧٧٥	..... (ج) حق التعويض لكل مضرور
٧٧٧	..... ٢- المدعى عليه
٧٧٨	..... تعدد المسئولين
٧٨٤	..... المسئول إذا ارتكب الخطأ جماعة
٧٨٥	..... المطلب الثاني - الطلبات والدفع
٧٨٥	..... ١- طلبات الدعوى
٧٨٥	..... سبب الدعوى
٧٨٨	..... موضوع الدعوى
٧٨٨	..... ٢- دفع المدعى غليه
٧٨٨	..... الدفع بالتقادم
٧٩٣	..... المطلب الثالث - الاثبات
٧٩٤	..... ١- عبء الاثبات
٧٩٦	..... ٢- وسائل الاثبات
٧٩٦	..... ارتباط القاضى المدنى بالحكم الجنائى
٨٠٧	..... المطلب الرابع - الحكم الصادر فى دعوى المسئولية
٨٠٧	..... ١- طرق الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى المسئولية
٨٠٧	..... الطعن بطريق النقض
٨١٢	..... ٢- الآثار التى تترتب على الحكم الصادر فى دعوى المسئولية
٨١٢	..... الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض
٨١٤	..... الحكم يقوم الحق فى التعويض ويقويه
٨١٤	..... المبحث الثانى - جزاء المسئولية
٨١٥	..... المطلب الأول - التعويض فى صورته العادية المألوفة
٨١٥	..... ١- طريقة التعويض
٨١٦	..... التنفيذ العينى
٨١٧	..... التعويض غير النقدى
٨١٧	..... التعويض النقدى
٨١٩	..... ٢- تقدير التعويض
٨٢١	..... الظروف الملازمة التى من شأنها أن تؤثر فى تقدير التعويض
٨٢٤	..... الضرر المتغير والوقت الذى يقدر فيه
٨٢٥	..... النفقة المؤقتة
٨٢٨	..... المطلب الثانى - التعويض فى صورته المعدلة الموصوفة
٨٢٦	..... ١- الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية
٨٢٨	..... الاتفاق على الاعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها

٧٨٧	..... فسخ الخطبة والإغواء
٧٩١	..... حالات أخرى مختلفة فى الخطأ التقصيرى
٧٩٥	..... ٢- التعسف فى استعمال الحق
٧٩٦	..... (أ) التطور التاريخى لنظرية التعسف فى استعمال الحق
٧٠٠	..... (ب) الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق والمعيار الذى تأخذ به
٧١٠	..... (ج) تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف فى استعمال الحق
٧١٣	..... المبحث الثانى - الضرر
٧١٤	..... المطلب الأول - الضرر المادى
٧١٤	..... ١- الاخلال بمصلحة مالية للمضرور
٧١٧	..... ٢- تحقق الضرر
٧٢٣	..... المطلب الثانى - الضرر الأدبى
٧٣٢	..... المبحث الثالث - علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر
٧٣٤	..... المطلب الأول - انعدام السببية لقيام السبب الأجنبى
٧٣٥	..... ١- القوة القاهرة أو الحادث الفجائى
٧٤٠	..... ٢- خطأ المضرور
٧٤٢	..... استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر
٧٤٥	..... أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر
٧٤٦	..... الخطأ المشترك
٧٥٣	..... ٣- خطأ الغير
٧٥٩	..... المطلب الثانى - انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر
٧٥٩	..... ١- تعدد الأسباب
٧٥٩	..... (أ) تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى
٧٦٠	..... (ب) تعدد الأسباب دون استغراق
٧٦٠	..... نظرية تكافؤ الأسباب
٧٦١	..... نظرية السبب المنتج
٧٦٤	..... ٢- تسلسل النتائج (تعاقب الأضرار أو الضرر غير المباشر)
٧٧٠	..... الفرع الثانى - آثار المسئولية
٧٧١	..... المبحث الأول - دعوى المسئولية
٧٧١	..... المطلب الأول - طرفا الدعوى
٧٧١	..... ١- المدعى
٧٧٢	..... (أ) غير المضرور ليس له حق فى التعويض
٧٧٣	..... (ب) حق التعويض للمضرور

٨٨٣	الخطأ المفترض
٨٨٧	تحمل التبعة
٨٨٨	مسئولية عن الغير (الضمان والنيابة والحلول)
٨٩٠	٢- قيام مسؤولية التابع إلى جانب مسؤولية المتبوع
٨٩٣	الفرع الثاني- المسؤولية الناشئة عن الأشياء
٨٩٣	المبحث الأول- مسؤولية حارس الحيوان
٨٩٥	المطلب الأول- متى تتحقق مسؤولية حارس الحيوان
٨٩٥	١- حراسة الحيوان
٨٩٥	الحراسة
٨٩٨	الحيوان
٨٩٨	٢- إحداث الحيوان ضرراً للغير
٨٩٨	فعل الحيوان
٨٩٩	الضرر الذي يحدثه الحيوان
٩٠٠	المطلب الثاني- الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية حارس الحيوان
٩٠٢	١- ما هو الخطأ
٩٠٢	خطأ في الحراسة
٩٠٢	٢- إلى أي حد هو مفترض
٩٠٢	الافتراض لا يقبل إثبات العكس
٩٠٣	جواز نفي المسؤولية بنفي علاقة السببية
٩٠٤	المبحث الثاني- مسؤولية حارس البناء
٩٠٧	المطلب الأول- متى تتحقق المسؤولية عن تهدم البناء
٩٠٧	١- حراسة البناء
٩٠٧	الحراسة
٩٠٧	البناء
٩٠٩	٢- تهدم البناء هو الذي أحدث الضرر
٩١٠	ما يعتبر تهدماً
٩١٠	ما لا يعتبر تهدماً
٩١٠	المطلب الثاني- الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن تهدم البناء
٩١٢	١- ما هو الخطأ
٩١٢	٢- إلى أي حد هو مفترض
٩١٣	الخطأ المفترض ذو شقين، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر غير قابل لذلك
٩١٣	الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام علاقة عقدية
٩١٤	

٨٢٩	الاتفاق على التشديد في المسؤولية التقصيرية
٨٣٠	٢- التأمين على المسؤولية
٨٣٤	٣- اجتماع طريقين للتعويض
٨٣٥	اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين
٨٣٧	اجتماع التعويض مع النفقة أو الأيراد
٨٤٠	الفصل الثاني
٨٤٠	المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء
٨٤١	الفرع الأول- المسئولية عن عمل الغير
٨٤١	المبحث الأول- مسؤولية من تجب عليه الرقابة عن من هم في رقبته
٨٤٣	المطلب الأول- متى تتحقق مسؤولية متولى الرقابة
٨٤٣	١- تولى الرقابة
٨٤٣	٢- صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة
٨٤٩	المطلب الثاني- الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية متولى الرقابة
٨٥١	ما هو الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة
٨٥٢	كيف ينفي متولى الرقابة الخطأ المفترض
٨٥٣	كيف ينفي متولى الرقابة علاقة السببية
٨٥٤	قيام مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسؤولية متولى الرقابة
٨٥٦	المبحث الثاني- مسؤولية المتبوع عن التابع
٨٥٨	المطلب الأول- متى تتحقق مسؤولية المتبوع
٨٥٩	١- علاقة التبعية
٨٦٠	عنصر السلطة الفعلية
٨٦١	عنصر الرقابة والتوجيه
٨٦٢	٢- خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها
٨٦٨	خطأ يرتكبه التابع يضر بالغير
٨٦٨	حال تأدية الوظيفة أو بسببها
٨٦٩	الخطأ في تأدية الوظيفة
٨٧١	الخطأ بسبب الوظيفة
٨٧٢	الخطأ بمناسبة الوظيفة
٨٧٨	الخطأ الأجنبي عن الوظيفة
٨٨٠	المطلب الثاني- الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع
٨٨٢	١- تكييف مسؤولية المتبوع
٨٨٢	

٩٤٩	الفرع الأول - أركان الاثراء بلا سبب
٩٤٩	المبحث الأول - إثراء المدين
٩٥٠	الاثراء الايجابي والاثراء السلبي
٩٥٢	الاثراء المباشر والاثراء غير المباشر
٩٥٤	الاثراء المادى والاثراء المعنوى
٩٥٦	المبحث الثانى - افتقار الدائن
٩٥٧	الافتقار الايجابي والافتقار السلبي
٩٥٨	الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر
٩٥٨	الافتقار المادى والافتقار المعنوى
٩٥٩	السببية المباشرة بين الافتقار والاثراء
٩٦٠	المبحث الثالث - انعدام السبب
٩٦٠	اختلاف الفقهاء فى تحديد معنى السبب
٩٦٠	المعنى الأدبى
٩٦١	المعنى الاقتصادى القانونى
٩٦٢	معنى السبب فى القانون المصرى الجديد
٩٦٢	السبب هو المصدر القانونى المكسب للاثراء
٩٦٣	السبب فى الاثراء عقد
٩٦٧	السبب فى الاثراء حكم من أحكام القانون
	المبحث الرابع - لا ضرورة لأن تكون دعوى الاثراء دعوى احتياطية أو أن يكون
٩٦٨	الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى
٩٦٨	موقف القانون المدنى الجديد
٩٧٠	المطلب الأول - لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية
٩٧٠	١ - القانون الفرنسى
	اتفاق الفقه والقضاء بادئ الأمر على أن تكون دعوى الاثراء دعوى
٩٧٠	احتياطية
٩٧٠	تزعزع الفقه القانونى عن موقفه
٩٧٣	٢ - القانون المصرى
٩٧٣	الفقه والقضاء فى مصر
٩٧٥	القانون المصرى الجديد
٩٨٠	المطلب الثانى - لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى
٩٨٠	القانون المصرى الجديد
٩٨٠	الرأى المعارض
٩٨٢	نقض الرأى المعارض

٩١٤	المبحث الثالث - مسئولية حارس الأشياء
٩٢١	المطلب الأول - متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء
٩٢١	١ - حراسة شئ تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية
٩٢١	الحراسة
٩٢٣	الشئ
٩٢٤	٢ - وقوع الضرر بفعل الشئ
٩٢٥	فعل الشئ وفعل الإنسان
٩٢٩	المطلب الثانى - على أى أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء
٩٣٠	١ - ما هو الخطأ
٩٣٠	خطأ فى الحراسة
٩٣١	٢ - إلى أى حد هو مفترض
٩٣١	الافتراض لا يقبل إثبات العكس
٩٣٢	جواز نفي المسئولية بنفى علاقة السببية

### الباب الثالث الاثراء بلا سبب

٩٣٥	تمهيد
٩٣٦	التطور التاريخى لقاعدة الاثراء بلا سبب
٩٣٦	القانون الرومانى
٩٣٧	القانون الفرنسى القديم
٩٣٨	الفقه الإسلامى
٩٣٩	القانون الانجليزى
٩٤٠	القانون الفرنسى الحديث
٩٤٢	القانون المصرى القديم
٩٤٤	القانون المصرى الجديد

### الفصل الأول القاعدة العامة: الاثراء بلا سبب

٩٤٦	التأصيل القانونى لقاعدة الاثراء بلا سبب
٩٤٦	الفضالة الناقصة
٩٤٧	العمل غير المشروع
٩٤٧	تحمل التبعة
٩٤٨	قاعدة مستقلة تقوم بذاتها



المطلب الأول - حالتنا دفع غير المستحق	١٠٠٢
١- الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر	١٠٠٢
أ) الركن الأول - دين غير مستحق وقت الوفاء به	١٠٠٢
الدين منعدم من الأصل	١٠٠٢
الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق الدين	١٠٠٣
استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به	١٠٠٣
ب) الركن الثاني - عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال	١٠٠٤
العيب الذي يشوب الوفاء (الغلط والاكراه ونقص الأهلية)	١٠٠٥
٢- الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق	١٠٠٨
أ) الركن الأول - وفاء صحيح بدين مستحق الأداء	١٠٠٨
ب) الركن الثاني - - زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به	١٠٠٨
المطلب الثاني - تكييف الالتزام يرد ما أخذ دون حق	١٠١٠
تحليل حالتنا دفع غير المستحق وردهما إلى قاعدة الاثراء بلا سبب	١٠١٠
التمييز بين دين في الذمة وعين معينة بالذات	١٠١١
المبحث الثاني - أحكام دفع غير المستحق	١٠١٢
المطلب الأول - المدعى والمدعى عليه في دعوى استرداد غير المستحق	١٠١٢
أ) المدعى	١٠١٢
ب) المدعى عليه	١٠١٣
المطلب الثاني - بماذا يطالب المدعى المدعى عليه في دعوى استرداد غير المستحق	١٠١٣
١- المدفوع له حسن النية	١٠١٤
أ) المدفوع نقود أو أشياء مثلية	١٠١٤
ب) المدفوع عين معينة بالذات	١٠١٥
رد العين	١٠١٥
رد الثمار واسترداد المصروفات	١٠١٦
حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها	١٠١٩
حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى	١٠٢٠
٢- المدفوع له سئ النية	١٠٢١
أ) المدفوع نقود أو أشياء مثلية	١٠٢١
ب) المدفوع عين معينة بالذات	١٠٢٢
رد العين والثمار واسترداد المصروفات	١٠٢٢
حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها	١٠٢٣

الفرع الثاني - أحكام الاثراء بلا سبب	٩٨٥
المبحث الأول - الدعوى	٩٨٥
١- طرفا الدعوى	٩٨٦
أ) المدعى	٩٨٦
ب) المدعى عليه	٩٨٦
٢- الطلبات والدفع	٩٨٨
أ) طلبات المدعى	٩٨٨
ب) دفع المدعى عليه - الدفع بالتقادم	٩٨٩
٣- الاثبات	٩٩٠
أ) عبء الاثبات	٩٩٠
ب) وسائل الاثبات	٩٩١
٤- الحكم	٩٩١
أ) الطعن في الحكم بطريق النقض	٩٩١
ب) الآثار التي تترتب على الحكم	٩٩٣
المبحث الثاني - الجزاء أو التعويض	٩٩٤
التعويض هو أقل قيمته الافتقار والاثراء	٩٩٤
١- كيف يقدر الاثراء	٩٩٥
أ) الاثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المشتري	٩٩٦
هل يجوز أن يكون الاثراء عيناً تبقى في ملكية المقتقر	٩٩٦
الاثراء نقد دخل في ذمة المشتري	٩٩٦
الاثراء تحسينات استحدثها المقتقر في مال المشتري	٩٩٦
ب) الاثراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبي	٩٩٧
٢- كيف يقدر الافتقار	٩٩٨
أ) تقدير مدى الافتقار	٩٩٨
ب) وقت تقدير الافتقار	٩٩٨
٣- ما يقترن بالتعويض من ضمانات	٩٩٩
التعويض دين شخصي لا امتياز له	٩٩٩
الحق في الحبس	٩٩٩

## الفصل الثاني دعوى غير المستحق والفضالة

الفرع الأول - دفع غير المستحق	٩٩٩
المبحث الأول - أركان دفع غير المستحق	١٠٠٠
	١٠٠٠

١٠٤٦	رب العمل يعلم بالفضالة
١٠٤٨	المبحث الثاني - أحكام الفضالة
١٠٤٨	المطلب الأول - التزامات الفضولي
١٠٤٩	١- التزامات الفضولي الأربعة
١٠٤٩	أ) الالتزام الأول - مضي الفضولي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه
١٠٥٠	ب) الالتزام الثاني - إخطار الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك
١٠٥٠	ج) الالتزام الثالث - بذل عناية الشخص العادي في القيام بالعمل الخاطئ في الفضالة
١٠٥٣	نائب الفضولي
١٠٥٤	التضامن في المسؤولية عند تعدد الفضولي
١٠٥٥	د) الالتزام الرابع - تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة
١٠٥٦	٢- ما تشترك فيه التزامات الفضولي من أحكام
١٠٥٦	أ) أهلية الفضولي
١٠٥٨	ب) أثر موت الفضولي أو موت رب العمل في التزامات الفضولي
١٠٥٩	موت الفضولي
١٠٥٩	موت رب العمل
١٠٥٩	ج) تقادم التزامات الفضولي
١٠٦٠	المطلب الثاني - التزامات رب العمل
١٠٦٢	١- التزامات رب العمل الأربعة
١٠٦٢	أ) الالتزام الأول - تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه
١٠٦٣	ب) الالتزام الثاني - تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً
١٠٦٣	ج) الالتزام الثالث - رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر
١٠٦٥	د) الالتزام الرابع - تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه
١٠٦٥	٢- ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام
١٠٦٥	أ) أهلية رب العمل
١٠٦٦	ب) أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل
١٠٦٦	ج) تقادم التزامات رب العمل

١٠٢٣	حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى
١٠٢٥	٢- حالتان ذواتا أحكام خاصة
١٠٢٥	(١) الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل
١٠٢٧	(٢) الوفاء لناقص الأهلية
١٠٢٨	المطلب الثالث - سقوط دعوى استرداد غير المستحق
١٠٢٩	١- تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم
١٠٣١	٢- سقوط الدعوى بثلاث سنوات
١٠٣٣	الفرع الثاني - الفضالة
١٠٣٣	المبحث الأول - أركان الفضالة
١٠٣٥	المطلب الأول - قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل
١٠٣٥	١- تصرف قانوني أو عمل مادي
١٠٣٥	أ) التصرف القانوني
١٠٣٧	ب) العمل المادي
١٠٣٩	٢- شأن عاجل لرب العمل
١٠٣٩	مجرد النفع لا يكفي
١٠٣٩	بل يجب أن يكون العمل «ضرورياً»
١٠٤٠	المطلب الثاني - نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل
١٠٤١	١- الفضولي على بينة من أمره
١٠٤١	القصد عند الفضولي هو الذي يميز الفضالة عن الاثراء بلا سبب
١٠٤٢	جواز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في وقت معاً
١٠٤٣	٢- الفضولي على غير بينة من أمره
١٠٤٣	لا يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره
١٠٤٣	ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر
١٠٤٣	المطلب الثالث - الفضولي يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهي عنه
١٠٤٤	١- موقف الفضولي من الشأن العاجل
١٠٤٤	لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولي شأن الغير
١٠٤٥	٢- موقف رب العمل من الشأن العاجل
١٠٤٥	رب العمل لا يعلم بالفضالة

## الباب الرابع القانون

١٠٧١	تمهيد
١٠٧١	كيف يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام
١٠٧٤	المبحث الأول - النص هو الذى ينشئ الالتزام القانونى
١٠٧٤	المطلب الأول - الالتزامات القانونية التى تستند إلى الوقائع المادية
١٠٧٤	الالتزامات السلبية
١٠٧٥	الالتزامات الايجابية
١٠٧٦	المطلب الثانى - الالتزامات القانونية التى تستند إلى الإرادة المنفردة
١٠٧٦	هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً
١٠٨٢	إلى أى حد أخذ القانون المدنى الجديد بالإرادة المنفردة مصدراً للالتزام
	الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة فى القانون المدنى الجديد هى
١٠٨٣	التزامات قانونية ومصدرها المباشر هو القانون
١٠٨٦	المبحث الثانى - النص هو الذى يعين أركان الالتزام القانونى ويبين أحكامه
١٠٨٦	المطلب الأول - القاعدة العامة
١٠٨٦	أركان الالتزام القانونى
١٠٨٧	أحكام الالتزام القانونى
١٠٩٠	المطلب الثانى - تطبيق خاص (الوعد بجائزة - الجعالة)
١٠٩١	أركان التزام الواعد بالجائزة
١٠٩٢	أحكام الالتزام
١٠٩٢	الوعد حددت له مدة
١٠٩٣	الوعد لم تحدد له مدة