Badawi, Hilmi Bahjat

حلمي بهجت بدوي

القاضي بالمحاكم المختلطة

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق

بجامعة فؤاد الأول سابقا

l'Uṣūl al-iltizāmāt /

أصول الالتزامات

٧٥ مدني
٨٨

ج ١

الكتاب الأول : في نظرية العقد

١٣٦٢ هـ — ١٩٤٣ م

مطبعة نورى بالقاهرة

HD
7949
.A1
.B3
V.1
C.1

S 241

الهداء الكتاب

الى كل من أحب العلم لوجه الله

تعريف بالكتاب

هذا كتاب فى أصول الالتزامات أى فى الكليات التى ترد اليها تفاريع هذه المادة وجزئياتها وفى المبادىء التى تصدر عنها وتنحدر منها ثم تخلص اليها مختلف أحكامها . واذا عرفت أن الالتزامات جمّاع القانون المدنى وأخطر مقوماته شأنا تبينت ألا شىء أجدى فى دراستها وادراك مداليلها من الرجوع الى أصولها وايفائها حقها من البيان والايضاح . ففى الحق لن يغنى فى تيسير فهم الأحكام القانونية وتوطئة أكنافها عرض الفروض و بيان حلولها — بالغة ما بلغت الاحاطة بهذه الفروض وواسعا ما وسع البسط لهذه الحلول — اذا ظلت أصول الأحكام مغيبة مستورة . انما الذى يغنى فى هذا السبيل ويثمر هو التعريف بتلك الأصول منفردة بذاتها مستقلة عن جزئيات الأحكام ثم بيان وجوه التفريع عليها والاستنباط منها . فاذا انجلى ذلك سهل رد الفروع الى الأصول واستنباط الأولى من الثانية دون ما قلقلة ولا اضطراب . والأمر كل الأمر فى افراد هذه الأصول وابرازها حتى يكاد يحس الباحث بعد استيعابها أن كل استطراد بعد ذلك لن يخرج عن الكلام المعاد أو سوف ينزلق به الى عرض التطبيقات وشرح التفصيلات فيهبط بمنهجه من التعميم الى التخصيص ومن التجريد الى التعيين .

لم أرسل هذا التمهيد تعظيما لشأن هذا الكتاب — أستغفر الله — بل تعظيما لشأن مادته ولشأن الرسالة التى احتملتها فى وضعه . ولا أجهل أنه بقدر عظم المهمة يكون خطر التبعة فى القيام بها وشدة الحساب على أدائها .

ويقضى علىّ واجب الأمانة ألا أكتم قراء هذا الكتاب أنه كتب وطبع على قسمين . فقد بدأت فى وضعه منذ خمس سنوات خلت وما أتممت كتابة الباب الأول منه حتى دفعت به الى المطبعة معتمدا على أنى أستطيع الفراغ من كتابة بقية أبوابه دون ابطاء . وكان بعد ذلك أن حالت أعمالى زمنا دون المضى فى اتمامه . لذلك وقفت مراجع الباب الأول عند سنة ١٩٣٨ ، ولذلك لم ترد

فيه اشارة الى مشروع القانون المدنى الذى لم يكن نشر فى ذلك الحين . ولم أر من المناسب بعد ذلك وأنا أعالج وضع البابين الثانى والثالث أن أشير الى أحكام المشروع وقد فاتتنى الاشارة اليه فى أهم أجزائه وهى التى تقابل الباب الأول . والحق أن كل اشارة الى المشروع فى حدود هذا الكتاب لن تكون إلا اشارة عارضة لا تفى بما يستحقه المشروع من بحث وتقدير . وانما سبيل الكلام فيه هو الدراسات الخاصة التى تنقطع له وتقصر عليه .

وها أنا أتقدم الى القراء بالكتاب الأول وموضوعه العقد أى الالتزام الارادى . وقد عنانى فى هذا الكتاب أن أستظهر قواعد الارادة وقدرتها على تعليل الكثير من الحلول والأحكام ، وأن أجعلها رائد الكتاب شاخصة فى كل مبحث من مباحثه . وقد التزمت فى كتابته افتتاح كل باب من أبوابه بتمهيد أستظهر فيه المبادىء التى تهيمن على أحكامه ، وكل فصل من فصوله بل وكل قسم من أقسام فصوله ببيان الموضوع الذى يتناوله ، وتصدير كل قسم من هذه الأقسام ببيان موضوع كل فقرة من فقراته . كما التزمت الاكثار من الربط بين مختلف الموضوعات والمباحث والاحالة من بعضها الى البعض الآخر . وقد أكون بلغت فى ذلك مبلغ الإثقال على القارىء . على أننى فعلت ذلك اتباعا لمنطق التقسيم وتحقيقا لمعنى الوحدة والتماسك والتسلسل فى مادة قوامها المنطق والتجريد وحسن الترتيب . كذلك عنانى فى أكثر الموضوعات حصر الأوضاع القانونية التى تضمنها الموضوع فيما سميته « منطقتها الفنية » . وقصدت بذلك عزل الأوضاع بعضها عن البعض واتقاء الاختلاط بينها . وعندى ان هذا الحصر — اذا أحسن أداؤه — ليذلل الكثير من الصعاب ، ويلقى من الوضوح نوراً على أصول الأحكام ، ويجعل التفريع عليها بمنجاة من الخطأ . ولم يدفعنى الى ذلك الحصر مجرد الاستظهار لمقتضيات الحس الفقهى السليم والحرص على الدقة فى تسمية المسميات ، بل هالنى ما يشاهد أحيانا من أن الفقه أو القضاء ينتهى الى حلول أو أحكام هى فى ذاتها صحيحة لا غبار عليها ولكنه يردها الى مبادىء أو أصول أو أوضاع لا صلة لها بها ولا شأن لها فيها . واذا صدق حس القاضى أو الفقيه فى حكم أو حل مرة

بالرغم من تركيبه على غير أصله فقد لا يصدق مرات .

وبعد فالالتزامات مادة لا تنفد صعوباتها ولا تنتهى . واذا تركنا جانبا الصعوبات التى ترجع الى مسائل موضوعية لا تتصل بصميم القانون ويظل كل أحد فيها فقيه نفسه ، فلا تزال هذه المادة ملأى بطائفة من أمهات المسائل المختلف عليها لما يُقل فيها فصل الخطاب . ولعل كثيرا من أسباب الخلاف يرجع الى عدم الاتفاق على بعض الأصول أو على تحديد مداها ونطاقها . وأنا بهذا الكتاب انما أعرض مذهبى فى فهم أصول الالتزامات وترتيب منهجها . وما أدعى بنشره ولا أبتغى أن أعرض حلا لكل صعوبة تقوم فى دراسة هذه الأصول وتطبيقها . على أننى حرصت على مواجهة الصعاب دون مداورتها وعملت على حصرها فى ضيق نطاقها .

وقد يؤخذ على الكتاب عدم تناسب أجزائه ففيه مباحث بلغت حد الاطالة وأخرى عولجت فى شىء من الاقتضاب . ولست أنكر ذلك ولكن دفعنى اليه حرصى على جلاء الأصول من الشبهة والاختلاط بعضها بالبعض فما كان منها واضحاً جلياً لم ألح عليه وانصرفت عنه الى غيره . وما بدا لى مختلطا استطردت فى ملاحقته ومضيت فى تعقبه ابتغاء جلائه .

كذلك ما أدعى أنى أسد فراغا بنشر هذا الكتاب وهناك من كتب من سبقونى وأخص بالذكر منها كتاب صديقى السنهورى ما يسد كل فراغ وما وطأ السبيل ومهد الطريق لهذا الكتاب .

على أن فى العلم نوعا من الفراغ لا يسد ولا يملأ بل يتسع باختلاف مناحى التفكير ، وتباين المزاج العقلى ، وتفاوت وجهات النظر . فى هذا الفراغ — وفيه وحده — ألقى بهذا الكتاب ما

القاهرة فى ٨ يوليو سنة ١٩٤٣

عبد الحى بهجت بدوى

تمهيد لنظرية الالتزام

§ ١ أهمية النظرية وطبائعها . § ٢ موضعها من القانون المدنى .
§ ٣ تقسيم نظرية الالتزام . § ٤ تعريف الالتزام . § ٥ مصادر الالتزام .

§ ١ — أهمية النظرية وطبائعها

١ — أهمية النظرية ٢ — صبغتها المنطقية التجريدية فى القانون الرومانى ٣ — هل هى نظرية ثابتة ؟ ٤ — الجانب الثابت فى النظرية ٥ — توحيد النظرية .

١ — نظرية الالتزامات هى دعامة القانون المدنى فهى من هـذا القانون « بمثابة نظرية القيمة من الاقتصاد السياسى »[(١)] ، ذلك أن الانسان اذ يستثمر نشاطه الطبيعى ويشبع حاجاته المتجددة يرتبط مع الغير بارتباطات قانونية مهما تعددت صورها فهى ترتكز فى النهاية على مجموعة من القواعد العامة هى قواعد الالتزامات . ولعل مكان هذه النظرية من القانون المدنى هو الذى وضع القانون المدنى فى مكان الزعامة بين القوانين . فكأن هذه النظرية تنتهى الى أن تصبح دعامة كل القوانين الأخرى من تجارى وادارى ودولى خاص ودولى عام .

٢ — وقد أدرك فقهاء الرومان ما لنظرية الالتزامات من شأن فبسطوها ميدانا للجدل والتحليل وأخرجوا منها نظرية متماسكة فى منطقها على صورة تدعو الى الاعجاب . وبفضل هذا المنطق أتيح لهذه النظرية أن تعيش حتى بعد سقوط الدولة الرومانية . ومد فى حياتها ما اصطبغت به من صبغة تجريدية abtrait تعلو بها عن الجزئيات المتغايرة الى الكليات التى لا يعتورها التطور والتغيير . وتهيأت النظرية بذلك لأن تناسب مجتمعات عدة اختلفت فيها المدنية اختلافا ظهر أثره فى نواحى القانون الأخرى مثل شؤون الأسرة أو تنظيم الدولة .

فالقانون الفرنسى القديم احتفظ بنظرية الالتزامات فى كيانها الرومانى دون

(١) تارد ، تطورات القانون الخاص ، ص ١٢٥ .

كبير تغيير (وكتب پوتييه فى الالتزامات ليست الا تلخيصا للقواعد الرومانية) ولكنه لم يحتفظ بالقواعد الرومانية فى تنظيم الأسرة . وعن پوتييه أخذ قانون ناپوليون عام ١٨٠٤ . وتلقف هذا القانون فى فرنسا شراح المتون فأعملوا فيه ملكاتهم فى التدليل المنطقى ونجحوا فى نظرية الالتزامات حيث لم ينجحوا فى غيرها من أجزاء القانون .

وكان لقانون ناپوليون تأثير السحر فى تشريعات البلاد الأوروبية وغير الأوروبية . فاستوحى أحكامه جمهور الشرائع الأوروبية (ما عدا فى الجزر البريطانية حيث القانون يصنعه القضاء) وشرائع جمهوريات امريكا الجنوبية ومصر واليابان . وأظهر ما كان هذا التأثير فى نظرية الالتزامات وهى النظرية العامة للقانون المدنى .

وامتدت حياة النظرية الرومانية بعد صدور قانون نابوليون قرنا من الزمان الى أن صدر القانون المدنى الألمانى عام ١٨٩٦ الذى عمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٠٠ فنفخ صدوره روحا جديدة فى دراسة نظرية الالتزامات . اذ كان نبراس واضعى هذا القانون اقامته على أسس علمية فنية خالصة بحيث يكون من الميسور رد الحلول العملية التى ترد فيه الى أصل من الأصول . على أن المشروع الأول من هذا القانون أعد على أساس القانون الرومانى الذى كان هو القانون العام فى ألمانيا قبل التفكير فى توحيد القانون ، وخرج المشروع النهائى يستوحى نفس المصدر الرومانى الا أنه أفسح مجالا للتقاليد الجرمانية القديمة . كما أنه استحدث حلولا اقتضاها تقدم المجتمع الألمانى .

٣ — خلف الرومان اذن بنظرية الالتزام تراثا مجيداً لا اغراق فى الاستدلال منه على عظمة المجهود الذى بذله فقهاؤهم . على أنه لا ينبغى — مع التسليم بذلك — أن نغالى فى تقدير هذا التراث وأن نجارى بعض الكتاب (١)

---

(١) توليه ، نظرية القانون المدنى جزء ١ ص ٢٥١ — ٢٥٣ ، جلاسون ، مبادىء القانون الفرنسى جزء ١ ص ٥٣٦ — ٥٣٧ ، سالي ، الالتزامات فى القانون الألمانى ص ١ و ٢ .

فيما ذهبوا اليه من أن نظرية الالتزامات الرومانية قد أحكمت أطرافها فبلغت حد الكمال فلحقها وصف الخلود والبقاء . ويكفى لبيان وجه الاسراف فى هذا الرأى أن نلقى نظرة عامة على الأصول التى تقوم عليها النظرية الرومانية ثم نقارن بينها و بين الأصول التى تقوم عليها نظرية الالتزامات ، لا أقول فى القوانين الحديثة ، بل فى القانون الفرنسى عند صدوره عام ١٨٠٤ .

ولنتناول وضعين من الأوضاع المعروفة فى نظرية الالتزامات نطبق عليهما هذه المقارنة هما العقد والمسؤولية المدنية .

أما عن العقد فان القانون الرومانى لم يقر للاتفاق المجرد بالقدرة على انشاء الالتزام ، بل أنه كان يتطلب صيغا وأوضاعا اذا لم يمر بها العقد لم تنشأ قوته الملزمة . وحتى عند ما انتهى هذا القانون فى مراحله الأخيرة الى أن يقر للاتفاق مجرداً عن هذه الأوضاع بالقدرة على انشاء الالتزام القانونى فانه قصر هذا الاقرار على عقود ذكرها على سبيل الحصر هى عقد البيع والاجارة والشركة والوكالة — أما القانون الفرنسى فقد عرف للاتفاق مجرداً عن أوضاعه هذه القدرة ، وذلك منذ عهد القانون القديم . وهو لم يتلق تلك القاعدة عن القانون الرومانى بل عن القانون الكنسى الذى استقرت أحكامه ابان القرنين الثانى عشر والثالث عشر .

كما أن القانون الفرنسى خرج عن القانون الرومانى فيما يتعلق بالعقد فى موضع آخر . فالعقد فى القانون الرومانى لا يصلح سببا للتمليك أى طريقا من طرق اكتساب الملكية ، ان هو الا سند للتمليك يهيىء لاكتساب الملكية . أما الملكية فلا تكتسب الا بعد اجراء أوضاع خاصة معروفة هى الاشهاد أو الدعوى الصورية أو التسليم . خرج القانون الفرنسى عن هذه القاعدة بأن جعل العقد هو السند والسبب للتمليك ، فالعقد ينشىء الالتزام بنقل الملكية وهو بهذا سند للتمليك ، وهو هو الذى ينقل الملكية وهو بهذا سبب للتمليك .

وأما عن المسؤولية المدنية فقد وضع القانون الفرنسى قاعدة عامة (م . ١٣٨٢) لم يعرفها القانون الرومانى ، ألا وهى مسؤولية المخطىء عن تعويض

الضرر الذى تسبب فيه بخطئه ، دون أن يحصر هذه المسئولية فى أحوال معينة . وذلك على النقيض من القانون الرومانى الذى كان يحدد هذه المسؤولية بأحوال ذكرها على سبيل الحصر أهمها الاضرار بمال الغير والغش والسرقة والتهديد .

تلك الفروق الجوهرية ليست فى الأحكام التفصيلية وانما هى فى الأصول التى تقوم عليها نظرية الالتزامات . ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل أن انقلاب العوامل السياسية والاجتماعية والاقتصادية منذ صدور قانون نابوليون الى يومنا هذا جعل النظرية الرومانية تجتاز محنة شديدة خرجت منها وقد اهتزت كثير من جوانبها هزات عنيفة ، فان اكتشاف العلوم الحديثة وتقدم وسائل المواصلات وتركيز رؤوس الأموال وتعدد المعاملات وسرعة اجرائها وانقلاب الأفكار فى دور الدولة فى المجتمع كل أولئك عوامل جديدة كان لها مفعولها فى نظرية الالتزام وكان من أثر هذه العوامل أن استجدت أوضاع قانونية لم يعرف لها نظير سابق كالعقود الجماعيـة contrats collectifs وعقود الاذعان contrats d'adhésion وتحمل التبعة théorie du risque والالتزام بالارادة المنفردة . وتطورت الأوضاع المعروفة ، اذ اتسعت حدودها كى تلائم الأحوال الجديدة ، حتى أصبحت تلك الأوضاع لا تمت للأوضاع القديمة المعروفة الا بصلة الاسم . فالاشتراط لمصلحة الغير وضع عرفه الرومان ولكنه انقلب أى منقلب عند ما امتدت حدوده على مدى القرن الماضى فاتسع لعقد التأمين ، وكذلك الحال بالنسبة لنظرية سوء استعمال الحق وغيرها من الأوضاع التى عرفها الرومان .

٤ — نظرية الالتزامات تخضع للتطور اذن فهى فى القانون الرومانى غيرها فى القانون الفرنسى القديم غيرها فى قانون نابوليون غيرها فى القانون الفرنسى فى عهده الحالى . بل هى فى هذا القانون تختلف عنها فى غيره من القوانين المعاصرة . والاختلاف قائم ولو حصرنا المقارنة فى القوانين التى أخذت عن القانون الرومانى .

ان كان ذلك كذلك فما الذى تبقى لنا من التراث الرومانى ؟ الواقع ان ما تلقيناه عن الرومان انما هو الصناعة القانونية technique juridique التى أحكموا

أطرافها . واذا كانت بدائع هذه الصناعة قد ظهرت فى نظرية الالتزام أكثر مما ظهرت فى غيرها من أجزاء القانون فلأن قواعد الالتزام بطبيعتها قواعد نظرية تجريدية . تلك الصناعة هى التى لحقها الثبات فاحتفظت بكيانها الرومانى .

على أن تلك الصناعة قد تفاوت أثرها فى نظرية الالتزامات فهى أبعد أثراً فى الجزء الأعم من هذه النظرية وهو ما يصطلح اليوم على تسميته بنظرية الالتزام فى ذاته وهى أقل أثراً فى الجزء الآخر من هذه النظرية المتعلق بمصادر الالتزام (١) حيث تفسح الصناعة الطريق للعوامل الاجتماعية تفعل أفاعيلها فى الأحكام القانونية .

الثابت اذن هو صناعة الرومان فى نظرية الالتزام وتلك الصناعة متفاوتة فى أثرها فهى تتحكم فى القواعد العامة و يضعف مفعولها كلما نزلنا عن هذه القواعد العامة الى قواعد أخص منها وكلما تدرجنا فى هذا النزول تعرضت القواعد للتغيير والتبديل تبعا لتغيير العوامل الأخلاقية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية .

وحتى تلك الصناعة — والثبات لا يلحقها كما رأينا الا فيما يتعلق بالجزء الأعم من نظرية الالتزام — نراها قد انتحت جانباً وأفسحت الطريق لغيرها بعد صدور طائفة من القوانين الحديثة كالقانون الألمانى والقانون السو يسرى والقانون البولونى والقانون التشيكوسلوفاكى . وجدّ طراز جديد من الصناعة القانونية يلائم روح التفكير الحديث .

على أن هناك واقعة ثابتة لا سبيل الى الشك فيها ، هى أن قواعد الالتزامات فى عمومها يلحقها الثبات أكثر مما يلحق بقية أجزاء القانون . وتفسير ذلك أن تلك القواعد هى القواعد العامة للقانون المدنى والقواعد العامة بطبيعتها تبقى أكثر من تطبيقاتها على وجه الزمن ، ذلك أن التغييرات التى تلحق العوامل الاقتصادية والاجتماعية لا تؤثر فى القواعد القانونية العامة تأثيراً مباشراً ، فتقدم الصناعة مثلا وازدياد أخطارها عوامل اجتماعية لا يفهم أنها تؤثر بالذات فى قاعدة

---

(١) ديموج الالتزامات جزء ١ فقرة ٨ .

اسناد المسؤولية الى الخطأ اذ تلك قاعدة عامة ليس لها وجود مادى ، ان هى الا فكرة لا كيان لها الا فى ذهن الانسان ، أما تطبيقات هذه القاعدة التى تثيرها وقائع حية كاصابات العمل فهى بحكم اتصالها بهذه الوقائع تتأثر بالعوامل الاجتماعية تأثراً مباشراً . لذلك كان من المفهوم أن يترتب على تلك العوامل أن يقضى القانون بمسؤولية صاحب المصنع عن الاضرار التى تلحق العامل مسؤولية لا تستند الى خطأ صاحب المصنع دون أن يعنى ذلك تغيير القاعدة العامة فى اسناد المسؤولية الى الخطأ ، اذ متى كان وجود الاستثناء نافياً للقاعدة ! انما تتغير القاعدة العامة اذا اضطرد تغيير العوامل فتعددت الاستثناءات حتى بلغت القاعدة وأصبح التطبيق استثناء وتطورت الاستثناءات الى قاعدة . أو اذا اهتز الكيان الاجتماعى فأغنت الثورة العنيفة عن التطور البطىء كما حدث فى بلاد الاتحاد السوفيتى .

٥ — هذا الثبات النسبى هو الذى أدى الى تشابه قواعد الالتزامات فى قوانين البلاد المختلفة . وقد فكر البعض من أجل ذلك فى توحيد قانون الالتزامات والعقود وأثمر هذا التفكير عن ظهور مشروع يوحد بين القانونين الفرنسى والايطالى فى هذا الشأن تمهيدا لتوحيد قوانين البلاد الأوروبية الأخرى . وقد نبتت الفكرة فى هذا التوحيد فى السنين الأخيرة من الحرب العظمى فشكلت لجنة تتألف من كبار رجال القانون الفرنسيين والايطاليين لاعداد مشروع لتوحيد أحكام الالتزامات والعقود واستغرق اعداد المشروع حوالى عشر سنوات وأقرت صيغته النهائية فنشر فى ايطاليا فى سنة ١٩٢٨ وفى فرنسا فى سنة ١٩٢٩ وهو يتألف من ٧٢٨ مادة منها ٣٢٢ مادة فى نظرية الالتزامات [١] . وقد كان المفروض أن تتخذ الخطوة الثانية بموافقة البرلمان فى كل من البلدين على صيغة المشروع حتى يمكن اصداره بعد ذلك ، ولكن هذه الخطوة لم تتم حتى اليوم .

---

(١) راجع أعمال اللجنة فى مجلة جمعية الدراسات التشريعية ابتداءا من سنة ١٩١٩ .

§ ٢ — موضع نظرية الالتزامات من القانون المدنى

٦ — الالتزام والحق الشخصى ٧ — الحق العينى والحق الشخصى ٨ — نظرية توحيد الحقين ٩ — نقد النظرية ١٠ — موضع نظرية الالتزامات فى القوانين المختلفة : القانون الفرنسى والمصرى والسويسرى والألمانى .

٦ — القانون المدنى هو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الانسان بغيره . وهو ينقسم الى قسمين رئيسيين : الأحوال الشخصية ، والأحوال العينية أى المالية . ودراسة الأحوال المالية هى دراسة علاقة الفرد بغيره من حيث المال ، والمال اذا ترجم من لغة الاقتصاد الى لغة القانون سمى حقا ، والحق شخصى وعينى .

ونظرية الالتزام هى نفس نظرية الحق الشخصى . فالوضع واحد انما تختلف فيه التسمية باختلاف الناحية التى ننظر اليه منها فهو من ناحية الدائن حق شخصى ومن ناحية المدين التزام . والحق الشخصى من ناحية الدائن يحتسب ضمن الجانب الايجابى للذمة . والالتزام من ناحية المدين يحتسب ضمن الجانب السلبى للذمة .

٧ — ويجب أن نفرق بين الحق العينى والحق الشخصى ، فالحق العينى سلطة مباشرة لشخص على شىء فهو يتحلل الى عنصرين : صاحب الحق sujet وموضوع الحق objet . وما دام سلطة مباشرة فلصاحبه أن ينتفع بالشىء موضوع الحق بكافة وجوه الانتفاع دون وساطة شخص آخر ومثاله حق الملكية ، المالك يستعمل حق الملكية بالانتفاع بالعين أو باستهلاكها دون حاجة الى وساطة شخص آخر .

أما الحق الشخصى فهو علاقة بين شخصين تقضى لأحدهما بأن يطالب الآخر بالقيام بعمل . فالحق الشخصى يتحلل اذن الى ثلاثة عناصر : الدائن sujet actif أى صاحب الحق ، والمدين sujet passif ، ثم الشىء موضوع الحق objet كمن يداين آخر بمبلغ من المال لا يمكنه استيفاء موضوع الدين بالاستيلاء عليه ، بل لا بد له من أن يطالب المدين ، فهو لا يحصل على الشىء موضوع الحق الا بوساطة شخص آخر هو المدين .

٨ — انتقد بعض الكتاب [١] هذه التفرقة التقليدية بين الحق العينى والحق الشخصى فهى فى نظرهم تفرقة خاطئة اذ الحق لا يكون رابطة بين شخص وشىء بل هو دائما رابطة بين شخصين . فالحق العينى رابطة بين شخصين صاحب الحق وهو الدائن والمدين بالحق وهو كافة الناس الذين يلتزمون بعدم التعرض لصاحب الحق . فلا فرق بين الحق العينى والحق الشخصى من حيث الطبيعة اذ كلاهما رابطة بين شخصين . واذا عمدنا الى تحليلهما فكلاهما يتحلل الى ثلاثة عناصر : الدائن والمدين والشىء موضوع الحق .

انما الفرق بينهما فى مدى الالتزام الذى ينشئه كل من الحقين ونوعه ، وهذه الفروق غير جوهرية ما دامت لا تمس طبيعة الحقين ، أما عن مدى الالتزام فان الملتزم فى الحق الشخصى شخص معين بذاته أو أشخاص معينون بذواتهم فى حين أن الملتزم فى الحق العينى هم كافة الناس ، وأما عن نوع الالتزام فهو فى الحق العينى التزام بامتناع دائما بل أنه محدد الوصف فهو عدم التعرض لصاحب الحق ، فى حين أن موضوع الالتزام فى حالة الحق الشخصى قد يكون التزاما بامتناع وقد يكون التزاما بفعل .

٩ — مؤدى هذه النظرية هدم التفرقة بين الحقين وادماج الحق العينى فى الحق الشخصى على اعتبار أن الحقوق تكون دائماً رابطة بين شخصين . ووجه العيب فى هذا النظر أنه يسلم بقيام رابطة قانونية حيث لا رابطة فى الواقع [٢] ، و بوجود التزام حيث لا التزام . وهو فى النهاية مؤد الى الخلط بين الحقوق الذاتية والحقوق المطلقة . انما نحن فى صدد تقسيم فرعى للحقوق الذاتية فالمفروض وضعا أننا نخرج عن دائرة بحثنا الحقوق المطلقة أى مجرد المكنات faculté وكذلك ما يقابلها من واجبات عامة . ان الحقوق المطلقة لا تولد رابطة بين انسان وآخر ، فالحق فى الحرية — وكذلك الحق فى الملكية — انما هو حق مطلق يقابله واجب عام

---

(١) راجع بلانيول وريبير جزء ١ فقرة ٢١٥٨ وديموج ، الأفكار الأساسية فى القانون الخاص ص ٤٠٥ وما بعدها .

(٢) راجع هوريو ، مبادىء القانون العام ، الطبعة الثانية ، ص ١٦٨ .

يقع على الكافة فهل هو من أجل ذلك يوجد رابطة بين صاحب الحق و بين مجموع الناس ؟ كلا اذ أن التزام مجموع الناس بعدم التعرض ناشىء عن وجوب احترامهم للقانون والنظام . ان الحق المطلق أو المكنة انما يعيش على هامش الذمة المالية وكذلك شأن الواجب العام .

وان واجب كافة الناس فى الامتناع عن التعرض لصاحب الحق العينى فى استعماله لحقه يعد من قبيل الواجب العام فهو يقابل مكنة ولا يقابل حقا ، ذلك أن الحق العينى وضع قانونى يتحلل الى حق ذاتى باعتباره سلطة على شىء والى مجرد مكنة هى التى يقابلها ذلك الواجب العام الذى يقع على الكافة .

أما الالتزام بالمعنى الصحيح فلن ينشأ الا عند ما يحصل التعرض فعلا فتتولد الرابطة المباشرة التى تستوجب مسؤولية المتعرض عن تعويض الضرر الذى ألحقه بذمة الآخر . وتلك الرابطة هى الحق الشخصى .

ان هذا الواجب العام — وهو دخيل على الحقوق الذاتية — قد أقحم فى الحق العينى اقحاما فسمى التزاما . واقحامه على نفس الوجه ميسور فى الحق الشخصى ، اذ لا نزاع فى أن كافة الناس ملتزمون بعدم التعرض لصاحب الحق الشخصى فى حقه . وهل من شك فى أن تحريض المدين المتعاقد مع آخر على خرق التزامه المتولد عن هذا العقد عبارة عن اخلال بهذا الواجب العام ؟ وهل من أجل ذلك يقال أن الحق الشخصى يولد رابطة بين صاحب الحق و بين كافة الناس فضلا عن الرابطة بين الدائن والمدين فى هـذا الحق ؟ حتى اذا قيل ذلك فاننا بهذا القول نؤكد وجود فرق جوهرى بين الحق العينى والحق الشخصى . اذ الحق العينى لا يقابله غير هذا الواجب العام الواقع على مجموع الناس ، فى حين أن الحق الشخصى يتميز بأنه يتضمن رابطة مباشرة بين الدائن صاحب الحق ومدين معين فيقابل الحق التزام خاص يقع على عاتق المدين الى جانب هذا الواجب العام الذى يقع على كافة الناس وهو الذى يقابل المكنة التى تكون لصاحب الحق الشخصى .

الحقيقة أنه يجب تطهير منطقة الحقوق من المكنات ، فيتجلى لنا الفرق بين الحق الشخصى والحق العينى ، اذ يتراءى لنا كل منهما وضعا مستقلا له طبائعه ومميزاته ، الحق العينى سلطة مباشرة لشخص على شىء يحتسب عنصرا ايجابيا فى ذمة صاحب الحق . أما الحق الشخصى فهو رابطة مباشرة بين شخصين تمثل عنصرا ايجابيا فى ذمة الدائن يقابله عنصر سلبى فى ذمة المدين .

١٠ — ونكون بهذا قد انتهينا الى أن نظرية الالتزامات هى نفس نظرية الحق الشخصى والى وجوب التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى و يتعين بعد ذلك أن نبين موضع هذه النظرية من القانون المدنى فى مختلف الشرائع .

القانون الفرنسى : تأثر الشارع الفرنسى بنظم جستنيان بالنسبة لموضع نظرية الالتزامات من القانون المدنى ، فالقانون المدنى الفرنسى مقسم الى ثلاثة كتب : الكتاب الأول فى الأشخاص ، الكتاب الثانى فى الأموال ، الكتاب الثالث فى طرق اكتساب الملكية .

فى الباب الثالث من الكتاب الثالث تكلم القانون المدنى الفرنسى فى العقود والالتزامات الاتفاقية على العموم ، وفى الباب الرابع تكلم فى الالتزامات غير الاتفاقية (وقسم هذا الباب الى فصلين : فصل فى أشباه العقود وفصل فى الجنحة المدنية وشبه الجنحة المدنية) ومن الباب السادس الى الباب الخامس عشر تكلم فى العقود المعينة : البيع والمقايضة والايجار والشركة والعارية الخ . ثم فى الباب السابع عشر والثامن عشر تكلم فى التأمينات العينية .

ان خطة الشارع الفرنسى فى الكلام على الالتزام ، باعتباره طريقا من طرق اكتساب الملكية ، لا تخلو من النقد اذ هى بمثابة الخلط بين الحقين وادماج الحق الشخصى فى الحق العينى . واذا صح أن كثيرا من الالتزامات الاتفاقية تؤدى الى نقل الملكية كما هو الحال فى عقد البيع الذى ينشىء التزام البائع بنقل الملكية و يؤدى الى نقل الملكية للمشترى فليس هذا شأن بقية العقود .

وهو على أى حال ليس شأن بقية الالتزامات غير الاتفاقية[١]. على أن الشراح على المتون ظلوا مدة طويلة يتبعون هذا التقسيم . وأول من خرج عليه الأستاذان أو برى ورو فى كتابهما متأثرين فى هذا بالطريقة التى اتبعها Zachariæ زكاريا أحد علماء الپاندكت الألمان ، فهما قد قسما الكلام فى القانون المدنى الى ثلاثة أقسام : القسم الأول فى حالة الأشخاص وأهليتهم والقسم الثانى فى نظرية الحقوق وهذه قسموها الى ثلاثة ، الحقوق العينية والحقوق الشخصية (الالتزامات) وحقوق الولاية أى الحقوق العائلية والقسم الثالث فى نظرية الذمة patrimoine حيث ورد الكلام فى انتقال أموال المتوفى .

القانون المصرى : أما القانون المصرى فقد خالف التقسيم الوارد فى القانون الفرنسى ، فهو لم يتكلم فى الأحوال الشخصية [٢] اذ القواعد القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية لم تقنن فى مصر ، بل أنها ليست قواعد واحدة ، فهى تختلف باختلاف ملة الشخص فتطبق قواعد الشريعة الاسلامية على المسلمين وأحكام القوانين الملية على غيرهم . وان كانت قواعد الأحوال الشخصية قد وحدت بالنسبة للمصريين كافة فى مسائل معينة كالأهلية (راجع قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥ المعدل بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣١) .

فمجموعة القانون المدنى لم تتناول سوى الأحوال العينية . وقد قسم الكلام عليها فى أربعة كتب : الكتاب الأول فى الأموال ، والكتاب الثانى فى التعهدات والعقود (الالترامات) ، والكتاب الثالث فى العقود المعينة ، والكتاب الرابع فى حقوق الدائنين .

فالقانون المصرى تكلم على الحقوق الشخصية (التعهدات والعقود) فى كتاب مستقل عن الحقوق العينية (الأموال) . ولكنه لم يورد نظرية عامة

---

(١) قارن فيما بعد فقرة ١٥ .

(٢) راجع فى تحديد المسائل التى تدخل ضمن الأحوال الشخصية ، اتفاق مونترو المادة ١٠ والمادة ٢٨ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة والمادة ٢ من المرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص المحاكم المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية .

للحقوق على العموم ، بل أنه وزع الأحكام العامة بين كتاب الأموال وكتاب التعهدات وكتاب حقوق الدائنين .

القانون السويسرى : صدر فى سويسرا قانون للالتزامات فى سنة ١٨٨٣ قبل صدور القانون المدنى ، وعند ماصدر القانون المدنى فى سنة ١٩١٢ اعتبر قانون الالتزامات جزءا منه . والقانون المدنى السويسرى مقسم الى خمسه كتب : الكتاب الأول فى الأشخاص ، الكتاب الثانى فى الأسرة ، الكتاب الثالث فى المواريث ، الكتاب الرابع فى الحقوق العينية ، الكتاب الخامس فى الالتزامات (١) .

القانون الألمانى : ينقسم القانون المدنى الألمانى الى خمسة كتب : الكتاب الأول فى قواعد عامة (للحق) ، الكتاب الثانى فى علاقات الالتزام (الالتزامات) ، الكتاب الثالث فى الحقوق العينية ، الكتاب الرابع فى الأسرة ، الكتاب الخامس فى المواريث والوصايا .

والقانون الألمانى يمتاز بأنه قد استخرج القواعد العامة للحق فأفرد لها كتابا مستقلا تناول فيه الكلام على أطراف الحق أى الأشخاص ثم على موضوعه أى الأشياء ثم على كيفية نشوئه بالأعمال القانونية ثم على كيفية انقضائه ثم على استعماله وأخيرا على ضماناته .

ثم بعد ذلك تكلم على كل من الحق الشخصى والحق العينى فى كتاب على حدة ، ثم انتهى بالكلام على الحقوق العائلية فى الكتابين الأخيرين . وهذه الخطة أسلم من الخطة التى اتبعت فى القانونين الفرنسى والمصرى . اذ الواقع أن هناك قواعد عامة تسرى أحكامها على الحقوق بكافة أنواعها من عائلية وشخصية وعينية . وقد جرى القانونان الفرنسى والمصرى على الكلام على أهم هذه القواعد العامة بمناسبة الالتزامات أى بمناسبة نوع معين من الحقوق هو الحقوق الشخصية ، فقواعد الاثبات مثلا ليست قاصرة على الالتزامات ، بل هى تنطبق على كافة

---

(١) ولو أن الكتاب الخاص بالالتزامات صدر به قانون قائم بذاته رقمت فيه المواد أرقاما مستقلة .

الحقوق من شخصية وعينية وعائلية ومع ذلك فقد تكلم عنها الشارع المصرى فى كتاب التعهدات والعقود ، فكأنه يعتبرها قواعد خاصة بالالتزامات . أما الشارع الفرنسى فقد حصر قواعد الاثبات فى دائرة أضيق من ذلك اذ هو يتكلم عليها بمناسبة الالتزامات الاتفاقية .

فالتفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى قائمة فى معظم الشرائع . الا أن هناك بعض شرائع لم تعرفها كالشريعة الاسلامية ، والملحوظ فى هذه الشرائع انها لم تعرف فى نفس الوقت نظرية عامة للالتزامات . والعلة فى عدم ظهور هذه التفرقة فى تلك الشرائع هو أنها لا تعنى بالقواعد العامة بل تكتفى بالحلول التفصيلية . والتفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ان هى الا نتيجة لافتراض قواعد عامة للحق . والشرائع التى ذكرت هذه التفرقة تقوم على أساس هذه القواعد العامة ، بعضها صاغها فى كتاب مستقل كالقانون الألمانى و بعضها بعثرها فى مجموع القانون كالقانون الفرنسى والمصرى .

§ ٣ — تقسيم نظرية الالتزام

١١ — تقسيم القانون الفرنسى ١٢ — تقسيم القانون المصرى .

١١ — القانون الفرنسى : تأثر القانون الفرنسى فى الترتيب الذى اتبعه عند معالجة نظرية الالتزامات بمصدرين .

أولا : نظم چستنيان . فهو قد اتبع مثل هذه النظم الطريقة الطبيعية methode naturelle ومقتضاها أن يعتبر الوضع أو النظام القانونى فى حكم الظاهرة الطبيعية فتطبق عليه الطريقة العلمية التى تتبع فى العلوم الطبيعية (كعلم النبات) ألا وهى دراسة الظواهر من ناحية الزمان وذلك بالبحث فى كيفية نشوئها ثم فى كيفية حياتها ثم فى كيفية انتهائها . وقد أثبتت النظم والقانون المدنى الفرنسى هذه الطريقة بالبحث فى مصدر الالتزام أولا ثم فى حياة الالتزام (أثره وأوصافه) ثم فى كيفية انتهائه (انقضاء الالتزام) .

ثانيا : كتب پوتييه فى الالتزامات . فالفصول الستة التى أفردها القانون

الفرنسى لقواعد الالتزامات فى الباب الثالث من الكتاب الثالث تطابق فى ترتيبها وموضوعها نفس ترتيب كتب پوتييه الأربعة فى الالتزامات .

ولقد ظل جماعة الشراح على المتون أمداً طويلا يتبعون فى شروحاتهم نفس الترتيب الذى اتبعه الشارع الفرنسى . وان تلك الخطة لتتفق مع الفكرة التى تقوم عليها مدرسة هؤلاء الشراح ألا وهى الايمان بسلطان الشارع وتقديس النص واعتباره أصدق ترجمان للمنطق والعدالة ، فلم يكن من المفهوم والحال كذلك أن يتناول هؤلاء الشراح تقسيم الشارع بالنقد والتجريح .

ثم ما لبثت أن ظهرت عيوب التقسيم الذى اتبعه الشارع الفرنسى عند ما انكسرت شوكة النظرية التقليدية فى التفسير ، فلوحظ أن القانون المدنى يتكلم فى القواعد العامة للالتزامات بمناسبة العقود . فقواعد الاثبات وقواعد انقضاء الالتزامات وهى جميعا قواعد عامة لا تقتصر على الالتزامات التعاقدية بل يمتد تطبيقها على كافة أنواع الالتزامات ، تلك القواعد قد وردت ضمن قواعد العقود .

وأول من لاحظ ذلك الأستاذان أو برى ورو ولذلك اتبعا فى كتابهما تقسيما آخر ، هو فى نظرهما التقسيم المنطقى . فالنظرية تنقسم الى قسمين منفصلين : ١ — قسم الالتزام فى ذاته مجردا عن مصادره . ويتناول هذا القسم القواعد التى تنطبق على كافة الالتزامات أيا كان مصدرها ، ٢ — قسم مصادر الالتزام . ويتناول هذا القسم القواعد التى تتفاوت بتفاوت مصادر الالتزام . وقد كان لهذا التقسيم أثره فى الفقه الفرنسى فاتبعته معظم الكتب التى صدرت بعد ذلك فى شرح الالتزامات ، ككتاب ساليى فى شرح نظرية الالتزامات فى القانون المدنى الألمانى ، وكتاب پلانيول وكتاب كولان وكابيتان . على أن أو برى ورو لم يبتدعا فى الواقع هذا التقسيم ، اذ قد سبقهم اليه پوتييه فى كتابه عن الالتزامات فهو لم يذكر قواعد الالتزامات بمناسبة العقد كما فعل الشارع الفرنسى بل أفرد هذه القواعد على حدة بعد أن تكلم على المصادر المختلفة للالتزام .

وقد أخذ على طريقة أو برى ورو — وان كان لها الفضل فى الفصل بين

نظرية الالتزام فى ذاته و بين مصادر الالتزام — أنها تخالف الطريقة الطبيعية . فهى تعرض للالتزام فى ذاته بفرض وجوده و بقطع النظر عن سبب وجوده أى مصدره . ثم بعد ذلك تعرض لأسباب وجود الالتزام أى مصادره . والوضع الطبيعى يتطلب الكلام على كيفية نشوء الالتزام قبل الكلام على حياته ومماته . وتلك هى الخطة التى اتبعها قانون الالتزامات السويسرى الى حد كبير حيث تكلم فى الباب الأول على تكوين الالتزام وفى الباب الثانى فى آثاره وفى الباب الثالث فى انقضائه وفى الباب الرابع فى أوصافه وفى الباب الخامس فى نقل الحق والالتزام .

وقد اتبع جمهور الشراح فى فرنسا هـذا التقسيم فى كتبهم (راجع كتب ديموج وجوسران وملخص دالوز و بلانيول وريبير المطول وكولان وكابيتان فى الطبعة الأخيرة) كما اتبعه من شراح القانون المصرى الأستاذ السنهورى[1] .

١٢ — القانون المصرى : لم يتبع الشارع المصرى فى تقسيم الكلام على الالتزامات الطريقة الطبيعية اذ أنه بدأ بالكلام على أركان الالتزام وعلى آثاره وأوصافه (الفصل الأول) وهذا جزء من النظرية العامة للالتزام مجردا عن مصدره . ثم بعد ذلك تكلم على الالتزامات التعاقدية (الفصل الثانى) والالتزامات المترتبة على فعل (الفصل الثالث) والمترتبة على نص القانون (الفصل الرابع) وهو بحث فى مصادر الالتزام . ثم رجع بعد ذلك الى بقية نظرية الالتزام فى ذاته فتكلم فى انقضاء الالتزام (الفصل الخامس) واثبات الالتزام (الفصل السادس) .

§ ٤ — تعريف الالتزام

١٣ — التعاريف المختلفة ١٤ — المذهب الشخصى فى الالتزام ١٥ — المذهب المادى ١٦ — المذهب المادى فى فرنسا ١٧ — خلاصة ١٨ — المصلحة المادية فى الالتزام .

١٣ — صدر القانون المصرى الكتاب الثانى الخاص بالتعهدات والعقود على العموم بتعريف الالتزام فقال « التعهد (الالتزام) هو ارتباط قانونى الغرض

---

(١) راجع فيما بعد فقرة ٢٧ .

منه حصول منفعة لشخص بالزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه [١] ».

وقد انفرد التشريع المصرى دون كثير من التشريعات الأخرى بذكر تعريف للالتزام . فالقانون الفرنسى لم يعرف الالتزام — وان عرف العقد — وكذلك لم يرد تعريف الالتزام بالقانون المدنى الألمانى ولا بقانون الالتزامات السويسرى . وقد أنصفت تلك الشرائع بالتخلى عن ذكر تعريف للالتزام إذ لا خطر لهذا التعريف إلا من الناحية الفقهية ، ولذلك وجب أن يتخلى عنه الشارع للفقيه ، سيما وان تعريف الالتزام يتطلب استجماع عناصر متنافرة . انما الالتزام وضع قانونى يحمل كثيراً من المعانى ، فكلمة التزام تثير معنى الواجب الذى يقع على عاتق المدين ويهيب به أن يفى . وهى تثير معنى مسؤولية المدين على ماله اذا امتنع عن الوفاء . وهى من ناحية أخرى تثير معنى رابطة تجمع بين شخصين . ومن ناحية ثالثة تثير معنى رابطة بين ذمتين patrimoines تؤدى الى النيل من إحداهما والنوال للأخرى .

واذا نحن استعرضنا التعاريف المختلفة التى يقترحها الكتاب لوجدنا كلا منها يظهر جانبا أو أكثر من هذه الجوانب . فتعريف أوبرى ورو وهو مستقى من تعريف پول [٢] يظهر جانب الاجبار فى الالتزام . أما تعريف بلانيول للالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين يجبر أحدهما الآخر على فعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء (وهو مستقى من تعريف چستنيان [٣]) فانه يظهر جانب الرابطة بين

---

(١) قارن هذا التعريف بتعريف اوبرى ورو : « الالتزام ضرورة قانونية بمقتضاها يجبر شخص نحو شخص آخر على نقل حق عينى أو على فعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء » . ويلاحظ ان الشارع المصرى استعمل كلة تعهد ترجمة لكلمة obligation والأصح التعبير بكلمة التزام اذ التعهد يثير فى الذهن معنى الالتزام الارادى مع ان الالتزامات قد تكون غير ارادية فتنشا عن نص القانون .

(٢) يعرف پول الالتزام بقوله « يكون هناك التزام اذا استطاع الغير أن يجبرنا على نقل حق عينى أو القيام بفعل أو الامتناع عن فعل » .

(٣) عرف چستنيان الالتزام بأنه رابطة قانونية تلزمنا على وجه الضرورة بالقيام بوفاء شيء طبقا للقانون .

الشخصين فى الالتزام فضلا عن اظهاره لجانب الاجبار . وهذا على عكس تعريف ديموج الذى يطمس جانب الرابطة بين الدائن والمدين عند ما يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية المقصود منها قيام أشخاص معينين بعمل أو الامتناع عن عمل له قيمة مالية أو أدبية[١] .

وقد حاول الأستاذ ليڤى أولمان أن يجمع بين هذه العناصر جميعا فعرف الالتزام بأنه ذلك الوضع القانونى institution juridique الذى يبين لنا مركز شخصين ، على أحدهما (ويسمى المدين) أن يحقق منفعة للآخر (ويسمى الدائن) وذلك بالقيام بفعل أو بالامتناع عن فعل والذى يمثل فى ذمة الطرفين patrimoines عنصرا خاصا ذا جانبين جانب ايجابى باسم الحق وجانب سلبى باسم الدين[٢] .

وهذا التعريف أوفى من التعاريف السابقة . وهو لم يصل الى هذه النتيجة إلا باطالة تنبو عنها التعاريف عادة . كما أنه استعان على الوصول بالتجائه الى التجهيل عند وصف الالتزام بأنه وضع قانونى . وقد قصد بهذه الكلمة أن يضمن التعريف بقية المعانى التى تثيرها كلمة التزام كمعنى الدين والواجب القانونى الذى يقع على عاتق المدين ومعنى المسؤولية التى تقع على ماله .

وعلى أى حال يمتاز هذا التعريف بأنه أظهر فى الالتزام جانب الرابطة بين الدائن والمدين وجانب الرابطة بين الذمتين دون أن يغلب احداهما على الأخرى أى دون أن يذهب فى تعريف الالتزام ما يسمى المذهب الشخصى théorie subjective ولا ما يسمى المذهب المادى théorie objective .

١٤ — المذهب الشخصى théorie subjective[٣] : زعيم هذا المذهب ساڤيني Savigny العالم الألمانى . وهو يقيم نظريته على فكرة السيادة Herrschaft (من Herr أى سيد) فالالتزام عند ساڤينى عبارة عن سيادة الدائن على المدين ،

---

(١) ديموج ١ فقرة ٧ .

(٢) مذكرات لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٢٧ — ١٩٢٨ ص ١٢ وما بعدها .

(٣) راجع مذكرات ليڤى اولمان ص ٥١ — ٥٢ .

عن اخضاع المدين وتقييد ارادته فى سبيل الدائن . ونظرية ساڤينى فى السيادة ليست قاصرة على الالتزام ، بل هى جماع القانون . فالحقوق كلها عبارة عن روابط قانونية وكل رابطة بعينها ان هى الا تحديد المنطقة التى تسود فيها الارادة الحرة . فارادة الانسان الحرة قد تسود على نفسه وهـذا ما يسمى بالحقوق الشخصية droit de la personnalité ، أو هى تسود على العالم الخارجى . وهى اذ تسود على العالم الخارجى اما أن تسود على عناصر الطبيعة ذاتها وهذا ما يسمى بالملكية ، أو على الأشخاص الآخرين . ان كانت السيادة كاملة فهذا ما يسمى بالرق ، أما ان كانت قاصرة على جانب من نشاط الشخص المسود ، أما ان كانت لا تعدم حريته بل تقيد تصرفاته من ناحيـة منها فهذا ما يسمى بالالتزام . كل الحقوق اذن عبـارة عن روابط بين أشخاص ، والرابطة تتخذ صورة السيادة ؛ والسيادة مراتب ودرجات ، فالالتزام سيادة للدائن على المدين كالملكية تماما ؛ يتفق معها فى الطبيعة وان اختلف فى الدرجة والمقدار .

الغريب من أمر هذه النظرية انها لم تصادف نجاحاً فى بلادها بل ما لبثت أن هوجمت من علماء القانون الألمانى أمثال كوهلر وجيرك الذين أحلوا محلها النظرية المادية فى الالتزام ، وأنها على النقيض كانت ذات تأثير فى الفقه الفرنسى ؛ فنظرية پلانيول فى تقريب الحق العينى من الحق الشخصى واعتبار الحقوق على أنواعها رابطة بين أشخاص ليست غريبة عن نظرية ساڤينى . بل ما زالت آثار فكرة السيادة عالقة بأذهان بعض الكتاب الفرنسيين عنـد تعريفهم للالتزام فكولان وكابيتان يعرفان الالتزام بأنه عبارة عن « علاقة بين شخصين تتحلل الى سلطة تمنح للدائن على المدين وتسمح باخضاع المدين للقيام بعمل فيه فائدة للدائن »[1] وهذا التعريف ان هو الا تعريف ساڤينى للالتزام الذى يستند الى السيادة .

---

(١) جزء ٢ ص ١٤٥ الطبعة السابعة . راجع مع ذلك تعريف الالتزام فى الطبعة الثامنة جزء ٢ ص ٤ .

١٥ — **المذهب المادى** [١] : ظهر المذهب المادى للالتزام فى المانيا فى منتصف القرن الماضى وأقيم على انقاض مذهب ساڤينى . واذ كان هذا المذهب الأخير يستمد قوته من القانون الرومانى ومن دراسة التطور التاريخى لهذا القانون فقد انحصر أنصاره فى طائفة العلماء الذين عملوا على مقاومة سلطان القانون الرومانى وعلى بعث القانون الجرمانى .

وقد بدأ العلامة كوهلر بمهاجمة نظرية ساڤينى فانتقد تحليل الالتزام الى خضوع شخص لشخص والحاقه بالرق واعتباره رقا مخففا . فلاحظ أن هذا التحليل لا يتفق الا مع الأوضاع الرومانية العتيقة وانه لا يستقيم مع الأوضاع القانونية الحاضرة .

انما الالتزام خضوع لأمر القانون . والقانون اذ يأمر يقر واجبا أدبيا تقضى به قواعد الأخلاق . فالالتزام عبارة عن واجب يقع على عاتق المدين لا قبل الدائن بل قبل القانون .

ولم يقف الأمر عند حد مقاومة نظرية ساڤينى التى تدمج الحق العينى فى الحق الشخصى باعتبارها الحقوق جميعا رابطة بين أشخاص . بل أن فقهاء الالمان وعلى رأسهم الأستاذ ڤون جيرك Gierke ذهبوا الى أقصى الطرف الآخر فعملوا على تقريب الحق الشخصى من الحق العينى ، بحيث تظهر الحقوق جميعا لا فى صورتها الشخصية أى باعتبارها رابطة بين أشخاص بل فى صورتها المالية أى باعتبارها من عناصر الذمة ، و بحيث لا يصبح المهم فى الحق أطرافه sujets du droit بل محله objet du droit ، لا فرق فى هذا بين حق شخصى وحق عينى . أما غلبة المحل على الأطراف فى الحق العينى فهى ظاهرة . وهم بعد يعملون على اظهارها فى الحق الشخصى . فهم يجردون الالتزام من أطرافه بحيث يختلط الالتزام بمحله ، انما المنفعة

---

(١) سالي ، الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٨٢ — مقاله فى حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٠ عن حوالة الدين . مذكرات ليڤى اولمان ص ٣٢ وما بعدها وص ٥٢ ومابعدها .

محل الالتزام شيء له قيمة يلقى به فى سوق التعامل شأنها فى هذا شأن الأموال المادية الثابتة والمنقولة .

ولم يقتصر خطر هذه النظرية على الجانب النظرى منها ، بل كان لها خطرها من الناحية العملية ، فان تجريد الالتزام من شخص المدين جعل حوالة الدين ممكنة cession de dette بحيث تصبح المنفعة ذات القيمة محل هـذا الالتزام ممكن تحقيقها على يد أى شخص فلا تتعلق بمدين معين . وتجريد الالتزام من شخص الدائن جعل حوالة الحق الشـخصى ممكنة اذ المنفعة محل الحق ان هى الا مال لصاحبه أن يتصرف فيـه كما يتصرف المالك فى ملـكه ، كما جعل من الممكن تصور الالتزام قائما قبل أن يتحدد تعيينه شخص الدائن ، مثال ذلك شخص يؤمن على حياته لمصلحة أولاده الذين قد يولدون فى المستقبل فينشأ التزام شركة التأمين قبل أن يوجد الدائن وهو الولد .

تلك كلها نتـائج تترتب على تغليب جانب المحل على جانب الأطراف فى الالتزام وتقريب الالتزام من الحق العينى . وقد وصل الفقه الألمانى الى هذا التغليب مستعيناً ببعث نظريات ألمانية قديمة تتجلى فيها هذه الغلبـة [١] . وسأكتفى هنا بذكر نظريتين على سبيل المثال :

نظرية الحق على الشيء : فالحق الشخصى عبـارة عن حق على شيء jus ad rem أما الحق العينى فهو حق فى شيء jus in re . إلا أن الحق الشخصى مؤد فى النهاية الى حق فى شيء أى الى حق عينى . الأمر ظاهر اذا كان الحق الشخصى ناشئاً عن العقود الناقلة للحقوق العينية كالبيع إذ أن تنفيذ التزام البائع ينتهى الى نقل الملـكية فـكأنه يؤدى الى أن ينقلب الحق على الشيء موضوع التعاقد الى حق فيه أى الى حق عينى . وهو ظاهر كذلك حتى ولو كان محل الحق الشخصى مالا أو منفعة إذ بعـد الحصول على الحق بالاستيلاء على المال أو المنفعة ينقلب الحق عليهما حقاً عينياً . هذا التحليل الدقيق ينتهى الى أن الحق الشخصى

---

(١) راجع ليفى اولمان المرجع السابق .

مصيره الى الحق العينى أى الى حق فى الشىء و بهذا يصبح الظاهر فى هذا الحق هو الشىء موضوع الحق .

نظرية الدين والمسؤولية : استخرج الفقهاء من القانون الجرمانى التفرقة فى الالتزام بين الدين Schuld والمسؤولية Haftung . فالالتزام يحتوى على جانبين : جانب الدين وهو عبارة عن الواجب ، ولا يقصد بذلك الواجب الأخلاقى بل الواجب القانونى . هذا الواجب يقتضى الوفاء بالدين ، و ينقضى بالوفاء الاختيارى . أى أنه يعيش لهذا الوفاء الاختيارى و ينتهى به . على أن هذا هو كل أثر الدين ، فهو لا يتضمن سلطة الإجبار ، انما يظهر الإجبار عند عدم الوفاء ، والإجبار أى المسؤولية هو الجانب الثانى للالتزام ، والمسؤولية لا تكون على الشخص بل على المال . لقد كانت المسؤولية تقع على الشخص فى القوانين القديمة فكان للدائن أن يسترق المدين الذى لا يفى بدينه ، ولكنها انحصرت فى العصر الحالى فى المال ، و بهذا أصبحت رابطة مالية بحتة . أما الرابطة الشخصية فقد تضاءلت بحيث أصبحت محصورة فى دائرة الدين .

وكان لهذه النظريات أثرها فى القانون المدنى الألمانى ، فأفسح هذا القانون مكانا للمذهب المادى فى الالتزام ، وظهر أثر ذلك فى كثير من الحلول التى ابتدعها هذا القانون وخرج بها عن تقاليد القانون الرومانى .

١٦ — وقد جاهد الأستاذ سالي جهاد الأبطال فى سبيل ادخال النظرية المادية فى حظيرة القانون الفرنسى . وناصره فى هذا الجهاد فريق من الشراح[1] . ولم يثمر جهاده رغم أن فى نصوص القانون المدنى الفرنسى وتقسيمه ما يشعر بتقديره لظهور الجانب المالى فى الالتزام ولتداخل الحق الشخصى فى الحق العينى ، فقد ورد النص على حوالة الحق الشخصى فى المادة ١٦٨٩ وما بعدها

---

(١) راجع جوديميه رسالة عن حوالة الديون ، ديجون سنة ١٨٩٨ ، لو ريبور بيچونير مقال فى كتاب عمل سالي القانونى ص ٤٠١ وما بعدها .

فى باب البيع ؛ فكأن الشارع يتصور الحق الشخصى — و بيعه جائز — ساعة ذات قيمة مالية شأنها شأن الأموال المادية الثابتة والمنقولة . وهو يضع الالتزام ضمن طرق اكتساب الملكية (الباب الثالث والرابع من الكتاب الثالث) وقد يكون فى هـذا الوضع معنى يقارب معنى نظرية الحق على الشىء jus ad rem التى استخرجها فقهاء الألمان من القانون الجرمانى (١) .

ولا تفسير لفشل هذه المجهودات الا أن القانون الألمانى الذى نصر النظرية المادية قد تخلص الى حد كبير من التقاليد الرومانية و بعث كثيرا من النظريات الجرمانية التى تهيىء الجو لهذه النظرية المادية . بعكس القـانون الفرنسى الذى ظل متعلقا بالتقاليد الرومانية التى تغلب الجانب الشخصى فى الالتزام . ناهيك عن أن روح التجارة فاشية فى المجتمع الألمانى أكثر منها فى المجتمع الفرنسى . فليس من الغريب أن يتلقف المجتمع الألمـانى النظريات التى تجرد الالتزام من أطرافه وتلقى به فى المعاملات باعتباره مالا يرد عليه التعامل (٢) .

وقد تلقى القانون المصرى هـذه التقاليد عن القانون الفرنسى بل أنه أحكم وثاق الرابطة الشخصية فى الالتزام بأن جعل حوالة الدين لا تنعقد الا برضا المدين نفسه مستوحياً بذلك قواعد الشريعة الاسلامية .

١٧ — نستخلص مما سبق أن الالتزام يمكن أن ينظر اليه من هاتين الناحيتين ، فهو رابطة بين شخصين وهو كذلك رابطة بين ذمتين . وليس من المستطاع قصر الالتزام على احدى الناحيتين دون الأخرى . فكل التزام لا بد فيه من مدين ولا بد فيه من دائن ، واذا كانت الرابطة بين الدائن والمدين عرضة للتغيير فى كثير من الأحوال بحوالة الحق أو بحوالة الدين فليس معنى ذلك أن الرابطة غير قائمة ، انما تغيرها نتيجة لتداخل الناحية المادية فى الالتزام دون أن يكون معنى هذا التداخل القضاء على فكرة الرابطة بين الشخصين . وكذلك الحال بالنسبة لجواز نشوء الالتزام قبل أن يتحدد شخص الدائن ، فليس فى امكان ذلك

(١) راجع فيما سبق فقرة ١٥ ص ٢٢ .
(٢) ليفى أولمان ص ٤٠ وما بعدها .

معنى نفى الرابطة بين الدائن والمدين اذ الالتزام ينتهى الى التنفيذ والتنفيذ يكون بالاختيار أو بالمطالبة والاجبار ، وفى الحالتين يتحدد شخص الدائن . فلا يتصور الالتزام اذن دون ايجاد رابطة بين شخصين فى الحال أو الاستقبال . وليس فى المنطق ما يتطلب نشوء الرابطة بين شخصين فى الحال حتى يصح وصف الالتزام بهذا الوصف .

فالالتزام اذن رابطة بين شخصين دون أن يكون معنى ذلك أن تصبح الرابطة جامدة لا تحتمل الحركة والانتقال ولا تنحل الا بالوفاء الاختيارى أو الجبرى ، ولا أن يكون معنى ذلك أن نتطلب تحديد شخص الدائن وقت نشوء الالتزام .

١٨ — والالتزام كذلك رابطة بين ذمتين . انما هل معنى ذلك أن نتطلب دائماً أن يكون للالتزام قيمة مادية وأن يكون للدائن مصلحة مادية فى تنفيذ الالتزام [١] . لقد أثيرت هذه المسألة فى الفقه الألمانى بمناسبة فتوى طلبت من العالم الألمانى اهيرنج Ihering فأفتى بأن هناك التزاما قانونيا ولو كانت مصلحة الدائن أدبية [٢] . على أن بعض الفقهاء الألمان متأثرين بالمذاهب المادية يتطلبون المصلحة المادية للدائن والقيمة المادية للالتزام حتى يعتبر التزاما قانونيا . ولم يأخذ الشارع الألمانى بهذا الرأى الأخير فلم يتعرض فى المادة ٢٤١

---

(١) **مراجع** : ديموج فى الالتزامات الجزء الأول بند ٥ — سالى فى الالتزامات فقرة ٨ — تعليق لجنة وزارة الحقانية الفرنسية على القانون المدنى الألمانى جزء ١ ص ٣٥٥ — دورثيل « الصالح الأدبى فى الالتزام » .

(٢) طلبت الفتوى فى قضية ظروفها الآتية : تألفت جمعية سويسرية تعمل على انهاض وسائل النقل بالسكك الحديدية ، وكان من مظاهر نشاطها أن اشترطت هذه الجمعية على شركة سويسرية بأن تقوم بمد خطوط حديدية فى جهات معينة . ثم حاولت الشركة أن تتخلص من التزامها بحجة انتفاء المصلحة المالية لأعضاء الجمعية لأنهم عند ما حصلوا على هذا التعهد من جانب الشركة لم يكن لهم فى ذلك أية مصلحة مادية ، بل هم كانوا يعملون على تحقيق مصلحة عامة وهى انهاض وسائل النقل فمصلحتهم مجرد مصلحة أدبية .

التى تكلمت فى موضوع الالتزام الى القيمة المالية للالتزام . وهو قد قصد بهذا الاغفال الاكتفاء بأن يكون للدائن مصلحة جدية مشروعة حتى ولو لم يكن لها قيمة مالية .

على أن الضرر الأدبى الذى يلحق الدائن من عدم تنفيذ الالتزام قد يقبل التقدير المادى . والرأى السائد فى القانون الفرنسى والمصرى هو أنه يمكن التعويض المالى عن الضرر الأدبى . أما القانون الألمانى فقد ورد فيه نص المادة ٢٥٣ التى تقضى بأنه لا تجوز المطالبة بالتعويض المالى عن الضرر غير المادى الا فى الأحوال التى ينص عليها القانون .

§ ٥ — مصادر الالتزام (١)

١٩ — تقسيم القانون الفرنسى للمصادر ٢٠ — تقسيم القانون المصرى ٢١ — مصدر التقسيم التقليدى ٢٢ — نقد فكرة شبه العقد ٢٣ — الانتقادات الأخرى ٢٤ — التقسيمات المقترحة ٢٥ — تقسيم المصادر الى الارادة والقانون ٢٦ — التفرقة بين الدين والمسئولية ٢٧ — نفى النظرية العامة للالتزام ٢٨ — استدراك .

١٩ — لم يقسم القانون الفرنسى مصادر الالتزام تقسيما صريحا . ولكنه تكلم فى الباب الثالث من الكتاب الثالث فى العقود أو الالتزامات الاتفاقية على العموم وفى الباب الرابع فى الالتزامات التى تتكون دون اتفاق . وصدر الباب الرابع بالمادة ١٣٧٠ التى قسمت الالتزامات التى تنشأ بدون أى اتفاق بين الطرفين الى التزامات تنشأ بمحض القانون وأخرى تنشأ عن الفعل الصادر من الملتزم . أما الالتزامات التى تنشأ عن فعل فقد قسمتها المادة الى التزامات تنشأ عن شبه العقد

---

(١) **مراجع** : توليبه ١١ فقرة ٩ وما بعدها — بلانيول ٢ فقرة ٨٠٥ وما بعدها ومقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها — كولان وكابيتان الطبعة الثامنة ٢ بند ٦ — دى باج ، القانون المدنى البلجيكى ٢ فقرة ٤٤٤ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ ص ٧ — ديموج ١ فقرة ١١ وما بعدها — تكملة بودرى لبونكاز الجزء الثانى ص ٣١٤ وما بعدها — چوسران ٢ فقرة ١١ — والتون ١ ص ١٣ وما بعدها — فتحى زغلول ص ١٢٦ — السنهورى نظرية العقد فقرة ٢٠ وما بعدها — ڤيز يوز ، شبه العقد ، رسالة ، بوردو سنة ١٩١٢ — مارويت ، فكرة الفضالة ، سنة ١٩٣١ .

والتزامات تنشأ عن جنحة وأخرى عن شبه جنحة . و بعد أن صدر الشارع الفرنسى الباب الرابع بهذه المادة تكلم فى الفصل الأول على شبه العقد وفى الفصل الثانى على الجنحة وشبه الجنحة . وعلى ذلك تكون مصادر الالتزامات فى القانون الفرنسى خمسة : العقد وشبه العقد والجنحة وشبه الجنحة ونص القانون .

أما العقد فهو الاتفاق الذى يلتزم به شخص أو أكثر قبل آخر أو آخرين بنقل حق عينى أو بالقيام بفعل أو بالامتناع عن فعل (م ١١٠١ مدنى فرنسى) والعقد اما أن ينشىء التزامات فى جانب الطرفين كعقد البيع أو فى جانب طرف واحد كعقد الوديعة .

أما شبه العقد فقد عرفته المادة ١٣٧١ بقولها « أشباه العقود هى الأعمال الارادية البحتة الصادرة من الانسان التى يترتب عليها التزام قبل شخص آخر وأحيانا التزامات متبادلة بين الطرفين » . وقد تكلم القانون الفرنسى فى باب أشباه العقود على حالتين: حالة الفضالة gestion d'affaire وحالة الوفاء بغير المستحق payement de l'indû . أما الفضالة فهى حالة شخص يقوم باختياره بعمل لمصلحة الغير دون اتفاق سابق مع هذا الغير كجار يرمم منزل جاره الغائب الآيل للسقوط . هذا التدخل من جانب الفضولى gérant d'affaire ينشىء التزامه بالاستمرار فى العمل حتى نهايته و بتقديم حساب عنه . وقد ينشىء التزام رب العمل maître, géré بأن يعوض الفضولى عما صرفه من مصاريف اذا أحسن الفضولى ادارة العمل . وأما الوفاء بغير المستحق فهى حالة شخص يستوفى ديناً غير مستحق له فيلتزم برده .

وأما الجريمة فهى العمل الضار المتعمد أى الذى يأتيه الفاعل بقصد الاضرار. وشبه الجريمة هى العمل الضار الصادر عن اهمال أو رعونة أو عدم احتياط . والجريمة وشبه الجريمة كلاهما ينشىء الالتزام بتعويض الغير عن الضرر الذى أصابه .

أما الالتزامات الناشئة عن نص القانون فقد ضربت المادة ١٣٧٠ أمثلة لها

فذكرت التزامات الجوار والتزام الوصى بتولى الوصاية .

٢٠ — أما القانون المصرى فقد قسم مصادر الالتزامات صراحة فى المادة ١٤٧/٩٣ الواردة فى الباب الأول من كتاب التعهدات ، فقضى بأن التعهدات اما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون . وفى الباب الثانى أورد الشارع المصرى أحكام التعهدات المترتبة على توافق المتعاقدين أى التى يكون مصدرها العقد . وأورد فى الباب الثالث أحكام التعهدات المترتبة على الأفعال فذكر أحكام الالتزامات المترتبة على الفضالة وعلى الوفاء بغير المستحق ثم أحكام الالتزامات المترتبة على الأفعال الضارة . وفى الباب الرابع أورد أحكام الالتزامات التى يوجبها القانون فذكر أحكام الالتزام بالنفقة على الأقارب .

فالشارع المصرى خالف الشارع الفرنسى فى أمرين :

أولا — فى أنه عدد مصادر الالتزام صراحة ، فهى العقد والفعل والنص .

ثانيا — أنه لم يعين الفعل الذى ينشأ عنه الالتزام بأنه الفعل الصادر من الملتزم كما فعل الشارع الفرنسى . على أن التقسيم المصرى يحتفظ — رغم هذه الفروق — بجوهر التقسيم الفرنسى .

وقد أطلق على هذا التقسيم الأخير اسم التقسيم التقليدى الذى تلقاه الخلف عن السلف . وكان لهذا التقسيم تلك الهيبة التى تلحق الأوضاع التقليدية عادة فأثر فى التشريعات الأخرى وفى كتب الشراح . ثم مالبثت أن ظهرت وجوه العيب فيه ؛ فقيل فيه أنه ثمرة مقدمات تاريخية خاطئة ، فهو ينسب الى القانون الرومانى وهذا القانون ينكره . ثم انه وهو بطبيعته لا سند له غير المنطق لا يستقيم له منطق . ولنفصل هذا الاجمال .

٢١ — كان القانون الرومانى فى عهده المدرسى يعرف من مصادر الالتزام جرائم معينة مذكورة على سبيل الحصر أهمها جريمة الاضرار بمال الغير فى أحوال معينة damnum injuria datum . فلم يكن هناك قاعدة عامة كالقاعدة الواردة

بالمادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى (٢١٢/١٥١ مدنى مصرى) تقضى بأن كل فعل خاطىء يسبب ضرراً للغير ينشىء التزام الفاعل بتعويض هذا الضرر . والى جانب هذه الجرائم المعينة كان القانون الرومانى يعرف عقوداً معينة تنشىء الالتزامات ، بعضها يتم بأوضاع خاصة كالعقود الشكلية و بعضها يتم بتسليم الشىء موضوع التعاقد كالعقود العينية و بعضها يتم بالقيام بعمل كالعقود غير المسماة وأخيراً بعضها يتم بمجرد التراضى .

الا أن العقود التى كانت تتم بالتراضى كانت محصورة فهى البيع والايجار والوكالة والشركة ، ثم عرف القانون الرومانى الى جانب هذه العقود الاتفاقات البريتورية والشرعية . والى جانب هذه الالتزامات التى يرجع مصدرها الى عقود معينة أو جرائم معينة عرف القانون الرومانى بعض التزامات أخرى لا يمكن ردها الى هذه العقود أو تلك الجرائم ، جمعها فقهاء الرومان فى باب ثالث سمى الأسباب المختلفة للالتزام . وبذا قسمت الالتزامات تقسيما ثلاثيا : الناشئة عن العقود والناشئه عن الجرائم والناشئة عن أسباب مختلفة .

ثم بعد ذلك عمد جايوس أحد فقهاء الرومان الى تقسيم جديد اذ لاحظ أن هذه الأسباب المختلفة للالتزام تتضمن أعمالا مشروعة أو أعمالا غير مشروعة . فوضع الالتزامات الناشئة عن أفعال مشروعة بجانب الالتزامات الناشئة عن العقود بحجة أنها تتفق مع الالتزامات التعاقدية فى الحكم والأثر وعبر عن ذلك بقوله أن الملتزم يلتزم فى هذه الحالة كما لو كان قد تعاقد quasi ex contractu tenetur أى أن الالتزام فى هذه الحالة شبيه بالالتزام التعاقدى . وكذلك فعل من قبل بالنسبة لبعض الالتزامات التى تنشأ من أفعال غير مشروعة لا تدخل ضمن الجرائم المعروفة فوضعها مع الالتزامات الناشئة عن الجرائم المعروفة وسماها quasi ex-delicto . فجايوس لم يكن يقصد من هذا التقريب أن هذه الالتزامات تشبه العقود والجرائم من حيث المصدر بل من حيث الحكم والأثر . وقد تأثر جوستنيان فى نظمه بتقسيم جايوس للالتزامات ولكنه حور فى الألفاظ تحويراً هو فى الواقع المصدر

الأول للتقسيم التقليدى للمصادر فهو يتكلم عن التزامات تنشأ كما لو أنها نشأت عن عقد أو عن جنحه [١] .

وفى عهد القانون الفرنسى القديم انقلب التعبير الرومانى فبدلا من quasi ex contractu أصبح ex quasi contractu و بعد أن كان هذا التبديل مجرد تبديل مادى انتهى فى عهد المفسرين الى تبديل فى نفس المعنى ، فبعد أن كانت تلك الالتزامات شبيهة بالالتزامات الناشئة عن عقد أصبحت ناشئة عن شبه عقد أى أن التشابه بين هذه الالتزامات و بين الالتزامات الناشئة عن عقود أصبح فى المصدر بعد أن كان فى الأثر . وسمى هذا المصدر شبه العقد quasi contrat . وكذلك بالنسبة للالتزامات الأخرى غير المشروعة فاعتبر مصدرها شبه الجريمة quasi délit . وعن هؤلاء المفسرين أخذ پوتييه وعن پوتييه أخذ الشارع الفرنسى .

فالتقسيم التقليدى يرجع فى الواقع الى خطأ فى تفسير النصوص الرومانية مهد له التحوير الذى أجراه جوستنيان عند ما نقل تقسيم جايوس . على ان ذلك الخطأ لم يمنع فى الواقع من أن يبقى هذا التقسيم حقبة طويلة من الزمان فعرفه القانون الفرنسى القديم وتلقاه القانون المدنى الفرنسى واتبعه عدد كبير من الشراح . وقد يلتمس السر فى تلك القوة التى لازمته فى صبغته العملية . فهو تقسيم تهون جوانبه اذا محص تمحيصاً عقلياً منطقياً ولكنه يظل عزيز الجانب من الناحية العملية .

٢٢ — وأول من هز جوانب هذا التقسيم العالم توليييه من شراح القانون المدنى الفرنسى المتقدمين . وتلقى عنه كثيرون واستأنف پلانيول هذا النقد فى عنف ظاهر فكان لنقده أثر عند كثير من الكتاب . وتعددت تقسيمات المصادر التى يقترحها الشراح . وليس يهمنا هنا أن نورد هذه التقسيمات المختلفة ، وانما يهمنا أن نلخص وجوه النقد التى اعترض بها على التقسيم التقليدى ، ويكاد الكتاب الناقدون يجمعون على نقد فكرة شبه العقد باعتباره مصدرا للالتزام .

---

(١) ما رويت ص ١٨ وما بعدها .

لقد رأينا أن فكرة شبه العقد انما تولدت عن خطأ فى تفسير النصوص الرومانية . على أن هذا الخطأ لا يصح وحده وجها لنقد الفكرة ، وليس ثمة ما يمنع من التسليم بها اذا استقام منطقها وأمكن تمييز شبه العقد مصدرا مستقلا عن بقية المصادر الأخرى ، تنشأ عنه التزامات يجمعها جامع واحد كما هو الحال فى العقد . على أن الواقع أن الشارع الفرنسى عند ما تلقى فكرة شبه العقد عن پوتييه قد تلقاها دون تمحيص ، وهو بعد لم يورد تعريفا دقيقا يعزل شبه العقد عن غيره من الأوضاع ، فخرجت نصوص المواد الخاصة به تحيط بها هالة من الغموض والابهام .

لقد ذكر الشارع الفرنسى من صنوف شبه العقد الفضالة والوفاء بغير المستحق ، وعبثا نوازن بينهما لنستخرج الجامع الذى يجمع بينهما . وحتى لو تجاوزنا جدلا عن هذا الجامع وأقمنا من شبه العقد وضعا يعارض وضع العقد فلن ننجح فى أن نجعل منه مصدراً مستقلا من مصادر الالتزام .

لقد قيل فى تعريف شبه العقد أنه عمل ارادى يترتب عليه التزام قبل الغير وأحياناً التزامات متبادلة بين الطرفين (م ١٣٧٠ مدنى فرنسى) . ولا يسع القارىء لهذا التعريف الا أن يلحظ للتو والساعة أنه لا يعزل فكرة العقد عن شبه العقد ، فهو لا يبين الخصائص التى ينفرد بها شبه العقد فيصبح وضعاً مستقلا عن العقد . ولا يرجع النقص فى هذا التعريف الى تقصير من الشارع الفرنسى بقدر ما يرجع الى قصور فى نفس الفكرة ، ولا أدل على ذلك من أن أحداً لم يستطع أن يورد تعريفاً صالحاً لشبه العقد .

فكرة شبه العقد اذن فكرة قاصرة .

وهى الى ذلك فكرة خاطئة . ان أساس الحاق شبه العقد بالعقد صدور عمل ارادى من انسان . فى الفضالة مثلا يصدر عمل ارادى من الفضولى هو تداخله فى شؤون غيره فينشىء التزاما فى ذمة الفضولى والتزاما احتمالياً فى ذمة رب العمل . ما هو ذلك الالتزام الذى ينشأ فى ذمة الفضولى ؟ هو الاستمرار فى العمل

وتقديم حساب عنه عند الانتهاء منه . أفهل هذا الالتزام يرجع الى العمل الارادى الصادر من الفضولى ؟ ان عملا اراديا قد صدر من الفضولى حقا ولكن الارادة اقتصرت فيه على الأداء المادى للعمل دون أن تنصرف الى الالتزام بالعواقب التى أراد القانون أن يفرضها على من يتدخل فى شؤون غيره . فكيف يقال بعد ذلك أن مصدر التزام الفضولى باتمام العمل هو العمل الارادى الصادر منه . لقد صدر منه عمل ارادى حقا ولكنه لم يصطحب بنية الالتزام ، فاذا نشأ الالتزام رغم ذلك فمصدره واقعة أخرى غير عمل الفضولى .

وليت الأمر قاصرا على ذلك . بل ان هذا العمل الصادر من الفضولى لايقف أثره عند حد توليد الالتزام فى ذمة الفضولى بل انه — الى ذلك — ينشىء التزاما فى ذمة شخص آخر هو رب العمل الذى تدخل الفضولى فى ادارة شؤونه [١] .

والأمر كذلك اذا حللنا الحالة الثانية من أحوال شبه العقد ألا وهى الوفاء بغير المستحق . ان من يستوفى دينا غير مستحق له يلتزم برد ما استوفى سواء أكان الاستيفاء عن خطأ فاعتقد المستوفى استحقاقه للدين أم عن سوء قصد . لا نزاع فى أن استيفاء الدين عمل ارادى ، انما هل قصد المستوفى أن يلتزم بالرد ؟ هذا القصد معدوم فى حالة الاستيفاء خطأ اذ المفروض وضعا أن المستوفى يعتقد استحقاقه للدين . وهو غير مفهوم فى حالة الاستيفاء عن سوء قصد ، اذ الالتزام بالرد يتنافى مع قبول الوفاء [٢] .

وهناك أساس آخر لالحاق شبه العقد بالعقد ، هو أن كلاهما فعل مشروع [٣] . وهذا الذى عزل شبه العقد عن الجنحة مع أن كلاهما فعل فالأول فعل مشروع والثانية فعل غير مشروع . وان وجه التشبيه لينقطع اذا لاحظنا ان شبه العقد ينشىء التزام رب العمل بتعويض الفضولى عما صرف . واذا كان هناك فعل أنشأ هذا الالتزام فليس هو فى الواقع فعل الفضولى مادام القانون الفرنسى يتكلم عن

---

(١) مارويت ص ٢٦ وما بعدها .

(٢) كولان وكابيتان ص ٧ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٥ ص ٦٤٥ .

الفعل الصادر من الملتزم ، بل هو فعل رب العمل الذى سوف يلتزم بالتعويض . فهل هو فعل مشروع ؟ لنحدد الفعل أولا فنتبين ان كان مشروعا أو غير المشروع . ان فعل رب العمل الذى أنشأ التزامه هو احتفاظه بالمنفعة التى لحقت أمواله من جراء تدخل الفضولى . والاحتفاظ بالمنفعة دون تعويض من تسبب فيها هو فعل غير مشروع ما فى ذلك ريب [١] .

٢٣ — الى جانب هذا النقد الجوهرى وجهت انتقادات أخرى [٢] لم يكن لها نفس الشأن ، منها :

ان التفرقة بين الجنحة وشبه الجنحة لا محل لها ، إذ كلا الواقعتين عبارة عن عمل غير مشروع ، ولا فرق بعد بينهما فى الأحكام . فأحكام التعويض المستحق عن ارتكاب جنحة مدنية هى نفس أحكام التعويض المستحق عن شبه جنحة مدنية [٣] . يحسن اذن الجمع بينهما فى مصدر واحد هو الفعل غير المشروع ، أو الفعل الضار .

وأن هذا التقسيم لم ينص على الارادة المنفردة ، مع أن الارادة المنفردة تعتبر مصدرا للالتزام فى بعض الأحوال .

وأن هناك من الالتزامات التى ينص عليها القانون فى مواضع متفرقة ما يجمعه جامع واحد مما يستدعى أن يفرد مصدر جديد للالتزام تندرج تحته تلك الالتزامات المبعثرة كما قد يندرج تحته جانب من الالتزامات التى تنشأ فيما يسمى بشبه العقد ، كالالتزام برد غير المستحق والتزام رب العمل بتعويض الفضولى عما صرف من مصاريف . على أن يسمى هذا المصدر المستقل الاثراء بلا سبب ، أو الافادة غير المشروعة enrichissement sans cause ou injuste .

٢٤ — تلك خلاصة وجوه النقد التى أخذت على التقسيم التقليدى ، اذا

---

(١) راجع پلانيول ، المجلة الانتقادية ص ٢٢٩ .

(٢) راجع پلانيول المجلة الانتقادية ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٣) راجع مع ذلك قانون الالتزامات السويسرى (م ٤٤ فقرة ثانية) الذى يفرق فى الحكم بين الفعل العمد والفعل الصادر عن تقصير جسيم من ناحية وبين غير ذلك من الأفعال الضارة .

تم بهـا الهدم فقد بقى الانشـاء . وفى الانشاء تعددت الآراء ، وهى تدور حول رأيين ، أحدهما يقسم مصادر الالتزامات الى خمسـة هى العقد والارادة المنفردة والفعل الضار والافادة غير المشروعة ونص القانون [١] ، والآخر يقسمها الى اثنين هما العقد (أو الارادة اذا سلم بالارادة المنفردة مصدرا للالتزام) ونص القانون [٢] . والرأيان كما هو ظاهر يستبعدان شـبه العقد من بين المصادر . والرأى الأول يرد الالتزامات التى كانت ترد فى التقسيم التقليـدى الى شبه العقد الى المصـادر الأخرى [٣] .

أما الرأى الثـانى فهو يجمع الالتزامات غير الارادية كافة تحت مصدر واحد هو القانون ؛ فالأفعال الضارة والافادة غير المشروعة ليست هى مصادر الالتزام ، إنمـا هى الظروف التى من أجلها يقضى القـانون بالالتزام . ولا بأس من التسـليم بالتفرقة بين الالتزامات فى حالة الأفعـال غير المشروعة والالتزامات فى حالة الافادة غير المشروعة فى داخل الالتزامات التى يكون مصدرها القانون ، فيقال أن القانون مصـدر للالتزام مستقل عن الارادة ، وهو عند ما ينشىء الالتزام لا يتحكم بل هو يقضى به عنـد توفر ظروف خاصة هى الفعل غير المشروع أو الافادة غير المشروعة ، ولـكن المصدر يظل هو القانون . أما تلك الوقائع وهى حصول الفعل أو الافادة فهى مصدر للضرر أو للفائدة ولـكنها ليست فى شرع المنطق مصدراً للالتزام . وبهذا يكون أنصار التقسيم الخماسى الجديد قد أخطأوا بادخالهم فى تقسيم المصادر هـذا التقسيم الداخلى للظروف التى يقضى فيها القـانون بالالتزام . وقد لا يخلو هذا التقسيم الداخلى من فوائد عملية ،

---

(١) چوسران ، المرجع السابق .

(٢) پلانيول ، المرجع السابق .

(٣) فالتزام الفضولى مصدره الارادة المنفردة (فى رأى) أو نص القـانون (فى رأى آخر) والتزام رب العمل مصدره الافادة غير المشروعة (فى رأى) أو نص القانون (فى رأى آخر) .

الا أن الفائدة العملية ممكن تحقيقها مع عدم المساس بالمنطق وذلك باجراء هذا التقسيم داخل المصدر الثانى وهو نص القانون .

لم ينازع أحد فى مقدمات هذا الرأى . انما اعترض على القائلين به أنهم لم يتعقبوا نتائجه (١) . اذا قيل بأن مرتكب الفعل الضار انما يلتزم بتعويض الضرر لأن القانون يقضى بهذا فتلك مقدمة صحيحة ، ولكن ماوجه التوقف فى منتصف الطريق وقصر هذه المقدمة على الالتزامات التى يعتبر مصدرها القانون طبقا لهذا الرأى ! ان هذه المقدمة ترد حتى على الالتزامات التى يسمى العقد أو الارادة مصدراً لها . وهل ينشىء العقد الالتزام الا لأن القانون يقضى بوجوب تنفيذ التعهد ؟ ألا لن يستقيم منطق هذا الرأى الا حين يسلم أنصاره بأن القانون مصدر للالتزامات كافة . وهذه بعد نتيجة صحيحة لا غبار عليها . وكل ما يجب اضافته هو أن القانون هو المصدر غير المباشر . أما المصادر المباشرة فهى العقد أو الأفعال غير المشروعة أو الافادة غير المشروعة .

تلك هى الوقائع التى تنشىء الالتزام حقا . ولولا أن هناك وقائع أخرى عديدة تنشىء التزامات ولا يجمعها اسم واحد يجوز اطلاقه مصدراً لاستغنينا عن اضافة القانون مصدرا خامسا . تلك الوقائع الأخرى هى الجوار ينشىء الالتزامات الجوارية وعلاقة القرابة تنشىء الالتزام بالنفقة وغير ذلك من الالتزامات التى ينص عليها القانون .

بهذا التدليل تغلب الفريق الأول على الفريق الثانى فثبت التقسيم الخماسى الجديد واتبعه جمهور الشراح (٢) .

---

(١) جوسران ، المرجع السابق .

(٢) الشارع الألمانى لم يقسم مصادر الالتزام . ولكنه أورد فى الكتاب الخاص بالالتزام أحكام العقود المعينة أى تطبيقات العقد باعتباره مصدرا للالتزام ثم ذكر أحكام الوعد بجائزة والسند لحامله وغيرها من تطبيقات الارادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام ثم أورد بعد ذلك أحكام الاثراء بلا سبب ثم أحكام الأفعال غير المشروعة والى جانب هذه الالتزامات نص على أحكام بعض الالتزامات الأخرى التى لايمكن أن تعتبر تطبيقا لفكرة جامعة . وعلى ذلك يكون =

٢٥ — وعندى أن الاعتراض السابق على تقسيم المصادر الى الارادة والقانون لا يخلو من المغالطة . فالالتزام لا ينشأ من الناحية المنطقية الا عن الرضا أو الجبر . والأصل أن يكون الالتزام بالرضا وهذا ما يسمى بالالتزام الارادى . والالتزام الارادى يكون فى عقد أو باعلان ارادة الالتزام منفردة من جانب الملتزم . أما الجبر فهو فرض الالتزام على الانسان رغما عنه ؛ ولا يملك اجبار الافراد على الالتزام غير الشارع . مصادر الالتزام اذن لا تخرج منطقيا عن الارادة والقانون .

فهما مصدران اثنان لا يقبلان زيادة ولا نقصانا . أما أنهما لا يقبلان الزيادة فأمر قد تولى اثباته أنصار التقسيم الثنائى حين أقاموا الدليل على أن المصادر الأخرى المدعى بها فى التقسيم الخماسى الجديد ألا وهى الأفعال غير المشروعة والافادة غير المشروعة لا تصلح بمجردها لانشاء الالتزام وأنها ان هى الا ظروف يقضى عندها الشارع صاحب السلطان بالالتزام ، وأما أنهما لا يقبلان النقصان فهذا ما أتولى التدليل عليه .

٢٦ — لقد قيل فى معرض النقد على التقسيم الثنائى أن العقد أو الارادة على العموم لا تنشىء الالتزام الا لأن القانون يقضى بذلك ، وهنا مربط الفرس. فالدعوى محقة فى جزء مبطلة فى جزء آخر . ان الالتزامات التى ينشئها العقد تتحلل عند تمحيصها الى التزامين مستقلين لكل منهما مصدر خاص . أحدهما مصدره الارادة والآخر مصدره القانون، و بتعبير آخر يجب أن نفرق فى الالتزام الارادى

= القانون الألمانى يعرف من مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة والأفعال الضارة والاثراء بلا سبب ونص القانون .

أما القانون السويسرى للالتزامات فانه تكلم فى الباب الأول من الجزء الأول على تكوين الالتزامات وقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول : الفصل الأول فى الالتزامات الناشئة عن عقد وتكلم فى هذا الفصل على الالتزامات الناشئة عن ارادة منفردة . والفصل الثانى فى الالتزامات الناشئة عن أفعال غير مشروعة . والفصل الثالث فى الالتزامات الناشئة عن الاثراء بلا سبب . والى جانب هذه الالتزامات ذكر القانون المدنى السويسرى بعض التزامات لا يمكن ردها الى هذه المصادر كالالتزام بالنفقة (م ٣٢٨) والالتزام بقبول الوصاية (م ٣٨٢) فكأن القانون السويسرى يعرف من المصادر خمسة هى نفس المصادر التى يعرفها القانون الألمانى . وقد كان للخطة التى اتبعها هذان القانونان تأثيرها فى التقسيم الذى اتبعه جمهور الشراح فى فرنسا .

بين الدين ومصدره الارادة ، و بين اجبار المدين على الوفاء بالدين وهـذا مصدره القانون . ان الارادة وقد أقر لها بالسلطان فى القوانين الحديثة لتنطوى على القدرة على انشاء الالتزام ، ما دام الالتزام واقعا فى ذمة من صدرت منه الارادة . فاذا أوفى بالدين اختيارا فبها ، أما اذا امتنع المدين عن الوفاء ، والامتناع ارادة جديدة تنسخ ماقبلها ، فلا سبيل الى القول بأن الالتزام قائم ونحن أمام ارادة جديدة تنكر هذا الالتزام . ولكن ليس معنى ذلك أن النـاس يصبحون و يمسون فاذا بهم مطلقو الحرية فى احترام تعهداتهم أو النكث بها ، بل هنا يتدخل القانون فيقضى بوجوب احترام التعهد ، وهو بهذا ينشىء التزاما من نوع آخر . والقانون لم يقض بالتزامات بصدد العقد فقط ، بل هو يقضى بالتزام من تسبب بخطئه فى الاضرار بالغير بتعويض هـذا الضرر . وهو كذلك يقضى بالتزام من أفاد على حساب غيره برد الفائدة و بالتزام الانسان بالنفقة لأقاربه والجار بمراعاة حقوق جاره وهكذا .

والخلاصة أن الدين ومصدره الارادة مستقل تمام الاستقلال عن الالتزام بالوفاء بالتعهد ومصدره القانون . والالتزام بالمعنى الواسع لا يصدر الا عن ارادة الملتزم أو بحكم القانون ، واستقلال أحدهما عن الآخر يبلغ حدا يدعو الى اطلاق اسم خاص على كل منهما ، فالارادة تنشىء الدين والقانون ينشىء المسؤولية . ولا يكون ثمة محل لتعداد المصادر الا حين تطلق كلمة الالتزام على معناها الواسع بحيث تشمل فى حالة الالتزام الارادى الدين والمسؤولية فيصح عند ذلك — وعند ذلك فقط — القول بأن مصدر الالتزام هو الارادة أو القانون . ولا بأس بعد ذلك من تقسيم أحوال المسؤولية فيقال أن القانون يقضى بالمسؤولية اذا أخل المتعهد بالوفاء بتعهده ، واذا أضر الانسان بغيره ، واذا أفاد على حساب غيره ، واذا تدخل فى شؤون غيره (التزام الفضولى بالاستمرار فى العمل) وهكذا .

لسنا فى هذا نردد التقسيم الخماسى الجديد الذى انتهى اليه كثير من الشراح . اذ ما زلنا نخالفهم : (**أولا**) فى أننا نعمد الى هذا التقسيم لا باعتباره تقسيما للمصادر

بل باعتباره تقسيما للأحوال التى يقضى فيها القانون بالمسؤولية ، ونظل بعد ذلك نحتفظ بالقانون مصدرا وحيدا للمسؤولية ، (ثانيا) فى أننا نبعض الالتزامات التى يعقبها العقد أو الارادة على العموم فنخرج الدين عن منطقة المسؤولية ونستبقى فى هذه المنطقة اجبار المتعهد على تنفيذ تعهده ونرد مصدره الى القانون .

٢٧ — ثم ان التفرقة بين الدين والمسؤولية أى بين الالتزام الارادى والالتزام غير الارادى لا يقف أثرها عند تفضيل تقسيم على تقسيم وانما هى ذات أثر أجسم من ذلك ، اذ هى تؤدى الى نفى النظرية العامة للالتزام . لقد رأينا أن الرأى الذى استقر اليه الشراح هو تقسيم نظرية الالتزام الى قسمين مستقلين ، فهم يتناولون دراسة الأحكام الخاصة بكل مصدر من مصادر الالتزامات ثم دراسة النظرية العامة للالتزام مجردا عن مصدره . ويفترض هذا التقسيم أن هناك قواعد عامة تنطبق على كافة الالتزامات أيا كان مصدرها ، هى التى يتناولها القسم الثانى .

وتقسيم مصادر الالتزام الى مصدرين اثنين هما الارادة والقانون يؤدى الى نفى هذه القواعد العامة لأن كلا من الدين والمسؤولية وضع مستقل عن الآخر تمام الاستقلال وذلك بحكم استقلال مصدرهما ، بمعنى ان كل مصدر من هذين المصدرين وهو بطبيعته مختلف عن المصدر الآخر ينشىء التزاما تختلف أحكامه اختلافا كليا عن الالتزام الذى ينشئه الآخر . ولذلك لا ينبغى تقسيم البحث فى نظرية الالتزامات الى بحث فى المصادر ثم فى النظرية العامة للالتزام ، بل الى بحث فى الدين وأحكامه ثم الى بحث فى المسؤولية وأحكامها .

ولم يمهد السبيل عند جمهور الشراح لاستخراج قواعد عامة تنطبق على جميع الالتزامات أيا كان مصدرها سوى الخلط فى صدد الالتزامات التعاقدية بين أحكام العقد نفسه وأحكام المسؤولية التعاقدية واعتبار هذه الأحكام جميعا نتيجة للعقد مع ما فى ذلك من مخالفة للواقع وتجوز فى المنطق .

اننا ما نتناول النظرية العامة للالتزام التى يستخرجها جمهور الشراح بالتمحيص والتحليل حتى يتبين لنا أن تلك النظرية عبارة عن مزيج من أحكام لا تترتب فى

الواقع الا فى حالة الالتزام الارادى دون غيره وأحكام لا تترتب الا فى حالة المسؤولية دون غيرها .

ولنفصل ما أجملنا :

يدرس جمهور الشراح نظرية السبب باعتباره ركنا فى الالتزام لا فى العقد وهذا صحيح . ولكنهم يدرسونه باعتباره ركنا فى كل التزام أى فى الالتزام مجردا عن مصدره . ولذلك فان النتيجة الطبيعية التى تترتب على ذلك هى دراسة أحكام السبب ضمن أحكام النظرية العامة للالتزام (١) .

هذه النتيجة قد ترتبت على عدم التمييز بين الدين أى الالتزام الارادى و بين المسؤولية . والواقع أن كافة القواعد القانونية المتعلقة بالسبب — ما نص عليه الشارع منها وما قضى به القضاء — لا تتحرك الا بمناسبة الالتزام الارادى . فمحل دراستها لا يكون الا بمناسبة دراسة هذا الالتزام أى فى الجزء الخاص بالدين . ذلك أن السبب هو الغرض الذى يرمى اليه الملتزم ، فهو متصل اذن بالارادة ، اذ الغرض من الالتزام لا يعرض الا فى الالتزام الارادى . أما الالتزامات التى يقضى بها القانون فلا وجه لبحث السبب فيها أى الغرض منها ، اذ أنها التزامات فرضتها ارادة الشارع ، فاذا أردنا البحث عن الغرض فيها فلنتوجه الى ارادة الشارع ولنبحث عن الغرض الذى رمى اليه الشارع من تقرير هذا الالتزام . وهذا البحث لا يمت بصلة الى البحث فى غرض الملتزم من التزامه ، إذ الأول بحث فى العوامل التى تحرك القواعد القانونية والثانى بحث فى صناعة القواعد القانونية نفسها .

وكذلك بالنسبة لآثار الالتزام من تنفيذ عينى واكراه مالى وتعويضات تحل محل التنفيذ العينى ، فتلك مسائل لا تعرض إلا بعد تحريك المسؤولية . إذ التنفيذ العينى لا يقوم به الدائن من تلقاء نفسه بل هو يلتجىء فيه الى القضاء . فالمفروض أن المدين قد امتنع عن الوفاء اختيارا والتنفيذ العينى نتيجة لما نص عليه القانون

(١) لم يتمالك كثير من الشراح — رغم اجرائهم التفرقة بين المصادر والنظرية العامة للالتزام — من دراسة أحكام السبب ضمن أحكام العقد .

من وجوب احترام التعهد وتنفيذه جبراً على المدين . والأمر كذلك بالنسبة لقواعد الاثبات فهى لا تتحرك إلا أمام القضاء وهى لنفس السبب تعتبر من أحكام المسؤولية دائماً لا من أحكام الدين ، ومع ذلك فجمهور الشراح يدرس هذه القواعد باعتبارها قواعد عامة فى الالتزام مجرداً عن مصدره .

وكذلك بالنسبة لأوصاف الالتزام فالشرط والأجل ليسا إلا وصفين للدين ، أى للالتزام الذى يصدر عن الارادة لا للالتزام مجرداً عن مصدره كما يقضى بذلك جمهور الشراح . وأخيراً فالأمر كذلك بالنسبة لأسباب انقضاء الالتزامات ، فقد جرت العادة على الجمع بين أسباب الانقضاء المختلفة باعتبارها تنهى كافة الالتزامات بقطع النظر عن مصدرها . والواقع أنه يجب التفرقة بين المصادر ، فالدين ومصدره الارادة ينقضى بأعمال ارادية كالوفاء والاستبدال ، ولكنه لا ينقضى بالتقادم بل التقادم سبب من أسباب المسؤولية . والدليل على ذلك ان وفاء المدين بعد انقضاء مدة التقادم يعتبر وفاء صحيحا اذ الدين قائم . ولكن القانون لا يلزمه بالوفاء بعد انقضاء هذه المدة ، اذ المسؤولية تنقضى بالتقادم .

٢٨ — تلك هى النتائج التى تترتب على تقسيم مصادر الالتزام تقسيما منطقيا . وان منطق هذا التقسيم ليفرض علىّ تعقب هذه النتائج والكلام على نظرية الالتزامات فى جزئين أتناول فى أولهما الدين أى الالتزام الارادى ، وفى ثانيهما المسؤولية . على أننى آثرت أن أنحرف عن اتباع هذا التقسيم المنطقى فى هذا الكتاب ، وأن أتجه الاتجاه التقليدى وذلك لما فى اتباع هذا التقسيم المنطقى من قلب للأوضاع المعروفة وظهور بمظهر الاغراب فى عرض قواعد الالتزامات ، يثنينى عنهما ما يتطلبان من تبرير طويل لا تتسع له حدود هذا الكتاب .

وعلى ذلك سأتناول فى هذا الجزء الأول الكلام فى المصادر بالمعنى المصطلح عليه أى فى القواعد الخاصة بالعقد وبالارادة المنفردة (الكتاب الأول) ثم فى القواعد الخاصة بالالتزامات غير الارادية (الكتاب الثانى) .

وفى الجزء الثانى أتناول الكلام فى ما اصطلح على تسميته بالنظرية العامة للالتزام .

الكتاب الأول

في العقد والارادة المنفردة

تمهيد للعقد

§ ١ — تعريف العقد . § ٢ — تقسيم العقود . § ٣ — دستور العقد

§ ١ — تعريف العقد

٢٨ — التفرقة بين العقد والاتفاق ، تحديد منطقة العقد بالنسبة للاتفاق ٢٩ — تحديد منطقة العقد بالنسبة للقانون الخاص

٢٨ — لم يعرف القانون المصرى العقد وان عرف الالتزام ، على عكس القانون الفرنسى الذى عرف العقد ولم يعرف الالتزام فنص فى المادة ١١٠١ على أن « العقد اتفاق يلتزم به شخص أو أكثر قبل آخر أو آخرين بنقل حق عينى أو بالقيام بفعل أو بالامتناع عن فعل » .

والتعريف الفرنسى يفرق — نقلا عن پوتييه — بين العقد contrat والاتفاق convention . فالعقد نوع من أنواع الاتفاق ، كل عقد اتفاق وليس كل اتفاق عقدا . فالعقد هو النوع والاتفاق هو الجنس ، والاتفاق هو اجتماع الارادتين على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله . أما العقد فهو اجتماع الارادتين على انشاء الالتزام ، فالبيع وهو ينشىء التزام البائع بنقل الملكية والتسليم والتزام المشترى بدفع الثمن عبارة عن عقد ، وهو اتفاق قبل أن يكون عقداً . أما الحوالة فهى اتفاق وليست عقداً إذ يترتب عليها نقل الالتزام القائم لمصلحة المحال اليه . والاتفاق على تخفيض الأجرة التى ينص عليها عقد الايجار ليس عقداً إذ هو يؤدى الى مجرد تعديل التزام المستأجر ، وكذلك الاتفاق على فسخ عقد الايجار قبل حلول المدة المحددة فى عقد الايجار لا يعتبر عقداً إذ هو يؤدى الى انهاء التزامات الطرفين .

ولا بأس من التسليم بهذه التفرقة نظريا ، على أن نلاحظ أنها عديمة الجدوى من الناحية العملية . زعم البعض أن جدوى هذه التفرقة تظهر فى الأهلية ، فالأهلية المطلوبة فى عقد ينشىء الالتزام ليست كالأهلية المطلوبة فى اتفاق ينهى الالتزام (١) . والزعم باطل ، إذ أن اختلاف الأهلية المطلوبة فى امضاء الأعمال القانونية لا يرجع الى اختلاف هذه الأعمال من حيث أنها تنشىء الالتزام أو تنقله أو تنهيه ، انما الاختلاف راجع الى طبيعة العمل نفسه ، فمن الأعمال ما يعتبر من أعمال التصرف فيطلب الأهلية الكاملة ومنها ما يعتبر من أعمال الادارة فلا يطلب غير أهلية الادارة . من الأعمال الأولى ما ينشىء الالتزام كالبيع ، وما لا ينشىء الالتزام كالابراء فهو ينهى التزام المدين وهو بصفته من أعمال التصرف يتطلب من الدائن المبرىء أهلية كاملة ، ومن الأعمال الثانية ما ينهى الالتزام كالوفاء ومنها ما ينشىء الالتزام كعقد الايجار لمدة قصيرة فهو بصفته من أعمال الادارة يكتفى فيه بأهلية الادارة .

٢٩ — لقد حددنا منطقة العقد بالنسبة لمنطقة الاتفاق بقولنا ان العقد هو الاتفاق المنشىء للالتزام . ولكن هل هو تحديد كاف ؟ هل كل اتفاق منشىء للالتزام يعتبر عقداً ؟ نحن فى الواقع فى حاجة الى تحديد جديد ما دمنا نتناول العقد باعتباره مصدراً للالتزامات التى يقضى بها القانون المدنى . ويكون هذا التحديد بجعل منطقة العقد قاصرة على الاتفاقات المنشئة للالتزام التى تعقد بين أشخاص القانون الخاص . بهذا تخرج المعاهدات الدولية من منطقة العقود إذ هى اتفاقات بين أشخاص القانون العام ، كما يخرج الاتفاق الذى يرتبط به الموظف بالحكومة . تلك علائق لا تخرج عن منطقة العقود فحسب بل هى تخرج عن منطقة القانون المدنى .

هل نحن فى حاجة بعد ذلك الى تحديد جديد ؟ أم أن كل اتفاق منشىء للالتزام ينعقد بين أشخاص القانون الخاص يعتبر عقدا ؟ لقد حاول فريق من

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ بند ١٣ ص ١٨ و١٩ .

كتاب القانون العام [١] مقتفين أثر بعض الفقهاء الألمان أن ينتقصوا من منطقة العقود بتحديد جديد ، فحصروا منطقة العقد فى الاتفاق الذى يتفاوض الطرفان فى شروطه على قدم المساواة بقصد التوفيق بين مصالح متضاربة والذى يكون الغرض منه مجرد انشاء الالتزامات . بحيث اذا تخلف أحد هذه الشروط لم يصبح الاتفاق عقدا وان اتخذ صورة العقد ، إذ العبرة ليست بالصورة بل بالموضوع . هو ليس عقدا وانما هو مجرد وضع قانونى institution يطلق عليه اسم الاتفاق الاتحادى union أو الاتفاق الجماعى acte collectif ، وبهذا يخرج هؤلاء الكتاب من منطقة العقود الاتفاقات التى ترتب نظاما قانونيا دائما كعقد الزواج وعقد الشركة . تلك عبارة عن اتفاقات اتحادية ، إذ هى تنشىء مركزاً ثابتا وتجمع بين أشخاص اتحدت مصالحهم كما يخرجون عقد الصلح الذى يعقده الدائنون مع التاجر المفلس وتفرض فيه أغلبية الدائنين رأيها على الأقلية فهو ليس عقدا بالمعنى الصحيح وانما هو اتفاق جماعى ، إذ هناك من يلتزم بأحكام العقد دون أن يرضى به ، فالعقد أشبه بالقاعدة القانونية تفرض على الناس رغما عنهم . كما يخرجون أخيرا العقود التى تعقدها الشركات القوية مع الأفراد التى يطلق عليها اسم عقود المصادقة contrat d'adhésion أو عقود الاذعان إذ أن هذه الاتفاقات يفرض أحد الطرفين شروطها فرضا على الطرف الآخر .

على أن هذا المذهب الذى ذهب اليه بعض كتاب القانون العام لم يصادف النجاح عند كتاب القانون الخاص [٢] ، إذ أن تلك الأسماء الغريبة التى يطلقها كتاب القانون العام على بعض العقود ويجمعون تحتها اتفاقات يخرجونها من منطقة العقد لا تدل على معنى محدد . فهى فضلا عن اختلاطها ببعضها البعض

---

(١) راجع ديجى ، القانون الدستورى ١ ص ٢٨٠ وما بعدها ، وهوريو ، القانون الادارى ص ٧٧٠ وقارن دينوج ٢ ص ٨٣٩ .

(٢) قد يستغرب أن يتناول بعض كتاب القانون العام تعريف العقد وهو من أوضاع القانون الخاص . ولكنهم فى الواقع تناولوا العقد بمناسبة العمل القانونى acte juridique وهم لا يفرقون بالنسبة للعمل القانونى بين القانون الخاص والقانون العام .

يكتنفها الغموض والتعقيد [١] . ناهيك عن أن المقاييس الذى يتقدم بها هؤلاء الكتاب كفيلة بذاتها بأن تتجاوز الحدود التى رسموها لها . فهم لا يعتبرون عقدا الاتفاق الذى ينشىء مركزا دائما كعقد الزواج وعقد الشركة . ولكن ما الرأى فى العقد الذى ينشىء حق الانتفاع وهو يوجد هذا المركز الدائم أو فى عقد الايجار لمدة طويلة ؟ هل تخرج تلك الاتفاقات كذلك من منطقة العقود ؟

§ ٢ — تقسيم العقود [٢]

٣٠ — التقسيمات المختلفة ٣١ — تقسيم العقود الى عقود ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد . أهمية التميز . عقود التبادل الناقصة ٣٢ — تقسيم فرعى ٣٣ — عقود المعاوضة وعقود التبرع . أهمية التميز . كيفية التميز ٣٤ — تقسيم فرعى ٣٥ — العقود الرضائية والشكلية والعينية ٣٦ — العقود العينية . نفى فكرة العقد العينى

٣٠ — ذكر القانون الفرنسى من تقسيمات العقود أربعة فهو يقسمها الى عقود ملزمة للجانبين bilatéral, synallagmatique وعقود ملزمة لجانب واحد unilatéral (م ١١٠٢ و ١١٠٣) والى عقود محققة commutatif وعقود احتمالية aléatoire (م ١١٠٤) والى عقود تبرع à titre gratuit وعقود معاوضة à titre onéreux (م ١١٠٥ و ١١٠٦) والى عقود مسماة nommé وعقود غير مسماة innommé (م ١١٠٧) .

أما القانون المصرى (وكذلك الألمانى والسويسرى) فهو لم يذكر تقسيمات العقود ، وتلك خطة سليمة لأن تقسيم العقود مسألة فقهية محضة يحسن ألا يخوض فيها الشارع ، وهو بعد اذا خاض فيها لن يستوفى كافة التقسيمات الممكنة . والتقسيمات الفقهية لا تنتهى ، ومن أهمها تقسيم العقود الى عقود رضائية

---

(١) راجع مقال چينى فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٢٢ ص ٨٢٥ وما بعدها .

(٢) **مراجع** ، پلانيول وريبير واسمان ١ بند ٣٢ وما بعده ، كولان وكاپيتان ٢ بند ١١ وما بعده ، جوسران ٢ بند ١٨ وما بعده ، السنهورى بند ١١٤ وما بعده ، دى پاج بند ٤٤٩ وما بعده .

consensuel وشكلية solennel وعينية réel والى عقود أصلية principal وعقود تبعية accessoire والى عقود فورية instantané وعقود ممتدة successif . ويرجع تعدد التقسيمات الى تعدد النواحى التى يمكن تناول العقد منها . فالعقود من ناحية تكوينها تنقسم الى رضائية وشكلية وعينية ومن ناحية تعدد الالتزامات فيها الى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد ومن ناحية كيفية تنفيذها الى فورية وممتدة وهكذا . ولنفصل أهم هذه التقسيمات .

٣١ — من أهم هذه التقسيمات تقسيم العقود الى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد . وقد عرفت المادة ١١٠٢ مدنى فرنسى العقد التبادلى أو الملزم للجانبين بقولها : « يكون العقد ملزما للجانبين اذا التزم العاقدان على وجه التبادل كل منهما نحو الآخر » . فى مثل هذه العقود يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا بمقتضى العقد ، كالبيع والايجار والشركة ، فى حين أن العقد الملزم لجانب واحد (راجع تعريفه فى المادة ١١٠٣ مدنى فرنسى) يلتزم فيه أحد الطرفين دون الآخر ، فيكون أحدهما مدينا والآخر دائنا ، كالهبة والوكالة والكفالة والوديعة .

وثمة فرق بين العقد الملزم لجانب واحد والعمل القانونى الصادر من جانب واحد ، فكلمة جانب واحد تعنى أثر العقد فى الحالة الأولى ولكنها تعنى انعقاد العقد فى الحالة الثانية . فالوصية عمل قانونى صادر من جانب واحد لأنها تنعقد بارادة واحدة هى ارادة الموصى . أما الهبة فهى عقد أى عمل قانونى صادر من جانبين لأنها تلزم جانباً واحداً هو الواهب ، فالجانب الواحد فيها لا يعنى الانعقاد إذ الهبة لا تنعقد إلا باجتماع ارادة الواهب وارادة الموهوب اليه وانما هو يعنى أثر العقد إذ يلتزم أحد الطرفين دون الآخر .

وتظهر أهمية التمييز بين هذين النوعين من العقود فى نظرية السبب اذ لما

كان العقد الملزم للجانبين ينشىء التزامات متقابلة فان تنفيذ التزام كل طرف يعتبر هو العلة فى التزام الطرف الآخر ، وهذا ما يعبر عنه عادة بالسبب . فاذا تخلف أحد الالتزامين سقط الالتزام الآخر لسقوط علته . ولا يعرض هذا التساند فى العقود الملزمة لجانب واحد .

ويستمر هذا التقابل بين الالتزامين حتى يتم التنفيذ ومظهر ذلك أن يكون لكل من الطرفين عند مطالبته بالوفاء أن يدفع بعدم وفاء الآخر أى أن يمتنع عن الوفاء ما دام الطرف الآخر لم يف بالتزامه ، واذا أوفى أحد الطرفين قبل أن يفى الآخر جاز له فسخ العقد أى الرجوع فيما أوفى به ، وأخيراً فان التزام كل من الطرفين يسقط إذا سقط التزام الطرف الآخر بسبب استحالة تنفيذه . ففى عقد البيع إذا استحال تنفيذ التزام البائع بتسليم العين بسبب هلاك العين المبيعة مثلا (وأثر هذه الاستحالة سقوط التزام البائع إذ لا يجبر أحد على القيام بعمل مستحيل والتسليم قد استحال بالهلاك) فان التزام المشترى بدفع الثمن يسقط بدوره إذ قد سقطت علته ألا وهى تنفيذ التزام البائع . وهذا ما يسمى بتحمل تبعة الهلاك وهو كالفسخ والدفع بعدم الوفاء لا يعرض إلا فى العقود الملزمة للجانبين . أما العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الهبة مثلا حيث لا يوجد غير دائن واحد فان هذا الدائن هو الذى يتحمل تبعة الهلاك دون أن تتصل هذه النتيجة بنظرية السبب .

تلك هى أهمية التمييز بين هذين النوعين من العقود . ويجب فى سبيل التمييز بينهما وتحديد وصف العقد أن نتعرف هل العقد ينشىء التزاما على جانب أو على جانبين . على أن العقد قد ينشىء عند انعقاده التزاما على طرف واحد ثم ينشأ التزام مقابل على الطرف الآخر بعد انعقاد العقد ، فمن أى النوعين يكون ؟ اذا نشأ الالتزام الثانى باتفاق الطرفين فنحن إزاء عقد ملزم لطرفين من وقت هذا الاتفاق الجديد كعقد الوديعة يتفق الطرفان فيه بعد انعقاد العقد على دفع مقابل لحافظ الوديعة . فى هذه الصورة تطبق على العقد أحكام العقود الملزمة لطرف واحد

فى الفترة السابقة على هذا الاتفاق الجديد وتطبق عليه أحكام العقود الملزمة لطرفين بعد الاتفاق على المقابل إذ العقد قد أصبح ملزما للطرفين . على أن الالتزام المقابل قد ينشأ بعد انعقاد العقد و بسبب خارج عن التعاقد أى بسبب غير تعاقدى كما لو كان عقد الوديعة بدون مقابل ثم صرف حافظ الوديعة مصاريف فى حفظ العين المودعة ، يحق له مطالبة المودع بها ، أو أصيب أثناء حفظ الوديعة بضرر سببه تقصير المودع يخوله المطالبة بالتعويض عنه . أهل ينقلب العقد الى عقد ملزم للطرفين أم يظل ملزما لطرف واحد ؟ بعض الكتاب يطلق على العقود فى هذه الصورة اسم عقود التبادل الناقصة contrat synallagmatique imparfait وهى تسمية عتيقة عرفها القانون الرومانى وتلقاها عنه القانون الفرنسى القديم . على أنها فقدت أهميتها فى العصر الحاضر بعد أن اعترض عليها جمهور الشراح ، فالعقد إما ملزم لطرف واحد أو ملزم لطرفين . أما الالتزامات التى تنشأ بعد انعقاد العقد التى يكون سببها واقعة قانونية غير التعاقد فهى لا تؤثر فى وصف العقد وهى لا تقلبه من عقد ملزم لجانب واحد الى عقد ملزم لطرفين ، إذ هى التزامات غير ارادية يرد مصدرها الى الافادة غير المشروعة أو الفعل غير المشروع .

٣٢ — وثمة تقسيم آخر تذكره كتب الشراح هو فى الواقع تقسيم فرعى للعقود الملزمة للجانبين . فالعقد الملزم لجانبين إما أن يكون عقدا فوريا أو عقدا ممتدا ، والعقد الممتد هو الذى يرتبط فيه الطرفان لمدة طويلة ولا تنفذ فيه الالتزامات دفعة واحدة بل يتجزأ فيه التنفيذ ويقابل كل تجزئة لتنفيذ التزام أحد الطرفين تجزئة مقابلة لتنفيذ التزام الطرف الآخر كعقد الايجار وعقد العمل . فى عقد الايجار مثلا تقابل كل تجزئة للأجرة تجزئة للمنفعة وكذلك عقد العمل يقابل كل تجزئة للأجرة تجزئة للخدمة أو العمل . أما العقد الفورى فهو العقد الذى تنفذ فيه الالتزامات دفعة واحدة أو دون تقابل فى التجزئة كعقد البيع . ويجب ملاحظة أن العبرة ليست بميعاد التنفيذ إذ قد يكون الالتزام مضافا فى العقد الى أجل كعقد البيع بثمن آجل ، أو معلقا على شرط كالالتزام بضمان التعرض فى عقد البيع (الضمان لا يقع إلا عند حصول التعرض) ويظل العقد رغم ذلك فوريا إذ

ليس هناك تجزئة للالتزامات المتبادلة على وجه التقابل .

وتظهر أهمية التمييز بين هذين النوعين من العقود فى أن فسخ العقد يكون ذا أثر رجعى فى العقود الفورية ولا يكون له هذا الأثر فى العقود الممتدة . فاذا فسخ عقد البيع بناء على طلب المشترى لامتناع البائع عن تسليم العين فالفسخ أثر رجعى بمعنى أن الطرفين يرتدان الى ما كانا عليه قبل التعاقد فيسترد المشترى الثمن اذا كان قد أوفى به . أما فى عقد الايجار وهو عقد ممتد فان فسخ العقد لا ينسحب على الماضى فالأجرة التى دفعت عن المدة السابقة على الفسخ لا ترد إذ هى مقابل المنفعة التى أفادها المستأجر وهى لا ترد .

٣٣ — من بين التقسيمات المعروفة تقسيم العقود الى عقود معاوضة وعقود تبرع . وقد عرف الشارع الفرنسى عقد المعاوضة بأنه « عقد يلزم كلا من الطرفين بنقل حق عينى أو بفعل شىء » (م ١١٠٦) والتعريف معيب إذ هو فى الواقع تعريف العقد الملزم للجانبين ، مع أنه لا تلازم بين عقد المعاوضة والعقد الملزم للجانبين ، إذ قد يكون العقد ملزما للجانبين ويعد مع ذلك من عقود التبرع كالهبة بشرط (١) ، كما قد يكون ملزما لطرف واحد ويعد مع ذلك من عقود المعاوضة كالقرض بفائدة (٢) .

أما عقد التبرع فهو العقد الذى يقدم أحد الطرفين فيه للآخر منفعة بدون مقابل (م ١١٠٥ فرنسى) كالهبة وعارية الاستعمال والقرض والوديعة والوكالة .

وتظهر أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع بالنسبة للمسؤولية التعاقدية ، فمسؤولية المتبرع أخف من المسؤولية العادية فمثلا فى عقد الوديعة يلتزم حافظ الوديعة بحفظ العين كما يحفظ أموال نفسه ، وبالعكس فان مسؤولية المتبرع له أشد من المسؤولية العادية كما فى حالة العارية إذ يطلب من المستعير أقصى عناية ممكنة فى المحافظة على الشىء المعار . أما عقود المعاوضة فان المسؤولية فيها هى المسؤولية العادية . كما تظهر أهمية التمييز بالنسبة للغلط فى الشخص فهو يؤثر دائما فى

---

(١) جوسران ٢ بند ٢٧ .

(٢) المرجع السابق ، راجع فيما بعد بالنسبة لاعتبار عقد القرض ملزما لطرفين فقرة ٣٦ .

عقود التبرع ولا يؤثر فى عقود المعاوضة إلا عند ما يكون لشخص المتعاقد اعتبار خاص فى العقد ، وتظهر كذلك بالنسبة لدعوى ابطال التصرفات فلا يجوز للدائن أن يبطل التصرف الصادر من مدينه للغير بعوض إلا إذا أثبت تواطؤ المدين مع هـذا الغير . أما إذا كان تصرف المدين بدون عوض فلا حاجـة لاثبات التواطؤ [١] .

والتمييز بين عقود المعـاوضة وعقود التبرع مسألة موضوعية تترك لتقـدير القاضى ، والتقدير بعد دقيق لا يجوز فيه اقتراح فيصل قاطع . على أنه لا بأس من ذكر المقاييس التى يستعان بها على عزل عقود التبرع عن عقود المعاوضة . هناك مقياس نفسى هو نية التبرع ، إذا لم تتوفر هذه النية animus donandi فالعقد إما عقد باطل لعدم توفر السبب أو هو من عقود المعاوضة بأن كانت المنفعة المقدمة من الطرف الظاهر بمظهر المتبرع ان هى الا وفاء لالتزام سابق ؛ وان هـذا ليقتضينا البحث فى العلائق السابقة بين الطرفين لتحديد نية المتعاقد . ولا ينبغى على أى حال أن نطمئن الى انتفاء نيـة التبرع من وجود التزامات متقابلة بل يجب أن نراعى الى جانب المقياس النفسى أو بتعبير أدق أن نستعين على المقياس النفسى بمقياس اقتصادى هو توازن المنافع التى يقدمها كل من الطرفين [٢] ، فقد يقابل المنفعة التى يحصل عليها أحد الطرفين منفعة يقدمها و يعتبر العقد رغم ذلك من عقود التبرع بسبب عدم توازن المنفعتين ، كالهبة بشرط .

٣٤ — ويمكن تقسيم كل من عقود المعـاوضة وعقود التبرع تقسيما فرعياً [٣] . فعقود التبرع تنقسم الى قسمين فهناك الهبات donations, liberalités والتبرعات actes de bienfaisance . فالعقد من الهبات عنـد ما تؤدى المنفعة التى يقـدمها الواهب الى الانتقاص من أمواله كمن يهب آخر عقاراً أو مبلغاً من

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣٨ ص ٤٥ .

(٢) قارن چوسران ٢ فقرة ٢٨ وبلانيول وريبير واسمان فقرة ٣٩ .

(٣) چوسران فقرة ٢٩ و ٣٠ .

المال ، وهو من التبرعات إذا كانت المنفعة وهى مقدمة بنية التبرع لا تؤدى الى الانتقاص من أمواله كالكفالة والوديعة وعارية الاستعمال . ولهذه التفرقة شأنها إذ أن الهبات تطلب فيها الأهلية الكاملة دائماً بعكس التبرعات ، ثم ان الهبات يشترط فى انعقادها تحرير عقد رسمى (م ٤٨/٧٠) .

كما أن عقود المعاوضة تنقسم الى عقود محققة وعقود احتمالية . وقد نص القانون الفرنسى على هذا التقسيم فى المادة ١١٠٤ . ويعتبر العقد محققاً إذا كان مدى وقدر المنافع التى يحصل عليها كل من الطرفين محدداً وقت التعاقد . فعقد البيع عقد محقق إذ المنفعة التى يحصل عليها المشترى محددة عند التعاقد بقيمة العين المبيعة وتلك التى يحصل عليها البائع محددة بمقدار الثمن . أما العقد الاحتمالى فهو العقد الذى لا يتحقق فيه قدر هذه المنافع ومداها إلا فى المستقبل . مثال ذلك عقد ترتيب ايراد مدى الحياة وعقد التأمين . والتحقق المستقبل قد يتوقف على أجل كعقد ترتيب الايراد أو على شرط كعقد التأمين ضد الحريق .

وتظهر أهمية التمييز فى الغبن إذ الغبن لا يكون وجها للطعن فى العقود الاحتمالية مطلقا فى حين أنه يكون وجها للطعن فى العقود المحققة فى بعض الأحيان (راجع المادة ٣٣٦/٤٢٠) .

٣٥ — وثمة تقسيم آخر للعقود الى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية.

فالعقد الرضائى هو الذى يكفى التراضى لانعقاده . وقد أصبحت القاعدة فى العقود أنها رضائية ، أما العقود الشكلية والعينية فهى استثناء . وقد انتهى تطور القانون الحالى فى هذا الشأن الى قاعدة تناقض القاعدة التى سادت فى الشرائع القديمة . والقاعدة التى سادت فى هذه الشرائع — كالقانون الرومانى — تقضى بأن التراضى لا يكفى لانعقاد العقد ما عدا بعض استثناءات محصورة .

أما العقد الشكلى فهو العقد الذى لا يكفى التراضى لانعقاده ، بل يجب — الى التراضى — اتباع شكل خاص ، والشكل الخاص الذى ينسجم مع المجتمع الحديث هو الكتابة . ويغلب فى هذا الشأن أن يشترط شكل خاص

للكتابة باشتراط تحرير العقد بواسطة الموثق ، وهو موظف عمومى ، أى أن يتطلب ما يسمى بالعقد الرسمى acte authentique على أن الشكل الذى قد يتطلب لانعقاد العقد لا يتخذ دائما صورة تحريره بواسطة موظف عمومى ، فقد يشترط لانعقاد العقد تحريره فى محرر عرفى و يعتبر العقد شكليا ، فمشروع القانون الفرنسى الايطالى للالتزامات يشترط الكتابة — العرفية أو الرسمية — لانعقاد العقود الناقلة للحقوق العينية . وقانون ١٣ يوليو سنة ١٩٣٠ فى فرنسا يشترط لانعقاد عقد التأمين أن يكون مكتوبا .

ولا يعتبر العقد شكليا الا اذا كان الشكل مطلوبا لانعقاد العقد ، فيبطل العقد بدونه [١] . والحكمة فى اشتراط الشارع للشكل لانعقاد بعض العقود هى تقديره لخطورتها ، وهو قد التمس فى الشكل وسيلة يدفع بها المتعاقد الى التفكير والتروى قبل الاقدام على عقد خطير ، ومن أمثلة هذه العقود عقد الهبة (م ٤٨/ ٧٠ مدنى) ، وعقد الرهن التأمينى hypothèque (م ٦٨١/٥٥٧ مدنى) ، وعقد بيع السفن التجارية (المادة الأولى من قانون التجارة البحرى) ، وان هذه الحكمة هى التى تجعل التوكيل فى امضاء هذه العقود من جانب من شرع الشكل لحمايته باطلا ما لم يستوف عند امضاء عقد التوكيل نفس الشكل المطلوب لامضاء هذه العقود . وهى هى التى تجعل الوعد بهذه العقود باطلا ما لم يتبع نفس الشكل ، فالوعد ببيع سفينة تجارية فى عقد عرفى باطل لا أثر له .

وقد يتطلب الشارع شكلا أو وضعا معينا لا لانعقاد العقد بل لترتيب آثاره ، وفى هذه الحالة لا يعتبر العقد شكليا ، كعقد بيع العقار فى القانون المصرى فهو لا يعتبر شكليا ولو أن الشارع يتطلب تسجيل العقد لانتقال الملكية (المادة الأولى من قانون التسجيل) ، فعقد البيع نفسه ينعقد بالتراضى و يترتب على انعقاده نشوء الالتزامات فى ذمة الطرفين ومن بينها التزام البائع بنقل الملكية ، وانتقال

---

(١) راجع بالنسبة للاثبات فيما بعد فقرة ٣٩ .

الملكية أثر من آثار عقد البيع شاء الشارع ألا يترتب الا بعد استيفاء وضع خاص هو التسجيل .

كما قد يطلب الشكل لمجرد سريان حكم من أحكام العقد فى حق الغير فلا يعتبر العقد شكليا ما دام الشكل لم يطلب لانعقاد ذات العقد ، كتطلب اعلان حوالة الحق الشخصى للمدين حتى تسرى الحوالة فى حق الغير (م ٤٣٦ مدنى مختلط) وكتطلب تحرير الاتفاق على نقل التأمينات عند استبدال الدين فى محرر رسمى حتى يكون لهذا النقل أثره على غير المتعاقدين (م ١٩١/٢٥٥) وكتطلب تحرير الاتفاق على الحلول محل الدائن فى التأمينات فى محرر رسمى (م ٢٢٧ مدنى مختلط) .

وكما يقضى القانون بتعليق انعقاد العقد على اتباع شكل معين ، يجوز للطرفين الاتفاق على هذا التعليق ، ويقع ذلك عادة فى صورة اتفاق الطرفين على اشتراط الكتابة (العرفية أو الرسمية) بحيث لا ينعقد العقد قبل اجرائها ، وحتى هذا الاجراء لا تنشأ التزامات ويجوز للطرفين العدول . على انه لما كانت الكتابة من أدق وسائل الاثبات فقد يقصد الطرفان من اشتراطها استبعاد الاثبات بالشهادة وبالقرائن وفى مثل هذه الصورة لا يكون العقد شكليا ، اذ الكتابة مطلوبة للاثبات لا للانعقاد فيعتبر العقد منعقدا حتى قبل اتباع الشكل المطلوب . أما تحديد قصد الطرفين من اشتراط الكتابة ، هل قصد به الانعقاد أم الاثبات فهى مسألة وقائع متروكة لتقدير المحكمة [1] . وكل ما هنالك أنه من الممكن فرض قرائن للاستدلال على هذا القصد ، اما قرائن قانونية كما فعل الشارع الألمانى والسويسرى اذ يفترضان أن الشرط قد قصد به تعليق الانعقاد على الكتابة (م ١٢٥ و ١٥٤ فقرة ثانية ألمانى و ١٦ قانون التزامات سويسرى) . واما قرائن قضائية كما فعل القضاء الفرنسى والقضاء المصرى [2] ، فهما اعتمادا على

---

(١) س ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٩٧ .

(٢) س ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ مج ١٥ عدد ١٠٥ ونقض فرنسى ٢٦ يونيو سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٨٣ و ١٤ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٨١ وتعليق ثاليرى .

مبدأ الرضائية يفترضان أن الشكل مطلوب للاثبات لا للانعقاد .

٣٦ — أما العقود العينية فهى التى لا تتم الا بتسليم عين معينة يدور حولها العقد ، كعقد العارية وعقد القرض وعقد الوديعة وعقد الرهن الحيازى gage (وهو غير الرهن التأمينى الذى يعتبر عقدا شكليا) . فى مثل هذه العقود لا يكفى التراضى لانعقاد العقد ، بل يجب — الى ذلك — تسليم العين المعارة أو المودعة أو المرهونة أو المبلغ المقرض . وليست العقود العينية تسمية ابتدعها الفقه فى القوانين الحديثة ، بل هى تسمية رومانية الأصل . على أنه يجب أن نلاحظ الفرق بين قاعدة العقود العينية فى القانون الرومانى وقاعدتها فى القانون الفرنسى والقانون المصرى . ففى القانون الرومانى لم يكن للاتفاق على العارية أو الرهن أو الوديعة أو القرض أى أثر قانونى قبل تسليم العين ، ذلك ان التسليم كان مطلوبا لانعقاد العقد ولنشوء الالتزامات . أما فى القانونين الفرنسى والمصرى فان مثل هذا الاتفاق — والأصل فى العقود أنها رضائية — ينشىء التزاما : فاذا اتفق الدائن والمدين على أن يرهن المدين العين للدائن فالاتفاق صحيح وهو بمثابة الوعد بالرهن promesse de gage وهو ينشىء التزاما على الواعد بتسليم العين المرهونة حتى اذا تم تنفيذ هذا الالتزام ، بالرضا أو بالجبر ، نشأ العقد العينى على الوجه الذى يطلق عليه القانون اسم عقد الرهن الذى ينشىء التزاما على الطرف الآخر وهو الدائن المرتهن .

وبالرغم من هذا الفرق الجوهرى بين تلك العقود فى القانون الرومانى و بينها فى القوانين الحديثة فقد ظل جمهور الشراح فى فرنسا يطلق اسم « العقود العينية » على هذه العقود اتباعا للتقليد الرومانى ، مع أن القانون الفرنسى لم يذكرها من بين أقسام العقود ، مستندين فى ذلك الى أن القانون قد قصد تعليق انعقاد هذه العقود على التسليم فهو يعرف العارية مثلا بأنها « عقد **يسلم** به أحد الطرفين الآخر شيئا لاستعماله » (م ١٨٧٥) ، والفرق واضح بين تعريف هذا العقد و بين تعريف عقد رضائى كعقد البيع بأنه « عقد **يلتزم** به أحد المتعاقدين **بتسليم** شىء . . . . » (م ١٥٨٢) ، وظل الأمر كذلك الى أن لمح فريق منهم وجه

الخطل فى هذا النظر ، مدركين أن تلك العقود انما هى عقود رضائية تنشىء الالتزامات منذ التراضى [١] ، فالاتفاق على الرهن مجردا عن تسليم العين المرهونة ينشىء التزام الراهن بتسليم العين والتزام المرتهن بالمحافظة عليها بعد استلامها وردها عند استيفاء الدين ، وهو على هذا الوجه عقد رضائى ما فى ذلك ريب ، ولا محل للقول بأن هذا الاتفاق يعتبر عقدا غير مسمى أو عقد وعد بالرهن وأنه ينقلب بعد التسليم عقداً آخر هو عقد الرهن العينى ، إذ أن الاتفاق على الرهن لا يختلف فى كثير أو قليل عن الاتفاق على الايجار ؛ أن الاتفاق بين المؤجر والمستأجر ينشىء التزام المؤجر بتسليم العين والتزام المستأجر بالمحافظة عليها وردها عند انتهاء المدة ، ومع ذلك فمثل هذا الاتفاق يعتبر عقدا رضائيا يطلق عليه اسم «عقد الايجار» [٢] ، وعبثا نبحث عن ميزة تميز عقد الرهن عن عقد الايجار تجيز لنا تجزئة الأول الى عقدين متلاحقين أولهما رضائى وثانيهما عينى أى الى جعل هذا العقد يمر فى مرحلتين فيعتبر عقدا رضائيا ابتداء وعقدا عينيا انتهاء ، وتجيز لنا اعتبار العقد الآخر (الايجار) عقدا رضائيا ابتداء وانتهاء .

كما ان الاتفاق على الرهن يختلف عن عقد الوعد promesse فى أنه أكثر من وعد ، هو عقد رهن تام . واذا اختلف الوعد بالبيع [٣] عن البيع واعتبر عقدا آخر لا تترتب عليه أحكام البيع إلا بعد قبول الموعود للتعاقد فلأن الوعد قد تضمن رضا البائع بالبيع دون رضا المشترى ، فليس من المفهوم أن يطلق عليه اسم عقد البيع وهو لم يستوف أركانه .

---

(١) راجع كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٥ ، چوسران ٢ بند ١٥٤ وڤيچيه ، القانون المدنى ، ٢ فقرة ١١١١ و ٣ فقرة ١٠١٥ و ١٠٥٠ و ١٢٠٠ ، كومبسكور ، مقال فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٣ ص ٤٧٧ — ٤٩١ .

(٢) چوسران ، المرجع السابق .

(٣) الوعد بالبيع عبارة عن تعهد شخص لآخر بأن يبيعه عينا معينة يملكها بثمن معين اذا أظهر الموعود له رغبته فى شرائها خلال مدة معينة هذا التعهد نتيجة اتفاق بين الواعد والموعود، وهذا الاتفاق لا يعتبر عقد بيع ، اذ البيع لا ينعقد الاحين يقبل الموعود فينقلب الواعد بائعا والموعود مشتريا .

الواقع أن فكرة العقد العينى فكرة عتيقة اذا انسجمت مع القانون الرومانى فهى لا تنسجم مع قوانيننا الحالية ما دام الأصل فى العقود أنها رضائية وما دمنا نسلم بأن الاتفاق على الرهن والوديعة والعارية يعتبر اتفاقا صحيحا بمجرد التراضى . قد يكون فى تعريف القانون للعقود التى يطلق عليها الشراح اسم العقود العينية ما يثير معنى العقد العينى الذى يتوقف انعقاده على التسليم (راجع المواد ١٨٧٥ و١٨٩٢ و ١٩١٥و١٩١٩و٢٠٧١ فرنسى والمواد ٤٦٤/٥٦٥و ٤٦٥/٥٦٦ و ٤٨٢ و ٥٩٠ و ٥٤٠/٦٦٢ مصرى) ولكننا قد رأينا أن هذا المعنى لا يستقيم مع التسليم بانعقاد ما يسمى بالوعد بمجرد الاتفاق عليه . وكل ما تفيده نصوص القانون المشار اليها هو أن هذه العقود مع اعتبارها رضائية تتميز بأن الشارع قد أراد تعليق بعض أحكامها على حصول واقعة معينة هى التسليم . وليس فى قيام هذا الفرق ما يتعارض بحال مع اعتبارها عقودا رضائية ، إذ هذه الميزة تتميز بها عقود أخرى لا نزاع فى أنها رضائية كعقد بيع العقار ، إذ يقضى قانون التسجيل بأن الملكية لاتنتقل فيه إلا بعد حصول واقعة معينة ، هى تسجيل العقد . تلك الواقعة ليست هى التسليم كما فى عقد الرهن والعارية والوديعة ولكنها على أى حال واقعة تتوقف على حدوثها بعض أحكام العقد ، ولم يمنع ذلك من اعتباره عقدا رضائيا .

و بعد فلا أهمية عملية للأخذ بأحد هذين الرأيين دون الآخر إذ أن اعتبار هذه العقود عقودا عينية يسبقها عقد رضائى هو الوعد بها تترتب عليه نفس الآثار التى تترتب على اعتبار هذه العقود رضائية ابتداء وانتهاء . ومع ذلك فقد شاء بعض الشراح[1] الا أن يثير فروقا عملية بين الرأيين تظهر **اولا** بالنسبة لوقت انتقال الحق العينى فى هذه العقود ، فاذا اعتبر عقد الرهن وعقد عارية الاستهلاك مثلا من العقود الرضائية ، فان الحق العينى (الملكية فى عارية الاستهلاك ، وحق الرهن فى الرهن) ينتقل بمجرد الاتفاق طبقا للقاعدة العامة (م٩١ و ١٤٥/٩٢و١٤٦) فى حين أنه لا ينتقل متى اعتبرنا هذه العقود عينية إلا عند انعقادها وهى تنعقد إلا

(١) راجع بلانيول وريبير واسمان ٢ فقرة ١٢١ ، والتون ٢ ص ٨٤ ، السنهورى فقرة ١٢٣ .

بالتسليم ، ويترتب على ذلك نتائج عدة تتعلق بضمان الهلاك وبحق الطرفين فى التصرف فى العين التى يدور عليها العقد وبحق دائنيهما فى الحجز عليها . وتظهر هذه الفروق **ثانيا** بالنسبة للأهلية ، فالعبرة فى الأهلية بوقت انعقاد العقد لا بوقت تنفيذه ومتى اعتبرنا العقد عينيا فالعبرة بأهلية الطرفين وقت تسليم العين ، فى حين أن العبرة تكون بوقت الاتفاق (وقد يكون سابقا على التسليم) متى اعتبرنا العقد رضائيا .

أما عن الفرق الأول فهو منعدم متى لاحظنا أن اعتبار هذه العقود رضائية لا يتنافى مع تعليق انتقال الملكية فيها على واقعة التسليم ، وقد قضى الشارع بهذا التعليق . متى سلمنا بذلك أصبحت نتائج الرأيين العملية واحدة .

أما عن الفرق فى الأهليـة فهو منعدم كذلك ما دام أنصار العقد العينى يسلمون بقيام عقد الوعد السابق على العقد العينى . ويتبين ذلك من المثال الآتى : اتفاق على رهن كان الطرفان فيه كاملى الأهلية وقت حصوله ثم فقد الواعد أهليته عند التسليم ؛ قيل بأن الفرق العملى يظهر فى هذا المثال إذ أن اعتبار عقد الرهن رضائيا يجعل العقد صحيحا لأن الأهلية متوفرة وقت انعقاده ، فى حين أن اعتباره عقداً عينياً يجعل العقد باطلا إذ الأهلية غير متوفرة وقت انعقاد العقد وهو وقت التسليم . انما يفوت القائلين بهذا أنهم قد سلموا بأن الاتفاق المجرد عبارة عن وعد بالرهن ، وأن هذا الاتفاق ينشىء التزام الواعد لتوفر الأهلية وقت انعقاده ، وأن تسليم العين ليس إلا تنفيذاً لهذا الوعد . وما دامت العبرة بالأهلية وقت انعقاد الالتزام لا وقت تنفيذه فان فقد أهلية الملتزم (الواعد بالرهن) بعد انعقاد الالتزام لن يؤثر فى صحته وفى وجوب تنفيذه بعد ذلك وبهذا يتحد الرأيان فى الحكم ويكون التسليم ممكنا على الحالين رغم فقد الراهن أهليته قبل وقوعه .

الخلاصة أن العقود المدعى بأنها عينية وهى العارية والقرض والوديعة والرهن هى فى الواقع عقود رضائية بعضها ملزم للجانبين كالعارية والقرض والرهن وبعضها ملزم لجانب واحد كالوديعة حيث الاتفاق ينشىء التزام حافظ الوديعة

باستلام الوديعة عند ما يقدمها المودع وحفظها وردها . وهى اما عقود تبرع كالوديعة والقرض بدون فائدة والعارية أو عقود معاوضة كالوديعة بمقابل والقرض بفائدة .

وليس معنى ذلك أن ننفى فكرة العقد العينى من حظيرة القانون الحديث نفياً باتا . كل ما أثبتناه فيما سبق هو أن فكرة العقد العينى لا تستقيم إلا على الطريقة الرومانية أى عند ما لا يكون للاتفاق المجرد أى أثر ، وعند ما يتوقف نشوء أى التزام من الالتزامات على واقعة التسليم . هذه هى الصورة الصحيحة للعقد العينى وهى فى الواقع قريبة الشبه بصورة العقد الشكلى الذى يتوقف انعقاده على واقعة معينة هى تحرير الاتفاق فى عقد رسمى . ولا مانع بعد من أن يصور القانون بعض العقود فى صورة العقد العينى . بل انه قد فعل ذلك فى عقد الهبة فان الهبة التى لا تحرر فى عقد رسمى لا تنعقد إلا بالتسليم وهذا ما يسمى بالهبة اليدوية don manuel وقبل هذا التسليم لا يترتب على الاتفاق على الهبة أى أثر [1] .

كما أنه يجوز للطرفين الاتفاق على جعل العقد عينيا ، ومن أمثلة ذلك عقد التأمين الذى يعلق فيه تمام العقد على دفع المؤمن للقسط الأول [2] . والاتفاق جائز فى هذا الصدد كما جاز الاتفاق على تعليق انعقاد العقد على اتباع شكل معين باشتراط العقد الرسمى لاعتبار الاتفاق نهائيا .

§ ٣ — دستور العقد

٣٧ — تحليل المبادىء التى تهيمن على العلائق التعاقدية .

٣٧ — يهيمن على العلائق التعاقدية مبدأ أساسى هو فى الواقع جماع طائفة من المبادىء التى تعتبر دستور العقد . هذا المبدأ متشعب الأطراف مختلف

---

(١) الغريب أن بعض الشراح يحصر العقود العينية التى قضى بها القانون فى العارية والوديعة والرهن وهى كما رأينا عقود رضائية ويسقط الهبة اليدوية مع أنها هى العقد العينى بالمعنى الصحيح — (راجع مثلا السنهورى بند ١٢٠) .

(٢) نقض فرنسى ٢ يوليو سنة ١٩١٨ سيرى ٩١٨ — ١ — ٢٠٤ ، پلانيول وريپير واسمان بند ١١١ ص ١٤٢ .

الصور ، وهو بعد متغلغل فى العقد من كافة نواحيه ، فهو يتحكم فى انعقاده كما يسيطر على أحكامه ، يقضى بصحته و بطلانه و يتصرف فى نفاذه وتعطيل آثاره ، و بالجملة فهو يلازم العقد فى ميلاده وحياته ومماته . وهو على هذا الوصف ليس فى ذاته إلا وصفا للمرحلة التى انتهى اليها تطور القانون فى المدنية الحديثة من تجريد لارادة الانسان من الأثقال التى حملت فى الشرائع القديمة فى صورة أوضاع مرسومة ، ومن تكريس لسلطان تلك الارادة واقرار لها بالقدرة على تكييف العلائق القانونية وتوجيهها الوجهة التى تقضى بها المصلحة وتحرير لها من ولاية الشارع .

و يمكن تلخيص المبدأ فى الصيغ الآتية :

يكفى توافق ارادتين لانعقاد العقد أى لانشاء الالتزامات ، ولنسم هذا الشق من المبدأ بمبدأ كفاية الارادة أو مبدأ الرضائية فى انعقاد العقد Consensualisme.

ارادة الطرفين المتعاقدين هى التى تبين مدى هذه الالتزامات أى التى تحدد محتوى العقد، ولنسم هذا الشق بمبدأ سلطان الارادة Autonomie de la volonté .

تلك الالتزامات وقد نشأت بتوافق الارادتين لا تنحل إلا بنفس الصورة أى بتوافق هاتين الارادتين ، ولنسم هذا الشق بمبدأ شريعة العقد ، أو كما يقال عادة «العقد شريعة المتعاقدين» La convention fait la loi des parties (١).

تلك هى عناصر المبدأ تجتمع فى دورانها حول نشاط الارادة وتفترق فى الاختصاص بمنطقة مستقلة من هذا النشاط ، فالعنصر الأول الذى أطلقنا عليه مبدأ الرضائية عبارة عن تسجيل لتحرير الارادة من القيود . هذه خطوة أولى تعقبها خطوة ثانية هى بسط سلطان هذه الارادة الحرة (مبدأ سلطان الارادة) . أما المبدأ الثالث ، (العقد شريعة المتعاقدين) فهو الى حد كبير نتيجة منطقية للمبدئين السابقين .

ولما كان المبدآن الأولان يتعلقان بانعقاد العقد فنتكلم عليهما فى تمهيد لانعقاد العقد . أما المبدأ الثالث فهو متعلق بالالتزامات التى ينشئها العقد ولذلك نرجىء الكلام عليه الى الباب الثانى .

(١) قارن دى پاج ٢ فقرة ٤٦١ وما بعدها .

الباب الأول

فى انعقاد العقد

تمهيد لانعقاد العقد

§ ١ — مبدأ الرضائية. § ٢ — مبدأ سلطان الارادة. § ٣ — تقسيم الموضوع.

§ ١ — مبدأ الرضائية (١)

٣٨ — صيغة المبدأ . تاريخه ٣٩ — الرضائية والاثبات .

٣٨ — يتلخص هذا المبدأ فى أن العقد ينعقد بتوافق ارادتين على انشاء التزامات ، ولا تكمل صيغة المبدأ الا اذا فسرت بأن توافق الارادتين يلزم و يكفى للانعقاد . ولزوم هـذا التوافق هو الذى أدى الى أن الارادة المنفردة لا تنشىء الالتزام مبدئيا (ولعل وجوب اقتران الارادة بأخرى هو القيد الوحيد الذى يعطل من كفاية الارادة فى العصر الحاضر). وكفاية هذا التوافق هى التى جعلتنا لا نتطلب أوضاعا خاصة لانعقاد العقد ، وجعلت العقد ينعقد بارادة الطرفين فأصبحت العبرة بهذه الارادة بقطع النظر عن طريقة التعبير عنها .

أما الكلام فى لزوم الارادتين فليس محله هذا التمهيد وذلك لاتصاله بصميم موضوع انعقاد العقد . ولذلك سنكتفى هنا بالكلام على كفاية توافق الارادتين لهذا الانعقاد من ناحية تحرير الارادة من الأوضاع .

ان هذا المبدأ — كفاية الارادتين لانعقاد العقد — الذى يبدو بسيطا فى

---

(١) راجع بلانيول وريبير واسمان ، فقرة ٩٤ ومابعدها ، دى باج فقرة ٤٦٤ — جيرار القانون الرومانى ص ٤٤٠ وما بعدها ، الطبعة السادسة .

مظهره بديهيا فى حكمه قد تجاوز فهم الأولين فلم تعرفه الشرائع القديمة ، حيث كانت العقود لا تنعقد الا بعد استيفاء أوضاع مرسومة بمراعاة أشكال خاصة أو أعمال ظاهرة أو طقوس معينة ، وحيث لم يكن يرتب الاتفاق المجرد — تلك العملية الذهنية المجردة من المظاهر الخارجية — أى حق من الحقوق Ex nuda pacta non nascitur jus . كانت العبرة بالشكل فاذا استوفى فلا عبرة بالارادة ، العقد منعقد حتى ولو لم تكن الارادة صحيحة ، حتى ولو لم يكن لها سبب متى استوفيت الأوضاع والأشكال . ذلك كان شأن القانون الرومانى والجرمانى وغيرهما من الشرائع القديمة ، ثم تلطفت شدة هذه القوانين بمضى الزمن فأصبحت الأوضاع الشكلية لا تطلب على صورتها الجامدة القديمة ، بل انتهى الأمر الى أن تصبح تلك الأوضاع صورية ، وظهرت العقود العينية التى يكتفى فيها بتسليم العين لانعقاد العقد ، ثم تطورت هذه القوانين تبعا لتقدم المدنية واتساع دائرة المعاملات وكان لهذا التطور أثره فى اجلال الارادة محلها فى انشاء الالتزامات . فظهر الى جانب العقود الشكلية والعقود العينية فى القانون الرومانى عقود رضائية محصورة . وظهر الى جانبها اتفاقات خاصة عرفت باسم الاتفاقات البريطورية والاتفاقات الشرعية كان مجرد التراضى يكفى فيها لانشاء الالتزام . على أن تعدد هذه العقود والاتفاقات لم يمنع من اعتبارها مجرد استثناء من القاعدة العامة . وحتى آخر عهد القانون الرومانى لم تتقرر القاعدة التى تقضى بأن مجرد الاتفاق ينشىء الالتزام ويرتب الحقوق .

انما يرجع الفضل الى تقرير هذه القاعدة الى مبادىء القانون الكنسى الذى كان متأثرا بالتعاليم الدينية وهى بطبيعتها تضع قواعد أخلاقية . فالنكث بالعهد وزر دينى وهو بعد خطيئة أخلاقية ، ثم أصبح بعد استقرار قواعد القانون الكنسى اخلالا بالتزام قانونى . وما لبثت تلك القاعدة أن انحدرت من حظيرة القانون الكنسى الى القوانين المدنية وساعد على ذلك مفعول العوامل الاقتصادية التى أدت الى ازدياد حركة التعامل والتجارة ، وهى بطبيعتها لا تتلاءم مع أشكال وأوضاع قوامها البطء والتعقيد . ولذلك ما استقرت قواعد القانون الفرنسى القديم حتى

ساد فيه مبدأ الرضائية وتلقاه عنه قانون ناپوليون وأخذ به جمهور القوانين الحديثة .

الرضائية والشكلية

٣٩ — على أن الارادة — ارادة الطرفين — وان كانت لها هذه الكفاية من الناحية المبدئية الا أنه كثيرا ما تتعطل آثارها من الناحية العملية . ان كافة الشرائع التى أخذت بهذا المبدأ عاجلته بقيود الاثبات بحيث يجوز التساؤل عن قيمة المبدأ مثقلا بهذا القيد . ان العقد قد ينعقد ومع ذلك يكفى أن ينكره أحد الطرفين وألا يثبته دليل كتابى لكى يصبح العقد فى حكم العدم ، ذلك أن القانون يشترط اثبات العقود كتابة متى جاوزت قيمتها حدا معينا (عشرة جنيهات فى القانون المصرى) أليس فى ذلك رجوع الى الشكلية القديمة فى صورة جديدة ؟ الواقع أنه يجب التفرقة بين انعقاد العقد negotium واثباته instrumentum فاشتراط الكتابة مثلا فى العقود التى تزيد قيمتها عن عشرة جنيهات قيد من قيود الاثبات ، وليس معنى هذا القيد أن الكتابة تصبح شكلا من الأشكال التى يجب مراعاتها لانعقاد العقد ، والدليل على ذلك أنه اذا لم تستوف الكتابة الشروط التى يتطلبها القانون لكى تعتبر دليلا فلن يترتب على ذلك بطلان العقد نفسه بل فقط بطلان الدليل ، وسقوط الدليل قد لا يمنع من الالتجاء لدليل غيره ، فاذا كان المحرر المكتوب لا يتضمن توقيع المتعاقد المتعهد فهو باطل باعتباره دليلا كتابيا ولكن لا يمنع ذلك من اقامة الدليل بشهادة الشهود ، اذا أمكن اعتبار هذا المحرر مبدأ ثبوت بالكتابة ، كما يجوز دائما حتى عند انعدام الدليل استجواب الخصم والوصول الى اعترافه أو توجيه اليمين اليه ، بحيث اذا نكل عن أدائها اعتبر ذلك بمثابة الاقرار . فالكتابة مطلوبة اذن للاثبات لا للانعقاد ولذلك فان عدم مراعاة أحكام القانون الخاصة بها لا يؤثر الا فى دائرة الاثبات[1] .

وذلك بعكس الشكل التى يتطلبه القانون لانعقاد العقد فى بعض الأحوال الاستثنائية كاشتراط تحرير الهبة والرهن التأمينى فى عقد رسمى . فى هذه الأحوال اذا لم يعمل العقد فى الصورة الرسمية أو اذا لم تستوف أوضاع هذه الصورة الرسمية فالشكل باطل و يترتب على بطلانه بطلان العقد نفسه . ولا يغنى عن الشكل الاقرار

(١) دى پاج ٢ فقرة ٤٦٥ .

بالتعاقد أو اليمين ، إذ أننا لسنا فى صدد دليل باطل فنقيم غيره ولكننا فى صدد عقد باطل فيجب لتصحيحه أن نستوفى الشكل الذى بطل العقد لعدم استيفائه (١).

§ ٢ — مبدأ سلطان الارادة (٢)

٤٠ — معنى سلطان الارادة ٤١ — مصادر المبدأ ٤٢ — تحديد المبدأ .

٤٠ — رأينا ان الارادة يكفى اقترانها بأخرى لانعقاد العقد وانشاء الالتزامات . هذه الارادة المقترنة بأخرى أو بتعبير آخر ارادة الطرفين فى عقد هى التى تحدد بمحض سلطانها مضمون هذا العقد وشروطه ومدى تلك الالتزامات دون أن تتقيد فى هذا بأنواع معينة من العقود يحددها الشارع ، وهى تحدد هذا المضمون مؤتمرة بحكومة المصلحة الخاصة . للارادة هذا السلطان بمحض قدرتها فهى لا تتلقاه عن الشارع ، وتلك نتيجة لتحرير الارادة من ربقة الولاية التى كان يزاولها الشارع عليها فى العصور القديمة . فارادة الطرفين قادرة فى قوانيننا الحالية على أن تنشىء عقداً لم يعرفه القانون فيما نظم من أحكام العقود المعينة ولها فيما يتعلق بالعقود التى نظم القانون أحكامها أن تكيف أحكام العقد على خلاف الصورة التى يرسمها الشارع ، فلها والشارع يقضى بأن الملكية والحقوق العينية تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها (م ٩١ و٩٢/١٤٥ و١٤٧) أن تقضى بتأجيل هذا الانتقال وأن توجد فترة تنقضى بين نشوء الالتزام بنقل الملكية وبين انتقالها فعلا . ولها كذلك أن تنتزع من الشارع ومن القاضى سلطتهما فى تحديد التعويض وتقدير

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ٢ فقرة ١٤٠٨ .

(٢) **مراجع** — راجع ديريه ، تفسير الأعمال القانونية فى القانون الخاص ، رسالة باريس سنة ١٩٠٤ ومقالا له عن الأفكار الجديدة فى العقد ، المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ ص ٥١٦ وما بعدها ، جونو ، مبدأ سلطان الارادة ، رسالة ديجون سنة ١٩١٢ ، احمد ماهر ، مبدأ سلطان الارادة الفردية ، رسالة مونبلييه سنة ١٩١٣ ، چينى ، طرق التفسير ، ٢ ص ١٧١ — ١٧٢ ، ريبير ، القاعدة الخلقية ص ٣٦ ، فوييه ، فى علم الاجتماع ، وفى الفكرة الحديثة عن القانون ، بلانيول وريبيرواسمان ١ فقرة ١٤ وما بعدها ، ادمون ساليه ، التطور الفنى للعقد ، رسالة باريس سنة ١٩٣٠ ، تكملة بودرى لبونكاز ٢ فقرة ٣٨٣ وما بعدها ، السنهورى فقرة ٨٦ وما بعدها ، دى پاج ٢ فقرة ٤٦٢ .

هذا التعويض فى العقد بما يسمى الشرط الجزائى clause pénale. ولها أن تبطل التزامات يقضى القانون بنشوئها كالاعفاء من الالتزام بالضمان فى عقد البيع ، ولها أن توسع أو تضيق فى حدود المسؤولية التى يقضى بها القانون . وكما جاز للارادة أن تكيف موضوع العقود طبقا لما تقضى به المصلحة الخاصة فكذلك يجوز لها أن تغير فى طبيعة هذه العقود التى رسمها الشارع ، فلها أن تجعل من العقد الرضائى عقداً شكلياً باشتراطها المحرر الرسمى لانعقاد العقد .

ولا تتقيد الارادة — ارادة الطرفين — فى هذا كله الا بقيد واحد هو عدم المساس بالنظام العام ordre public وبالآداب bonnes mœurs .

هذا هو مبدأ سلطان الارادة . وهو يتميز عن المبدأ الأول — مبدأ الرضائية — فى أنه يتعلق بسلطان الارادة لا بمجرد كفايتها . و بتعبير آخر يؤدى المبدأ الأول الى اطلاق سراح الارادة وفك قيودها ، أما المبدأ الثانى فهو يؤدى الى اظهار جوانب النشاط التى تتسع لتلك الارادة الطليقة . على أن جمهور الشراح الفرنسيين يجمع المبدئين تحت اسم واحد هو l'autonomie de la volonté . ولئن اتسعت كلمة autonomie فشملت معانى المبدئين فان هذا لا يمنع من وجوب الفصل بين المعنيين واطلاق اسم مستقل على كل منهما . وانى لهذا السبب أطلقت على المبدأ الأول المتعلق بكفاية الارادة اسم الرضائية وعلى المبدأ الثانى اسم سلطان الارادة .

٤١ — ان هذا المبدأ لتلتمس مصادره فى المذهب الفردى الذى قام على تمجيد الحرية الفردية ، فسمى مذهب القانون الطبيعى فى فلسفة القانون ومذهب الفيزيوكرات فى الاقتصاد ومذهب العقد الاجتماعى فى العلوم السياسية . فمبدأ سلطان الارادة عبارة عن تطبيق مبدأ الحرية الفردية فى منطقة النشاط القانونى[1] . وهو من هذه الناحية يقوم على أساسين : الحرية والمساواة . فالحرية أساس النشاط واذ كان النشاط مظهره الارادة فالحرية أساس الارادة . وان الارادة الحرة لقادرة على أن تزن المصلحة القائمة ، وهى مقدرة لهذه المصلحة فعلا ما دمنا نطلق لها الحرية . واذا تم التوفيق بين ارادتين كل منهما تقدر المصلحة

(١) قارن جينى ، طرق التفسير ص ٥٢٥ ، وراجع السنهورى ، فقرة ٩٤ وما بعدها .

القائمة فى هذا التوفيق تحقيق للمصلحة العامة ، اذ ليست المصلحة العامة الا مجموع المصالح الفردية [١] . أما الأساس الآخر وهو المساواة فلا يقصد بها المساواة الفعلية égalité de fait اذ هذه لا يمكن تحقيقها ، بل يقصد المساواة أمام القانون ، فالمساواة القانونية لا المساواة الاقتصادية هى التى تكفل فى النهاية تحقيق المصلحة العامة ، لأن المصلحة الخاصة — وهى أساس المصلحة العامة — لن تتحقق الا اذا اعتبر الناس متساويين أمام القانون فى مظاهر نشاطهم .

الفضل إذن للمذاهب الفردية فى اقامة العقد على مبدأ حرية الارادة وسلطانها . على أن انصار المذهب الفردى عمدوا الى اطلاق مذهبهم [٢] فلم يكتفوا بأن يجعلوا من الارادة الحرة أصلا فى العقد بل انهم جعلوها أصلا من أصول الالتزامات ، على كافة أنواعها من ارادية وغير ارادية ، وهى وحدها التى تنشىء الالتزام ، فالالتزامات الناشئة عن شبه العقد وعن الجنحة المدنية ان هى إلا نتيجة الارادة الحرة ، إرادة مشروعة فى شبه العقد وارادة غير مشروعة فى الجنحة وشبه الجنحة ، بل انهم ذهبوا الى اقامتها أصلا لكافة العلائق القانونية ، فالملكية عندهم انما تستند الى الارادة الحرة بل هى فكرة الحرية تتجسم فى عالم الحقيقة ، والحقوق العائلية إن هى الا ثمرة الزواج والزواج عبارة عن عقد أى عن عمل ارادى ، والميراث ان هو الا وصية مفترضة والوصية عمل ارادى ، وامتد حماسهم للارادة وسلطانها فخرجوا عن دائرة القانون المدنى وجعلوها أساسا للعقوبة فما العقوبة عندهم الا نتيجة لارتضاء المجرم مقدما توقيع الجزاء ! !

٤٢ — على هذه الصورة خرج مبدأ سلطان الارادة عن حدوده مع أنه بحكم موضوعه يجب أن يظل محصورا فى منطقة الأعمال الارادية بالمعنى الصحيح التى تتجه فيها الارادة الى احداث أثر قانونى . وهذا ما انتهى اليه الرأى اذ تبين

---

(١) راجع فى هذا فوييه ، المرجع السابق ودى پاج ٢ ص ٤٠٣ وراجع فى تفنيد ذلك ديجى ، التطورات العامة للقانون الخاص فقرة ٥١ ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) فوييه ، المرجع السابق وراجع فى هذا السنهورى فقرة ٩٨ .

قدر الاغراق الذى اندفع فيه أنصار المذهب الفردى ، فالارادة عديمة الأثر فى منطقة القانون العام واذا انتقلنا الى القانون الخاص لاحظنا أنها محدودة الأثر فى العلائق العائلية فهى تنشىء عقد الزواج ولكنها لا تستطيع تنظيم آثاره وأحكامه ، وهى كذلك فى قانون الأموال اذ هى تنشىء الحقوق العينية ولكن القانون يحدد معظم أحكام هذه الحقوق و يحصر قائمتها فلا تستطيع الارادة أن تضيف اليها (١).

على أن مبدأ سلطان الارادة وقد تحددت منطقته بالأعمال الارادية على العموم و بالعقود على الخصوص لم يلبث أن حدد تحديدا جديدا باضعاف قوة الارادة وتقلص سلطانها حتى فى منطقة العقود . ذلك أن التطورات التى لحقت نظرية الالتزامات منذ منتصف القرن الماضى فهزت كثيرا من قواعدها أصابت فى الأكثر قواعد الالتزامات الارادية على وجه يصح معه القول بأن تاريخ تطور هذه النظرية هو فى الواقع تاريخ تطور سلطان الارادة فى العقود وهو بالتالى تاريخ حياة المذاهب الفردية التى مجدت دور الارادة فى منطقة القانون .

تقلص سلطان الارادة فى العقود ففرض الشارع القيود على حريتها وتداخل فنظم طائفة من العقود فلم يعد للأفراد حق تكييفها وتوجيهها الوجهة التى يريدون بل هم ملتزمون بمراعاة التنظيم الذى فرضه الشارع ، كما أن الشارع وقد أدرك أن المساواة القانونية لا تغنى فتيلا وأنها فى كثير من الصور توقع الضعيف تحت براثن القوى ، جعل يفسح المجال للمساواة الفعلية بطريق النص على بطلان طائفة من الشروط التى يفرضها الطرف القوى فى العقد على الطرف الضعيف ، وأكثر ما يكون ذلك فى عقود الاذعان . وضرب القضاء بسهم فى هذا الميدان وجعل يتسبق الشارع كلما أحس بوجه الضرر فى تطبيق مبدأ سلطان الارادة على علاته واستعان بقواعد النظام العام والآداب على تقييد حرية الأفراد وعلى تحقيق جانب من المساواة الفعلية . والواقع أن قواعد النظام العام والآداب التى فرضها الشارع قيدا على حرية الارادة وسلطانها كانت هى الثغرة التى أمكن

---

(١) راجع السنهورى ١١٢ وپلانيول وريپير واسمان بند ٢٢ وما بعده .

منهـا النيل من مبدأ سلطان الارادة واضعاف شوكته . لاسيما وأن الشارع لم يحدد تلك القواعد تحديد حصر بل تركها للقاضى يفصل فيها بما يوحى اليه المجتمع الذى يقضى فيه .

على أن هـذا القيد الذى فرضه الشارع على الأفراد من عدم المساس بقواعد النظام العام والآداب يعتبر من الأسس التى يقوم عليهـا مبدأ سلطان الارادة ، وهذا الذى جعل هـذا المبدأ يحتفظ بقوته رغم اتساع دائرة النظام العام بتداخل الشـارع بصورة مضطردة فى العقود ونصه على بطلان بعض شروطها وباستقرار أحكام القضاء على ابطال شروط أخرى لاعتبارها ماسة بالنظام العام والآداب .

§ ٣ — تقسيم الموضوع

٤٣ — صيغة القاعدة فى انعقاد العقد . أركان العقد فى القانون الفرنسى والقانون المصرى

٤٤ — العقد هو التراضى . شروط السبب والمحل هى شروط فى التراضى .

٤٣ — القاعدة أن العقد انمـا ينعقد بالتراضى أى بتوافق ارادتين وذلك بأن يعرب شخص لآخر عن ارادة تتجه الى احداث أثر قانونى هو انشاء الالتزام فيعرب الآخر عن موافقته أى عن ارادة مطابقة للأولى . على أننا اذا رجعنا الى نصوص القانون وجدناها لا تكتفى بالتراضى لانعقاد العقد فالمـادة ١١٠٨ مدنى فرنسى تنص على أن الشروط الجوهرية لصحة الاتفاق هى رضا الملتزم وأهليته للتعـاقد ومحل معين هو موضوع التعهد وسبب مشروع للالتزام . أما القـانون المصرى فقد نص فى المادة ١٨٨/١٢٨ على أن الاتفاق لا ينشىء الالتزام المقصود منه اذا كان الطرف الملتزم غير أهل للتعاقد أو لم يكن رضـاه صحيحا ، ونص فى المـادة ١٣٣ على الأحوال التى يعتبر الرضا فيها غير صحيح . فكأن أركان العقد (أو الاتفاق على العموم) فى هذا القانون هى التراضى والأهلية . أما المحل والسبب فهما ركنان فى الالتزام على العموم (م ١٤٨/٩٤ و ١٤٩/٩٥) .

وقد جرى كثير من الشراح على انتقاد نص المـادة ١١٠٨ فرنسى فى أنه

يخصص شرطى الرضا والأهلية بالملتزم وحده مع أن رضا الطرف الآخر وأهليته مطلوبان كذلك فى انعقاد العقد ، وهم بعد يميزون بين أركان العقد أى الشروط اللازمة لانعقاده و بين شروط صحته فالأركان هى تراضى الطرفين ومحل العقد والسبب بحيث اذا لم يتوفر أحدها فالعقد غير منعقد . أما شروط الصحة فهى أهلية الطرفين للتعاقد وسلامة رضاهما من عيوب الرضا (وهى الغلط والتدليس والاكراه)[1] بحيث اذا لم يتوفر أحد هذين الشرطين فالعقد منعقد ولكنه فاسد أى غير صحيح . ثم يستدرك هؤلاء الشراح بقولهم ان المحل والسبب ان هما الا ركنين فى الالتزام نفسه لا فى العقد ، وان الدقة العلمية تقضى بالكلام عليهما فى نظرية الالتزام فى ذاته مجردا عن مصدره[2] ؛ أما العقد فركنه الرضا دون غيره ، وأما الرضا فأثره انشاء التزامات ، وللالتزام أركان لا بد من استيفائها حتى يعتبر قائما ، فكل التزام لا بد له من محل ، ومحل الالتزام يجب أن يكون موجودا ومشروعا وجائزا ، كما لابد له من سبب والسبب يجب أن يكون قائما وصحيحا ومشروعا . وهم يسلمون بأن هناك تجوزا منطقيا ellipse أى اسقاطا لحلقة من حلقات المنطق فى اعتبار المحل والسبب ركنين فى العقد[3] ، ولكن هذا التجوز لا يقدح عندهم فى اشتراط المحل والسبب بشرائطهما لاعتبار العقد منعقدا ، إذ أن عدم استيفاء المحل أو السبب لأركانهما يترتب عليه بطلان الالتزام و بطلان الالتزام يترتب عليه بطلان الرضا و بطلان الرضا مستوجب لبطلان العقد[4] .

٤٤ — وقد أنصف هؤلاء الشراح بتسليمهم بأن التراضى يكفى لانعقاد العقد ، والواقع أن قليلا من التأمل ليكفى لأن ندرك أن العقد عبارة عن التراضى على انشاء التزامات وان كل تراض على انشاء التزامات انهو الا عقد . كما أنصفوا

---

(١) راجع كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٢٢ وقارن السنهورى فقرة ١٥٢ و١٥٣ حاشية ١ و ٤٤٢ .

(٢) راجع السنهورى فقرة ١٥٢ و٤٤٢ .

(٣) راجع كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٥١ .

(٤) السنهورى المرجع السابق .

فى قولهم ان السبب والمحل ليسا ركنين فى العقد ، اذ العقد قد ينشىء التزاما على كل من الطرفين ، كالبيع ينشىء التزام البائع بتسليم العين والتزام المشترى بدفع الثمن فما محل العقد اذا صح أن للعقد محلا ؟ أهو دفع الثمن أم تسليم المبيع ؟ وما سبب العقد وأمامنا التزامان لكل منهما سبب يختلف عن الآخر ؟

على أننى لا أوافق هؤلاء الشراح على اعتبار المحل والسبب ركنين فى الالتزام على وجه العموم وفى أن الدقة العلمية تقضى بالكلام عليهما فى نظرية الالتزام فى ذاته مجردا عن مصدره . ذلك أن المحل والسبب مرتبطان بالالتزام التعاقدى أى بالالتزام الارادى دون غيره من الالتزامات[1] ، وقد سلم بهذا هؤلاء الشراح أنفسهم الى حد كبير[2] ، فهم يقصرون السبب على الالتزامات التعاقدية ويرون أن شروط المحل لا تظهر أهميتها إلا فى الالتزامات التعاقدية .

بل اننى لا أوافق على اعتبار السبب والمحل ركنين فى الالتزام الارادى . ذلك أنه لا يتصور أن يكون للالتزام أركان . انما الالتزام نتيجة ترد الى واقعة معينة . وان الدقة لتقضى بأن نتطلب الأركان فى تلك الواقعة أى فى ذلك المصدر الذى ولد تلك النتيجة ألا وهو التراضى ، فاذا استوفى التراضى عناصره ، فانه يولد الالتزام حتما ؛ أما اذا تخلف أحد هذه العناصر سواء أكان هو السبب أم المحل أم غيرهما فان الالتزام لن ينشأ .

وقد رأيت فى سبيل توضيح الموضوع مع ملاحظة التسلسل المنطقى أن أتكلم على انعقاد العقد فى ثلاثة فصول . الفصل الأول فى القاعدة فى انعقاد العقد أى فى التراضى .

ولما كانت تلك القاعدة وهى تبدو بسيطة فى صيغتها المقتضية تنطوى على كثير من التعقيد لا يزول الا بتحليل العناصر التى يتكون منها التراضى فاننى سأتكلم على كل من هذه العناصر مستقلا عن الآخر . واذ كان بعض هذه

---

(١) راجع فيما سبق فقرة ٢٧ ، وقد كان ذلك من الأسباب التى رأينا من أجلها نفى وجود نظرية عامة للالتزام مجردا عن مصدره .

(٢) السنهورى ، المرجع السابق — كابيتان ، سبب الالتزامات فقرة ١ و ٥ .

العناصر يستدعى تفصيلا يحسن ارجاؤه الى مابعد استيفاء الكلام على العناصر جميعا فاننى سأفرد الفصل الثانى لتفصيل هذه القاعدة . أما الفصل الثالث فسأفرده للكلام فى الجزاء الذى يترتب على تخلف هذه العناصر .

الفصل الأول

فى انعقاد العقد — القاعدة

٤٥ — العناصر الثلاثة فى التراضى .

٤٥ — مادامت القاعدة فى انعقاد العقد أنه انما ينعقد بالتراضى فنحن اذ نحلل هذا التراضى نحلل القاعدة فى نفس الوقت ونبين أركانها . والتراضى يتحلل الى ثلاثة عناصر : عنصر نفسى هو الارادة التى تنطوى عليها نفس المتعاقد وعنصر اجتماعى هو الافصاح عن هذه الارادة أى ظهورها فى العالم الخارجى وعنصر قانونى هو اقتران هذه الارادة بارادة أخرى . ولن يترتب على العقد حكمه وأثره الا اذا استوفينا القاعدة فى انعقاده ، و بتعبير آخر لن ينشأ الالتزام التعاقدى الا اذا تحركت هذه الظواهر الثلاثة : الظاهرة النفسية والظاهرة الاجتماعية والظاهرة القانونية . ولذلك نتكلم على القاعدة فى انعقاد العقد فى ثلاثة فروع : الفرع الأول فى الارادة ، الفرع الثانى فى اعلان الارادة ، الفرع الثالث فى اقتران الارادة بأخرى أى فى توافق الارادتين .

الفرع الأول — فى الارادة

٤٦ — الارادة ظاهرة نفسية .

٤٦ — الارادة هى محور التراضى ، وهى فى ذاتها باعتبارها ظاهرة نفسية تنطوى على كثير من التعقيد والغموض يعنى علم النفس توضيحه وجلاؤه فلا يهمنا الخوض فيه . على أن بقية العناصر التى نتطلب فى التراضى ، من ظهور

للارادة فى العالم الخارجى ومن اقترانها بأخرى ، من شأنها أن تعمل على تحديد الارادة تحديدا كافيا فتمحو جانبا كبيرا من الصعوبات التى نعانى فى استجلاء الظواهر النفسية . لست أعنى بهذا أن تطلب هذه العناصر من شأنه استئصال كل صعوبة ، اذ ما زال التراضى رغم هذا يدور على محور الارادة باعتبارها ظاهرة نفسية .

وان الارادة التى نقصد هى تلك التى تتجه الى احداث أثر قانونى معين هو انشاء التزام . وليس كل ارادة تتجه هذا الاتجاه تؤدى الى تلك النتيجة ألا وهى انشاء الالتزام ، بل لا بد من توفر شروط أو قل عناصر معينة يتطلب القانون أن تنطوى عليها الارادة لكى يقر تلك النتيجة التى تتجه اليها . وأن القانون عند ما ذكر أركان العقد (المادة ١٢٨/١٨٨/١١٠٨) قد قصد أن يبين عناصر الارادة التى ينعقد بها العقد . على أن تعداد الشارع لهذه العناصر غير جامع وليس ما يمنعنا من استكمالها مستعينين فى ذلك بمفهوم أحكام النصوص وأحكام المحاكم .

وقد يبدو غريبا ونحن فى صدد ظاهرة نفسية أن نتكلم على شروط يتطلبها القانون لكى يترتب على الارادة أثرها . وكل غرابة تزول اذا لاحظنا أننا لا نبحث فى أى ارادة . انما نحن نبحث فى الارادة التى تتجه الى احداث أثر قانونى أى الى احداث أثر يقره القانون . فمن الطبيعى أن يتطلب القانون استيفاء عناصر معينة فى الارادة التى تتجه الى توليد هذا الأثر و يظل البحث بعد ذلك تغلب فيه الناحية النفسية كما يتبين من موضوع المبحثين الآتيين .

وسيكون موضوع أولهما البحث فى عناصر الارادة . وموضوع الثانى البحث فى الارادة التى ينعقد بها العقد والتى نتطلب فيها هذه العناصر .

المبحث الأول — فى عناصر الارادة

٤٧ — تعداد العناصر ٤٨ — هى عناصر العمل القانونى على وجه العموم .

٤٧ — يتطلب القانون فى الارادة أن تستوفى العناصر الآتية :

أولا — يجب أن تتجه الارادة الى احداث أثر قانونى هو انشاء الالتزام ، بمعنى أن الارادة الصادرة من الملتزم يجب أن تكون مصحوبة بنية الالتزام والارادة الصادرة من الطرف الذى يقبل التزام الآخر (صاحب الالتزام فى العقود الملزمة لطرف واحد) يجب أن تكون مصحوبة بنية انشاء الالتزام فى ذمة الطرف الملتزم .

ومن نتائج ذلك أن الارادة غير الجدية لا تعتبر ارادة صحيحة . ويظهر ذلك فى التعاقد على سبيل المزاح jocandi causa حيث لا تترتب على الارادة آثار قانونية باعتبارها ارادة منشئة لالتزام تعاقدى . لا ريب فى أن الارادة الهازلة قد ترتب أثرا هو التزام من صدرت منه بتعويض الضرر الذى يترتب على مزاح يغرر بالناس ، ولكن الالتزام لا يعتبر فى هذه الحالة التزاما ارادية ، لأن الالتزام الارادى هو الالتزام الناشىء عن ارادة قصدت انشاءه والارادة الهازلة لم تقصد هذا الانشاء .

كما يظهر ذلك فى حالة الارادة الصادرة من شخص فى حالة سكر بين[1] .

ومن نتائجه كذلك أن الارادة المعلقة على شرط المشيئة condition purement potestative لاترتب أثرا قانونيا ولا تنشىء التزاما ، كمن يقول لآخر أبيعك منزلى بمبلغ كذا اذا أردتُ (بضم التاء) . وأن الارادة الصورية لا ينعقد بها عقد فيعتبر الاتفاق الصورى فى حكم العدم . وأخيرا فان من نتائج ذلك أن الارادة الصادرة من شخص بالتزام معين مجاملة لآخر فى الحدود التى تستدعى فيها الحياة الاجتماعية مثل هذه المجاملات لاتعتبر ارادة منشئة للالتزام[2] ، كمن يدعو آخر للركوب فى سيارته لنقله الى جهة يريد الانتقال اليها[3] أو كمن يدعو آخر الى وليمة ؛ لا ينشأ فى هذه الأحوال الالتزام بالنقل والالتزام بتقديم الطعام .

---

(١) راجع ديموج ٢ فقرة ١٥٨ ، وأوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ ص ٤٧٧ .

(٢) راجع مقال پيرو ، المجاملات والعرف غير الملزم فى مجلة القانون المدنى ١٩١٤ ص ٥٠٣ وما بعدها .

(٣) راجع بهجت بدوى ، تعليق على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الثانى .

وتبين اتجاه الارادة الى نشوء الالتزام منوط بالقاضى. وتلك مسألة موضوعية لا تصلح فيها ضوابط قانونية (١) .

ثانيا — يجب أن تكون الارادة صادرة عن ذى أهلية . أما ارادة ناقص الأهلية فهى لا تصلح لانشاء الالتزام .

ثالثا — يجب أن تكون الارادة حرة . أما اذا كانت الارادة قد صدرت لدفع أذى كالارادة الصادرة تحت تأثير الاكراه فهى لا تنشىء الالتزام .

رابعا — يجب أن تتجه الارادة الى نشوء التزام ممكن يقره القانون . فالتعهد بقتل شخص لا ينشىء التزاما قانونيا (وهذا ما يعبر عنه عادة بمحل الالتزام objet) .

خامسا — يجب أن ترمى الارادة الى غرض وأن يكون هذا الغرض قائما وصحيحا ومشروعا (وهذا ما يعبر عنه بسبب الالتزام Cause) .

٤٨ — لقد ذكرت هذه العناصر باعتبارها عناصر الارادة التى ينعقد بها العقد أى الاتفاق على انشاء الالتزام . على أن الواقع أنها هى عناصر الارادة التى تتجه الى احداث أثر قانونى سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو تعديله أو زواله ، أو انشاء حق عينى أو تعديله أو زواله. فهى مطلوبة فى الاتفاق على تعديل الالتزام وفى الوفاء بالالتزام وفى الوصية وهى جميعا أعمال ارادية تتجه الى احداث أثر قانونى ليس هو انشاء الالتزام . وكأن هذا التعداد يستوى فى نفس الوقت تعدادا لعناصر العمل القانونى acte juridique بالمعنى الواسع لهذه الكلمة . هذا هو الوضع الصحيح ، وهو فى ذاته لا يقدح فى الكلام على عناصر الارادة فى صدد الكلام فى انعقاد العقد ما دام عرف القوانين اللاتينية التى استوحتها قوانيننا قد استقر على اقامة نظرية الالتزام نظرية عامة للقانون المدنى بدلا من نظرية العمل القانونى . بل وقد يكفى فى هذا الصدد أن نلاحظ أن العقد يحتل

---

(١) راجع حكم محكمة ديجون فى ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ٢٨ ص ٤٨٨. وقد قضى بأن من يصادف فى الطريق جريحا أو مريضا فينقله الى عيادة طبيب أو يستدعى له طبيبا لا يلتزم بأجر الطبيب .

المحل الأول ضمن جمهور الأعمال القانونية ومن ثم لايكون فى بحث عناصر الارادة فى صدد العقد نبو ولا اسراف .

المبحث الثانى — فى الارادة التى ينعقد بها العقد

نظرية النيابة (١)

٤٩ — نظرية النيابة فى القانون الرومانى وفى القوانين الحديثة ٥٠ — تفسير أحكام النيابة ٥١ — شروط النيابة .

٤٩ — اذا استوفت الارادة الشروط التى لخصناها فى المبحث السابق ثم اجتازت المراحل الأخرى التى سنتكلم عليها فيما يلى فان التراضى وقد استوفى أركانه يرتب آثاره فى ذمة من صدرت منه الارادة أى فى ذمة المتعاقد . على أن الارادة قد تصدر من شخص فتقع آثارها لشخص آخر وذلك فى حالة النيابة representation كالوكيل يعقد العقد فتقع آثاره للموكل باعتبار أن الوكيل انما هو نائب عن الموكل فى اجراء العقد وكالوصى أو الولى أو القيم يعقد العقد فتقع آثاره للقاصر أو المحجور عليه .

فبأى الارادتين ينعقد العقد ، ارادة الأصيل أم ارادة النائب أم كليهما ؟

إن نظرية النيابة على وضعها الحالى لم تعرف إلا منذ القانون الفرنسى القديم . أما القانون الرومانى فهو لم يعرف النيابة مطلقا ، بل كان يعتبر أن وقوع آثار العمل القانونى لغير من عقده استحالة قانونية . ولذلك كان يقضى هذا القانون بأن الوصى والوكيل يلتزمان بالعقود التى يعقدونها عن القاصر والموكل ويستمدان منها حقوقا ، على أن ينقلا هذه الآثار فيما بعد الى الأصيل . ثم خطا القانون الرومانى خطوة فى أواخر عهده فكان للغير الذى يتعامل مع الوكيل أو الوصى دعوى قبل الأصيل كما كان للأصيل دعوى مقابلة على هـذا الغير . إلا ان هذه الدعاوى

---

(١) **مراجع** كابيتان ، مقدمة القانون المدنى فقرة ٣١٦ وما بعدها — بيلون ، رسالة كان ١٨٩٨ ، بوبسكو رامنسيانو رسالة باريس ١٩٢٧ — ديموج ١ فقرة ٨٦ وما بعدها ، بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٥٤ وما بعدها ، دى باج ١ فقرة ٣١ — ٣٣ — السنهورى فقرة ١٩٧ وما بعدها — القانون المدنى الالمانى ، ترجمة وتعليق لجنة وزارة الحقانية الفرنسية الجزء الأول ص ٢٠١ وما بعدها — ليفى اولمان ، المرجع السابق ص ٤٤٦ .

أضيفت للدعوى المباشرة التى كانت تترتب للنائب نفسه قبل الغير أو للغير قبل النائب ، بمعنى أن النائب عند ما يعقد العقد يصبح هو الدائن والمدين كما تتولد دعوى مباشرة بين الأصيل و بين الغير تضاف الى الدعاوى المباشرة التى تكون بين النائب والغير . ولم تقطع تلك الرابطة المباشرة بين النائب والغير إلا فى عهد القانون الفرنسى القديم . و بهذا استقرت نظرية النيابة على وضعها المعروف فى القوانين الحالية .

على أن القانون الفرنسى والقانون المصرى لم يبينا أحكام النيابة فى ذاتها ، فلم ترد فيهما نصوص فى هذا الشأن كالنصوص التى وضعها الشارع الألمانى [(١)] . ولذلك فان فكرة النيابة فى القانونين الفرنسى والمصرى ترتبط بعقد الوكالة وهو العقد الذى يتضمن النيابة عادة ، مع ان الواقع أن فكرة النيابة يجب أن تدرس مستقلة عن هذا العقد [(٢)] ، اذ قد توجد النيابة خارج عقد الوكالة كنيابة الولى أو الوصى عن القاصر وكنيابة الفضولى عن رب العمل وتسمى النيابة القانونية . كما أن عقد الوكالة قد ينعقد دون أن يتضمن النيابة ، كما فى حالة الوكالة المستترة – prête nom وهى الوكالة التى يتفق فيها على أن الوكيل يعقد عقودا باسمه خاصة لا باسم الموكل على أن ينقل آثار هذه العقود للموكل فيما بعد [(٣)] .

٥٠ — على أن عدم ورود نصوص تنتظم أحكام النيابة لم يمنع من استقرار أحكامها ، ولم يختلف الرأى الا فى تفسير هذه الأحكام . ان حكم النيابة هو أن العقد الذى يعقده النائب يقع للأصيل فاذا كان هذا العقد عقد بيع فان الأصيل يصبح البائع فيلتزم بنقل الملكية والتسليم و يصبح دائنا بالثمن أما النائب فهو لا يعتبر طرفا فى العقد فلا يلتزم ولا يستمد حقا . كيف نفسر هذه النتيجة مع

(١) القانون المدنى الألمانى ، المادة ١٦٤ وما بعدها .

(٢) وقد قام بهذه الدراسة المستقلة بعض الشراح ، راجع كابيتان وديموج وبيلون فى المراجع السابقة .

(٣) الفقه الألمانى يعتبر أن هذه العقود تنطوى على نيابة غير مباشرة مادام الوكيل ملتزم بنقل آثار العقد الذى يعقده للأصيل ، راجع القانون المدنى الألمانى ، تعليق لجنة وزارة الحقانية الفرنسية ص ٢٠١ .

أن الظاهر لنا أن العقد قد انعقد بارادة النائب ؟ كيف ينعقد العقد بارادة شخص فتقع آثاره لآخر ؟

هناك النظرية التقليدية التى قيل بها فى القانون الفرنسى القديم وسادت حتى فى القانون الحالى . هذه النظرية تلتجىء الى مجاز قانونى fiction légale يقضى بأن إرادة النائب التى ينعقد بها العقد إنهى إلا ارادة الأصيل مجازا [١] . واذا كانت آثار العقد تقع لهذا الأخير مباشرة فلأنه هو الطرف الآخر فى العقد أو كما يقول بعض أنصار هذه النظرية [٢] لأن الارادة التى يتقدم بها النائب ليست ارادته فهو عند ما يعقد العقد انما يعبر عن إرادة الأصيل فكأن شخصية النائب تزول من العقد وتفسح الطريق لشخصية هذا الأصيل .

ويعترض على هذه النظرية بأن التمشى مع هذا المجاز يؤدى الى نتائج غير معقولة ، لأن العقد الذى يعقده الوصى ينعقد اذن بارادة ناقص الأهلية وهى ارادة قاصرة ! والعقد الذى يعقده الفضولى مع الغير ينعقد كذلك بارادة رب العمل ولا يكون فرق بين الوكالة والفضالة [٣] ! بل حتى فى الوكالة يظهر عيب هذه النظرية ، اذ الوكيل له فى انعقاد العقد دور ايجابى فهو ليس مجرد رسول (messager, nuntius) يحمل ارادة الأصيل ، والوكالة تفترض أن للوكيل نصيبا من الحرية فى تصريف العمل القانونى فكيف يقال بعد ذلك أن العقد ينعقد بارادة الأصيل !

على أساس هذا الاعتراض قامت نظرية جديدة تقضى بأن العقد ينعقد بارادة النائب [٤] ، مما يستتبعه النتائج التى ترتبت على النظرية التقليدية ، ولكن يظل التساؤل قائما بالنسبة لتفسير وقوع أحكام العقد للأصيل فى حين أنه ينعقد

---

(١) راجع بودرى وفال ، الوكالة فقرة ٣٦٣ — ترولون ، الوكالة فقرة ٥٩٥ — جيلوار ، الوكالة فقرة ١٨٤ — لابيه ، اجازة تصرفات الفضولى ص ١١ .

(٢) سافينى ، الالتزامات ، ترجمة جيراردان — چوزون ٢ ص ١٩٤ .

(٣) پلانيول وريبير واسمان ٢ فقرة ٥٥ .

(٤) اهيرنج ، روح القانون الرومانى ترجمة ملينير ٤ ص ١٧١ — پيلون ، المرجع السابق ص ٥١ .

بارادة النائب . وقد فسرت هذه النتيجة بمبدأ سلطان الارادة [١] : هكذا شاء الطرفان فى العقد ، النائب ومن تعامل معه وليس فى النظام العام ما يستوجب تحديد ارادتهما فى هذا الشأن .

على أنه يجب التحرز من اطلاق القول بأن العقد ينعقد بارادة النائب ، اذ بين انعقاد العقد بواسطة رسول يقتصر عمله على تبليغ ارادة الغير دون أن يكون له أى دور ارادى فى العقد و بين انعقاده بواسطة نائب تترك له الحرية كاملة فى مناقشة شروط العقد والبت فيها تتسلسل درجات لا تنتهى . فقد يضع الأصيل للنائب مجرد ارشادات عامة عليه أن يراعيها وله دون ذلك حرية كاملة فى عقد العقد ، وقد يفرض عليه ادراج شروط معينة فى العقد و يترك له الحرية فى الباقى وقد يفرض عليه كافة الشروط وتكون مهمة النائب قاصرة على التوقيع عن الأصيل . فهل يقال فى كافة هذه الصور أن العقد ينعقد بارادة النائب ؟ ان أهمية المسألة تظهر بالنسبة لاستيفاء شروط الارادة . فاذا قلنا أن العقد ينعقد بارادة النائب فان بحثنا يتجه الى هذه الارادة لكى نتبين مقدار استيفائها للشروط وسلامتها من العيوب كالغلط والاكراه [٢] واذا قلنا أنه ينعقد بارادة الأصيل وجب أن نتجه الى ارادة هذا الأخير .

ان العقد الذى يعقده النائب انما تشترك فى عقده ارادة النائب والغير المتعاقد معه والأصيل [٣] (فى حالة النيابة الاتفاقية أى الوكالة) ، وارادة النائب تتفاوت فى الأثر بتفاوت الحرية التى تركت له فى عقد العقد . والتطبيق الدقيق لقواعد التراضى يؤدى بنا الى الرجوع الى ارادة النائب فى كل ما كان له الحرية فى تصريفه والى ارادة الأصيل فى كل ما فرض على النائب [٤] .

---

(١) كابيتان فقرة ٣١٩ — راجع ليفى اولمان ، المرجع السابق ص ٤٥٤ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان فقرة ٥٧ — وتظهر الأهمية كذلك بالنسبة لتقدير سوء النية وحسن النية فى المتعاقد . هل العبرة بنية الأصيل أم النائب ؟

(٣) قارن ميتيس ، نظرية النيابة ١٨٨٥ ص ١١٠ وكوربسكو ، النيابة فى الأعمال القانونية رسالة باريس ١٩١٣ ص ٣٧ وما بعدها .

(٤) قارن نص المادة ١٦٦ مدنى المانى .

أما تفسير وقوع آثار العقد للأصيل مع أنه ينعقد جزئيا بارادة النائب فميسور بالرجوع الى عناصر الارادة التى تكلمنا عنها فى المبحث السابق . ذلك ان النائب الذى يتعاقد عن الأصيل لم يقصد باظهار ارادته أن يلتزم أوأن يصبح صاحب الحق. و بتعبير آخر لم تتجه ارادته الى احداث الآثار القانونية فى ذمته بل فى ذمة الأصيل . وقد يحسن فى هذا الشأن التميز بين النيابة الاتفاقية كما فى الوكالة و بين النيابة القانونية كما فى الوصاية والقيامة والفضالة . ففى النيابة الاتفاقية تشترك ارادة الأصيل والنائب فى امضاء العقد و بتوافقها مع ارادة الغير تستوفى عناصر التراضى . ونتيجة لهذا الاشتراك توزع شروط الارادة على هاتين الارادتين بقدر مساهمتهما فى امضاء العقد . فتحديد الغرض من الارادة وسلامتها من العيوب يرجع فيه الى ارادة الأصيل فيما فرضه من شروط العقد والى ارادة النائب فيما كان له الحرية فى تصريفه . أما نية احداث الأثر القانونى فهى تعتبر متوفرة كذلك باشتراك ارادة الأصيل والنائب . فالنائب قد أراد احداث الأثر فى ذمة الأصيل والأصيل قد أراد حدوث الأثر فى ذمته (وقد ظهرت ارادته فى عقد التوكيل) . وعلى هذا الوجه يصح ما ذهب اليه البعض[1] من اعتبار النيابة وصفا modalité للارادة كالشرط والأجل . فكما أن الارادة قد تعلن موصوفة بشرط فلا يقع الأثر القانونى الذى تتجه اليه الارادة الا عند تحقق الشرط ، فكذلك قد تعلن موصوفة بوصف النيابة فلا يقع الأثر القانونى فى ذمة النائب الذى صدرت منه الارادة بل فى ذمة الأصيل .

أما فى النيابة القانونية فلا نزاع فى أن العقد ينعقد بارادة النائب وحده وفى أننا نتجه لهذه الارادة للبحث فى استيفاء الشروط . أما عن وقوع آثار العقد للأصيل فليس ذلك نتيجة ارادة صدرت من الأصيل (والأصيل هنا هو ناقص الأهلية وارادته لم تظهر واذا ظهرت فلا يعتد بها ، أو هو رب العمل وارادته لم تظهر كذلك اذ لو ظهرت فأقر عمل الفضولى لأصبحت النيابة اتفاقية وانقلبت

---

(١) ليفى اولمان ، المرجع السابق ص ٤٥٤ وپوبسكو رامنسيانو ، المرجع السابق ص ٢١٦ و٢١٧ .

الفضالة الى وكالة) وانما هو حكم من أحكام القانون . فالتزام القاصر بأحكام العقد الذى يعقده الوصى ورب العمل بأحكام العقد الذى يعقده الفضولى (بشرط حسن الادارة) ليس التزاما ارادیا ، بل هو التزام يقع على المال بقوة القانون وحده ولذلك فهو أدخل فى المسؤولية منه فى الدين (١) .

٥١ — وبهذا تتجلى لنا شروط النيابة ، فلكى تترتب آثار النيابة أى لكى تقع آثار العقد الذى يعقده النائب للأصيل مباشرة يجب أن يكون لدى النائب نية تمثيل الأصيل وأن يعلم المتعاقد معه بذلك . أما اذا كان النائب يعقد العقد باسمه ولحسابه فان النيابة لا توجد فلا تترتب آثارها . كذلك لا توجد النيابة اذا كان النائب يتعاقد لحساب الأصيل دون أن يعلم المتعاقد معه بذلك . على أنه لا يشترط لهذه النية المشتركة شكل خاص . عادة يعبر عنها بأن يذكر النائب فى العقد الذى يباشره بأنه يعقده باسم ولحساب الأصيل ، ولكن لا حاجة لهذا التعبير الصريح على سبيل التحتيم (٢) . فقد تكون النيابة مفهومة لدى الطرفين كالخادم يشترى حاجيات المنزل وكربان السفينة يشترى مؤونتها .

كما يجب أن يكون لدى النائب سلطة تمثيل الأصيل . وهذه السلطة قد يمنحه أياها الأصيل نفسه كما فى حالة الوكيل الذى يتلقى سلطة التمثيل بعقد الوكالة كما قد يمنحه اياها القانون كما فى حالة الوصى والولى والقيم .

تلك هى الشروط كلها فلا يشترط الى جانب ذلك أهلية النائب لاجراء التصرف الذى يعقده عن الأصيل . ذلك أن آثار هذا التصرف لا تقع له بل تقع للأصيل (٣) واذا كنا نعتد بارادة النائب فى الحدود التى يكون له فيها الحرية فى تصريف العقد فنحن لا نعتد بها باعتبارها ارادة بالتزام ، اذ أن ارادته لم تصدر على هذا المعنى ، بل ارادة الالتزام بأحكام العقد الذى يعقده هذا النائب تعتبر حتما صادرة من الأصيل وهى قد صدرت منه فى عقد الوكالة (ما لم يقض القانون نفسه

---

(١) راجع فيما سبق فقرة ٢٥ — ٢٨ .

(٢) راجع مادة ١٦٤ المانى وهى فى هذا المعنى ، وراجع پلانيول وريپير واسمان ٢ فقرة ٦١ .

(٣) يشترط القانون الأهلية الكاملة فى حالة الوصى والولى والقيم .

بالتزام الاصيل كما فى النيابة القانونية) . كل ما يطلب فى النائب اذن هو أن تكون له أهلية التعبير عن الارادة ويكتفى فى ذلك بأهلية التمييز[1] . على أنه اذا كانت النيابة اتفاقية كما فى حالة الوكالة فانه يشترط فى النائب الأهلية لمباشرة عقد الوكالة ، اذ الوكالة عقد ينشىء التزاما على الوكيل فيطلب فى هذا الوكيل الأهلية لذلك الالتزام .

الفرع الثانى — فى اعلان الارادة

٥٢ — ضرورة اعلان الارادة .

٥٢ — اذا وقفت الارادة عند حد الظاهرة النفسانية التى تجيش فى النفس دون ظهور فى العالم الخارجى فهى لا تكفى لانعقاد العقد حتى ولو صادفت ارادة أخرى موافقة ، بل لا بد من الافصاح عنها declaration وان هذا الافصاح وهو ظاهرة اجتماعية لأقل ما يطلب لانعقاد العقد وهو فى ذاته ظاهرة تولد روابط اجتماعية ، وما يفهم أن تتولد تلك الروابط عن محض ظواهر نفسية . واذا كانت الارادة التى تحتبس فى النفس فلا يفصح عنها صاحبها بأى طريق من طرق الافصاح والتعبير لا تعتبر ظاهرة اجتماعية ، فلأن اقامة الدليل على وجودها حتى فى دائرة النفس عبارة عن استحالة مطلقة ، ولا يقال انها قد تثبت بالاقرار ، اذ الاقرار انما هو افصاح عن الارادة ونقل لها من العالم النفسى الى العالم الخارجى . بل وليس الافصاح مجرد دليل يقام على وجود الارادة ولا دليل غيره ، بل انه كثيرا ما يكون مصدر وجودها ، عند ما تتحول الرغبة الغامضة المختلطة التى تجيش فى النفس الى ارادة باتة بالافصاح عنها .

ويقتضينا البحث فى الافصاح عن الارادة الكلام فى كيفية التعبير عن الارادة أى فى الوسائل الذى تنتقل بها الارادة من الحيز النفسى الى الحيز الاجتماعى ، كما يقتضينا الكلام فى مقارنة الارادة فى حالتها النفسية أى الارادة الباطنة ، بالارادة فى حالتها الاجتماعية أى الارادة الظاهرة وبيان حكم الخلاف

(١) راجع س م ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة ٢٥ ص ١٦١ وس ا ٨ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ ص ١٤٨ .

الذى يقع بين هاتين الارادتين . ولذلك نتكلم على اعلان الارادة فى مبحثين .

المبحث الأول — فى كيفية التعبير عن الارادة

٥٣ — التعبير الصريح والتعبير الضمنى ٥٤ — التعبير عن الارادة بالسكوت .

٥٣ — لم يشترط القانون شكلا خاصا للتعبير عن الارادة وذلك تطبيقا لمبدأ الرضائية . المهم هو اعلان الارادة وانتقالها الى العالم الخارجى بأى طريق من الطرق . ولا يحد هذه الحرية فى العقود الرضائية أى قيد من القيود اللهم الا قيد الاثبات ، فاذا كان التعبير عن الارادة بغير الكتابة فقد يصعب اثبات التعاقد متى تجاوزت قيمة العقد حدا معينا (عشرة جنيهات) و بهذا تتعطل نتائج العقد ما لم يكن منجزا ينفذ بمجرد انعقاده — على أن قواعد الاثبات كما رأينا مستقلة عن قواعد التراضى وانعقاد العقد .

المهم اذن هو التعبير عن الارادة فلا يعتد بالمظهر الذى عبر به عنها ان كان الكتابة أو المشافهة أو الاشارة أو الايماءة ، ولا بالغرض من هذا المظهر هل قصد به هذا التعبير أو قصد به أمر آخر ما دام هو فى ذاته يعبر عن الارادة ، و بمعنى آخر قد يكون التعبير عن الارادة صريحا expresse أو ضمنيا tacite أو كما يسميه البعض مباشرا أو غير مباشر (١) .

و يكون التعبير عن الارادة صريحا اذا اتبعت فيه مظاهر قصد بها الكشف عن الارادة أى إحاطة الغير علما بها كمن يريد أن يعرض على الآخر عقدا من العقود أو أن يقبل عقدا معروضا عليه فيرسل خطابا بهذا المعنى أو كمن يوقع المحرر المتضمن شروط التعاقد . فالكتابة أو التوقيع تعبير صريح عن الارادة ، إذ هى مظهر قد قصد باتباعه الكشف عن هذه الارادة . وكذلك المشافهة بايجاب عقد أو قبوله تعد تعبيرا صريحا عن الارادة ، والاشارة والايماءة بذلك ، وارسال نشرات تجارية تبين نوع البضاعة ومقدار الثمن ، وعرض البضاعة فى واجهة المحل التجارى وقد ذكر عليها الثمن ، وارسال البضاعة لمن يطلبها .

---

(١) راجع فى التعبير الصريح والضمنى ديموج ١ فقرة ١٧٣ وما بعدها وپلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ١٠٥ .

ويكون التعبير ضمنيا اذا كان المظهر المتبع لم يقصد باتباعه الكشف عن الارادة واحاطة الغير علما بها ، بل قصد به أمر آخر ولكنه رغم ذلك يكشف عن الارادة لأن التعبير عنها من مدلولاته . مثال ذلك أن يعرض شخص على آخر بيع عين بثمن معين فلا يعبر الموجب له عن إرادته بالقبول صراحة ولكنه يتصرف فى العين المعروض بيعها له . هذا العمل ، هذا المظهر ألا وهو التصرف فى العين ، لم يقصد به الكشف عن القبول واعلام الموجب به ولكن القبول رغم عدم توفر هذا القصد يعتبر من مدلولات هذا التصرف ، إذ لا يستقيم تفسيره إلا بذلك .

فالفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى ليس فى الشكل المتبع للتعبير عن الارادة بل فى القصد من اتباع هذا الشكل أو المظهر ، ولذلك يظهر أثر الفرق بين التعبيرين فى قوة الدلالة على الارادة ، فالصريح أدل من الضمنى لأن دلالته مباشرة أما الضمنى فهو يستند الى جانب كبير من الاستنتاج ، ولذلك يختلف فيه التقدير و يتفاوت النظر تبعا لدرجة الاقتناع .

والأصل على أى حال أن كلا من التعبيرين جائز ؛ على أن الشارع قد يتطلب التعبير الصريح للدلالة على الارادة فى أحوال معينة (راجع المواد ٣٥٢/٤٤٠ و ٤٩٨/٦٠٨ والمواد ١٢٠٢ و ٢٠١٥ مدنى فرنسى) كما أن القضاء يذهب الى ذلك فى أحوال لم يقض بها الشارع ، فهو يتطلب فى عقد القرض أن يكون الاتفاق على الفوائد صريحا [١] بمعنى أن التعبير الضمنى لا يعتد به للدلالة على الارادة فيما يتعلق باشتراط الفوائد ، كما أنه يشترط التعبير الصريح لاستبدال الدين بغيره [٢] . وهو كما يتشدد فى هذه الصور يتساهل فى صور أخرى فيسلم بالتعبير الضمنى حتى بالنسبة لارادة كل من الطرفين فينعقد العقد دون أن يظهر أى تعبير صريح عن الارادة [٣] .

---

(١) س مصر ٢٢ ابريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٦٧ .

(٢) نقض فرنسى ٢٨ ابريل سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ — ١ — ١٦٧ و س مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٤٧ .

(٣) راجع مقال بهجت بدوى عن تأثير القضاء الفرنسى فى القضاء المدنى الأهلى ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة العدد الرابع فقرة ٢٠ ص ٤٢٣ — ٤٢٤ والأحكام المنشورة فيه.

٥٤ — وما حكم السكوت تعبيرا عن الارادة ؟ إن مسألة السكوت تعرض عادة بالنسبة للقبول : إيجاب يصدر من شخص لآخر فلا يعبر الموجب له عن إرادته لا بالقبول ولا بالرفض بل يلتزم الصمت ، فهل يعتبر السكوت تعبيرا عن القبول . ان للسكوت آثارا قانونية لا نزاع فيها ، فهو قد يكون جريمة كطبيب يسكت عن التبليغ عن اصابة بمرض وبائى وهو قد يكون من أدلة الاثبات ، فسكوت الخصم عند استجوابه قد يقوم مقام الاقرار .

انما هل يعتبر السكوت طريقا أو مظهرا للتعبير عن الارادة التى ينعقد بها العقد أو بالذات تعبيرا عن القبول ؟[1] لا مانع مبدئيا يمنع من صلاحية السكوت طريقا للتعبير عن الارادة . والدليل على ذلك أن الشارع نفسه يجيز التعبير بالسكوت فى صور معينة أهمها نص المادة ٣٨٦/٤٧١/١٧٣٨ و ١٧٥٩ التى تقضى بأنه اذا بقى المستأجر فى العين بعد انتهاء عقد الايجار بدون معارضة من المؤجر (راجع على الأخص نص المادة ١٧٥٩ فرنسى) فان عقد الايجار يتجدد بنفس الشروط والمدة المعتادة .

على أن هذه النصوص استثنائية ، وهى اذا دلت على صلاحية السكوت للتعبير عن الارادة فهى لا تكفى لكى نقيم من المثل السائر « السكوت رضا qui ne dit mot consent » قاعدة قانونية ، فان من يعرض عليه إيجاب قد يلتزم السكوت لا لأنه يقبل الايجاب بل لأنه يرغب فى التروى قبل الاقدام على القبول أو لأن الايجاب المعروض لا يهمه فى شىء فهو لا يكلف نفسه مؤونة الرفض[2] . ولا يمكن أن يقال أن كل من يوجه اليه إيجاب يعقد عليه أن يرد عليه بالقبول أو بالرفض والا اعتبر قابلا لأن فى فرض هذا الالتزام تضييقا على الناس[3] ، وهو بعد

---

(١) راجع بونكاز تكملة بودرى ٢ ص ٤٧٢ وما بعدها وديموج ١ فقرة ١٨٥ وما بعدها .

(٢) راجع حكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ١٨٧ رقم ٢٧٦ .

(٣) راجع مع ذلك س م ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة ١٧ ص ١٦٩ و ٥ فبراير =

لا يقوم على سند قانونى . ولذلك فان ما يعمد اليه بعض التجار من ارسال انموذج من بضائعهم الى الأفراد مصطحبا بخطاب يذكر فيه أن عدم الرد فى ظرف مدة معينة يعتبر بمثابة القبول لا يجعل سكوت المرسل اليه قبولا . انما يعتبر السكوت قبولا اذا اصطحب بظروف silence circonstancié تجعل هذا السكوت لايحمل الا على القبول ، وتجعل الموجب فى حل من انتظار رد على ايجابه . ومن أهم هذه الظروف — نقلا عن أحكام المحاكم — ظرفان : وجود علاقة عمل سابقة بين الموجب والموجب اليه ؛ قيام عقد ما زال فى دور التنفيذ .

فاذا كان بين شخصين علاقة عمل مستمرة وصدر ايجاب من أحدهما للآخر فعلى الموجب اليه اذا أراد أن يوقف هذه العلاقة أن يرفض الايجاب صراحة ، أما سكوته فهو بمثابة القبول . ومن أمثلة ذلك قضية فرنسية تتلخص فى أن صاحب مطعم اعتاد شراء المواد الغذائية من تاجر معين ، أرسل مرة لهذا التاجر يطلب كمية من تلك المواد بالأسعار المتفق عليها فلم يرد التاجر والمحكمة اعتبرت سكوته بمثابة القبول (١) .

كذلك كل ارادة تصدر من أحد المتعاقدين للآخر متعلقة بعقد بينهما تتطلب من الآخر إذا لم يرد الموافقة عليها أن يعبر عن ارادته صراحة والا اعتبر سكوته قبولا . ومن تطبيقات ذلك أن الوكيل اذا أرسل الحساب إلى الموكل ولم

= سنة ١٩٠٨ المجموعة ٢٠ ص ٨٢ و ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ ص ٢٨٤ — ويظهر من هذه الأحكام أنها تعتبر صفة التاجر كافية لفرض هذا الالتزام . وهذه الأحكام قد تبررها ظروف القضايا التى فصلت فيها ولكن اطلاق المبدأ واعتبار التاجر ملزما بالرد دائما لا يخلو من النقد ، لأن المسألة مسألة وقائع قبل كل شىء .

(١) مونبلييه ٣ يوليو سنة ١٨٨٥ سيرى ٨٦ — ٢ — ٥٦ وقارن س م ٢ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٤ ص ٣١٥ .

يعترض هذا عليه أو لم يناقضه فيعتبر سكوته هذا بمثابة اقرار للحساب [١] . وأن تأشير التاجر للمشترى على الفاتورة بشروط جديدة وعدم اعتراض الآخر على هذه الشروط يعتبر بمثابة القبول [٢] .

فالسكوت اذن ليس له قيمة مستقلة واذا ترتب عليه أثر فى الأحوال الاستثنائية التى يقضى فيها القانون بذلك وفى الأحوال الأخرى التى أخذ بها القضاء فليس الأثر مترتبا على السكوت ذاته وانما هو مترتب على مجموع الظروف القائمة التى تحيط بالسكوت والسكوت ذاته ان هو إلا ظرف من هذه الظروف ، ويعتبر التعبير عن القبول فى هذه الأحوال ضمنيا . والمسألة من قبل ومن بعد مسألة وقائع تترك لتقدير القاضى باعتبارها مسألة تفسير للارادة [٣] . ولذلك فللطرفين تحديد أثر السكوت فى علاقتهما ، فيشترطان التعبير الصريح كما اذا اتفق المؤجر والمستأجر على استبعاد حكم المادة ٤٧١/٣٨٦ التى تقضى بأن الاجارة تتجدد ببقاء المستأجر فى العين دون معارضة من المالك ، وذلك باستلزامهما التعبير الصريح عن ارادة المؤجر بقبول تجديد عقد الايجار . كما يجوز للطرفين عكس ذلك والاتفاق على أن السكوت يكون له فى غير عقد الايجار نفس الأثر الذى قضت به المادة ٤٧١/٣٨٦ فى عقد الايجار . كما لو اتفق الطرفان فى عقد العمل على أن بقاء العامل قائما بعمله دون معارضة من الطرف الآخر يعتبر بمثابة تجديد لعقد العمل .

---

(١) نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٨٨٩ جازيت دى پاليه ٨٩ — ٢ — ٢٩١ وقارن بالنسبة لعدم الاعتراض على خطاب المصرف الذى يبين حساب العميل س م ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة ١٧ ص ١٦٩ و ٣ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٧ ص ١٤٦ و ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٩ ص ١١٤ .

(٢) كولان وكاپيتان ٢ ص ٢٥ ونقض فرنسى ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ — ١ — ٣١٩ .

(٣) دى پاج فقرة ٥٤٥ .

المبحث الثانى — فى الارادة الباطنة والارادة الظاهرة (١)

٥٥ — حكم الخلاف بين الارادة الباطنة والارادة الظاهرة بالتطبيق لمبدأ الرضائية ٥٦ — عيوب الاعتداد بالارادة الباطنة . النظرية الالمانية ٥٧ — تناقض النظرية الألمانية ٥٨ — التوفيق بين الارادة الباطنة وبين الاستقرار . مادة ١٣٤١ مدنى فرنسى — المسئولية اللاتعاقدية .

٥٥ — رأينا أن الارادة يجب أن تظهر فى العالم الخارجى بحيث يتمكن المتعاقد الآخر من العلم بها ، وانها انما تظهر فى العالم الخارجى باعلانها أى بالافصاح عنها . أما اذا كان الاعلان أمينا فى التعبير عن الارادة الباطنة بحيث طابقت الصورة الاجتماعية للارادة الصورة النفسية لها فليس فى الأمر صعوبة . إنما تظهر الصعوبة اذا انحرف الاعلان ، أى الافصاح ، عن الارادة الباطنة فخالفها أو ناقضها . أى الارادتين نعتمد فى انعقاد العقد ، الارادة الباطنة أم الارادة الظاهرة التى أعلنت ؟ لقد رأينا أن العقد محوره الارادة ونقصد بالارادة الارادة الحقيقية التى تضمرها النفس ، كما رأينا أن انطواء النفس على ارادة مهما كانت باتة لا يكفى لصلاحية هذه الارادة لانعقاد العقد بل يجب اعلانها . فهما شرطان لا يمكن الاستغناء عن أحدهما لاعتبار العقد منعقدا . وعلى ذلك متى خالفت الارادة الظاهرة لأحد المتعاقدين ارادته الباطنة ، فلن ينعقد العقد لا بالارادة الباطنة وهى لم تظهر فى العالم الخارجى ، ولا بالارادة الظاهرة لأنها محض اعلان لا يعبر عن ارادة قائمة . ويقع الخلاف بين الارادتين فى صور كثيرة نذكر منهما صورتين على سبيل المثال :

---

(١) **مراجع** — سالي ، اعلان الارادة مادة ١١٦ وما بعدها — ديموج ١ فقرة ٢٧ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٠٣ — بونكاز ، تكملة بودرى جزء ٢ فقرة ٤٠٢ وما بعدها — ديريه ، تفسير الأعمال القانونية رسالة باريس سنة ١٩٠٥ ومقاله فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ ص ٥١٣ وما بعدها — مينيال ، مقال فى مجلة القانون المدنى ١٩٠٢ ص ٥٤٥ — چينى ، اعلان الارادة ، حوليات القانون التجارى ١٩٠١ ص ٣٣٥ — شاباس ، اعلان الارادة فى القانون الفرنسى ، باريس ١٩٣١ ص ٧٤ ومابعدها — السنهورى فقرة ١٦٧ وما بعدها .

تاجر عرض بضاعة فى واجهة محله وكتب عليها خطأ ثمنا أعلا من الثمن الذى يقصد بيعها به . الارادة الباطنة للتاجر قد اتجهت الى البيع بالثمن الأعلا بعكس الارادة الظاهرة — وهى قد ظهرت بكتابة الثمن — التى اتجهت الى الالتزام بالثمن الأقل . ما الحكم اذا قبل أحد الناس شراء البضاعة بالثمن المعروض ، هل ينعقد العقد بهذا الثمن أم بالثمن الذى اتجهت اليه ارادة التاجر أم لا ينعقد العقد بتاتا ؟

مالك عرض على آخر بيع عين مملوكة له على سبيل المزاح فأخذ الآخر الصفقة مأخذ الجد وقبلها ، هل ينعقد العقد ؟

فى المثال الأول أمامنا ارادة باطنة للتاجر قد استوفت الشرائط ولكنها تخالف ارادته الظاهرة . وفى المثال الثانى لم تستوف ارادة البائع الباطنة شرائطها لأنها غير جدية فهى لم تتجه الى الالتزام وهى تخالف الارادة الظاهرة التى ظهرت بمظهر الجد .

ان مبدأ الرضائية يدعونا الى أن نعتد بالارادة الباطنة دون غيرها لأن الارادة التى ينعقد بها العقد عبارة عن ظاهرة نفسية علينا أن ندرسها على هذا الاعتبار . واذا كانت ارادة المشترى فى المثالين السابقين قد استوفت شرائطها وطابق ظاهرها باطنها فهى قاصرة عن انشاء الالتزامات ما لم توافقها ارادة الطرف الآخر مستوفاة من ناحيتها كافة الشرائط ، وهى هنا لم تستوفها اذ أن ارادة البائع الباطنة ينقصها العنصر الثانى فى المثال الأول لأنها لم تعلن و ينقصها العنصر الأول فى المثال الثانى لأنها ارادة غير جدية [1] . ومن ثم يمتنع انعقاد العقد .

٥٦ — على أن هناك صعوبات عملية تدعونا الى التأمل . وترجع هذه الصعوبات الى أن المتعاقد لا يتاح له الاطلاع على ارادة الطرف الآخر الباطنة الا بالقدر الذى تسمح به المظاهر الخارجية لهذه الارادة . واذا اختلفت هذه المظاهر عن تلك الارادة واطمأن اليها المتعاقد فسوف يترتب على الاعتداد بالارادة الباطنة دون غيرها باعتبارها الارادة الحقيقية أن يمتنع انعقاد العقد وأن يضار المتعاقد الذى

(١) راجع فيما سبق فقرة ٤٧ .

اطمأن اطمئنانا مشروعا الى مظهر قائم هو كل ما أمكنه استطلاعه . و بتعبير آخر سوف يؤدى تطبيق مبـدأ الرضائية الى تضحية المتعاقد الذى طابق ظاهره باطنه لمصلحة المتعاقد الذى أظهر غير ما يضمر . وفى هـذا ما فيه من اخلال بالاستقرار وتغرير بالناس .

النظرية الباطنة

حيال هذه النتائج التى لا يمكن السكوت عليها ظهرت نظرية تقضى بأنه لا يجب الاعتداد بهذه الارادة الباطنة و بأن العبرة بالاعلان . متى أعلنت الارادة فالمفهوم أن يطمئن النـاس إلى هذا الاعلان وألا يبحثوا فيما وراءه ، ومتى صادف هذا الاعلان اعلاناً لارادة موافقة انعقد العقد . تلك هى النظرية المعروفة بنظرية الارادة الظاهرة théorie de la declaration de la volonté التى سادت فى الفقه الألمانى وأخذ بها الشارع الألمانى الى حد كبير .

وكأن هذه النظرية ترى أن الارادة لا يعتد بها فى مظهرها النفسى بل فقط فى مظهرها الاجتماعى . وليس معنى ذلك أن النظرية تقضى بالرجوع إلى الشكلية إذ أن اعلان الارادة لا يقيد بشكل معين بل تصح فيه كافة طرق الاعلان بل كل ما فى الأمر أنها لا تعنى إلا بهذا الاعلان . وهى تعتد بهذا الاعلان فى ذاته لا باعتباره قرينة على الارادة الباطنة ، وحتى اذا صح قرينة فهى قرينة لا تقبل نقضا ولا ابراما فلا يسمح فيها باثبات العكس .

٥٧ — لا نزاع فى أن هذا المذهب يستقيم من الناحية العملية لأنه يقضى على النتائج المجحفة التى يؤدى اليها منطق الرضائية ، انما هل هو مستقيم من الناحية المنطقية ؟ لا يمكن أن يستقيم المـذهب منطقيا على الوضع الذى يتقدم به الا اذا انتهى الى نفى الارادة نفيا تاما من حظيرة العقد أو العمل القانونى على وجه العموم . وهذا ما لم تقض به النظرية أو على الأقل ما لم يقض به القانون الألمانى الذى احتج به نصيرا لنظرية الارادة الظاهرة ، إذ ما زال هذا القانون يعتد بالارادة من حيث الاعلان فى ذاته : العبرة حقا باعلان الارادة بقطع النظر عن الارادة الباطنة ، ولكن هذا الاعلان يجب أن يكون عملا إراديا ، أما الاعلان الصادر عن طفل أو عن معتوه فلا يعتد به ولا ينعقد به عقد . فكأن أنصار النظرية لم ينفوا الارادة

باعتبارها ظاهرة نفسية نفيا تاما بل هم احتفظوا بها وقصروها على ارادة التعبير فى ذاته دون حاجة إلى ارادة احداث الأثر القانونى . فمن يقبل العقد مزاحا قد أراد التعبير عن القبول ولكنه لم يرد احداث الأثر القانونى وهو الالتزام بهذا العقد . وارادة التعبير تكفى وتلزم للانعقاد . أما حدوث الأثر القانونى فهو ليس مسألة نفسية بل هو مسألة موضوعية objective والقاضى هو صاحب السلطان فى تحديد هذا الأثر ، وهو فى سبيل هذا التحديد لا يبحث عن الارادة الباطنة بل عن المعنى الذى يتجلى عنه هذا الاعلان لشخص متوسط الذكاء . واذا احتمل الاعلان أكثر من معنى فللقاضى — فى هذه الحالة دون غيرها — أن يبحث عن الارادة الباطنة فاذا تجمعت له عناصر الحكم وأمكنه استجلاؤها كان بها والا فهو يترتب على الاعلان الأثر القانونى الذى تقضى به العدالة والمصلحة الاجتماعية .

هذه خلاصة نظرية الارادة الظاهرة التى قيل بها لدفع النتائج المجحفة التى ترتبت على منطق الرضائية . والنظرية كما رأينا وان نجحت عملا تهدم نفسها بنفسها من الناحية المنطقية لأنها تدفع الارادة من حيث الأثر القانونى وتجذبها من ناحية التعبير . ومن غير المفهوم أن يجرد هذا المذهب الارادة من قيمتها الاجتماعية بحجة أن العبرة بالاعلان ثم يرجع اليها باعتبارها أساسا لذلك الاعلان وهو فى ذاته واقعة اجتماعية . الظاهر أن هذا المذهب لم يستبعد الارادة باعتبارها المحور الذى يدور عليه العمل القانونى بل هو لا يعتد بها بالقدر الذى تكون فيه مصدرا للضرر والتغرير . وهذا غرض ميسور التحقيق مع الاحتفاظ بمبدأ الرضائية .

٥٨ — ان اعتدادنا بالارادة الباطنة لا يمنع بتاتا — ونحن نشترط اعلان الارادة حتى ينعقد العقد — من أن نعتبر الاعلان قرينة على الارادة الباطنة وأن نعتد به على هذا الاعتبار . على ألا نذهب الى ما ذهبت اليه النظرية الألمانية فنعتبر هذه القرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكسى بل نسمح باقامة هذا الدليل ، وباقامته يمتنع انعقاد العقد . ثم ان اجازة الدليل العكسى لا تمنعنا من تقييده . وهذا ما فعل الشارع الفرنسى بنص المادة ١٣٤١ التى تقضى بأنه لا يجوز نقض أو تكملة ما ثبت كتابة بشهادة الشهود . وهو نص لم يرد ما يقابله

فى القانون المصرى ولكن يسلم الشراح وتقضى المحاكم بتطبيقه . وهذا النص يخفف من الاضرار التى تترتب على تطبيق منطق الرضائية دون أن يكون فى ذلك معنى الانحراف نحو مذهب الارادة الظاهرة ، بل على النقيض يظل هذا النص تطبيقا محضا لمبدأ الرضائية ، ذلك أنه يرمى الى استبعاد الاثبات بالشهادة . وقد يفهم أن يكون النص انحرافا نحو مذهب الارادة الظاهرة لو أن شهادة الشهود كانت عبارة عن اقامة للارادة الباطنة ، فيصح على هذا الوضع أن يقال ان الشارع أراد أن يغلب الارادة الظاهرة (الدليل الكتابى) على الارادة الباطنة (الشهادة) . ولكن الواقع أن اجازة الاثبات بالشهادة ليس فيها معنى اقامة الارادة الباطنة اذ علام يشهد الشهود ؟ انهم يشهدون على ما سمعوه أو رأوه أى على مظاهر خارجية ، أما المظاهر النفسية ، أما الارادة الباطنة ، فان شأنهم فيها شأن المتعاقد الآخر فهم لا يدركونها الا بالقدر الذى تتنفس عنه هذه المظاهر الخارجية . بل وقد تكون الكتابة أدل من الشهادة على الارادة الباطنة لأن الطرفين لا ينتهيان عادة الى تعاقد نهائى الا عند تحرير العقد أى أن الارادة لا تتحدد التحديد اللازم الا بهذا الطريق من الاعلان[1] ، فتصح الكتابة على هذا الوجه أصدق تعبيرا عن الارادة الباطنة . والخلاصة أن نص المادة ١٣٤١ يعتبر تطبيقا لمبدأ الرضائية وهو فى نفس الوقت يؤدى الى التخفيف من الأضرار التى يؤدى اليها منطق هذا المبدأ .

ومن ناحية أخرى فان اقامة الدليل على أن الارادة الباطنة تخالف الارادة الظاهرة وان منع من انعقاد العقد لا يمنع من تخفيف النتائج الضارة المترتبة على ذلك باقامة بالمسؤولية اللاتعاقدية تقع على من أعلن ارادة تخالف ارادته الباطنة فغرر بالطرف الآخر . وقد لا يكون تعويض عن الضرر المترتب على هذا التغرير أصلح من اقامة العقد واعتباره منعقدا . كل ذلك بشرط أن تتوفر شروط المسؤولية اللاتعاقدية وأهمها ثبوت خطأ المسؤول وتقصيره فى مخالفة ظاهره لباطنه .

---

(١) راجع أوبرى ورو فقرة ٧٦٢ وحاشية ٣ للأستاذ بارتان وشاباس ص ٨١ وما بعدها .

الفرع الثالث - فى توافق الارادتين

٥٩ — تحليل الارادة يؤدى الى لزوم ارادتين متوافقتين لانعقاد العقد — العنصر القانونى فى التراضى .

٥٩ — اتجاه الارادة الى نشوء الالتزام لا يكفى لنشوئه حتى ولو أصبحت هـذه الظاهرة النفسية ظاهرة اجتماعية باعلان هذه الارادة . بل يجب الى ذلك ما أطلقنا عليه اسم الظاهرة القانونية ألا وهى توافق الارادتين . يجب أن تكون أمامنـا ارادتان حتى ينعقد العقد كما يجب تطابق هاتين الارادتين واقترانهما . وعادة يطلق على الارادة التى تصـدر أولا اسم الايجاب offre, pollicitation والارادة التى تصدر ثانيا اسم القبول acceptation والتسمية لاتتغير أيا كان الطرف الذى أظهر ارادته أولا ، ففى عقد البيع قد يصدر الايجاب من البائع فيصادفه القبول من المشترى كما قد يصدر الايجاب من المشترى فيصادفه القبول من البائع .

وان لزوم ارادتين متوافقتين لاستيفاء التراضى لعناصره أى لانعقاد العقد لما يخلص لنا من تحليل عناصر الارادة . فالايجاب الذى يصدر من أحد الطرفين فى العقد — ولنفرض أنه صادر من البائع فى عقد البيع — عبـارة عن ارادة . وقد رأينا أن الارادة لـكى تعتبر صحيحة ولـكى تترتب عليها آثارها القانونية يجب أن تستوفى شرائط معينة . من بينها أن يكون لها غرض قائم ترمى اليه . وارادة البائع موضوعها خروج العين من ملـكه واقراره بدخولها فى ملك المشترى (وغير ذلك من الالتزامات التى تقع على البائع فى عقد البيع) والغرض الذى ترمى اليه هذه الارادة هو التزام المشـترى بدفع الثمن (وغير ذلك من الالتزامات التى تقع على المشترى فى عقد البيع) وسبيل نشوء هـذا الالتزام لا يكون الا بصدور ارادة المشترى بالالتزام . فالغرض الذى ترمى اليه ارادة البائع لن يتحقق الا بصدور ارادة المشترى على الوجه الذى يشبع ارادة البائع . و بتعبير آخر لن تستوف ارادة البائع شرائطها فتترتب آثارها القانونية الا بصدور ارادة أخرى مطابقة هى ارادة المشترى . وعلى هذا الوجه لا يكون اسراف فى أن نقول أن استيفاء ارادة البائع

لشرائطها يكفى لانعقاد العقد . واذا كنا قد أضفنا عنصراً ثالثا فى التراضى هو توافق الارادتين فانما فعلنا لأن الارادة لن تترتب عليها آثارها فى العالم القانونى الا متى تحقق الغرض منها بصدور ارادة موافقة لها مقترنة بها . فارادة البائع الكامنة فى نفسه — حتى ولو بلغت حد العزم البات — لا قيمة لها الا فى العالم النفسى واذا أعلنت هذه الارادة فهى ذات شأن فى العالم الاجتماعى . ولن يكون لها شأن فى العالم القانونى (باعتبارها ارادة تتجه الى احداث أثر قانونى) الا متى تحقق الغرض منها فعلا بصدور ارادة المشترى . فى هذه اللحظة — وفقط فى هذه اللحظة — تبدأ ارادة البائع تؤتى آثارها فى العالم القانونى فينشأ التزام على البائع و ينشأ التزام على المشترى .

والكلام فى توافق الارادتين أى فى وجود ارادتين متوافقتين يدعونا الى تقسيم هذا الفرع الى مبحثين : مبحث فى الارادتين أى فى الايجاب والقبول ومبحث فى لزوم الارادتين نتكلم فيه على حكم الارادة المنفردة ونستعرض الأحوال التى تنشىء فيها هذه الارادة الالتزام حتى قبل اقترانها بارادة أخرى .

المبحث الأول — فى الايجاب والقبول

لم يرد فى القانونين الفرنسى والمصرى نصوص تتناول الايجاب والقبول وتبين كيفية اقتران القبول بالايجاب ، بعكس القانونين الألمانى والسويسرى حيث وردت نصوص تفصل كيفية الايجاب وحكمه وكيفية اقتران القبول به كما وردت نصوص تحدد وقت انعقاد العقد فى الأحوال التى تظهر فيها صعوبة هذا التحديد . على أن الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر يسدان هذا النقص فى التشريع . ونحن نعتمد عليهما فى استخلاص القواعد التى تطبق فى هذا الشأن . وسنتناول فى هذا المبحث المسائل الآتية : كيف ينعقد العقد باقتران القبول بالايجاب ، كيف ينعقد العقد بين غائبين .

المطلب الأول — كيف ينعقد العقد

٦٠ — الايجاب عبارة عن ارادة ٦١ — متى يعتبر الايجاب باتا . منطقة العقد ومنطقة التمهيد للعقد ٦٢ — التمييز بين المنطقتين وسبب دقته ٦٣ — الايجاب للجمهور ٦٤ — قيمة العرض ٦٥ — قيمة الايجاب ٦٦ — تفسير قوته الملزمة ٦٧ — الايجاب والوعد ٦٨ — القبول

٦٠ — ان الايجاب عبارة عن الارادة الأولى التى تظهر فى العقد . ففى عقد البيع اذا صدر الايجاب من البائع فهو يتضمن عرضا لالتزام الموجب بنقل الملكية والتسليم على أن يلتزم الموجب اليه بدفع الثمن . واذا قبل الموجب اليه هذا الايجاب فهو يقبل هذين العرضين المرتبطين ، هو يقبل التزام الموجب فينشأ هذا الالتزام ، كما يقبل أن يلتزم بما عرض الموجب التزامه به ألا وهو دفع الثمن فينشأ كذلك هذا الالتزام الآخر . وشروط الايجاب — وهو لا يخرج عن أن يكون ارادة صادرة عن أحد المتعاقدين — هى شروط الارادة على العموم التى سبق لنا ذكرها ، فاذا استوفى الايجاب هذه الشروط صح أن ينعقد به العقد متى صادفه القبول . وأول هذه الشروط أن تتجه الارادة الى احداث أثر قانونى هو انشاء الالتزام ، أى نية انشاء الالتزام . واذا أردنا أن نترجم هذه النية الى اللغة الدارجة فيما يتعلق بالايجاب والقبول قلنا أنه يجب أن يكون الايجاب باتا .

٦١ — انما متى يعتبر الايجاب باتا ؟ متى تعتبر نية احداث الأثر القانونى وانشاء الالتزام متوفرة لدى الموجب ؟ ان المسألة من الأهمية بمكان لأنه متى ثبت لدينا أن الايجاب بات فان العقد سينعقد متى صادفه القبول فلا يجوز بعد ذلك نكول الموجب عن الايجاب أو القابل عن القبول الا بتراضى الطرفين . أما اذا تبين أن الايجاب غير بات وأن نية احداث الأثر القانونى لم توجد فاننا لا نكون بعد فى منطقة العقد ومن ثم لا يكون التزام ويجوز العدول .

ووجه الصعوبة فى معرفة الوقت الذى يعتبر فيه الايجاب باتا هو أن العقود لا تعقد دائما على هذه الصورة البسيطة التى قدمنا من صدور ايجاب يتضمن التزامات الطرفين فيصادفه قبول من الموجب له . بل ان العقود قد تمر بمفاوضات pourparlers يدق معها تحديد اللحظة التى تنعقد فيها ، وأن هذا ليقتضينا أن نفرق

بين منطقة العقد ومنطقة التمهيد للعقد .

قد لا تظهر أهمية هذه التفرقة بالنسبة لتلك الطائفة من العقود التى تعقد فورا كشراء الحاجيات اليومية من الأسواق التى يعتبر الايجاب فيها باتا متى تناول الالتزامات الأساسية كالمبيع والثمن فى عقد البيع ، ولكنها تظهر فى تلك العقود الخطيرة التى تعقد فى عالم التجارة والعمل والتى تختلف فيها وجهات النظر فتحتاج فى تقريبها الى وقت ومفاوضات . ونحن فى منطقة التمهيد ما دام الذى يصدر عن المتعاقد عبارة عن عروض واقتراحات propositions لم يقصد منها غير استطلاع رأى الطرف الآخر وتحريك اقتراحاته تمهيدا لتقريب وجهات النظر وانعقاد العقد ، بل وقد يقع ونحن فى هذه المنطقة أن يتفق الطرفان على بعض الشروط وتظل المفاوضة قائمة بالنسبة للبعض الآخر . وليس لمثل هذه الاتفاقات أى أثر لأنها ليست عبارة عن اقتران ارادتين صادرتين بنية الالتزام ، وقد يطلب أحد الطرفين التعديل فى أحكامها ثمنا لقبوله اقتراح الطرف الآخر فى صدد بقية شروط العقد ، ولا يعد ذلك نكولا عن عقد ولا يرتب أدنى مسؤولية عليه . انما ننتقل الى منطقة العقد اذا انتهت المفاوضات الى صدور ارادة باتة من أحد الطرفين تتضمن الشروط التى ينعقد بها العقد وصادفها ارادة الطرف الآخر فاقترن بهذا القبول بالايجاب . وليس معنى ذلك أننا بصدور هذه الارادة الباتة أو الايجاب البات ننتقل بصورة نهائية من منطقة التمهيد الى منطقة العقد ، بل قد نرتد الى منطقة التمهيد بافتتاح المفاوضات من جديد بتعديل أو اضافة يقترح الموجب اليه اجراءه فى الشروط التى يتضمنها الايجاب .

٦٢ — وان رسم الحد الفاصل بين الارادة التى تصدر من أحد الطرفين فى منطقة التمهيد والارادة التى تصدر فى منطقة العقد ليس سهلا ميسورا . وترجع الصعوبة فى ذلك الى تلك المبادىء الكلية التى تهيمن على العقد أعنى مبدأ الرضائية ومبدأ سلطان الارادة . فمن ناحية يقضى مبدأ الرضائية بأن العقد لا يتقيد بأشكال معينة . ولو كان الأمر كذلك لزالت الصعوبة ما دام العقد لا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل الذى يغنينا عن تحليل الارادة . ومن ناحية

أخرى يؤدى مبدأ سلطان الارادة الى جعل دائرة العقد من المرونة بحيث تتسع وتضيق وفقا لما تتجه اليه ارادة الطرفين ولا ندرى بعد ذلك فى صدد عرض proposition يتقدم به طرف لآخر و يتناول طائفة من الالتزامات هل قصد بذلك العرض أن يكون ايجابا باتا ينعقد به العقد متى صادفه القبول وتكمله نصوص القانون المتممة وأحكام العرف أم قد قصد به مجرد عرض يتناول بعض أو أهم الالتزامات التى يرمى من صدر منه العرض الى انشائها ، بحيث إذا وقع الاتفاق عليها انتقل المتعاقدان الى المفاوضة والاتفاق على بقية الالتزامات . سلطان الارادة يثير هذه الصعوبة التى تتعلق بالنية والقصد وهى لهذا السبب من المسائل الموضوعية التى توكل لفطنة القاضى ومحض تقديره .

٦٣ — ومما يدق فيه التمييز بين العرض والايجاب حالة الايجاب الموجه الى الجمهور offre au public كالنشرات التجارية التى تعلن فى الجرائد أو توزع على المارة أو ترسل الى المنازل محتوية على قائمة بالبضائع المعروض بيعها وأصنافها وأثمانها . لا نزاع فى أنه اذا لم تحتو النشرة على أثمان البضائع فنحن أمام مجرد عرض لم يتجاوز حدود الاعلان عن البضاعة وتشويق الجمهور لشرائها . ولن يمكن أن يستوى هذا العرض ايجابا وهم لم يتناول الالتزامات الأساسية فحدد المبيع ولم يحدد الثمن .

لا نزاع كذلك فى أن العرض الذى يفهم من موضوعه أن لشخصية المتعاقد اعتبارا خاصا فى التعاقد لا يعتبر ايجابا ، كمحل تجارى يعلن عن حاجته الى موظفين ، ليس هذا الاعلان ايجابا حتى ولو حدد فيه مرتب الموظف والا انعقد عقد العمل بقبول أى شخص لهذا الايجاب ، بل هو مجرد عرض قصد به صاحبه أن يدعو من يريد الاستخدام بالمحل لأن يتقدم للعارض ليقرر هذا الأخير قبوله أو عدم قبوله .

انما ما الحكم فى النشرات التى يذكر فيها الثمن ؟ هل تعتبر عرضا أم ايجابا ؟ ان بعض الشرائع كقانون الالتزامات السويسرى (م ٧) تقضى بنص بأن مثل هذا العرض لا يعتبر ايجابا وهى بهذا تحل الاشكال . أما فى القانونين الفرنسى

والمصرى حيث لا يوجد نص فان جمهور الشراح يرى أن هذا العرض عبارة عن ايجاب ملزم[١] . على أن المفهوم أن مثل هذا الايجاب يكون فى حدود البضاعة الموجودة (وكثيرا ما يعنى التجار بذكر ذلك فى نشراتهم) ويرى البعض منهم أن النشرات عبارة عن ايجاب معلق offre sans engagement لأن الايجاب بالمعنى الصحيح يفترض أن العقد ينعقد بمجرد القبول والانعقاد هنا متوقف على عدم نفاذ البضاعة[٢] . أما عرض البضاعة فى واجهات المحل مع ذكر ثمنها فلا نزاع فى أنه ايجاب بدون تحديد الموجب لهم . ولذلك فلكل راغب فى الشراء اقتضاء البضاعة بالثمن المعروض[٣] .

كذلك يعتبر الأشخاص الذين يحتكرون المنافع العامة أو الضرورات فى حالة ايجاب دائم للجمهور ، كشركات النور والماء والنقل الخ .

يخلص من هذا كله أن المسألة مسألة نية قبل كل شىء . واذا صادفتنا صعوبات فى التمييز بين العرض والايجاب فمصدرها الصعوبة فى تحديد النية .

٦٤ — اذا جردنا المسألة من الصعوبة الموضوعية فى التمييز بين العرض والايجاب فاننا نتساءل عن قيمة العرض من ناحية وقيمة الايجاب من ناحية أخرى .

لا نزاع فى أن العروض لا ترتب آثارا تعاقدية ، بمعنى أنها لا تنشىء التزامات تعاقدية ، اذ المفروض أنها مظهر لارادة لم تتجه بعد الى الالتزام . وحتى

---

(١) بودرى ، الالتزامات ١ فقرة ٣٠ وجيلوار فقرة ١٩ .

(٢) دى باج ٢ فقرة ٤٩٩ و٥٢٥ . وبلانيول وريبير واسمان فقرة ١٢٨ والحاشية — ويشبه الحالة المذكورة فى المتن حالة الاعلان عن طلب شراء نسخة من كتاب معين . المفهوم أن المعلن لا يلتزم بشراء كل نسخة تعرض عليه لأنه لم يقصد الحصول الا على نسخة واحدة — دى باج فقرة ٤٩٩ .

(٣) محكمة السين فى ٥ يناير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ — ٣ — ١٤ . على أنه لايجوز المطالبة بنفس البضاعة المعروضة فى الواجهة متى قدم التاجر مثيلا لها ، وذلك لما يحتاجه ترتيب الواجهة من مجهود أو بتعبير أدق لأن هذه نية التاجر عادة ، محكمة السين فى ٢٨ مايو سنة ١٩٢١ دالوز ٢٣ — ٢ — ١٥٢ .

اذا انتهى الأمر الى صدور إيجاب بات والى انعقاد العقد فليس من المحتوم أن تعتبر تلك العروض جزءا لا يتجزأ من العقد . كل ما هنالك أنها قد تصلح لتفسير العقد، فقد تكون العروض المتلاحقة المتقابلة التى أدت فى النهاية الى انعقاد عقد انكمشت أحكامه فى نصوص مقتضبة خير أداة من أدوات التفسير (١) .

على أن نفى الصفة التعاقدية لهذه العروض لا يعنى انكار كل أثر قانونى لها. وكل ما يعنيه هذا النفى انكار الالتزام الارادى . ولا مانع بعد ذلك من أن تكون العروض والمفاوضة فيها سببا للمسؤولية اللاتعاقدية متى كان المقصود من تلك المفاوضة الاضرار بالطرف الآخر وشغله بذلك عن صفقة أخرى يراد تفويتها عليه.

ويترتب على نفى الصفة التعاقدية للعرض أن من يقوم بالوساطة بين العارض والمعروض عليه — كالسمسار الذى يقرب بين متعاقدين وينقل العروض — لا يعتبر نائبا بالمعنى القانونى للكلمة (٢) لأن النيابة تكون فى الأعمال القانونية والأعمال القانونية مظاهر لارادة ترمى الى احداث آثار قانونية . والعرض الذى يقوم به السمسار ليس كذلك لأنه عبارة عن عمل تمهيدى لا يرمى بعد الى احداث أثر قانونى .

٦٥ — وبعد فما أهمية التفرقة بين الايجاب وبين مجرد العرض ؟ لانزاع فى أن الأهمية تظهر فى حالة صدور الارادة بالقبول من الطرف الآخر ، فاذا كان هذا القبول يصادف الايجاب فالعقد ينعقد . أما اذا صادف مجرد العرض فنحن نظل فى منطقة التمهيد للعقد . انما هل هناك أهمية للتفرقة بين الايجاب وبين العرض بفرض أن الطرف الآخر لم يظهر ارادته بعد وبتعبير آخر هل يكون الايجاب ملزما حتى قبل اقتران القبول به ؟ ان الايجاب قد يقترن بمهلة offre avec délai كمن يعرض على آخر صفقة فى خطاب ويمهله أسبوعا لقبولها ، واذا لم يقترن الايجاب بمهلة فقد تقضى بها طبيعة الأعمال ، فهل الايجاب فى هذه الصور يلزم

---

(١) دى باج ٢ فقرة ٥٠١ .

(٢) قارن دى باج ٢ فقرة ٥٠٠ وڤيفورياتو — نظرية العقد فى المشروع الفرنسى الايطالى وفى القانون المقارن فقرة ٣٥ ص ٦١ .

الموجب بعدم العدول قبل انتهاء المهلة و بهذا يتميز عن العرض الذى لا يمكن أن يكون ملزما ؟

ان النظرية التقليدية التى ترجع أصولها الى پوتييه والى علماء القانون الكنسى من قبل پوتييه تقضى بأن اعلان الارادة لا قيمة له قبل القبول و بتعبير آخر أن الايجاب لا يلزم وحده Ex nuda pollicitatione, obligatione non nascit بل لابد من اقتران القبول به لكى تنشأ الالتزامات . وعلى ذلك لا ينعقد العقد اذا قبل القابل بعد عدول الموجب عن ايجابه أو بعد موته أو فقده للأهلية ، اذ بهذه الوقائع تنقطع ارادة الموجب فنصبح أمام ارادة واحدة هى ارادة القابل والعقد لا ينعقد والالتزام لا ينشأ بارادة واحدة [١] .

على أن النتائج العملية لهذه النظرية لم تلبث أن هوجمت لما تؤدى اليه من جعل الموجب له تحت رحمة الموجب ، سيما وان الموجب نفسه هو الذى يضع الطرف الآخر فى هذا المركز المهدد . فهو الذى ولد فى نفسه الأمل بانعقاد العقد وجعله يعتقد — بهذا الايجاب البات — انه لم يبق الا القبول حتى ينعقد العقد [٢] — واتجه الرأى فى الفقه والقضاء [٣] الى اعتبار الموجب ملتزما بايجابه متى تعهد باقامته مدة معينة أو متى قضى العرف أو طبيعة الأعمال باقامة الايجاب مدة معينة . ثم اختلف الرأى بالنسبة للجزاء الذى يوقع على الموجب اذا عدل عن ايجابه رغم ذلك ، البعض يجعل العدول كأن لم يكن فينعقد العقد بصدور القبول من القابل قبل انقضاء المهلة [٤] ، والبعض الآخر لا يسلم بانعقاد العقد بل يقضى بحق الموجب له

(١) راجع فيما بعد فقرة ٧٥ وما بعدها .

(٢) شاباس ، المرجع السابق ص ١٠٧ .

(٣) محكمة باريس ١٢ يونيو سنة ١٨٦٩ سيرى ٦٩ — ٢ — ٢٨٧ و٥ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٣ — ١٥٢ و١٣ مارس سنة ١٩١٧ جازيت دى باليه ١٩١٧ — ١٨ — ١ ونقض فرنسى ٢٧ يونيو سنة ١٨٩٤ سيرى ٩٨ — ١ — ٤٣٤ ، ومحكمة اكس ١٥ يناير سنة ١٩٢٠ جازيت دى باليه ١٩٢٠ — ١ — ١٧٧ .

(٤) ديمولومب ٢٤ فقرة ٦٥ — اوبرى ورو ٥ ص ٣٤٣ و٤٨٢ — پلانيول وريپير ٢ فقرة ٩٨١ و٩٨٢ — بوفنوار ، الملكية والعقد ص ٤٧٧ — س م ١٨ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٤ ص ١٠٠ و٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ المجموعة ٣٠ ص ٦٢ .

فى التعويض [١] .

على أن القضاء فى أحكامه يفرق من حيث الزام الايجاب بين حالة العدول عن الايجاب قبل انقضاء المهلة و بين حالة موت الموجب أو نقص أهليته قبل انقضائها وهو يقضى دائما بسقوط الايجاب فى هذه الحالة الأخيرة [٢] .

٦٦ — واختلف الرأى كذلك فى تفسير التزام الموجب بعدم العدول أى فى الصياغة الفنية لاستبعاد نتائج النظرية التقليدية . قيل بأن الايجاب الصادر من الموجب مقترنا بمهلة انما يحتوى فى واقع الأمر على ايجابين . فاذا صدر الايجاب بالبيع مقترنا بمهلة فهناك ايجاب بالبيع وايجاب بعقد آخر محله ترك مهلة للموجب له يقبل فيها الايجاب بالبيع والتزام الموجب بعدم العدول قبل انقضاء هذه المهلة . أما عقد البيع فهو لن ينعقد الا بقبول الموجب له وأما العقد الآخر avant-contrat وهو فى مصلحة الموجب له دائما فيفترض قبوله بالسكوت [٣] . وأخذ على هذا الرأى اطلاقه واسرافه ، فان الايجاب بالمهلة لا يكون دائما فى مصلحة الموجب له ، اذ قد تكون المهلة قصيرة ، و بدلا من أن تكون هذه المهلة فرصة للتروى والتفكير تكون سببا للعجلة والتهور . ولا أدل على ذلك من أنه كثيرا ما يرد الموجب له قبل انقضاء المهلة بالقبول ثم ما يلبث أن يعاوده التفكير فيسحب قبوله ، ولن يظهر الضرر اذا كان القبول بخطاب والعدول عنه برسالة برقية وصلت قبل الخطاب ، ولكن الضرر يظهر اذا كان القبول برسالة برقية ولم يمكن وصول العدول قبل ذلك . كما اعترض على هذا الرأى بأن السكوت لا يعتبر وحده دليلا على القبول ، والا فنحن لا ننفك نقبل عقودا من هذا النوع باستلامنا للنشرات

(١) لاروميير ١ مادة ١ — ١١ فقرة ١٤ — بودرى وبارد١ فقرة ٣٣ — محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٣ رقم ١٧ .

(٢) راجع نقض فرنسى فى ٢٠ يوليه سنة ١٨٤٦ دالوز ٤٦ — ١ — ٣٣٥ و ٢١ ابريل سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ — ١ — ١٨٢ وراجع فيما بعد فقرة ٧٣ .

(٣) ديمولومب ٢٤ فقرة ٦٥ — بوفنوار ، الملكية والعقد ص ٤٧٩ — كوهين العقود بالمراسلة — رسالة باريس ١٩٢٤ ص ٩٦ و س م ١٨ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٤ ص ١٠٠ و ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ المجموعة ٣٠ ص ٦٢ .

التجارية التى تنص على مهلة يعتمد فيها الايجاب [١] .

ولذلك قيل بأن الموجب الذى يعدل عن ايجابه قبل المهلة فيعطل بذلك من انعقاد العقد يعتبر مخطئا فيلتزم بتعويض الضرر المترتب على هذا الخطأ بالتطبيق لقواعد المسؤولية اللاتعاقدية [٢] . وقد لا يكون تعويض خيرا من اعتبار العقد منعقدا ما دام الموجب اليه قد قبله قبل انقضاء المهلة المحددة . واعترض على هذا الرأى بأنه يصادر على المطلوب pétition de principe اذ هو يقضى بأن الموجب يلتزم بعدم العدول عن ايجابه قبل انقضاء المهلة لأنه اذا عدل فهو بمحض هذا العدول يعتبر مخطئا . مع أن هذا بالذات هو المطلوب اثباته . لأن اعتباره مخطئا بالعدول يفترض أنه ملزم بعدم العدول ، ونحن لم نتبين بعد تفسير هذا الالتزام [٣] ما دمنا نسلم بالقاعدة التقليدية التى تقضى بأن الايجاب وحده لا يلزم [٤] .

على أن هذا التدليل يقوم على أن خطأ الموجب كائن فى عدوله عن إيجابه ، والواقع أن خطأ الموجب هو فى ذات الايجاب . هو مخطىء فى أن يعلن ارادته باعتبارها ارادة باتة وبهذا يغرر بالموجب له ويجعله يطمئن الى أن قبوله فى خلال المهلة سوف يؤدى الى انعقاد العقد ثم يتبين بعد ذلك أن تلك الارادة لم تكن باتة بدليل عدوله عنها بعد ذلك . هذا هو الخطأ وهو لا يتنافى بتاتا مع حقه فى العدول وتعطيل انعقاد العقد . ذلك أن العقد لن ينعقد الا باجتماع ارادتين بينما بالعدول قبل القبول أصبحنا أمام ارادة واحدة [٥] .

---

(١) شاباس ص ١٢٠ — ١٢٤ .

(٢) محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٣ رقم ١٧ شاباس ص ١٧١ وما بعدها .

(٣) كولان وكاپيتان المرجع السابق .

(٤) هناك رأى يقضى بأن الالتزام بعدم العدول يرجع الى أن الموجب يلتزم بارادته المنفردة (كولان وكاپيتان ، فقرة ٢٨) — راجع فى هذه النظرية المبحث الثانى لهذا الفرع فقرة ٧٥ وما بعدها .

(٥) راجع شاباس ص ١٨٢ وقارن نظرية اهيرنج فى الخطأ عند تكوين العقد culpa in contrahenda — أعمال اهيرنج المختارة ٣ ص ١ — ١٠٠ وراجع مقال بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٨٤ — ٤٠٥ .

٦٧ — يدعونا الكلام فى الايجاب وقوته الملزمة الى الكلام فى الوعد بالتعاقد promesse de contrat [١]. والوعد بالتعاقد عبارة عن عقد بمعنى الكلمة يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بأن يعقد مع الآخر عقداً معينا فى المستقبل متى أظهر هذا الآخر ارادته فى قبول هذا التعاقد . وهو عبارة عن اتفاق بالمعنى ظهرت فيه ارادة طرفين : الواعد والموعود . وهو عقد لأنه اتفاق منشىء لالتزام . وكل ما هنالك أنه عقد ملزم لطرف واحد هو الواعد . أما الموعود — الطرف الآخر فى العقد — فقد ظهرت ارادته بقبول هذا الالتزام من الواعد ولكن التزامه لا ينشأ الا عند ما يظهر ارادته بقبول العقد محل الوعد وهو يقضى بالتزامه . عند ذلك ينعقد العقد الذى انعقد الوعد من أجله .

والوعد بالتعاقد يقع كثيرا فى المعاملات كالوعد بالبيع [٢] والوعد بالايجار . ومثال الوعد بالبيع أن ينشىء شخص مصنعا ويتوقع عند انشاء المصنع أنه قد يحتاج فى المستقبل الى الأراضى المجاورة عند اتساع دائرة عمله وتوسيع نطاق مصنعه فيتفق مع جيرانه على أن يتعهدوا بأن يبيعوه فى المستقبل الأراضى المجاورة لمصنعه بسعر معين متى أظهر ارادته بشرائها . هذا الاتفاق عبارة عن عقد ملزم للواعدين . ولكن عقد البيع لن ينعقد ويرتب آثاره الا عند ما يظهر صاحب المصنع ارادته بالشراء فتتألف عناصر البيع .

والوعد بالتعاقد جائز حيث يكون للارادة كفاية انشاء الالتزام . أما العقود الشكلية التى يتطلب فيها شكل خاص كالرهن الرسمى والهبة فليس للوعد بعقدها أى أثر قانونى . وكذلك العقود العينية (كعقد الهبة اليدوية) التى يعلق القانون انعقادها على تسليم عين [٣].

(١) راجع بلانيول وريبير واسمان فقرة ١٤٤ وما بعدها — ديموج ٢ فقرة ٤٦٩ وما بعدها — دى باج فقرة ٥٠٥ وما بعدها — ڤيفورياتو فقرة ١١٣ وما بعدها — نجيب الهلالى شرح القانون المدنى فى العقود فقرة ١٦٨ وما بعدها — السنهورى فقرة ٢٥٩ وما بعدها .

(٢) ورد نص فى القانون الفرنسى عن الوعد بالبيع (راجع المادة ١٥٨٩) وليس له مقابل فى القانون المصرى . ولم يرد فى القانونين نصوص عن الوعد بالتعاقد على العموم .

(٣) راجع فيما سبق فقرة ٣٥ ص ٥٣ .

ويجب تمييز الوعد بالبيع عن الايجاب . حقيقة أنهما يتفقان فى جعلهما العقد معلقا على مجرد القبول فينعقد عند حصوله . ولكن الايجاب يصدر بفكرة عقد ينعقد فى الحال أو فى مهلة قصيرة[1] ، أما اذا رؤى أن تستطيل تلك المهلة فان الايجاب — ولا قيمة تعاقدية له — يعجز عن تحقيق هـذا الغرض اذ هو بطبيعته قصير الأجل ضعيف الحول . ولامندوحة فى هذه الحالة عن اتفاق تعاقدى يتخذ صورة الوعد بالتعاقد . ومن أجل ذلك نرى أنه فى الايجاب يجوز عدول الموجب دون أن يشغل مسؤوليته التعاقدية . بل ولا يكون ثمة مسؤولية لاتعاقدية متى أمكن وصول العدول قبل أو مع وصول الايجاب (ايجاب بخطاب وعـدول برسـالة برقية) اذ بهـذا يزول كل وجه للضرر فلا تتحقق المسؤولية اللاتعاقدية . أما الوعد بالتعـاقد فكل عدول عنه يعد اخلالا بعقد ويكون سببا فى المسؤولية التعاقدية .

٦٨ — قلنا أنه لابد من ارادتين لانعقاد العقد الأولى منهما هى الإرادة الصادرة من الموجب أما الثانية فهى الارادة الصادرة من القابل . فالقبول عبـارة عن ارادة يجب أن تستوفى الشرائط التى تـكلمنا عنها فيما سبق . على أنه يشترط لكى يؤتى القبول آثاره فينعقد العقد وتنشأ الالتزامات :

أولا — أن يكون الايجاب قائما . أما اذا سقط الايجاب بالعدول أو الموت أوفقد الأهلية فلن ينعقد العقد . واذا كان الايجاب مصحوبا بمهلة فيجب أن يصل القبول الى علم الموجب فى الميعاد الذى حدده الموجب فى ايجابه أو فى المهلة التى تقضى بها طبيعة العمل . أما القبول الذى يصل بعد ذلك فلن يرتب هذا الأثر . على أنه قد يعتبر بمثابة ايجاب جديد ينعقد به العقد متى صادفه القبول . وقد يكون سكوت الموجب وعدم اخطاره القابل بوصول قبوله متأخراً علامة على قبوله لهذا الايجاب الجديد و بهذا ينعقد العقد[2] .

واذا لم تحـدد مهلة للقبول فليس معنى ذلك أنه يجوز للموجب له أن يقبل

---

(١) قارن دى باج فقرة ٥٠٧ ص ٤٤٠ .

(٢) پلانيول وريبير واسمان فقرة ١٣٤ ص ١٧٩ .

الايجاب فى أى وقت فينعقد العقد . بل يفترض ان هناك مهلة ضمنية يحددها القاضى طبقا لنية الموجب ولقواعد العرف ولطبيعة الأعمال (١) .

ثانيا — يجب أن يكون القبول مطابقا للايجاب (٢) . ولا يكفى أن يطابقه فى الشروط الأساسية التى يتضمنها هذا الايجاب ، بل يجب أن يكون التطابق تاما. فاذا غير القابل فى شروط الايجاب فان العقد لا ينعقد . كل ما فى الأمر أن يعتبر هذا القبول المعدل بمثابة ايجاب جديد قد يقبله الموجب الأصلى فينعقد العقد .

المطلب الثانى — كيف ينعقد العقد بين غائبين (٣)

٦٩ — الصعوبات التى تنشأ فى حالة انعقاد العقد بين غائبين ٧٠ — متى ينعقد العقد . أهمية السؤال . تحديد الأحوال التى يعرض فيها ٧١ — اختلاف الآراء ٧٢ — الرجوع للنية والى قواعد الرضائية ٧٣ — حالة الموت ونقص الأهلية والعدول ٧٤ — أين ينعقد العقد .

٦٩ — ليس فى قواعد القانون ما يمنع من أن ينعقد العقد بين غائبين . فيرسل الموجب ايجابه فى خطاب أو فى رسالة برقية أو على يد رسول ويرسل القابل قبوله باحدى هذه الطرق . بل ان امكان الانعقاد على هذه الصورة نتيجة من نتائج مبدأ الرضائية الذى حرر الارادة من القيود والأشكال . المهم هو وجود ارادتين مقترنتين . أما الأشكال فلا يعتد بها . وحتى فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون أشكالا معينة لانعقاد بعض العقود كالهبة والرهن الرسمى فليس ما يمنع من انعقاد هذه العقود بين غائبين مع مراعاة الأشكال المطلوبة ما دام القانون الحديث يسلم بنظرية النيابة فينعقد التوكيل (بالهبة مثلا) فى الشكل المطلوب ثم يعقد العقد (عقد الهبة) بعد ذلك بين الوكيل والطرف الآخر (الموهوب اليه) .

---

(١) س م ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوريللى بك مادة ٣٠١ فقرة ٥ .

(٢) س م ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة ٣٨ ص ٤٠١ .

(٣) راجع ڤاليرى ، التعاقد بالمراسلة — سالي ، اعلان الارادة ص ١١٨ — ديموج ٢ فقرة ٥٧٢ ص ٢١٢ وما بعدها — پلانيول وريپير واسمان ١ ص ٢٠٤ وما بعدها — ڤيفوريانو فقرة ٥٠ وما بعدها — دى پاچ ٢ فقرة ٥٣٢ وما بعدها — السنهورى فقرة ٢٨٥ وما بعدها .

تلك هى القاعدة وردت لها استثناءات فى بعض القوانين تتطلب حضور الطرفين فى نفس المجلس بالنسبة لعقود معينة ولا تجيز فى اجراء هذه العقود نيابة ولا وكالة كعقد الزواج وعقد التبنى فى القانون الفرنسى .

على أن العقود التى تعقد بين غائبين أى بين شخصين لا يجمعهما مجلس واحد تثير صعوبة لا تظهر فى حالة انعقاد العقد بين شخصين يجمعهما نفس المجلس . وقد أفرد هذا المطلب لبيان هذه الصعوبة و بيان الرأى فيها . وتظهر الصعوبة فى الاجابة على سؤالين : متى ينعقد العقد ؟ وأين ينعقد العقد ؟

٧٠ — أما الصعوبة فى الاجابة على تساؤلنا : متى ينعقد العقد ؟ أى فى تحديد اللحظة التى ينعقد فيها العقد فمصدرها مضى فترة بين القبول وعلم الموجب بهذا القبول . تلك الفترة تدعونا الى التساؤل عن اللحظة التى يتم فيها انعقاد العقد : أرسل الموجب ايجابه فى خطاب وصل الموجب اليه فقبل الايجاب فحرر خطابا بالقبول فوضعه فى صندوق البريد فوصل الخطاب الموجب فافتضه فعلم بقبول القابل . متى ينعقد العقد ؟ ان الفترة التى مضت بين قبول القابل وعلم الموجب بالقبول تتخللها وقائع ذات معنى هى فى الحقيقة سبب الصعوبة اذ يستوقفنا كل منها وتدعونا جميعها للتساؤل عن أيها ينعقد عندها العقد . هل ينعقد العقد عند اعلان القبول أى تحرير خطاب يتضمن ذلك القبول أم ينعقد عند تصدير الخطاب أم عند وصوله أم عند علم الموجب بفحواه ؟

المسألة من الأهمية بمكان اذ متى تبينا الواقعة التى ينعقد عندها العقد وهى تتحدد بلحظة معينة امتنع بعد تلك اللحظة عدول الموجب عن ايجابه أو القابل عن قبوله ، ولزم العقد كلا من الطرفين ما لم يتفقا على الغائه بالتراضى . وكذلك من هذه اللحظة تترتب أحكام العقد فتنتقل الملكية اذا كان العقد ناقلا للملكية وتنشأ الالتزامات والحقوق وتتحدد اللحظة التى يبدأ منها سريان تقادم هذه الحقوق . أما قبل هذه اللحظة فكل عدول جائز من الموجب وحده أو من القابل وحده والعقد لم يظهر بعد فى عالم الوجود فلا يترتب حكم من أحكامه .

هذه هى الصعوبة فى معرفة الوقت الذى ينعقد فيه العقد وذلك هو مصدرها وتلك أسبابها . وتختفى الصعوبة بطبيعة الحال متى تخلف هذا المصدر ، أى متى لم تمض فترة بين القبول و بين علم الموجب به . اذ عند ذلك تتجمع الوقائع التى سبق الاشارة اليها ولا يكون أمامنا غير لحظة واحدة هى التى يعلن فيها القبول وهى التى يحصل فيها العلم وهى التى ينعقد عندها العقد . وهذا ما يقع فى حالة التعاقد بين شخصين يجمعهما نفس المجلس فيصدر القبول من القابل و يعلم به الموجب فى نفس الوقت . بل ان ذلك ما يقع حتى فى بعض صور التعاقد بين غائبين كالتعاقد فى التليفون ، أو كحالة رد القابل على الخطاب الذى يحمل اليه الايجاب بالتوجه بشخصه الى محل الموجب واعلان قبوله .

٧١ — و بعد فمتى ينعقد العقد عند ما تمضى فترة بين القبول والعلم به ؟ لقد تعددت فى هذا الآراء بقدر تعدد الوقائع التى تتخلل هذه الفترة . فهناك رأى يقضى بأن العقد ينعقد بمجرد اعلان القبول بتحرير خطاب أو رسالة برقية أو تبليغ الرسول ، ذلك أن القانون لا يتطلب لانعقاد العقد غير اجتماع ارادتين متوافقتين ومتى صدر القبول من القابل موافقا للايجاب أى متى أعلنت ارادة القابل فقد وقع التراضى [(١)] . و يستدل أصحاب هذا الرأى ببعض نصوص القانون لا تتطلب أكثر من اعلان الارادة بالقبول لانعقاد العقد . فالمادة ٥١٢/٦٢٥/ ١٩٨٤و١٩٨٥ تقضى بأن عقد التوكيل ينعقد بقبول الوكيل وأن هذا القبول قد يستفاد من مجرد تنفيذ الوكيل للوكالة . وما التنفيذ فى الواقع غير صورة من صور اعلان القبول ، وفى نص القانون على أن العقد ينعقد بمجرد تنفيذ الوكيل للوكالة معنى اكتفائه بالاعلان دون حاجة للعلم بالقبول .

وهناك رأى آخر يقضى بأن العقد ينعقد بتصدير القبول أى بوضع الخطاب فى صندوق البريد أو تصدير الرسالة البرقية أو انطلاق الرسول [(٢)] . وأصحاب

(١) بوفنوار ، الملكية والعقد ص ٤٦٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣٧ — كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٣٠ — چوسران ٢ فقرة ٥٣ — والتون ١ ص ١٣٣ — محمد صالح ، الالتزامات فقرة ٢٦٣ .

(٢) جيلوار ، البيع ١ فقرة ١٦ — ليون كان ورينو ، القانون التجارى ١ فقرة ٦٢٩ .

هذا الرأى قد اشترطوا التصدير اذ بهذا التصدير تكون الأداة التى استعملت فى اعلان القبول قد خرجت عن نطاق القابل خروجا لا رجعة فيه . ولكن اعترض على هذا الرأى بأن القاعدة أن الخطاب يعتبر ملكا للمرسل حتى يصل الى المرسل اليه وأن لوائح البريد فى جمهرة البلاد تقضى بحق المرسل فى استرداد الخطاب قبل استلامه . ولذلك قيل فى رأى ثالث بأن العقد ينعقد باستلام القبول [١] اذ فى هذه اللحظة يمتنع حق القابل فى استرداده . وأخيرا هناك رأى رابع يقضى بأن العقد لا ينعقد الا بعلم الموجب بالقبول [٢] ، ذلك أنه لا يكفى لانعقاد العقد وجود ارادتين Coéxistence بل يجب الى ذلك اقتران الارادتين Concours بأن يعلم الطرفان بتوافقهما فلا يكفى قبول القابل بل يجب الى ذلك علم الموجب بهذا القبول . ويستند أنصار هذا الرأى على نص المادة ٩٣٢ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأن القبول فى عقد الهبة يجوز أن يقع فى سند رسمى مستقل على ألا يكون للهبة من أثر على الواهب الا من يوم اخطاره بهذا القبول . فمفهوم هذه المادة أن العقد لا ينعقد الا عند ما يعلم الواهب بقبول الموهوب اليه — ومن أنصار هذا الرأى من يرى أن استلام القبول قرينة على العلم به وبهذا يتقرب هذا الرأى من الرأى السابق .

والواقع أننا أمام نظريتين رئيسيتين هما نظرية اعلان القبول ونظرية العلم بالقبول . أما نظرية التصدير فهى لا تخرج عن أن تكون تعديلا لنظرية الاعلان لا يغير من أساسها . أما نظرية الاستلام فهى كذلك على وجه كما أنها على وجه آخر عبارة عن تعديل لنظرية العلم لا يغير من أساسها عند ما يقال أن استلام القبول قرينة على العلم به ، فكأن العبرة بالعلم بالقبول لانعقاد العقد ويكون الاستلام دليلا على هذا العلم حتى يثبت غير ذلك .

---

(١) دى باج ٢ فقرة ٥٣٦ ، وقارن بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٦٠ ، والمراجع المذكورة فى ثاليرى فقرة ١٣٦ ص ١٣٣ .

(٢) لوران ١٥ فقرة ٤٧٩ — تالير ، القانون التجارى فقرة ١٠١٢ — بودرى وسينيا فقرة ٣١ .

الترجيح بين النظريتين المختلفة

واذا تركز الخلاف بين هاتين النظريتين : نظرية الاعلان ونظرية العلم فبأيهما نأخذ ؟ أول ما نلاحظ أن المسألة يجب أن نرجع فيها لنية الطرفين (١) . وبرجوعنا الى نية الموجب قد نتبين أنه قد أراد فى ايجابه — صراحة أو ضمنا — أن يكون انعقاد العقد بمجرد اعلان القبول وفى هذه الحالة ينعقد العقد بمجرد هذا الاعلان متى كان الموجب اليه قد قبل الايجاب على هذه الصورة . وتظهر هذه النية عادة عند ما يكلف الموجب الموجب اليه القيام بعمل معين كما هو الحال فى عقد الوكالة . ويكون نص المادة ٥١٢ السابقة الاشارة اليه قد وضع بالتطبيق لنية الطرفين المفترضة فى عقد الوكالة . وليس ما يمنع بعد ذلك من أن تنصرف النية الى غير ذلك فلا ينعقد العقد الا بعلم الموكل بقبول الوكيل .

العبرة بالنية

واذا عجزنا عن تبين النية من اعلان ارادة الموجب فقد نستطيع تبينها من اعلان ارادة القابل ، فيظهر لنا أنه لم يقصد انعقاد العقد الا عند علم الموجب بقبوله وفى هذا معنى احتفاظه بحق العدول عن قبوله حتى هذه اللحظة .

ما الرأى اذا لم تتبين النية

٧٢ — العبرة بالنية اذن متى ظهرت لنا صراحة أو ضمنا . ولكن ما الحكم اذا لم تتبين هذه النية ؟ لقد تراوح الفقه كما تراوحت أحكام المحاكم بين نظرية الاعلان ونظرية العلم (٢) . واستقرت محكمة النقض الفرنسية زمنا ما على أن تعتبر البت فى وقت انعقاد العقد بين غائبين من المسائل الموضوعية التى يرجع فيها الى نية الطرفين والى ظروف كل قضية (٣) . ثم انتهت أخيرا فى حكم حديث لها (٤) الى الأخذ بنظرية القبول . وسايرها فى هذا فريق من الشراح . أما المحاكم المصرية

اختلاف الأحكام

---

(١) راجع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٥٩ .

(٢) راجع الأحكام المنشورة فى كتاب كولان وكاپيتان ٢ ص ٣١ وفى كتاب چوسران ٢ ص ٣٠ .

(٣) نقض ٦ أغسطس ١٨٧٦ دالوز ٦٨ — ١ — ٣٥ وأول ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٧ — ١ — ٤٥١ و١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ — ١ — ٥ و٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ٢٣ — ١ — ١٧٦ .

(٤) ٢١ مارس ١٩٣٢ دالوز ٣٣ — ١ — ٦٥ وسيرى ٣٢ — ٣ — ٢٧٨ .

فهى لم تستقر بعد على رأى ، فمنها ما يأخذ بنظرية الاعلان [١] ومنها ما يأخذ بنظرية التصدير [٢] ومنها ما يأخذ بنظرية العلم [٣] . ولم تعرض المسألة بعد على محكمة النقض المصرية لتقضى فيها برأى يوحد أحكام المحاكم فى هذا الشأن .

والرأى عندى ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية من اعتبار المسألة مسألة موضوعية . على أن اعتبار المسألة كذلك ووجوب الرجوع لنية المتعاقدين ليس يمنع من وضع القواعد التى تتبع عند ما تخفى علينا تلك النية ، ومن تحديد اللحظة التى يعتبر العقد عندها منعقدا ما لم تتجه نية الطرفين الى غيرها . ليس من شك فى أن عدم ظهور النية صراحة أو ضمنا لا يعنى أن العقد حتما لم ينعقد اذ الأصل أن اعمال التصرف خير من ابطاله وقانون العقود يقوم على طائفة من قواعد المعقول والمنقول يؤخذ بها ما لم تنصرف النية الى غيرها — وما دمنا لا نصطدم بقاعدة من قواعد الأصول تتطلب عنصرا لا ينعقد العقد بدونه وما دمنا كذلك لم نتبين واقعة يعلق الطرفان انعقاد العقد عليها فلا بد من اعمال العقد — وهو ينعقد فى اللحظة التى تستوفى فيها العناصر الضرورية . وقواعد الرضائية تتكفل ببيان هذه العناصر .

ألاحظ بادىء ذى بدء أن الاشكال الذى تضاربت فيه الآراء فى صدد العقود بين غائبين يعرض لنا فى كافة العقود أى حتى فى العقود بين أشخاص يجمعهم مجلس واحد . كل ما تتميز به العقود بين غائبين أن الاشكال يتخذ

---

(١) س م ٢ ديسمبر ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٤٣ و ١٣ يناير ١٩٢٦ المجموعة ٣٨ ص ١٧٩ و ٩ فبراير ١٩٢٧ المجموعة ٣٩ ص ٢٢٧ والاسكندرية المختلطة ٥ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٩ ص ٢٥٦ رقم ٢٥٤ .

(٢) دمياط فى ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١ و س م ٦ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٣٧ ص ٤٠١ .

(٣) س م ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ المجموعة ٨ ص ١٠١ وس م ٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة ١٣ ص ١٨٣ و س م ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ المجموعة ٣٤ ص ١٥٧ ومحكمة الاسكندرية المختلطة فى ٢١ فبراير ١٩٢٢ و ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٣٤ رقم ٥٠ و ٢ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ رقم ٢٩ .

فيها أهمية عملية . ففى العقد بين شخصين فى مجلس واحد نتساءل هل ينعقد العقد بصدور لفظ القبول من القابل أم بسماع الموجب لهـذا اللفظ ؟ ليس للسؤال أهمية عملية لأن لحظة اعلان القبول هى لحظة العلم به . ولذلك نستطيع أن نؤكد على سبيل اليقين أن العقد ينعقد فى هذه اللحظة لاقتران الارادتين فلا يؤثر فيه بعد ذلك عدول أحدهما أو موته أو نقص أهليته . وان تخلف الأهمية العملية هو الذى جعلنا لا نعرض السؤال فى تلك العقود باعتباره محض سؤال نظرى ، أما فى العقود بين غائبين فان نفس السؤال يتخذ أهمية عملية . على أن الفرق بين هذين النوعين من العقود لا يقتصر على وصف السؤال بأنه نظرى أو عملى . هناك فرق آخر يجب أن يكون نصب أعيننا عنـد ما نعمل على تحـديد الوقت الذى ينعقد عنده العقد بين غائبين . هذا الفرق هو أننا لا نستطيع فى العقود بين غائبين أن نؤكد على سبيل اليقين أن هناك اقترانا بين الارادتين . والعلة فى ذلك هى تلك الفترة التى تفصل اعلان القبول عن العلم به . اذا قلنا ان العقد ينعقد باعلان القبول فقـد يعترضنا عدول الموجب عن ايجابه قبل هـذا الاعلان و بهذا العدول تنقطع احـدى الارادتين . ومثل العدول الوفاة وانقطاع الأهلية . واذا حاولنا أن نداور هذه الصعوبة بتأجيل انعقاد العقد الى وقت العلم بالقبول فقد يعترضنا عدول القابل أو موته أو نقص أهليته فى الفترة بين القبول و بين العلم به . واذا أردنا أن نلاحق تلك اللحظة التى نستطيع أن نجزم عندها باقتران الارادتين فسوف ننتظر حتى يعلم القابل بعلم الموجب بقبوله وهكذا و بهذا نقع فى حلقة مفرغة لا تنتهى (١) .

يجب أن نسلم اذن بأن اقتران الارادتين بحيث يعلم كل من الطرفين برضا الآخر فى نفس الوقت اذا وقع فى العقود بين حاضرين لا يمكن وقوعه فى العقود بين غائبين . وليس معنى ذلك أن ننفى تطبيق مبـدأ الرضائية على تلك العقود الأخيرة ، بل أن ذلك المبدأ — وهو يهيمن على نظرية العقود — يهيب بنا أن

---

(١) وهذا ما جعل الفيلسوف كانت يقول أنه ليس من الممكن أن نتصور عقدا رضائيا بين غائبين « مبادىء الميتافيزيكا وفقه القانون ، الفصل الثانى الفرع الثانى فقرة ١٩ » وهو يقصد بهذا عقدا رضائيا تقترن فيه الارادتان بحيث ينعقد فى لحظة يعلم فيها كل من الطرفين برضا الآخر .

ننقذ منه مايمكن انقاذه و يدعونا الى أن نقرب ما استطعنا التقريب بين العقود بين غائبين والعقود بين حاضرين . ولئن استحال علينا هذا التقريب فيما يتعلق باقتران الارادتين بحيث يعلم كل من الطرفين برضا الآخر فانما العلة ذلك الظرف الخاص الذى يتوفر فقط فى العقود بين حاضرين من أنها تعقد بين طرفين فى مجلس واحد فتصدر الارادة و يقع العلم بها فى لحظة واحدة . وما من دليل على أن الاقتران على هذا الوجه عبارة عن عنصر فى الرضائية لايستغنى عنه وليس مجرد ظرف تختص به العقود بين حاضرين .

وعلى أى حال اذا تجاوزنا عن التقريب فى هذا الصدد وهو كما رأينا أمر مستحيل فنحن مستطيعون التقريب فيما عدا ذلك . ووجه التقريب أن نشترط فى الارادة أن يعلم بها من وجهت اليه حتى يترتب أثرها [1] . وكما يقع هذا العلم فى العقود بين حاضرين يجب وقوعه فى العقود بين غائبين . وحتى هذا العلم يجوز العدول عن الارادة و بالعدول ينقطع كل أثر لها . وتطبيق ذلك ظاهر فى حالة الارادة الصادرة من الموجب اذ يجوز له العدول عنها قبل علم الموجب له بها . والمبدأ واجب التطبيق كذلك فى حالة الارادة الصادرة من القابل . وعلى ذلك لايترتب على ارادة القابل أثرها الا بعلم الموجب (الموجهة اليه الارادة) بهذا القبول . وما دام الالتزام الارادى لا ينشأ الا عن عقد أى عن ارادتين متوافقتين وما دامت ارادة القابل لاتؤتى أثرها الا بعد العلم بها فان انعقاد العقد لايقع الا عند العلم بالقبول وحتى هذه اللحظة لا يكون عقد ولا يكون التزام فيجوز لكل من الطرفين أن يعدل عن ارادته . و بهذا تتحقق المساواة بين الطرفين فى العقد فيجوز للقابل أن يعدل عن ارادته فى الفترة بين صدور قبوله وعلم الموجب به كما جاز للموجب أن يعدل عن ايجابه فى الفترة بين صدور ايجابه وعلم الموجب له به (بل بين صدوره وعلمه بقبول القابل) . وللأخذ بهذا الرأى مزية أخرى عملية . هى أنه لا يعرض الموجب لالزامه بعقد لا يدرى هل انعقد أم لم ينعقد . وهذا ما يتعرض له الموجب فى نظرية اعلان القبول

---

(١) قارن سالي ، الالتزامات فقرة ١٣٨ ص١٤٣ ، اعلان الارادة ص١١٨ ومابعدها .

ونظرية تصدير القبول . فقد يهمل القابل فى تصدير القبول وقد يصدره و يضيع الخطاب والعقد منعقد فى الصورة الأولى عند من قالوا بنظرية الاعلان وفى الصورة الثانية عند من قالوا بنظرية التصدير . وفى الحالين لم يدر الموجب عن انعقاد العقد شيئا . ولا بأس من التسليم بأن استلام القبول قرينة على العلم به لأن اثبات العلم لا يخلو من صعوبة وخير سبيل لدفع الصعوبة فرض قرائن تقوم مقام الاثبات .

٧٣ — ومبدأ الرضائية يؤدى الى أن موت أحد الطرفين أو نقص أهليته قبل انعقاد العقد أى قبل علم الموجب بالقبول يمنع من انعقاد العقد ، اذ بالموت ونقص الأهلية تنقطع الارادة [١] . ولا يكون لوصول القبول بعد ذلك من أثر اذ لن يجتمع لدينا عند ذلك غير ارادة واحدة . ولا حاجة بطبيعة الحال لأن يحمل هذا الانقطاع الى علم الطرف الآخر حتى يترتب أثره ، اذ اشتراطنا للعلم قاصر على الارادة وانقطاع الارادة بالموت أو نقص الأهلية ان هو الا واقعة مادية .

انما ما حكم العدول ؟ ما الحكم اذا عدل القابل عن قبوله والقبول فى طريقه الى الموجب فوصل القبول ثم لحقه العدول . ان تطبيق مبدأ الرضائية يؤدى الى امتناع انعقاد العقد لنفس السبب الذى ذكرنا فى صدد الموت ونقص الأهلية [٢] . على أنه لا يفوتنا أن العدول يختلف عن الموت ونقص الأهلية فى أنه عمل ارادى يتجه الى احداث أثر قانونى هو ابطال حكم الارادة السابقة (القبول) . وقد رأينا أن القاعدة أن الارادة لا ترتب أثرها الا بعد أن يعلم بها من وجهت اليه . وتؤدى هذه القاعدة الى أن العدول الذى يتأخر علم الموجب به عن علمه بالقبول لا يكون له أى أثر لأن الأثر الذى أريد احداثه وهو ابطال حكم القبول لن يقع الا بعد علم الموجب بالقبول أى بعد انعقاد العقد . ولما كان العقد شريعة المتعاقدين فكل عدول عنه بعد انعقاده لا يجوز الا بتراضى الطرفين .

وقد يكون تناقض بين النتيجة التى تؤدى اليها هذه القاعدة ألا وهى انعقاد

---

(١) راجع ڤيفوريانو فقرة ٤٧ وهذا ما تطبقه دائما احكام المحاكم — راجع الأحكام المذكورة آنفا فى حاشية الفقرة ٦٥ .

(٢) ڤيفوريانو فقرة ٣٧ .

العقد رغم العدول والنتيجة التى يؤدى اليها منطق الرضائية ألا وهى امتناع انعقاده بسبب هذا العدول . فيخرج بنا التسليم بهذه القاعدة عن دائرة الرضائية التى تقضى القواعد بالتزامها . وهذا الخروج انما يبرره المركز الخاص الذى يعرض لنا فى العقود بين غائبين واستحالة التقريب التام بينها و بين العقود بين حاضرين .

على أنه من الممكن الوصول الى النتيجة التى تؤدى اليها هذه القاعدة مع عدم المساس بمبدأ الرضائية وذلك بقولنا أن العدول وان منع من انعقاد العقد مبدئيا الا أن القابل الذى يريد العدول عن قبوله عليه أن يعمل على أن يصل العدول قبل وصول القبول (برسالة برقية مثلا) . وهو على أى حال مقصر فى ارساله قبولا عاجلا لم يمحص وهو بهذا التقصير يغرر بالموجب فيلتزم بتعويضه . وخير تعويض اقامة العقد .

تلك هى النتائج التى ننتهى اليها بالعمل على تطبيق مبدأ الرضائية ما وسع الجهد . ولا يفوتنا أن نلاحظ فى هذا الصدد أنه كان جديرا بالشارع انتظام هذه المسألة فى نصوص خاصة هو مستطيع أن يخرج بها عن قواعد الرضائية ما اقتضته الضرورة هذا الخروج . وهو هو الشارع الذى أوردنا بهذا الصمت والاغفال موارد الحيرة فخرجت نظرية العقود بين غائبين لا يكاد يتفق فيها اثنان على رأى واحد وتضاربت فيها أحكام المحاكم على صورة لم نعهدها فى غيرها من النظريات القانونية .

٧٤ — أما الصعوبة الثانية فهى فى الرد على تساؤلنا أين ينعقد العقد . هذه الصعوبة لا تعرض كذلك فى حالة انعقاد العقد بين شخصين يجمعهما نفس المجلس ، اذ يكون مكان العقد هو المكان الذى وقع فيه القبول والعلم به . انما تعرض الصعوبة اذا اختلف المكان الذى صدر منه الايجاب عن المكان الذى صدر منه القبول . وهذا مايقع فى التعاقد بالمراسلة أو على يد رسول أو بالتليفون .

ولا جديد نضيفه فيما يتعلق بتلك الصعوبة . ذلك أنهـا تنعـدم بحل الصعوبة الأولى[١] . فاذا حددنا وقت انعقاد العقد والواقعـة التى ينعقد عندها هان علينـا بعـد ذلك تحديد مكان انعقاد العقد فهو ينعقد فى المـكان الذى تمت فيه الواقعة التى انعقد بها العقد . على أن يكون الأصـل هو الرجوع الى نية المتعاقدين واذا غابت عنا هذه النية فمكان العقد هو مكان العلم بالقبول .

وتظهر أهمية هذا السؤال فى حالة اختلاف القوانين المطبقة فى مكان القبول ومكان العلم به . فاذا صدر القبول من القابل فى القطر المصرى ووقع علم الموجب به فى فرنسا فالمفروض تطبيق أحكام القانون الفرنسى على هذا العقد .

المبحث الثانى — فى لزوم الارادتين

نظرية الارادة المنفردة[٢]

٧٥ — الآثار التى تترتب على الارادة المنفردة — نفى نشوء الالتزام عن الارادة المنفردة فى المذهب التقليدى ٧٦ — مذهب المحدثين فى الارادة المنفردة — تزكيته — تفنيده بالرجوع الى النية ٧٧ — مناقشة الأوضاع القانونية التى زكى بها مذهب المحدثين ٧٨ — مقارنة الشرائع اللاتينية بالقانون الألمانى ٧٩ — تعاقد الشخص مع نفسه ٨٠ — تكييفه القانونى ٨١ — تطبيقاته .

٧٥ — فى اشتراطنا توافق ارادتين معنى لزوم ارادتين ونفى نشوء الالتزام بارادة منفردة تصدر من الملتزم . وتلك فى الواقع هى القاعـدة التى جرت عليها

---

(١) راجع بلانيول وريبير واسمان فقرة ١٦٣ وديموج ٢ فقرة ٥٨٠ والسنهورى فقرة ٣١١ .

(٢) **مراجع** — سالي ، الالتزامات فقرة ١٣٨ — ١٤٤ — بوفنوار ، مقال فى مجلة التشريع المقارن سنة ١٨٩٩ ص ١٥٥ لوريبور — پيچونيير ، مقال فى كتاب أعمـال سالي — مينيال ، اعلان الارادة ، مجلة القانون المدنى سنة ١٩٠٢ . چينى ، طرق التفسير فقرة ١٧٢ مكررة — ديموج ١ فقرة ١٨ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٨ وما بعدها — كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٧٠ وما بعدها — چوسران ٢ فقرة ١٠ — شاباس ص ١٢٥ وما بعدها — السنهورى فقرة ١٧٩ وما بعدها — ورمز رسالة باريس سنة ١٨٩١ — لامبير ، رسالته فى الاشتراط لمصلحة الغير سنة ١٨٩٣ .

القوانين اللاتينية والتى أخذ بها الشارع المصرى : الارادة المنفردة لا تكفى وحدها لنشوء الالتزام بل لا بد من أن تقترن بها ارادة شخص آخر هو صاحب الالتزام ، وحتى يقع هذا الاقتران لا ينشأ الالتزام فيجوز العدول عن الارادة كما تسقط بالموت و بفقد الأهلية .

وليس معنى لزوم الارادتين لنشوء الالتزام أن ننكر على الارادة المنفردة قوة احداث آثار قانونية . بل القوانين اللاتينية تسلم يقينا بآثار تترتب على ارادة منفردة لا تقترن بها ارادة أخرى . فالوصية وهى ارادة منفردة تنشىء الحق للموصى اليه دون حاجة الى قبوله . والدليل على ذلك أن وفاة الموصى اليه قبل قبوله لا تبطل الحق فى الوصية بل ينتقل الحق الى الورثة . وشطب الرهن وهو ارادة تصدر من الدائن تسقط وحدها الحق العينى ألا وهو حق الرهن . والاجازة confirmation وهى عمل ارادى صادر من طرف العقد الفاسد الذى شرع البطلان لمصلحته تقيم العقد صحيحا . والاقرار ratification وهو عمل ارادى صادر من جانب واحد يجعل العقد ساريا فى حق المقر الذى لم يكن طرفا فى العقد ، فاقرار المالك لعقد البيع الواقع على عين مملوكة له والصادر من غير مالك يجعل البيع ساريا فى حق هذا المالك واقرار رب العمل للعقد الصادر من الفضولى يجعل العقد ساريا فى حق رب العمل . وكذلك قد تنقضى الالتزامات التعاقدية بارادة أحد الطرفين ، ففى عقد العمل غير المحدد المدة ينتهى العقد باخطار أحد الطرفين للآخر ، وعقد الوكالة ينتهى بافالة تصدر من الموكل أو استقالة تصدر من الوكيل . بل والمسؤولية من تعاقدية وغير تعاقدية لا تتحرك الا بارادة الدائن التى تظهر فى مطالبة أو انذار أو رفع دعوى .

كل الآثار اذن تترتب على الارادة المنفردة ما عدا أثرا واحدا هو نشوء الالتزام فى ذمة من صدرت منه الارادة . ما تفسير هذا الاستثناء ؟ تفسير ذلك أن الالتزام الارادى لا يكون واجب التنفيذ بحيث تنشأ المسؤولية عند عدم تنفيذه الا اذا كان محققا وهو لا يكون محققا الا اذا كانت الارادة باتة وهى

لا تكون كذلك الا اذا امتنع على من صدرت منه حق العدول عنها ، وحق العدول لا يمتنع الا بانعقاد الرابطة القانونية والرابطة لا تنعقد الا بقبول الدائن لهذا الالتزام . من ثم لا ينشأ الالتزام الارادى الا بانعقاد العقد أى باقتران ارادتين . وهو لا ينشأ قبل ذلك بمعنى أن من صدرت منه الارادة يجوز له العدول عنها دون أن يترتب على ذلك مسؤوليته — كل ما هنالك أن ارادة الطرف الآخر التى تنعقد بهـا الرابطة القانونية قد تكون ضمنية بل قد تستفاد من السكوت .

فكأن أساس المذهب اللاتينى هو فكرة الرابطة القانونية التى تنعقد بين شخصين ، و بتعبير آخر تمتد جذور هـذا المذهب الى المذهب الشخصى فى الالتزام (١) .

٧٦ — أما مذهب المحدثين فى الارادة المنفردة فهو يقوم على المذهب المـادى فى الالتزام الذى لا يرى فى الالتزام رابطة بين شخصين بل علاقة بين ذمتين ويتصـور وجود الالتزام باعتباره مالا متقوما بقطع النظر عن شخص الدائن (٢) .

وقد قيل فى تزكية هذا المذهب أنه ينجح (حيث لا تنجح القاعدة اللاتينية) فى تبرير كثير من الأوضاع القانونية التى تستلزمها الحياة العملية ، كالاشتراط لمصلحة الغير والسـند لحامله والوعد بجائزة لمن يقوم بعمل معين (كالعثور على شىء ضائع) بل والايجاب الملزم . كيف تستطيع القاعدة اللاتينية التى تسـتلزم ارادتين أن تفسر التزام المتعهد قبل المنتفع وهو لم يتعاقد معه ، والتزام مصدر السند قبل حامله دون أن تكون هناك رابطة تعاقدية بين المصـدر والحامل ، والتزام الواعد بالجائزة بدفعها لمن قام بالعمل الذى وعدت الجائزة من أجله عند ما يجهل هذا الأخير أن هناك جائزة تقررت لهـذا العمل . والتزام الموجب بعدم العدول عن ايجابه وعدم سـقوط الايجاب بالموت أو بفقد الأهلية ؟ ألا يقال فى جميع هذه الأحوال ان الالتزام ينشأ بمحض الارادة المنفردة

(١) راجع فيما سبق فقرة ١٤ .

(٢) راجع فيما سبق فقرة ١٥ .

الصادرة من المتعهد ومصدر السند والواعد بالجائزة والموجب على التعاقب ؟ وأليست القاعدة اللاتينية عقبة فى سبيل التسليم بهذا الالتزام فى حين أن الحياة العملية تدعونا الى التسليم به ؟

على أن أنصار هذا المذهب الحديث لم يكتفوا بتزكيته من هذه الناحية العملية بل هم يذهبون الى أبعد من ذلك ويؤكدون أن الارادة المنفردة انما هى مصدر الالتزام حتى فى حالة العقود . فاذا كان عقد البيع مثلا ينشىء التزاما على البائع فانما مصدر الالتزام ارادة البائع منفردة واذا كان ينشىء التزاما على المشترى فانما مصدره ارادة المشترى منفردة . وبهذا يتداعى العقد بوصفه مصدرا للالتزام ولا يبقى غير الارادة المنفردة .

ان هذا التحليل لا يخلو من خطل . وقد اعترض عليه ما يؤدى اليه من جعل الالتزامين فى العقد وكل منهما يحيا حياة مستقلة ويتولد فى وقت مختلف[1] . على أن هذا النقد ليس كل ما فى الأمر . بل اننا برجوعنا الى عناصر الارادة نستطيع أن نلمس وجه الخطل فى هذا النظر وننتهى فى نفس الوقت الى تحديد المنطقة التى يكون فيها للارادة المنفردة سلطان مظهره انشاء الالتزام . ونحن من أجل هذا نميز بين الأعمال القانونية التى تنشىء التزاما على الطرفين (العقود الملزمة للطرفين) وبين الأعمال القانونية التى تنشىء التزاما على طرف واحد . وتحليل عناصر الارادة يساعدنا على أن نتبين مقدار الارتباط الذى يكون بين الالتزامات الناشئة عن العقود الملزمة للطرفين . ففى عقد البيع مثلا لارادة البائع محل هو تسليم العين المبيعة ولها غرض هو الحصول على الالتزام محل ارادة المشترى . ليس من شك فى أن ارادة البائع قد اتجهت للالتزام بالتسليم ولكن هذا الالتزام محكوم بذاك الغرض . وما دام الأمر كذلك فلن تنهض ارادة البائع ولن تستوفى عناصرها ولن تؤتى أثرا ما لم يتحقق الغرض الذى ترمى اليه ولن يتحقق هذا الغرض الا بعد أن تظهر ارادة المشترى ، أى بعد أن ينعقد العقد .

---

(١) شاباس ص ١٥٦ .

ومن ثم لايفهم أن يلتزم البائع بالتزامه مستقلا عن التزام المشترى . وهكذا الرأى بالنسبة لارادة المشترى . وهكذا الحكم فى كافة العقود الملزمة للطرفين . ليس صحيحا اذن أن الارادة المنفردة هى مصدر الالتزامات التعاقدية عموما . ذلك أن الارادة فى العقود الملزمة للطرفين لا تكون ارادة منفردة بل ان تحليلها والرجوع الى النية والغرض ينتهى الى احكام وثاقها بارادة أخرى .

أما الأعمال القانونية التى تلزم طرفا واحدا كعقد الهبة مثلا فليس ما يمنع من التسليم عقلا بأن الالتزام فيها ينشأ بالارادة المنفردة الصادرة من الواهب . ذلك أن هذه الارادة متى كانت باتة ومتى أعلنت تستوفى كافة عناصرها . أما الغرض الذى ترمى اليه فهو متحقق دون حاجة الى ارادة جديدة تصدر من الموهوب اليه . ذلك أن النية التى قامت فى ذهن الواهب لم تكن الالتزام بقصد الحصول على مقابل يلتزم به الطرف الآخر بل هى الالتزام بدون مقابل ومتى ثبت وجود هذه النية صحت الارادة بالالتزام .

٧٧ — نخلص من ذلك بأن العبرة بالنية دائما ورجوعنا الى هذه النية قد بين لنا أنه فى حالة العقود الملزمة للطرفين لا ينشأ الالتزام الا باجتماع ارادتين .

ونحن مستطيعون بعد ذلك أن نناقش على هدى هذه النية الأوضاع القانونية التى قيل فى تبريرها بنظرية الارادة المنفردة . ولنتناول أولا حالة الايجاب . عند ما يصدر ايجاب من شخص ما بالبيع مثلا ويترك الموجب للموجب اليه مهلة يقبل فيها العقد ألا نقول أن الايجاب على هذه الصورة يتضمن التزام الموجب باقامة ايجابه طوال المهلة وان الالتزام ينشأ على هذا الوجه دون حاجة لارادة تصدر من الموجب اليه ؟ لقد رأينا أن العبرة بالنية والغرض . والظاهر لنا أن نية الموجب قد انصرفت الى الالتزام بعدم العدول عن ايجابه طوال المهلة . ولكن ما غرضه من هذا الالتزام ؟

ان غرضه هو تمهيد الفرصة لانعقاد العقد وتيسير السبيل على الموجب اليه . وهو غرض متحقق دون حاجة الى ارادة تصدر من الموجب اليه . على هذا الوجه

يصح التسليم مع مذهب المحدثين[١] بأن الالتزام ينشأ بمجرد صدور ارادة الموجب باعطاء مهلة للموجب اليه ولا يتجاوز موضوعه عدم العدول طوال هذه المهلة[٢] . وهذا الالتزام غير الالتزام بموضوع العقد الموجب به أى البيع ، اذ أن التزام البائع بالبيع نفسه لا بد له من غرض وغاية وهذا الغرض لا يتحقق الا بعد ظهور ارادة المشترى .

الوعد بجائزة

كذلك حالة الوعد بجائزة يؤدي بنا تحليل ارادة الواعد الى التسليم بنشوء الالتزام بقطع النظر عن ارادة من قام بالعمل الذى وعدت الجائزة من أجله . ان نية الواعد قد انصرفت الى الالتزام بالمكافأة عند تحقيق العمل المطلوب بقطع النظر عن ارادة مستحق الجائزة وعن شخصه ولذلك ينشأ الالتزام بمجرد هذا التحقيق (أى بمجرد العثور على الشيء الضائع اذا كانت الجائزة عن هذا العمل). وهذا بقطع النظر عن ارادة الطرف الآخر وعن علمه بالوعد بالجائزة . وحتى يتحقق الغرض من ارادة الواعد لا تعتبر الارادة قد استوفت عناصرها فيجوز قبل ذلك العدول عنها كما تسقط بالموت ونقص الأهلية .

الاشتراط لمصلحة الغير

أما التزام المتعهد قبل المنتفع فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير فهو ليس تطبيقا لنظرية الارادة المنفردة[٣] . ذلك أن هذا الالتزام ينشأ عن عقد ملزم للطرفين ولذلك كان حكمه حكم بقية الالتزامات التعاقدية . فالمتعهد قد التزم قبل المنتفع

(١) راجع فى مذهب المحدثين المراجع المذكورة فى ديموج ١ فقرة ١٨ ص ٥٣ حاشية ٢.

(٢) ويلحق بالايجاب الموصوف بمهلة صريحة الايجاب الذى يقضى فيه العرف وطبيعة الأعمال باقامته مدة معينة . فى هذه الحالة نفترض أن نية الموجب قد اتجهت الى الأخذ بحكم العرف فتنطبق الأحكام الخاصة بالايجاب الموصوف بمهلة صريحة . وأخذنا بالعرف ليس الا تطبيقا لقواعد التفسير التى تقضى بأن المشارطات تلزم بنصوصها وبما يقضى به العرف ونصوص القانون . م ١٣٨/١٩٩/١١٣٥ .

(٣) سالي الالتزامات فقرة ٢٤٩ — الاشتراط لمصلحة الغير عبارة عن عقد ينعقد بين شخصين ويشترط فيه أحد الطرفين على الآخر أن يتعهد بالقيام بعمل لمصلحة شخص ثالث لم يكن طرفا فى العقد هو الذى يسمى بالمنتفع . مثال ذلك صاحب مصنع يتعاقد مع شركة تأمين لمصلحة عماله الذين لم يكونوا طرفا فى هذا العقد ، فيتفق مع الشركة على أن تدفع تعويضا معينا لكل عامل يصاب أثناء العمل فى مقابل أقساط يدفعها صاحب المصنع .

لأن المشترط قد التزم قبله والغرض من التزام المتعهد انما تحقق بصدور ارادة المشترط بالالتزام . واذا كان الاشتراط لمصلحة الغير ينبو عن القواعد العامة فهو لا ينبو عن القاعدة التى تقضى بلزوم ارادتين بل عن القاعدة التى تقضى بأن غير المتعاقدين لا يفيد من العقد ولا يضر به (١) .

التزام مصدر السند

وتبقى بعد ذلك حالة التزام مصدر السند لحامله كمن يحرر سنداً يذكر فيه أنه يتعهد بأن يدفع مبلغا معينا لمن يكون حاملا لهذا السند titre au porteur . قيل ان الالتزام بدفع هذا المبلغ لحامل السند لاينشأ عن عقد وانما هو ينشأ عن ارادة مصدر السند منفردة . الحقيقة أن الالتزام ليس نتيجة توافق ارادتين . ولكنه كذلك ليس نتيجة ارادة منفردة . ذلك أن تقرير التزام مصدر السند قبل حامله لايخرج بنا فقط عن قاعدة لزوم الارادتين بل انه يتعدى الى الخروج عن قواعد الارادة ذاتها . ان التزام مصدر السند عبارة عن التزام مجرد عن السبب والغرض ، بمعنى أن ثبوت بطلان التعهد بدفع المبلغ لأى وجه من وجوه البطلان لا يؤثر فى التزام مصدر السند قبل الحامل . وما دام الأمر كذلك فنحن قد خرجنا عن منطقة الالتزام الارادى لأن الالتزام الارادى يرمى دائما الى غرض ويجب فى هذا الغرض أن يكون قائما صحيحا مشروعا . ونحن باستبعادنا للغرض ندخل فى منطقة الالتزام القانونى أى المسؤولية . وبهذا لا يكون التزام مصدر السند نتيجة لارادته هذا الالتزام بل لارادة الشارع أن تقع عليه هذه المسؤولية .

نخلص مما سبق بأن الالتزام الناشىء عن ارادة منفردة دون حاجة الى اقترانها بارادة أخرى ، لا يكاد يظهر الا فى حالة التزام الواهب بالهبة والتزام الموجب بعدم العدول عن ايجابه قبل مضى مدة معينة والتزام الواعد بالجائزة قبل من يقوم بالعمل موضوع الجائزة دون بقية الأحوال التى أسلفنا ذكرها . وبهذا تتحدد منطقة الارادة المنفردة فى دائرة ضيقة .

٧٨ — على أن القوانين اللاتينية — وتبعها فى هذا قانوننا — لم تسلم

(١) راجع فى تفصيل ذلك الباب الثانى من هذا الكتاب .

بالارادة المنفردة مصدرا للالتزام حتى فى هذه الدائرة الضيقة[1]. فالهبة قد طبقت عليها قاعدة لزوم الارادتين ونصوص القانون تقضى بأنها لا تلزم الواهب إلا بعد قبول الموهوب اليه (المادة ٩٣٢ فرنسى ومفهوم المواد ٥٠ و٥١/٧٢ و٧٣ مصرى) والفقه والقضاء متجهان الى أن الايجاب لا يلزم بعدم العدول أثناء المهلة والى أن موت الموجب أو فقد أهليته يمنع من انعقاد العقد، والوعد بالجائزة لا يلزم إلا اذا قام أحد الناس بالعمل موضوع الجائزة وهو يعلم بالوعد فيعد قابلا لايجاب الواعد قبولا ضمنيا. وليس ذلك كله إلا تطبيقا لقاعدة لزوم الارادتين فى أحوال لايقضى فيها تحليل الارادة الى هذا اللزوم.

على أن استلزام الارادتين فى هذه الأحوال وهو بحسب منطق الارادة لزوم ما لا يلزم قد تبرره اعتبارات خاصة. ففى الهبة أراد الشارع أن يحتفظ للواهب بحق العدول حتى قبول الموهوب اليه نظرا للقيود الخاصة التى أراد أن يقيد بها حق الهبة. ولعل لزوم ارادة الموهوب اليه من باب الشكل الذى أراد الشارع أن يقيد به ارادة الواهب دفعا له الى التروى فهو فى هذا يلحق باشتراط الرسمية.

أما فى حالة الايجاب فان فى استلزام ارادة الموجب اليه معنى فرض قرينة تقضى بأن الايجاب لا يكون باتا إلا عند ما تلتقى به ارادة الموجب اليه.

والشارع الألمانى نفسه لم يأخذ بنظرية المحدثين فى الارادة المنفردة. بل انه قضى فى المادة ٣٠٥ بأنه لابد من عقد أى من اجتماع ارادتين لانشاء الالتزام الارادى ما لم يقض القانون بغير ذلك. وقد نص القانون فى مواضع أخرى على التزام الموجب بعدم العدول أثناء المهلة المحددة للقبول (م ١٤٨) أو المهلة المعقولة التى تقضى بها طبيعة الأعمال (م ١٤٧) وعلى أن الارادة لا تسقط بموت صاحبها أو نقص أهليته (م١٣٠ وم١٥٣) وعلى أن الواعد بجائزة يلتزم بها ولو لم يعلم من

(١) راجع مع ذلك حكما قديما قضى بأن الوعد بالجائزة يلزم دون حاجة لارادة أخرى، محكمة تورينو فى ٣ اغسطس سنة ١٨١٠ سيرى ١٨١١ — ٢ — ٣٩ وكذلك حكم بروكسيل فى ٣١ يناير سنة ١٨٢٨ البازيكريزى ١٨٢٨ — ٣٧.

قام بالعمل بهذا الوعد (م ٦٥٧) وعلى أن الواعد يستطيع الرجوع فى وعده الى أن يقوم شخص بالعمل موضوع الجائزة (م ٦٥٨) . وهذه النصوص تضع أحكاما تخالف الأحكام التى تأخذ بها الشرائع اللاتينية . ولكنها لا تختلف عن الأحكام التى ننتهى اليها عند الأخذ بنية من صدرت منه الارادة على الوجه الذى أسلفنا بيانه .

٧٩ — وثمة وضع قانونى يتصل بنظرية النيابة عند أنصار النظرية التقليدية فى النيابة ولكنه يتصل بنظرية الارادة المنفردة عند خصوم هذه النظرية التقليدية . ولذلك آثرت الكلام عليه بعد عرض نظريتى النيابة والارادة المنفردة . ذلك هو تعاقد الشخص مع نفسه contrat avec soi-même [1] . ان نظرية النيابة قد تخلق مركزا غريبا فهى تجعل فى الامكان أن يتعاقد الشخص مع نفسه ، اما عن نفسه من ناحية وغيره من ناحية أخرى أى بالاصالة عن نفسه طرفا فى العقد وبالنيابة عن غيره طرفا آخر فى ذات العقد ، أو عن غيره من الناحيتين أى بالنيابة عن كل من طرفى العقد : شخص وكل عن آخر فى بيع عين وهو نفسه يريد شراءها فيشترى من نفسه لنفسه ؟ أو هو وكيل فى البيع عن الراغب فى البيع ووكيل فى الشراء عن الراغب فى الشراء ، فيشترى للثانى من الأول وبهذا يتعاقد مع نفسه ؟ ان هذا المركز الغريب يدفعنا الى التساؤل عن أمرين : **أولا** ما هو التكييف القانونى لهذه العملية القانونية ؟ **ثانيا** اذا أمكن تكييف هذه العملية القانونية فهل هى جائزة فى جميع الأحوال ؟

٨٠ — ان الرأى السائد فى القانون الفرنسى هو أنه يوجد عقد صحيح فى حالة تعاقد الشخص مع نفسه . وهذا العقد ذو طرفين هما المتعاقد الذى يتعاقد عن نفسه والأصيل الذى ينوب عنه هذا المتعاقد (وهذا فى حالة تعاقد الشخص مع

---

(١) **مراجع** — ترجمة وزارة الحقانية الفرنسية للقانون المدنى الألمانى م ١٨١ ص ٢٣٩ وما بعدها — فاليارسكو ، تعاقد الشخص مع نفسه ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٢٦ ص ٩٧٣ — ديموج ١ فقرة ٤٠ — پلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ٦٨ وما بعدها — پيلون ، رسالة كان ١٨٩٨ فقرة ١١٦ — ١٣٠ — ڤيفورياتو ص ٥٠٤ — ٥٢٤ — السنهورى فقرة ٢٢٠ وما بعدها .

نفسه عن غيره وعن نفسه) أو هما الأصيلان اللذان ينوب عنهما المتعاقد (وهذا فى حالة تعاقد الشخص مع نفسه عن غيره من الجانبين) .

ولكى نصل الى هذه النتيجة يكفى أن ندفع التطبيق المنطق لفكرة النيابة الى نهايته . واذا تولد عن هذا مركز لا يخلو من غرابة فى أن يتعاقد الشخص مع نفسه فهى ليست بغرابة مستحدثة ، اذ مصدر الغرابة هو نفس فكرة النيابة . الغريب حقا هو أن شخصا يعقد عقدا فلا تترتب آثاره فى ذمته بل فى ذمة شخص آخر . وما دمنا نسلم بأحكام النيابة فلا محيص عن التسليم بتعاقد الشخص مع نفسه . عند ما يتعاقد الشخص مع نفسه يوجد اذن عقد ، وكل ما يستدعيه هذا المركز الغريب من تحفظ هو ألا نكتفى بأن تتجاوب الارادتان فى نفس النائب المتعاقد تجاوبا باطنا ، بل نشترط أن يظهر هذا العقد فى عالم الوجود وأن تدل عليه علامات مادية[1] . ولسنا بهذا الاشتراط نضيف قاعدة جديدة اذ الارادة لا تؤتى آثارها الا اذا انتقلت من العالم النفسى الى العالم الاجتماعى .

وقد اعترض على هذا الرأى بأنه لا يستقيم الا مع فكرة المجاز القانونى فى النيابة التى تفترض أن العقد الذى يعقده النائب لا ينعقد بارادته بل بارادة الأصيل مجازا ، وهى فى ذاتها فكرة منتقدة اذ العقد ينعقد بارادة النائب فعلا . واذا كان ذلك كذلك فكيف يقال أنه يتكون عقد صحيح عند ما يتعاقد النائب مع نفسه ؟ ان القاعدة فى القوانين اللاتينية هى تعدد الارادة أى أن العقد لا ينعقد الا باجتماع ارادتين . وعند ما يتعاقد النائب مع نفسه لن تظهر غير ارادة واحدة هى ارادة هذا النائب . ومن العبث أن نسعى فى تبعيض هذه الارادة فنصف بعضها بأنه ارادة أصيلة والبعض الآخر بأنه ارادة نائبة أو نصف البعض بأنه ارادة نائبة عن طرف والبعض الآخر بأنه ارادة نائبة عن طرف آخر .

من أجل ذلك قد تظهر فائدة التسليم بنظرية الارادة المنفردة فى حالة تعاقد الشخص مع نفسه إذ كل الحرج الذى لاقينا فى صدد هذه العملية القانونية يرجع

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٨ ص ٨٨ .

الى مجافاتها لمبدأ تعدد الارادة [١] . والفقه الألمانى الذى رفع لواء نظرية الارادة المنفردة لا يلاقى هذا الحرج فهو يرجع الى النظرية المادية فى الالتزام التى ترى فى الالتزام رابطة بين ذمتين لا بين شخصين . فالنائب عند ما يتعاقد مع نفسه انما ينشىء الالتزام لأنه يقرب ما بين ذمته وذمة الأصيل أو ما بين ذمة كل من الأصيلين . وهذا التقريب انما يقع بارادته المنفردة . وتلك الارادة المنفردة هى التى تحدث الأثر القانونى وهى التى تنشىء الالتزامات فى ذمة النائب والأصيل أو فى ذمة كل من الأصيلين .

على أن الواقع أن رجوعنا الى تحليل الارادة يغنينا عن الأخذ بنظرية الارادة المنفردة . وهو كفيل بتفسير نشوء الالتزامات سواء ما وقع منها فى ذمة النائب المتعاقد مع نفسه أو فى ذمة الأصيلين . لقد سبق لنا فى صدد الكلام على النيابة أن فرقنا بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية [٢] ، وقلنا أنه فى حالة النيابة الاتفاقية تصدر الارادة التى ينعقد بها العقد من كل من الأصيل والنائب ، وأنه ليس صحيحا ما ذهب اليه البعض من أن العقد ينعقد بارادة النائب وحده باعتبار أنه هو الذى يجرى العقد . ذلك أن النائب لا تكون لديه نية الالتزام بل ان هذه النية لا تسند إلا للأصيل ، وهذه النية هى المحور الذى تدور عليه الارادة المنشئة للالتزام ، أما الارادة الصادرة من النائب فهى تتفاوت بتفاوت السلطة التى منحه الأصيل إياها ، وهى تشترك فى إجراء العقد بقدر هذه السلطة . وعلى هذا الوجه لا يكون فى اجراء النائب للعقد مع نفسه أى مخالفة للقاعدة التقليدية التى تتطلب تعدد الارادة . فالعقد الذى يعقده الشخص بصفته نائبا عن غيره طرفا وباعتباره أصيلا طرفا آخر ينطوى فى الواقع على أكثر من ارادة : ارادة النائب الأصيلة ثم ارادته النائبة تكملها ارادة الأصيل الذى أنابه . والعقد الذى يعقده بصفته نائبا عن الغير من الناحيتين ينطوى على ارادة النائب تكملها ارادة أحد الأصيلين من ناحية ثم ارادته من الناحية الأخرى تكملها ارادة الأصيل الآخر .

(١) ديموج ١ فقرة ٤٢ وقارن السنهورى فقرة ٢٢١ ص ٢٣٠ وحاشية ١ .

(٢) راجع فيما سبق فقرة ٥٠ ص ٧٩ .

وليس فى هذا معنى تبعيض الارادة الصادرة من النائب ما دام اعلان كل ارادة مما ذكرنا مستقلا ، فالأصيل قد أعلن ارادته فى عقد التوكيل والنائب عند ما يتعاقد مع نفسه يعلن ارادته باعتباره أصيلا أو باعتباره نائبا عن الغير .

أما فى حالة النيابة القانونية فقد رأينا أن العقد ينعقد بارادة النائب وأن وقوع آثاره للأصيل ليس نتيجة التزام هذا الأصيل التزاما اراديا بل نتيجة لارادة الشارع نفسه أى لنص القانون . فاذا قضى القانون بأن الأعمال القانونية التى يعقدها نائب قانونى (كالولى والوصى) مع نفسه ترتب آثارها فى ذمة الأصيل فليس فى ذلك أى مخالفة لأحكام القاعدة التقليدية التى تتطلب تعدد الارادة ، لأن هذه القاعدة خاصة بالعقد وهو ينشىء التزامات ارادية ، ونحن فى صدد مسئولية قضى بها القانون تنشىء التزامات قانونية .

٨١ — نخلص من ذلك بأن التكييف القانونى لتعاقد الشخص مع نفسه لا يعترضه مبدأ تعدد الارادة وان هذا التكييف مستطاع مع استبعاد نظرية الارادة المنفردة . على أنه ليس معنى ذلك اباحة هذا التعاقد دون قيد . بل ان هناك سببا آخر — غير مبدأ تعدد الارادة — يدعونا للتردد فى اباحته . وهذا هو الخطر الذى يتعرض له الأصيل فى مثل هذا التعاقد . فالوكيل فى البيع الذى يشترى لنفسه قمين أن يرجح مصلحته على مصلحة موكله . والوكيل فى بيع عين عن البائع وعن آخر فى شراء مثلها اذا باع من أحد الأصيلين للآخر متعاقدا مع نفسه قد يعمل على ممالأة أحد الطرفين وترجيح مصلحته على مصلحة الآخر أو قد يضعه واجب أداء الأمانة موضع الحرج فى وضع شروط العقد . ولقد تكفى شبهة هذا الترجيح لوضع القاعدة بمنع تعاقد الشخص مع نفسه . وهذا ما قضى به الشارع الألمانى فجعل الأصل المنع (م ١٨١) وأباح هذا التعاقد اذا رخص به الأصيل للنائب . كما أباحه بالنسبة للأعمال القانونية التى لا تنشىء الالتزام بل تعتبر تنفيذاً لالتزام قائم . ومثال ذلك وفاء النائب بدين عليه للأصيل أو استيفاء دين له على الأصيل أو وفاؤه بدين على أحد الأصيلين للآخر .

أما الشارع الفرنسى والشارع المصرى فانهما لم يضعا قاعدة فى هذا الشأن

ولكنهما نصا على منع هذا التعاقد فى أحوال معينة . وقد اختلف الفقهاء ازاء ذلك فى وضع القاعدة . البعض يرى أن القاعدة هى الاباحة ما عدا الأحوال التى وردت فيها نصوص بالمنع ، والبعض الآخر يرى أن القاعدة هى المنع وأن النصوص التى قضت بهذا المنع فى أحوال معينة ليست الا تعبيرا عن هذه القاعدة العامة (١) .

والنصوص التى وردت بالمنع هى نص المادة ٢٥٨/٣٢٥/١٥٩٦ التى تقضى بأنه « لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء والوكلاء المقامين من موكليهم أن يشتروا الشىء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة — فاذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع اذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق » . ونص المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية التى تقضى بأنه « يجب على الأوصياء والقامة ووكلاء الغائبين أن يحصلوا على اذن من المجلس الحسبى لمباشرة أحد التصرفات الآتية :.... شراء شىء لأنفسهم من ملك القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو بيع شىء من ملكهم للقاصر أو المحجور عليه أو الغائب — استئجار ملك القاصر أو المحجور عليه أو الغائب » .

والنص الأول خاص بنوع معين من التصرفات هو البيع ولكنه منسحب على النائبين نيابة اتفاقية أو قانونية ، أما النص الثانى فهو يشمل البيع والايجار ولكنه قاصر على النيابة القانونية . والتصرف فى جميع هذه الأحوال صحيح متى أجازه الموكل ولو اجازة لاحقة على انعقاد التصرف أو متى أذن به المجلس الحسبى اذناً سابقاً (بالنسبة للنيابة القانونية) (٢) .

---

(١) راجع بالنسبة للرأى الأول پيلون ، رسالة كان ١٨٩٨ فقرة ١٢٩ وراجع بالنسبة للرأى الثانى الاشارة فى كتاب پلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ٦٩ ص ٨٩ وقارن عبد السلام ذهنى فى القانون التجارى فقرة ٢٠٧ ومحمد صالح ، القانون التجارى فقرة ٢١٦ .

(٢) على أنه بالنسبة للأولياء الشرعيين تقضى قواعد الشريعة الاسلامية بجواز تعاقد الولى مع نفسه فى حدود معينة بدون اذن سابق (م ٢٨٢ و٢٨٣ من كتاب مرشد الحيران) ويلاحظ أن المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية لم تتناول الأولياء ، فهى تساير أحكام الشريعة الاسلامية على عكس القانون المدنى الذى قضى فى المادة ٢٥٨ بمنع شراء الولى لنفسه — على أن المحاكم تطبق أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد (س م ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة ٣١ ص ٦٨ و١٧ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٧ ص ٤١٣) .

الفصل الثانى

فى انعقاد العقد — تفصيل القاعدة

٨٢ — تقسيم الموضوع .

٨٢ — فى الفصل الأول وضعنا القاعدة فى انعقاد العقد فقلنا ان العقد انما ينعقد بالتراضى — وان التراضى عبارة عن توافق ارادتين . وقد اقتضانا ذلك أن نبين العناصر التى يتكون منها التراضى وهى تدور حول الارادة . ثم أرجأنا تفصيل تلك القاعدة الى ما بعد الانتهاء من وضعها . على أننا فى الواقع لم نجمل الا فى صدد عناصر الارادة فذكرنا هذه العناصر وأرجأنا الكلام عليها الى ما بعد الانتهاء من وضع القاعدة . ذلك أن من بين عناصر الارادة ما يرتبط ارتباطا وثيقا بتوافق الارادتين على وجه يقضى فيه مراعاة الوضوح بايفاء هذا التوافق حقه قبل تفصيل الكلام فى هذه العناصر . وسنفرد لكل عنصر من تلك العناصر التى سبق تعدادها فرعا خاصا . على أن هناك عنصرا لن نتناوله بالتفصيل فى هذا الفصل ذلك هو نية احداث الالتزام ، إذ أن تلك النية من المسائل الموضوعية التى يفصل فيها القاضى ولا تصلح فيها ضوابط قانونية .

وبهذا نقسم هذا الفصل الى فروع خمسة : الفرع الأول فى الأهلية ، الفرع الثانى فى الاكراه ، الفرع الثالث فى المحل ، الفرع الرابع فى السبب ، الفرع الخامس فى عقود الاذعان .

الفرع الاول – فى الاهلية [1]

٨٣ — أنواع الأهلية ونقص الأهلية ٨٤ — القانون الواجب التطبيق فى الأهلية ٨٥ — النقص الطبيعى فى الأهلية ٨٦ — النقص المدنى .

٨٣ — لا نتناول فى هذا الفرع الا الأهلية لاجراء العقد . أما النظرية العامة للأهلية فليس هنا محلها . ولذلك فاننا نستبعد الكلام فى أهلية الوجوب capacité de jouissance أى أهلية الشخص لتلقى الحقوق اذ هى تتصل بدراسة الشخصية personnalité ونكتفى بأهلية الأداء capacité d'exercice بالقدر اللازم بالنسبة لانعقاد العقد .

ان الارادة التى ينعقد بها العقد يجب أن تكون صادرة عن شخص أهل لاجراء هذا العقد . والأصل فى الانسان الأهلية أما نقص الأهلية وعدم الصلاحية لاجراء الأعمال القانونية فهو الاستثناء . ونقص الأهلية اما أن يرجع الى أسباب طبيعية physiologique أى لعدم استكمال الارادة عناصرها بسبب النقص الفسيولوجى كما فى حالة الطفل غير المميز والمجنون وهما عديمى الارادة ، أو الى ارادة الشارع . وعادة يسمى نقص الأهلية فى الحالة الأولى بالنقص الطبيعى incapacité naturelle وفى الحالة الثانية بالنقص المدنى incapacité civile . والشارع عند ما يقرر عدم صلاحية طائفة من الأشخاص لاجراء بعض الأعمال القانونية يتحرك عادة بدافع حماية هؤلاء الأشخاص كما فى حالة القاصر المميز والسفيه . على أنه قد يتحرك بدوافع أخرى مختلفة ، فالشرائع الأوروبية تقضى بعدم أهلية المرأة المتزوجة لاجراء بعض الأعمال القانونية الا باجازة زوجها وهى لم تتحرك فى

---

(١) **مراجع** — كابيتان ، مقدمة القانون ص ١٤٤ وما بعدها — ديموج ٢ فقرة ٦٦١ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٧٥ وما بعدها — دى باج ١ فقرة ٧٥ وما بعدها وفقرة ١٠٩ — حافظ رمضان ، فى تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحجر ، المحاماة السنة الأولى — أحمد نشأت فى العته الموجب للحجر ، المحاماة السنة الرابعة — أحمد ابراهيم ابراهيم ، فى الأهلية وعوارضها ، مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٣٦١ — السنهورى فقرة ٣١٦ وما بعدها .

هذا بفكرة حماية الزوجة وانما بفكرة أن الشركة المالية بين الزوجين لا بد لها من رئيس هو الزوج ، واعطاء حق التصرف للشريكين مؤد الى الضرر .

كما أن الشارع يقضى بعدم أهلية المحكوم عليه فى جناية لاجراء الأعمال القانونية (المادة ٣٥ عقوبات) . وهو لم يتحرك فى هذا الحكم بدافع حماية المحكوم عليه ، وانما دفعه اليه أسباب أخرى مختلفة لعل أظهرها مراعاة نظام السجون الذى يقضى بحرمان المحكوم عليه من حمل النقود التى قد يستعين بها على تسهيل مخالفاته لنظام السجن . ومن قبيل هذا الحرمان اعتبار المحكوم عليه غير أهل لاجراء الأعمال القانونية خشية أن يستعين بها على مخالفة النظام المذكور .

٨٤ — ولم يبين القانون المدنى أحكام الأهلية . ذلك أنها قد اعتبرت من مسائل الأحوال الشخصية والقانون المدنى لم يتناول هذه المسائل . ولذلك نجد أن المادة ١٩٠ مختلط تقضى تطبيقا لقواعد القانون الدولى الخاص بأن الحكم فى الأهلية يكون على مقتضى قانون البلد التابع له العاقد أى قانون جنسيته[1] . فاذا كان العاقد مصرياً وجب اتباع حكم المادة ١٣٠ أهلى التى تقضى بأن الحكم فى الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى الأحوال الشخصية بالملة التابع لها العاقد . فاذا كان مسلماً اتبعت أحكام الشريعة الاسلامية واذا كان غير مسلم اتبعت أحكام قانون ملته . على أن الشارع قد أصدر قانون المجالس الحسبية ووحد فيه بعض الأحكام الخاصة بالأهلية فجعلها منطبقة على المصريين وغيرهم من المتوطنين فى القطر المصرى مسلمين كانوا أو غير مسلمين الا اذا قضت القوانين أو المعاهدات بغير ذلك فلا يخرج من حكمه غير الأجانب المتمتعين بالامتيازات

---

(١) راجع بالنسبة للاجراءات التى تتبع فى تعيين الأوصياء والقامة وفى المصادقة على تصرفاتهم ومحاسبتهم عندما يكون القانون الواجب التطبيق قانونا أجنبيا ، المرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ . وهو يضع أحكاما تقابل الأحكام الواردة فى قانون المجالس الحسبية — وراجع بالنسبة لبسط اختصاص المحاكم المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية على غير المصريين المرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ الذى يقضى باختصاص هذه المحاكم متى لم يكن القانون الواجب التطبيق قانونا أجنبيا ويقصد بالقانون الأجنبى قانون البلاد التى كانت طرفا فى معاهدة مونترو أو التى استفادت من أحكامها طبقا للمرسوم بقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٣٧ .

الأجنبية . وهـذا القانون لم يتناول فى الواقع من أحكام الأهلية الا قدرا قليلا لا يكاد يخرج عن تحديد سن الرشد بواحد وعشرين سنة ميلادية وعن بيان التصرفات التى يجوز للقاصر البالغ ثمانى عشرة سنة اجراؤها . وفيما عدا ذلك نظم هذا القانون كيفية تشكيل المجالس الحسبية واختصاصها من حيث تعيين الأوصياء والقامة ومراقبتهم ومحاسبتهم . ولم يتناول هذا القانون بقية الأحكام الموضوعية الخاصة بالأهلية من تحديد لسن التمييز ومن بيان للتصرفات التى يجوز للقاصر المميز (الذى لم يبلغ ثمانى عشرة سنة) اجراؤها ، كما لم يتناول بيان الأولياء الشرعيين وهو من الأحكام المتصلة بقواعد الأهلية . وليس من شك فى أن هذه الأحكام يطبق فيها حكم المادة ١٣٠ التى تقضى بالرجوع الى قانون ملة العاقد . وسنستعرض فيما يلى أحوال نقص الأهلية نقلا عن قواعد الشريعة الاسلامية مع تكملتها بما ورد فى القانون المدنى وقانون المجالس الحسبية من أحكام .

٨٥ — أما النقص الطبيعى فهو فى حالة الصغير غير المميز وهو من لم يبلغ عمره سبع سنوات[1] والمجنون ما لم يكن فى أوقات الافاقة intervalles lucides ويلحق بهما المعتوه غير المميز . كل عقد يصدر عن هؤلاء الأشخاص يعتبر فى حكم العدم وذلك لانعدام ارادتهم . ويتولى اجراء التصرفات القانونية عن الصغير وليه أو وصيه . وقد بين قانون المجالس الحسبية أنواع التصرفات التى يجوز للولى وللوصى اجراؤها كما بين أنواع التصرفات التى يجب فيها استئذان المجلس الحسبى .

وتختلف سلطة الولى عن سلطة الوصى . فالولى وهو الأب والجد الصحيح له أن يؤدى عن الصغير أعمال الاغتناء أى التصرفات التى تكون للصغير نفعا محضا كقبول الهبة . وكذلك أعمال الادارة كتأجير عقاراته وأعمال التصرف كالبيع حتى بيسير الغبن . ويمتنع عليه أعمال التبرع كالهبة . على أن هذا كله

(١) لم ينص القانون على سن التمييز ولكن الشريعة الاسلامية تحدد هذا السن بسبع سنوات (راجع المادة ٤٩٤ من كتاب الأحوال الشخصية وراجع س م ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ المجموعة ٢ ص ١٤٤) .

مشروط بأن يكون الولى معروفا بحسن التدبير . أما اذا كان معروفا بفساد الرأى فالمجلس الحسبى حرمانه من الولاية حرمانا كليا أو جزئيا . أما الوصى فله أداء أعمال الاغتناء وأعمال الادارة ، على أنه يلتزم باستئذان المجلس الحسبى فى التأجير لمدة أكثر من ثلاث سنوات وفى استئجار مال الصغير لنفسه وفى تشغيل رأس مال الصغير . وكذلك يلتزم باستئذان المجلس بالنسبة لأعمال التصرف . أما أعمال التبرع فلا سلطة له فى أدائها .

أما المجنون فيحجر عليه ويعين له قيم يتولى عنه أداء التصرفات ما لم يكن له ولى يتولاها عنه[1] . وتصرفات المجنون التى يباشرها بنفسه وهو عديم الارادة تعتبر باطلة سواء كان محجورا عليه أو غير محجور عليه . وولاية القيم على المجنون كولاية الوصى على الصغير من حيث الأعمال التى يجوز له أداؤها وتلك التى يستأذن فيها المجلس الحسبى .

على أن المجنون قد تختلف عليه فترات افاقة يسترجع فيها قواه العقلية فتصح تصرفاته متى لم يكن ناقص الأهلية لسبب آخر كالسن . وقد تكون الافاقة غير كاملة فيكون حكمه حكم الصبى المميز .

٨٦ — أما النقص المدنى للأهلية الذى يقضى به الشارع حماية للأشخاص الذين يحتاجون الى حماية فيقع فى حالة القاصر المميز والمعتوه المميز والسفيه وذى الغفلة . أما القاصر المميز فهو من بلغ سن التمييز دون أن يبلغ سن الرشد . وقد حدد قانون المجالس الحسبية سن الرشد بواحد وعشرين سنة ميلادية . وللقاصر المميز أهلية ناقصة بعكس الصغير غير المميز والمجنون . فله أن يباشر الأعمال التى تكون نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة وقبول الابراء من الدين وقبول التأمين لمصلحته[2] دون

---

(١) س ١ فى فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٢٨ — راجع عكس ذلك قرار المجلس الحسبى العالى فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٣٦٣ الذى يرى وجوب تعيين قيم فى جميع الأحوال . والحكم الأول مطابق لرأى الامام محمد أما قرار المجلس الحسبى فهو مطابق لرأى الامام أبى يوسف الذى يرى أن الولاية تزول بالجنة .

(٢) س م ٢٥ ابريل سنة ١٨٩٥ المجموعة ٧ ص ٢٦٣ .

غير ذلك من الأعمال القانونية ، فلا تجوز له الهبة أو مباشرة أعمال التصرف أو ادارة أمواله . ومثل الصغير المميز المعتوه المميز .

على أنه متى بلغ سن ثمانى عشرة سنة ولم يمنع من التصرف (١) جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ويكون له فى هذه الحالة قبض دخله مدة ادارته والتصرف فيه والتأجير لمدة لا تتجاوز سنة (٢) وزراعة أطيانه واجراء ما يلزم للعقارات من أعمال التحفظ والصيانة فيعتبر رشيدا بالنسبة الى هذه التصرفات ويبقى قاصرا فيما عداها .

ومظهر الحماية التى قررها الشارع للقاصر اعتبار تصرفاته فيما عدا هذه الأحوال باطلة . وقد استدعى منعه من اجراء بعض الأعمال تقرير الولاية أو الوصاية عليه فيباشر الولى أو الوصى هذه الأعمال فى الحدود المقررة فى قانون المجالس الحسبية السابق الاشارة اليها فيما يتعلق بالولى أو الوصى على الصغير غير المميز .

ومتى بلغ القاصر سن الرشد انتهت الولاية أو الوصاية عليه دون حاجة الى قرار بذلك (٣) وأصبح أهلا لمباشرة كافة الأعمال ما لم يصدر قرار من المجلس الحسبى باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . وفى هذه الحالة تعتبر أهلية الشخص كأهلية الصبى المميز الذى بلغ الثامنة عشرة (٤) . ومن أحكام المحاكم ما يقضى بأن قرار استمرار الولاية أو الوصاية يكون ذا أثر رجعى فيعتبر حالة القصر ممتدة غير منقطعة ببلوغ سن الرشد وبذلك تبطل تصرفاته حتى فى الفترة بين بلوغه

---

(١) ويكون المنع بقرار من المجلس الحسبى ويصدر القرار بالمنع اذا ثبت أن القاصر قد أساء التصرف أو قامت أسباب صحيحة تدعو لأن يخشى منه ذلك (المجلس الحسبى العالى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٣٦٧) .

(٢) ولكن لا يجوز للقاصر استئجار أرض الغير لأن هذا العمل يدخل فى باب الاستغلال لرأس ماله وهو من أعمال التصرف (س أسيوط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٥٥٠) .

(٣) المحكمة العليا الشرعية فى ٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٨٤ .

(٤) س م فى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٢ ص ٣٥٨ .

سن الرشد وصدور القرار [١] .

أما السفيه فله أهلية الاغتناء دون أهلية الادارة والتصرف والتبرع فهو فى حكم الصغير المميز . على أنه قد استثنيت وصيته فى سبيل الخير (م ٤٩٠ من كتاب الأحوال الشخصية) ووقفه على نفسه وأولاده من بعده . ولا يلحق البطلان تصرفات السفيه الصادرة منه قبل توقيع الحجر عليه ما لم يثبت أن المتصرف له كان يعلم سفه المحجور عليه والاجراءات الجارية لتوقيع الحجر وأنه على الرغم من ذلك تواطأ معه على ايقاع هذا التصرف له [٢] . ومتى حجر على السفيه تولى عنه القيم مباشرة التصرفات وولايته كولاية القيم على المجنون والمعتوه والوصى على القاصر . ومثل السفيه المعتوه .

على أن الشارع كما رأينا قد يقضى بنقص الأهلية لأسباب أخرى غير حماية الأشخاص كما هو الحال فى نقص أهلية الزوجة فى بعض الشرائع وهو ما لم تعرفه الشريعة الاسلامية ، ونقص أهلية المحكوم عليه فى جناية الذى لا يجوز له ادارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله بل يعين قيما لهذه الادارة تقره المحكمة . كما لا يجوز له أن يتصرف فى أمواله الا بأذن المحكمة . وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ذلك يكون باطلا (م ٢٥ عقوبات) .

الفرع الثانى — فى الاكراه [٣]

٨٧ — تعريف الاكراه — عناصره — أنواعه .

٨٧ — من شروط الارادة أن تكون حرة volonté libre ، أما الارادة

(١) س ا فى ١٣ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة ١٦ ص ٦٢ وراجع عكس ذلك س ا فى ٢١ مارس سنة ١٨٩٩ حقوق ١٤ ص ١٣٧ و١٩ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة ١٣ ص ٢١٠ وهى لا تقضى بالأثر الرجعى فتصحح تصرفات الشخص فى الفترة المذكورة .

(٢) محكمة النقض المصرية فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٧ والحكم يستند الى المبدأ القاضى بأن الغش يبطل التصرفات fraus omnia corrumpit .

(٣) **مراجع** — ديموج ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩١٤ ص ٤٣٥ وما بعدها — الالتزامات ١ فقرة ٢٩٢ وما بعدها — ريبير القاعدة الخلقية فقرة ٤٥ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩١ وما بعدها — دى باج ١ فقرة ٥٨ وما بعدها — يوكا ، رسالة باريس سنة ١٩٣٠ — چوسران ، الباعث فى الأعمال القانونية ص ٩٣ وما بعدها .

الصادرة تحت تأثير الاكراه violence فهى ارادة معيبة volonté viciée لا ترتب أثرها فلا تنشىء الالتزام . والقانون المصرى لم يورد تعريفا للاكراه وانما ذكر شروطه فى المادة ١٣٥ /١٩٥ التى تقضى بأن الاكراه لا يكون « موجبا لبطلان المشارطة إلا اذا كان شديداً بحيث يحصل منه تأثير لذوى التميز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة » .

ويمكن تعريف الاكراه بأنه الضغط contrainte غير المشروع الذى يقع على ارادة الشخص فيحمله على التعاقد . ويمكن النظر للاكراه من الناحية الموضوعية باعتباره استعمالا للقوة والعنف أو غيرهما من الوسائل فى أغراض تنافى أغراض المجتمع (vis) . كما يمكن النظر اليه من الناحية النفسية باعتباره مؤثرا فى ارادة الشخص أى باعتباره عيباً من عيوب الارادة (metus) . والنظرة الأولى تعنى القانون المدنى باعتباره قانونا يعمل على توجيه الأعمال القانونية فى وجهات مشروعة كما تعنى قانون العقوبات فى بعض الصور (راجع المادة ٣٢٥ عقوبات) أما النظرة الثانية فهى تعنى القانون المدنى باعتباره قانونا يقوم على مبدأ الرضائية وتدور فيه العقود حول محور الارادة .

والأصل فى الاكراه أنه يعيب الارادة لا يعدمها . فالمتعاقد المكره تصدر عنه الارادة ما فى ذلك ريب حين يختار اجراء العقد درءاً للشر الذى يتهدده (attamen coactus, volui) . ومهما قيل فى شأن فساد هذه الارادة عند مايشوبها الاكراه فهى ارادة موجودة ، على أن هناك من الصور ما تنعدم فيه الارادة انعداما تاما بالاكراه كأن يقبض شخص على يد آخر ممسكة بالقلم ويحركها بالقوة لرسم التوقيع وكأن ينوم شخص آخر تنويماً مغناطيسيا ويوحى اليه بالتعاقد . فى هذه الصور لم يصدر من المكره أى عمل ارادى فلا يصح أن يقال أن ارادته فى العقد معيبة أو فاسدة . انما هى ارادة منعدمة . ونحن فى هذه الصور نخرج فى الواقع عن نطاق الاكراه بله العمل القانونى ، لأن العمل القانونى يدور حول الارادة وهى هنا معدومة ، ولا يكون أمامنا غير عمل مادى يعنى قواعد المسؤولية كما قد يعنى قانون العقوبات (المادة ٣٢٥) .

ويعتبر الاكراه ماديا violence physique اذا كانت الوسيلة المستعملة للوصول الى ارهاب الشخص وللضغط على ارادته هى ايذاء جسمه بالضرب أو التعذيب ، ويعتبر معنويا violence morale اذا كانت تلك الوسيلة هى مجرد التهديد بايقاع الشر سواء كان هذا الشر المهدد به يلحق الجسم أم المال أم الشعور .

فالتسمية تختلف باختلاف الوسيلة المستعملة ولكن الاكراه نفسى فى الحالتين من حيث تأثيره فى الارادة . فالتهديد يؤثر فى نفس المكره فيحمله على قبول التعاقد درءاً للشر الذى هدد بوقوعه ، والايذاء الواقع على جسم المكره يؤثر كذلك فى ارادته ويحمله على قبول التعاقد درءا لاستمراره .

وبعد فما دام الاكراه عبارة عن ضغط يؤثر فى ارادة المتعاقد فهو ينطوى على عنصرين : عنصر موضوعى هو ذلك الضغط غير المشروع الذى تستعمل فيه وسائل مادية أو معنوية وعنصر نفسى هو تأثير ذلك الضغط فى ارادة المتعاقد . والعنصران لازمان كافيان ، وبهذا ينقسم هذا الفرع الى مبحثين : المبحث الأول فى لزوم عنصرى الاكراه ، المبحث الثانى فى كفاية هذين العنصرين .

المبحث الأول — فى لزوم العنصر الموضوعى والعنصر النفسى فى الاكراه

٨٨ — فى النظرية التقليدية فى الاكراه — تحلل الاكراه الى عنصرين — العنصر الموضوعى والعنصر النفسى .

٨٨ — تقضى النظرية التقليدية بأن الاكراه لا يفسد الرضا إلا اذا توفرت شروط ثلاث :

(١) أن يكون الاكراه غير مشروع (٢) أن يكون الشر الذى يتهدد المكره حالا (٣) أن يكون هذا الشر جسيما بحيث يؤثر فى الارادة .

أما عن الشرط الأول فلم يرد عنه نص لا فى القانون المصرى ولا فى القانون الفرنسى . على أنه مفهوم دون نص لأن استعمال الوسائل المشروعة لحمل المتعاقد على التعاقد وللضغط على ارادته من الأمور التى يعمد اليها كافة الناس فى معاملاتهم

ولأن الأعمال المشروعة قانونا لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها [١] . ثم ان القانون الفرنسى وان لم ينص على هـذا الشرط فقد ورد فيه نص يعتبر من تطبيقاته [٢] ، ألا وهو نص المادة ١١١٤ التى قضت بأن مجرد الخشية الصادرة عن احترام الابن لأبيه أو أمه أو أى أصل من أصوله لا تكفى لبطلان العقد متى لم يكن هناك اكراه فعلى . والنص على هذا الوجه يؤخذ بحكمه فى القانون المصرى بل ان هذا الحكم يمتـد الى كافة الأحوال التى يكون فيها لأحد المتعاقدين نفوذ أدبى على الآخر كنفوذ الرئيس على مرءوسه والزوج على زوجته والسيد على خادمه . مثل هذا النفوذ لا يعتبر وحده اكراها يفسد ارادة من وقع عليه حتى ولو كان ذا تأثير فيها .

وأمثلة الوسائل غير المشروعة فى الاكراه عـديدة فى تطبيقات المحاكم كالتهديد باثارة فضيحة [٣] أو بافشـاء سر [٤] وكحبس الأشخاص [٥] وكتهديد الممثل بالاضراب قبيل رفع الستار [٦] وكالتهـديد باثارة حملة فى الجرائد [٧] وكتهديد شركة الماء بقطع المـاء عن الساكن لحمله على سداد مبالغ مستحقة على الساكن السابق [٨] .

ولا يعتبر من الوسائل غير المشروعة الضغط الذى يقع على المتعاقد بتهديده

---

(١) نقض مصرى فى ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٦٩ .

(٢) پلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ١٩١ ص ٢٥٥ حاشية ٤ — كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٤٣ ص ٤٠ .

(٣) باريس فى ٢٣ فبراير سنة ١٩١٢ جازيت دى پاليه ١٩١٢ — ٢ — ٢٣٣ .

(٤) محكمة السين فى ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٢ — ٦٠٤ .

(٥) محكمة دويه فى ٢٨ مارس سنة ١٩١٤ جازيت المحـاكم ١٩١٤ الجزء الثاني — ٢ — ١١٢ .

(٦) جازيت دى پاليه ١٩٢٨ الجزء الأول ص ٣٦٩ .

(٧) نقض جنائى فرنسى فى ٢٧ يوليو سنة ١٩١٢ سيرى ١٩١٣ — ١ — ٣٣٨ .

(٨) محكمة السين فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٠ جازيت المحاكم ١٩١١ جزء أول — ٢ — ٦٨ .

برفع دعوى أو بتبليغ النيابة أو بالحجز على أمواله متى كان المهدد بهذه الوسائل يعمل على الوصول الى حقه[١] . وهى بعد وسائل قد شرعها القانون لاستيفاء الحقوق . فالتعهد الذى يوقعه المستخدم بدفع مبلغ مختلس تحت تأثير تهديد مخدومه بتبليغ النيابة عن اختلاسه لا يعتبر باطلا وكذلك لا يكون باطلا تقديم المدين تأمينا لدائنه تحت تأثير تهديد الدائن بالحجز عليه[٢] . ومثل ذلك تهديد المدين باشهار افلاسه[٣] . أما اذا كان المتعاقد يتوسل بهذه الوسائل للوصول الى مالا حق له فيه فان الوسيلة تعتبر غير مشروعة لأنها لم تشرع إلا للوصول الى الحق ، كمن يهدد آخر بالتبليغ عن جريمة التبديد ويستكتبه تحت تأثير هذا التهديد تعهداً بمبلغ يتجاوز المبلغ المودع[٤] . ليست العبرة إذن بذات الوسيلة وانما بالغرض الذى يرمى اليه المتوسل[٥] ، فما دام الغرض مشروعا فلا اكراه ولو وقع الضغط على المتعاقد . أما اذا كان غير مشروع فقد توفر العنصر الموضوعى للاكراه . والمحاكم هى التى تتولى تقدير هذه المشروعية وسلطانها فى هذا الشأن من نوع سلطانها فى تقدير مخالفة العقود للنظام العام وحسن الآداب . وهى تستعين على وصف الغرض بأنه مشروع أو غير مشروع باستطلاع الباعث الدافع وتقدير مشروعيته[٦] .

أما عن الشرط الثانى وهو أن يكون الشر الذى يتهدد المكره حالا imminent فقد ورد عنه النص فى المادة ١١١٢ مدنى فرنسى التى تقضى بأن الاكراه يتوفر اذا . . . . . كان من شأنه أن يولد فى نفس الرجل العادى الخوف من تعريض شخصه أو ماله لشر جسيم حال à un mal considérable

---

(١) س م ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ — ٨٨ — ٢٢٣ .

(٢) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٤٣ ص ٤٠ .

(٣) س م ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ المجموعة ٩ ص ٥٨ و ٢٤ يونيو سنة ١٩١٤ المجموعة ٢٦ ص ٤٧٩ وقارن نقض ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ السابق الاشارة اليه .

(٤) قارن حكم باريس فى ٣١ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دى باليه ٩٦ — ١ — ٣٩٨ .

(٥) راجع ديموج ١ فقرة ٣٠٨ وريپير ، القاعدة الخلقية فقرة ٤٥ وجوسران ٢ فقرة ٨٦ والسنهوري فقرة ٤٢٢ .

(٦) راجع فيما بعد بالنسبة للرجوع للباعث الدافع الفرع الرابع فى نظرية السبب فقرة ١٠٦ وما بعدها .

et présent ولم يرد فى القانون المصرى ما يقابل هـذا النص من حيث حلول الشر . ومفهوم نص القانون الفرنسى أنه متى كان الشر مستقبلا فلا اكراه — وتطبيق هذا النص على معناه الواضح يؤدى الى القول بألا اكراه متى كان التهديد بشر يقع بعد مدة معينة ، وهى نتيجة لايرضى بها أحد لأن استقبال الشر لا يمنع من تأثير التهديد فى ارادة المتعاقد ، ولذلك حاول شراح القانون الفرنسى أن يداوروا هذه النتيجة بقولهم أن المطلوب وقوعه فى الحال ليس هو الشر نفسه بل هو وقوع الخوف فى نفس المتعاقد ، أما الشر نفسه فلا يمنع تأجيل وقوعه من توفر الاكراه [1] . وهم بهذا التفسير ينطقون النص بما لم يع . وعلى أى حال فان هذا التفسير — وهو السائد — يؤدى الى الغاء هذا الشرط الثانى لأن حلول الخوف فى نفس المكره يدخل فى الشرط الثالث الذى يتطلب جسامة الاكراه بحيث يؤثر فى الارادة . وعلى هذا وذاك فهو نص لم يرد ما يقابله فى القانون المصرى فلا محل للأخذ بحكمه ما دام هذا الحكم مستبعدا حتى فى القانون الفرنسى مع صراحة النص هناك .

أما عن الشرط الثالث وهو أن يكون الشر جسيما فقد ورد عنه النص فى القانون الفرنسى والقانون المصرى . والمادة ١٣٥ تعبر عن ذلك بقولها ان الاكراه لا يكون « موجباً لبطلان المشارطة إلا اذا كان شديدا بحيث يحصل منه تأثير لذوى التميز assez grave pour faire impression sur une personne raisonnable » . ويقابل هذا النص نص المادة ١١١٢ مدنى فرنسى .

واشتراط أن يكون الاكراه شديدا بحيث يحصل منه تأثير لذوى التميز عبارة عن أخذ بمعيار موضوعى ، لأن العبرة لا تكون بما قام فى نفس المتعاقد من تأثير ما دمنا نعتد بتأثير ذلك الاكراه فى شخص مجرد هو الشخص المميز . على أن النص فى كلا القانونين لم يقف عند هـذا المعيار بل أضاف الى ذلك « مع

---

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٥ — ديموج ١ فقرة ٣١٤ — پلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ١٩١ .

مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة » . وهو بهذا قد أقام الى جانب المعيار الأول معيارا نفسيا . وليس من شك فى تضارب المعيارين . ويظهر التضارب اذا كان المتعاقد فوق متوسط الناس فى التمييز بحيث كان الضغط الواقع مما لا يؤثر فى نفسه مع تأثيره فى شخص متوسط التمييز . فى مثل هذه الصورة تعتبر الارادة فاسدة طبقا للمعيار الموضوعى صحيحة طبقا للمعيار النفسى . ويكون الحكم على العكس من ذلك اذا كان المتعاقد دون متوسط الناس فى التمييز . والشراح يعملون على التوفيق بين هذين المعيارين . ومنهم من لا يجد سبيلا للتوفيق خيرا من الأخذ بأصلح المعيارين للمتعاقد [١] بمعنى أننا نأخذ بالمعيار الموضوعى متى كان المتعاقد فوق متوسط الناس فى التمييز وبالمعيار النفسى متى كان دون ذلك حتى نصل الى ابطال العقد فى الحالتين . والرأى الراجح [٢] فى الفقه وأحكام المحاكم يقضى بالأخذ بالمعيار النفسى فى جميع الأحوال ويذهب الى أن الشارع لم يقصد غير ذلك سيما وأن هذا المعيار هو الذى كان متبعا فى القانون الفرنسى القديم [٣] . وبهذا تكون العبرة بتأثير الاكراه فى الارادة بقطع النظر عن جسامته . وهذا الرأى هو الذى يتفق مع مبدأ الرضائية الذى يهيمن على نظرية العقود فى القانونين الفرنسى والمصرى .

نخلص من ذلك بأن الاكراه يقوم على عنصرين : عنصر موضوعى هو أن يكون الاكراه غير مشروع وتقدير عدم المشروعية متروك لمحكمة الموضوع [٤] ،

---

(١) بوفنوار ، الملكية والعقد ص ٦٠٦ — كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٤٣ ص ٤٠ .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤ — ديموج ١ فقرة ٣١٣ . وراجع حكم أسيوط فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٠ عدد ٢٢٣ ص ٤٤٧ الذى قضى بأن المعيار النفسى الوارد فى آخر النص ينسخ المعيار الموضوعى الوارد فى أوله .

(٣) ويظهر أن الشارع الفرنسى قد أساء فهم پوتييه فى هذا الصدد — راجع پوتييه الالتزامات فقرة ٢٥ وراجع بودرى وبارد فقرة ٧٤ .

(٤) وهو عنصر موضوعى لأنه يتعلق بالضغط الواقع على الارادة بقطع النظر عن الارادة نفسها وان كان تقدير هذا الضغط من حيث مشروعيته يلزمنا بالرجوع الى نفسية من صدر =

وعنصر نفسى هو أن يكون الاكراه مؤثرا فى الارادة وهو يعتبر كذلك متى ألجأ المكره ودفعه للتعاقد ، أى متى كان الضغط الواقع هو السبب فى حمله على التعاقد بحيث لم يكن ليتعاقد لولا هـذا الضغط غير المشروع . وما دام التقدير نفسيا فهو يختلف باختلاف الأشخاص والظروف فما يؤثر فى الجاهل قد لا يؤثر فى المتعلم وما يؤثر فى الشاب الناقص الخبرة لا يؤثر فى رجل حنكته التجارب ، والتهديد الذى يقع على شخص ما فى ظروف معينة قد لا يؤثر عليه فى ظروف أخرى . وتقدير ذلك كله متروك لمحكمة الموضوع وهى تقضى فى ذلك بالرجوع الى نفسية المتعاقد .

المبحث الثانى — فى كفاية العنصر الموضوعى والعنصر النفسى فى الاكراه

٨٩ — تطبيق قواعد الرضائية فى الاكراه — حالة الضرورة .

٨٩ — اذا تخلف عنصر من العنصرين سابقى الذكر فلا اكراه . وباجتماعهما تجتمع كافة العناصر المطلوبة فتعتبر الارادة فاسدة ، فلا اعتداد بعد ذلك بمصدر الاكراه أو محله أو وسائله . الارادة فاسدة ولو وقع الاكراه من شخص غير المتعاقد . المهم أن يكون الاكراه الواقع من هذا الأجنبى غير مشروع وأن يلجىء المكره للتعاقد[1] . وفى هذا ورد نص المادة ١١١١ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأن الاكراه الواقع على المتعهد يكون سببا للبطلان ولو باشره شخص ثالث غير من انعقد التعهد لمصلحته . ولم يرد ما يقابل هذا النص فى القانون المصرى ، إلا أنه يقرر حكما عاما مستفادا من تطبيق قواعد الرضائية التى تهيمن على نظرية العقود فى القانون المصرى .

= منه هذا الضغط . ولم نصف هذا العنصر بأنه نفسى لأننا نقصد بالعنصر النفسى ذلك الذى يقتضينا البحث فى نفس من وقع عليه الاكراه ، فى حين أن النفسية التى نعتد بها بالنسبة للمشروعية هى نفسية من صدر منه الاكراه .

(١) ويكون للمتعاقد الذى أبطل عليه العقد دون أن يصدر منه الاكراه أن يرجع على الأجنبى بالتعويض بالتطبيق لقواعد المسؤولية اللاتعاقدية .

بل وقد يكون هناك اكراه ولو كان هذا الاكراه عبارة عن ظروف فرضت مصادفة على المتعاقد دون أن يحركها انسان أو بتعبير أدق دون أن يحركها انسان بقصد التأثير فى ارادة المتعاقد . فاذا استغل ربان سفينة اشراف سفينة أخرى على الغرق وطلب مبلغا باهظاً من المال أجرا للقيام بالانقاذ فان قبول ربان السفينة المشرفة يعتبر مشوبا بالاكراه . على أن جمهور الشراح فى فرنسا يلاحظ أن الاكراه فى مثل هذه الأحوال قد فرضته الظروف ولم تفرضه ارادة انسان بينما يفهم من نصوص المواد ١١١١ — ١١١٤ أنها تشترط صدور الاكراه عن شخص معين ؛ كما أن المادة ١١٠٩ التى تقضى بفساد الرضا فى حالة الاكراه تتكلم عن الرضا المنتزع بالاكراه [١] ، وانتزاع الرضا يفترض شخصا يحصل على رضا آخر كرها عنه . وهم ينتهون الى أن قواعد الاكراه وبالذات نصوص القانون الفرنسى فى هذا الشأن لا تساعد على ابطال العقد متى كان الاكراه عبارة عن ظروف لم تفرضها ارادة من نسب اليه الاكراه . ولذلك يرى البعض ابطال العقد لا على أساس الاكراه بل على أساس أن المتعاقد فى مثل هذه الظروف يكون فى حالة جنون وقتى [٢] ! أو على أساس أن سبب العقد مخالف للنظام العام [٣] . ومنهم من يرى ابطال العقد على أساس الاكراه مع جواز الرجوع على المكره بدعوى الاثراء بلا سبب [٤] ، أو بدعوى الفضالة [٥] . أما القضاء الفرنسى فهو يتراوح بين الحكم بالبطلان على أساس الاكراه [٦] و بين الحكم بالبطلان على أساس

---

(١) بودان ، العقود والالتزامات فقرة ١٢٨ .

(٢) ماركاديه ، شرح قانون ناپوليون ، الجزء الرابع فقرة ٤١٥ وبوفنوار ، الملكية والعقد ص ٦٠٨ — ٦٠٩ .

(٣) ريپير ، المجلة الانتقادية ١٩٠٧ ص ١٩٧ .

(٤) پلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ١٩٥ .

(٥) ديموج ١ فقرة ٣٢١ .

(٦) نقض ٢٧ ابريل سنة ١٨٨٧ دالوز ٨ — ١ — ٢٦٣ ومحكمة رن فى ٢٨ مارس سنة ١٨٨٢ جازيت دى باليه ١٨٨٣ — ١ — ٥٢٩ ومحكمة اكس فى ١٩ ابريل سنة ١٨٩٣ جازيت دى باليه ١٩٣ الجزء الثانى — ٢ — ١٥ ومحكمة روان فى ٢٦ يونيو =

السبب غير المشروع [١] .

ويلاحظ أن نص القانون المصرى فى باب الاكراه لم يرد فيه ما يفهم منه وجوب صدور الاكراه من انسان . ولذلك فان المحاكم المصرية لم تتردد فى أن تقضى فى الأحوال السالفة الذكر ببطلان العقد على أساس الاكراه [٢] . وهى تستند بالذات الى أن نص القانون المصرى لم يرد فيه كلمة انتزاع الرضا extorqué الواردة فى نص القانون الفرنسى .

على أنه قد صدر فى فرنسا فيما يتعلق بحالة انقاذ سفينة فى حالة الغرق قانون ٢٩ ابريل سنة ١٩١٦ يجيز للقاضى ابطال العقد أو انقاص الالتزامات التى تعقد لانقاذ السفينة . وبهذا انتهى النزاع القائم فى هذه المسألة بالذات ولكنه ظل قائما فى المسائل الأخرى المشابهة ، كحالة الطبيب الذى يقتضى من المريض أجراً باهظاً لاجراء عملية مستعجلة [٣] .

وعندى أنه لا شك فى بطلان العقد فى هذه الأحوال التى يستغل فيها أحد الطرفين الظروف التى أحاطت بالطرف الآخر . والفرق بين هذه الأحوال وبين أحوال الاكراه بالمعنى المفهوم هو نفس الفرق بين أحوال الاكراه وحالة الضرورة état de necessité فى القانون الجنائى . وهى بعد أحوال قد استوفت عناصر الاكراه اذ المهم أن يثبت لدينا وقوع ضغط غير مشروع أثر فى ارادة المتعاقد . بل أن الاكراه يعتبر فى هذه الأحوال صادرا عن الطرف الآخر فى العقد وهو يتحصل فى تهديد المكره بتركه فى حالة الخطر . وهو فى هذه الظروف يعتبر ضغطا غير مشروع . ولذلك لا يجوز التردد فى التسليم بالاكراه فى هذه

= سنة ١٩١٨ جازيت دى تريبينو ١٩١٩ — ٢ — ٧٣ . وتقضى هذه المحاكم بدفع تعويض مقابل للخدمة .

(١) محكمة باستيا فى ٦ اغسطس سنة ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ — ٢ — ٣٥٩ .

(٢) س م ٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ المجموعة ١١ ص ١٦٦ .

(٣) نقض فرنسى فى ١٩ يونيه سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ — ١ — ١٦٠ وهى تقضى ببطلان الاتفاق بسبب الاكراه و ٢٧ يناير سنة ١٩١٩ سيرى ١٩٢٠ — ١ — ١٩٨ .

الأحوال بحجة أنه لم يصدر من انسان . انه قد صدر من الطرف الآخر ، وكل ما هنالك أنه لم يصطحب بعنف أو قوة . وليست القوة أو العنف من الوسائل التى لا غنى للاكراه عنها النافية لغيرها . ولا يبقى بعد ذلك غير التساؤل عن مشروعيته . وهو غير مشروع فى المثالين الذين ذكرنا وهما حالة تطلب مبلغ باهظ لانقاذ سفينة أو لانقاذ مريض . والى جانب ذلك هناك أحوال يستغل فيها أحد الطرفين حاجة الطرف الآخر ولا يكفى هذا الاستغلال لتوفر الاكراه ، كمن يستغل ضائقة الآخر المالية فيفرض عليه شروطا جسيمة لاجراء عقد من العقود . هل يبطل العقد بسبب الاكراه ؟ كل المسألة فى معرفة هل هذا الضغط مشروع أم غير مشروع . والمفهوم أن مثل هذا الاستغلال — وهو من الأمور التى لا تستغنى عنها حياتنا الاقتصادية — لا يمكن وصفه بأنه غير مشروع .

كذلك لا اعتداد بوسائل الاكراه . فقد يكون الاكراه باستعمال النفوذ الأدبى متى كان هذا النفوذ قد استعمل استعمالا غير مشروع وأثر فى ارادة المتعاقد [١] . ولا بما يقع عليه التهديد . فقد يقع التهديد على جسم الانسان أو شرفه أو سمعته أو ماله . المهم هو تأثيره فى الارادة . بل قد يكون محل التهديد شخصا غير المتعاقد المكره . وقد ذكرت المادة ١١١٣ من القانون الفرنسى أن الاكراه يكون سببا فى بطلان العقد ليس فقط عند ما يكون التهديد واقعا على المتعاقد نفسه بل كذلك اذا كان واقعا على زوجه أو أصوله أو فروعه . وظاهر النص أنه قد ورد على سبيل الحصر وبهذا يخرج التهديد الواقع على غير هؤلاء الأشخاص من بقية الأقارب ومن الأصدقاء . والى هذا المعنى يذهب بعض الشراح الفرنسيين [٢] . على أن فريقا آخر منهم يذهب الى أن النص لم يرد على سبيل الحصر والى أن تخصيص الأشخاص الواردين فى المادة ١١١٣ بالذكر لا يؤدى الى نفى الاكراه متى وقع التهديد على غيرهم ، ومفهوم نص

---

(١) محكمة استئناف أسيوط فى ٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٨٦١ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ مكررة حاشية ١٤ .

هذه المادة يتحصل عندهم فى فرض قرينة قانونية تقضى بأن التهديد الواقع على هؤلاء الأشخاص يعتبر بمثابة التهديد الواقع على نفس المتعاقد . أما بالنسبة لغيرهم ممن لم تذكرهم المادة فانه يتعين على المدعى بالاكراه أن يقيم الدليل على أن علاقتهم به تجعل التهديد الواقع عليهم بمثابة التهديد الواقع على نفسه [١] — على أنه لم يرد ما يقابل نص المادة ١١١٣ فى القانون المصرى فلا محل للأخذ بحكمه ، فلا نعتد بشخص المهدد ما دام هذا التهديد قد أثر فى نفس المتعاقد . فليس ما يمنع من أن يكون التهديد واقعا على صديق للمتعاقد أو على نفس الطرف الواقع منه الاكراه كمن يهدد أباه بالانتحار اذا لم يعقد معه صفقة معينة .

وبهذا تنحصر عناصر الاكراه فى العنصر الموضوعى والعنصر النفسى دون غيرهما . والقضاء يتولى رقابة العنصر الأول بما له من سلطان فى مراقبة توجيه الأعمال القانونية فى وجهات مشروعة . كما يتولى تقدير العنصر الثانى بتحليل ارادة المتعاقد طبقا لظروف الموضوع وبالرجوع الى ضوابط نفسية بالتطبيق لمبدأ الرضائية .

الفرع الثالث — فى المحل [٢]

٩١ — ارتباط المحل بالارادة — شروط المحل .

٩١ — لقد انتهينا الى أنه لا محل للبحث فى المحل والسبب الا فى حالة الالتزام الارادى . أما فى الالتزام غير الارادى أى فى المسؤولية التى يقضى بها القانون وهى عبارة عن التزام الانسان لا بارادته بل بارادة الشارع فلا محل للبحث

---

(١) بوفنوار ، الملكية والعقد ص ٦٠٧ — پلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ١٩٣ — چوسران ٢ فقرة ٩٠ .

(٢) راجع ديموج ٢ فقرة ٧٤٣ — ٧٧٢ مكررة — پلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ٢١٨ وما بعدها — السنهورى فقرة ٤٤٣ وما بعدها — دي پاج ١ فقرة ٨٣ وما بعدها .

فى المحل والسبب بالمعنى المفهوم منهما فى نظرية العقود . كما انتهينا الى أن البحث فى المحل والسبب فى صدد الالتزام الارادى دون غيره لا يعنى أنهما ركنين لهذا الالتزام ، وهو عبارة عن نتيجة تترتب على حدوث واقعة معينة هى التراضى ، فهما اذن من أركان التراضى . وهما فى الواقع من أركان التراضى بالقدر الذى تعتبر به الارادة ركنا فيه . فهما على الوضع الصحيح من أركان الارادة ذاتها سواء كانت ارادة تتجه الى انشاء الالتزام أو الى احداث أثر قانونى غير انشاء الالتزام كالوفاء بالدين والاتفاق على تعديل أحكام عقد من العقود والوصية واجارة العقد الباطل واقرار عمل الفضولى وغير ذلك من الأعمال الارادية actes juridiques (١) .

من أركان الارادة اذن — أو عناصرها — أن يكون لها محل وما المحل الا العمل الذى يتعهد به من صدرت منه الارادة وهو اما أن يكون فعلا أو امتناعا عن فعل (ويدخل فى الفعل نقل الحق العينى) . ولهذا العمل شرائط قانونية ، اذا استوفيت نشأ الالتزام . هذا الالتزام ينشأ على الصورة التى اتجهت اليها الارادة ، فاذا اتجهت الارادة الى الالتزام بتسليم عين نشأ الالتزام بتسليم هذه العين ، واذا اتجهت الى الالتزام باقامة بناء نشأ الالتزام باقامة البناء وهكذا . ولعل هذا التلازم بين محل الارادة وصورة الالتزام الناشىء عنها هو الذى دعا البعض الى القول بأن المحل انما هو ركن فى ذات الالتزام ، والى الكلام على الفعل والامتناع باعتبارهما محلا للالتزام فيقال أن محل الالتزام اما أن يكون فعلا obligation de faire أو امتناعا obligation de ne pas faire .

ويشترط فى محل الارادة أى فى العمل الذى تعهد به المدين أن يكون ممكنا معينا مشروعا . ومتى استوفيت هذه الشروط عند انعقاد الرابطة القانونية وايتاء الارادة أثرها نشأ الالتزام ووجب تنفيذه . أما اذا تخلف شرط من هذه الشروط — ومعنى ذلك أن الارادة لم تستوف أحد أركانها وهو المحل — فالالتزام لا ينشأ ولا

---

(١) راجع فيما سبق فقرة ٤٣ و ٤٨ .

يكون لاجتماع ارادة أخرى بهـذه الارادة العاطلة أى أثر و بتعبير آخر يبطل العقد .

ولما كان شرط المشروعية مرتبطا بفكرة النظام العام والآداب وهى تدور بين المحل والسبب فاننا نفرد له مبحثا خاصا .

المبحث الأول — فى اشتراط أن يكون المحل ممكنا ومعينا

٩٢ — شرط الوجود من صـور شرط الامكان — القـاعدة هى أن الامكان ينتفى بالاستحالة المطلقة ٩٣ — تطبيق القاعدة فى بيع ملك الغير ٩٤ — تطبيقها فى حالة الأشـياء المستقبلة — الاستثناءات ٩٥ — شرط تعيين المحل .

٩٢ — يشترط فى المحل أن يكون ممكنا . والشراح يفرقون عادة بين حالة التعهد بنقل حق عينى وحالة التعهد بفعل . فيشترطون فى الحالة الأولى أن يكون المحل موجودا وفى الحالة الثانيـة أن يكون المحل ممكنا . على أن الواقع أن شرط الوجود ليس إلا صورة من صور شرط الامكان ، لأن التعهـد بنقل ملكية عين تبين أنها غير موجودة اطلاقا أو أنها هلكت قبل هذا التعهد عبارة عن تعهد غير ممكن اذ كيف يستطيع انسان نقل ملكية عين معينة بذاتها متى كانت العين هالكة أو غير موجودة ! ان المشروط وجوده ابتداء هو الشىء نفسه محل الحق العينى ، وبانعدام الشىء ينعدم بطبيعة الحال حق المتعهد عليه و يستحيل بعد ذلك نقل هذا الحق الى الدئن و بهذا تنتهى المسألة الى شرط الامكان . والشارع المصرى قد اشترط فى المادة ١٤٩/٩٥ «أن يكون الغرض (يقصد المحل وفى النص الفرنسى objet) من التعهد فعلا ممكنا جائزا والا كان باطلا فان كان الغرض منه اعطاء شىء (أى نقل حق عينى) وجب أن يكون ذلك الشىء مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه ولو بالنوع وأن يكون صنفه مبينـا بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال » . فهو قد تعرض لشرط الامكان ولم يتعرض لشرط الوجود .

ومن أمثلة المحل غير الموجود أن يبيع شخص نصيبا له فى تركة و يتبين أنه غير وارث أو سفينة مملوكة له يتبين أنها غرقت قبل البيع أو حيوانا يتبين أنه نفق أو دينا له على الغير يتبين أنه باطل أو منقض . أو يسقط حقا له فى ايجار عين

ويتبين أن الايجار منفسخ قبل هذا الاسقاط ، فى جميع هذه الأحوال يترتب على هلاك الشىء أو سقوط الحق استحالة نقل الحق الى الدائن . والمفروض أن هـذا الهلاك وتلك الاستحالة سابقين على العقد . أما اذا كان المحل ممكنا وقت التعاقد ثم أصبح مستحيلا بعـد ذلك بهلاك العين فليس يمنع ذلك الهـلاك اللاحق أن الارادة قد صـدرت صحيحة وأن العقـد قد انعقد والالتزام التعاقدى قد نشأ . وانما تعرض لنا مسألة تحمل تبعة الهلاك وهى لا تتعلق بانعقاد العقد .

أما فى حالة التعهد بفعل فان المحـل يعتبر غير مستوف للشرائط فتبطل الارادة ويبطل العقد تبعا لذلك اذا كان القيام بهذا الفعل مستحيلا ، وكذلك فى حالة التعهـد بالامتناع عن فعل يبطل العقد اذا كان هـذا الامتناع مستحيلا لسبق وقوع الفعل الذى حصل التعهد بالامتناع عنـه . كمن يتعهد لآخر بعدم عقد صفقة معينة مع شخص معين ثم يتبين بعد ذلك أن وكيله قد عقد هذه الصفقة .

ويشترط فى الاستحالة أن تكون مطلقة أى أن يكون من المستحيل القيام بالتعهد لا على المتعهد فحسب بل على أى انسان ، والاستحالة المطلقة ظاهرة دائما فى حالة التعهد بنقل حق عينى على شىء هلك قبل التعهد ، لأنه بهلاك الشىء يستحيل على أى انسان تسليمه . أما فى حالة التعهد بفعل فالاستحـالة قد تكون مطلقة ، كمحـام يتعهد باستئناف قضية يتبين أن الحق فى استئنافها قد سقط بفوات الميعاد قبل التعهد . وقد تكون نسبية كشخص يتعهد بفعل هو عاجز عن القيام به لعدم تخصصه أو نقص كفايته وهـذه الاستحالة النسبية لا تمنع من نشوء الالتزام ، والمتعهد بعجزه عن الوفاء به يلتزم بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية التعاقدية . ولا تخرج هذه الصورة فى الواقع عن صورة شخص يتعهد بدفع مبلغ جسيم من المـال هو عاجز حتما عن أدائه لفقره أو اعسـاره . مثل هـذا التعهد لا يعتبر باطلا حتى ولو استطعنا الجزم باستحالة قدرته على تنفيذه ، اذ الاستحالة ليست مطلقة .

٩٣ — وتطبيقا لهذه القواعد لا يعتبر بيع عين معينة مملوكة للغير تعهدا بأمر مستحيل يترتب عليه بطلان العقد ، اذ ليس ما يمنع من أن يحصل البائع على ملكية هذه العين من مالكها الحقيقى ثم ينقلها بعد ذلك للمشترى . وبهذا يعتبر بيع ملك الغير صحيحا ولكنه يتعرض للفسخ والتعويض عند الاقتضاء لسبب عدم تنفيذ المتعهد لتعهده . هذا ما تؤدى اليه القواعد السابقة . الا أن القانون نص على بطلان بيع ملك الغير (المادة ٢٦٤ / ٣٣٣ / ١٥٩٩) . والعلة فى هذا البطلان هى الأحكام الخاصة التى قررها الشارع بالنسبة للتعهد بنقل حق عينى [1] ، فهو يقضى بانتقال الحق بمجرد نشوء التعهد (م ٩١ / ١٤٥) . وهذا البطلان على أى حال يدور مع علته وجودا وعدما أى ينتفى بزوال العلة . وعلى ذلك اذا كان المقصود من التعهد هو حصول البائع على الملكية ونقلها للمشترى بعد ذلك فاننا نرجع الى تطبيق القواعد العامة ولا نقضى ببطلان العقد بل بفسخه عند عدم التنفيذ (المادة ٣٣٥ مختلط وهى تقضى بحكم عام يؤخذ به فى القانون الأهلى) .

٩٤ — كذلك لا يعتبر تعهدا بأمر مستحيل التعهد بعمل لا يتم إلا فى المستقبل أو بنقل ملكية عين لن توجد إلا فى المستقبل . وقد نصت على ذلك المادة ١١٣٠ مدنى فرنسى . وحكم هذه المادة منطبق فى القانون المصرى ولو لم يرد فى شأنه نص لأنه حكم عام مستخلص من القواعد العامة ومفروض تطبيقه ما دام لم ينص على ما يخالفه . ومن أمثلة ذلك مصنع يبيع منتجات لم تصنع بعد و يتعهد بتسليمها فى ميعاد معين ، أو شركة عقارية تبيع منزلا لم يبن بعد طبقا لمواصفات معينة على أن يسلم بعد بنائه .

وقد ورد لهذه القاعدة العامة استثناءات فى أحوال معينة أهمها (١) بيع الحق فى تركة انسان على قيد الحياة (٢) بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته .

---

(١) راجع بهجت بدوى ، مقال فى مجلة القانون والاقتصاد عن العلة فى بطلان بيع ملك الغير ١ ص ٥٨٨ — ٦١٠ وقارن السنهوري فى الايجار ، ص ١٠٨ حاشية ٣ ، وفى الالتزامات ص ٦١١ حاشية ٢ — وراجع فيما بعد الفصل الثالث الخاص بالجزاء .

بيع الحقوق في تركة مستقبلة

أما بيع الحق فى تركة انسان على قيد الحياة فقد ورد عنه النص فى المادة ٢٦٣ / ٣٣٢ / ١٦٠٠ وهى تقضى ببطلان هذا البيع ولو كان برضا المورث . وهذا النص تلقاه الشارع المصرى عن الشارع الفرنسى وهو بدوره تلقى الحكم عن القانون الرومانى . الا أن حكمة المنع تختلف فى القانون الرومانى عنها فى القوانين التى أخذت الحكم عنه . ففى القانون الرومانى ترجع علة المنع الى ما فى هذا التعاقد من تعريض المورث للخطر اذ يصبح فى مصلحة المتصرف فى التركة أن تنتهى حياة المورث حتى يمكن تنفيذ التعهد . فالمصلحة التى راعاها القانون فى هذا المنع هى مصلحة المورث ولذلك يعتبر التصرف فى هذا القانون جائزا متى رضى به هذا الأخير . أما فى القوانين التى تلقت عن القانون الرومانى فان العلة فى المنع هى مجموعة اعتبارات من النظام العام والآداب أهمها حماية المتصرف فى التركة الذى قد يقع بسبب تعجله فى الحصول على المال تحت براثن المرابين الذين يستغلون فيه هذه العجلة ، ثم حرص الشارع على تحقيق المساواة فى قسمة الأموال الموروثة ، وهى لن تتحقق اذا جاز للورثة الاتفاق على توزيع حقوقهم المستقبلة على خلاف ما تقضى أحكام القانون (١) .

ليس هنا محل تفصيل أحكام المادة ٢٦٣ / ٣٣٢ وهى واردة فى باب البيع . كل ما يهمنا من ناحية القواعد العامة أن نبين مسألتين متعلقتين بنطاق المنع المقرر فى هذه المادة : **أولا** من حيث نوع العقد الممنوع . **ثانيا** من حيث نوع الحق الواقع عليه التصرف . فمن حيث نوع العقد يلاحظ أن المنع قد ورد بصدد البيع ، والمادة تقول « **بيع** الحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه » وهى فضلا عن ذلك لم ترد فى باب التعهدات على العموم بل فى الباب الخاص بالبيع ، وهذا على عكس الحال فى القانون الفرنسى حيث ورد المنع فى باب الالتزامات بالمادة ١١٣٠ فقرة ثانية منسحبا على كافة أنواع التعامل ثم كرر الشارع الفرنسى حكم هذا المنع فى المادة ١٦٠٠ الواردة فى باب البيع . ويكون

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٤٦ .

المفهوم من قصر النص المصرى على منع البيع أن التصرف فى الحق فى التركة بطريق آخر غير البيع لا يكون محلا للبطلان[١] . على أن جمهور الشراح فى مصر يرى فى هذا النص تطبيقا لقاعدة عامة وأنه لا وجه لافراد البيع بهذا الحكم دون غيره من التصرفات ، وأن عدم ورود نص مقابل لنص المادة ١١٣٠ فقرة ثانية ليس إلا نتيجة الاختزال الذى أجراه الشارع المصرى عند ما نقل أحكام القانون المدنى الفرنسى[٢] . والى هذا الرأى تذهب المحاكم الأهلية[٣] .

أما من حيث نوع الحق موضوع التصرف فالمفروض أنه الحق فى التركة سواء كان التعامل واقعا على الحصة فى التركة أو على جزء منها أو على عين معينة باعتبار دخولها فى التركة . أما اذا باع شخص عقارا معينا مملوكا للمورث باعتبار أنه مملوك له فالعقد قد يعتبر باطلا طبقا للمادة ٢٦٤ أى باعتباره بيعا لملك الغير ولكنه لا يبطل باعتباره بيعا لحق فى تركة انسان .

أما بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته فقد ورد عنه النص فى المادة ٣٣٠ مختلط التى تقضى ببطلان هذا البيع . والنص مأخوذ عن الشريعة الاسلامية (راجع المادة ٣٨٣ من كتاب مرشد الحيران) . ونظراً لما أدى اليه هذا النص من التضييق فى المعاملات عملت المحاكم المختلطة على تحديد نطاقه ، فهى من ناحية تحصر تطبيق النص فى حالة بيع المحصول (الثمار أو الزرع) بثمن مقدر جزافا à bloc[٤] . أما اذا كان بيع المحصول الذى لم ينبت بعد بسعر الوحدة فهو

---

(١) راجع فى هذا المعنى س م ١١ يناير سنة ١٩٢٧ المجموعة ٣٩ ص ١٤٤ — الجازيت ١٨ — ٣٩ — ٤٥ .

(٢) عبد السلام ذهنى ، الالتزامات فقرة ١٥٥ — الهلالى ، البيع فقرة ٣٠٨ وقارن السنهورى فقرة ٤٥٦ وحاشية ٢ .

(٣) س ا ٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥ — الفشن فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ١٠٧٩ .

(٤) س م ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ المجموعة ١٢ ص ١١٧ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة ٢٣ ص ٧٧ — ٨ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٤ ص ٣١٣ — ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٤ ص ٤٠٧ — راجع مع ذلك حكمها فى ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ =

بيع صحيح . وهى من ناحية أخرى تقضى بأن البطلان نسبى لمصلحة البائع فلا يجوز للمشترى أن يتمسك به[1] . والظاهر أن الشارع الأهلى قد تنبه لعيوب هذا النص بعد وضع القانون المختلط ولذلك لم ينص على ما يقابله فى القانون الأهلى حيث يعتبر البيع صحيحا فى جميع الأحوال سواء كان جزافا أو بسعر الوحدة .

٩٥ — الى جانب شرط الامكان يشترط فى المحل أن يكون معينا ونص المادة ٩٥ / ١٤٩ يقضى بلزوم تعيين المحل « ولو بالنوع وأن يكون صنفه مبينا بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال » . والنص العربى لهذه المادة يخالف نصها الفرنسى الذى يقول : « يجب أن يكون الشىء معينا من حيث نوعه على الأقل وأن يكون صنفه قابلا للتعيين بحسب ظروف التعهد» . والعبرة بالنص الفرنسى الذى وضعت به المادة والذى يظهر منه قصد الشارع . ويلاحظ على النص أنه يخصص شرط التعيين بحالة التعهد باعطاء شىء أى بنقل حق عينى . وهو من هذه الناحية نص قاصر لأن محل التعهد يجب أن يكون معينا فى جميع الأحوال حتى ولو كان التعهد بفعل غير نقل الحق العينى أو بامتناع . فلا يتصور التعهد بفعل غير معين كبناء منزل دون تحديد لأوصافه .

وتختلف طريقة التعيين باختلاف محل التعهد فاذا كان التعهد بنقل حق عينى على شىء بالذات corps certain وجب بيان ذاتيته فاذا كان منزلا وجب بيان موقعه على الوجه الذى لا يجعله يختلط بغيره من المنازل ، واذا كان أرضا وجب بيان موقعها وحدودها . أما اذا كان المقصود نقل حق على شىء لم يتعين بذاته فى العقد فيجب ذكر جنسه genre ونوعه espèce ومقداره quotité فمن يبيع الآخر زهورا يبين نوع هذه الزهور الذى يميزها عن غيرها من أنواع الزهور . ودون ذلك لا يعتبر التعهد صحيحا لعدم استيفاء شروط المحل . ولو أنه اعتبر صحيحا لجاز تنفيذه

= المجموعة ٢٦ ص ٢٣٠ الذى لا يجرى هذه التفرقة فيما يتعلق ببيع القطن قبل نباته اعتمادا على العرف الجارى فى تجارة الأقطان .

(١) س م ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة ١٦ ص ١٣١ .

بتسليم زهور لا قيمة لها . كما يبين مقدارها والا جاز التنفيذ بتسليم زهرة واحدة . على أن ظروف العقد قد تغنى عن البيان . فمن يبيع الآخر خيولا للجر قد لايذكر فى العقد نوع الخيول ولكن الغرض من استعمالها المذكور فى العقد قد يتكفل بهذا البيان . هذا من حيث النوع . كما أنها قد تغنى عن ذكر المقدار كمن يتعهد للآخر بتوريد الفحم اللازم لمصنعه . والظاهر من نص المادة ١٤٩/٩٥ أنها لا تكتفى ببيان النوع بل هى تشترط الى ذلك أن يكون الصنف قابلا للتعيين بحسب ظروف التعهد . ويقصد بالصنف درجة الجودة . ومفهوم النص أن المحل لايستوف شروطه اذا لم يكن الصنف معيناولم يمكن تعيينه من واقع ظروف العقد .

على أن المادة ٣٢٨/٢٦١ فى باب البيع تخفف من هذا الحكم فيما يتعلق بعقد البيع وتكتفى بتعيين النوع فى حالة بيع الأشياء المثلية دون الأشياء القيمية (١) .

المبحث الثانى — فى اشتراط أن يكون المحل مشروعا (٢)

٩٦ — ما الذى تقع عليه المشروعية ٩٧ — متى يعتبر المحل غير مشروع . قواعد النظام العام والآداب . دور الشارع ٩٨ — دور القضاء فى تحديد قواعد النظام العام والآداب ٩٩ — تطبيقات القضاء المصرى .

٩٦ — رأينا أن الارادة تبطل فلا ينشأ الالتزام اذا كان محلها عملا غير ممكن ، على أن المحل قد يكون ممكنا فى ذاته ومع ذلك تبطل الارادة اذا كان هذا المحل غير مشروع illicite . وهنا أيضا قد تثار التفرقة بين الالتزام بفعل (أو امتناع) من ناحية والالتزام بنقل حق عينى من ناحية أخرى فيطلب فى الحالة الأولى أن يكون الفعل (أو الامتناع) جائزا licite فاذا كان غير جائز كالتعهد بارتكاب جريمة لم ينشأ الالتزام وفى الحالة الثانية يطلب فى الشىء محل الحق العينى أن يكون مما يجوز التعامل فيه dans le commerce فان لم يكن كذلك بسبب تخصيص الشىء لغرض معين كالأموال العامة والموقوفة أو بسبب

(١) راجع نجيب الهلالى ، العقود فقرة ٣٢٥ ص ١٨٩ . وقارن السنهورى فقرة ٤٦٣ .

(٢) راجع بارتان ، الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب — ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ٢٢ وما بعدها — رينيه كابيتان ، فى عدم المشروعية .

عدم مشروعية التعامل فيه كالمواد المخدرة لم ينشأ الالتزام كذلك . وهـذا هو المفهوم من نص المادة ١٤٩/٩٥ .

على أننا لا نجرى هذه التفرقة بل نجمع هذين الشرطين فى شرط واحـد هو مشروعية المحل licéité . ذلك أن محل الارادة لا يخرج عن القيام بعمل معين ايجابى (الالتزام بفعل) أو سلبى (الالتزام بالامتناع) ولا يخرج الالتزام بنقل حق عينى عن أن يكون التزاما بفعل هو نقل الحق العينى على الشىء . ولا يفهم اشتراط المشروعية الا بالنسبة لهـذا العمل فى ذاته دون الشىء الذى يكون محلا لنشاط ارادة الملتزم . لا يفهم أن يكون الشىء مشروعا أو غير مشروع . انما المشروع أو غير المشروع هو العمل محل الارادة ، هو العمل الذى تعهد به المتعاقد ، هو الفعل أو الامتناع . اذا كان هذا المحل مشروعا نشأ الالتزام ، واذا لم يكن مشروعا لم ينشأ . فالمشروعية تتصل أصلا بالعمل الارادى وهى اذا اتصلت تبعا بالأشياء والأموال فلأن هذه الأشياء والأموال هى التى يقع عليها العمل الارادى . وعلى هذا الوجه لا يصح وصف الأشـياء بأنها مشروعة أو غير مشروعة ، بل ولا بأنها ممـا يجوز التعامل فيها أولا يجوز ، ذلك أن الشارع لا يخرج المال من دائرة التعامل بل هو يخرج أعمالا معينة من دائرة الأعمال المشروعة ، ويبقى المال دائما فى دائرة التعامل . فالأموال العامة والموقوفة مثلا تدخل حتما فى دائرة التعامل ما دام يجوز تأجيرها والمواد المخدرة كذلك ما دام يجوز بيعها فى بعض الصور (م ٢٧ وما بعدها من قانون الاتجـار بالمخدرات) انمـا الممنوع هو وقوع الارادة على أعمال غير ممكنة (بيع الأموال العامة والموقوفة) أو غير مشروعة (بيع المواد المخدرة فى غير الحدود الواردة فى قانون الاتجار بالمخدرات) .

٩٧ — يكفى اذن أن نشـترط فى المحل — الى جانب شرط الامكان والتعيين — أن يكون مشروعا . انما متى يعتبر المحل غير مشروع ؟ تتولى نصوص القانون بيان ذلك فى كثير من الأحوال . فالمـادة ١٢٥ تقضى بمنع الاتفاق على فوائد أزيد من تسعة فى المائة سـنويا . ومعنى هـذا المنع أن التعهد بدفع فوائد

تزيد عن السعر المذكور يعتبر باطلا لأن الارادة قد وقعت على محل غير مشروع وهكذا الحكم بالنسبة للمادة ٢٥٧ التى تقضى بمنع بيع الحقوق المتنازع عليها للقضاة ووكلاء النيابة وغيرهم اذا كان النظر فى هذه الحقوق من اختصاص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم ، والمادة ٣٤١ التى تقضى بمنع الاتفاق على مدة للاسترداد فى بيع الوفاء أكثر من خمس سنين . . الخ .

على أن نطاق عدم المشروعية لا يقف عند نصوص القانون التى تقضى بمنع التعهد بعمل معين . بل ان هذا المنع ممتد الى كل عمل يخالف قواعد النظام العام ordre public وحسن الآداب bonnes mœurs وهى مجموع القواعد التى يقوم عليها النظام الاجتماعى . والشارع فى النصوص المحصورة التى يخص فيها أعمالا معينة بالمنع انما يستلهم تلك القواعد . وهو يأمر بمنع الأعمال التى تمس هذه القواعد كلما استطاع الى ذلك سبيلا . وكثيرا ما يكون تداخله بالنص عبارة عن صياغة القاعدة النظامية على وجه يجعلها صالحة للتطبيق دون المساس بغيرها من القواعد النظامية . فالاتفاق على فوائد ربوية أمر يخل بالنظام العام . انما متى تعتبر الفوائد كذلك ؟ هنا يتداخل الشارع بوضع مقياس كمى quantitatif هو تحديد سعر تسعة فى المائة ، وهو باستقلاله بهذا التقدير دون القاضى يحول دون المساس بقاعدة نظامية أخرى هى استقرار المعاملات ، وهو مقدر أن المساس واقع اذا تركت المسألة للقضاء يفصل فيها كل قاض بمقياس .

الشارع يستلهم تلك القواعد دون أن يستطيع حصرها فى النصوص . ذلك أن هذه القواعد تدور مع المصلحة العامة والنظام الاجتماعى فهى متقلقلة متلونة مختلفة باختلاف الوسط المحيط فهى فى عصر مسمى غيرها فى عصر آخر وفى ظروف معينة غيرها فى ظروف أخرى وهى فى مجموعها تمثل الحالة الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية فى كل بلد . أما الفقه فهو من ناحيته لم يحاول تعريف هذه القواعد أو حصرها فى رءوس معينة الا محاولات متخاذلة لا تجمع ولا تمنع . والفقهاء أشد حيرة فى تحديد قواعد حسن الآداب عنهم فى تحديد قواعد النظام العام .

٩٨ — ولذلك لم يكن أصلح من القضاء — وقد آتته فرصة الاحتكاك المتجدد بالحياة العملية — لتحديد هذه القواعد . فهو بابطاله للعقود التى تتضمن مخالفة النظام والآداب كلما عرض عليه النظر فيها يرسم أولا بأول حدود هذه القواعد باعتباره المهيمن على توجيه الأعمال القانونية فى وجهاتها المشروعة .

وليس معنى ذلك أن القضاء عند ما يبطل العقود لمخالفتها للنظام العام أو الآداب لا يستند دائما الى نصوص القانون . بل هناك من ناحية الأحوال التى عنى فيها الشارع بالنص على منع أعمال معينة . ومفهوم هذا المنع توقيع الجزاء على مخالفة أمر الشارع ألا وهو بطلان العمل الارادى . والى جانب هذه الأحوال هناك بعض القواعد التى تنتظمها نصوص القانون يعتبرها القضاء من قواعد النظام العام ، بمعنى أن سلطان ارادة المتعاقدين يقف عندها فتعجز الارادة عن مخالفة أحكامها (١) . فقواعد التقادم مثلا يعتبرها القضاء من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على أن الدين لا يتقادم الا بمدة أطول من المدة التى نص عليها القانون . مع أنه لم يرد نص على بطلان مثل هذا الاتفاق . انما البطلان نتيجة وصف القضاء لقواعد التقادم التى انتظمتها نصوص القانون بأنها قواعد آمرة dispositions impératives وهذه لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقوا على مايخالفها ، على العكس من القواعد المتممة dispositions supplétives التى ينص عليها الشارع ارشادا للمتعاقدين فهذه يرخص لهم بمخالفتها (كالقاعدة التى تقضى بأن البائع ضامن للمشترى استحقاق المبيع م ٣٠٠) .

القضاء اذن يكيف هذه النصوص فيصفها بأنها نصوص آمرة أو متممة وهو فى هذا التكييف يحدد فى الواقع قواعد النظام العام .

والى جانب هذه القواعد التى يساهم الشارع فى تحديدها بطريق مباشر أو غير مباشر هناك قواعد أخرى من النظام أو الآداب لم يعرض لها الشارع تصريحا

---

(١) وفى هذا ورد نص المادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى وهى تقضى بأنه لا يجوز فى الاتفاقات الخاصة الخروج عن أحكام القوانين التى تتعلق بالنظام العام أو الآداب . ولا مقابل لهذا النص فى القانون المصرى ولكن يؤخذ بحكمه باعتباره أصلا من أصول القانون المدنى .

ولا تلميحا وانما ينشئها القضاء انشاءا . وهى تعتبر من القواعد القانونية . ولاينبغى أن نستخلص من عدم ورود نص فيها نفى هذه الصفة عنها . ذلك أنه يقوم الى جانب القانون المسطور قانون العرف ، والقواعد التى يستقر عليها القضاء عند مايحدد النظام العام والآداب ان هى الا قواعد قانونية مصدرها العرف المستقر . ولذلك تقضى محكمة النقض الفرنسية بأن قضاء المحكمة باعتبار قاعدة قانونية من النظام العام أو الآداب يعتبر قضاء فى مسألة قانونية فيخضع لرقابة محكمة النقض والابرام[١] .

٩٩ — تحديد الأعمال غير المشروعة يرتبط اذن بتحديد قواعد النظام العام والآداب — كما يرتبط بها تحديد السبب غير المشروع[٢] — ونحن نكتفى هنا بايراد بعض تطبيقات هذه القواعد فى أحكام القضاء المصرى تتناول المحل والسبب ، فمن أمثلة التعهدات المخالفة للنظام العام :

التعهد بالسعى للحصول لشخص على رتبة أو نيشان مقابل مبلغ من المال[٣] . والتعهد الذى يقيد حرية الشخص فى التجارة أو العمل تقييدا مطلقا[٤] . والوعد بالزواج[٥] . والاتفاق على عدم التبليغ عن جريمة أو

---

(١) نقض فرنسى فى أول مايو سنة ١٨٥٥ سيرى ١٨٥٥ — ١ — ٣٣٧ وديموج ٢ فقرة ٤٧٤ — السنهورى ص ٤٩٣ حاشية ١ — وقارن عكس ذلك بالنسبة لقواعد الآداب بارتان ، الشروط المستحيلة والمخالفة للنظام العام والآداب ص ٢٤٧ .

(٢) راجع فيما بعد الفرع التالى فقرة ١٠٤ وفقرة ١٠٧ — ١١١ .

(٣) مصر فى ٥ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة ٣ عدد ٨٥ وس ا فى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٥ .

(٤) س م فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة ٣٤ ص ٤٢ ومصر فى ٢١ يوليو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٦٥٥ — بعكس التعهد الذى يكون مقيدا بالنسبة للمكان أو للزمان مصر فى ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة ١٣ ص ٢٥٠ وبنى سويف فى ٢٢ ابريل سنة ١٩١٣ المجموعة ١٤ ص ١٨٤ وس م فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة ١٤ ص ٤٦ و٢ فبراير سنة ١٩٣٣ المجموعة ٤٥ ص ١٥٦ .

(٥) عابدين فى ٢٨ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٢١ وس ا فى ٢٩ مايو سنة ١٩٠٦ المجموعة ٨ ص ٧٧ والزقازيق فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ عدد ٧٥ وس م فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ المجموعة ٢٠ ص ٢١١ .

اخفائها [١] . أو على توزيع المسئولية الجنائية [٢] . والاعتراف بوراثة شخص فى مقابل مبلغ من المال [٣] . والصلح عن صفة من صفات الأحوال الشخصية كالبنوة والزوجية [٤] . والتنازل عن حق الطعن فى العقد لعدم الأهلية [٥] . والاتفاق الذى يمس بحرية المزاد العام [٦] .

ومن أمثلة التعهدات المخالفة للآداب ، التعهدات الواقعة على العلائق الجنسية غير المشروعة [٧] . وديون المقامرة [٨] . والوساطة فى الزواج [٩] .

الفرع الثالث — فى السبب [١٠]

١٠٠ — الخلاف حول نظرية السبب . تقسيم الموضوع .

١٠٠ — ليس يكفى أن يكون للارادة محل حتى ينشأ الالتزام بل يجب

---

(١) س م فى ٢ يسمبر سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية المختلطة ١١ ص ١٢ والاسكندرية فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة ٨ ص ٢٣ وكفر الشيخ فى ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٨١ .

(٢) السنطة فى ١١ فبراير سنة ١٩١٩ المجموعة ٢٠ ص ١٢٤ .

(٣) س ا فى ٢٩ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٣٨١ .

(٤) الزقازيق فى ٢٢ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٤١٢ .

(٥) مصر فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة ٢٩ عدد ١٤٩ .

(٦) س مصر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٢٧ وس م فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة ٣٦ ص ١٠٣ .

(٧) س م فى ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة ١٩ ص ٢٦٠ و ٢٣ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة ٣١ ص ١٣٦ ومصر المختلطة فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ الجازيت ٢٤ ص ٤٢١ رقم ٤٨٩ و س م فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة ٤٩ ص ٢٠٨ .

(٨) س م فى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة ١٤ ص ١٣٤ و١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة ٤١ ص ٢٩٤ وطنطا فى أول ابريل سنة ١٩٠٣ المجموعة ٤ ص ١٧٨ .

(٩) عابدين فى ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة ١٦ عدد ٥٦ ومصر المختلطة فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ راجع عكس ذلك س م فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة ٣٤ ص ٨٣ ومصر المختلطة فى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٩٠ .

(١٠) **مراجع** — دابان، رسالة بروكسيل سنة ١٩١٩ — كابيتان، السبب فى الالتزامات =

الى ذلك أن يكون لها سبب مستوف للشرائط . فاذا تخلف السبب لم ينشأ الالتزام . وقد رأينا أن الشراح يبحثون فى السبب عادة باعتباره ركنا من أركان العقد ، وان منهم من يرى فيه ركنا فى الالتزام . وانتهينا الى أنه ركن فى الارادة ذاتها[1] وان كان نص المادة ٩٤/١٤٨ يفهم منه أن السبب ركن فى الالتزام ، فهى تقضى بأنه يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا . وفى الأصل الفرنسى لهذه المادة يشترط **لوجود الالتزام** أن يكون له سبب محقق مشروع . كما نصت المادة ١١٣١ فرنسى على أن الالتزام لا يكون له أثر اذا لم يكن قائما على سبب أو كان قائما على سبب غير صحيح أو غير مشروع .

وسواء أكان السبب ركنا فى العقد أم فى الالتزام أم فى الارادة فهو ركن لا غنى عنه لنشوء الالتزام التعاقدى .

على أن فريقا من الشراح يهاجم نظرية السبب فهى فى نظره نفاية يستغنى عنها بركن المحل أو بركن التراضى وهى بعد نظرية تقوم على أسس خاطئة ، وهى بهذين الوصفين خليقة بأن تنفى من نظرية العقد ، قطعا لما يؤدى اليه ادراجها من خلط للقواعد القانونية وتشويش فى الأفكار . وبهذا انقسم شراح القانون المدنى الى فريقين فريق السببيين Causalistes الذين يناصرون هذه النظرية ويدللون على أهميتها فى نظرية العقد والأعمال الارادية على وجه العموم

= طبعة سنة ١٩٢٧ — ديموج ، ٢ فقرة ٧٤٣ وما بعدها و٧٧٣ وما بعدها — بونكاز ، تكملة بودرى ٢ ص ٦٧٢ وما بعدها — ريبير ، القاعدة الخلقية فقرة ٢٣ وما بعدها — لوى لوكا ، الارادة والسبب ، رسالة ديجون سنة ١٩١٨ — چوسران ، الباعث فى الأعمال القانونية سنة ١٩٢٨ — دابان ، مقال فى مجلة بلچيكا القضائية سنة ١٩٢٩ — يوناسكو ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣١ — ڤيفوريانو ، فقرة ١٢٣ وما بعدها — پلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ٢٤٩ ومابعدها — دى پاج ٢ فقرة ٤٧٢ وما بعدها — عبد الحميد رشدى ، مقال فى المحاماة السنة العاشرة — نصيف زكى ، مقال فى المحاماة السنة الحادية عشرة — السنهورى فقرة ٥٠٧ وما بعدها .

(١) راجع فيما سبق فقرة ٩١ .

وفريق اللاسببيين anticausalistes الذين يهاجمون النظرية ببخس قدرها وبيان نهايتها وضررها .

ويدعونا هذا الخلاف الى استعراض حجج الفريقين . ولما كانت النظرية قد تطورت فى الفقه والقضاء فخرجت منهما فى صورة جديدة فاننا نتكلم على النظرية التقليدية ثم على النظرية الحديثة و بين هذا وذاك نتكلم على اثبات السبب لما يثيره هـذا الاثبات من صعوبات . حتى اذا خلصت لنا نظرية السبب فى قواعدها الصحيحة أمكن الانتقال بعـد ذلك الى تطبيقاتها فى حالة السبب غير المشروع ثم فى الغلط والتدليس .

المبحث الاول — فى النظرية التقليدية للسبب

١٠١ — مقـارنة السبب بغيره من الأوضاع . السبب فى مختلف العـقود ١٠٢ — نقد النظرية . هى من الناحية العقلية خاطئة وغير منتجة ومن الناحية التاريخية غير صحيحة ١٠٣ — الرد على النقد . التدليل على صحتها ١٠٤ — التدليل على أنها منتجة . ضرورة وجود السبب أى تحقق الغرض من التعهد ١٠٥ — التدليل على أنها صحيحة تاريخيا .

١٠١ — يقارن السبب عادة ، باعتباره وضعاً من الأوضاع القانونية ، بغـيره من الأوضاع كالمحل والباعث . فالمحل كما يقول البعض [1] هو الرد على تساؤلنا بمـاذا التزم المتعهد quid debitur . أما السبب فهو الرد على تساؤلنا : لماذا التزم المتعهد cur debitur . على أن السؤال الأخير يصادف اجابات متعددة مختلفة : شخص يتعهد بنقل ملكية مـنزله لأنه يريد الحصول على الثمن والقيام برحلة ، آخر لأنه يريد الحصول على الثمن وشراء منزل آخر ، ثالث لأنه يريد الحصول على الثمن لينشىء به محلا تجـاريا الخ . ومن هنا يتبين الفرق بين السبب والباعث . فالسبب بالمعنى الذى يقصده القانون أى السبب المنتج cause finale هو ذلك الذى يتحد فى جميع الصور ألا وهو الحصول على الثمن . أما بقية الأسباب فهى عبارة عن بواعث cause inpulsive ، motif لا تعنينا : القيام بالرحلة ، شراء منزل آخر ، انشاء المحل تجارى الخ . و يتبين لنا من مقارنة

(١) أودو نقلا عن ديموج ٢ فقرة ٧٤٤ .

السبب بالباعث أن الباعث متغير بتغير ظروف كل عقد contingent مختلف باختلاف الأشخاص subjectif بعكس السبب فهو موضوعى objectif لايحتمل التغيير (١) . ومن هذه المقارنات يستخلص البعض (٢) تعريف السبب بأنه : الغرض المجرد abstrait المباشر immédiat الذى يرمى اليه من يصدر منه العمل القانونى والذى يتحد فى جميع الأعمال القانونية التى تكون من نوع واحد .

فاذا طبقنا هذا التعريف على مختلف الأعمال القانونية قلنا أن سبب التعهد فى عقود التبرع هو نية التبرع animus donandi . أما فى عقود المعاوضة فنفرق بين العقود الملزمة للطرفين والملزمة لطرف واحد ، فى الأولى يكون سبب التزام كل من الطرفين هو التزام الطرف الآخر فسبب التزام البائع بنقل الملكية والتسليم هو التزام المشترى بدفع الثمن وسبب التزام المشترى بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية والتسليم ، وهكذا فى عقد الايجار وعقد الشركة وعقد العمل وغيرها من العقود الملزمة للطرفين . أما فى العقود الملزمة لطرف واحد فنفرق بين العقود العينية والعقود الرضائية ، فى العينية يكون سبب التزام المتعهد (المستعير ، الدائن المرتهن ، حافظ الوديعة) هو تسليم الشىء الذى يلتزم برده . أما فى العقود الرضائية الملزمة لجانب واحد كالوعد بالبيع فان سبب التزام الواعد هو اتمام العقد النهائى وهو عقد البيع فى حالة الوعد بالبيع .

١٠٢ — هذه هى النظرية التى كانت محلا لنقد فريق اللاسببين (٣) . وتقع انتقاداتهم عليها من الناحيتين العقلية والتاريخية .

(١) چوسران ٢ فقرة ١٣١ .

(٢) بونكاز ٢ فقرة ٥٥٠ .

(٣) أول من هاجم النظرية ارنست Ernst الذى كان أستاذا فى جامعة ليبچ ببلچيكا وذلك فى مقال له عنوانه « هل السبب شرط لازم لصحة الاتفاقات » نشر فى سنة ١٨٢٦ . ولعل نشوء النقد فى بلچيكا هو الذى جعل الكتاب البلچيكيين ينضمون الى فريق اللاسببيين ، فمنهم لوران (جزء ١٦ فقرة ١٠٧ — ١٧٦) وكورنيل ودابان ودى پاج (المراجع السابقة الاشارة اليها) على أن هناك عددا من الكتاب الفرنسيين فى فريق اللاسببيين (راجع بودرى ، الالتزامات ١ فقرة ٣٢١ وما بعدها — هوك ٦ فقرة ٣٩ و ٧ فقرة ٧٧ — پلانيول ٢ فقرة ١٠٣٧ وما بعدها) .

أما من الناحية العقلية فقد أخذوا على النظرية أنها خاطئة وغير منتجة .

ويظهر وجه الخطأ فيها من استعراض السبب فى مختلف العقود . ففى العقود الملزمة للطرفين رأينا أن سبب التزام كل من الطرفين هو التزام الطرف الآخر . وهو ادعاء لا يستقيم منطقه عند جماعة اللاسببيين لأن العقد ينشىء الالتزامين فى نفس الوقت فهما بمثابة توأمين . كيف يقال أن كلا من هذين التوأمين قد أنجب الآخر ؟ عند ما نقول أن واقعة معينة هى السبب فى واقعة أخرى نفترض حتما أن الواقعة الأولى — السبب — سابقة على الواقعة الثانية — المسبب ، ومن المستحيل تطبيق هذا التحليل المنطقى فى حالة العقود الملزمة للطرفين ما دامت الالتزامات — المدعى بأن كلا منها ينجب الآخر — تنشأ فى وقت واحد .

أما فى العقود العينية فان ما يسمى بالسبب ألا وهو تسليم العين ليس الا الواقعة التى انعقد بها العقد ونشأ الالتزام . وأما فى عقود التبرع فان نية التبرع وهى المدعى بأنها السبب ليست سوى الرضا نفسه . وهل يمكن أن نتصور عقد هبة لا يكون لدى الواهب فيه نية التبرع !

وهى من ناحية أخرى غير منتجة اذ يمكن فى العقود الملزمة للطرفين أن يستغنى عن السبب بالمحل . والعقود المدعى بأنها باطلة لبطلان سببها انما هى عقود باطلة لبطلان المحل . كما يستغنى عنها فى عقود التبرع بالرضا نفسه وفى العقود العينية باشتراطنا تسليم العين لانعقاد العقد .

أما من الناحية التاريخية فقد لوحظ أن النظرية قد تلقاها القانون الفرنسى عن پوتييه وپوتييه تلقاها عن دوما . وهذا الأخير ينسبها للقانون الرومانى . وبرجوعنا الى هذا القانون لا نعثر فيه على نظرية السبب على الصورة التى يتقدم بها أنصارها . فكلمة السبب cause الواردة فى القانون الرومانى لا يقصد بها المعنى المفهوم فى هذه النظرية بل يقصد بها الواقعة التى تنشىء الالتزام كالعقد أو الجريمة المدنية[1] .

---

(١) راجع بلانيول ٢ فقرة ١٠٣٧ وما بعدها .

١٠٣ — تلك هى خلاصة الانتقادات التى وجهها فريق اللاسببيين . وقد تولى السببيون تفنيدها فدللوا على صحة النظرية و بينوا فائدتها كما أرجعوها الى أصلها التاريخى الصحيح (١) .

فهى من ناحيه نظرية صحيحة — أما القول بأنها فى العقود الملزمة للطرفين تخالف منطق الحوادث بحجة أن السبب يجب أن يسبق المسبب فهو اعتراض يستند على مجرد تعلق باللفظ . ان كلمة السبب لا يقصد بها الواقعة التى تنشىء أخرى . انما يقصد بها الغرض من التعهد (٢) . وما نكاد نستبدل كلمة الغرض بكلمة السبب حتى يسقط الاعتراض من أساسه . ان التعهد لا بد له من غرض. وغرض البائع فى عقد البيع هو الحصول على التزام المشترى كما أن غرض المشترى هو الحصول على التزام البائع . والنظرية على هذا الوجه لا تستلزم تدرجا فى الزمن . انما الالتزامان عبارة عن تيارين كهربائيين أحدهما موجب والآخر سالب تتولد من تفاعلهما قوة معينة دون أن يقال أن أحدهما أنجب الآخر وما السبب الا هذا التفاعل (٣) .

أما فى عقود التبرع فهناك فرق بين الرضا نفسه و بين السبب : أتعهد بأن أعطيك مبلغ مائة جنيه هذا هو الرضا ، على ألا أطالبك بمقابل لهذا المبلغ ، هذه هى نية التبرع أى السبب (وأقصد بهذا التبرع مساعدتك أو الاعتراف بجميل سابق ، هذا هو الباعث) . ومن هذا يتبين أن النظرية لا تخلط بين الرضاء

---

(١) راجع فى هذا كابيتان فى السبب فقرة ١٣ وما بعدها .

(٢) راجع ديجى فى شرح القانون الدستورى جزء ١ ص ٣٥٨ (الطبعة الثالثة) .

(٣) عن چوسران ٢ فقرة ١٤٠ مع بعض التحوير . يرى بعض الشراح السببيين (كابيتان فى السبب فقرة ١٣) أن سبب التزام كل طرف فى هذه العقود هو تنفيذ التزام الطرف الآخر لا مجرد التزام الطرف الآخر . وتظهر فائدة القول بذلك عندهم فى تفسير فسخ العقود الملزمة للطرفين عند ما يقوم أحد الطرفين فيها بتنفيذ التزامه دون الآخر . فهذا الفسخ يفسر بنظرية السبب لأن سبب التزام من قام بالتنفيذ هو تنفيذ التزام الطرف الآخر وما دام الطرف الآخر لم يقم بالتنفيذ فان التزام الطرف الأول يصبح بلا سبب أى باطلا فيجوز له الرجوع فى التنفيذ .

(راجع فيما سبق فقرة ٣١ ص ٤٨ وراجع فى مناقشة هذا الرأى الباب الثانى من هذا الكتاب) .

والسبب كما يدعى خصومها . أما العقود العينية فقد رأينا أنها عبارة عن عقود رضائية تنعقد بمجرد التراضى [1] فلا محل لافرادها عن بقية العقود الرضائية بحكم خاص بل نقسمها الى عقودملزمة للطرفين كالعارية والرهن حيث يكون سبب تعهد كل طرف هو تعهد الطرف الآخر ، وعقود ملزمة لطرف واحد كالوديعة حيث يكون سبب تعهد أى التزام حافظ الوديعة هو نية أداء خدمة للطرف الآخر . وبهذا لا يكون خلط بين السبب والواقعة التى انعقد بها العقد ونشأ الالتزام ألا وهى التراضى .

١٠٤ — وهى من ناحية أخرى نظرية منتجة لأنها تنجح فى ابطال العقد الملزم للطرفين وفى تعطيل نشوء الالتزامات حيث تعجز نظرية المحل . ان العقد الملزم للطرفين متى كان صحيحا أنشأ التزامين وهو لكى يعتبر صحيحا يستلزم وجود محلين مستوفيين للشرائط . على أن أحد المحلين قد يستوفى الشرائط دون الآخر . واذا نجحت نظرية المحل فى تعطيل نشوء أحد الالتزامين فهى لا تنجح بالنسبة للآخر : شخص يتعهد لآخر بدفع مبلغ من المال فى مقابل نقل ملكية سفينة . اذا تبين أن السفينة قد غرقت قبل هذا الاتفاق فليس من شك فى عدم نشوء الالتزام بنقل ملكيتها لعدم استيفاء المحل شرط الامكان . انما ما الحكم بالنسبة لالتزام المشترى بدفع الثمن ؟ هنا تتجلى أهمية السبب . ان تعهد المشترى مستوف لشرائط المحل ولكنه غير مستوف للسبب ، ذلك ان السبب هو الغرض المباشر والمشترى لم يتعهد بالثمن الا فى مقابل الحصول على التزام البائع فاذا لم ينشأ التزام البائع لعدم استيفاء شروط المحل انتفى الغرض الذى رمت اليه ارادة المشترى أى انتفى السبب ، وبانتفاء السبب تبطل الارادة ، ومعنى ذلك ألا يترتب على ارادة المشترى أى أثر فلا ينشأ التزامه بدفع الثمن . بهذا التدليل وبه وحده يمكن أن نفسر سقوط التزام المشترى .

كذلك اذا تعهد شخص بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من المال فان تعهده باطل لعدم مشروعية المحل . ولكن تعهد الطرف الآخر بدفع مبلغ من المال باطل

(١) راجع فيما سبق فقرة ٣٦ .

كذلك لا لعدم مشروعية المحل — اذ المحل وهو دفع مبلغ من المال ان هو الا تعهد مشروع — ولكن لانتفاء سببه ، اذ سبب هذا التعهد هو الحصول على التزام الطرف الآخر الذى لم ينشأ لعدم مشروعية محله .

فى هذه الصور تظهر أهمية السبب لأنه يجعل الالتزامات التعاقدية تحيا حياة واحدة فاذا تعطل أحدها لعدم وجود محله أو لعدم مشروعيته تعطل الالتزام المقابل لعدم وجود سببه . ولو لم ندخل السبب لانتهينا الى تعطيل أحد الالتزامين دون الآخر .

ونحن اذ نشترط وجود السبب نتطلب فى نفس الوقت أن يكون حقيقيا . ولا يكون السبب حقيقيا متى كان موهوما أو صوريا .

على أن اشتراطنا أن يكون السبب حقيقيا ليس الا صورة من صور اشتراطنا وجود السبب . بمعنى أن السبب لا يعتبر منعدما بسبب توهمه أو صوريته الا متى تبين أنه ليس هناك سبب آخر غير السبب المتوهم أو الصورى — ويتبين ذلك من الأمثلة الآتية : وارث حرر للموصى اليه سنداً بنصيبه فى التركة ثم اتضح بعد ذلك أن الوصية باطلة لعدم استيفاء شروطها أولأنها ملغاة بوصية لاحقة . السبب فى التعهد الوارد فى السند هو تنفيذ التزام الوارث بايفاء الموصى اليه حقه فاذا تبين أن الالتزام منعدم لأن الوصية باطلة فسبب التعهد معدوم . لقد قام السبب حقا فى ذهن الوارث عند ما اعتقد صحة الوصية ولكنه سبب قام فى الوهم ولم يقم فى الحقيقة وهو فى النهاية سبب غير موجود .

أخ نقل لأخيه ملكية قطعة من الأرض وذكر فى العقد أنه استلم الثمن . الظاهر أن سبب التعهد بنقل الملكية قائم ما دام له مقابل هو الثمن المتفق عليه . على أن الاتفاق على الثمن قد يكون صوريا . قد يكون الغرض من هذا العقد الظاهر هو اجتماع النصاب لمن نقلت له الملكية لترشيحه للعمدية مثلا دون أن يقصد الطرفان نقل الملكية فعلا — فاذا طولب المتعهد بتنفيذ تعهده بتسليم العين أمكنه أن يمتنع عن التسليم لبطلان تعهده ، و بطلان تعهده لا يرجع الا لأنه بدون سبب ، والسبب الوارد فى العقد ان هو الا سبب صورى simulé فلا نعتد به .

على أن عدم اعتدادنا بالسبب الصورى لايعنى أن التعهد المستند الى سبب صورى يكون باطلا فى جميع الأحوال . انما هو باطل بالقدر الذى يستند به الى هذا السبب الصورى المعتبر فى حكم العدم . ولا ينفى هذا امكان صحة التعهد اذا تبين أن هناك سببا صحيحا (١) غير هذا السبب الصورى يقوم عليه التعهد فعلا (٢) . ومثال ذلك عقد الهبة الموصوف بوصف البيع . للتعهد بنقل الملكية فى هذا العقد سبب صورى هو التعهد بالثمن . وهو سبب كاذب لأن النية لم تتجه الى دفع الثمن فعلا ، ولكن التعهد صحيح رغم ذلك لأنه يقوم على سبب آخر — غير السبب الظاهر المذكور فى العقد — ألا وهو نية التبرع .

وفى غير ذلك تظهر فائدة نظرية السبب فى أنها تفسر لنا السر فى اعتماد الالتزامات على بعضها البعض فى العقود الملزمة للطرفين ، وتعلق مصير أحدها بمصير الآخر . فهى هى السر فى جواز فسخ العقد الملزم للطرفين اذا قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه دون الآخر ، اذ أن تنفيذ أحد الالتزامين دون الحصول على ما يقابله يجعل هذا الالتزام بدون سبب . وكذلك هى السر فى الدفع بعدم الوفاء وهو حق كل طرف فى العقود الملزمة للطرفين فى أن يمتنع عن الوفاء من ناحيته ما دام الطرف الآخر لم يقم بالوفاء بعد . وفى سقوط التزام أحد الطرفين — فى هذه العقود — متى سقط التزام الطرف الآخر بسبب استحالة تنفيذه .

---

(١) راجع نقض فرنسى فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ — ١ — ١٩٢ وراجع س م فى ١٤ يونيو سنة ١٨٩٤ المجموعة ٦ ص ٣٣٥ و ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ المجموعة ٧ ص ٨٧ و ١٣ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة ١٥ ص ٢٧٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة ٢٠ ص ٢٤٠ و ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ المجموعة ٢٣ ص ٩ و ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ المجموعه ٣١ ص ١٣٦ و ٤ يونيو سنة ١٩١٩ المجموعة ٣١ ص ٣٣٠ و ٢٠ مارس سنة ١٩٢٨ المجموعة ٤٠ ص ٢٣٦ — س ا ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة ٢٦ ص ٣٢ .

(٢) والتعهد باطل متى كان سببه غير مشروع حتى ولو ذكر له سبب آخر مشروع . اذ العبرة ليست بالسبب الصورى بل بالسبب الحقيقى فما دام السبب الحقيقى غير مشروع فالتعهد باطل (محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الجازيت ٤ — ١٠٨ — ٢٦٩) .

وهى كذلك التى تساعدنا على تمييز عقود التبرع عن عقود المعاوضة ما دام السبب فى عقود التبرع هو نية التبرع وهى كما رأينا المقياس النفسى الذى يستعان به على عزل عقود المعاوضة عن عقود التبرع (١) .

١٠٥ — أما الاعتراض على النظرية من الناحية التاريخية بأنها تنسب للقانون الرومانى والقانون الرومانى ينكرها فهو اعتراض صحيح . حقيقة ان القانون الرومانى لم يعرف هـذه النظرية بل ولم يكن من المعقول أن يعرفها وهو قانون شكلى يعلق نشوء الالتزام على استيفاء الشكل والأوضاع لا على صدور الارادة الصحيحة ، فى حين أن النظرية ترتبط ارتباطا وثيقا بالارادة لأنها لا تعرض الا فى صدد الالتزامات الارادية ولأن السبب كما رأينا ركن فى ذات الارادة . على أن صحة الاعتراض لاتعنى أن دوما Domat قد خلق النظرية خلقا ، فهى نظرية قديمة . والجـديد من دوما أنه أخطأ نسبتها فهو قد نسبهـا للرومان وكان ينبغى أن ينسبها للقانون الـكنسى ، وهو المصدر الحقيقى للنظرية . ان القانون الـكنسى هو الذى ترجع اليه فـكرة الرضائية وهو الذى سلم للاتفاق المجرد بقوة انشاء الالتزام بقطع النظرعن الأوضاع والأشكال ، ونظرية السبب كما رأينا تتصل بالارادة فهى نتيجة لازمة لمبدأ الرضائية . لقد كانوا يميزون فى القانون الـكنسى بين التعهدات التى تنشىء التزاما على طرف واحد والاتفاقات الملزمة للجانبين . فالتعهد المفرد لا بد له من غرض (سبب) ولا بد أن يكون هذا الغرض مشروعا ، (ومن هنا نشأت نظرية السبب غيرالمشروع) أما فى الاتفاق الملزم للطرفين فقد اشترطوا قيام السبب بقولهم « لا يجب أن يرعى عهد من لا يرعى العهد » non servandi fidem non est fides servanda (ومن هنا نشأت فـكرة الارتباط بين الالتزامين فى العقود الملزمة للطرفين أى شرط وجود السبب) .

---

(١) راجع فيما سبق فقرة ٣٣ ص ٥١ .

المبحث الثانى — فى اثبات السبب

١٠٦ — تطبيق القواعد العامة فى الاثبات . التفرقة بين حالة التعهد المذكور فيه سببه وحالة التعهد الخالى من ذكر السبب . اثبات أن السبب موهوم أو صورى أو غير مشروع . طرق الاثبات .

١٠٦ — لم يرد فى القانون المصرى نصوص تتعلق باثبات السبب . وفى القانون الفرنسى لم يرد غير نص المادة ١١٣٢ التى تقضى بأن الاتفاق يكون صحيحا ولو لم يذكر فيه سببه . وليس لنا إزاء ذلك الا أن نرتد للقواعد العامة نطبق أحكامها . ان السبب ركن من الأركان التى لا ينعقد العقد بدونها (هو ركن فى الارادة والارادة ركن فى التراضى والتراضى هو ركن العقد) فالمفروض نظريا أن يقيم الدائن الدليل عليه كما يقيم الدليل على بقية الأركان كالرضا والمحل والأهلية . على أن قواعد الاثبات لا تتطلب من المدعى أن يقيم الدليل على كافة أركان الوقائع التى يتكون منها ادعاؤه . بل يكتفى عادة بأن يجر المدعى شبهة الحق لناحيته . فمتى ثبت صدور التعهد فقد ثبتت صحته الى أن يقوم دليل على ما ينقضها . هذا هو الحكم فى الأهلية حيث لا يطلب من كل متعاقد أن يقيم الدليل على أهلية الطرف الآخر للتعاقد وهو كذلك الحكم فى السبب . ولذلك فان المادة ١١٣٢ مدنى فرنسى يؤخذ بحكمها فى القانون المصرى لأنها فى الواقع لم تأت بجديد ، على الأقل اذا كنا نفهمها على المعنى الذى يفهمه منها جمهور الشراح فى فرنسا ، من أنها متعلقة بالاثبات instrumentum لا بنفس التعاقد negotium . وفى هذا المعنى يقصد من كلمة الاتفاق الواردة فى هذه المادة السند الدال على الاتفاق . ويكون معنى النص أن عدم اشتمال السند على ذكر السبب لا يمنع من ثبوت صحة الاتفاق [1] أى من افتراض وجود سبب صحيح مشروع حتى يثبت عكس ذلك . فكأن المادة ١١٣٢ تقضى — على هذا التفسير — بقرينة قانونية

---

(١) يرى البعض أن المقصود من هذه المادة تقرير صحة الاتفاق negotium ولو لم يتضمن سببا ، وبهذا يجيز الاتفاق المجرد عن السبب engagement abstrait (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٥ حاشية ٢٠ وكابيتان فى السبب فقرة ١٧٠ ص ٣٧٧ وما بعدها) .

غير قاطعة . وعلى هذا الوجه يتميز القانون الفرنسى عن القانون المصرى بالنص على هذه القرينة . على أن عدم النص على هـذه القرينة لا ينفى وجودها وكل ما فى الأمر أنها تصبح قرينة واقعية بدلا من أن تكون قرينة قانونية .

ونحن جلاء للموضوع نفرق بين الأحوال التى يكون فيهـا السبب مذكورا فى السند الدال عليه والأحوال التى لا يذكر فيها السبب .

اثبات السبب الذكور

١ - فى حالة ذكره فى السند

فاذا ذكر السبب فى العقد فالمفروض أن ما ذكر مطابق للواقع واذا ادعى المدين بمـا يخالف ذلك فعليه عبء الاثبات . وهو يثبت أحد أمور ثلاثة : أن السبب المذكور فى العقد سبب وهمى أو صورى أو غير مشروع .

اثبات صورية السبب

أما ادعاء الصورية فيما بين الطرفين — وهو عبارة عن ادعاء بوجود اتفاق سرى contre-lettre بينهما يجعل السبب المذكور فى العقد الظاهر معدوما أو كاذبا أى ينقض هـذا العقد — فلا يجوز اثباته بالشهادة وبالقرائن تطبيقا للقاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز نقض وتكملة ما ثبت كتابة بشهادة الشهود [١] . وذلك بعكس اثبات أن السبب المذكور فى العقـد انما هو سبب وهمى الذى يجوز بكافة الطرق [٢] لأن الادعاء يتلخص فى هـذه الحالة فى القول بأن التعهد لم يقم على سبب ، فهو مجرد نفى للقرينة التى تقضى بأن المفروض فى كل تعهد أنه يقوم على سبب صحيح مشروع .

اثبات السبب وهمى

اثبات السبب صورى

واذا أثبت المدين صورية السبب وادعى الدائن وجود سـبب آخر صحيح غير السبب المذكور فى العقد فعليه عبء الاثبـات [٣] ولا يجوز الاثبـات

اثبات السبب غير المذكور

---

(١) محكمة الاسكندرية فى ١٩ ديسمبر سـنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٥٢ وس ا ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٤٧٧ وشبين الكوم فى ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٤٦ .

(٢) دى پاج ٢ فقرة ٤٩١ و٤٩٢ والسنهورى فقرة ٥٥٠ — راجع عكس ذلك پلانيول وريپير واسمان فقرة ٢٦٥ وكاپيتان السبب ، فقرة ١٦٤ ص ٣٦٧ .

(٣) نقض مصرى فى ٣ نوفمبر سـنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٣٨٧ وس م ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ المجموعة ١٥ ص ٢٧٩ و١٦ نوفمبر سـنة ١٩١٠ المجموعة ٢٣ ص ٩ و٢٣ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٧ ص ٢٣٧ .

بالشهادة والقرائن تطبيقا للقاعدة السالف ذكرها . على أن سند الدين المكتوب قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز تكملة الاثبات بالشهادة والقرائن[١] .

أما اذا كان المدين يدعى بأن السبب غير مشروع فالاثبات جائز بكافة الطرق وذلك تطبيقا للقاعدة العامة التى تطلق الاثبات من القيود متى كان المراد اثباته هو مخالفة العقد للقانون أو لقواعد النظام العام[٢] . بل ان الاثبات جائز بكافة الطرق ولو كان المراد اثباته هو الصورية متى كانت الصورية قد قصد بها مخالفة القانون[٣] .

أما اذا لم يكن السبب مذكورا فى العقد فقد رأينا أن عدم ذكره لا يمنع من افتراض وجوده صحيحا مشروعا[٤] . ولا يمنع هذا من اقامة الدليل على العكس . فيجوز للمدين أن يدعى بأن تعهده لاسبب له ويقع عليه عبء الاثبات لأنه يخالف الوضع المألوف اذ المفروض فى كل تعهد أن يكون له سبب[٥] .

---

(١) كابيتان ، المرجع السابق ص ٣٦٧ و٣٦٨ — دى باج فقرة ٤٩٢ .

(٢) نقض فرنسى ٤ مارس سنة ١٩١٤ دالوز ١٦ — ١ — ٢٧ ومصر الكلية فى ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٢٣ المجموعة ٢٥ رقم ١٧ واستئناف مصر فى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة ٣١ ص ٣٢٤ و٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ٦٩ وس م ٧ يونيو سنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٤٨٩ و ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة ٣١ ص ١٣٦ و ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة ٣٥ ص ٤٨٣ و ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة ٣٦ ص ١٠٤ .

راجع بالنسبة للسبب غير المشروع المبحث الرابع من هذا الفرع .

(٣) س ا فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة ٢٥ رقم ٣٤ والأحكام المختلطة المشار اليها فى الحاشية السابقة .

(٤) بعض الشراح يفرق بين حالة السند الذى يقر فيه المدين بمديونيته reconnaître devoir دون ذكر سببها وحالة السند الذى يتعهد فيه المدين بالالتزام promettre de payer دون ذكر سببه — والقرينة عندهم لا تتوفر الا فى الحالة الأولى دون الثانية ، بمعنى أن الدائن يلتزم باقامة الدليل على السبب متى كان المدين قد تعهد بدفع المبلغ دون ذكر سببه (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٥ حاشية ٢٠) ولكنه رأى مهجور ، راجع فى تفنيده بلانيول وريبير واسمان فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٦ .

(٥) س م ٢١ فبراير سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية المختلطة ٣ ص ١٢٦ و ٨ أبريل سنة ١٨٨٦ بوريللى مادة ٢٨٠ فقرة ٢٥ و ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة ٣٥ ص ٤٨٣ .

والاثبات جائز فى هذه الحالة بجميع الطرق[1] لأن الادعاء عبارة عن مجرد نفى للقرينة السابق الاشارة اليها .

كذلك يجوز أن يدعى المدين بعدم مشروعية السبب ويقع عليه عبء الاثبات ، ويجوز الاثبات بجميع الطرق .

المبحث الثالث — فى صياغة نظرية السبب بالتطبيق لقواعد الرضائية

١٠٧ — العيب الذى يلحق النظرية التقليدية . ضرورة الأخذ بالباعث الدافع تطبيقا لقواعد الرضائية . صياغة النظرية بالنسبة لصحة السبب وبالنسبة لمشروعيته .

١٠٧ — خلصنا مما سبق بأن نظرية السبب نظرية صحيحة لازمة و بينا كيف أن استلزام السبب ركنا فى العمل الارادى هو الذى يفسر تعطيل آثار هذا العمل فى صور لا نستطيع فيها تفسير هذا التعطيل بغير نظرية السبب . على أن هذه النظرية — على الصورة التى تقدمت بها فى المذهب التقليدى — لا تخلو من العيب . والحقيقة أن خصومها الذين صوبوا اليها سهام النقد قد أخطأهم السداد فسلمت النظرية من نقدهم دون أن يعنى هذا مناعتها عن النقد فى مواضع أخرى . واذا خرجت النظرية صحيحة لازمة فهى ما زالت ضيقة الأفق فلا يتسع مداها — على صورتها التقليدية — لشمول كافة الأحوال التى يجب فيها أن تتعطل آثار الارادة . وهى على هذا الوجه قاصرة . وأظهر ما يكون قصورها فى حالة الأعمال الارادية التى تنطوى على ما يخالف النظام العام والآداب . ولقد عمل القضاء فى أحكامه على بسط أفق النظرية . واستقرت أحكامه فى هذا الشأن على صورة مرضية . ولم يجد فريق كبير من الشراح بدا من مسايرته فى هذا الاتجاه . وبهذا خرجت النظرية فى ثوبها الجديد وقد اتسع مداها وامتد سلطانها . ويعنينا فى هذا الصدد أن نضع الضوابط الفنية لصياغة هذه النظرية على الصورة التى تستخلص من أحكام المحاكم مهتدين فى ذلك بقواعد الرضائية التى تهيمن على

---

(١) س ا فى ١٨ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة ١٥ ص ١٦١ .

نظرية العقد . وسنرى كيف تؤدى هذه الصياغة الى اندماج طائفة من الأوضاع القانونية (كالغلط والتدليس) فى نظرية السبب .

ان النظرية التقليدية تعرف السبب بأنه الغرض المباشر المجرد الذى يتحد فى كافة العقود التى تكون من نوع واحد . وهى من أجل ذلك تميز بين السبب والباعث . أما السبب فهو ان تغير بتغير نوع العقد يتحد فى العقود التى تكون من نوع واحد ، فسبب التزام البائع فى عقد البيع غير سبب التزام الواهب فى عقد الهبة ، ولكن الأول يتحد فى كل عقد بيع والثانى يتحد فى كل عقد هبة . وأما الباعث فهو يتغير و يتفاوت بتغير العقود والأشخاص . والنظرية تعتد بهذا الغرض المباشر المجرد دون الغرض غير المباشر أى الباعث وهنا وجه قصورها . ذلك أن الاقتصار على الغرض المباشر المجرد يخالف فى الواقع قواعد الرضائية التى تدعونا الى الاعتداد بالارادة الفعلية . ونحن لن نتبين هذه الارادة الفعلية الا اذا أخذنا بالسبب الدافع للتعاقد فى كل عقد بعينه . ولا مناص من الأخذ بالبواعث لتحديد هذا السبب الدافع الذى يختلف بطبيعة الحال باختلاف الأشخاص . ونحن لا نقصد بذلك الأخذ بكافة البواعث التى تحركت فى نفس المتعاقد بل نقصد الباعث الدافع cause impulsive et déterminante [1] الذى لولاه لم

(١) يلاحظ بعض الكتاب أن السبب على هذا الوجه لا يتعدد وذلك تطبيقا لقوانين علم النفس فاذا ادعى أحد الناس عند قيامه بعمل ارادى أن هناك عدة أسباب تدفعه الى هذا العمل فانما هو يغالط نفسه أو يغالط الناس والحقيقة أنه يوجد دائما سبب واحد يدفعه لهذا العمل (ليڤى أولمان ، المرجع السابق ص ٣٣٠ — ٣٣١) .

قارن چوسران (الباعث فى الأعمال القانونية فقرة ١٦) وهو فى سبيل استخلاص الباعث الذى يحدد الغرض من التعاقد يرى التمييز بين ثلاثة طوائف من البواعث mobiles : فهناك الباعث الذى يعتبر السبب المباشر للتعهد وهو جزء لا يتجزأ من العمل القانونى معاصر له لا يسبقه ولا يلحقه وهو ما يسمى عادة بالسبب cause وما يجب أن يسمى بالباعث الداخلى mobile intrinsèque أو القصدى mobile intentionnel فهو ليس باعثا بالمعنى الحقيقى وانما هو جزء من النية — ثم هناك الباعث الذى يتعلق بالماضى فيسبق التعاقد ويحرك الشخص للتعاقد ويسمى الباعث الدافع motif déterminant — وأخيرا هناك الباعث الذى يكشف عن الغرض من العمل القانونى ويسمى الباعث الغرضى mobile-but . فاذا وهب أب لابنه مالا فهو يفعل هذا بنية =

يكن ليقدم على التعهد بما تعهد به والذى يحدد غرضه من التعهد .

ان النظرية التقليدية لا تتعرض لأى نقد من حيث اشتراطها وجود السبب ، لأن الأعمال الارادية تتجه دائما الى غرض ، ولا شك فى تعطيل آثارها متى تخلف هذا الغرض ، وقد رأينا فيما سبق كيف يفسر هذا التعطيل بنظرية السبب دون غيرها .

ولكن اشتراط وجود السبب ليس كل ما فى الأمر . بل يجب الى ذلك أن يكون السبب صحيحا مشروعا (م ١١٣١/١٤٨/٩٤) . ومفهوم اضافة هذين الشرطين هو بسط نطاق النظرية وتعطيل آثار العمل الارادى فى أحوال جديدة يكون السبب فيها موجودا ولكنه غير صحيح أو غير مشروع وهنا بالذات يظهر العيب فى الصياغة التقليدية لنظرية السبب ، فهى تؤدى بنا الى الدوران حول شرط وجود السبب دون أن يتسع مدى النظرية رغم اضافة هذين الشرطين الجديدين .

ان شرط الصحة يعتبر غير متوفر فى صياغة هذه النظرية متى كان السبب وهميا أو صوريا — وهما صور من صور السبب المتخلف كما رأينا . وكذلك الحال فى شرط مشروعية السبب ، فالعقد الذى ينعقد بين شخصين و يتعهد فيه أحدهما بارتكاب عمل غير مشروع (ارتكاب جريمة مثلا) فى مقابل مبلغ من المال عقد باطل لا ينشأ عنه أى التزام . أما الالتزام بارتكاب الفعل غير المشروع فهو عاطل لعدم استيفاء شروط المحل . وأما الالتزام بدفع مبلغ من المال فهو عاطل لعدم وجود السبب — لأن السبب هو الحصول على الالتزام المقابل وهو لن ينشأ لعدم جواز محله — اذن فما جدوى اشتراطنا مشروعية السبب ، ومتى ينجح هذا الشرط فى ابطال الالتزامات حيث لا ينجح شرط وجود السبب ؟

= التبرع ونية التبرع ان هى الا الباعث القصدى وهى حقيقة تتحد فى كافة عقود التبرع . أما الباعث الدافع فهو علاقة القرابة التى دفعت الأب للهبة لولده وهو مختلف باختلاف عقود الهبة وأما الباعث الغرضى فهو مختلف كذلك فقد يكون الغرض من الهبة هو حمل الابن على القيام برحلة أو تمكينه من الزواج أو غير ذلك من الأغراض . هذا الباعث الأخير هو السبب بالمعنى الصحيح الذى نشترط فيه الصحة والمشروعية .

وها مثال آخر يتبين منه بجلاء وجه النقص فى الصياغة التقليدية للسبب . شخص يتعهد لآخر بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من المال [١] . هنا لن يؤدى تطبيق النظرية التقليدية الى ابطال العقد . أما الالتزام بعدم ارتكاب جريمة فلا يصح عقلا القول بأن محله غير جائز ، فهو ليس تعهدا بعمل غير مشروع ، وأما سببه فهو الحصول على التزام الطرف الآخر ومتى تعهد الطرف الآخر بدفع المبلغ فقد تحقق السبب . وأما التزام المتعهد بدفع مبلغ من المال فمحله صحيح وسببه متوفر كذلك متى تعهد الطرف الآخر بعدم ارتكاب الجريمة .

تلك هى النتائج التى ننتهى اليهـا ما دمنا نتقيد بصياغة النظرية التقليدية التى تعتبر السبب موضوعيا وتجرده من البواعث . ولن ننجح فى اعتبار سـبب التعهد غير مشروع فى المثال السابق — وغيره من الأمثلة — الا متى رجعنا الى الباعث الذى يدفع المتعهد للتعهد فى هـذا العقد بالذات . ونحن بهذا نخرج عن صياغة النظرية التقليدية .

يجب اذن أن نعدل فى صياغة النظرية التقليدية ، فنقول ان كل تعهد لابد له من سـبب أى لابد أن يتحقق غرضه المباشر . ولـكن لا يكفى ذلك لاستيفاء شروط السبب ، أى لا يكفى أن يكون السبب موجودا بل يجب أن يكون هـذا الغرض المباشر مطابقا للباعث الدافع للتعاقد . و بتعبير آخر يجب أن يكون فى تحقيق هذا الغرض المباشر اجابة للباعث الدافع للتعاقد أى تحقيق للغرض الذاتى الذى اندفع اليه المتعهد وهو كما رأينا يختلف باختلاف المتعاقدين . فاذا لم يقع هذا التطابق فالسبب غير مستوف للشرائط لا لأنه غير موجود ، فهو موجود بتحقيق الغرض المباشر (وهو التزام الطرف الآخر التزاما صحيحا أو نية التبرع فى عقود الهبة) بل لأنه غير صحيح . وهـذا ما يقع فى حالة الغلط والتدليس كما سنرى فيما بعد حيث يختل التلازم بين الغرض المباشر والباعث الدافع .

---

(١) راجع مثالا لهـذه الحالة فى حكم س ا فى ٢٤ فبراير سـنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٠ .

لا يكفى كذلك أن يقع هـذا التلازم بل يجب ألا يخل هذا الدافع بقواعد النظام العام والآداب . فاذا أخل بها فالسبب لم يستوف شرط المشروعية .

والنتيجة أن السبب يفقد كيانه اذا كان غير صحيح أو غير مشروع وكل الفرق بين الحالتين أنه يفقد كيانه بحكم الواقع فى حالة عدم الصحة وبحكم القانون فى حالة عدم المشروعية .

تلك هى الصياغة الصحيحة لنظرية السبب . وهى تستمد ضوابطها من قواعد الرضائية وتتفق فى أحكامها مع أحكام القضاء ، وان كان القضاء لا يعنى بصياغتها على هذه الصورة ، كما تتفق مع نصوص القانون من حيث اشتراط وجود السبب واشتراط مشروعيته وصحته . أما شرط وجود السبب فقد فرغنا منه عند الكلام فى النظرية التقليدية . ويبقى أن نتكلم فى السبب غير المشروع والسبب غير الصحيح (الغلط والتدليس) .

المبحث الرابع — فى السبب غير المشروع

١٠٨ — تطبيقات القضاء فى السبب غير المشروع ١٠٩ — مذهب القضاء فى اشتراط علم الطرفين بالدافع غير المشروع . مذهب بعض الفقهاء فى الاعتداد باعلان الارادة دون غيرها . مقارنة المذهبين من حيث تطبيق قواعد الرضائية ١١٠ — بيان قواعد الرضائية فى الموضوع .

١٠٨ — نقتصر فى هـذا المبحث على الكلام فى تطبيقات القضاء فى السبب غير المشروع . أما تطبيقاته بالنسبة لصحة السبب التى تقع عادة فى حالة الغلط والتدليس فموضعها المبحثان التاليان .

فبالنسبة للعقود الملزمة للطرفين يبطل القضاء العقد متى كان الدافع الذى دفع المتعاقدين للتعاقد مخالفا للنظام العام أو للآداب . كتأجير منزل لاعداده محلا للبغاء [١] أو للمقامرة [٢] أو بيع مفروشات لتجهيز منزل يعد للبغاء [٣] .

(١) باريس فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دى پاليه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ — راجع عكس ذلك س م فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية المختلطة ٣ ص ١٨ .

(٢) پو فى ٢٨ يونيه ١٩٠٦ سيرى ١٩٠٧ — ٢ — ٦١ — نيس فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ جازيت دى تريبينو ١٩١٠ — ١ — ١١٩ .

(٣) السين فى أول مايو سنة ١٨٨٨ جازيت دى پاليه ٨٨ — ١ — ٧٩٧ وليبج فى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ الپازيكريزى ٩٧ — ٣ — ٧٥ .

أو عقد استخدام للعمل فى هذه المنازل [١] أو عقد قرض لادارتها [٢] كما يبطل القضاء عقد القرض متى كان الغرض منه تمكين المقترض من المقامرة [٣] .

ظاهر أن النظرية التقليدية فى السبب لا تؤدى الى بطلان هذه التعهدات ما دام سبب التزام كل طرف — فى هذه النظرية — هو التزام الطرف الآخر . وهو سبب متوفر فى كافة هـذه التعهدات وليس يظهر فيه ما يخالف النظام العـام أو الآداب . والقضاء لم يصل الى تعطيل أثر هذه التعهدات إلا بخوضه فى البواعث والبحث عن الباعث الذى دفع للتعاقد وتبينه أنه غير مشروع .

كذلك فى التبرعات يقضى القضاء بالبطلان متى كان السبب الدافع للتبرع غير مشروع ، كتبرع الرجل للمرأة تشجيعا لنشوء علاقة غير شرعية بينهما [٤] أو استبقاء لهذه العلاقة [٥] . كذلك يبطل القضاء الفرنسى التبرع المقترن بشرط

(١) نقض فرنسى فى ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ — ١ — ٨٤٨ .

(٢) باريس فى ١٤ يناير سنة ١٨٨١ سيرى ٨٠١ — ٢ — ٥١ ونقض فرنسى فى أول ابريل سنة ١٨٩٥ سيرى ٩٦ — ١ — ٢٩٨ .

(٣) نقض فرنسى فى ٤ يوليه سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ٥٠٠ و س م ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ المجموعة ٩ ص ١٩٤ و ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة ٤١ ص ٣٩٤ وقارن س م فى ٢٤ يونيو سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٢٤٩ .

(٤) نقض فرنسى فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٢٩٤ وفى ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ — ١ — ١١٣ وتعليق سافاتييه وس م فى ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة ١٩ ص ٢٦٠ و ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة ٣١ ص ١٣٦ و ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة ٤١ ص ٢٠٩ واستئناف مصر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٢ ص ٦٩ .

(٥) مصر المختلطة فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ جازيت ٢٤ ص ٤١٩ رقم ٤٨٣ وقد تأيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٦ المجموعة ٤٩ ص ٢٠٨ — اما اذا كان التبرع قد قصد به تعويض الخليلة عن تركها بعـد انتهاء المعاشرة غير الشرعية فهو صحيح باعتباره وفاءا لالتزام طبيعى (راجع نقض فرنسى فى ١١ مارس سـنة ١٩١٨ سيرى ١٩١٨ — ١ — ١٧٠ وس ا فى ١٣ يونيو سـنة ١٩٠٩ المجموعة ١١ ص ٦ والاسكندرية المختلطة فى ٨ يونيو سنة ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٧٦ . وقارن حكم محكمة مصر المختلطة المشار اليه وهو يقضى ببطلان التعهد فى جميع الأحوال وان كانت المحـكمة قد تبينت فى القضية المنظورة أن التعهد كان فى الواقع استبقاء للعلاقة .

غير مشروع متى كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتبرع . وهـذا رغم نص المادة ٩٠٠ من القانون المدنى الفرنسى على أن التبرعات المقترنة بشروط مستحيلة أو مخالفة للآداب أو النظام العام تكون صحيحة مع بطلان الشروط المقترنة بها . ومن تطبيقات ذلك فى القضاء الفرنسى التبرعات لانشاء معاهد للتعليم بشرط جعلها تحت سيطرة رجال الدين وهو شرط يعتبره القضاء الفرنسى مخالفا للنظام العام [١] . ظاهر كذلك فى كافة هـذه التصرفات أن النظرية التقليدية لا تؤدى الى البطلان ما دام السبب هو نية التبرع وهى قائمة فى جميع الأحوال .

١٠٩ — على أن القضاء فى تطبيقاته التى يأخذ فيها بالسبب الدافع فيبطل العقد متى كان هذا السبب غير مشروع يشترط أحيانا أن يكون السبب الدافع غير المشروع معلوما للطرفين . فتأجير منزل لاعداده بيتا للقمار باطل بحيث لا ينشأ عنه أى التزام لا على المؤجر ولا على المستأجر متى كان غرض المستأجر غير المشروع معلوما للمؤجر [٢] . وان كان لا يشترط لاثبات هذا العلم طرقا خاصة بل تجوز عنده كافة طرق الاثبات حتى القرائن ، فيذهب الى استخلاص هذا العلم من مجرد الاتفاق على أجر مرتفع لا يتناسب مع قيمة المكان [٣] .

وجمهور الشراح السببيين يناصرون القضاء فى هذا المذهب . على أن منهم من لا يكتفى بأن يكون الدافع غير المشروع معلوما للطرفين بل يتطلب أن يكون هـذا الدافع جزءا من اعلان الارادة بحيث لا يحتاج القاضى للخوض فى البواعث الخفية التى تجول فى ذهن الطرفين ليستخرج منها السبب غير المشروع الذى دفع للتعاقد [٤] . وهم فى هذا الصدد يتحرجون من بسط سلطة القاضى على

---

(١) نقض فرنسى فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٨ سيرى ٧٩ — ١ — ٤١٣ .

(٢) القضاء عادة يميز بين عقود الهبة وعقود المعاوضة وهو لا يشترط اشتراك الطرفين فى الغرض غير المشروع فى عقود الهبة — راجع فى هذا چوسران ، المرجع السابق ص٢١٣ .

(٣) محكمة نيس فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ جازيت دى تريبينو ١٩١٠ — ١ — ١١٩ .

(٤) كاپيتان فى السبب فقرة ٢ — سالي ، اعلان الارادة ص ٢٥٢ .

خفـايا النفس ومن المساس بالاستقرار الذى ينتهى اليه مذهب القضـاء حين يجيز الطعن فى العقد لعدم مشروعية سببه دون أن يحمل العقد دلائل هذه المشروعية — و بمقارنة هذا المذهب بمذهب القضاء يتبين لنا أن المذهب الأول يتلون بلون المذاهب المـادية التى لا تعتـد بالارادة الفعلية بل بالارادة الظاهرة أى باعلان الارادة déclaration de volonté بينما يعتد القضاء بالارادة الفعلية بقطع النظر عن اعلانها أى يطبق قواعد الرضائية ، فهو يحلل ارادة المتعاقد و يفحص الغرض الذى رمت اليه باسطا هذا البحث خارج حدود الارادة المعلنة فاذا تبين أن هذا الغرض يتحرك بدوافع غير مشروعة بطلت الارادة عنده ولحق ذلك بطلان العقد (١) .

١١٠ — على أن القضـاء وان لم يتحرج من بسط سلطانه على النوايا والدافع باعتباره مهيمنا على توجيه الأعمـال القانونية فى وجهاتها المشروعة ، لم يذهب وراء التطبيق المنطق لمبدأ الرضـائية تطبيقا مطلقا . بل أنه استرجع كما رأينا فأوقف تطبيق هـذا المبدأ فى بعض أحكامه باشتراطه اشتراك الطرفين فى التحرك بدوافع غير مشروعة .

ان تطبيق مبدأ الرضائية وتحليل الارادة الفعلية ، باعتبارها ظاهرة نفسية يؤدى الى تعطيل كل أثر للارادة متى تبين نقص عنصر من عناصرها . ومن عناصر الارادة أن يكون لها غرض مشروع . ومتى كان الغرض غير مشروع فالارادة لا أثر لها فى عالم القانون . ومادام القانون يستلزم اقتران ارادتين أى تـكوين العقد لنشوء الالتزام فان منطق هـذا التحليل يؤدى الى بطلان العقد متى كان الغرض الذى رمت اليه ارادة أحد الطرفين غير مشروع ، سواء فى هذا كان الطرف الآخر يعلم بهذا الغرض غير المشروع أولا يعلم (٢) . أما القضاء

---

(١) راجع على الأخص حكم النقض الفرنسى فى ٢ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ — ١ — ١٣٧ وتعليق كولان — سيرى ١٩١١ — ١ — ٥٨٥ وتعليق ثال .

(٢) راجع ريبير ، القاعدة الأخلاقية فقرة ١٠٨ ص ١٩٦ و١٩٧ .

فهو كما رأينا يشترط علم الطرفين بالسبب غير المشروع [١] . وهو بهذا يخرج عن تطبيق قواعد الرضائية .

وقد يقال فى تبرير مذهب القضاء أن الخروج عن قواعد الرضائية قد اقتضاه مراعاة الاستقرار فى المعاملات وعدم الاضرار بالطرف الذى لم يندفع لغرض غير مشروع بابطال العقد عليه وهو لم يكن شريكا فى الاثم ولم يعلم بأغراض المتعاقد الآخر غير المشروعة. على أن الواقع أن ابطال العقد بالتطبيق لقواعد الرضائية لا يعنى حتما أن الطرف البرىء فى هذا العقد يتحمل نتائج البطلان اذ ما زال له حق الرجوع على المتعاقد الآثم بالتعويض تطبيقا لقواعد المسؤولية — كما أنه لا وجه لالزام هذا الطرف البرىء بتنفيذ عقد تبين له أن الطرف الآخر يرمى فيه الى أغراض غير مشروعة بحجة أن العقد لا يبطل الا اذا كان الغرض غير المشروع مشتركا بين الطرفين [٢] .

المبحث الخامس — فى الغلط [٣]

١١١ — تعريف الغلط .

١١١ — تقضى المادة ١٣٤/١٩٤ بأن الغلط موجب لبطلان الرضا متى

(١) ولعل اشتراط علم الطرفين بهذا السبب أى اشتراط انتقال السبب من منطقة الارادة الى منطقة العقد هو الذى جعل بعض الشراح يميز بين سبب الالتزام cause de l'obligation وسبب العقد cause du contrat فسبب الالتزام هو الذى لا يتغير بتغير نوع العقد وهو الذى تعرفه النظرية التقليدية فى السبب أما سبب العقد فهو الباعث الذى يختلف باختلاف الأشخاص وهو لا يتعلق بالتزام كل طرف بل بالعقد ذاته وهو عبارة عن الباعث الدافع الذى تلاقى عنده الطرفان فدخل فى منطقة العقد (راجع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٥٢ — ڤيفوريانو فقرة ١٢٤ — يوناسكو ، مقال عن الاتجاهات الحديثة في السبب ص ١٢ وما بعدها — قارن چوسران ، البواعث فى الأعمال القانونية ص ١٣٧ وما بعدها) .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك فيما بعد الفصل الثالث من هذا الباب الخاص بجزاء القاعدة فى انعقاد العقد .

(٣) **مراجع** — فوبينى ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٠٢ ص ٣٠١ وما بعدها — سالي ، اعلان الارادة ص ١١ وما بعدها — كابيتان فى السبب ص ٢٢٠ وما بعدها — ديموج ١ فقرة ٢١٨ وما بعدها — چوسران ، الباعث فى الأعمال القانونية فقرة ٣٠ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان فقرة ١٧٤ وما بعدها — دى باج ١ فقرة ٣٧ وما بعدها — السنهورى فقرة ٣٤٢ وما بعدها — فهمى نور ، رسالة ليون سنة ١٩٢٦ — ڤيفوريانو فقرة ٧٧ وما بعدها .

الغرض المباشر

كان واقعا فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد sur le rapport principal sous lequel la chose a été envisagé ويقابلها فى القانون الفرنسى المادة ١١١٠ التى تقضى بأن الغلط لا يكون سببا لبطلان الاتفاق الا متى وقع على جوهر الشىء محل الاتفاق sur la substance même de la chose . ويعتبر الغلط عادة عيبا من عيوب الرضا vice de consentement — أو بتعبير أدق عيبا من عيوب الارادة vice de volonté — يؤدى الى جعل العقد ناقصا شرطا من شروط صحته وهى سلامته من العيوب . وتخلف شروط الصحة يؤدى الى فساد العقد أى الى بطلانه بطلانا نسبيا ، بعكس تخلف شروط الانعقاد وهى التراضى والمحل والسبب الذى يؤدى الى بطلان العقد بطلانا مطلقا .

تعريف الغلط

أما التفرقة بين أحوال البطلان المطلق والبطلان النسبى فليس هنا محل مناقشتها ما دمنا قد خصصنا الفصل الثالث من هذا الباب للكلام فى الجزاء الذى يترتب على عدم استيفاء القاعدة فى انعقاد العقد . انما يهمنا الآن أن نستكمل وضع هذه القاعدة ببيان موضع نظرية الغلط منها .

موضع نظرية الغلط من نظرية العقد

انما الغلط صورة من صور السبب غير الصحيح ، أو هو تطبيق من تطبيقاته على الأقل بعد ما انتهى اليه فى النظرية الحديثة التى يتبعها القضاء . لقد جرى الرأى على تعريف الغلط بأنه توهم غير الواقع أو بأنه الاعتقاد فى صحة واقعة غير صحيحة أو فى عدم صحة واقعة صحيحة . والتعريف على هذا الوجه اذا صح تعريفا للغلط بمعناه اللغوى لا يغنى فى تعريف الغلط باعتباره مؤثرا فى ارادة المتعاقد . وأصح من ذلك تعريفه بأنه قصور الغرض المباشر من التعهد عن اجابة الحافز أى الباعث الدافع للتعاقد . لقد رأينا أن الارادة لا تكون صحيحة فلا تنشىء الالتزام الا اذا اتجهت الى غرض قائم صحيح مشروع . فاذا تخلف الغرض المباشر الذى اتجهت اليه الارادة فهى باطلة لعدم وجود السبب واذا كان هذا الغرض قاصرا عن اجابة الحافز للتعاقد فهذا هو الغلط بعينه . واذا أجابه ولكن خالف الحافز النظام العام أو الآداب فهذا هو السبب غير المشروع . وفى جميع الأحوال يتعطل كل أثر للارادة فلا ينشأ الالتزام .

ويحسن أن نتناول أولا النظرية التقليدية فى الغلط التى سادت أمداً طويلا فى الفقه الفرنسى ثم نتبعها بنظرية الغلط فى صورتها الصحيحة التى تتجلى لنا من أحكام المحاكم . ونحن مستطيعون بعد ذلك أن نبين أثر أحكام الرضائية فى الغلط وأن نحصر منطقة نظرية الغلط .

المطلب الأول — فى النظرية التقليدية للغلط

١١٢ — تقسيم الغلط الى مبطل ومفسد وغير مؤثر .

١١٢ — ينقسم الغلط فى هـذه النظرية الى ثلاثة أنواع : غلط مبطل للعقد بطلانا مطلقا و يسمى أحيانا الغلط المانع erreur-obsta le وغلط مفسد للعقد أى مبطل له بطلانا نسبيا وغلط غير مؤثر فى العقد .

أما الغلط المبطل أو المانع فيكون فى ثلاثة أحوال : (١) غلط فى ماهية أى نوع العقد error in negotio كمن يسلم الآخر عينا بنية العارية فيستلمها الآخر بنية الهبة فلا ينعقد العقد لا باعتباره عارية ولا باعتباره هبة (٢) غلط فى وجود المحل أو فى ذاتيته error in corpore كمن يشترى عينا يتبين أنها قد هلكت قبل التعاقد أو كمن يشترى صورة من صنع فنان معين فيبيعه البـائع صورة من صنع فنـان آخر (٣) غلط فى السبب كالوارث يحرر للموصى اليه سـندا بقيمة الوصية ثم يتضح أنها وصية باطلة أو ملغاة .

أما الغلط المفسد فيكون كذلك فى ثلاثة أحوال : (١) غلط فى مادة الشىء محل التعهد كمن يشترى آنية من الفضة فاذا بها من المعدن (٢) غلط فى شخص المتعاقد الذى يعتد بشخصيته فى التعاقد كمن يتعاقد مع مهنـدس مشهور لبناء منزله فاذا بالمتعاقد معه مهندس آخر يحمل نفس الاسم . وفى هذا تقول المـادة ١١١٠ فرنسى فقرة ثانية ان الغلط لا يكون سببا للبطلان اذا وقع على شخص المتعاقد الا متى كانت شخصية هـذا المتعاقد هى السبب الأصلى للاتفاق (٣) غلط فى جدوى السبب efficacité de la cause كمن يتعهد لآخر بعمل معين ظنا منه أنه ملزم بهذا العمل قانونا فاذا به لا يلتزم به الا التزاما طبيعيا

obligation naturelle ، والالتزام الطبيعى مما لا يمكن الاجبار على أدائه .

أما الغلط غير المؤثر فهو فى ثلاثة أحوال : (١) غلط فى صفة غير جوهرية أى عرضية فى الشىء محل التعهد كمن يشترى سيارة يعتقد أنها تبلغ سرعة معينة فاذا بها لا تبلغ هذه السرعة ، أو من يشترى كتابا فاذا بنوع ورقه أقل مما كان يعتقد (٢) غلط فى قيمة الشىء كمن يشترى سيارة معتقدا أنها تساوى ما دفع فيها من ثمن فاذا به قد غبن فى العقد (٣) غلط فى شخص متعاقد لا يعتد بشخصيته فى العقد كالتاجر يبيع لعملائه فلا يؤثر غلطه فى شخصيتهم فى العقود التى يعقدها معهم .

تلك هى النظرية التقليدية تلقاها الشراح عن پوتييه وغيره من شراح القانون الفرنسى القديم وتمتد أصولها فى مجموعها الى القانون الرومانى .

المطلب الثانى — فى الخروج عن النظرية التقليدية

١١٣ — تخفيف المقياس الموضوعى بشرط الضمان ١١٤ — نقد المقياس الموضوعى ١١٥ — الأخذ بالمقياس الذاتى . موقف النصوص من هذين المقياسين ١١٦ — تطبيقات المحاكم فى أنواع الغلط كافة ١١٧ — صياغة القاعدة . التمييز بين الحافز الرئيسى ومجرد الباعث .

١١٣ — قامت النظرية التقليدية فى الغلط الى جانب النظرية التقليدية فى السبب وجمعهما وثاق واحد هو استنادهما الى مقياس موضوعى . وأدى نوع هذا المقياس الى نتائج واحدة فى النظريتين هو ضيق الأفق والقصور عن تعطيل آثار العقد فى صور تدعو فيها قواعد الارادة الى هذا التعطيل . وقد رأينا مظهر هذا الضيق فى نظرية السبب . والآن نعرض له فى النظرية التقليدية للغلط . ان هذه النظرية تدين بكيانها — الى حد كبير — لنصوص القانون الفرنسى فى الغلط التى تشف عن مقياس موضوعى هو قوام هذه النظرية التقليدية . فالمادة ١١١٠ من القانون المدنى الفرنسى تقضى بأن الغلط لا يكون سببا لبطلان الاتفاق الا متى وقع فى جوهر الشىء موضوع التعاقد . وعلى نبراس هذا النص جرى جمهور الشراح زمنا طويلا على تعريف المقصود بجوهر الشىء بأنه مجموع الخصائص التى

تدخله فى جنس معين وتميزه عن غيره من الأجناس ، كأن يشترى شخص آنية على أنها من الفضة فاذا بهـا من المعدن . فالعبرة ليست بمـا حفز المتعاقد من صفات ظن قيامها فى الشىء بل العبرة بجوهره الذى يميزه عن غيره فيدخله فى جنس دون آخر طبقا للمتعارف عليه بين الناس ، فالآنية الفضية غير الذهبية وغير المعدنية ، والجواد العربى غير الجواد الاسترالى وهكذا .

وقد حاول بعض الشراح التخفيف من شدة هذا المذهب بالنظر الى جوهر الشىء نظرة ذاتية subjective الى جانب نظرتهم الموضوعية اليه[1] . فالعبرة عندهم بجوهر الشىء على الوجه السابق تعريفه والنظرة موضوعية لا يرجع فيها الى ذات المتعاقدين بل الى ما اصطلح عليه الناس ، ولكن يجوز للطرفين أن يجعلا صفة qualité من صفات الشىء قد قصدا توفرها فيه شرطا من شروط العقد (وأطلقوا على هذا الشرط اسم شرط الضمان clause de garantie) ، فاذا لم تتوفر هذه الصفة صح القول بأن هناك غلطا وان لم تكن تلك الصفة من جوهر الشىء أى من خصائصه التى تدخله فى جنس معين على المعنى الموضوعى لهذه الكلمة .

١١٤ — على أن المذهب الموضوعى ما لبث أن تعرض لنقد شديد . ذلك أنه ليس من الهين أن نحدد المقصود بالجنس . ان الشىء قد يعد من جنس معين ولكن تجتمع له خصائص تميزه عن غيره من نفس الجنس ، مما يلزمنا بأن نلاحق الجنس بالتقسيم . وقد يحتمل كل قسم من هـذه الأقسام تقسيما جديدا وهكذا دواليك . فكون الجواد عربيا من الخصائص التى تميز الجواد عن غيره من الجياد وتدخله فى جنس دون آخر والغلط فى هذه الصفة غلط فى جوهر الشىء ولكن الجياد العربية تقبل التقسيم الى أقسام يجتمع لكل منها خصائص تميزه عن غيره . وبهذا لا يقف جوهر الشىء عند حد معلوم بل يضطرد التقسيم فى الاتساع بحيث لا تكاد تعرض لنا صورة من صور التعاقد لا تكفى فيها صفة من الصفات لادخال الشىء فى جنس معين دون غيره من بقية الأجناس[2] .

---

(١) أوبرى ورو ٤١٩ فقرة ٣٤٣ مكررة ص ٤٩٠ — ٤٩٢ .

(٢) قارن فوبينى فى مقاله المشار اليه فقرة ١٠ وفقرة ١٤ .

١١٥ — ولذلك لم يلبث الفقه أن طرح هذا المقياس الموضوعى وانقلب الى مقياس ذاتى يقضى بأن الارادة يشوبها الغلط متى وقع هذا الغلط على صفة جوهرية لدى المتعاقد qualité substantielle . ولم يكن ليظهر الفرق بين هذا المقياس وسابقه لولا أن نعت الصفة بأنها جوهرية أو غير جوهرية لا يرجع فيه الى مادة الشىء أو نوعه أو جنسه وانما يرجع فيه الى قصد المتعاقد . فالصفة التى تعد غير جوهرية لدى فرد من الناس أو لدى مجموع الناس قد تكون كذلك عند المتعاقد [١] .

والحق أن هذا المذهب كالمذهب الأول يقوم على سند من نصوص القانون الفرنسى . ذلك أن المادة ١١١٠ بعد أن تناولت الغلط فى الشىء انتقلت فى الفقرة الثانية الى الغلط فى الشخص فنصت على أن الغلط لا يكون سببا للبطلان اذا لم يقع الا على شخص المتعاقد ما لم يكن اعتبار هذا الشخص هو السبب الرئيسى للتعاقد . وليس من شك فى أن مقياس الغلط فى هذه الفقرة مقياس ذاتى [٢] .

واذ لم يكن للتفرقة بين صورة الغلط فى الشخص وصورة الغلط فى الشىء وجه مقبول فان المذهب الحديث يجعل المادة ١١١٠ بفقرتيها كلا لا يتجزأ بحيث تنضح الفقرة الثانية منها على الفقرة الأولى فتصبغها بصبغة ذاتية وبهذا لا يكون اسراف فى تفسير المقصود من الغلط فى جوهر الشىء على نور الفقرة الثانية من هذه المادة فيقال انه عبارة عن الغلط فى الصفة الجوهرية التى كانت السبب الرئيسى فى التعاقد . وهذا بالذات ما فعله الشارع المصرى فى المادة ١٣٤/١٩٤ التى تقضى بأن الغلط موجب لبطلان الرضا « متى كان واقعا فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد » أو كما يقضى النص الفرنسى لهذه المادة « متى كان واقعا فى الناحية الرئيسية من الشىء التى كانت محل اعتبار عند التعاقد » .

وهذا الرأى الذى انتهى اليه الفقه هو الذى ساد فى أحكام المحاكم الفرنسية .

---

(١) راجع فوبينى فى مقاله المشار اليه فقرة ٢٢ وما بعدها .

(٢) قارن كابيتان فى السبب فقرة ١٠٣ .

وعنهما تلقاه الشارع المصرى[١] فى المادة ١٣٤/١٩٤ وطبقته المحاكم المصرية .

١١٦ — وها أمثلة مستقاة من أحكام المحاكم :

شخص يشترى صورة يعتقد أنها من صنع فنان كبير فاذا بها مقلدة[٢] . أو تحفة فنية يعتقد أنها أثرية فاذا بها حديثة الصنع[٣] . أو أرضا باعتبارها محدودة بشارع فاذا بها لا منفذ لها[٤] . أو باعتبارها ذات مساحة معينة فاذا بالمساحة عجز يجعلها غير صالحة للغرض الذى اشتريت من أجله[٥] . أو سيارة باعتبارها جديدة فاذا بها مستعملة[٦] . سنديك يتصالح عن المفلس مع أخذ مدينى هذا الأخير وهو يجهل أن الدين مؤمن برهن[٧] . دائن يحول دينه لآخر على أنه مؤمن برهن فاذا بالرهن قد سقط قبل الحوالة[٨] .

ولا يعتبر غلطا فى صفة جوهرية : اعتقاد المشترى أن الشارع الذى يحد الأرض شارع عام فاذا به شارع خاص[٩] . شخص يبيع بضاعة خالصة الشحن

---

(١) راجع مقال بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٩٧ عن تأثير القضاء الفرنسى فى التشريع المصرى .

(٢) باريس فى ٩ يناير سنة ١٨٤٩ دالوز ٤٩ — ٢ — ٦٧ ونقض فرنسى فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٤ — ١ — ٦١١ .

(٣) باريس فى أول ديسمبر سنة ١٨٧٧ سيرى ٧٧ — ٢ — ٣٢٥ وبوردو فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ — ٢ — ٢٨٧ وس م فى ١٩ مارس سنة ١٩١٣ المجموعة ٢٥ ص ٢٣٩ وقنا فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة ٩ رقم ٦٦ وس م فى ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ المجموعة ٤٤ ص ٣٨٩ .

(٤) س م فى ١٩ يناير سنة ١٩١١ المجموعة ٢٣ ص ١١٩ و١٧ مايو سنة ١٩١١ المجموعة ٢٣ ص ٣٢٥ وراجع مع ذلك س م فى ٧ يناير سنة ١٨٩٧ المجموعة ٩ ص ١٠٤ .

(٥) نقض فرنسى فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣٢ — ١ — ١٢٩ وتعليق چوسران ومحكمة اورليان فى ١٨ يناير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ — ٢ — ٤١٧ .

(٦) س م فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة ٤٢ ص ٤١٥ .

(٧) س م فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٧ ص ٢٥٠ .

(٨) س م فى ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعه ٤٣ ص ٣٣٣ .

(٩) س م فى ١٩ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة ٢٣ ص ١٧٠ .

والجمرك ثم يتضح أنه قد غلط فى تقدير قيمة الشحن والجمرك[١] .

هـذه تطبيقات وردت فى مجموعها على غلط فى صفة من صفات الشىء . واعتبرت الصفة جوهرية عند ما تبين أنها هى التى حفزت المتعاقد للتعاقد بمعنى أنه لم يكن ليقدم على التعاقد لو علم بتخلفها . على أن صورة الغلط فى الشىء لا تجمع كل أنواعه . وتطبيقات المحاكم تحيط بأنواع الغلط كافة ، فهى ترجع الى نفس المقياس بالنسبة للغلط فى شخص المتعاقد . فالعبرة ليست بذاتية المتعاقد وانما بصفاته الجوهرية — اذا صح هذا التعبير . وقد يصطحب الغلط فى هذه الصفة بغلط فى ذاتية المتعاقد ، كمن يتعاقد مع مصور معتقدا أنه فلان المعروف فاذا به آخر ، ولكن الغالب أن يقع الغلط فى هـذه الصفة وحدها وهو كما رأينا كاف لاعتبار الارادة مشوبة بالغلط ، كمن يؤجر منزله لامرأة يظنها شريفة فاذا بها معوجة السير (حتى ولو لم تعد المنزل لأغراض غير شريفة)[٢] .

ومن الملحوظ أن القـانون المصرى لم ينص على الغلط فى الشخص بعكس القانون الفرنسى الذى ورد فيـه النص بالفقرة الثانية من المادة ١١١٠ . والظاهر أن الشارع المصرى قد اكتفى بالمقياس الذى وضعه فى المادة ١٣٤ وهو كما رأينا مقياس ذاتى لأنه يعتد بالناحية الرئيسية التى كانت محل اعتبار عند التعاقد . والمقياس على هذا الوجه صالح للتطبيق فى جميع الأحوال ولو لم يكن الغلط واقعا على الشىء . نعم ان الأصل الفرنسى للمادة ١٣٤/١٩٤ يتكلم على الغلط الواقع فى الناحية الرئيسية من **الشىء** . وظاهر هـذا النص أن الغلط لا يبطل العقد متى لم يقع على الشىء أى متى وقع على الشخص مثلا حتى ولو كان اعتبار الشخص رئيسيا عند المتعاقد . على أنه من غير المعقول أن يكون الشارع المصرى قد قصد هذا المعنى الظاهر . والدليل على ذلك أنه ذكر الغلط فى الشخص فى موضع آخر . فهو يقضى فى المـادة ٥٣٥/٦٥٧ أنه « لا يجوز الطعن فى عقد الصلح الا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى **الشخص** أو فى الشىء . . » ويلوح أن الشارع

(١) نقض فرنسى فى ٢٧ يناير سنة ١٨٧٥ سيرى ٧٥ — ١ — ٣٦٧ .

(٢) محكمة نانت فى ١٠ يوليو سنة ١٨٩٤ جازيت دى باليه ٩٤ — ٢ — ١٧٦ .

عند وضع المادة ١٣٤/١٩٤ قد قام لديه حالة الغلط الذى يقع فى العمل أكثر من غيره ألا وهو الغلط فى الشىء . وليس بعد من الاسراف فى التفسير أن نحمل كلمة الشىء على معناها الواسع لا على معنى الشىء المادى الذى يلتزم به أحد الطرفين .

١١٧ — والخلاصة أن مقياس الغلط — على الأقل فى أحكام القضاء — مقياس ذاتى . واذا أردنا أن نصيغ القاعدة فى الغلط على نور هذا المقياس فلن نصيغها على غير ما سبق أن قلناه من أن الغلط هو قصور الغرض المباشر الذى اتجهت اليه ارادة المتعاقد عن اجابة الحافز الرئيسى الذى حفزه للتعاقد . تلك هى صيغة القاعدة التى يسير عليها القضاء فى أحكامه وان كان فى الواقع لا يعنى بصياغتها على هذه الصورة . ولنطبق هذه الصيغة على مثال من أمثلة الغلط : ان من يشترى تحفة معينة على أنها أثرية يتحقق غرضه المباشر بمجرد صدور التعهد من البائع صحيحا واقعا على هذه التحفة المعينة . على أن تحقق الغرض المباشر لا يكفى لصحة العقد بل يجب الى ذلك أن يتحقق غرضه الذاتى وهو لا يتحقق الا بكون التحفة أثرية . فاذا لم تكن كذلك فهناك غلط اذ لم يتحقق الحافز الرئيسى بتحقق الغرض المباشر .

ان تلك الصيغة هى بعينها صيغة السبب غير الصحيح . وهى على هذا الوجه صالحة للتطبيق على جميع أنواع الغلط دون حاجة الى تقسيم الغلط الى غلط فى الشخص وغلط فى الشىء وغلط فى غير ذلك ، لأن العبرة ليست بذات الشخص أو بذات الشىء وانما بالغرض الذاتى أى بالحافز الرئيسى .

ولا يبقى بعد ذلك غير استخراج هذا الحافز الرئيسى من بين البواعث المختلفة التى تقوم بذهن المتعاقد . وتلك مسألة وقائع يحكم فيها القاضى طبقا لاقتناعه بالأدلة التى يقدمها المدعى بالغلط . وكل ما نستطيع فى هذا الصدد هو وضع ضابط عام للتمييز بين الحافز الرئيسى ومجرد الباعث . فالحافز الرئيسى هو ذلك الباعث الدافع الذى يكشف عن الغرض الذاتى من العمل القانونى [1] والذى يتصل

(١) وهو ما يسميه جوسران الباعث الغرضى mobile-but . راجع فى التمييز بين البواعث المختلفة جوسران ، الباعث فى الأعمال القانونية فقرة ١٦ وراجع فيما سبق حاشية ١ ص ١٧١ .

بالعمل القانونى اتصالا مباشرا . وهو بهـذا يتميز عن البواعث الأخرى التى تقوم فى ذهن المتعاقد والتى تسبق العمل القانونى ولا تتصل به اتصالا مباشرا . وها أمثلة لبيان ذلك . شخص يشترى تحفة على أنها أثرية (حافز رئيسى) لتكملة مجموعة من مجموعاته (مجرد باعث) أو ليبيعها لآخر مستعد لشرائهـا بثمن أعلى (مجرد باعث) X شخص يشترى سيارة على أنها جديدة (حافز رئيسى) لتحل محل سيارته القديمة التى أصبحت غير صالحة للعمل (مجرد باعث) . والعقد باطل اذا لم يكن فى انعقاده اجابة للحافز الرئيسى ، صحيح اذا أجيب هذا الحافز ولو لم تجب البواعث المجردة . فهو لا يبطل اذا لم تكمل المجموعة بالتحفة المشتراة أو اذا لم يتم بيعها للراغب فى شرائهـا بثمن أعلى أو اذا تبين أن السياره القديمة ما زالت صالحة للعمل .

على أنه لا ينبغى أن يفوتنا أن وضع الحاجز الفاصل بين الحافز الرئيسى و بقية البواعث ما زال مسألة موضوعية تتوقف على كل عقد ، فما قد يكون باعثا مجردا بالنسبة لشخص فى عقد ما قد يكون حافزا لشخص آخر فى عقد آخر بمعنى أنه لا يمكن أن نقضى مبدئيا à priori على فئة معينة من البواعث بأنها بواعث مجردة ، بل مناط المسألة تمكن المدعى بالغلط من اثبات الحافز . وهـذا الاثبات لا يخلو بعد من دقة وصعوبة .

المطلب الثالث — فى تطبيق قواعد الرضائية على نظرية الغلط

١١٨ — النتائج التى تترتب على تطبيق قواعد الرضائية . مجافاة هذه النتائج لفكرة الاستقرار فى المعاملات باتساع دائرة البطلان ١١٩ — التوفيق بين الرضائية والاستقرار . اشتراط الغلط المشترك . تحديد المقصود بالغلط المشترك . الاكتفاء بالغلط الفردى مع وضع بعض القيود . ١٢٠ — تضييق دائرة البطلان مع عدم المساس بقواعد الرضائية . الرضائية على وجهها الصحيح . قواعد الاثبات . قواعد المسؤولية اللاتعاقدية ١٢١ — فكرة تحمل تبعة الغلط وأثرها فى تضييق دائرة البطلان ١٢٢ — قواعد الاثبات وقواعد المسؤولية اللاتعاقدية وتحقيقها للاستقرار ١٢٣ — الغلط فى القانون وتطبيق قواعد الرضائية .

١١٨ — تقضى قواعد الرضـائية بوجوب الاعتداد بالارادة الفعلية فى

العقود . ونحن نعتد بهذه الارادة الفعلية عند ما نشترط صحة السبب لأننا نقصد بصحة السبب تحقق الغرض الذاتى الذى اتجهت اليه الارادة فعلا فنعتبر العقد باطلا متى تخلف هذا الغرض أى متى اعتقد المتعهد أن هذا الغرض سوف يتحقق بالتعاقد ثم تبين غير ذلك . وهذا ما يسمى عادة بالغلط فى الصفة الجوهرية .

ويؤدى تطبيق قواعد الرضائية على هذا النحو الى نتيجتين :

أولا — أن العقد باطل متى لم يؤد انعقاد العقد الى تحقيق الغرض الذاتى من التعاقد أى متى وقع الغلط أيا كانت الواقعة محل الغلط [١] .

ثانيا — يكفى لبطلان العقد أن يقوم الغلط فى ذهن أحد الطرفين ، اذ أن الغلط فى الصفة الجوهرية يؤدى الى بطلان ارادة الطرف الذى وقع فى هذا الغلط ، ومتى بطلت هذه الارادة تخلف ركن العقد وانتفى التراضى وهو عبارة عن اجتماع ارادتين [٢] . أما اذا قلنا بغير ذلك وقضينا بصحة العقد كلما شاب الغلط ارادة أحد الطرفين دون الآخر فكأننا نعتد بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة أى الارادة الفعلية وفى هذا مخالفة لقواعد الرضائية .

تلك النتائج لا غبار عليها من حيث منطق الرضائية . ولكنها مع ذلك تجافى فكرة الاستقرار فى المعاملات securité .

ومظهر مجافاة النتيجة الأولى أن اجازة الطعن بالغلط اطلاقا أيا كانت الواقعة محل الغلط يؤدى الى ابطال العقد متى ظن المتعاقد أنه سيحصل على مقابل ذى قيمة معينة ثم أخلف الواقع منه هذا الظن ، أو متى ظن أنه يتعاقد مع شخص ملىء قادر على تنفيذ التزاماته فاذا به معسر ؛ أو مع شخص يمتهن مهنة معينة فاذا به يمتهن أخرى ! وظاهر أن ابطال العقد فى هذه الصور يؤدى الى البلبلة والاضطراب بما ينطوى عليه من اخلال بالثقة المشروعة التى يطمئن اليها الطرف الآخر فى العقد .

---

(١) يرى القضاء الفرنسى استبعاد الطعن فى عقد الزواج بالغلط (نقض دوائر مجتمعة فى ٢٤ أبريل سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ — ١ — ١٥٩ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٢) .

(٢) أوبرى ورو ٤ ص ٤٩٦ — كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٣٩ — ريپير القاعدة الاخلاقية فقرة ٤٤ .

ومظهر مجافاة النتيجة الثانية لفكرة الاستقرار أن الاعتداد بالارادة الباطنة التى قامت فى ذهن أحد الطرفين وبالأغراض الخفية in menta retenta التى لم يفصح عنها صاحبها وابطال العقد مفاجأة للطرف الآخر عند ما تتخلف تلك الأغراض الخفية ، لما يغرى بالاستهانة بالروابط التعاقدية فلا يعنى المتعاقد بالافصاح عن أغراضه ما دمنا لا نلزمه بما تعهد به الا متى تحققت هذه الأغراض وما دام العقد باطلا متى تخلفت . وفى ابطال العقد ما فيه من اضرار بطرف العقد الآخر فى صور لا يمكن فيها أن ينسب اليه خطأ أو اهمال .

١١٩ — لذلك يعمل بعض الشراح على تعطيل هذه النتائج ارضاء لفكرة الاستقرار .

أما النتيجة الأولى — ألا وهى اعتبار العقد باطلا أيا كانت صورة الغلط — فالبعض يستبعدها اما باعتبار الغلط فى الأمثلة التى ذكرنا غلطا فى صفة غير جوهرية [١] (كالغلط فى يسار المتعاقد أو فى مهنته) أو باعتباره غبنا [٢] (كالغلط فى القيمة) والغبن لا يؤثر فى العقود الا فى الأحوال الاستثنائية التى ينص عليها القانون (م ١١١٨ مدنى فرنسى) .

أما النتيجة الثانية — ألا وهى بطلان العقد اذا شاب الغلط ارادة أحد الطرفين دون الآخر — فالبعض يستبعدها باشتراط أن يكون الغلط مشتركا erreur commune حتى يبطل العقد [٣] .

وقبل أن نناقش هذه الطريقة فى التوفيق بين الرضائية ونتائجها من ناحية والاستقرار وضروراته من ناحية أخرى يحسن أن نبين المقصود من الغلط المشترك اذ أن هذا الاشتراك قد يفهم على معنيين : معنى اشتراك الطرفين فى الاعتقاد فى صحة واقعة غير صحيحة ومعنى اشتراكهما فى اعتبار صفة من الصفات التى وقع

---

(١) راجع السنهورى فقرة ٣٦٢ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨٦ .

(٣) ريبير ، القاعدة الخلقية فقرة ٤٤ — چوسران ، الباعث فى الأعمال القانونية فقرة ٦٥ — محكمة السين فى ٩ مارس سنة ١٩٣٥ — دالوز الاسبوعى ١٩٢٥ ص ٢٦٣ .

عليها التعاقد جوهرية أى حافزة للتعاقد . أما الاشتراك على المعنى الأول وهو عبارة عن قيام الغلط فى ذهن الطرفين erreur partagée فلا تقتضيه قواعد الرضائية كما لا تقتضيه فكرة الاستقرار فلا محل لاشتراطه . وأما الاشتراك على المعنى الثانى فهذا الذى تقتضيه فكرة الاستقرار انتقاصا من قواعد الرضائية . ويتضح ذلك من المثال الآتى : اشترى شخص آنية يعتقد أنها أثرية ثم تبين أنها ليست كذلك . اذا كانت صفة الأثرية صفة جوهرية لدى المشترى بمعنى أنها هى التى حفزته للشراء فالعقد باطل للغلط تطبيقا لقواعد الرضائية . فاذا قيل بأن الرضائية هنا تجافى الاستقرار وأن طريقة التوفيق بينهما هى فى اشتراط أن يكون الغلط مشتركا فليس معنى ذلك أن العقد لا يبطل الا اذا اشترك البائع مع المشترى فى الغلط فاعتقد بأن الآنية أثرية (اذ هذا الاشتراك لا تتطلبه قواعد الاستقرار ولا أى قاعدة أخرى[١]) بل المقصود أن يعلم البائع أن صفة الأثرية صفة جوهرية لدى المشترى . هذا العلم هو الذى تتطلبه قواعد الاستقرار حتى لا يفاجأ المتعاقد بابطال العقد لأسباب تجيش فى صدر المتعاقد الآخر دون أن يعلم هو بها . ومحصل ذلك كله أن ما يقصد بالغلط المشترك هو أن تدخل الصفة الجوهرية فى دائرة العقد champs contractuel بأن يشترطها أحد الطرفين فيعلم بذلك الآخر ثم يتبين أن هذه الصفة قد تخلفت .

على أن من اشترطوا الغلط المشترك ارضاءا لقواعد الاستقرار لم يستطيعوا التمشى مع هذا الرأى الى آخر نتائجه فهم لا يشترطون هذا الاشتراك متى كان الغلط واقعا فى شخص المتعاقد[٢]، كما أنهم لا يشترطونه فى عقود التبرع[٣] .

وهناك من يرى التوفيق بين الرضائية والاستقرار باشتراط أن يكون الغلط مغتفرا excusable حتى يبطل العقد دون حاجة الى أن يكون مشتركا حتى على المعنى

---

(١) راجع مع ذلك ريبير فى القاعدة الخلقية ص ٨٦ وهو يحمل الغلط المشترك على هذا المعنى .

(٢) چوسران ٢ فقرة ٧٧ .

(٣) ڤيفوريانو فقرة ٧٩ ص ٢٠١ .

الثانى السابق بيانه[١] . فمن يشترى آنية يعتقد أنها أثرية من تاجر عاديات له كل العذر فى هذا الاعتقاد فغلطه مغتفر مؤد الى البطلان ولو لم يثبت علم البائع بأن المشترى يعلق أهمية على صفة الأثرية . ويرى البعض التوفيق بصيغة أخرى تقرب من هذه الصيغة بقوله أن العقد يبطل للغلط متى كان الطرف الآخر يعلم (الغلط المشترك) أو كان يستطيع أن يعلم بالأهمية التى يعلقها الطرف الأول على صفة من الصفات التى وقع عليها التعاقد[٢] . وهو مستطيع فى المثال السابق أن يعلم بتلك الأهمية متى كان ثمن الشراء مرتفعا .

١٢٠ — وعندى أن تلك القيود التى فرضت على قواعد الرضائية ارضاء لفكرة الاستقرار لا تستند على ضوابط دقيقة فلا يمكن الأخذ بها . وبرجوعنا الى أحكام المحاكم نجد أنها لم تطبقها ، فهى أحيانا تبطل العقد بسبب الغلط فى القيمة[٣] وأحيانا لا تبطله[٤] ، كما أنها وان أبطلت العقد فى بعض الصور على أساس الغلط المشترك لا تتحرج من ابطاله فى صور أخرى على أساس الغلط الفردى[٥] .

وليس من صواب الرأى أن نعمد الى قيود لم يقض بها القانون ونخلق لها ضوابط لا نستطيع احكامها قبل أن نتبين ان كانت القيود التى فرضها القانون نفسه كافية أو غير كافية لتحقيق هذا الاستقرار .

ان تطبيق قواعد الرضائية على وجهها الصحيح لا يؤدى الى البطلان الا

---

(١) نقض فرنسى فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيرى ١٩٢٨ — ١ — ١٢٥ ، ١٧ أكتوبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ص ٥١٠ .

(٢) السنهورى فقرة ٣٦٩ .

(٣) س م فى ١٦ مايو سنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٤٢٦ و٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة ٣٦ ص ٢٦١ .

(٤) س م ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٢ ص ٩٠ رقم ٨٩ و١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة ٤٤ ص ٦٢ .

(٥) س م فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٧ ص ٢٥٠ .

فى دائرة محصورة . وما اتسعت هـذه الدائرة الا بسبب فهم تلك القواعد على غير صورتها الصحيحة . و بهذا الاتساع ظهر تناقض تلك القواعد مع فكرة الاستقرار جليا واضحا واتجه الرأى الى تعطيل الأولى ارضاء للثانية .

ينبغى اذن أن نفهم قواعد الرضائية على وجهها الصحيح وألا نكلفها ضد طباعها ، وسنرى أننا بهـذا نضيق دائرة البطلان . وينبغى أن نلاحظ فى نفس الوقت أن قواعد الاثبات — وهى تقضى بأن عبء اثبات الغلط يقع على المدعى به — تعمل كذلك على تضييق هذه الدائرة — وأخيرا ينبغى ألا يغيب عنا أن تطبيق قواعد الرضائية لا ينفى تطبيق غيرها من القواعد ، وأن هنـاك قواعد أخرى قضى بها القانون نفسه تؤدى — فى حالة بطلان العقد تطبيقا لقواعد الرضائية — الى حماية طرف العقد الآخر الذى يتضرر من هـذا البطلان ، ونحن نقصد بذلك قواعد المسؤولية اللاتعاقدية .

وها بيان ذلك كله :

١٢١ — ان تطبيق قواعد الرضائية على وجهها الصحيح والاعتداد بالارادة الفعلية يؤدى الى أن العقـد لا يبطل للغلط الا عند ثبوت مسـألتين : (١) أن هناك واقعة غير صحيحة اعتقد المتعاقد صحتهـا أو واقعة صحيحة اعتقد المتعاقد عدم صحتها (٢) أن هذا الاعتقاد هو الذى حفزه للتعاقد بحيث لو تـكشفت له الحقيقة لما تعاقد . أما المسـألة الأولى فهى لا تثير اشكالا . وكل ما نقول فى شأنهـا أن عبء اثبات هـذا الاعتقاد يقع على عاتق المدعى بالغلط وله أن يقيم الاثبات بكافة الأدلة . انما الصعوبة فى المسـألة الثانية . يجب أن نحدد المقصود من قولنا « ان هذا الاعتقاد هو الذى دفعه للتعاقد بحيث لو تـكشفت له الحقيقة لما تعاقد » . ان هـذه الصيغة لا تـكون سليمة ولا تعتبر تطبيقا صحيحا لقواعد الرضائية الا اذا كملناها بملاحظة التفرقة بين الصفات التى يتطلبها المتعاقد و يعتبرها جوهرية و بين الصفـات التى يأمل المتعاقد تحققها بهذا التعاقد . ولنضرب لذلك المثال الآتى : شخص أجر منزله لسيدة ثم تبين له أن هناك واقعة كان يجهلها ،

هى أن المستأجرة معوجة السير . هل يجوز له ابطال العقد على أساس الغلط [١] ؟ المؤجر أحد أشخاص ثلاثة : شخص لا يقيم وزنا لهذا الاعتبار فكل ما يهمه هو الحصول على الأجرة . وفى هذه الصورة لا نزاع فى أن العقد لا يبطل للغلط اذ لم يختل التلازم بين الغرض المباشر ألا وهو الحصول على الأجرة و بين الحافز الذاتى للتعاقد . السبب اذن موجود وصحيح فلا محل للغلط حتى ولو تبين أن المؤجر لم يكن يعلم أن المستأجرة معوجة السير — أو هو شخص يقيم وزنا لهذا الاعتبار ، معنى بشخصية مستأجريه بحيث لا يتعاقد الا مع من ترضى نفسه عن سمعته وسيرته بعد التحرى عنهما . وفى هذه الصورة لا نزاع فى أن العقد باطل للغلط اذا تبين أن المستأجرة على خلاف ما اعتقد لأن السبب وان وجد (الالتزام بالأجرة) فهو غير صحيح لمخالفته للارادة الفعلية للمؤجر — أو هو شخص يقيم وزنا لهذا الاعتبار بحيث لو تقدمت له المستأجرة وهو يعلم يقينا بأنها معوجة السير لرفض التأجير لها ولكنه مع ذلك لم يعن بتحقيق هذه المسألة ، وكأنه قبل التعاقد وهو فى دخيلة نفسه يتحمل تبعة ما ينجلى عنه الواقع . فى هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلا للغلط اذا أخلف الواقع ظنه لأن الواقع لم يخالف ارادته الفعلية بل هو خيّب مجرد الأمل الذى يجول فى خاطره دون أن يرقى الى منطقة الارادة .

نخلص من ذلك بنتيجة هامة هى أن الصفة لا تعتبر جوهرية الا اذا تبين أن المتعاقد لم يرد أن يتحمل تبعة تخلفها ، أى لم يقدم على العقد فى ضرب من المغامرة . و بطبيعة الحال يقع على المدعى بالغلط اثبات ذلك .

وهذا بعينه ما يجعل الطعن فى العقد للغلط فى القيمة محصورا دائما فى دائرة ضيقة . ذلك ان العقود تنطوى عادة بالنسبة للقيمة على جانب من المغامرة لا تنطوى على مثله بالنسبة لغير القيمة من الصفات . فالمشترى يأمل دائما أن

---

(١) المفروض فى هذا المثال أنها لم تستأجر المنزل لاعداده لأغراض غير شريفة والا انتقلنا من الغلط (صحة السبب) الى عدم مشروعية السبب .

تكون العين التى يشتريها مساوية للثمن الذى يدفعه فيها ولكنه فى أغلب الأحوال يقدم على التعاقد وهو يدرك أن أمله قد يتحقق وقد لا يتحقق وأنه قد يكون مغبونا وقد لا يكون ولا يمنعه هذا الخاطر من التعاقد . فاذا تبين بعد ذلك أن القيمة أقل مما كان يظن أو يأمل فلا يمكنه أن ينجح فى ابطال العقد بمجرد اثبات أن قيمة العقار أقل مما كان يعتقد لأن هذا عبارة عن اثبات واقعة الغلط دون أن يكون اثباتا للصفة الجوهرية . بل لكى يعتبر العقد باطلا للغلط يجب أن يثبت أنه كان يعتقد يقينا أن العين تساوى الثمن اعتقادا حفزه للتعاقد ، واثبات ذلك لا يخلو من صعوبة على الأقل لأن هذا اليقين نفسه لا يعرض الا نادرا . على أنه متى أمكن الاثبات فقد وجب البطلان . كما يظهر ذلك فى القضية الآتية : عقد نقل اتفق فيه على أن يكون سعر نقل البضاعة على حساب الحجم أو على حساب الوزن حسب اختيار أمين النقل . اختار هذا الأخير أن يكون السعر على حساب الحجم وتبين أنه يزيد على السعر بحساب الوزن أضعافا مضاعفة . اعتبرت المحكمة أن العقد باطل للغلط ، وهو هنا غلط فى القيمة ، واستندت على قيام الغلط فى ذهن المتعاقد (صاحب البضاعة) بأنه سبق أن رفض الاتفاق مع أمين نقل آخر على سعر أقل من السعر الذى التزم به طبقا لهذا العقد[1] .

ولهذا السبب عينه لا يكون الغلط فى القيمة وجها للطعن فى عقد الصلح[2] ، لأن التصالح وهو عبارة عن ترك من الجانبين فى سبيل فض النزاع هو المغامرة بعينها .

١٢٢ — نخلص من ذلك بأن تطبيق قواعد الرضائية على وجهها الصحيح لا يؤدى الى بطلان العقود فى السهولة التى تظهر لأول وهلة ، وهو بالتالى لا يؤدى الى المساس بالاستقرار كما يصور بعض الكتاب الذين دعوا الى

---

(١) س م ١٦ مايو سنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٤٢٦ .

(٢) س م فى ٢٣ ابريل سنة ١٩١٤ المجموعة ٢٦ ص ٣٤٥ — وفى القانون الفرنسى تقضى المادة ٢٠٥٢ صراحة على أنه لا يجوز الطعن فى عقد الصلح بالغبن .

الحد من نتائج هذا التطبيق ارضاء لفكرة الاستقرار . فنحن بالتطبيق الصحيح نقوم فى الواقع بعملية تصفية تؤدى الى تصحيح العقد فى كثير من الصور فلا يقع البطلان الا فى دائرة محصورة ، و يساعد على حصر هذه الدائرة القاء عبء الاثبات على المدعى بالغلط وهو كما رأينا عبء ثقيل .

ان اثبات عناصر الغلط عبارة عن اثبات لمسائل نفسية ولن تمكن اقامة الدليل على تلك المسائل الا بالاستناد على وقائع مادية خارجية تدلل على ما قام فى نفس المتعاقد . ومجرد الصعوبة فى الاثبات وسيلة من وسائل التصفية .

و يظهر مفعول قواعد الاثبات بصورة جلية بالنسبة لاثبات الحافز . ان المتعاقد الذى يتوخى فى التعاقد غرضا ذاتيا مفروض فيه أن يفصح عن هذا الغرض للمتعاقد الآخر ، واذا لم يفصح عن هذا الغرض ثم طالب بعد ذلك ببطلان العقد بدعوى أن غرضه الذاتى لم يتحقق صح التساؤل عما منعه عن الافصاح ، وهذا التساؤل يجيز الشك فى صدق ادعائه . وهو على أى حال مطالب باثبات صحة الدعوى . فاذا لم ينجح فى الاثبات لم يجب الى البطلان لا لأنه مقصر فى عدم الافصاح بل لأنه لم يقدم الدليل على الغلط . فاثبات الافصاح عن الغرض الذاتى عند التعاقد هو الطريق الطبيعى لاثبات الحافز . على أنه لا مانع من أن يتقدم الدليل على الحافز بطريق آخر قد يكون هو مجرد ظروف التعاقد (كشراء شىء على أنه أثرى من تاجر عاديات) [1] .

واذا تبقى بعد ذلك صور تؤدى فيها قواعد الرضائية الى ابطال العقد وينتهى فيها هذا الابطال الى الاضرار بالطرف الآخر الذى أبطل عليه العقد فليس ما يمنع من إزالة هذا الضرر بالتطبيق لقواعد المسؤولية اللاتعاقدية ، وكما سبق أن قلنا لا تعنى اقامة قواعد الرضائية نفى غيرها من القواعد القانونية ، بل

---

(١) أننا بهذا التحليل نصل حقا الى نتائج لا تختلف كثيرا عن النتائج التى يصل اليها بعض الكتاب ممن يقيدون الغلط الفردى ببعض القيود (راجع فيما سبق فقرة ١١٩) ولكننا نصل الى هذه النتائج بتحليل قواعد الرضائية أى بالاستناد على ضوابط قانونية معلومة لا على ضوابط تحكمية لا تستند الى أصل فى القانون .

قواعد القانون ، ولكل منها غاية ، تتساند فى سبيل توفير العدل وحماية مصالح الناس . هناك اذن مسؤولية فى حالة بطلان العقد ولهذه المسؤولية أحكام خاصة ، ليس هنا محل الكلام عليها لأنها لا تقتصر على حالة البطلان للغلط بل تشمل أنواع البطلان كافة ولذلك نرجىء الكلام فيها الى الفصل القادم الخاص بالجزاء أى بالبطلان . كل ما يعنينا الآن أن تطبيق قواعد المسؤولية يؤدى الى إزالة كل ضرر مترتب على تطبيق قواعد الرضائية .

ومتى انتهينا الى ذلك تذللت كل صعوبة قانونية تعرض لنا بالنسبة لتطبيق قواعد الرضائية ، ولا يبقى غير الصعوبات التى تعرض بالنسبة لتفسير الوقائع واثباتها وهى تخرج عن حدود هذا الكتاب .

١٢٣ — على أن هناك صعوبة قانونية تعرض لنا عند ما يكون الدافع للتعاقد هو الجهل بأحكام القانون وهو ما يسمى عادة بالغلط فى القانون erreur de droit . ان منطق المذهب الذى يتبعه القضاء فى أحكامه يؤدى الى ابطال العقد متى كان الجهل هو الدافع للتعاقد . ومصدر الصعوبة فى التسليم بهذه النتيجة هو أن القانون من ناحية لم ينص على الغلط فى القانون كما أنه من ناحية أخرى يقضى بأنه لا يقبل من أحد اعتذاره بعدم العلم بما تضمنته القوانين أو الأوامر من يوم وجوب العمل بمقتضاها (م ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية) . على أن الشراح يستبعدون هذه الصعوبة عادة ويسلمون بأن حكم الغلط فى القانون هو حكم الغلط فى الوقائع وبأنه متى كان دافعا فالارادة فاسدة والعقد باطل .

أما عن عدم النص على الغلط فى القانون باعتباره مفسدا للارادة فهو لا يكفى وحده لاعتبار هذا الغلط غير مفسد . والواجب أن نحمل كلمة الغلط التى ورد عنها النص على معناها الواسع فتشمل الغلط فى القانون والغلط فى الوقائع . ثم ان القانون الفرنسى قد استبعد الطعن بالغلط فى القانون فى عقد الصلح (م ٢٠٥٢ مدنى فرنسى) وفى الاقرار (م ١٣٥٦) [1] والعناية باستبعاد هذا الطعن بالنسبة

---

(١) لم يرد ما يقابل هذه النصوص فى القانون المصرى . على أنه قد يستفاد هذا المعنى من نص المادة ٥٣٥ / ٦٥٧ الواردة فى باب الصلح وهى تقضى بأنه لا يجوز الطعن فى عقد =

لهذه التصرفات تؤدى بمفهوم المخالفة argument à contrario الى اجازة هذا الطعن فى غيرها .

وأما عن نص المادة ٢ من لائحة ترتيب المحاكم فان المقصود منه هو القوانين الآمرة dispositions impératives . فلا يجوز لأحد أن يدرأ عن نفسه عقوبة يفرضها قانون العقوبات على فعل ما بحجة أنه كان يجهل أن هذا الفعل جريمة معاقب عليها ولا أن يتمسك بعقد باطل لمخالفته للنظام العام أو الآداب بحجة جهله القاعدة القانونية التى تقضى بهذا البطلان .

وفيما عدا ذلك يعتبر الغلط فى القانون فى حكم الغلط فى الوقائع وتطبق عليه نفس المقاييس التى ذكرنا بالنسبة للغلط فى الوقائع (١) . فمن يقر لآخر بحقه فى التركة معتقدا أن القانون الواجب التطبيق على التركة هو قانون معين يقضى بهذا الحق فاذا بالقانون الواجب التطبيق قانون آخر لا يقضى به يعتبر رضاه مشوبا بالغلط فى القانون فيبطل هذا الاقرار (٢) .

وتطبيقا لنفس المقاييس لا يكتفى من المدعى بالغلط فى القانون أن يثبت واقعة الغلط بل يجب أن يثبت أن الجهل بالقانون هو الحافز على التعاقد وأنه لم يرد تحمل تبعة هذا الغلط . ومثل هذا الاثبات عسير ، وعسره طريقة لتصفية أحوال البطلان . الضوابط اذن واحدة فى حالتى الغلط فى الوقائع والغلط فى القانون ما دمنا نطبق قواعد الرضائية فى كل من الحالتين . على أنه لا بأس من أن نضيف — بالنسبة للغلط فى القانون — ملاحظتين :

أولا — ان اثبات الجهل بالقاعدة القانونية أيسر على الجاهل منه على المتعلم

= الصلح الا بسبب غلط محسوس واقع فى الشخص أو فى الشىء اذ الظاهر أن الشارع قصد من قوله الغلط المحسوس (وفى النص الفرنسى erreur materielle) الغلط فى الوقائع استبعادا للطعن بسبب الغلط فى القانون . وعلى أى حال فلم يرد فى القانون المصرى أى نص يستفاد منه استبعاد الطعن فى الاقرار بالغلط فى القانون .

(١) س م فى ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ المجموعة ٩ ص ١٧١ و٢٠ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٧ ص ٣٤٤ و١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ المجموعة ٣١ ص ٢٢ .

(٢) س م فى ٥ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة ٣٠ ص ٢٠٤ .

وهو على غير المحترف أيسر منه على من يحترف مهنة قانونية[١].

ثانيا — انه اذا كانت القاعدة القانونية المدعى بالجهل بها من القواعد المختلف عليها فغالبا ما يكون الغلط منتفياً[٢] لأن الجهل المدعى به قد يتحلل الى مجرد ترجيح رأى على آخر ثم يتبين أن الرأى الذى رجحه المتعاقد مرجوح فى نظر القضاء . وهذا الترجيح ينطوى على تحمل لتبعة الغلط ، وتحمل التبعة كما رأينا ينفى الغلط تطبيقاً لقواعد الرضائية ذاتها .

المطلب الرابع — فى حصر منطقة نظرية الغلط

١٢٤ — نظرية الغلط هى نظرية السبب غير الصحيح . استبعاد حالة انعدام السبب وحالة عدم توافق الارادتين .

١٢٤ — لقد جرى الرأى على تعريف الغلط بأنه توهم غير الواقع أو بأنه الاعتقاد فى صحة واقعة غير صحيحة أو فى عدم صحة واقعة صحيحة . وهو تعريف ينقصه التحديد كما رأينا . على أن هذا النقص لم يقف عند جعل التعريف معيبا بل كان له أثر بعيد هو خلط الغلط — عند بعض الكتاب — بغيره من الأوضاع الأخرى ، أو بتعبير أدق خلط البطلان للغلط بالبطلان لغيره ، ولهذا أفردت هذا المطلب لبيان وجه الخلط ولحصر منطقة نظرية الغلط .

لقد عرفت الغلط بأنه عدم مطابقة الغرض المباشر للحافز ، فالغلط يفترض أن الارادة قد استوفت شروطها من حيث تحقق الغرض المباشر الذى اتجهت اليه ولكنها لم تستوف شروطها من حيث اجابة الحافز الذى حفز للتعاقد ، ولذلك قلت أن نظرية الغلط ان هى الا نظرية السبب غير الصحيح لا على المعنى التقليدى ولكن على المعنى الذى سبق بيانه . وبهذا التعريف يخرج من منطقة نظرية الغلط كل غلط يؤدى الى انعدام السبب لا الى مجرد عدم صحته ، كما يخرج منها كل غلط يؤدى الى عدم توافق الارادتين كالغلط المادى فى افصاح المتعاقد عن ارادته أو فى فهمه لارادة المتعاقد الآخر .

---

(١) راجع بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٨١ ص ٢٤٠ حاشية ٢ والسنهورى ص ٣٨٨ (الحاشية) وس م فى ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ جازيت ١٧ ص ٢٣٢ رقم ٣٣٨ .

(٢) راجع س م فى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٢ ص ٢٢٦ .

ان من يشترى عينا يتبين أنها قد هلكت قبل التعاقد أو أنها غير موجودة بتاتا قد وقع فى غلط ، على المعنى اللغوى الواسع لهذه الكلمة ، لأنه توهم غير الواقع فاعتقد صحة واقعة غير صحيحة هى وجود العين . فاذا نحن اكتفينا بهذا التعريف المصطلح عليه لزمنا أن نقضى ببطلان العقد فى هذه الصورة على أساس الغلط . ولكن الواقع أن منطقة الغلط لا تتسع بحيث تضم مثل هذه الصورة . العقد باطل حقا لا للغلط (لا لعدم صحة السبب) بل لانعدام السبب . ان الغرض المباشر الذى رمى اليه المشترى هو الحصول على التزام البائع بنقل ملكية العين وهذا الغرض قد تخلف ، ومتى تخلف الغرض المباشر فالعقد باطل لانعدام السبب . والمشترى لم يحصل على التزام البائع لأن هذا الالتزام لم ينشأ ، وهو لم ينشأ لانعدام محل ارادة البائع . كذلك يدخل فى باب انعدام السبب تلك الصور التى يدخلها الكتاب عادة ضمن نظرية السبب غير الصحيح على المعنى التقليدى لها . فالوارث الذى يحرر سندا للموصى اليه يتعهدفيه بدفع المبلغ الموصى به ثم يتبين له أن الوصية باطلة لا يلتزم بتنفيذ تعهده لا لأن هناك غلطا وتوهما لغير الواقع واعتقادا فى صحة الوصية غير الصحيحة بل لأن سبب هذا التعهد منعدم . ان سبب هذا التعهد هو الوفاء بالتزام الوارث بتنفيذ الوصية والسبب منعدم لأن الالتزام نفسه غير موجود ما دامت الوصية باطلة .

كذلك يخرج من منطقة نظرية الغلط أحوال الغلط المادى فى التعبير عن الارادة أو فى نقلها . أرسل تاجر لآخر برقية يعرض عليه فيها شراء كمية من البضاعة بسعر معين (عشرة جنيهات مثلا) . وبخطأ كاتب البرقية تسلم الموجب له هذه البرقية وقد ذكر فيها أن السعر خمسة عشر بدل عشرة فقبل هذا الايجاب . العقد باطل ولكن لا على أساس الغلط بل على أساس عدم توافق الارادتين ، لسنا هنا فى صدد صحة السبب ، لسنا فى صدد ارادة أعلنت فلم يتحقق غرضها بل نحن فى صدد ارادة أعلنت فانحرفت عن محلها فخالف ظاهرها باطنها . ونحن بالخيار بين أمرين ، اما أن نأخذ بالاعلان (البرقية) ونعتد بالارادة

الظاهرة فنقضى بصحة العقد و بالتزام المشترى على أساس السعر الوارد فى البرقية ، واما أن نعتد بالارادة الفعلية فنتهى الى أن الارادتين لم تتوافقا فالعقد باطل . ونحن نختار الثانى بطبيعة الحال ما دمنا لا نعتد بالارادة الظاهرة . والمهم أن بطلان العقد لا يكون على أساس الغلط بل على أساس عدم توافق الارادتين .

كذلك يعتبر العقد باطلا لعدم توافق الارادتين لا للغلط اذا صدر الايجاب من الموجب بالعارية واعتقد الموجب له أن الايجاب بالهبة فقبله ، أو اذا باع شخص لآخر عقاره الكائن فى جهة معينة فقبل المشترى البيع على أن المبيع عقار كائن فى جهة أخرى .

وتظهر الأهمية فى حصر منطقة الغلط بالنسبة لنوع البطلان الذى يلحق العقد كما سوف نتبين فى الفصل التالى .

المبحث السادس — فى التدليس (١)

١٢٥ — التدليس يشوب الارادة . التدليس جريمة مدنية .

١٢٥ — تقضى المادة ١٣٦/١٩٦ بأن التدليس موجب لعدم صحة الرضا اذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى . ويقابل هذا النص المادة ١١١٦ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأن « التدليس يكون سببا لبطلان الاتفاق متى كانت الحيل التى باشرها أحد الطرفين على وجه يتبين منه أنه لولاها لما تعاقد الطرف الآخر — التدليس لا يفترض بل يجب اثباته » .

ويفهم من هذه النصوص ومن موضعها أن التدليس عبارة عن عيب يشوب

---

(١) **مراجع** — بلانيول ، مقال فى المجلة النقدية سنة ١٨٩٣ عن التدليس المدنى والتدليس الجنائى ص ٥٤٥ وما بعدها — سالي ، فى اعلان الارادة ص ٥٠ وما بعدها — ريبير فى القاعدة الاخلاقية فقرة ٤٧ — ديموج ١ فقرة ٣٣٨ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٩ وما بعدها — السنهورى فقرة ٣٧٥ وما بعدها — يحي تاج الدين : فى التدليس وفى التصوير غير الصحيح ، رسالة ليون سنة ١٩٢٦ — اجاشتين ، فى التدليس الصادر من ناقصى الأهلية رسالة باريس سنة ١٩٢٨ — كوهين ، فى الكتمان الخاطىء ، رسالة باريس سنة ١٩٢٩ — ڤيفوريانو فقرة ٩٤ وما بعدها .

ارادة المتعاقد . وسنبين فيما يلى أنه ليس فى الواقع الا صورة من صور السبب غير الصحيح .

ويمكن النظر للتدليس من ناحيتين ، من ناحية الحيلة أى من ناحية المدلس فنرى أن الخداع واستعمال الحيل استعمالا غير مشروع عبارة عن جريمة مدنية ونقضى لمن وقع تحت تأثير التدليس بالحق فى ازالة الضرر الذى لحقه . ثم من ناحية أثر الحيلة أى من ناحية المتعاقد المخدوع فنرى أنه عيب يشوب ارادة المتعاقد . والنظرة الأولى تعنى قواعد المسؤولية اللاتعاقدية أما النظرة الثانية فهى تعنى قواعد الرضائية . ولا مناص من النظر للتدليس من الناحيتين . وسنرى أن كلا من النظرتين ترتب آثارا خاصة . ولذلك نتكلم أولا فى عناصر التدليس ثم فى التدليس باعتباره عيبا فى الارادة و باعتباره جريمة مدنية .

المطلب الأول — فى عناصر التدليس

١٢٦ — عناصر التدليس . استعمال حيل غير مشروعة ١٢٧ — . . تحمل على المتعاقد ١٢٨ — . . صادرة من طرف العقد الآخر . اختلاف نص القانون الفرنسى عن نص القانون المصرى . اختلاف الأصل عن الترجمة في النص المصرى .

١٢٦ — يمكن تعريف التدليس مدنيا بأنه استعمال المتعاقد للحيلة استعمالا غير مشروع بحيث يخدع الطرف الآخر ويحمله على التعاقد . وبهذا التعريف يتحلل التدليس الى العناصر الآتية : (١) حيل (٢) غير مشروعة (٣) بقصد التضليل (٤) تحمل على التعاقد (٥) صادرة من أحد أطراف العقد .

حيل : يجب اذن أن يكون هناك حيل . ويقصد بالحيل الوسائل التى يستعملها المتعاقد لاالباس الباطل مظهر الحقيقة . وهذه طبعا لا يمكن حصرها أو تعدادها فهى تختلف باختلاف الخادع والمخدوع ، الأول من حيث دهائه والثانى من حيث غبائه . وها أمثلة مأخوذة عن أحكام المحاكم : عقد تأمين يتقدم فيه شخص للكشف الطبى بدلا من المؤمن [1] . أو يخفى فيه المؤمن نفسه تحت اسم

(١) س م فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة ٣٨ ص ٩٠ .

شخص آخر[١] . اعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تخفى الأخطار التى يتعرض لها المؤمن و بالتالى تزيد ما تتحمله الشركة من التبعة بانعقاد العقد[٢] . عقد عمل ينعقد بناء على بيانات كاذبة أعطاها طالب الوظيفة ، عن كفايته وخدماته السابقة[٣] . جمعية تعلن عن نفسها موهمة الجمهور أن أعضاءها مسؤولون شخصيا عن التزاماتها خلافا للواقع فيتعاقد الناس معها[٤] . دائن يوهم الضامن أن المدين الذى ضمنه يدفع ديونه بانتظام ليحمله على تجديد ضمانه[٥] .

ومن هذه الأمثلة يتبين أن مجرد الكذب قد يجعل رضا المتعاقد الذى انطلى عليه هذا الكذب مشوبا بالتدليس ، دون أن يكون هناك حيل بالمعنى المفهوم من هذه الكلمة أى دون أن يكون هناك أساليب يقصد بها حمل المتعاقد على الاعتقاد فى صحة أمر باطل . بل وقد يعتبر العقد باطلا للتدليس ولو كان المنسوب للمتعاقد أمر سلبى هو كتمانه واقعة من الوقائع عن المتعاقد الآخر[٦] . ليس من شك فى أن الكتمان يبلغ مبلغ التدليس اذا كان المتعاقد ملتزم بحكم العقد بأن يذكر وقائع معينة ولم يذكرها ، كما هو الحال فى عقد التأمين الذى يطلب فيه من المؤمن عادة أن يذكر بيانات معينة[٧] . ولكنه يبلغ

---

(١) س م فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ المجموعة ٥ ص ٢٦٩ .

(٢) س م فى ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ المجموعة ٣١ ص ٣١٦ و٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٢ ص ٣٢٥ وراجع بالنسبة للمبالغة فى قيمة الشىء المؤمن عليه واعتبارها تدليسا س م فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ المشار اليه وفى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ٧٩ رقم ٨٣ وفى ٤ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة ٤٣ ص ٢٠٣ وفى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ المجموعة ٤٥ ص ١٥٤ .

(٣) أسيوط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٥٥ .

(٤) س م فى ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة ٤١ ص ٣٣٣ .

(٥) س ا فى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٧٥ .

(٦) س م فى ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ المجموعة ١٤ ص ٣٤٨ .

(٧) راجع الأحكام المشار اليها فى حاشية ٢ — وتقضى المادة ٣٤٨ من القانون التجارى الفرنسى بأن كل كتمان من جانب المؤمن أو بيان غير صحيح يؤدى الى تغيير أهمية =

كذلك مبلغ التدليس ولو لم يفرض عليه العقد صراحة أن يفصح عن هذه الوقائع . ذلك أن الكتمان متى كان بنية التضليل فهو غش ، وليس المتعاقدان فى حاجة الى النص فى العقد على الالتزام بعدم الغش لكى يقع عليهما هذا الالتزام . وعلى ذلك اذا باع شخص عقارا لآخر وكتم عنه أن العقار قد شرع فى نزع ملكيته للمنفعة العامة فانه يعتبر مدلسا (١) .

كل اخفاء للحقيقة اذن يصلح لأن يعتبر تدليسا بقطع النظر عن الأساليب التدليسية ، واذا كان الكذب أو الكتمان لا يؤدى لبطلان العقد فى كثير من الصور فليس ذلك لأنه مجرد اخفاء للحقيقة لم يتخذ صورة المناورات التدليسية بل لأن هذا الكذب أو ذاك الكتمان لم يستجمعا بقية العناصر اللازمة لتكوين التدليس (٢) .

غير مشروعة : يجب أن تكون الوسائل المستعملة لاخفاء الحقيقة غير مشروعة أى أن تستعمل بقصد تضليل المتعاقد الآخر . أما الكذب والمبالغة اللذان يلجأ لهما التاجر لترويج بضاعته (٣) فهى وسائل مشروعة لاغبار عليها . وهى لاتستعمل

= التبعة فى عقد التأمين يؤدى الى البطلان . والنص على هذا الوجه يطبق القواعد العامة — راجع فى تطبيق هذه القاعدة فى القانون المصرى س م فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة ٣٨ ص ٩٠ . وفى ٣ مارس سنة ١٩٢٧ المجموعة ٣٩ ص ٣٤٥ وفى ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ٧٩ .

(١) السنهورى فقرة ٣٨٠ وقارن س م فى ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة ٢١ ص ٢٢٧ وفى ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ المجموعة ١٤ ص ٣٤٨ . وراجع رسالة كوهين المشار اليها عن الكتمان الخاطىء . وراجع الأحكام المختلطة المذكورة فى الحاشية السابقة .

(٢) وكثيرا ما تقضى أحكام المحاكم بأن الكذب لا يكفى للتدليس . وهى بهذا لا تعدو الحقيقة فى القضايا المرفوعة اليها ولكنها تصيغ القاعدة صياغة غير سليمة . لأن الحيلة من حيث صدورها من المتعاقد يكفى فيها أن تكون مجرد كذب . واذا لم يؤد الكذب الى بطلان العقد فليس ذلك لأنه يجب أن يصطحب بأساليب معينة بل لأنه لم يؤثر فى المتعاقد (راجع على سبيل المثال س م فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٨ ص ٤٨ وراجع س م فى ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ المجموعة ٤٧ ص ٣٦٢ الذى يرى أن مجرد الكتمان ليس تدليسا) .

(٣) راجع س م فى ٣ أبريل سنة ١٨٩٧ المجموعة ٩ ص ٢٦٣ وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٨ ص ٤٨ .

عادة بقصد التضليل بل بقصد الترويج . وعلى أى حال فهى قد جرى عليها العرف فى المعاملات فأصبحت بحيث لايخدع فيها الناس .

١٢٧ — تحمل على التعاقد : يجب أن تكون الوسائل التى استعملها المتعاقد لايهام المتعاقد الآخر بما يخالف الحقيقة قد أوجدت فى نفسه هذا الوهم فحملته على التعاقد ، أى يجب على حد تعبير المادة ١٣٦ أن يتبين أنه لولا تلك الحيل والوسائل لما رضى بالتعاقد . ظاهر أن المقياس فى هذه المسألة مقياس ذاتى . وهو كذلك بصريح نص القانون فى المادة ١٣٦ . ولكى تتبين ذلك يكفى أن نقارن نص المادة ١٣٤ فى الغلط بالمادة ١٣٦ فى التدليس .

والحقيقة أن هذا العنصر المطلوب فى التدليس لكى يفسد الارادة يقوم على توفر واقعتين : نجاح الحيل والوسائل فى جعل المتعاقد يتوهم خلاف الواقع ثم اندفاع المتعاقد للتعاقد على أساس هذا الوهم . والتقدير ذاتى [1] بالنسبة للواقعتين ، فالحيلة التى تنطلى على الريفى الساذج قد لا تنطلى على غيره ، كما أن الواقعة الكاذبة التى تتجسم بالحيلة حقيقة فى ذهن المتعاقد تتفاوت فى الشأن والأهمية من حيث تحقيقها للأغراض الذاتية التى ينشدها المتعاقد فى العقد . ولذلك قد تنطلى الحيلة دون أن يعتبر العقد باطلا للتدليس متى كان انطلاء الحيلة لم يؤثر فى حمل الشخص على التعاقد بل كان كل أثره أن جعله يقبل العقد بشروط أبهظ من الشروط التى كان يقبلها لولا هذه الحيلة . وهذا مادعا الكثيرين الى التمييز بين التدليس الدافع dol principal والتدليس غير الدافع dol incident الأول فيهما يفسد الارادة فيبطل العقد والثانى لا يؤثر فى صحة العقد اذ من الممكن ازالة آثاره مع بقاء العقد صحيحا وذلك بالحكم على المدلس بالتعويض [2] .

---

(١) س م فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ بوريللى مادة ٢٨٢ فقرة ١٧ و٣ يونيو سنة ١٩١١ المجموعة ٢٣ ص ٣٥١ .

(٢) راجع فى التفرقة بين التدليس الدافع وغير الدافع س م فى ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة ٢٢ ص ٢١٢ و٢ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة ٢٣ ص ١٥١ و٣ يونيو سنة ١٩١١ المجموعة ٢٣ ص ٣٥١ و ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٩ ص ١١٤ =

١٢٨ — صادرة من المتعاقد الآخر : تقضى المادة ١١١٦ من القانون الفرنسى بأن التدليس يجب أن يكون صادرا من طرف العقد الآخر حتى يفسد الارادة ويبطل العقد . أما المادة ١٣٦/١٩٦ من القانون المصرى فقد اختلف فيها النص الفرنسى عن النص العربى . فهى فى نصها الفرنسى لا تتطلب هذا الشرط حيث تقضى بأن التدليس يفسد الرضا متى كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد على وجه يتبين منه أنه لولاها لما رضى ، فى حين أن النص العربى — وهو كما هو معلوم ومفهوم ترجمة للأصل الفرنسى الذى وضعت به القوانين المصرية — لا يعبر تعبيرا صحيحا عن المعنى الوارد فى الأصل الفرنسى بل يضيف شرطا جديدا هو صدور الحيل من المتعاقد الآخر . ليس من شك فى أن العبرة بالأصل الفرنسى الذى وضعت به القوانين [1] . ولم يكن ثمت ما يمنع من الأخذ بالنص العربى رغم مخالفته للأصل الفرنسى لو أن لدينا أعمالا تحضيرية للقوانين المصرية تتبين منها أن قصد الشارع الحقيقى هو اضافة هذا الشرط . على أن هذه الأعمال التحضيرية تعوزنا . وقد يقال ان المترجم عند مخالفته للأصل الفرنسى قد رجع الى الأعمال التحضيرية فتبين منها قصد الشارع فاستدرك فى الترجمة ما أغفل الأصل ادراجه . ولكن هذا التدليل لا يعدو الحدس والتخمين ، وما دامت الأعمال التحضيرية تعوزنا فلا مندوحة عن اعتبار الأصل الفرنسى الذى وضعت به هذه المادة هو الذى يعبر دون غيره عن قصد الشارع . ومما يؤيد هذا النظر أن نص القانون الفرنسى كان محل نقد الفقه من حيث اشتراطه صدور التدليس من طرف العقد وأن المحاكم الفرنسية كثيرا ما تعمل على مداورة هذا الشرط والانتقاص من

= و٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة ٣٨ ص ٥٤ و٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعة ٤٧ ص ٢١٣ والمنيا فى ٣ اكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ١٨٢ . ونقض ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ القانون والاقتصاد ٣ ص ١٢٠ .

(١) راجع من هذا الرأى عبد السلام ذهنى فى الالتزامات ص ١٢٨ — ١٣٠ ومحمد صالح ، فى أصول التعهدات فقرة ٢٨٥ ص ٢٤٢ والسنهورى فقرة ٣٨٦ وراجع عكس هذا الرأى والتون ، فى الالتزامات ١ ص ٢٥٣ و ٢٥٤ .

أحكامه . ومن ثم لا يكون اسراف فى القول بأن الشارع المصرى قد تأثر باتجاه الفقه والقضاء الفرنسى فى هذا الشأن كما تأثر فى غيره فرأى اسقاط هذا الشرط فجعل العقد باطلا سواء صدر التدليس عن المتعاقد أو عن غيره (١) .

على أن هناك من أحكام المحاكم المصرية ما يقضى بأن التدليس لا يبطل العقد الا متى كان صادرا من المتعاقد الآخر على اعتبار أن الشارع المصرى لم يرد مخالفة القاعدة التى أخذ بها الشارع الفرنسى (٢) .

وقد رأينا أن جانبا من الفقه الفرنسى ينتقد نص المادة ١١١٦ فرنسى من حيث اشتراطه هذا الشرط ، وحجته فى ذلك أنه لا محل للتفرقة بين التدليس والاكراه ، وما دام الاكراه مبطلا للعقد حتى ولو وقع من غير المتعاقد فكذلك يجب أن يكون التدليس ما دام هو الآخر يعيب الارادة . والواقع أنه من غير المفهوم أن يلتزم انسان بأحكام عقد باعتباره قد قبل اختياراً أحكام هذا العقد مع أن ارادته بالقبول لم تكن سليمة بل شابها التدليس . ولا عبرة بما يتعلل به البعض دفاعا عن نص المادة ١١١٦ بالقول ان الاكراه قوة قاهرة لا يمكن دفعها فى حين أن التدليس مما يمكن دفعه بقليل من الفطنة والحذر فيجوز بطلان العقد فى حالة الاكراه ولو وقع من الغير فى حين لا يجوز ذلك فى حالة التدليس لأن المتعاقد قد يعذر فى الحالة الأولى دون الثانية . لا عبرة بذلك لأن الحيلة متى أحسن سبكها قد تنطلى على أشد الناس فطنة وبهذا يكون دفع التدليس أصعب من دفع الاكراه (٣) .

---

(١) وعلى أى حال فانه يجوز للمتعاقد فى الأحوال التى يصدر فيها التدليس من أجنبى عن العقد أن يطلب الابطال على أساس الغلط لأن التدليس يفترض قيام الغلط فى ذهن المتعاقد والغلط فى ذاته مفسد للارادة بغض النظر عن مصدره — راجع فيما بعد فقرة ١٢٩ .

(٢) راجع س م فى ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٠ بوريللى مادة ١٩٦ فقرة ٢ و ٥ أبريل سنة ١٨٩٩ المجموعة ١١ ص ١٧٥ و ١٥ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٤ ص ٣٤١ و ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة ٢٥ ص ٤١٧ والمنيا فى ٣ اكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ١٥٢ والزقازيق فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٨٤٩ .

(٣) السنهورى فقرة ٣٨٩ حاشية ٥ ص ١٠٩ و ٤١٠ وراجع فى نقد التفرقة بين التدليس والاكراه سالي فى اعلان الارادة ص ١٥ — ١٧ — ديموج ١ فقرة ٣٥٣ — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٩٤ .

على أن الفقه الفرنسى لم يسعه ازاء هذا النص الصريح الا أن يضع القاعدة على المعنى الوارد بهذا النص مع التضييق فى تطبيقها، وشايعه فى ذلك القضاء الفرنسى . فهذه القاعدة لا تنطبق الا بالنسبة للعقود فتخرج الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد كالتنازل عن حق ارتفاق والوصية . هذه الأعمال تبطل بالتدليس ولو لم يصدر ممن ينتفع منها . وهى كذلك لا تنطبق الا بالنسبة لعقود المعاوضة فتخرج الهبات . بل وحتى فى عقود المعاوضة يبطل العقد ولو لم يصدر التدليس عن المتعاقد الآخر متى كان هذا المتعاقد متواطئا مع المدلس ، أو متى كان يعلم بهذا التدليس [١] فلم ينبه المتعاقد المخدوع اليه ، بل و يذهب البعض الى أكثر من ذلك فيقضى بالبطلان متى كان المتعاقد الآخر فى استطاعته أن يعلم بصدور التدليس [٢] .

المطلب الثانى — فى تطبيق قواعد الرضائية وقواعد المسؤولية

١٢٩ — نتائج الرضائية . اندماج التدليس فى الغلط ١٣٠ — نتائج المسؤولية . ابطال العقد للتدليس حيث لا يبطل للغلط . بقاء العقد صحيحا مع الحكم بالتعويض . التدليس الدافع وغير الدافع .

١٢٩ — بينا فى المطلب السابق نظرية التدليس كما تظهر لنا فى نصوص القانون وأحكام المحاكم . ويهمنا فى هذا المطلب أن نبين الأحكام التى ينتهى اليها تطبيق قواعد الرضائية فى هذا الموضوع كما نبين مقدار اتفاقها أو تنافرها مع نصوص القانون .

ان قواعد الرضائية وهى عبارة عن الرجوع للارادة الفعلية تقضى بتعطيل آثار الارادة وعدم نشوء الالتزام متى كانت الارادة معيبة بنقص عنصر من عناصرها . فاذا طبقنا هذه القواعد فى حالة التدليس انتهينا الى امكان بطلان العقد

---

(١) راجع فى هذا المعنى س م فى ٥ أبريل سنة ١٨٩٩ والزقازيق فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ السابقة الاشارة اليهما .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ١٠٩ ص ١٥٠ حاشية ٢ .

مع عدم الاعتداد (١) بنوع الوسيلة المستعملة فى التدليس ومقدار ما هى عليه من جسامة ، فيصح الكذب ومجرد الكتمان وسائل تدليسية يبطل بها العقد ، عند ما تصير بها الارادة وقد شابها العيب (٢) و بمصدر هذه الوسيلة فيعد العقد باطلا سواء صدر التدليس عن المتعاقد أو عن أجنبى عن العقد ما دام التدليس الصادر من هذا الأجنبى قد أثر فى ارادة المتعاقد فجعلها مشوبة بالعيب .

كل ما نعتد به هو ارادة المتعاقد ذاتها فنقضى بتعطيل آثارها متى تبينا أن سبب الارادة غير صحيح وهو غير صحيح اذا لم يتحقق الغرض الذاتى للمتعاقد الذى حفزه للتعاقد ، و بتعبير آخر تتعطل آثار الارادة متى تبينا أن هناك غلطا على المعنى السابق بيانه فى المبحث السابق وبهذا يستوى قيام الوهم فى ذهن المتعاقد دون فعل فاعل وقيامه نتيجة للتدليس الصادر عن طرف العقد الآخر أو عن أجنبي .

واذا رجعنا الى نص القانون فى التدليس (المادة ١٣٦ / ١٩٦) لم نجد فى هذا النص — فى أصله الفرنسى — ما يتنافر مع هذه النتائج ، اللهم الا أن هذا النص يفترض استعمال الحيل وأن قواعد الرضائية تكتفى بأى ايهام بغير الواقع ولو كان هذا الايهام بطريق الكذب أو الكتمان . على أن كلمة « الحيل » لا تتطلب حتما شيئا غير الكذب أو الكتمان ، أو هذا على الأقل تفسير أحكام المحاكم التى تقضى بابطال عقود كل ما ثبت فيها مجرد الكذب أو مجرد الكتمان . والأحكام التى قضت برفض البطلان بحجة أن كل ما وقع هو الكذب المجرد الذى لم يصطحب بأساليب تدليسية قد أنصفت فى قضائها وأخطأت فى صياغة القاعدة القانونية . فهى محقة فى رفض البطلان ولكن لا لأن ما وقع هو مجرد الكذب بل لأنه لم يثبت أن هذا الكذب كان ذا تأثير فى المتعاقد .

لا ضير اذن من تطبيق قواعد الرضائية على علاتها ، بل ان هذا التطبيق هو ما تقضى به القواعد القانونية السليمة .

انما يستوقفنا فى ذلك أننا بتطبيق هذه القواعد قد ننتهى الى محو كل فرق بين الغلط والتدليس أو بتعبير أدق ، الى الاستغناء عن التدليس وضعا مستقلا . ونحن ننتهى فى الواقع الى ادماج نظرية التدليس فى نظرية الغلط ما دام وقوع

التدليس المفسد للارادة يفترض دائما وقوع الغلط بتخلف الغرض الذاتى للمتعاقد وما دمنا نطلق حدود نظرية التدليس بحيث يبطل العقد كلما كان هناك غلط سواء صدر التدليس عن المتعاقد الآخر أو عن أجنبى عن العقد [١] .

التدليس اذن مندمج فى الغلط بوصفه عيبا يشوب الارادة . وعلى هـذا الوصف لاتكاد تظهر أهمية للتفرقة بينه و بين الغلط . فالمتعاقد الذى وقع تحت تأثير التدليس يمكنه طلب ابطال العقد على أساس التدليس أو على أساس الغلط وهو باقامة الدليل على التدليس يقيم الدليل على الغلط فى نفس الوقت .

على أن اقامة الدليل على الغلط الناتج عن تدليس أسهل بكثير من اقامة الدليل على الغلط المجرد . ان اثبات الغلط مجردا عن التدليس عبارة عن اثبات حالة نفسية وهو على هذا الوجه لا يخلو من دقة وصعو بة . أما اثبات التدليس فهو اثبات لأعمال مادية صادرة من المدلس فهناك وقائع محسوسة منسو بة لهذا المدلس ثبوتها قرينة قوية على قيام الغلط فى ذهن الطرف الآخر .

مسألة الاثبات اذن — لاقواعد الرضائية — تميز التدليس عن الغلط وتمنحه نوعا من الاستقلال عنه .

١٣٠ — على أن التدليس كما أسلفنا ذو وجهين ، فهو عيب فى الارادة من وجه وفعل ضار منشىء للمسؤولية اللاتعاقدية من وجه آخر . وهو على هذا الوجه الأخير لا يندمج فى الغلط بل يستقل عنه استقلالا تاما . وبسبب هذا الوصف الثانى يقع كثيرا أن تعرض عقود لا يمكن ابطالها على أساس الغلط ويمكن ابطالها على أساس التدليس . وبطلانها على أساس التدليس لا يكون بالتطبيق لقواعد الرضائية بل لقواعد المسؤولية اللاتعاقدية . مثال ذلك أن يقع التدليس فيؤثر فى الباعث السابق على التعاقد ، كمن يدلس على آخر فيحمله على الاعتقاد بأن سيارته أصبحت غير صالحة للاستعمال و يبيع له سيارة أخرى . مثل هذا العقد باطل على

---

(١) وهذا بالذات ما انتهت اليه بعض الشرائع التى تنص على التدليس عيبا فى الارادة باعتباره محض تطبيق للغلط . راجع المادة ٦٦٣ من القانون البرتغالى وراجع ڤيفوريانو ص ٢٨٥ وما بعدها .

أساس التدليس ولكنه لا يعتبر باطلا على أساس الغلط ، ذلك أن الغلط هنا لم يقع فى الحافز للتعاقد بل فى مجرد الباعث . وهو باطل على أساس التدليس لا باعتبار التدليس عيبا يشوب الارادة بل باعتباره جريمة مدنية منشئة لمسؤولية لا تعاقدية . والمدلس طبقا لهذه المسؤولية ملتزم باصلاح الضرر وقد يكون اصلاح للضرر بابطال العقد عليه . وما دام البطلان تطبيقا للمسؤولية اللاتعاقدية فان مثل هذا التدليس لو صدر من أجنبى عن العقد لا يؤدى الى بطلانه بل يظل العقد صحيحا بين البائع والمشترى ويكون لهذا الأخير الرجوع بالمسؤولية اللاتعاقدية على من دلس عليه .

كما يترتب على وصف التدليس بأنه جريمة مدنية أن البطلان لا يحكم به متى كان الضرر مما يمكن اصلاحه مع بقاء العقد صحيحا . فاذا كان التدليس الواقع لم يصل الى درجة التأثير فى الارادة فلم يكن هو الذى حمل الشخص على التعاقد بل اقتصر أثره على جعله يقبل شروطا باهظة لم يكن ليقبلها لولا هـذا التدليس فالعقد صحيح لأن الارادة لم يلحقها العيب وللمتعاقد الرجوع على الآخر بالتعويض اصلاحا للضرر على أساس أن التدليس جريمة مدنية . وهذا ما جعل البعض يميز بين تدليس دافع وتدليس غير دافع جزاء أولهما البطلان وجزاء ثانيهما التعويض . والحقيقة أن هذا التدليس غير الدافع لا يتعلق بتاتا بانعقاد العقد وبقواعد الارادة . انمـا هو يتعلق بقواعد المسؤولية اللاتعاقدية .

الفرع الخامس — فى الغبن[1]

١٣١ — تعريف الغبن . مقاييسه . تقسيم الموضوع .

١٣١ — انتهينا فى الفروع السابقة من الكلام فى عنـاصر الارادة .

---

(١) **مراجع** — ريبير فى القاعدة الخلقية ، فقرة ٦١ وما بعدها ديموج ١ فقرة ٣٩١ وما بعدها — لوى لوكاس ، الغبن والعقد — جوسران ، الباعث فى الأعمال القانونية فقرة ٩١ — بلانيول وريبير واسمان فقرة ٢١٠ وما بعدها — السنهورى فقرة ٤٢٥ وما بعدها — شاتلان ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٠٧ ص ٥٩ وما بعدها — ريكول ، مقال فى مجلة مصر العصرية ١٨ ص ١٨٩ وما بعدها — وديع شنوده ، مقـال فى الجازيت ٤ ص ٣ وما بعدها — ديمونتيس ، رسالة باريس سنة ١٩٢٤ .

ويقصد بالغبن ذلك الضرر الذى يلحق أحد المتعاقدين بسبب شروط العقد التى تخل بالتعادل بين المنافع . فالبائع الذى يبيع عقاره بثمن بخس يعتبر مغبونا لأن المنفعة التى تلحقه بالتزام المشترى بالثمن أقل من المنفعة التى يحصلها لهذا المشترى بتمليكه العين . والطعن فى العقود على أساس هذا الضرر يستند عادة على نص يقضى به القانون مجردا عن قواعد الارادة . فالقانون يقضى فى بعض الأحوال بتعطيل أثر الالتزام التعاقدى رغم أن تطبيق قواعد الارادة وحدها يؤدى الى نشوء هذا الالتزام . وهو يرجع فى هذا التعطيل الى مقاييس مادية لا الى تحليل ارادة المتعاقد .

على أن هذه النصوص ليست هى الصور الوحيدة التى يمكن فيها تعطيل أثر الالتزام التعاقدى عند ما تؤدى شروط العقد الى الاضرار بأحد الطرفين ، بل يمكن الوصول الى نفس النتيجة بتطبيق قواعد الرضائية وغيرها من القواعد القانونية وبالرجوع الى مقياس ذاتى يقتضينا تحليل ارادة المتعاقد . ولذلك نتناول فى المبحث الأول المقياس المادى للغبن ثم نتناول فى المبحث الثانى المقياس الذاتى . ونحن مستطيعون بعد ذلك أن نتناول فى المبحث الثالث عقود الاذعان التى يقع فيها عادة أن يلحق الضرر أحد المتعاقدين بسبب شروط العقد .

المبحث الأول — فى المقياس المادى للغبن

١٣٢ — مشكلة الغبن . مساس الغبن بالمبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ١٣٣ — وضع القاعدة فى الغبن . القاعدة فى القانون الفرنسى واستثناءاتها ١٣٤ — القاعدة فى القانون المصرى ١٣٥ — تحقيق التعادل فى العقد دون تسمية الطعن بالغبن .

١٣٢ — مسألة الغبن لاتعرض الا فى عقود المعاوضة التى تفترض منفعة يحصل عليها كل متعاقد ، فيجوز فيها اختلال التعادل بين المنفعتين . أما عقود التبرع وهى عبارة عن نفع محض يقابله ضرر محض فلا تعرض فيها مسألة الغبن . ذلك أن نية التبرع تقوم لدى المتبرع مقام المنفعة فتعادل المنفعة التى يحصل عليها طرف العقد الآخر .

ومشكلة الغبن من المشاكل الاجتماعية الخطيرة المعقدة التى يخوض فيها رجال القانون بجوار رجال الاجتماع ورجال الاقتصاد فتختلط فيها الضوابط القانونية بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية ويصعب فيها وضع القواعد القانونية . ولئن صح التسليم بأن الغبن فى العقود يمس بالعدالة ويؤدى الى أضرار اجتماعية فليس معنى ذلك أن تصاغ القاعدة العامة فى الغبن على نحو يقضى بأن كل اختلال بين المنافع يصلح سببا للطعن فى العقد ، لأن هذه الصياغة تؤدى حتما الى الفوضى فى المعاملات اذ الغبن على معناه الواسع لا يكاد يفلت منه عقد من العقود . يجب اذن وضع الضوابط لتحديد الأحوال التى يجوز فيها الطعن فى العقد بسبب الغبن . وهنا تدق المهمة وتتشعب طرائق النظر وتختلف المقاييس .

ان اجازة الطعن فى العقد على أساس الغبن تصطدم حتما بمبدأ من المبادىء التى تقوم عليها نظرية العقد ألا وهو المبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين (المادة ١١٣٤ الفرنسى) ، وهو كما سبق أن ذكرنا متفرع عن مبدأ سلطان الارادة[1] . ان العقد الذى انعقد باجتماع ارادتين سليمتين مفروض فيه أن ينشىء التزامات صحيحة يتعين تنفيذها على الوجه المتفق عليه ولو ترتب على نشوء هذه الالتزامات وقوع كسب لأحد المتعاقدين اضرارا بالآخر . ذلك أن سنة المعاملات وروح المجتمع الاقتصادى يقتضيان هذا التداول بين النفع والضرر ، ولو جرد المتعاقدون طوعا أو كرها من الأمل فى الحصول على الكسب بالتعاقد لزهد الناس فى التعامل وكسدت الأسواق . كل ما فى الأمر أنه يجب استيفاء الارادة تلك الشروط والعناصر التى سبق بيانها حتى تتحقق آثار العقد . ومتى استوفيت هذه الشروط فلا وجه للتعلل بالضرر للامتناع عن تنفيذ الالتزام .

١٣٣ — تلك الاعتبارات هى التى تؤدى الى صياغة القاعدة العامة على صورة سلبية فيقال ان الغبن ليس فى ذاته وجها للطعن فى العقد . الا أن وضع القاعدة على هذه الصيغة لا يمنع من تخفيفها بالاستثناء فى بعض الصور ، على أن

---

(١) راجع فيما سبق فقرة ٣٧ .

يكون للاستثناء ضوابط بحصر الأحوال و بوضع مقاييس مادية تتبين بها وقوع الغبن أو عدم وقوعه فى هذه الأحوال المحصورة . وهذا مافعله الشارع الفرنسى الذى وضع القاعدة بالسلب فى المادة ١١١٨ التى تقضى بأن الغبن لا يعيب الاتفاقات الا بالنسبة لعقود معينة أو بالنسبة لأشخاص معينين . فهو قد استثنى من القاعدة بالنسبة لطائفة من الأشخاص هم طائفة القاصرين فقضى فى المادة ١٣٠٥ بأن مجرد الغبن يخول القاصر غير المأذون ابطال كل عقوده و يخول القاصر المأذون ابطال العقود التى يتجاوز فيها حدود أهليته التى يبينها الباب الخاص « بالقصر والوصاية و الاذن للقاصر » . كما استثنى من القاعدة العامة بالنسبة لطائفة من العقود فقضى بجواز الطعن بالغبن فى عقد بيع العقار من جانب البائع (المادة ١٦٧٤) وفى القسمة من جانب المتقاسم (م ٨٨٧ وما بعدها) وفى قبول التركة من جانب الوارث (م ٧٨٣) . هذا من حيث حصر أحوال الغبن . أما من حيث مقاييسه فقد التجأ الشارع الفرنسى الى مقاييس مادية . فالطعن بالغبن فى عقد البيع لا يقبل الا متى أربى الغبن على سبعة أجزاء من اثنى عشر من قيمة العقار المبيع ، أو متى أربى على الربع فى عقد القسمة . أو النصف فى قبول التركة — هذه المقاييس المادية تقض كثيرا من المنازعات وتعفينا من الرجوع الى التقدير الذاتى لقيمة المنافع . فالعبرة بقيمة المنفعة فى الأسواق (العقار ، الأموال المقتسمة ، أموال التركة) لا بقيمتها عند ذات المتعاقد . ومتى كانت قيمة المنفعة المقدرة على هذا الوجه دون النصاب الذى حدده القانون صح الطعن بالغبن .

ومن نتائج هذه المقاييس المادية أن تقدير وجود الغبن يكون على أساس القيمة وقت التعاقد بغض النظر عن كل تغيير يلحقها بعد ذلك . وفى هذا تقضى المادة ١٦٧٥ بأنه « لمعرفة ان كان الغبن يربو على سبعة أجزاء من اثنى عشر جزءا يجب تقدير العقار بحسب حالته وقيمته وقت التعاقد » .

ولعله من نتائجها كذلك أن الطعن بالغبن لا يقبل حتى فى العقود التى أجاز القانون الطعن فيها بالغبن متى كانت هذه العقود احتمالية . فمن يبيع عقاره مقابل

ايراد مرتب يدفع له طول حياته لا يجوز له الطعن فى البيع بالغبن لأنه يحصل بهذا العقد على مقابل لا يمكن تحديد مقداره وقت انعقاد العقد لمعرفة بلوغه أو عدم بلوغه النسبة التى حددها القانون للغبن .

١٣٤ — أما الشارع المصرى فانه لم ينص على ما يقابل المادة ١١١٨ فرنسى (بل انه لم ينص على ما يقابل المادة ١١٣٤ التى تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين) وليس معنى هذا الاغفال أن شارعنا قد جعل القاعدة العامة فى الغبن على عكس حكم المادة ١١١٨ فقصد بهذا الاغفال أن يكون الغبن وجها للطعن فى العقود على وجه العموم . فتلك قاعدة لم تقض بها أية شريعة من الشرائع ولا يمكن أن يستقيم معها نظام قانونى . بل ان حكم المادة ١١١٨ متضمن حتما فى القانون المصرى دون نص عليه ، اذ المفروض فى العقود أنها صحيحة مالم يلحقها سبب للطعن فيها نص عليه القانون . فاذا نص القانون على الطعن بالغبن فى أحوال معينة أو فى عقود معينة فمعنى ذلك أن الغبن ليس وجها للطعن فى غير هذه الأحوال والعقود . وقد نص الشارع المصرى على اجازة الطعن بالغبن لبائع العقار القاصر فى المادة ٣٣٦ / ٤١٩ (وأخذ بمقياس مادى لتحديد الغبن فأجاز الطعن متى أربى الغبن على خمس ثمن العقار المبيع)[1] . ومفهوم هذا النص أن القاعدة العامة على خلاف ذلك[2] .

ولم يرد فى القانون المصرى ما يقابل المواد ١٦٧٤ و٨٨٧ و٧٨٣ من القانون الفرنسى ، اللهم الا نص المادة ٣٣٦ / ٤١٩ المشار اليه . أما المادة ١٣٠٥ مدنى فرنسى فقد أغنى عن حكمها ما قضت به المادة ١٣١ / ١٩١ من بطلان العقود الصادرة من القاصر حتى ولو لم تنطو على غبن واقع عليه .

١٣٥ — والى جانب هذه الأحوال التى يعمل الشارع فيها على مراعاة العدالة والتعادل فى العقد باجازة الطعن بالغبن وردت نصوص أخرى توخى فيها

---

(١) لن نتناول شرح الأحوال التى قضى فيها القانون باجازة الطعن بالغبن فى العقود اذ محل ذلك شرح العقود المعينة . ونكتفى هنا باستخلاص النظرية العامة فى الغبن .

(٢) راجع س م فى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعة ٤٧ ص ٢١٣ .

الشارع نفس القصد دون أن يسمى الطعن باسم الغبن .

فالمادة ١٨٥/١٢٥ تقضي بتحديد السعر الأقصى للفائدة الاتفاقية بثمانية فى المائة [1] بحيث اذا اتفق على أكثر من ذلك جاز للملتزم بدفع الفائدة أن يطلب انقاصها الى الحد الأقصى الذى نص عليه القانون . والمادة ١٨٥٥/٥٢٩/٤٣٤ تقضى بأنه « لا يجوز أن يشترط فى الشركة أن واحدا من الشركاء أو أكثر لا يكون له نصيب فى الربح أو يسترجع رأس ماله سالما من كل خسارة » .

فى جميع هذه الأحوال يعمل الشارع على ازالة الضرر الذى يلحق أحد طرفى العقد اما بتخويله ابطال العقد (المادة ١٦٧٤ فرنسى) أو بابطال الشرط المجحف (المادة ١٨٥٥/٥٢٩/٤٣٤) أو باعادة التوازن الى العقد بتكملة ثمن العقار المبيع (المادة ٤١٩/٣٣٦) أو بتنقيص الفوائد الى الحد الجائز الاتفاق عليه (المادة ١٨٥/١٢٥) .

المبحث الثانى — فى المقياس الذاتى للغبن

١٣٦ — الطعن فى العقد بتطبيق قواعد الرضائية : الغلط والتدليس والاكراه ١٣٧ — استبعاد حالة الاكراه الاقتصادى ١٣٨ — مذهب القضاء الفرنسى فى الاستناد على نظرية السبب وعلى فكرة التبرع فى الوكالة . تفنيد المذهب ١٣٩ — الطعن فى العقد بتطبيق قواعد المسؤولية . ١٤٠ — تلخيص . السبيل المادى والسبيل الذاتى فى الغبن . تركيز السبيل الذاتى فى تطبيق قواعد المسؤولية . مقارنة هذه النتيجة بحكم القانون الألمانى .

١٣٦ — ان الصور السابقة هى صور الغبن باعتباره وجها مستقلا للطعن فى العقود قائما على تلك المقاييس المادية التى سبق ذكرها . على أن هذه الصور الاستثنائية لا تعنى انه لا يمكن فيما عداها ازالة الاجحاف الذى يلحق المتعاقد بسبب اختلال التوازن بين المنافع . ان هذه الصور قد وردت استثناء من القاعدة التى تقضى بأن الغبن لا يؤثر فى صحة العقد ونفاذه . ولكن قواعد الغبن فى مجموعها

---

(١) كان السعر الأقصى تسعة فى المائة ثم صدر أخيرا المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٣٨ بتعديل المادة ١٢٥ أهلى والمرسوم بقانون رقم ٢١ لسنة ١٩٣٨ بتعديل المادة ١٨٥ مختلط وهما يقضيان بتخفيض الحد الأقصى من تسعة الى ثمانية فى المائة .

لا تنفى البتة تطبيق غيرها من القواعد القانونية . واذا وجد من بين هذه القواعد ما يؤدى تطبيقه الى تحقيق العدالة فى العقد واعادة التوازن اليه فلا محل للتردد فى التطبيق . وهذا ما تفعله المحاكم فهى تطبق قواعد الرضائية وقواعد المسؤولية .

ان رفض الطعن بالغبن فى عقد من العقود بحجة أن حالة الغبن المدعى بها ليست من الأحوال التى نص عليها القانون يفترض أن العقد قد انعقد صحيحا . أما اذا كان من الممكن تعطيل آثار العقد تطبيقا لقواعد الارادة فانما نحن نصل الى نفس النتيجة التى يؤدى اليها الطعن بالغبن وفى صور غير صور الغبن التى نص عليها القانون . كذلك نصل الى نفس النتيجة بتطبيق قواعد المسؤولية اللاتعاقدية .

وها بيان ذلك :

قد يجوز ابطال العقد فى حالة عدم تعادل المنافع على أساس الغلط فى القيمة متى تبين أن توهم التعادل كان هو الحافز للتعاقد . نعم ان صور الغلط فى القيمة نادرة الوقوع على الأقل بسبب صعوبة الاثبات و بسبب تحمل تبعة الغلط[1] . على أن هناك صورا تعرض فى العمل[2] تقضى فيها المحاكم ببطلان العقد وتعطيل آثاره مع عدم دخول العقد ضمن حالة من أحوال الغبن . وهى تبطله على أساس أن الغلط فى القيمة ان هو الا نوع من أنواع الغلط .

كذلك يجوز ابطال العقد فى نفس الحالة على أساس التدليس متى كان هذا التدليس قد ولد فى ذهن المتعاقد وهما من حيث قيمة المنفعة التى يقدمها المتعاقد الآخر ، وكان هذا الوهم هو الحافز على التعاقد . على أنه واثبات الحافز من الصعوبة بمكان فالمحاكم كثيرا ما تعيد التوازن الى العقد على أساس التدليس غير الدافع[3] .

(١) راجع فيما سبق فقرة ١٢١ .

(٢) راجع حكم س م فى ١٦ مايو سنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٤٢٦ وحكم النقض الفرنسى فى ٣٠ يوليو سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ — ١ — ٣٤٠ وراجع فيما سبق ص ١٩٣ — ١٩٤ .

(٣) راجع حكم باريس فى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٤٩ دالوز ٥٠ — ٢ — ٤٠ ونقض فرنسى فى ١٥ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ — ١ — ١٩٢ راجع مع ذلك حكم س ا فى =

كما يجوز ابطال العقد فى حالة عدم تعادل المنافع على أساس الاكراه . وقد رأينا أن المحاكم جرت على الابطال فى حالة الضرورة التى تلجىء الشخص الى قبول التعاقد بشروط باهظة لا تتناسب مع المنفعة التى يحصل عليها . فهى تقضى بأن الاتفاق على أتعاب باهظة مقابل انقاذ سفينة على وشك الغرق ممكن ابطاله على أساس الاكراه[1] . وليست هذه الحالة فى الواقع الا صورة من صور عدم التعادل بين المنافع أى الغبن[2] . كما أنها تقضى بابطال الاتفاق مع الطبيب على أتعاب باهظة لاجراء عملية مستعجلة على أساس الاكراه كذلك[3] .

١٣٧ — ان حالة الضرورة ليست الا صورة من صور الاكراه المبطل للعقد متى توفرت فيها شروط الاكراه وهى الضغط غير المشروع (العنصر الموضوعى) والتأثير فى الارادة (العنصر النفسى) . وهذان الشرطان كما رأينا لازمان لتوفر الاكراه . ولذلك لم يكن من الممكن ابطال العقد على أساس الاكراه أو الضرورة فى جميع الأحوال التى يضطر فيها الشخص الى التعاقد بشروط مجحفة . نعم أن استغلال طرف العقد لظرف الضرورة الذى يقع فيه الطرف الآخر يدخل فى باب الضغط ، انما يجب أن يقع هذا الاستغلال حتى يتوفر الضغط . ولا استغلال اذا كان المتعاقد لا يدرك حالة الضرورة التى يكون فيها الطرف الآخر . وحتى اذا أدرك المتعاقد أن زميله مرغم على التعاقد بالشروط المعروضة وانه لا طاقة له برفض التعاقد فتوفر بهذا شرط الضغط فليس معنى ذلك

= ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٨٤ الذى قضى بابطال عقد بيع عقار من أحد الوارثين بثمن بخس لمشتر اشتهر بنصب الشباك للوارثين وقد ثبت لدى المحكمة أن المشترى انتهز فرصة ادمان البائع على الخمر فصار يعقد له مجالس الخمر بالاشتراك مع زمرة من أعوانه وجعلوا جميعا يحللون له بيع العقار بهذا الثمن وراجع فيما سبق فقرة ١٢٩ ص ٢٠٩ و ٢١٠ .

(١) راجع فيما سبق فقرة ٨٩ .

(٢) فى فرنسا صدر قانون سنة ١٩١٦ الذى أباح للقاضى انقاص الأتعاب المتفق عليها وبهذا القانون صارت هذه الصورة من الصور الاستثنائية التى يجوز فيها الطعن فى العقد على أساس الغبن .

(٣) راجع فيما سبق فقرة ٨٩ .

أنه ضغط غير مشروع فى جميع الصور . ان الحياة الاقتصادية لا تخلو من الضغط الاقتصادى يفرضه المتعاقد على الآخر . واذا كان تقدير المشروعية مسألة قد تركت لتقدير القضاء فهو حتما لن يقض بأن مجرد الضغط الاقتصادى غير مشروع والا تعطلت المعاملات الاقتصادية ووقفت حركة التجارة . وقد يجوز فى هذا الصدد التفرقة بين حالة الضرورة التى تتعرض فيها سلامة الأشخاص للخطر وحالة الضرورة التى لا تخرج عن أن تكون ضغطا اقتصاديا لا يمس الانسان الا فى حيز المال ، فيعتبر الضغط فى الحالة الأولى غير مشروع وفى الحالة الثانية مشروعا . وهذا هو فى الواقع اتجاه المحاكم التى تبطل الاتفاق على أتعاب باهظة لانقاذ سفينة مشرفة على الغرق أو للقيام بعملية مستعجلة تتوقف عليها حياة المريض .

١٣٨ — وقد ذهبت المحاكم الفرنسية الى ابطال العقد عند اختلال التوازن بين المنافع على أساس آخر هو انعدام السبب جزئيا . وهى تقضى بهذا الابطال فى حالة بيع مكاتب الموثقين offices ministériels [1] متى كان الثمن المدفوع أعلا من قيمة المكتب على أساس أن زيادة الثمن على القيمة تصبح بلا سبب فيتعين الحكم بانقاص الثمن . كما التجأت الى هذا الأسلوب لانقاص الاتعاب المتفق عليها مع الوكيل والطبيب والمحامى والمهندس ووكيل الأعمال وسائر الأشخاص الذين يباشرون مهنة حرة بأجر متى كانت الاتعاب المتفق عليها باهظة لا تتناسب مع الأعمال التى يقوم بها هؤلاء الأشخاص . على أن هذا الأسلوب فى تبرير اعادة التوازن الى العقد غير سليم من الناحية القانونية ، لأن السبب يعتبر موجودا بمجرد التزام الطرف الآخر ، واذا كان وجه النقص فى السبب أنه غير صحيح فلا بد أن يتوفر عيب من العيوب التى تلحق الارادة كالغلط والاكراه والتدليس . وهى من ناحية أخرى تستند على أن الأصل فى الوكالة أنها تبرعية وتبيح لنفسها على هذا الأساس أن تخفض الأتعاب المتفق عليها

---

(١) ديموتيس ص ١٣٨ .

مع الوكيل [١] . والسند قاصر الدلالة لأن الاتفاق على الاتعاب ينفى نية التبرع ومتى انتفت هذه النية فعلا فقد وجب احترام العقد وعدم المساس بالأتعاب المتفق عليها . وقد استقرت القاعدة فى القضاء الفرنسى على اجازة هذا التخفيض مع عدم وجود نص يبيح ذلك ومع تعارض هذه القاعدة مع المبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين . وتأثر الشارع المصرى بأحكام القضاء الفرنسى [٢] فى هذا الصدد فنص فى باب التوكيل على أن « الاتفاق على مقابل معين لا يمنع من النظر فيه بمعرفة القاضى وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه » وبصياغة القاعدة فى هذا النص التشريعى يسقط النقد الذى يوجه اليها فى فرنسا حيث يجرى القضاء على تطبيقها دون نص .

والقضاء الفرنسى لم يكتف بالخروج عن المبادىء العامة باجازة التخفيض فى الوكالة دون نص بل أنه انتزع لنفسه الحق فى تخفيض الاتعاب المتفق عليها مع المهندسين والأطباء والمحامين ووكلاء الأعمال الخ قياسا على حقه فى تخفيض أتعاب الوكيل ، مع أن العقد الذى ينعقد مع هؤلاء الأشخاص ليس من الوكالة فى شىء اذ هم يقومون بأعمال مادية لا بأعمال قانونية .

١٣٩ — وكما تؤدى قواعد الرضائية الى توسيع الدائرة التى يمكن فيها الطعن فى العقد عند عدم تعادل المنافع ، كذلك تؤدى قواعد المسئولية الى نفس النتيجة . فجواز الحكم بالتعويض ، أو تخفيض الالتزام الذى يفرضه العقد على أحد الطرفين ، عند وقوع تدليس غير دافع ليس الا تطبيقا لقواعد المسئولية ، اذ التدليس يعيب الارادة اذا وصل الى حد التأثير فيها وهو فى نفس الوقت جريمة مدنية تجعل مرتكبها ملزما باصلاح الضرر الذى تسبب فيه [٣] . فاذا كان الضرر الواقع هو نقص المنفعة التى يحصل عليها من وقع عليه التدليس عن المنفعة

(١) ديمونتيس ص ١٣٩ .

(٢) راجع بهجت بدوى ، مقال عن تأثير القضاء الفرنسى فى التشريع المصرى ، مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٠٤ .

(٣) راجع فيما سبق فقرة ١٣٠ .

التى يقدمها فنحن نصل بتطبيق قواعد المسئولية الى نفس النتيجة التى يؤدى اليها الطعن بالغبن .

***

١٤٠ — نخلص من ذلك كله بأن تحقيق التعادل فى الالتزامات التعاقدية يلتمس فيه سبيلان : **أولا** — سبيل مادى وذلك بأن يقضى القانون فى أحوال استثنائية بأن الغبن المجرد يترتب عليه بطلان العقد أوجواز المطالبة باعادة التعادل، متى بلغ هذا الغبن نسبة معينة . وهو سبيل مادى لأننا لانحتاج لأجل التثبت من وجود الغبن الى الرجوع الى مقياس ذاتى للبحث عن تقدير المتعاقد للقيمة بل نكتفى بالمقياس المادى الذى يفرضه القانون (الربع ، الخمس ، النصف) . والشارع عند ما يجيز الطعن بالغبن فى هذه الأحوال لا يحمى متعاقدا بعينه بل يحمى طائفة معينة من الأشخاص فهو يحمى القاصرين (م ١٣٠٥ فرنسى و٣٣٦/٤١٩ مصرى) والمالكين (١٦٧٤ فرنسى) والمقترضين (م ١٢٥/١٨٥) . وكثيرا ما تدبر هذه الحماية بقوانين خاصة تصدر كلما اختمرت لدى الشارع الفكرة فى حماية طائفة جديدة من الناس . ففى فرنسا مثلا صدر فى سنة ١٩٠٧ قانون يقضى باجازة الطعن فى الغبن من جانب مشترى السماد اذا بلغ الغبن ربع القيمة وهذا القانون يحمى فى الواقع طائفة المزارعين (١) كما صدر فى سنة ١٨٩٩ وسنة ١٩١٥ قوانين تحدد الحد الأدنى للأجور وهى تحمى طائفة العمال . ويتميز هذا السبيل المادى فى تحقيق التعادل بدقة مقياسه وهو كما رأينا مقياس حسابى . وفى هذه الدقة مزية توفير الاستقرار فى المعاملات وثبات العقود .

ثانيا — سبيل ذاتى يؤدى الى حماية كل متعاقد بعينه وهذا يتطلب من القاضى أن يفحص ظروف العقد ويستجلى ارادة المتعاقدين ويتميز هذا السبيل بأنه يحقق

---

(١) راجع ديمونتيس ص ٢٢٣ وما بعدها وص ٢٦٢ .

العدالة تحقيقا ذاتيا لأنه يفترض الرجوع الى كل حالة على حدتها وتقرير الحل الذى يناسبها . والقاضى مقيد بطبيعة الحال بالضوابط القانونية فهو لايستطيع تحقيق العدالة على هذا النمط الا بالتطبيق لقواعد الرضائية ولقواعد المسؤولية اللاتعاقدية .

وأظهر قواعد الرضائية فى التطبيق قواعد الاكراه وبالذات حالة الضرورة [١] التى يندفع فيها الشخص الى التعاقد تحت تأثير ضغط غير مشروع . واذ كان ضغط المتعاقد على الآخر ضغطا غير مشروع هو فى نفس الوقت جريمة مدنية فان هذا السبيل الذاتى يتلخص فى تطبيق قواعد المسؤولية اللاتعاقدية [٢] ، فيكون هناك غبن كلما نسب الى أحد المتعاقدين أنه استغل ظرف الضرورة الذى وقع فيه المتعاقد الآخر استغلالا غير مشروع ويكون جزاء الغبن هو الجزاء العام المترتب على المسؤولية اللاتعاقدية ألا وهو اصلاح الضرر . وتتركز بذلك كل الصعوبة فى معرفة متى يعتبر الضغط مشروعا ومتى يعتبر غير مشروع وهى مسألة تقدرها المحاكم كما تقدر الخطأ فى المسؤولية اللاتعاقدية .

ليس اذن ما يمنع من التماس هذا السبيل الذاتى الى جانب السبيل المادى لتحقيق العدالة فى العقد مادمنا نتوخى فيه الضوابط القانونية التى تتركز فى قواعد المسؤولية . واننا بهذا نتقرب كثيرا من نص المادة ١٣٨ من القانون المدنى الألمانى [٣] التى تقضى بأنه « يعتبر باطلا كل عمل قانونى يستغل فيه الشخص حاجة الغير أو طيشه أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره على منافع مالية تزيد على قيمة المنافع التى يقدمها زيادة يتبين من الظروف أنها تسبب اخلالا جسيما فى ميزان التعادل بين المتعاقدين [٤] » . لقد تمنى بعض شراح القانون الفرنسى [٥]

---

(١) قارن لوى لوكاس فقرة ٢٣ وما بعدها .

(٢) قارن ديمونتيس ص ٢١٣ وما بعدها .

(٣) راجع كذلك فى نفس المعنى نص المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسرى .

(٤) ويظهر أن هذا النص لم تطبقه المحاكم فى المانيا الا نادرا لأنه تكرار للقواعد العامة الأخرى التى نص عليها القانون ، راجع ديمونتيس ص ٧١ .

(٥) راجع كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٠ ص ٤٦ .

وجود مثل هذا النص فى قانونهم ، مع أن الأمنية ليست بعيدة المنال وهى تكاد تتحقق بتطبيق قواعد المسؤولية اللاتعاقدية . وفى وسع القضاء — فى فرنسا وفى مصر — الأخذ بحكم النص الألمانى باعتبار الاستغلال الموصوف فى هذا النص من الأفعال غير المشروعة فيطبق عليه حكم المادة ١٥١ / ٢١٢ / ١٣٨٢ ويقضى ببطلان العقد اصلاحا للضرر[1] .

المبحث الثالث — فى عقود الاذعان[2]

١٤١ — الاكراه الاقتصادى وعقود الاذعان . عناصر عقد الاذعان ١٤٢ — عقد الاذعان ليس عقدا وانما هو مركز قانونى منظم . تفنيد الفكرة ١٤٣ — أسلوب المحاكم فى تخفيف اضرار عقود الاذعان ١٤٤ — تداخل الشارع لتخفيف الضرر .

١٤١ — رأينا أن الاكراه الاقتصادى لا يعتبر وحده وجها للطعن فى العقود . ولئن صح أن حالة الضرورة التى تلجىء الشخص للتعاقد تجعله لا يلتزم بأحكام العقد متى كان قد قبل التعاقد تحت تأثير ضغط غير مشروع فان الضغط الاقتصادى لا يؤدى الى هذه النتيجة لأنه لا يعتبر فى ذاته ضغطا غير مشروع . فمن يتعاقد مع شركة النور وهى تحتكر منفعة عامة مضطر الى التعاقد معها لأنه لا يستطيع استحداث المنفعة بنفسه أو بطريق شخص آخر غير هذه الشركة ، وهو اذ يتعاقد معها تفرض عليه شروط لا يملك مناقشتها أو تحويرها . تلك حالة

---

(١) راجع حكم س ١ فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٤ المشار اليه فى الفقرة ١٣٦ حاشية ٣ . والحكم لايستند الى قواعد المسؤولية اللاتعاقدية ، على أن الواقع أن الضرورة والاكراه على وجه العموم والتدليس انما هى تطبيق لقواعد المسؤولية اللاتعاقدية فهى أفعال ضارة خاطئة تلزم باصلاح الضرر ، وهى فى نفس الوقت قد تؤثر فى الارادة — راجع فيما بعد الفصل الثالث الخاص بالجزاء .

(٢) راجع ديجى ، تطورات القانون الخاص ص ١٢١ وما بعدها — هوريو ، مبادىء القانون العام ص ٢٠٧ وما بعدها — سالي ، فى اعلان الارادة ص ٢٢٩ وما بعدها — ريبير ، فى القاعدة الخلقية فقرة ٥٥ وما بعدها — ديموج ٢ فقرة ١٦٦ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٢٢ وما بعدها — محمد عبد الله العربى ، فى الاكراه الاقتصادى ، رسالة ليون سنة ١٩٢٤ وراجع ما أشير اليه آنفا فقرة ٤٠ ص ٦٤ .

ضرورة ولكن الاكراه هنا اقتصادى فلا يقال انه غير مشروع .

على أن شيوع كثير من العقود على هذه الصورة التى تفرض فيها ارادة أحد الطرفين فرضا على الطرف الآخر بحكم الظروف الاقتصادية دعا بعض الكتاب الى اثارة مشكلة هذه العقود التى أطلق عليها اسم عقود الاذعان contrats d'adhé-sion وهم يبغون من وراء ذلك تطبيق أحكام خاصة على هذه العقود ، بل هم يبغون اخراجها من منطقة العقود اطلاقا لأن العقد يقوم على توافق ارادتين وفى هذه العقود لا يتوفر غير ارادة واحدة هى ارادة الطرف المتحكم فى العقد .

و يعتبر العقد من عقود الاذعان اذا استوفى العناصر الآتية [1] :

أولا — أن يكون الايجاب فيه عاماً دائماً موجهاً الى أشخاص غير محدودين وأن يعتمد هذا الايجاب لمدة غير محدودة .

ثانيا — أن يصدر الايجاب من طرف يباشر احتكارا قانونيا أو فعليا لمنفعة عامة لا غنى للمستهلك عنها ، على الأقل فيما وصلت اليه المدنية الحديثة .

ثالثا — أن يكون الايجاب فى قالب نموذجى يعرض لكى يقبل على علاته أو يرفض (ومن ثم فكرة الاكراه الاقتصادى) فى صيغة مطبوعة تنطوى على كثير من الشروط المعقدة لا يقرأها جمهور المتعاقدين غالبا واذا قرأها فكثيراً ما لا يفهمها .

رابعا — أن يتضمن الايجاب شروطا فى مصلحة الموجب أكثر منها فى مصلحة الموجب اليه . وذلك بأن تقضى الشروط بفرض جزاءات على طرف العقد الآخر عن أقل اخلال بالتزامه أو على تحديد مسؤولية الموجب أو على اعفائه من المسؤولية فى الأحوال التى تثير مسؤوليته .

ومن أمثلة هذه العقود عقود توريد الماء أو الغاز أو النور من شركات

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٢٢ .

الاحتكار وعقود النقل مع الشركات الكبيرة أو المصالح الحكومية وعقود التأمين وعقود العمل فى المصانع الكبيرة .

١٤٢ — بعض الشراح كما رأينا ينكر على عقود الاذعان صفة العقد فهى فى نظرهم وضع أو مركز قانونى منظم institution [١] والآثار التى تترتب على هذه العقود لاتنشأ عن التعاقد ، اذ لا يمكن القول بأن هناك ارادة صحيحة صادرة من القابل وهو قد أرغم على القبول ، انما هى تنشأ عن ارادة واحدة منفردة هى ارادة الموجب . فهى فى الحقيقة قوانين أو لوائح يصدرها بعض أفراد يحتكرون منفعة عامة ويفرضون تطبيقها على مجموع الناس . ومتى صح هذا الوصف فقد وجب تفسير هذه العقود على هذا الأساس . وما دام عقد الاذعان قانونا ينظم منفعة عامة فقد حقت مراقبة هـذه المنفعة من حيث توجيهها حتى لا تحيد عن الغرض منها . وهى على أى حال لا تخضع للقواعد التى تخضع لها العقود بل يجب أن تخضع لقواعد خاصة تلائمها .

على أن هذا الرأى لم يصادف القبول عنـد جمهور الشراح ، لأن تشبيه تلك العقود باللوائح لاوجه له فاللائحة تنطبق على جمهور الناس بدون أن تتوقف على قبولهم أما عقود الاذعان فهى لا تنطبق على الناس الا بعد قبولهم ، فالقول بأن هناك ارادة واحدة هى ارادة المحتكر يخالف الواقع .

ومن ناحية أخرى لا يجوز القول بأن جمهور الناس عند قبولهم لهذه العقود يشوب العيب ارادتهم جميعاً [٢] . ناهيك عن أن فكرة عقد الاذعان ليست محددة رغم محاولة أنصارها تحديدها ببيان عناصر هذا العقد . بل أنهم لم يتفقوا فيما بينهم على قائمة هذه العقود مما جعل دائرتها تضيق وتتسع دون ضابط معروف ، فبعض أنصار عقود الاذعان يدخل مثلا ضمنها عقد الشراء من المخازن الكبيرة ذات الأسعار المحددة والبعض الآخر ينكر تلك الصفة على هذه العقود .

---

(١) راجع ديجى وهوريو وسالي ، المراجع السابقة .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ١٢٣ .

١٤٣ — أما المحاكم فهى لا تعترف مطلقا بنظرية عقود الاذعان ولا تجرى أية تفرقة بين العقود المسماة بهذا الاسم وغيرها من العقود . ولكن هذا الموقف لم يمنعها من أن تتوسل بأساليب قانونية لحماية جمهور الناس من العنت الذى يلحقهم بهذه العقود . فهى تعطل آثارها متى تبينت عيبا من عيوب الارادة (١) دون أن تعتبر أن الاكراه الاقتصادى يعيب الارادة وحده (٢) . وتبطل بعض الشروط التى تدرج عادة فى هذه العقود والتى تقضى باعفاء الموجب من المسؤولية باعتبارها شروطا مخالفة للنظام العام (٣) . كما أنها تقضى بعدم سريان الشروط التى لم يكن يعلم القابل بها عند التعاقد ، وقد طبقت ذلك على لائحة المصنع بالنسبة للعامل (٤) وعلى الاعلان الذى تعلقه الفنادق فى الغرف باعفاء ادارة الفندق من المسؤولية عن ضياع الأمتعة والأشياء التى لا تودع لديها (٥) . وهى كذلك تقضى بأن الشروط المخطوطة المضافة الى العقد المطبوع تنسخ الشروط المطبوعة متى ناقضتها باعتبارها لاحقة عليها حتما (٦) . وبأن هذه الشروط المطبوعة تنسخها الارادة الضمنية اللاحقة ، فالنص فى عقد التأمين على أن المؤمن يدفع الأقساط فى محل الشركة تنسخه العادة التى تجرى عليها الشركة من ارسال المحصل الى المؤمنين لتحصيل الأقساط على اعتبار أن هذه العادة تعبر عن ارادة ضمنية للطرفين (٧) .

---

(١) نقض فرنسى فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ — ١ — ٢٨٨ و٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٥ سيرى ١٩٠٦ — ١ — ٤ .

(٢) محمد عبد الله العربى ، المرجع السابق .

(٣) باريس فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٦ دالوز الاسبوعى ١٩٢٦ ص ٢١٠ وس م فى ١١ يونيو سنة ١٩١٣ المجموعة ٢٥ ص ٤٣٥ و١٠ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة ٣٦ ص ١٤٠ و٦ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة ٣٨ ص ٣٩٦ .

(٤) نقض فرنسى فى ١٥ يناير سنة ١٩٠٦ سيرى ١٩٠٦ — ١ — ٨٨ .

(٥) روان فى ١٨ يوليو سنة ١٨٨٩ دالوز ١٩٠١ — ٢ — ٣٠٣ .

(٦) محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ رقم ٥٥ .

(٧) مصر المختلطة فى ١٦ يناير سنة ١٩٢٨ الجازيت ٢٠ رقم ٩٣ ونقض فرنسى فى ١٩ اكتوبر سنة ١٩٠٤ سيرى ١٩٠٤ — ١ — ٤٨٥ .

وأخيرا تقضى المحاكم بأن هـذه العقود تفسر عند الشك فى مصلحة القـابل لأن القابل هو الملتزم أما الطرف الآخر فهو الذى يفرض أحكام العقد [١] ، والقاعدة أن العقد يفسر عند الشك فى مصلحة الملتزم (م ١٤٠ / ٢٠١ / ١١٦٢) . فالمحاكم بتلك الوسائل — وهى وسائل قانونيـة لا غبار عليها — تخفف من الاجحاف الذى يلحق جمهور الناس بهـذه العقود .

١٤٤ — على أن ما تفعله المحاكم فى هـذا السبيل لا يمكن أن يزيل كل وجوه الضرر ، بل لا مندوحة عن تداخل الشارع بين حين وآخر بطريق النص على بطلان الشروط المجحفة التى تجرى شركات الاحتكار عادة على ادراجها فى عقود الاذعان . ففى فرنسا صدر مثلا قانون فى سنة ١٩٠٥ يقضى ببطلان شرط الاعفاء من المسؤولية فى عقود النقل . كما صـدر قانون فى سـنة ١٩٣٠ يقضى ببطلان طائفة من الشروط التى جرت شركات التـأمين على ادراجها فى عقود التأمين [٢] . فاذا أدرجت هذه الشروط اعتبرت كأن لم تكن واعتبارها كذلك يحمل الشركات حتما على محو هـذه الشروط من العقود من تلقاء نفسها . وتداخل الشارع بسن القوانين التى تقضى ببطلان بعض الشروط عبارة عن اعادة لتوازن منافع العقد بالطريق المادى الذى سبقت الاشارة اليه بالنسبة للغبن فهو لا يحمى بهذا الأشخاص حماية ذاتية بل هو يحمى طوائف معينة [٣] .

---

(١) نقض فرنسى فى ٥ يناير سنة ١٩١٦ سيرى ١٩١٧ — ١ — ٢٠ وس م فى ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ المجموعة ٤٠ ص ٢٩٥ .

(٢) كما أن قوانين اصـابات العمل تقضى ببطلان الاتفاق على تخفيض التعويض الذى قد يستحق للعامل عن اصابته أثناء العمل (المـادة ٤ من قانون اصابات العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) .

(٣) وقد يكون من وسائل تخفيف الاجحاف تآزر المستهلكين أنفسهم على مقاطعة شركات الاحتكار وحملها بهـذا على تخفيف الشروط المجحفة (راجع بلانيول وريبير واسمـان ١ فقرة ١٢٥) .

الفصل الثالث

فى انعقاد العقد — جزاء القاعدة (١)

١٤٤ — تقسيم الموضوع .

١٤٥ — انتهينا فى الفصلين السابقين من وضع القاعدة فى انعقاد العقد . ويبقى لاستكمال هذه القاعدة أن نتكلم فى الجزاء الذى يفرض عند عدم استيفائها. ان العقد اذا استوفى عناصر التراضى انعقد صحيحا وترتبت عليه آثاره فنشأت الالتزامات التى تعهد بها أطراف العقد . ومتى نشأ الالتزام التعاقدى فالمفروض تنفيذه على الوجه الذى يقضى به العقد والا نشأت المسؤولية وأجبر المتعهد على التنفيذ العينى للالتزام ، فاذا لم يمكن هذا التنفيذ العينى حق الحكم عليه بالتعويضات وجاز للدائن أن يستوفى مبلغ التعويض المحكوم به بالحجز على أموال المدين . أما اذا نقص عنصر من عناصر التراضى فالعقد باطل فلا تترتب تلك الآثار ولا تنشأ هذه الالتزامات وبالتالى لا يكون محل لتنفيذها .

على أن الجزاء الذى يقع عند نقص عنصر من عناصر التراضى يختلف فى الواقع باختلاف هذا العنصر ، فالبطلان أنواع لكل منها حكم يختلف عن الآخر . يجب اذن أن نبين أنواع البطلان والأحوال التى ينطبق فيها كل نوع من هذه الأنواع ، ثم نتناول بعد ذلك دعوى البطلان أى أحكام البطلان التى تختلف باختلاف نوعه ، وأخيرا نتناول معنى البطلان أى حكم العقد الباطل .

---

(١) **مراجع** — ايرنج ، أعماله المختارة جزء ٢ ص ٣ وما بعدها — بنكاز ٣ ص ١ وما بعدها — ايمار فى بطلان الشركات — پلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ٢٨٠ وما بعدها — دروجول ، رسالة اكس سنة ١٩٠٢ — لوايه ، رسالة رن سنة ١٩٠٨ — چاپيو ، رسالة ديجون سنة ١٩٠٩ — پيد ليڤر ، رسالة باريس سنة ١٩١١ — بهجت بدوى ، آثار التصرفات الباطلة ، القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٧٩ وما بعدها و ٤ ص ٣١٧ وما بعدها — السنهورى فقرة ٥٦٥ وما بعدها .

الفرع الأول - فى انواع البطلان

١٤٦ — تعقيد نظرية البطلان بسبب قصور نصوص القانون .

١٤٦ — نظرية البطلان من النظريات المعقدة التى لم تستقر على أحكام ثابتة ، وعلى الأخص فى كتب الفقهاء . ويرجع التعقيد الى اغفال الشارع فى فرنسا وفى مصر وضع قواعد عامة للبطلان . فالقانون الفرنسى لم يورد فى هذا الشأن غير نص المادة ١١١٧ التى تقضى بأن العقد الذى يشوبه الغلط أو الاكراه أو التدليس لا يعتبر باطلا بطلانا مطلقا وانما يكون قابلا للبطلان على الوجه المبين فيما بعد . وهذه المادة تحيل على المادة ١٣٠٤ التى تقضى بأن دعاوى البطلان تتقادم بمضى عشر سنوات . أما القانون المصرى فهو لم يضع قواعد عامة فى هذا الشأن ، وكل ما فى الأمر أنه يقضى فى بعض النصوص ببطلان التصرفات فى أحوال معينة ، ويظهر من هذه النصوص أنه يفرق بين بطلان أصلى و بطلان نسبى (قارن المادة ٣٢٤/٢٥٧ بالمادة ١٩٢/١٣٢) .

واذا كان الشارع قد أغفل بيان أحكام البطلان فان الفقه عمل من ناحيته على سد هذا النقص فاستخلص نظرية عامة للبطلان ، نبدأ بالكلام عليها ثم ننتقل بعد ذلك الى أنواع البطلان بالتطبيق لقواعد الرضائية .

المبحث الاول — فى النظرية التقليدية

١٤٧ — صيغة النظرية . التفرقة بين أركان الانعقاد وأركان الصحة وبين البطلان المطلق والبطلان النسبى ١٤٨ — التقسيم الثلاثى للبطلان . تفنيد فكرة الانعدام .

١٤٧ — تفرق النظرية التقليدية للبطلان بين أركان انعقاد العقد وأركان صحته . أما أركان الانعقاد فهى التراضى والمحل والسبب والشكل فى العقود الشكلية (العقد الرسمى فى الهبة)، وأما أركان الصحة فهى الأهلية وسلامة الرضا من العيوب . فاذا نقص العقد ركن من أركان انعقاده بطل بطلانا مطلقا ، واذا نقصه ركن من أركان الصحة بأن كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو بأن شاب رضاه عيب من العيوب وهى الغلط والاكراه والتدليس

فالعقد باطل بطلانا نسبيا لمصلحة هذا المتعاقد دون الآخر .

واذا نقص العقد ركن من أركان انعقاده فبطلانه لا يتوقف على ارادة أحد المتعاقدين بل هو واقع من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم ، وهذا هو معنى البطلان المطلق ، فيمكن اذن أن يتمسك بهذا البطلان كل من الطرفين كما يمكن أن يتمسك به كل ذى مصلحة . ومتى كان البطلان مطلقا فلا تلحق العقد الاجازة ولا يصححه التقادم واذا أريد تحقيق الغرض المقصود منه فلا بد من انشائه من جديد بعد تطهيره من سبب بطلانه . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو فى حكم العقد الصحيح الى أن يتمسك بالبطلان من شرع هذا البطلان لمصلحته كناقص الأهلية ومن شاب رضاه العيب . قبل هذا التمسك تترتب على العقد آثاره وتنشأ الالتزامات التعاقدية ويجب تنفيذها . أما اذا طلب البطلان فحكم به أصبح العقد فى حكم الباطل بطلانا مطلقا .

ومتى اعتبر العقد باطلا سواء من بادىء الأمر (البطلان المطلق) أو بعد طلب بطلانه ممن شرع البطلان لمصلحته (البطلان النسبى) فلن يترتب عليه أى أثر ، اذ تسقط الالتزامات التى كان يرمى العقد الى انشائها . فاذا لم تكن هذه الالتزامات قد نفذت بعد لم يمكن تنفيذها ، واذا كانت قد نفذت وجب الرجوع فى هذا التنفيذ ورد الطرفين الى مركزهما قبل التعاقد . واذا كان أحد الطرفين قد تصرف فى حق من الحقوق التى ترتبت له بمقتضى هذا العقد الباطل فتصرفه باطل بدوره لأن ما قام على الباطل باطل وفاقد الشىء لا يعطيه . فاذا باع المشترى بعقد باطل العين التى اشتراها فبيعه باطل فيجوز للبائع الأصلى أن يسترد العين ممن تلقاها عن هذا المشترى .

١٤٨ — على أن فريقا كبيرا من الشراح [1] يرى أن نقص العناصر الجوهرية فى العقد يؤدى الى انعدامه انعداما تاما لا الى مجرد بطلانه . وهم من

---

(١) أوبرى ورو ١ فقرة ٣٧ حاشية ٣ — لوران ١٥ فقرة ٤٥٠ — بودرى وبارد ، الالتزامات ٣ فقرة ١٩٢٩ — بونكاز فقرة ٧٦ وما بعدها .

أجل ذلك يفرقون بين الانعدام inéxistence ، والبطلان المطلق nullité absolue . فالعقد منعدم اذا تخلف أحد العناصر الضرورية لوجوده كما لو انعدم التراضى لعدم توافق الارادتين أو لانعدام احدى الارادتين بصدورها من شخص غير مميز كالمجنون والطفل الذى لم يبلغ سن التمييز ، أواذا انعدم المحل أو السبب أو اذا انعدم الشكل الذى يتطلبه القانون لانعقاد بعض العقود ، كالرسمية فى عقد الهبة وعقد الرهن الرسمى . أما اذا توفرت هذه الأركان ولكن كان المحل مما لا يجوز التعامل فيه أو كان السبب غير مشروع أو مخالفا للآداب أو توفر ركن الشكل ولكن لم تتبع فيه الأوضاع التى يتطلبها القانون فالعقد كائن ولكنه باطل بحكم القانون بطلانا مطلقا . أما اذا كانت الارادة ولكن شابها العيب أو صدرت من شخص مميز ناقص الأهلية فالعقد باطل بطلانا نسبيا .

ومن خصائص الانعدام عند هؤلاء الشراح أنه لا يتوقف على حكم القضاء بل العقد عدم من تلقاء نفسه وهو فى هذا يختلف عن البطلان المطلق الذى يتوقف على حكم القاضى . نعم ان البطلان المطلق لا ينشئه القاضى بل يكشف عنه ، فالمفروض انسحابه الى تاريخ انعقاد العقد . ولكن ما زال العقد الباطل بطلانا مطلقا يتميز عن العقد المنعدم فى أنه عقد ذو كيان استجمع العناصر المطلوبة لكى يعتبر موجودا ، ولذلك فالمفروض أنه يرتب آثاره حتى يحكم ببطلانه .

على أن الواقع أن هـذا التمييز لا وجه له لأن ضرورة الرجوع الى المحكمة تعرض فى العقد المنعدم كما تعرض فى العقد الباطل بطلانا مطلقا على وجه سواء . وهى تعرض فى الحالتين — بغض النظر عن نوع النقص الذى يشوب العقد — متى كان العقد قد نفذ . ذلك أن من قام بتنفيذ التزام يقضى به عقد باطل أو منعدم لا يستطيع أن يقتضى حقه بنفسه - nul ne peut se faire justice à soi même وجبر غريمه على رد ما استوفاه ، بل هل ملتزم بأن يطالبه بالرد ان لم يكن بالرضا فبحكم القضاء . وسوف يعرض ذكر العقد الباطل أو المنعدم أمام القاضى لأنه السند الذى يستند عليه المدعى عليه لاستبقاء ما استوفاه . ومتى تبين القاضى أن العقد باطل أو منعدم فهو يقضى بالرد .

كذلك قيل ان الانعدام يختلف عن البطلان المطلق فى أن العقد المنعدم لايترتب عليه أى أثر بعكس العقد الباطل بطلانا مطلقا الذى تترتب عليه آثار فى بعض الصور . على أنه اذا صح أن العقد الباطل تترتب عليه آثار فى بعض الصور فكذلك العقد المنعدم . ان العقد الصادر من مجنون يعتبر فى حكم العدم فى نظر هذا الفريق من الشراح . ولكن ما القول فى أن مثل هذا العقد اذا كان رسميا فوضعت عليه الصيغة التنفيذية جاز تنفيذه ؟ لو أنه عدم لكان على المحضر الذى يتولى التنفيذ أن يمتنع عنه حتى قبل صدور الحكم ببطلان العقد (١) .

الحقيقة أن الآثار التى تترتب على العقود الباطلة أحيانا انما هى تترتب عليها بوصف كونها واقعة قانونية لا بوصف كونها عملا قانونيا . ولا وجه بعد للتمييز بين الانعدام والبطلان المطلق ، اذ فى الحالتين يكون العقد عدما فى نظر القانون والمفروض ألا يترتب عليه أثر فى أى وقت من الأوقات . واذا كان ظهور العقد الباطل فى مظهر العقد الصحيح يؤدى الى ترتب آثار قانونية فهذه الآثار لاتترتب على العقد الباطل وحده بل كذلك على العقد المنعدم .

المبحث الثانى — فى تطبيق قواعد الرضائية

١٤٩ — تقسيم البطلان الى مطلق ونسبى يطابق قواعد الرضائية ١٥٠ — استظهار العلة فى جعل البطلان نسبيا فى حالتى الغلط والتدليس ١٥١ — . . . فى حالتى نقص الأهلية والاكراه ١٥٢ — استكمال النظرية العامة للبطلان : باجراء تقسيم آخر ١٥٣ — . . . ببيان الاستثناءات .

١٤٩ — رأينا أن النظرية التقليدية التى تميز بين أركان انعقاد العقد وأركان صحته تنتهى الى التمييز بين البطلان المطلق جزاء على عدم توفر النوع الأول من الأركان والبطلان النسبى جزاء على عدم توفر النوع الثانى منها . ونحن لم نجر هذا التمييز بالنسبة لانعقاد العقد ، بل قلنا ان ركن العقد هو التراضى دون غيره ، أما المحل والسبب وأركان الصحة فقد أدمجناها جميعا فى الارادة باعتبارها

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٨٤ .

من عناصرها وجعلنا الارادة فى مجموعها عنصرا من عناصر التراضى ، وقلنا ان التراضى يكمل باعلان الارادة وتوافقها بأخرى .

ويعنينا الآن أن نبين الجزاء الذى يترتب على عدم استيفاء التراضى لعناصره على نور القاعدة التى وضعناها بالنسبة لانعقاد العقد . ليس من شك فى أن العقد باطل اذا انعدم عنصر من عناصر التراضى ، كما لو انعدمت الارادة أو قامت فى نفس المتعاقد ولم تظهر فى عالم الوجود أو ظهرت ولم تقترن بارادة أخرى . انما هل معنى ذلك أن البطلان الذى يلحق العقد واحد فى جميع الأحوال وأنه لا محل للتفرقة بين بطلان مطلق و بطلان نسبى ؟ الواقع أن النظرية التقليدية محقة فى التفرقة بين هذين النوعين من البطلان ، اذ هناك أحوال يكون فيها البطلان نسبيا بمعنى أنه يتوقف على ارادة أحد المتعاقدين . هذا البطلان النسبى يعرض فى الأحوال التى تكون فيها ارادة أحد الطرفين ولكن ينقصها بعض العناصر ، ونقصد بذلك حالة الغلط والتدليس (السبب غير الصحيح) وحالة الاكراه وحالة نقص الأهلية .

١٥٠ — ولنتناول أولا حالتى الغلط والتدليس . قد يقال — اعتراضا على جعل البطلان نسبيا — ان ارادة المتعاقد الذى وقع فى الغلط انما هى ارادة منعدمة ، وانه لا فرق بين حالة الغلط وهى عبارة عن عدم تحقق الغرض الذاتى و بين حالة انعدام السبب وهى عبارة عن عدم تحقق الغرض المجرد . فاذا كنا نقضى بالبطلان المطلق فى حالة انعدام السبب على أساس أن الارادة تنعدم بانعدام سببها فكذلك يجب أن يكون الرأى فى حالة الغلط لأن تحقيق الغرض المجرد للارادة لا وزن له ما دام الغرض الذاتى للمتعاقد لم يتحقق . ان قوانيننا تقوم على قواعد الرضائية التى تعتد بالارادة الفعلية لا بالارادة الظاهرة . والاعتداد بالارادة الفعلية يجعل العبرة بالغرض الذاتى لا بالغرض المجرد ويجعل الارادة التى لم يتحقق غرضها الذاتى ارادة باطلة فى حكم العدم فلا ينشأ عنها التزام ، على الأقل لأن نية الالتزام قد تعلقت بتحقق هذا الغرض الذاتى فيجب أن يتعطل الالتزام عند تخلفه .

لا غبار على هـذا التدليل حيث ينتهى الى انعدام الارادة فى الحالتين ، ولكنه لا يعنى أن بطلان العقد فى حالة الغلط لا يختلف عن بطلانه فى حالة انعدام السبب . بل هو يختلف عنه للأسباب الآتية :

أولا — لا يمكن التثبت من انعدام الارادة بسبب الغلط الا بعد الرجوع الى الأغراض الذاتية للمتعاقد ومعرفة تحققها بالعقد أو عدم تحققها ، وتلك مسألة لا يمكننا البت فيهـا الا اذا أفصح المتعاقد عنها . فانعدام الارادة و بطلان العقد تبعا لذلك يتوقف على هذا الافصاح ، وهذا هو البطلان النسبى بعينه . أما فى حالة انعدام السبب فان انعدام الارادة لا يتوقف على مثل هذا الافصاح ، اذ السبب هو الغرض المجرد المباشر ، ومن الممكن أن نتبين تخلف هذا الغرض المجرد المباشر دون حاجة الى أن يفصح المتعاقد عن أغراضه الذاتية .

ثانيا — ما لم يفصح المتعاقد عن أغراضه الذاتية فيطلب بطلان العقد لعدم تحقق هذه الأغراض فان التزامه الارادى قائم ، فكأن البطلان ينشئه هذا الافصاح . أما التزام الطرف الآخر الذى تحققت أغراضه الذاتية فهو التزام صحيح توفرت فيه كافة الشروط . فمن يشترى آنية معينة يعتقد أنها أثرية وهى ليست كذلك يلتزم بالثمن التزاما صحيحا لأن محل تعهده فعل ممكن كما أن غرضه المباشر متحقق بالتزام البائع بتسليم هذه الآنية . ولكن التزام المشترى يقبل التعطيل بالافصاح عن الغرض الذاتى واثبات ان هذا الغرض لم يتحقق لأن الآنية ليست فى الواقع أثرية . أما البائع فهو ملتزم أولا وآخرا بتسليم العين التى تعهد بتسليمها لأن محل تعهده عمل ممكن وهو تسليم الآنية وغرضه المباشر والذاتى متحققان بالتزام المشترى بدفع الثمن . فاذا طلب المشترى ابطال العقد للغلط وهو بهذا يطلب فى الواقع ابطال التزامه بدفع الثمن وحكم باجابته الى طلبه تخلف الغرض الذى رمى اليه البائع وهو التزام المشترى بالثمن فسقط التزام البائع بدوره ووجب رد الطرفين الى مركزهما قبل التعاقد .

وفى هذا يختلف البطلان فى حالة الغلط عن البطلان لانعدام السبب كما لو اشترى شخص عينا هلكت قبل التعاقد . التزام البائع لا ينشأ لانعدام محله .

و بتخلف التزام البائع يتخلف كذلك التزام المشترى لتخلف سببه . كل هذا يحصل دون أن يتوقف البطلان على عمل ارادى جديد يصدر من هذا المشترى . بعكس البطلان للغلط كما رأينا .

ومثل الغلط التدليس وهو تطبيق من تطبيقاته .

البطلان فى حالة نقص الأهلية

١٥١ — أما فى حالة نقص الأهلية فان الارادة لا تعد منعدمة ما دامت صادرة من شخص مميز . واذا كان العقد باطلا رغم كيان الارادة فلأن الشارع قد قضى بذلك حماية لناقصى الأهلية . واذا كنا لا نقول بالبطلان المطلق فى هذه الحالة فلأننا بتقرير البطلان المطلق نتجاوز الحكمة من هذا البطلان . ان حكمة البطلان الذى قضى به الشارع هى حماية ناقص الأهلية كلما أضر به العقد . والعقد الذى يعقده ناقص الأهلية قد لا ينطوى على ضرر ، بل قد يكون فى مصلحته . واذا نحن قضينا اضطرادا بالبطلان المطلق فانما نحن نحرمه رغما عنه من المنفعة التى تقررت له فى عقد عقد لمصلحته ، ونحن بهذا نعكس الحماية التى من أجلها تقرر البطلان . منطق هذه الحماية يستدعى اذن أن يكون تقدير بطلان العقد أو عدم بطلانه موقوفا على ارادة ناقص الأهلية ذاته فيتمسك بالبطلان أو يجيز العقد متى استكمل أهليته فأصبح فى غنى عن حماية الشارع ، قادرا على وزن مصلحته بين الاجازة والابطال .

البطلان فى حالة الاكراه

أما الاكراه فهو يؤدى الى البطلان المطلق اذا كان يعدم الارادة كمن ينوم شخصاً تنويماً مغناطيسياً ويوحى اليه بالتعاقد وكمن يقبض على يد شخص ممسكة بالقلم ويحركها بالقوة لرسم التوقيع . أما فى بقية أحوال الاكراه فالارادة لا تنعدم بل هى ارادة كائنة ، وهذا الكيان هو الذى يجعل العقد ينعقد صحيحا . ولكنها ليست بارادة حرة والشارع يعمل على كفالة هذه الحرية كما يعمل على حماية الارادة غير البصيرة الصادرة من ناقص الأهلية ، وهذا ما يجعل العقد قابلا للبطلان بطلب المكره . واذا كان ابطال العقد بسبب الاكراه متوقفا على تمسك المكره بهذا البطلان فلأن الاكراه لا يدعو الى حماية المتعاقد بطريق ابطال العقد إلا اذا كان مؤثراً فى ارادته ، وتلك

مسألة لا يمكن تبينها إلا من ذات المكره .

قواعد الرضائيـة تؤدى اذن الى الأخذ بالقاعدة التقليدية التى تقضى بأن البطلان فى الأحوال السابقة يكون نسبيا بمعنى أنه يتوقف على ارادة أحـد طرفى العقد . ولبيان قواعد الرضائية فى هذا الموضوع مزية استظهار العلة فى جعل البطلان نسبيا فى هذه الأحوال دون غيرها .

فاذا أخرجنا هذه الأحوال لم يبق غير البطلان المطلق جزاء فى الأحوال التى ينقص الارادة فيها عنصر آخر غير العناصر السـالفة الذكر أو فى حالة عدم اعلان الارادة أو عدم توافقها بأخرى . فى هـذه الأحوال الأخيرة يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا بمعنى أنه لا يترتب عليه أى أثر ولا يتوقف بطلانه على ارادة أحد الطرفين ، بل يجوز لكليهما التمسك بهذا البطلان .

١٥٢ — على أن تقسيم البطلان الى بطلان مطلق ونسبى اذا استوى تقسيما صحيحا فهو لا ينفى غيره من التقسيمات . واذا خرجنا من هـذه التقسيمات المختلفة بنظرية عامة للبطلان فان وضع هذه النظرية لا يعنى أنها تطبق تطبيقا صارما فى جميع الأحوال . بل أن الشارع يخرج عن منطق هذه النظرية فى بعض الأحيان فيقضى بالبطلان خلافا لما تقضى به هذه النظرية العامة أو يقصر أثر البطلان على أجزاء من العمل القانونى دون غيرها .

وها تفصيل ذلك :

أولا — يمكن تقسيم البطلان تقسيما آخر غـير تقسيمه الى مطلق ونسبى . وقد لا يكون لهذا التقسيم الآخر أهمية عملية ولـكنه تقسيم لا بد منه لاستكمال قواعد الرضائية فى الموضوع ولوضع نظرية عامة للبطلان .

فهناك بطلان تقضى به قواعد الارادة فى ذاتهـا أى بغض النظر عن ارادة الشارع . ويقع هذا اذا تخلف عنصر من عناصر التراضى بأن انعـدمت الارادة أو لم تعلن أو لم تقترن بأخرى . ونقصد بانعدام الارادة الانعدام الفعلى بتخلف عنصر من عناصرها الطبيعية التى تجتمع فى ثالوث هو نية الالتزام والمحل والسبب .

فالارادة تنعدم فعلا اذا تخلفت نية الالتزام بصدور العمل القانونى عن مجنون أو طفل غير مميز أو بصدوره على سبيل المزاح أو الصورية . أو تخلف المحل بكونه فعلا غير ممكن أو غير معين أو تخلف السبب بعدم تحقيق الغرض المجرد المباشر أو اعتل بعدم تحقيق الغرض الذاتى . فى جميع هذه الأحوال يكون البطلان نتيجة لحكم المنطق لا لحكم القانون .

٣ - البطلان بنص القانون

وهناك بطلان يقضى به الشارع وينشئه انشاء بمعنى أنه لولا قضاؤه لكان العقد صحيحا . ويقع هذا اذا وجدت الارادة فعلا باجتماع نية الالتزام والمحل والسبب ولكنها انعدمت حكما بقضاء الشارع . فالشارع قد يقضى باخراج أفعال معينة من دائرة التعامل ، فتعتبر الارادة الواقعة على هذه الأفعال منعدمة حكما لا فعلا . هى قائمة فعلا لأن المحل ممكن طبيعة ولكنها منعدمة فعلا لأن المحل غير جائز قانونا . كذلك يقضى الشارع بأن الارادة الصادرة من ناقص الأهلية أو من المكره ارادة باطلة مع أنها فعلا ارادة قائمة ما دام ناقص الأهلية مميزا وما دام المكره قد أراد الالتزام . وأخيرا يقضى الشارع ببطلان بعض الأعمال القانونية لعدم استيفاء الأوضاع الشكلية فتعتبر الارادة فى حكم العدم مع أنها قائمة فعلا .

مجال اعتبار البطلان مقصورا عليها

وفى هذا النوع من البطلان قد يكل الشارع الى القضاء — باعتباره مهيمنا على توجيه الأعمال القانونية فى وجهات مشروعة — مهمة بيان الأحوال التى يقضى فيها بالبطلان . ويكون ذلك فى حالة السبب غير المشروع أى المخالف للنظام العام أو الآداب .

وتقسيم البطلان الى بطلان طبيعى مترتب على قواعد الارادة وبطلان مترتب على حكم القانون ليس تقسيما فرعيا للبطلان المطلق أو للبطلان النسبى ، بل هو تقسيم كلى للبطلان يقوم الى جانب التقسيم الأول الى بطلان مطلق و بطلان نسبى . فمن أنواع البطلان الطبيعى ما يعتبر بطلانا مطلقا كالبطلان لانعدام نية الالتزام ولانعدام المحل أو السبب . ومنه ما يعتبر بطلانا نسبيا كالبطلان لعدم صحة السبب — ومن أنواع البطلان بحكم القانون ما يعتبر بطلانا مطلقا كالبطلان

لعدم جواز المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لعدم استيفاء الأوضاع ومنه ما يعتبر بطلانا نسبيا كالبطلان للاكراه أو لنقص الأهلية .

١٥٣ — ثانيا — ان وضع نظرية عامة للبطلان لاينفى أن الشارع يقضى بالبطلان فى بعض الأحوال على خلاف هذه النظرية العامة ، لأسباب تختلف باختلاف هذه الأحوال . ونكتفى فى هذا الصدد بأن نذكر حالة بطلان بيع ملك الغير التى ورد عنها النص فى المادة ٢٦٤/٣٣٣/١٥٩٩ . ان هذا البطلان ليس تطبيقا للنظرية العامة فى البطلان ، لا على الصيغة التى تقضى بها النظرية التقليدية ولا على تلك التى تقضى بها قواعد الرضائية والتى سبق بيانها . ان عقد البيع ينشىء التزام البائع بنقل ملكية العين المبيعة وتسليمها ، والالتزام ينشأ متى انعقد العقد صحيحا فاستوفى شروط الارادة . واذا لم يكن البائع مالكا فعجز عن نقل الملكية أو تسليمها كان العقد محلا للفسخ لعدم تنفيذ الالتزام . وهو مع قبوله للفسخ عقد صحيح لا يلحقه البطلان الا اذا استطاع المشترى اثبات السبب غير الصحيح أى الغلط . وصورة الغلط أن يتعاقد المشترى على أساس أنه سوف يتلقى ملكية العين بمجرد التعاقد ويكون انتقال الملكية حالا هو الحافز للشراء ، ثم لا يقع هذا الانتقال لأن البائع غير مالك .

ولكن القانون قضى ببطلان بيع ملك الغير اضطرادا فى جميع الصور علم المشترى أو لم يعلم بأن العين غير مملوكة للبائع . فهو بطلان أنشأه القانون فى هذه الحالة الخاصة خروجا عن القواعد العامة . والعلة فى هذا البطلان هى الأحكام الخاصة التى قررها القانون بالنسبة للتعهد بنقل الحق العينى ، فهو يقضى بأن الحق العينى ينتقل بمجرد نشوء التعهد . ولما كان هذا الحكم معطلا حتما فى حالة التعهد الصادر من غير مالك فقد قضى القانون ببطلان التعهد .

ثالثا — يقضى القانون أحيانا بتعطيل بعض أحكام العقد دون البعض الآخر . فالمادة ١٨٥/١٢٥ تقضى بتحديد أقصى الفائدة بثمانية فى المائة فاذا اتفق على فائدة تتجاوز هذا الحد فالعقد لا يبطل بجملته بل تنقص الفائدة الى الحد الأقصى .

كما أن المادة ٤٢٦/٣٤١ تقضى بأنه لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع (فى بيع الوفاء) ميعادا يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع (سنتين فى القانون المختلط) وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيله الى خمس سنين. فالشارع يبطل الاتفاق فيما يتجاوز هذه المدة مع بقاء الاتفاق صحيحا فيما عدا ذلك.

كذلك يقضى الشارع فى أحوال الغبن بتعديل أحكام العقد فيجيز للبائع طلب تكملة الثمن مع بقاء العقد صحيحا (المادة ٣٣٦/ ٤١٩).

كما أن المحاكم تقضى فى بعض الأحوال بابطال بعض أحكام العقد دون البعض الآخر وذلك بمقتضى حقها فى الحكم بالبطلان كلما خولفت قواعد النظام العام أو الآداب. فهى تقضى مثلا بابطال شرط الاعفاء من المسؤولية فى بعض العقود دون أن تبطل العقد بأكمله، فتظل بقية أحكامه صحيحة ويعتبر الشرط الباطل كأن لم يكن ويرجع فى الموضوع الذى تناوله هذا الشرط الى تطبيق القواعد العامة (١).

الفرع الثانى - فى دعوى البطلان

١٥٤ — دعوى البطلان والدفع بالبطلان. تقسيم الموضوع.

١٥٤ — المفروض مبدئيا أن دعوى البطلان لا تعرض الا فى حالة البطلان النسبى بأن يرفع من شرع هذا البطلان لمصلحته دعوى يطلب فيها ابطال العقد حتى يتخلص من الالتزام الذى يفرضه عليه هذا العقد. وهو بعد ملزم برفع هذه الدعوى لأن العقد الباطل بطلانا نسبيا انما هو فى الواقع عقد صحيح منشىء للالتزامات ما لم يحكم القاضى ببطلانه. وكما يتخذ طلب البطلان فى مثل هذا العقد صورة الدعوى قد يتخذ كذلك صورة الدفع. فاذا امتنع طرف العقد عن الوفاء بالتزامه فطولب بالأداء أمام القضاء جاز له أن يتمسك بالبطلان الذى شرع لمصلحته، فاذا تبين القاضى صحة الدفع حكم بالبطلان.

---

(١) لاستكمال النظرية العامة فى البطلان يجب التفرقة بين بطلان العقد وعدم نفاذه فى حق الغير، راجع فيما بعد فقرة ١٦٨ والباب الثانى من هذا الكتاب.

على أن طلب البطلان أمام القضاء قد يعرض كذلك فى أحوال البطلان المطلق . وهو يعرض عادة فى صورة الدفع بأن يطالب أحد أطراف العقد أمام القضاء بتنفيذ التزامه فيدفع بعدم نشوء هذا الالتزام لبطلان العقد . على أنه يعرض كذلك فى صورة الدعوى . ويقع هذا عملا عند ما يكون العقد الباطل بطلانا مطلقا قد نفذ فيريد أحد الطرفين الرجوع فى هذا التنفيذ ؛ وهو اذا لم يستطع حمل الطرف الآخر على رد ما استوفاه ملزم بمطالبته بهذا الرد أمام القضاء ، والمطالبة بالرد تكون على أساس بطلان العقد ، ومن ثم يعرض للقاضى أن يقضى بالبطلان متى تثبت منه .

وسنتناول فيما يلى التمسك بالبطلان ثم اجازة العقد الباطل ثم تقادم البطلان .

المبحث الأول — فى التمسك بالبطلان

١٥٥ — البطلان المطلق . التمسك بالبطلان يكون لاطراف العقد وخلفائهم دون غيرهم ١٥٦ — قضاء المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها ١٥٧ — البطلان النسبى . حق التمسك قاصر على من شرع البطلان لمصلحته وخلفائه ١٥٨ — العقود الصادرة من المجنون ومن فاقد الوعى . مذهب القضاء الفرنسى وتفنيده .

١٥٥ — أما البطلان المطلق فيتمسك به كل من طرفى العقد فلا يختص بذلك أحدهما دون الآخر ، لأن البطلان مطلق غير متوقف على ارادة أحد الطرفين ، بل هو أمر واقع متى تثبت منه القاضى حكم به . وتثبت القاضى من البطلان عبارة عن تثبت من عدم انعقاد العقد ، اما لانعدام الارادة أو محلها أو لعدم توافق الارادتين أو لمخالفة الارادة للنظام العام أو للآداب أو لعدم صياغتها فى الوضع الذى تطلبه القانون . وكما يجوز للطرفين التمسك بهذا البطلان يجوز كذلك لخلفهما العام من وارث ودائن ، ولخلفهما الخاص . ولذلك قيل ان هذا البطلان يتمسك به كل ذى مصلحة ، ويقصد بذلك كل من كان له حق يؤثر فيه انعقاد العقد . وصاحب هذا الحق اذ يطلب البطلان أو يتمسك به يدرأ شبهة المساس بحقه بقيام العقد الباطل فى مظهر العقد الصحيح . يجب اذن أن يكون المتمسك بالبطلان يدافع عن حق له يقره القانون ، ولا يكفى أن يكون له مصلحة فى بطلان العقد . فالجار لا يجوز له أن يطلب بطلان العقد الذى تملك به جاره متى كان كل الخير الذى

يصيبه من هذا البطلان هو التخلص من جار السوء . والتاجر لا يجوز له أن يطلب بطلان شركة من الشركات ليخلص له الجو من منافس خطير [1] . لهؤلاء الأشخاص مصلحة فى البطلان ولكنها لاتستند على حق قائم يقره القانون . لذلك لا وجه فى الحقيقة للقول بأن البطلان المطلق يتمسك به كل فرد أو كل ذى مصلحة ، بل أن هذا البطلان حق لأطراف العقد وخلفائهم دون غيرهم . ذلك أن زوال العقد من عالم الوجود معناه زوال الالتزامات التى كان المفروض وقوعها فى ذمة كل من الطرفين . فأصحاب الحقوق الذين يستفيدون من زوال هذه الالتزامات هم الأشخاص الذين ترتفع الالتزامات عن ذممهم ببطلان العقد ، أى أطراف العقد الباطل ، وهؤلاء الذين يتأثرون بما يلحق هذه الذمة من تغيير ، وهم الخلفاء من عام وخاص . و بطبيعة الحال لا محل للتفرقة بين من نشأ حقه فى هذه الذمة قبل قيام العقد الباطل أو بعده ، لأن العقد الباطل عدم ، والتمسك بالبطلان يقصد به الكشف عن هذا العدم ، ومتى وقع هذا الكشف فلا أسبقية يمكن أن تعرض .

والتمسك بالبطلان جائز فى أى مرحلة تكون عليها الدعوى ، فلا يعتبر السير فى الدعوى تنازلا عنه .

١٥٦ — انما هل يجوز للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ؟ بمعنى أنه اذا عرض أمام القضاء النظر فى عقد من العقود بصورة أصلية أو تبعية ثم تبينت المحكمة أن العقد باطل بطلانا مطلقا ، فهل يجوز لها أن تقضى بالبطلان دون أن يتقدم أحد المتقاضين بهذا الطلب ؟ ليس من شك فى هذا لأن العقد الباطل بطلانا مطلقا انما هو عدم . وللمحكمة أن تستبعد هذا المظهر الكاذب وتعتبره كأن لم يكن وتنظر فى النزاع على أساس أن العقد غير منعقد . ولكن ليس معنى ذلك أن كل عقد باطل بطلانا مطلقا يعرض أمام القضاء مصيره الى الحكم ببطلانه ولو لم يتمسك بذلك أحد الخصوم ، وهذا للأسباب الآتية :

أولا — ان العقد الباطل بطلانا مطلقا كثيرا ما يكون له مظهر العقد

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٢٨٩ — ايمار ، فى بطلان الشركات فقرة ٤٣٦ .

الصحيح ، ومتى لم يطعن أحد المتنازعين فى هذا العقد مبينا وجه النقص فيه فلن يتبين القاضى هذا النقص .

ثانيا — ان القاضى فى النزاع المدنى انما يقف موقف الحكم المحايد فهو لا يوجه النزاع المعروض أمامه ولا يثير دفوعا لم يثرها الخصوم .

ثالثا — أن القاضى لا يحكم الا بعناصر الدعوى المعروضة أمامه فلا يجوز له أن يحكم بعلمه الخاص .

١٥٧ — أما البطلان النسبى فيتمسك به من يتوقف البطلان على اعلان ارادته . والعلة فى توقف البطلان على اعلان هذه الارادة هى اما أننا فى حاجة الى هذا الاعلان لكى نتبين انعدام ارادة أحد الطرفين كما هو الحال فى الغلط (وفى التدليس كلما كان التدليس تطبيقا للغلط) حيث يجب أن يفصح المتعاقد الذى يدعى الوقوع فى الغلط عن غرضه الذاتى الذى لم يتحقق ، واما لأن البطلان قد شرع لمصلحة هذا المتعاقد حماية له فهو صاحب الشأن فى الانتفاع بتلك الحماية كما هو الحال فى نقص الأهلية وفى الاكراه . فى هذه الأحوال لا تستوفى الارادة عناصرها بل تنقصها البصيرة أو الحرية ولكنها لا تنعدم من أجل ذلك (ماعدا حالة صدور العقد من شخص غير مميز وحالة الاكراه المعدم للارادة حيث يكون البطلان مطلقا) فالقاصر المميز صدرت منه ارادة قائمة والمفروض صحة العقد اطلاقا لولا أن الشارع قد تدخل لحمايته فأجاز له أن يطلب بطلان العقد ، والمكره قد أراد الالتزام الذى حمل على قبوله وكان المفروض نشوء هذا الالتزام اطلاقا لولا أن الشارع أراد حمايته فأجاز له أن يطلب البطلان .

على أن هناك أحوالا للبطلان النسبى يقضى بها القانون فيما عدا ذلك . وقد رأينا مثالا لذلك فى حالة بطلان بيع ملك الغير ، فهو بطلان نسبى لمصلحة المشترى . وقد ترك له الشارع تقدير اقامة العقد أو بطلانه لأن كون البائع غير مالك يضر بهذا المشترى دون غيره فشرع البطلان حماية له .

وكما يجوز للطرف صاحب الحق فى البطلان أن يتمسك بالبطلان يجوز

كذلك لخلفه العام هذا التمسك كالوارث والدائن العادى [١] . ولكن لا يجوز بحال ما لطرف العقد الآخر أن يتمسك بهذا البطلان [٢] .

١٥٨ — وقد جرى القضاء الفرنسى على اعتبار العقد الصادر من مجنون أو من شخص فاقد الوعى بسبب السكر عقدا باطلا بطلانا نسبيا لمصلحته. ومذهب القضاء الفرنسى فى هذه المسألة يخالف كل المخالفة قواعد الرضائية التى تؤدى الى بطلان العقد فى هـذه الأحوال بطلانا مطلقا ، (بل والى انعدام العقد عند من يأخذ بنظرية الانعدام) . ان الارادة الصادرة من مجنون أو من شخص فقد الوعى لأى سبب من الأسباب انما هى ارادة منعدمة ، فالعمل الصادر منه لا يمكن أن يوصف بأنه عمل ارادى . ومن غير المفهوم أن ينجم عن هذا العمل نشوء التزامات يقال عنها انها التزامات ارادية . ان الشارع يستطيع أن يرتب على هذا العمل الآثار التى يريد ترتيبها عليه لأن ترتيب الالتزام بحكم الشارع انما هو مسؤولية تقع فى الذمة المالية لا تتوقف على ارادة إنسان . أما القول بأن هذا العمل الارادى ينشىء التزامات ارادية فهو ما يخالف قواعد الرضائية بله قواعد المعقول . وما لم يقض الشارع بترتيب أثر على هذا العمل فلا سبيل الى القول بنشوء الالتزام .

على أن الظاهر أن القضاء الفرنسى يتأثر فى هذا باعتبارات خارجة عن قواعد الرضائية . فهو يلاحظ — فى حالة العقد الصادر من عديم الارادة كالمجنون — ان طرف العقد الآخر يستغل ظرف انعدام ارادته ، والقضاء من أجل هذا لا يميل الى تخويل طرف العقد الآخر حق طلب بطلان العقد ، بل يقصر هذا الحق

---

(١) س م فى ٢٢ مايو سنة ١٩٢٤ المجموعة ٣٦ ص ٣٨٥ . والدائن العادى يتمسك بالبطلان باستعماله دعوى المدين (راجع فى هل دعوى البطلان من الدعاوى المتعلقة بالشخص الجزء الثانى) — والخلف الخاص له كذلك أن يتمسك بالبطلان باعتباره دائنا . فهو خلف عام قبل أن يكون خلفا خاصا .

(٢) س ا فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٦٦ و س م فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٢ المجموعة ٤٤ ص ٣٣٠ .

على عديم الارادة نفسه . وبهذا يصبح حكم هذا العقد هو حكم العقد الباطل بطلانا نسبيا . وفى هذا خلط فى الواقع بين قواعد المسئولية وقواعدالرضائية [١] .

المبحث الثانى — فى اجازة العقد الباطل

١٥٩ — العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يقبل الاجازة . اجازة العقد الباطل بطلانا نسبيا

١٦٠ — الاجازة عمل ارادى يشترط فيه توفر شروط الارادة . الاجازة والاقرار .

١٥٩ — رأينا أن العقد الباطل بطلانا مطلقا عبارة عن عدم ، ولذلك لا تمكن اجازته لأن الاجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد والعقد يفترض توافق ارادتين ؛ بل لكى تنشأ الالتزامات موضوع هذا العقد لابد من عمل العقد من جديد refection [٢] ولن يمكن عمل العقد من جديد الا باجتماع ارادتين ، ولن ينعقد العقد الجديد الا متى زال المانع من البطلان . فاذا كان سبب البطلان أن العقد لم يعمل فى الشكل الرسمى الذى يتطلبه القانون فلا بد من عمله من جديد فى الشكل المطلوب حتى ينعقد صحيحا وتنشأ الالتزامات [٣] . ولذلك فالعقد الباطل لمخالفته للنظام العام أو الآداب لا يمكن اعادة عمله من جديد على الصورة الأولى لأن تطهير هذا العقد وازالة المانع من البطلان يتطلبان تغيير المحل

---

(١) ويبرر عادة مذهب بالقضاء باطلاق حكم المادة ١٣٠٤ فرنسى التى تقضى بأن تصرفات المحجور عليه باطلة بطلانا نسبيا . فهذه المادة تشمل المحجور عليه للسفه والمحجور عليه للجنون ولا محل للتفرقة بين المجنون المحجور عليه وغير المحجور عليه (راجع فى هذا پلانيول وريپير واسمان ١ فقرة ١٧٣ وچوسران ٢ فقرة ١٥٣ و ٥٤٥) .

(٢) راجع س ا فى ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٠ و س م فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة ٣٨ ص ٤٥ .

(٣) على أن القانون الفرنسى قد نص فى المادة ١٣٤٠ على أن اجازة الورثة بعد وفاة المورث للهبة أو تنفيذهم لها تنفيذا اختياريا يعنى تنازلهم عن الدفع ببطلان الهبة للشكل وعن أى دفع آخر . وهذا النص — فى ظاهره على الأقل — عبارة عن خروج عن أحكام البطلان السابق بيانها ، لأن بطلان الهبة التى لم تستوف الشكل الرسمى انما هو بطلان مطلق . والبطلان المطلق لا تلحقه الاجازة . على أنه يمكن تعليل هذا الحكم بأن هذه الاجازة عبارة عن تنفيذ لالتزام طبيعى أو اعتراف به — راجع السنهورى فقرة ٦١٧ وراجع مقال محمد على رشدى عن الهبة الباطلة شكلا فى المحاماة ١٠ ص ٤٩٥ .

أو الغرض المخالف للنظام العام أو للآداب .

العقد الباطل بطلانا نسبيا يصح إجازته

أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو كما رأينا عقد صحيح تترتب آثاره الى أن يتمسك بالبطلان من شرع هذا البطلان لمصلحته . ومتى كان التمسك بهذا البطلان حقا لأحد أطراف العقد دون الآخر فمن المفهوم أن يتنازل هذا الطرف عن حقه فى البطلان و بهذا يثبت العقد نهائيا . والتنازل عن هذا الحق هو ما يعبر عنه عادة باسم الاجازة confirmation . ولا محل لتوقيف الاجازة على قبول طرف العقد الآخر لأن الحق فى البطلان لم يتقرر لمصلحة هذا الأخير ، بل العقد فيما يتعلق به يعتبر صحيحا دائما ما لم يبطل بناء على طلب المتعاقد الذى شرع البطلان لمصلحته .

الاجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد

١٦٠ — فالاجازة إذن عمل قانونى صادر من جانب واحد ولذلك لا يجوز الرجوع فيها لأن أثرها واقع دون حاجة الى قبول . على أنها وهى عمل قانونى يشترط فيها توفر شروط الارادة . ومن نتائج ذلك أن الاجازة لاتكون صحيحة الا متى زال العيب الذى لحق الارادة والذى من أجله تقرر البطلان . فالعقد الباطل لنقص أهلية أحد الطرفين لاتلحقه الاجازة الا بعد زوال العلة التى من أجلها تقرر البطلان ألا وهى نقص الأهلية [1] . والاجازة الصادرة من المتعاقد قبل استكماله للأهلية تنعقد قابلة للبطلان شأنها فى هذا شأن العقد الذى وقعت عليه الاجازة . ولكى تكون هذه الاجازة صحيحة يجب أن تقع بعد استكمال الأهلية . وكذلك الحال فى العقد الباطل بسبب الغلط أو التدليس أو الاكراه ، لاتلحقه الاجازة الا بعد ارتفاع الوهم الذى قام فى ذهن المتعاقد أو زوال الاكراه [2] ، بعد ذلك تكون الاجازة عملا قانونيا صحيحا إذ الارادة لم يعد يشوبها العيب .

تشترط لصحة صدورها زوال العيب الذى لحق الارادة

وقد نصت على هذه الأحكام المادة ١٣٣٨ فرنسى فى باب الاثبات . أما القانون المصرى فلم يرد فيه ما يقابل هذا النص . على أن هذه الأحكام مما يمكن الأخذ بها بدون نص ، لأنها عبارة عن تطبيق محض لقواعد الارادة .

---

(١) س م فى ١١ فبراير سنة ١٩١٣ المجموعة ٢٥ ص ١٦٧ .

(٢) س ا فى ١٢ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٧١ و س م فى ٢٥ مارس سنة ١٩٣٢ المجموعة ٣٤ ص ٢٦١ .

والاجازة كقبل تعبير عن الارادة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية. ولا يشترط فى الاجازة الصريحة شروط خاصة من حيث الشكل، بل يكفى أن تكون نية الاجازة واضحة [١]. أما الاجازة الضمنية فهى تستفاد من تنفيذ العقد من جانب صاحب الحق فى البطلان [٢] أو من صدور أى عمل آخر منه يدل على تلك الاجازة. والمحاكم كثيرا ما تتساهل فى تبين الاجازة الضمنية، فهى تعتبر اجازة ضمنية: تصرف البائع صاحب الحق فى البطلان فى الثمن [٣]، واستيلاء الشريك صاحب الحق فى بطلان القسمة على الحصة التى وقعت له بالقسمة وتصرفه فيها تصرف المالك [٤]. واستعمال القاصر بعد بلوغه سن الرشد للمفروشات التى اشتراها أثناء قصره [٥].

على أن مجرد السكوت عن طلب البطلان لا يعتبر فى ذاته تنازلا عن الحق فيه واجازة للعقد الباطل [٦].

قلنا ان الاجازة تكون من أحد أطراف العقد الذى شرع البطلان لمصلحته. على أن الاجازة قد تصدر من الغير فيترتب عليها نشوء الالتزامات التى قضى بها العقد فى ذمة هذا الغير. فبيع ملك الغير باطل ولكنه يقبل الاجازة من المشترى كما يقبلها من المالك الحقيقى، ومتى أجاز المالك الحقيقى زال العيب الذى لحق العقد وانتقلت الملكية الى المشترى. والعقد الذى يعقده الوكيل فى خارج حدود الوكالة

---

(١) س م فى ١٧ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٧ ص ٤١٧ وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ المشار اليه — راجع مع ذلك المادة ١٣٣٨ فرنسى التى تشترط فى الاجازة لكى تكون صحيحة أن يذكر فيها سبب البطلان وقصد الاجازة.

(٢) س م فى ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٩ ص ٣١ وطنطا فى أول أغسطس سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ٤٥.

(٣) س م فى ٢٧ ابريل ١٩٢٦ المجموعة ٣٨ ص ٣٦٥.

(٤) س م فى ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة ١٣ ص ٤١٧.

(٥) مصر المختلطة فى ٩ يناير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٥٠ رقم ١١٨.

(٦) س م فى ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المجموعة ٣٨ ص ٤٧٢. قارن بنى سويف فى ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ١٣٣.

لايؤثر فى الموكل ولكنه يؤثر متى أجازه هذا الأخير . هذا النوع من الاجازة يسمى عادة بالاقرار ratification وهو لايتعلق فى الواقع بانعقاد العقد وبطلانه وانما هو يتعلق بنفاذ العقود فى حق غير أطرافها (١) .

المبحث الثالث — فى تقادم دعوى البطلان

١٦١ — البطلان المطلق . التفرقة بين دعوى البطلان والدفع بالبطلان ١٦٢ — البطلان النسبي . نقص النصوص فى القانون المصرى . التفرقة بين دعوى البطلان والدفع بالبطلان .

١٦١ — اذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا فهو عدم ولذلك فالمفروض أن مضى المدة لاينفخ فيه الحياة من جديد ، فيجوز رفع الدعوى للمطالبة بهذا البطلان مهما طالت المدة وحتى بعد انقضاء مدة التقادم (وهى ثلاثون سنة فى فرنسا وخمس عشرة سنة فى مصر) لأن العقد كما رأينا عدم « والعدم لاينقلب وجودا مهما طال عليه الأمد » (٢) . على أن محكمة النقض الفرنسية (٣) — ويسايرها فى هذا فريق من الشراح (٤) — قضت بأن دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى مدة التقادم القانونية ، حكمها فى هذا حكم بقية الدعاوى . والحقيقة أن محكمة النقض الفرنسية قد أصابت فى حكمها لأن قاعدة سقوط الدعاوى بمضى المدة القانونية قاعدة مطلقة جارفة ، ولا وجه لأن تختص دعوى البطلان بالتأبيد دون بقية الدعاوى . وتقريرنا هذا السقوط لايناقض فى الواقع تقريرنا أن العقد الباطل بطلانا مطلقا انما هو عدم . ذلك أن سقوط الحق فى رفع دعوى البطلان بمضى المدة القانونية لا يعنى أن العقد الباطل يصبح بعد مضى هذه المدة ذا وجود قانونى ، بل كل مايعنيه هذا السقوط منع رفع الدعوى للمطالبة بالبطلان ، وتثبيت الحالة القائمة التى استقرت مدة طويلة . كذلك لايعنى سقوط هذا الحق بمضى المدة التزام أطراف العقد بتنفيذه متى انقضت مدة

(١) راجع فيما بعد فقرة ١٦٨ وراجع الباب الثانى الخاص بالالتزام التعاقدى .

(٢) السنهورى ١ فقرة ٦٢٤ .

(٣) ٥ مايو سنة ١٨٧٩ دالوز ١٨٨٠ — ١ — ١٤٥ .

(٤) بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٣١٠ .

التقادم . بل يظل لكل طرف من أطراف العقد الباطل بطلانا مطلقا يطالب بتنفيذ الالتزامات التى يقضى بها هذا العقد أن يدفع هذه المطالبة بالتمسك بالبطلان ، مهما طال الأمد [1] . أما اذا كان العقد قد نفذ فعلا فيجوز لمن قام بالتنفيذ أن يطالب بالرد ، وقد يحول دون هذه المطالبة سقوط الحق فى الاسترداد بمضى خمسة عشر عاما من تاريخ تنفيذ الالتزام . واذا كان تنفيذ الالتزام بتسليم عين من الاعيان فقد يحول دون المطالبة باستردادها تملك المدعى عليه للعين بمضى المدة .

١٦٢ — أما البطلان النسبى فقد أتى فيه القانون الفرنسى بنص خاص (المادة ١٣٠٤) يقضى بأن دعوى البطلان تتقادم بمضى مدة قصيرة هى عشر سنوات . وتبدأ هذه المدة بالنسبة لناقصى الأهلية من يوم استكمال أهليتهم و بالنسبة لمن شاب ارادتهم عيب الغلط أو التدليس أو الاكراه من يوم ارتفاع الوهم أو زوال الاكراه . ويفسر هذا النص عادة بأن سكوت المتعاقد عن ابطال العقد بعد نشوء الحق فى الابطال يقوم مقام الاجازة الضمنية . فمتى انقضت هذه المدة لم يعد له الحق فى طلب البطلان ولا التمسك به على سبيل الدفع اذا طولب بتنفيذ التزاماته .

ولم يرد فى القانون المصرى نص يقابل المادة ١٣٠٤ يقضى بسقوط دعوى البطلان النسبى والدفع به بمضى مدة قصيرة . ولذلك فالمفروض الرجوع الى القاعدة العامة فى التقادم وسقوط دعوى البطلان بمضى المدة العادية ألا وهى خمس عشرة سنة .

على أن المادة ١٣٠٤ لم تكتف بالنص على مدة قصيرة للبطلان بل أنها تجعل بدء سريان المدة من تاريخ استكمال الأهلية أو زوال العيب الذى يشوب الارادة . واذا جاز فى القانون المصرى الرجوع الى القاعدة العامة بالنسبة لمدة التقادم فما الحكم بالنسبة لبدء سريانها ؟ يرى البعض الأخذ بحكم المادة ١٣٠٤ لأن تقادم البطلان

(١) وهذا ما يقضى به المبدأ اللاتينى المعروف من أن دعوى البطلان تتقادم أما الدفع بالبطلان فهو لا يتقادم « quae tempora sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum »

النسبي انما يقوم على فكرة الاجازة الضمنية والاجازة لا تصح الا بعد زوال علة البطلان أى بعد استكمال الأهلية أو انقطاع الاكراه أو تكشف الغلط أو التدليس (١) . على أن البعض الآخر (٢) يرى التفرقة بين حالة نقص الأهلية وعيوب الارادة — فى حالة البطلان لنقص الأهلية يبدأ سريان التقادم بعد استكمال الأهلية لأن مدة نقص الأهلية انما هى مدة ايقاف للتقادم . أما فى أحوال عيوب الارادة فالتقادم يسرى من تاريخ انعقاد العقد . أما اذا جعلنا التقادم يسرى بعد انقطاع العيب الذى يشوب الارادة وهو طبعا لاحق على انعقاد العقد فكأننا نقضى بأن البطلان النسبى لا يسقط إلا بمضى مدة أطول من خمس عشرة سنة وفى هذا مخالفة للقواعد العامة .

وعندى أنه ينبغى التفرقة دائما بين دعوى البطلان و بين الدفع بالبطلان . أما دعوى البطلان فهى تتقادم حتما بمضى خمس عشرة سنة على انعقاد العقد تطبيقا للقاعدة العامة فى التقادم مع ملاحظة ايقاف هذه المدة لمصلحة ناقصى الأهلية تطبيقا لنص المادتين ٨٤و٢٠٥/١١٣و٢٦٩.وفى هذا أصاب أصحاب الرأى الثانى . أما الدفع بالبطلان فهو جائز دائما فى خلال خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ انقطاع العلة فى البطلان أى من تاريخ استكمال الأهلية أو زوال الاكراه أو تكشف الغلط أو التدليس . وفى هذا أصاب أصحاب الرأى الأول .

بمعنى أن الحق فى المطالبة ببطلان العقد الباطل للاكراه مثلا يسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ انعقاد العقد . ولكن يظل لمن وقع عليه الاكراه عند ما يطالب بتنفيذ التزامه التعاقدى أن يدفع ببطلان العقد وسقوط الالتزام تبعا لذلك متى لم يمض على زوال الاكراه مدة خمس عشرة سنة حتى ولو مضى على انعقاد العقد هذه المدة .

تلك هى سبيل التوفيق بين مبدئين واجبى الاحترام . ونحن مضطرون الى

---

(١) دى هلس ١ تحت كلمة دعوى البطلان فقرة ٢٠ .

(٢) محمد صالح ص ٢٨١ والسنهورى فقرة ٦٢٧ .

التماس هذا السبيل ما دام الشارع قد أغفل ذكر حكم خاص بمدة التقادم فى حالة البطلان النسبى (١) .

الفرع الثالث – فى معنى البطلان

١٦٣ — معنى البطلان رد الطرفين الى مركزهما قبل التعاقد . الاستثناء المقرر لمصلحة ناقصى الأهلية ١٦٤ — التفرقة بين الآثار المترتبة على العقد بوصف كونه عقدا والآثار المترتبة على الوقائع القانونية . خروج القانون والقضاء على المبدأ القائل ان العقد الباطل لا أثر له . مذهب بعض الشراح . تقسيم الموضوع .

١٦٣ — متى كان العقد باطلا فالمفروض ألا يترتب عليه أثر بوصفه عقدا سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا بشرط الحكم بالبطلان فى هذه الحالة الأخيرة . فى الحالتين يجب رد الطرفين الى مركزهما قبل التعاقد بمعنى أن المتعاقد الذى قام بوفاء التزامه تنفيذا لعقد باطل يكون له حق المطالبة باسترداد ما أوفى به .

على أن القانون نص فى المادة ١٣١/١٩١ على أن ناقص الأهلية الذى أبطل العقد الصادر منه لا يلتزم الا برد قيمة المنفعة التى استحصل عليها بتنفيذ المشارطة من المتعاقد معه ذى الأهلية . فهو لا يرد ما استلمه فى جميع الأحوال بل فقط بالقدر الذى انتفع به . فاذا باع القاصر عقاره واستلم الثمن ثم أوفى به دينا عليه لثالث فهو قد استفاد بهذا الثمن فيلتزم بالرد (٢) . أما اذا صرف الثمن فى ملاهيه (٣) أو فى أى وجه آخر لا يعود عليه بمنفعة فهو لا يلتزم برده لأن الرد مشروط بالمنفعة . ذلك حكم خاص اختص به الشارع ناقص الأهلية حماية له . ويقع على

---

(١) من المناسب أن نشير فى هذا المقام الى نص المادة ٣١ من قانون الالتزامات السويسرى التى تقضى بأن سكوت من شرع البطلان لمصلحته مدة سنة بعد أن تكشف الغلط أو التدليس أو بعد زوال الاكراه دون أن يفصح عن ارادته فيما يتعلق بالبطلان من حيث اجازته أو التمسك به يعتبر بمثابة الاجازة .

(٢) نقض فرنسى فى ٢٣ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ — ١ — ٢٩ و س ا فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٧٢ — راجع أمثلة أخرى فى س م فى ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ المجموعة ١ ص ١٥٠ وفى ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة ٤١ ص ٤٠٤ .

(٣) السيدة فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٦٠٥ .

طرف العقد الآخر المطالب بالرد أن يثبت انتفاع ناقص الأهلية بما استلمه منه (١).

١٦٤ — على أن عدم ترتيب آثار على العقد الباطل بوصفه عقدا لا يمنع من ترتيب آثار على تنفيذه باعتبار هذا التنفيذ مجرد واقعة . ان الآثار القانونية لا تترتب على العقود وحدها بل هى تترتب كذلك على مجرد الوقائع . فاذا أبطل عقد الايجار لم يمكن رد المنفعة التى حصل عليها المستأجر ، ولكن انتفاع المستأجر واقعة يترتب عليها أثر قانونى هو استحقاق المالك مقابل هذه المنفعة تطبيقا لنظرية الافادة غير المشروعة . فالالتزام برد مقابل المنفعة ليس أثرا مترتبا على عقد الايجار الباطل أو على تنفيذ هـذا العقد الباطل وانما هو أثر مترتب على واقعة الانتفاع باعتبارها مجرد واقعة قانونية .

على أن البعض يلاحظ أن القاعدة التى تقضى بأن العقد الباطل لا أثر له بوصفه عقدا ليست قاعدة مطلقة التطبيق ، فقد خرج القانون عليها فى عدة مواضع كما أن الفقه والقضاء يقضيان باستثناءات لها فى أحوال لم ينص عليها القانون . وقد ذهب فريق من الشراح ازاء هذه الاستثناءات المتعددة الى التشكك فى صحة المبدأ القائل بأن العقد الباطل لا أثر له . ومنهم من ذهب الى أن البطلان لا يصيب العقد فى أساسه بل هو يصيب عناصر العقد منفردة وان ترتب الآثار على العقد المدعى ببطلانه وتفاوتها فى القوة متوقف على قدر العناصر المعيبة فيه ، بمعنى أن الآثار التى تترتب على العقد الباطل انما هى تترتب على عناصر سليمة فيه لم يلحقها البطلان (٢) .

وإننا نبدأ أولا بعرض الاحوال التى تترتب فيها آثار على العقد رغم بطلانه . ثم نبين العلة فى ترتيب هذه الآثار . وسنفرد بعد ذلك مبحثا خاصا بحالة

---

(١) س ا فى ٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ ص ١٠٥٢ — ويعتبر ناقص الأهلية قد حصل على منفعة فيجب عليه الرد بقدر ما انتفع حتى ولو هلكت المنفعة بعد ذلك بسبب طبيعى أو اقتصادى كما لو اشترى بالثمن عقارا ثم هلك بقوة قاهرة أو نقصت قيمته لأسباب اقتصادية (والتون ١ ص ٩٧ — محمد صالح ص ١٨٠ — السنهورى فقرة ٦١٣) .

(٢) راجع فى هذا بيدل ليفر ، المرجع السابق ص ٢٧١ وما بعدها .

المسؤولية عن البطلان .

المبحث الاول — فى آثار العقد الباطل

١٦٥ — أنواع الآثار التى قد تترتب على العقد الباطل ١٦٦ — الآثار الثانوية : التعويض عن البطلان . تحول العقد ١٦٧ — الآثار الجوهرية : المؤقتة (الشركات الباطلة) . الدائمة بالنسبة لبعض الاشخاص دون البعض (الصورية وغيرها) . الدائمة بدون توقيت للمدة أو تحديد للأشخاص (الخطأ الشائع . البطلان لمخالفة النظام العام أو الآداب) .

١٦٥ — يترتب على العقد الباطل آثار متعددة ، منها ماينص عليه القانون ومنها ماتقضى به المحاكم أو نظريات فقهية دون نص فى القانون . ومن هذه الآثار ما هو جوهرى ومنها ما هو ثانوى . ومنها ما هو مؤقت ومنها ما هو دائم . وأخيرا منها ما يترتب بالنسبة لبعض الأشخاص دون الآخرين ومنها ما يترتب بالنسبة لمجموع الناس دون تحديد للاشخاص . وليس هنا محل الاسهاب فى بيان هذه الآثار وأنواعها[1] ، بل سنكتف باستعراض طائفة من الآثار العرضية وأخرى من الآثار الجوهرية ونبين فى سياق الكلام عليها كيف أن بعضها يترتب لمدة مؤقتة أو بالنسبة لبعض الأشخاص وأن بعضها الآخر يترتب على وجه الدوام دون تحديد للاشخاص .

١٦٦ — أما الآثار الثانوية فهى أضعف الآثار نيلا من المبدأ القائل ان العقد الباطل لا أثر له . ومن أمثلة هذه الآثار الحكم بالتعويض فى حالة بطلان العمل القانونى . فالمحاكم تقضى مثلا فى بعض الصور بأن المشترى الذى ينجح فى ابطال العقد للغلط يلزم بتعويض البائع عن الضرر الذى أصابه من جراء البطلان . كما أن البائع الذى يبيع عينا لايجوز التعامل فيها و بيعه باطل قد يلزم بتعويض المشترى عن الضرر الذى أصابه من جراء البطلان . فالحكم بالتعويض أثر ثانوى ترتب على العقد رغم بطلانه ، والمفروض ألا يترتب على العقد أى أثر . على أن قليلا من التأمل يكفى لتبين وجه الخلط فى وصف الحكم بالتعويض

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك بهجت بدوى ، المرجع السابق .

بأنه أثر مترتب على العقد الباطل ، إذ التعويض ليس أثرا مترتبا على العقد بل هو نتيجة للمسؤولية اللاتعاقدية التى تقضى بالزام من تسبب فى ضرر الغير باصلاح هذا الضرر . ولم نكن لنعرض للتعويض باعتباره أثراً مترتبا على العقد الباطل لولا أن بعض الفقهاء يرى أن المسؤولية عن التعويض فى الامثلة التى ذكرناها انما هى مسؤولية تعاقدية . على أننا وقد أفردنا المبحث الثالث من هذا الفرع للكلام فى المسؤولية المترتبة على بطلان العقد فاننا نرجىء الكلام على ذلك كله الى هذا المبحث الثالث .

وعلى أى حال فهناك أحوال أخرى يترتب فيها على العقد الباطل آثار ثانوية . فقد يكون العمل القانونى باطلا لعدم توفر ركن من أركانه ولكنه يحتوى رغم هذا البطلان على العناصر الكافية لتكوين عمل قانونى آخر صحيح . وكثير من الشراح — بل ونص القانون نفسه فى بعض الأحوال — يقضى بأن العمل القانونى يكون صحيحا منتجا لآثاره على هذا الوجه الثانى . وهذا ما يسمى بتحول العمل القانونى conversion des actes juridiques . وقد وضع القانون الالمانى فى هذا الصدد نصا عاما (المادة ١٤٠) يقضى بأنه « اذا كان العمل القانونى الباطل مشتملا على الشروط المطلوبة فى عمل قانونى آخر فان هذا العمل الاخير يكون صحيحا اذا ثبت أنه لو علم الطرفان ببطلان العمل الأول لقبلا العمل الثانى » واذا صحت نظرية التحول هذه فكأنه قد ترتبت آثار على العقد الباطل هى نشوء الالتزامات المترتبة على العقد الذى تحول اليه هذا العقد الباطل . هذه الالتزامات ليست هى نفس الالتزامات التى يقضى بها العقد الأول — ولكنها على أى حال التزامات تعاقدية نشأت بالرغم من بطلان العقد . فكأنه قد ترتب على العقد الباطل آثار ثانوية . وأمثلة التحول كثيرة فالكمبيالة التى لا تستوفى البيانات الجوهرية التى يتطلبها القانون التجارى (م ١٠٥/١١٠) تعد باطلة ولكن بطلانها لا يعنى أنه لا يترتب عليها أى أثر ، بل هى قد تعتبر صحيحة باعتبارها سندا تحت الاذن (م ١٠٨ / ١١٣ تجارى) . والمحرر الرسمى الذى يفقد صفته الرسمية بسبب عدم اختصاص الموثق أو عدم أهليته أو بسبب عدم استيفاء الأوضاع المطلوبة فى

تحريره يعتبر محررا عرفيا متى وقع عليه الطرفان (المادة ١٣١٨ مدنى فرنسى) . والقسمة الباطلة لعدم أهلية أحد المتقاسمين تعتبر صحيحة باعتبارها قسمة مهايأة partage provisionnel (وهى قسمة الاعيان بالنسبة للانتفاع بها لا بالنسبة لفرز الملكية) متى كان المتقاسم الذى لم يستوف الاهلية لاجراء القسمة النهائية قد استوفى الأهلية لاجراء قسمة المهايأة (وأهلية الادارة تكفى فيها) (المواد ٤٤٦ و ٨٤٠ فرنسى) . كما أن عقد بيع ملك الغير وان كان باطلا باعتباره بيعا ناقلا للملكية إلا أنه قد يعتبر صحيحا باعتباره اتفاقا على حصول البائع على الملكية ونقلها للمشترى (المادة ٣٣٥ مختلط) .

١٦٧ — كذلك قد يترتب على العقد رغم بطلانه آثاره الجوهرية ، وقد يكون ترتب هذه الآثار مؤقتا كما هو الحال فى بطلان عقد الشركة لعدم استيفاء الأوضاع التى يتطلبها القانون التجارى ، فالمحاكم تقضى — خلافا لقواعد البطلان — بأن هذا البطلان لا يكون له أثر رجعى ، بل تعتبر الشركة فى الفترة التى قامت فيها بأعمالها رغم عدم استيفاء الأوضاع فى حكم الشركة الصحيحة حتى اذا صدر الحكم ببطلانها زالت آثارها من تاريخ هذا الحكم . فكأنه قد ترتب على عقد الشركة الباطل جميع آثاره الجوهرية مؤقتا فى الفترة بين انعقاده والحكم ببطلانه . وهذا يخالف قواعد البطلان التى تقضى بأن العقد الباطل لا يترتب عليه أى أثر .

وقد يكون ترتب الآثار الجوهرية دائما ولكن بالنسبة لغير المتعاقدين ، كما هو الحال فى العقود الصورية ، فهى عقود باطلة لا أثر لها بالنسبة لأطرافها ، والعبرة بالنسبة للطرفين بالاتفاق الخفى Contre-lettre الذى أراد الطرفان ستره بالعقد الصورى . على أن العقد الصورى وان كان باطلا بالنسبة للطرفين فهو فى حكم العقد الصحيح بالنسبة لغيرهما . فلا يجوز للطرفين التمسك قبل الغير ببطلان العقد الصورى .

وشبيه بذلك امتناع التمسك بالبطلان قبل الخلف الخاص . و بيان ذلك أن يشترى شخص عينا بعقد باطل ثم يبيعها لثالث . متى حكم ببطلان العقد الأول فالمفروض أن العقد الثانى يبطل بدوره لأن فاقد الشخص لا يعطيه . ولكن من

المسلم به أنه لا يجوز للمشترى أن يتمسك بهذا البطلان قبل المشترى الثانى تطبيقا للمبدأ القائل ان من وجب عليه الضمان لا يجوز له التعرض .

والقانون المصرى يذهب الى أكثر من ذلك فيحظر التمسك بالبطلان على طرفى العقد الباطل فى بعض الصور ، فهو يقضى بأن بطلان العقد الناقل للملكية لا يضر بالدائنين المرتهنين رهنا عقاريا متى كانوا حسنى النيـة (المادة ١٣٦ مكررة [1] / ١٩٧) فى المثال السابق يمتنع التمسك بالبطلان حتى على البائع قبل هؤلاء الدائنين المرتهنين الذين تلقوا حق الرهن من المشترى .

وأخيرا قد تترتب آثار العقد الجوهرية رغم بطلانه دون توقيت للمدة ، أو تحديد للأشخاص . ويقع ذلك فى حالة تطبيق المبدأ القائل بأن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون error communis facit jus . ومن تطبيقات ذلك المبدأ أن التصرفات الصادرة ممن وضع يده على التركة باعتباره héritier apparent وارثا لا تبطل عند ظهور الوارث الحقيقى .

كما يقع ذلك فى حالة بطلان العقـد لمخالفته للآداب أو للنظام العام . ان منطق البطلان يقضى بأن هـذا العقد الباطل لا يترتب عليه أى أثر بمعنى أن ما أوفى به أحد أطراف هـذا العقد الباطل تنفيذا للالتزام التعـاقدى يجوز استرداده حتى يعود الطرفان الى مركزهما قبل التعاقد [2] . ولـكن المحاكم كثيرا ماتقضى برفض دعوى الاسترداد . وفى رفض هـذه الدعوى خروج عن منطق البطلان لأننا نصبح أزاء عقد باطل نفذت الالتزامات التى يقضى بها ولم يترتب على بطلانه ابطال هذا التنفيذ .

---

(١) أضيفت هـذه المادة بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ — كما أضيفت المادة ١١٨ مكررة وهى تقابل المادة ١٧٦ مختلط و٢٥٦ مكررة وهى تقابل المادة ٣٢٣ مختلط كما عدلت المادتان ١٧٩ و٣٣٧ أهلى لـكى تطابقا نصوص المـادتين ٢٤٢ و٤٢٠ مختلط ، وهى جميعا تحمى الدائنين المرتهنين حسنى النية .

(٢) وهذا ما تقضى به بعض المحاكم ، راجع محكمة مصر فى ٥ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة ٣ ص ٢٢٤ ومحكمة العطارين فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٦٠٣ .

والمحاكم عندما ترفض طلب الرد تستند الى مبدأ معروف فى القانون الرومانى يقضى بأنه لايجوز لأحد أن يستند على غشه وتدليسه Nemo audi-tur propriam turpitudinem allegans وفحوى هذا المبدأ أنه اذا كان العقد باطلا لمخالفته للآداب أو للنظام العام واشترك طرفا العقد فى اثم المخالفة ففضلا عن عدم جواز المطالبة بتنفيذ العقد لايجوز لمن أوفى منهما بالتزامه أن يطالب باسترداد ما أوفى به بحجةأن العقد باطل فلا يترتب عليه أى أثر ، أما اذا لم يكن الطرفان شريكين فى الاثم ، بل ارتكب الاثم أحدهما دون الآخر (دفع مبلغ من المال لأحد الأشخاص حتى يمتنع عن ارتكاب جريمة) فيجوز لمن لم يرتكب الاثم أن يطالب باسترداد ما أوفى به بعكس الآثم الذى يمتنع عليه هذا الاسترداد لأنه بطلبه الرد انما يستند على غشه وتدليسه [1] . وقد تحولت المحاكم الفرنسية عن هذا المبدأ بحيث لم تعد تطبقه إلا فى حالة العقود المخالفة للآداب كعقود استغلال منازل البغاء أو المقامرة والعقد الذى يعقد مع امرأة لمعاشرتها معاشرة غير شرعية [2] .

المبحث الثانى — فى علة ترتيب هذه الآثار

١٦٨ — بعض هذه الآثار تترتب استثناء من قواعد نفاذ العقود فى حق الغير لا من قواعد البطلان : تصرفات الوارث الظاهر . بطلان الشركات . بطلان انتقال الحق العينى ١٦٩ — البعض الآخر يترتب بالتطبيق لقواعد قانونية أخرى : نظرية تحول الأعمال القانونية . امتناع استرداد ما دفع تنفيذا لعقد باطل متى كان المطالب بالرد آثما .

١٦٨ — ان الآثار الثانوية والجوهرية التى أشرنا اليها فى المبحث

---

(١) راجع فى تطبيق المبدأ محكمة الموسكى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١١٨ و س ا فى ١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة ١٢ ص ١٦٠ وسوهاج فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة ٢٥ ص ٧ ودمنهور فى ٥ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٨٥٧ ومصر فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٧٠ والمنشية فى ١٤ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٣ .

(٢) راجع كابيتان فى السبب فقرة ١١٥ ص ٢٤٩ وما بعدها والأحكام التى يشير اليها وتعليق ديبوا المنشور فى سيرى ١٨٧٤ — ١ — ٢٤١ .

السابق تترتب على العقد بوصف كونه عقدا ، وهى على هذا الوجه قد تنال من قوة المبدأ القاضى بأن العقد الباطل لا أثر له . وقد تكفى الاشارة الى أن كل مبدأ لا يعدم استثناءات ترد عليه دون أن تهدم كيانه ، لتعزيز المبدأ المذكور رغم قيام هذه الآثار .

على أن الواقع من الأمر أن بعض هذه الآثار ليست استثناءات ترد على المبدأ القاضى بأن العقد الباطل لا أثر له بل هى استثناءات ترد على القواعد المتعلقة بنفاذ الأعمال القانونية فى حق من لم يكن طرفا فيها .

فاذا كانت نظرية الخطأ الشائع عبارة عن استثناء يرد على القواعد العامة فهى لا ترد استثناء على المبدأ القائل ان العقد الباطل لا أثر له بل على المبدأ القائل ان العقد لا يؤثر فى غير طرفيه ، لأنها تؤدى الى نفاذ تصرفات هذا الوارث الظاهر فى حق الوارث الحقيقى . فالعقد الذى يعقده الوارث الظاهر عند ما يتصرف فى أموال التركة أو يديرها ليس عقدا باطلا ما دام ركن العقد متوافرا ألا وهو التراضى ، ولكنه عقد مفروض فيه ألا يؤثر بالضرر أو المنفعة فى حق غير طرفيه . فكأن القضاء الذى يأخذ بنظرية الخطأ الشائع يقضى فى هذا الصدد بقيام نيابة قانونية النائب فيها الوارث الظاهر والأصيل فيها الوارث الحقيقى .

والشركات التى لم تستوف الاجراءات التى يتطلبها القانون التجارى وهى اجراءات تتعلق بالعلانية تسمى شركات باطلة . على أن الواقع أن هذا الجزاء لا يصيب الشركة باعتبارها عقدا بل باعتبارها شخصا معنويا . أما عقد الشركة نفسه فهو عقد صحيح مادام ركن التراضى سليما . ومتى كان العقد صحيحا رتب آثاره فيما بين أطرافه . واذ لم تستو الشركة شخصا معنويا لعدم استيفاء الاجراءات لم تترتب على انعقادها الآثار التى تقع عادة عند استيفاء هذه الأوضاع من حيث علاقة الشركة بالغير . وليس حق طلب البطلان المقرر للشركاء فى حالة عدم استيفاء الأوضاع الا حق طلب الحل وقد سمى بالبطلان تجوزا . وهذا ما يفسر أن الحكم بالبطلان لا ينسحب الى الماضى كما تقضى بذلك القواعد العامة فى البطلان .

ويدخل فى هذا الباب كذلك حظر التمسك بالبطلان فى مواجهة من تلقى الحق عن أحد طرفى العقد الباطل . فان حظر هـذا التمسك ليس خروجا عن قواعد بطلان العقود وانما هو خروج عن قواعد انتقال الحقوق العينية ، ونفاذ هذا الانتقال فى حق الغير . فمن يشترى عينا — تلقاها البائع له بعقد باطل — يعقد عقد بيع صحيح . والمفروض أن هذا العقد الثانى ينشىء التزام البائع فيه بنقل الحق الى المشترى . ولكن الحق لا ينتقل إلا اذا كان البائع مالكا . ومتى أبطل العقد الأول الذى تلقى به البائع فلن تنتقل الملكية للمشترى الثانى ولن يمكنه التمسك فى مواجهة الناس كافة بحقه العينى . على أن المسلم به أنه يجوز له التمسك بانتقال الحق العينى اليه فى مواجهة البائع له — وهذا خروج عن قواعد انتقال الملكية لا عن قواعد البطلان فى العقود .

والشارع — أو القضاء — عند ما يخرج عن القواعد المقررة فى شأن نفاذ الأعمال القانونية فى حق غير عاقديها انمـا يتأثر بفكرة حماية الاستقرار و يراعى ما يوجبه المظهر القائم apparence من حماية للغير الذى يغرر به هذا المظهر .

١٦٩ — كما أن البعض الآخر من الآثار التى تترتب رغم بطلان العقد لم يترتب إلا بالتطبيق لقواعد قانونية أخرى . ومن ذلك حالة تحول العمل القانونى . فاذا تحولت القسمة النهائية الباطلة بسبب نقص أهلية أحـد المتقاسمين الى قسمة مهايأة صحيحة وترتب بذلك على عقد القسمة الباطل أثر ثانوى هو نشوء الالتزامات التى تترتب على قسمة المهايأة ، فلا يقال ان عقد القسمة الباطل قد ترتب عليه أثر ، انما الأثر قد ترتب على انعقاد عمل قانونى آخر هو عقد قسمة المهايأة . وهذا العقد قد انعقد باستيفاء الشروط اللازمة لانعقاده .

واذا أثارت نظرية التحول اعتراضا فلن يكون ذلك من حيث أنها تنتهى الى ترتيب أثر على العقد الباطل ، وانمـا من حيث أنها تسلم بانعقاد العقد الذى تحول اليه العقد الباطل دون أن تتبين أن المتعاقدين قد قصدا نشوء هذا العقد . والاعتراض على هذا الوجه ينقلنا من منطقة البطلان الى منطقة تفسير العقود وسلطان القاضى فى هـذا التفسير . وبالذات يذهب أنصار هذه النظرية الى

أن العبرة فى تفسير العقود بالغاية العملية الاقتصادية التى يرمى اليها الطرفان أما الشكل القانونى للعقد الذى يميزه عن غيره من العقود فهو ليس غاية تقصد لذاتها وانما هو وسيلة فنية يستعان بها على الوصول الى الغاية الاقتصادية ، أو كما يقول البعض العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالأشكال والمبانى (١) .

كذلك فان المذهب الذى ذهبت اليه المحاكم الفرنسية أمدا طويلا والذى يقضى بأنه لا يجوز لطرف العقد الباطل بسبب مخالفته للآداب أن يطالب برد ما دفع متى كان شريكا فى الاثم، يظهر خروجا صريحا على قواعد البطلان . على أن هذا الخروج لم يكن الا تطبيقا لقاعدة قانونية أخرى ألا وهى المبدأ اللاتينى المعروف الذى يقضى بأنه لا يجوز لأحد أن يستند على غشه وتدليسه ، أو اذا شئنا استبعاد المبدأ اللاتينى والمفروض أن مثل هذه المبادىء ليس لها قوة القانون فان مذهب المحاكم يكون تطبيقا لقاعدة عرفية متعلقة بالنظام العام تقضى بأنه لا يجوز أن تكون ساحة القضاء مجالا ينشر فيه المتقاضون آثامهم و يطلبون منه الفصل فيها . فيكفى أن يكون المدعى آثما حتى تطوى صفحة العقد الباطل فلا تسمع فيه دعوى ، فلا الالتزام الذى لم ينفذ يطلب تنفيذه ولا الالتزام الذى نفذ يطلب الرجوع فى تنفيذه .

وعلى أى حال فقد رأينا أن هذا المذهب ينحدر نحو الزوال وأن المحاكم تتجه الآن الى تطبيق أحكام البطلان والى الحكم برد ما دفع تنفيذا لعقد باطل فى جميع الأحوال .

ومن القواعد القانونية التى ترد لها بعض الآثار التى تترتب عند بطلان العقد ، قاعدة المسئولية اللاتعاقدية وهذا ما نتناوله فى المبحث الآتى .

---

(١) راجع فى هذا السالبى ، اعلان الارادة مادة ١٤٠ فقرة ٢ — مقال بهجت بدوى عن آثار التصرفات الباطلة ، القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٠٥ وما بعدها والمراجع المذكورة فيه .

المبحث الثالث — فى المسؤولية عن البطلان

نظرية الخطأ عند تكوين العقد

١٧٠ — التعريف بالنظرية . تقسيم الموضوع .

١٧٠ — رأينا أن العقد قد يقضى ببطلانه ويحكم رغم ذلك على أحد أطرافه بتعويض الطرف الآخر ، وأن هذا التعويض ليس أثراً ترتب على العقد وانما هو — كما أشرنا قبل ذلك — أثر مترتب على المسؤولية اللاتعاقدية .

على أن البعض يصف المسؤولية عن التعويض فى هذه الحالة بأنها مسؤولية عقدية . واذا جاز هذا الوصف صح الاعتراض بأن العقد الباطل قد ترتب عليه أثر رغم بطلانه ، والأثر هو مسؤولية أحد طرفيه عن البطلان مسؤولية ترد لذات العقد . ونحن نشير بذلك الى نظرية الخطأ عند تكوين العقد culpa in contra-hendo المعروفة فى الفقه الألمانى (١) .

وقد عرف الخطأ عند تكوين العقد بأنه اقدام شخص على التعاقد وهو غير قادر على أن يستوفى من ناحيته الشروط اللازمة لانعقاد العقد صحيحا فيغرر بذلك بطرف العقد الآخر الذى يطمئن الى مظهر كاذب فيلحقه الضرر بالبطلان (٢) .

وتتميز هذه النظرية بخصائص ثلاث :

أولا — أنها تجعل المسؤولية عن التعويض عقدية .

ثانيا — أنها تقضى بأن مجرد اقدام طرف العقد على التعاقد دون أن يستجمع من ناحيته عناصر تكوين العقد عبارة عن خطأ .

ثالثا — أنها تقصر التعويض على المصلحة السلبية .

وسنبين فيما يلى هذه المميزات ثم نتبع ذلك بتقدير النظرية ونقدها .

---

(١) ايرنج ، أعمال مختارة ٢ ص ١ — ١٠٠ راجع فى شرح هذه النظرية سالي ، الالتزامات ص١٥٨ وما بعدها — بهجت بدوى ، القانون والاقتصاد ٣ ص٣٨٩ وما بعدها .

(٢) ايرنج فقرة ١٦ ص ٣٨ .

المطلب الأول — فى مميزات نظرية الخطأ عند تكوين العقد

١٧١ — السند التاريخى للنظرية . جعل المسؤولية عن التعويض مسؤولية عقدية
١٧٢ — السند العقلى للنظرية . استخلاص نظرية عامة على أساس هذا السند العقلى
١٧٣ — السند العملى للنظرية . قصر التعويض على المصلحة السلبية . مقارنة هذا التعويض بالتعويض عن المصلحة الايجابية .

١٧١ — أما عن الميزة الأولى وهى رد المسؤولية عن التعويض الى نفس العقد فهذا أمر لا يتاح فهمه الا بالرجوع الى النصوص الرومانية التى استند عليها أنصار هذه النظرية . وجلية الأمر أن بعض نصوص القانون الرومانى تقضى بأنه اذا كان عقد البيع باطلا بسبب أن المبيع مما لا يجوز التعامل فيه extra commercium كبيع رجل حر أو بيع أشياء مقدسة res religiosa, res sacra أو بسبب أن المبيع معدوم فانه يجوز للمشترى الرجوع على البائع للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء إخلاف ظنه فى صحة العقد الذى لم ينعقد لنقص شرط يتم تحقيقه فى حصة هذا البائع . والطلى فى هذه النصوص أنها تجيز للمشترى أن يرجع على البائع بدعوى عقد البيع نفسه actio empti ومن ثم قيل بأن المسؤولية عن التعويض انما هى مسؤولية عقدية ما دامت المطالبة على أساس دعوى البيع (١) .

ان بادرة الرد على مايراد استخلاصه من هذه النصوص خصوصها بالقانون الرومانى وهو قانون شكلى يرتبط فيه نظام الحقوق بنظام الدعاوى على وجه لايجوز معه بسط هذا التدليل فى خارج حدود هدا القانون . ولربما كان فى هذا الرد كل الكفاية لدحض هذا الجانب من النظرية لولا أن فقهاء الألمان استغلوا هذه النصوص فخرجوا منها نظرية عامة تتجرد عن هذا الأصل ليستوى تطبيقها فى غير القانون الرومانى من النظم القانونية .

فهم يلاحظون أن العقد يرتب آثارا تتفاوت فى القدر والشأن ، بعضها

---

(١) ايرنج فقرة ٧ ص ١٤ وجيرار ، مبادىء القانون الرومانى الطبعة السادسة ص ٤٥٣ و ٤٥٤ .

جوهرى والبعض الآخر ثانوى . فاذا كان العقد باطلا لعدم توفر ركن من أركانه الجوهرية ، كما لو تخلفت شروط المحل بأن كان المبيع مما لايجوز التعامل فيه [١] ، لم تترتب آثار العقدالجوهرية التى يقابل ترتيبها وجود هـذا الركن ، فلا يجوز فى المثال المذكور أن يطالب المشترى بتسليم المبيع إذ هذا أثر لايترتب الا اذا توفرت الشروط المطلوبة التى تقابله وهى شروط المحل . على أن نفى ترتب هذا الأثر لايعنى أن العقد يكون معدوم الآثار ، وليس ما يمنع من أن تترتب عليه آثار ثانوية فيجوز مثلا المطالبة بالتعويض عن البطلان [٢] .

١٧٢ — أما السند العقلى لهذه النظرية فهو فكرة الخطأ faute . فالبائع فى المثال السابق انما يلتزم بالتعويض لأنه مخطىء فى إقدامه على التعاقد مع قيام هـذه العقبة التى تمنع من انعقاد العقد ألا وهى عـدم جواز المحل . والخطأ قائم سواء علم البائع بهذه العقبة أو لم يعلم إذ المفروض فى من يقدم على التعاقد أنه قد تعهد بضمان سلامة العقد وعـدم تحقق هـذه السلامة بسبب نقص شرط يقع فى حصته تحقيقه ليس الا إخلالا بهذا الالتزام بالضمان [٣] وهو عندهم التزام عقدى يضطلع به كل من يقدم على التعاقد وذلك بغض النظر عن صحة العقد أو بطلانه .

وقد ساعد هـذا التعليل على بسط نطاق النظرية خارج الأحوال التى وردت فى النصوص الرومانية ، لأنه مادامت العلة فى المسؤولية هى هـذا النوع من الخطأ فلا معنى لقصر المعلول على الأحوال الواردة فى هـذه النصوص : اذا طبق هذا الحـكم بالنسبة لمسؤولية البائع فلماذا لانطبقه بالنسبة لمسؤولية المشترى ، واذا صح تطبيقه فى البيع فلماذا لانطبقه فى الايجار وفى غيره من العقود . ومن ثم عرف الخطأ عند تـكوين العقد بأنه إقـدام شخص على التعاقد وهو غير

---

(١) كبيع عقار من أملاك الحكومة العامة ، راجع حكم النقض الفرنسى فى ١١ فبراير سنة ١٨٧٨ سيرى ١٨٧٩ — ١ — ١٩٦ .

(٢) ايرنج ص ٢٧ و ٢٨ .

(٣) ايرنج ص ٣٩ .

قادر[١] .... الخ .

١٧٣ — على أن التعويض الذى يقضى به بالتطبيق لهذه النظرية لايتعدى التعويض عن المصلحة السلبية (intérêt négatif, negative vertra-ge interesse) ومن أجل هذا يفرق أنصار هذه النظرية فيما يتعلق بالعقود بين المصلحة الايجابية intérêt positif والمصلحة السلبية[٢] . فالمسؤولية العقدية انما تشمل أحد أمرين : (١) تنفيذ العقد أو مايقابل هذا التنفيذ من تعويضات تشمل مافات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة من جراء عدم التنفيذ . وتلك هى المصلحة الايجابية للمدعى وهى تفترض أن العقد قد انعقد صحيحا . (٢) أو تعويض الضرر الذى أصاب المدعى من جراء اعتقاده فى صحة العقد خلافا للواقع . وتلك هى المصلحة السلبية وهى تفترض أن العقد قد انعقد باطلا . أما التعويض عن المصلحة الايجابية فليس يعنينا الآن لأنه يفترض أن العقد قد انعقد صحيحا ونحن انما نتكلم الآن عن البطلان وعن المسؤولية عن البطلان . ليس يعنينا الآن الا التعويض عن المصلحة السلبية : يرمى هذا التعويض الى رد المتعاقد الى مركزه قبل أن يظهر العقد الباطل فى عالم الوجود فى مظهر العقد الصحيح . والتعويض على هذا الوجه قد يتفق مع التعويض عن المصلحة الايجابية أى عن عدم تنفيذ العقد الصحيح وقد يختلف عنه . ولنبين ذلك بأمثلة :

أرسل تاجر لآخر رسالة برقية يعرض عليه فيها مائة صندوق من السكر بسعر معين . وصلت الرسالة وقد ذكر فيها خطأ أن المرسل يعرض شراء هذه الصناديق لا بيعها[٣] . قبل الموجب اليه فشحن البضاعة . العقد باطل لعدم توافق الارادتين لأن الايجاب بالبيع وقد ظن الموجب اليه أنه بالشراء . ومصدر البطلان إعلان إرادة

---

(١) راجع فيما سبق فقرة ١٧٠ .

(٢) ايرنج ص ٣٩ و ٤٠ .

(٣) هذا المثال موضوع قضية ألمانية أصدرت فيها محكمة كولونيا العليا حكما من أجله كتب ايرنج بحثه فى نظرية الخطأ عند تكوين العقد (المرجع السابق ص ٧ و ٨) . وقد كان مصدر الخطأ فى البرقية تشابه فى اللغة الألمانية بين كلمتى يشترى kaufen ويبيع verkaufen .

الموجب الذى لم يطابق إرادته الحقيقية . وتطبيقاً للنظرية المذكورة يكون الموجب ملزماً بتعويض الموجب له عما لحقه من ضرر من جراء البطلان . هذا الضرر يشمل أولا مصاريف شحن البضاعة ذهاباً و إياباً ، لأن المطلوب رد مركزه إلى ما كان عليه قبل استلامه هذه البرقية وقبل استلامها انما كانت البضاعة فى مخزنه .

على أن التعويض لا يقتصر على رد ما لحق المتعاقد من خسارة بل قد يشمل كذلك ما فاته من كسب . فهذا المتعاقد الذى اعتقد فى صحة عقد البيع فشحن البضاعة قد يرفض بعد ذلك صفقة تعرض عليه لشراء نفس البضاعة اعتقاداً منه أن الصفقة الأولى قد تمت ، وهو فى هذا الفرض مستطيع أن يطالب بالتعويض عن الكسب الذى فاته بفوات الصفقة الثانية . ومن هذا يتبين أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون هو نفس التعويض عن المصلحة الايجابية إذ لو انعقد العقد صحيحاً ثم امتنع المشترى عن تنفيذه لكان للبائع أن يطالب بتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب على نفس الوجه السالف بيانه .

و إذا اتفق التعويضان فى بعض الصور كما رأينا من الفرض السابق فقد يختلفان فى صور أخرى . وما ذلك إلا لاختلاف أساس كل منهما فأحدهما تعويض عن بطلان العقد والآخر تعويض عن عدم تنفيذه . وتتبين هذا الاختلاف من المثال الآتى :

حجز شخص غرفة فى فندق ليوم معين برسالة برقية . وصلت الرسالة وقد ذكر فيها بخطأ الناقل (عامل التلغراف) أن الحجز مطلوب ليوم آخر سابق على اليوم الذى قصده الحاجز . قبل صاحب الفندق وأعد الغرفة فى اليوم الوارد فى البرقية دون أن يحضر الحاجز . العقد باطل لعدم توافق الارادتين ولكن مصدر البطلان إعلان إرادة الحاجز فهو المسؤول عن تعويض صاحب الفندق عن مصلحته السلبية . ولصاحب الفندق أن يطالب بتعويضه عن الضرر الذى لحقه من حجز هذه الغرفة دون جدوى . ولا حق له فى التعويض إذا ثبت أن الغرفة لم يتقدم أحد لاستئجارها أو أن الغرف الخالية كانت كافية لايواء من تقدم للاستئجار . فى

مثل هذه الظروف تنعدم مصلحة صاحب الفندق السلبية لأن توهم صحة العقد لم يتسبب فى الاضرار به إذ لن تتغير النتيجة عما لو فرضنا أن الحجز لم يقع وأن العقد الباطل لم يظهر فى عالم الوجود . وهذا بعكس الحال عند ما يكون العقد صحيحاً ، إذ يجوز لصاحب الفندق أن يطالب الحاجز فى جميع الأحوال بأجرة الغرفة تنفيذاً للعقد ولو لم يشغلها لأى سبب .

المطلب الثانى — فى تقدير نظرية الخطأ عند تكوين العقد

١٧٤ — المسؤولية ليست مسؤولية عقدية ١٧٥ — النظرية تنحرف عن قواعد المسؤولية اللاتعاقدية بالاستغناء عن الخطأ . ولكنها لا تنحرف عنها بقصر التعويض على المصلحة السلبية ١٧٦ — تطبيقات النظرية وصلاحيتها لاجابة داعى الاستقرار ١٧٧ — .... بشرط الاستغناء عن ركن الخطأ وجعل المسؤولية قانونية ١٧٨ — مذهب بعض المحاكم ونقده ١٧٩ — حصر منطقة نظرية الخطأ عند تكوين العقد .

١٧٤ — لكى نقدر هذه النظرية لابد من وزن الأسس التى تقوم عليها . وسنتبين أنها ليست على نفس القدر من القوة والمتانة .

ان هذه النظرية ترد المسؤولية عن التعويض الى العقد باعتبار هذه المسؤولية أثرا ثانويا ترتب على قيام عنصر للعقد ثانوى . وهذا النظر غير مقبول لمجرد أن التفرقة بين العناصر الجوهرية للعقد والعناصر الثانوية وربط كل عنصر بما يترتب عليه من أثر يكاد يكون أمراً مستحيلا اذ ليس لتلك العناصر كم محدود: ان العقد اما أن يكون صحيحا فتترتب عليه كل آثاره واما أن يكون باطلا فلا يترتب عليه أى أثر[1] . واذا حكم بالتعويض على أحد طرفى عقد قضى ببطلانه لمصلحة الطرف الآخر فان التعويض لا يمكن أن يقوم على العقد وانما على المسؤولية اللاتعاقدية .

الحقيقة أن السر فى رد هذه المسؤولية الى العقد عند من قالوا بهذه النظرية لا يرجع الى اقتناعهم بسلامة هذا التدليل من الناحية العقلية بقدر ما يرجع إلى عجزهم عن التماس المسؤولية اللاتعاقدية بسبب ضيق حظيرتها فى قانونهم . ان أول

(١) مع ملاحظة ما سبق ذكره فقرة ١٥٢ وما بعدها .

من قال بهـذه النظرية عالم ألمانى . وهو قد قال بها قبل صدور القـانون المدنى الألمانى أى وقت أن كان القانون السـائد فى المانيا هو القانون الرومانى . وهـذا القانون لم يضع قاعدة عامة تقضى بأن كل من تسبب بخطئه فى الاضرار بالغير يلتزم بتعويضه عن هذا الضرر ، بل كانت الأفعـال التى تنشىء المسؤولية عن الضرر واردة على سبيل الحصر ولم يكن من بينها الأفعال التى نحن بصددها أى الاقدام على التعاقد مع عدم استجماع الشروط اللازمة لصحته . لذلك لم يكن بد عند من قالوا بهذه النظرية من النكوص عن المسؤولية اللاتعاقدية إلى المسؤولية العقدية ووجدوا من النصوص الرومانية السابق ذكرها تـكأة يتكئون عليهـا فى تدليلهم .

١٧٥ — فاذا جردنا النظرية من هذا التدليل الذى دعت له أسباب تنقطع فى قوانيننا الحالية — حيث يترتب على كل خطأ ، دون تحديد له أو حصر ، الالتزام بتعويض الضرر الناشىء عنه — انهدم بهذا الأسـاس الأول للنظرية وصح التساؤل بعد ذلك عن قيمتها : هل تغنى عنها نظرية المسؤولية اللاتعاقدية أم يمكن أن يقوم لها وزن إلى جانبها ؟ ويدور التساؤل حول الأسـاسين الباقيين للنظرية وهما فـكرة الخطأ عند تـكوين العقـد وفـكرة التعويض عن المصلحة السلبية :

(١) إن هـذه النظرية تجعـل **مجرد التسبب فى البطلان** من جانب أحد المتعاقدين مستوجبا مسؤوليته عن تعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر من جراء البطلان . فهى تـكاد تستغنى عن الخطأ وتجعل كل متعاقد متحملا تبعة risque أعماله وأقواله عند التعاقد . وبهذا يكفى قيام رابطة السببية بين الضرر وبين فعل المتعاقد لشغل مسؤوليته دون حاجة لأن يثبت أن الفعل كان خاطئا . وفى هذا تنحرف النظرية عن القاعدة العامة فى المسؤولية اللاتعاقدية التى تقوم على خطأ ثابت ، وان كانت فى نفس الوقت تستقيم مع قواعد المسؤولية العقدية التى

تقضى بأن عـدم تنفيذ الالتزام العقدى عبارة عن خطأ[١] .

(٢) كما أن هـذه النظرية تجعل التعويض قاصرا على المصلحة السلبية ، ولعل هـذا النوع من التعويض هو الذى يسبغ على النظرية طابعا من الجـدة والطلاوة يبرر قيامها نظرية مستقلة . ولكى نتبين ذلك ينبغى أن نجرد النظرية من أساسيها الآخرين وأن نقدرها من حيث هى تقضى بأنه اذا أبطل عقد بسبب راجع الى أحد أطرافه فان هذا الأخير يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من ضرر من جراء البطلان .

ان الضرر الذى يلحق طرف العقد من بطلانه هو الضرر المترتب على الوهم الذى قام فى ذهنه واعتقاده صحة العقد الباطل ، ولن نمحو كل آثار العقد الباطل على وجه التحقيق الا اذا عوضنا هذا الطرف عن هذا النوع من الضرر[٢] . والأصل فى التعويض أن يكون بقدر الضرر لا أقل ولا أكثر . ويعتبر التعويض فى الحالة التى نحن بصددها مناسبا للضرر متى قدر على أساس رد المعوض الى مركزه قبل ظهور العقد الباطل بمظهر العقد الصحيح (المصلحة السلبية) . أما اذا قلنا بغير ذلك وقدرنا التعويض للمتعاقد الذى أبطل عليه العقد على أساس المنفعة التى كانت تلحقه من تنفيذ هذا العقد (المصلحة الايجابية) فانما نحن نعطيه أكثر مما يستحق دون سند معقول . ان التعويض مقدرا على أساس المصلحة فى تنفيذ العقد لا يستحق الا لمتعاقد فى عقد صحيح والعقد هنا باطل . وهذا التعويض عن المصلحة الايجابية انما يستحق لأن الواجب القانونى الذى كان الاخلال به سببا فى المسؤولية هو تنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه . وليس هذا حال التعويض عن بطلان العقد (عن المصلحة السلبية) ، اذ ليس هناك

---

(١) راجع فى تأييد المسؤولية اللاتعاقدية على أساس تحمل التبعة ، ديموج ، الالتزامات ١ فقرة ٣٥ ص ٩٦ وما بعدها وقارن سالي ، مجلة القانون المدنى ١٩٠٧ ص ٦٩٧ وما بعدها .

(٢) الحقيقة أن التعويض عن البطلان ليس أثرا ترتب على العقد الباطل خروجا عن المبدأ القاضى بأن العقد الباطل لا أثر له وانما هو اقامة لهذا المبدأ لأن رد الطرفين الى مركزهما قبل التعاقد يقتضى تعويض من توهم صحة العقد عما أصابه من ضرر من جراء هذا الوهم .

واجب قانونى يفرض على الأشخاص تنفيذ العقد الباطل ، ومن ثم لا يمكن أن تمتد المسؤولية عن البطلان الى التعويض عن عدم تنفيذ العقد .

ولا يعترض على التسليم بقصر التعويض على المصلحة السلبية فى هذه الصور بأن القانون لم ينص على هذا التحديد ، ذلك أن القانون لم يبين مدى التعويض الا حيث نص على أن التعويض يجب أن يشمل ما فات المتعاقد من الكسب وما لحقه من خسارة (المادة ١٢١/١٧٩) ، وحيث نص على أن التعويض يقتصر — ما عدا حالة التدليس — على الأضرار التى كانت متوقعة الحصول عقلا وقت التعاقد (المادة ١٢٢/١٨٠) وفيما عدا هذين المقياسين ترك الشارع للقاضى الحرية فى التقدير . على أن المفروض دائماً أن التعويض على قدر الضرر . ومتى ثبت أن الضرر قد نشأ عن توهم صحة العقد فانما نحن نعوض الضرر على وجه الدقة متى قصرنا التعويض على المصلحة السلبية .

١٧٦ — نخلص من ذلك بأن النظرية صحيحة من حيث هى تطبيق لنظرية المسؤولية اللاتعاقدية متى جعلنا التعويض لا يستحق إلا بعد ثبوت خطأ المتسبب فى البطلان . وعلى هذا الوجه تصلح نظرية الخطأ عند تكوين العقد وسيلة قانونية سليمة لاجابة داعى الاستقرار عند مايحكم ببطلان العقد تطبيقاً لقواعد الرضائية . وهى على هذا الوجه ممكنة التطبيق فى أحوال البطلان عموماً. فهى تنطبق على أحوال البطلان الآتية :

إذا أبطل العقد بسبب عدم توافق الارادتين وكان عدم التوافق راجعاً الى أن أحد الطرفين أعلن ارادته إعلانا مخالفا لارادته الباطنة — إذا كان العقد باطلا لأن إرادة أحد الطرفين غير جدية أو لأن أحد الطرفين قد تعاقد مع تحفظ ذهنى reserve mentale — إذا بطل العقد بسبب نقص الأهلية وكان ناقص الأهلية قد أوهم الطرف الآخر أنه كامل الأهلية — اذا كان العقد باطلا لعدم توفر شروط المحل — أو لأن السبب مخالف للنظام العام أو للآداب وكان الحافز غير المشروع من ناحية أحد الطرفين دون الآخر — اذا كان العقد باطلا بسبب وقوع أحد الطرفين فى غلط جوهرى .

١٧٧ — على أن النظرية اذا وقفت عند هـذه الصيغة فهى وان خففت من عيوب الأخذ بمبدأ الرضائية لا تسد مكان النقص كاملا ما دامت تعلق الحكم بالتعويض على ثبوت الخطأ أخذاً بالمبدأ العام فى المسؤولية اللاتعاقدية . ألا لن تكون النظرية كاملة إلا اذا أمكن الحكم بالتعويض على المتسبب فى البطلان فى جميع الأحوال بغض النظر عن خطئه . بهذا وحـده يمكن الاطمئنان الى تطبيق قواعد الرضائية تطبيقا مطلقا ما دامت تكملها قاعدة المسؤولية على الوجه السابق بيانه . و بهذا تستقيم الصياغة القانونية للقواعد التى تحقق العدالة من جميع نواحيها : فمن ناحية لا يحكم بصحة عقد لم يقع فيه التراضى فعلا ومن ناحية أخرى لاينتهى البطلان الى الاضرار بطرف العقد الذى لم يتسبب فى البطلان ما دمنا نعوضه عما يلحقه من ضرر .

على أن مبادىء المسؤولية اللاتعاقدية تقضى كما رأينا بأن المسؤولية لا تكون إلا عند ثبوت الخطأ . واذا أردنا اطلاق المسؤولية عن البطلان مجردة عن الخطأ فلا بد من تداخل تشريعى فنجعلها مسؤولية قانونية responsabilité légale (١) . ولا عيب فى الخروج عن مبدأ الخطأ فى المسؤولية اللاتعاقدية فى بعض تطبيقاتها لأن الشارع يملك كل شىء وهو بعد قد خرج عن هذا المبدأ العام فى بعض الصور — وهذا مافعله القانون الألمانى مع إيراد تفرقة معقولة . فهو يقضى فى المادة ١٢٢ من القانون المدنى بأنه « متى كان اعلان الارادة باطلا طبقا للمادة ١١٨ (بسبب أن الارادة غير جدية) أو طبقا للمادة ١٢٠ (بسبب أن الارادة نقلت على يد رسول على غير حقيقتها) فانه يجوز للطرف الآخر أن يطالب بالتعويضات عن الضرر الذى أصابه بسبب اعتقاده صحة اعلان هـذه الارادة . . . ولا يكون التعويض

(١) وحتى اذا نظرنا للمسألة من ناحية النصوص القائمة فان الملاحظ أن المحاكم لها سلطة واسعة فى تقدير الخطأ وهى بهذه السلطة مستطيعة أن تتساهل فى اثبات الخطأ فتقضى بالتعويض فى كثير من الصور وبهذا تقل الأحوال التى تستدعى فيها حماية الاستقرار الخروج عن القواعد العامة . فقد يجوز مثلا أن تعتبر اعلان الارادة غير الجدية خطأ وتقضى بالتعويض عنه ولها أن ترى فى عدم افصاح المتعاقد عن أغراضه الذاتية خطأ بحيث اذا أبطل العقد للغلط التزم بتعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر — راجع فيما بعد فقرة ١٧٨ و ١٧٩ .

واجبا اذا كان هذا الطرف الآخر يعلم بسبب البطلان أو اذا كان جهله بسبب البطلان منسوبا الى خطئه » — وهو من ناحية أخرى يقضى فى المادة ٣٠٧ من القانون المدنى بأن « من كان يعلم — أو كان يجب على سبيل الضرورة أن يعلم — عند انعقاد العقد استحالة المحل يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى أصابه من جراء اعتقاده صحة العقد . . . . ولا يكون التعويض واجبا اذا كان الطرف الآخر يعلم أو كان يجب أن يعلم بهذه الاستحالة » .

فالشارع الألمانى قد أخذ فى هذين النصين بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ولكنه فرق بين البطلان بسبب استحالة المحل والبطلان لغيره من الأسباب . ففى الحالة الأولى (م ٣٠٧) لا يحكم بالتعويض إلا إذا كان هناك خطأ من المتسبب فى البطلان . أما فى الأحوال الأخرى (م ١٢٢) فالمسؤولية لا تقوم على خطأ . وقد عللت هذه التفرقة بأنه فى حالة استحالة المحل كان لمن أصابه الضرر من البطلان أن يتكشف سبب البطلان لو أنه عمد الى التحرى والاستعلام ولذلك فان مصلحته ليست جديرة بالحماية إلا إذا كان المتسبب فى البطلان مخطئا فعلا بأن ثبت أنه يعلم — أو أن الظروف تجعل أنه كان يجب أن يعلم — بقيام سبب البطلان . أما فى الأحوال الأخرى فان الطرف الذى أبطل العقد عليه لم يكن فى استطاعته أن يحلل إرادة المتعاقد الآخر وأن يتحقق من صحة اعلانها فهو فى النهاية عاجز عن أن يتوقع هذا البطلان[1] .

١٧٨ — وقد جرت بعض أحكام المحاكم على معالجة الموقف بالخروج عن تطبيق قواعد الرضائية ، وتقضى هذه الأحكام برفض طلب البطلان إذا كان سببه غير معلوم للطرف الآخر . ومن ذلك أن الارادة غير الجدية تلزم صاحبها متى كان الطرف الآخر يجهل أن تلك الإرادة لم تصدر إلا على سبيل المزاح — وأن الارادة التى نقلت خطأ بالتلغراف تلزم صاحبها فينعقد العقد مادام المرسل اليه يجهل

---

(١) راجع تعليقات لجنة وزارة الحقانية الفرنسية على القانون المدنى الألمانى م ١٢٢ ص ١٣١ وراجع بهجت بدوى ، المرجع السابق ص ٣٩٥ .

هذا الخطأ [١] — وأن الغلط لكى يبطل العقد يجب أن يكون معلوما للطرف الآخر [٢].

وعندى أن خطة هذه المحاكم تقبل النقد لأنها من أجل اجابة داعى الاستقرار تقضى بصحة عقد غير صحيح وتسمى الالتزام ارادیا وهو غير كذلك ، وفى هذا مخالفة لأحكام القانون . واذا كانت اجابة داعى الاستقرار غير مستطاعة إلا بمخالفة أحكام القانون فعندى أن الأخذ بفكرة الخطأ عند تكوين العقد والتوسع فيها بحيث يحكم بالتعويض بغض النظر عن ثبوت الخطأ انما يكون مخالفة أهون سبيلا من تلك التى جرت عليها هذه المحاكم . ذلك أننا اذا حللنا مذهب هذه المحاكم لوجدنا أنها فى الواقع تأخذ كذلك بفكرة الحكم بالتعويض بغض النظر عن الخطأ ثم تذهب بعيدا فتجعل التعويض دائما اقامة العقد ، ووجه النقد أنها تتجاوز باقامة العقد ما أصاب الطرف من الضرر . أما اذا قضينا ببطلان العقد مع الالتزام بالتعويض عن المصلحة السلبية فاننا نحترم مبدأ الرضائية ونحصر الخروج عن القواعد العامة فى أضيق حدوده .

١٧٩ — على أن مذهب هذا القضاء يفيدنا فى اجراء تفرقة بين تطبيقات نظرية الخطأ عند تكوين العقد . فهناك من صور البطلان ما يتبين فيه خطأ طالب البطلان على وجه جلى faute caracterisée يبرر عدم الوقوف عند التعويض على المصلحة السلبية ويحلل جعل التعويض اقامة العقد : فمن يتعاقد

---

(١) باريس فى ١١ يناير سنة ١٨٥٨ دالوز پراتيك تحت كلمة تلغراف رقم ٨٩ — أما المحاكم المصرية فهى لم تنح هذا المنحى راجع س م فى ٧ يونيو سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٤١٤ الذى قضى بأن الخطأ فى نقل التلغراف الذى لم يكن نتيجة لتقصير البائع يترتب عليه بطلان العقد لعدم توافق الارادتين بل ولا يجعل البائع مسؤولا عن تعويض المشترى عن البطلان — راجع كذلك حكم اميان فى ١١ مايو سنة ١٨٥٤ دالوز ١٨٥٩ — ٢ — ١٤٧ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ يونيو سنة ١٨٧٦ دالوز ١٨٦٧ — ١ — ٢٤٨ — ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ — ١ — ٧١ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ ص ١٨ .

على سبيل المزاح دون أن يتهيأ للطرف الآخر حقيقة نياته ومن يتعاقد مع تحفظ ذهنى يكتمه على الطرف الآخر وناقص الأهلية الذى يغرر بالطرف الآخر ويوهمه بأنه كامل الأهلية [1] ، كل هؤلاء يقومون بعمل خاطىء تقضى قواعد المسؤولية اللا تعاقدية بالزامهم بتعويضه ، ولا بأس من أن يكون التعويض فى مثل هذه الأحوال اقامة العقد .

وليس تسليمنا بذلك رجوعا الى مذهب القضاء المشار اليه اذ نحن نعلق اقامة العقد على ثبوت هذا الخطأ ثم نطبق قواعد المسؤولية اللا تعاقدية على علاتها بعد أن توفرت أركانها . وبعد فليست الصور المشار اليها تستغرق جميع صور المسؤولية عن البطلان ، بل ما زال الى جانبها صور أخرى لا يتبين فيها الخطأ فلا تنجح فيها قواعد المسؤولية اللاتعاقدية حيث تنجح نظرية الخطأ عند تكوين العقد باعتبارها مرتبطة بنظرية البطلان . وفى مثل هذه الصورلا محل لأن يتجاوز التعويض حدود المصلحة السلبية .

---

(١) تتميز حالة نقص الأهلية بأن البطلان لم يشرع فيها مراعاة لقواعد الارادة بل حمايه لناقصى الأهلية (راجع فيما سبق فقرة ١٥١ ص ٢٣٤) ولذلك فلا يمكن أن يقال ان كل ناقص أهلية يبطل العقد الصادر منه يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر عما أصابه من ضرر حتى ولو جعلنا التعويض قاصرا على المصلحة السلبية . والا فاننا نأخذ منه باليسار الحماية التى منحناه باليمين . أما اذا كان ناقص الأهلية قد غرر بالطرف الآخر ودلس عليه بايهامه انه كامل الأهلية فهو انما يرتكب خطأ فلا يستحق الحماية التى أراد الشارع أن يسبغها عليه . وفى مثل هذه الصورة لا نقف عند نظرية الخطأ عند تكوين العقد بل نطبق قواعد المسؤولية اللاتعاقدية ونجعل التعويض اقامة العقد (راجع نص المادة ١٣١٠ من القانون الفرنسى وقارنها بنص المادة ١٣٠٧) .

الباب الثانى

فى نطاق الالتزام العقدى

١٨٠ — موضوع الباب .

١٨٠ — تكلمنا فى الباب الأول فى انعقاد العقد فبينا الشروط والأركان التى لابد من توافرها لاعتبار العقد صحيحا ، كما بينا الجزاء الذى يترتب على نقص كل ركن من هذه الأركان وأنواع هذا الجزاء .

والعقد إذا انعقد صحيحاً أثمر الالتزام فى ذمة أحد طرفيه — إذا كان ملزما لطرف واحد — وفى ذمة طرفيه — إذا كان ملزما للطرفين . ونحن نتناول فى هذا الباب ذلك الالتزام العقدى الذى ينجلى عنه العقد الصحيح ، نبين نطاقه ببياننا للحدود التى ترسم لهذا الالتزام سواء من حيث موضوعه أم من حيث أطرافه .

واستطراداً لما جرينا عليه فى الباب الأول الذى صدرناه بالمبادىء التى تحكم انعقاد العقد ، نمهد لهذا الباب بتصديره بالمبدأ الذى يحكم الالتزام العقدى من حيث نطاقه ثم بتقسيم موضوع هذا الباب .

تمهيد للالتزام العقدى

§ ١ — فى المبدأ الذى يحكم الالتزام العقدى . § ٢ — فى تقسيم الموضوع .

§ ١ — العقد شريعة المتعاقدين

١٨١ — ارتباط هذا المبدأ بالمبادىء التى تحكم انعقاد العقد ١٨٢ — نتائج هذا المبدأ ١٨٣ — مقارنة العقد بالقانون .

١٨١ — لخصت المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى القوة الملزمة للعقد بقولها

« الاتفاقات التى تعقد على وجه شرعى تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها » .

ليس هذا المبدأ الذى صاغته هذه المادة إلا نتيجة منطقية للمبادىء التى تحكم انعقاد العقد ونقصد بها مبدأ الرضائية ومبدأ سلطان الارادة [1] . إن انعقاد العقد باقتران ارادتين اجتمعت لكل منهما البصيرة والحرية (مبدأ الرضائية) وتوخى فيه الطرفان مصلحتهما دون مخالفة القانون أو النظام العام أو الآداب (مبدأ سلطان الارادة) ليعنى أن كل طرف من أطراف العقد قد وزن مصلحته وقدر منفعته وعرف ما له وماعليه وقبل أن يتحمل التبعات التى يلقى بها العقد على عاتقه . ومتى انعقد العقد على الوجه المذكور فتحدد مضمونه أى تحددت الالتزامات التى تقع على عاتق كل طرف أصبح مضمون العقد نافذ الحكم على الطرفين على وجه نهائى لايحتمل النقض أو التعديل . ولو أجيز لكل طرف أن يتناول التزاماته بالتعديل بعد انعقاد العقد لما كان هناك وجه لوضع قيود من الحرية والبصيرة وملاحظة النظام العام أو الآداب لايعتبر العقد صحيحا الا عند مراعاتها . انما وضعت هذه القيود ليخلص لنا الالتزام العقدى بعد مراعاتها حكما نهائيا لايحتمل نقضا ولا تعديلا .

ومن ثم كانت العقود التى تنعقد صحيحة تفرض مضمونها على أطرافها فيلتزمون باحترام أحكامها كما يفرض القانون على أفراد الناس فيلتزمون بطاعته . وتلك بعد نتيجة تترتب حتما على المبادىء المذكورة دون حاجة الى أن يصيغها الشارع فى نص مكتوب . ولذلك لم يكن شك فى ترتبها فى القانون المصرى وان لم ينص عليها فى باب العقود .

١٨٢ — ومن مظاهر هذا المبدأ النتائج الآتية :

أولا — أنه لايجوز تعديل الالتزامات التى يقضى بها العقد أو نقضها إلا باجتماع إرادة الطرفين mutuus dissensus أى بانعقاد عقد جديد ينسخ أحكام

---

(١) راجع فيما سبق فقرة ٣٧ .

العقد السابق . فلا يجوز اذن أن يتولى هـذا التعديل أو النقض أحد الطرفين بارادته منفردة .

قد يجوز لأحد الطرفين أن ينفرد بذلك ولكن بحكم العقد نفسه . فقد يتفق فى عقد الايجار على جواز انهاء العقد بانذار يصدر من أحد الطرفين أو على أن يحتفظ بحق تجديده لأحد الطرفين دون الأخر ، وليس فى هذا ما يخالف النتيجة المذكورة لأن هـذا الانفراد لم يقع إلا باتفاق الطرفين فى أول الأمر ، ولذلك كان انفراد أحدهما بتعديل أحكام العقد انما هو تنفيذ للعقد وليس نقضا أو تعديلا له .

ثانيا — أنه عند قيام النزاع على تحديد مضمون الالتزام العقدى لا ينفرد أحد الطرفين بتولى هذا التحديد بل يتولاه القاضى فيقوم بتفسير العقد وتحديد مضمون التزامات الطرفين و بيان مداها .

ثالثا — أن القاضى عند ما يتولى هذا التحديد أى عند ما يفسر العقد لا يحل ارادته محل ارادة الطرفين بل يتقصى ارادة الطرفين الحقيقية ، إذ ما دام الالتزام إراديا فيجب أن تكون الغلبة عند تحديده لتلك الارادة التى أنشأته .

رابعا — أنه لا يجوز للقاضى سواء من تلقاء نفسه أم بناء على طلب أحد المتعاقدين أن يعدل فى الالتزامات العقدية أو يخففها اجابة لداعى العدالة . بمعنى أنه إذا كان العقد مجحفا بأحد الطرفين فالقاضى عاجز عن تعديل أحكامه اللهم إلا إذا تبين نقص عنصر من عناصر انعقاد العقد كالحرية أو البصيرة أو مراعاة الارادة للنظام العام أو الآداب . وفى مثل هذه الصور لا نكون حيال عقد صحيح نعدل فى الالتزامات التى أسفر عنها بل أمام عقد باطل لم ينشىء أى التزام .

١٨٣ — على أن تشبيه العقد بالقانون لا يعنى أن كلاهما من جوهر واحد ، فالقانون عبارة عن قاعدة يخاطب بها مجموعة الناس ، أما العقد فهو عبارة عن قاعدة يخاطب أطرافه دون مجموع الناس . ولذلك يخلص بين العقد والقانون

من الفروق ما يخلص بين القاعدة القانونية والعمل القانونى . ومن هذه الفروق :

أولا — أن القاعدة القانونية وهى اعلان لارادة الشارع لا يحدها غير القواعد الدستورية التى تقيم القواعد القانونية يهيمن بعضها على بعض طبقات وفقا للسلطة التى تسنها . أما العقد وهو اعلان لارادة الطرفين فهو محدود بالقاعدة القانونية لا يستطيع الحيد عنها متى توجهت هذه القاعدة بصيغة الأمر أو النهى . وبتعبير آخر ليس للعقد أن يخالف قواعد النظام العام أو الآداب التى يحددها القانون المكتوب (نصوص القانون) أو العرف (أحكام المحاكم) (١) .

ثانيا — أن العقد انما هو مسألة موضوعية تتولى تفسيرها محكمة الموضوع ولها فى ذلك سلطة واسعة ، أما القاعدة القانونية فهى ليست كذلك ومن ثم يخضع تفسير محكمة الموضوع لها لرقابة محكمة النقض (٢) .

§ ٢ — تقسيم الموضوع

١٨٤ — تحديد نطاق الالتزام من حيث المضمون وتحديد أطراف الالتزام .

١٨٤ — قلنا ان موضوع هذا الباب هو الالتزام العقدى الذى يسفر عنه العقد الصحيح . وقد رأينا أن الالتزامات التى يقضى بها العقد تفرض على أطرافه كما تفرض القواعد القانونية . ولن نتبين من هذه النتيجة مداها وجدواها إلا أن نبين حدود هذا الالتزام العقدى بالنسبة للمضمون ثم بالنسبة للأطراف .

عندما نقول إن هناك التزاما تعاقديا أسفر عنه عقد صحيح وان هذا الالتزام واقع على طرف العقد بحيث يتعين عليه تنفيذه يهمنا أن نبين كيفية تحديد هذا الالتزام من حيث مضمونه حتى نتبين بعد ذلك ما الذى يجب على المتعاقد تنفيذه على وجه الدقة . ويكون ذلك بتفسير الالتزام العقدى وتحديد ما قصده المتعاقدان .

والأصل فى تحديد مضمون الالتزام أن يكون مرجعنا الارادة ، على أن

---

(١) قارن چوسران فقرة ٢٤٧ — ٢٤٨ .

(٢) راجع فيما بعد فقرة ١٩٠ .

القانون قد يسعفنا فى هذا السبيل بالنصوص المكملة والمفسرة . على أن الغلبة ما تزال للارادة اذ هى قادرة على استبعاد حكم هذه النصوص وتحديد مضمون الالتزام على خلافها . انما تفيد هذه النصوص عند ما تسكت الارادة فيفترض أنها أحالت عليها .

كما يهمنا من ناحية أخرى بعد تحديد مضمون الالتزام على الوجه السالف الذكر أن نتبين من الذى يلتزم بهذا الالتزام ومن الذى يطالب بتنفيذه .

الفصل الأول

فى نطاق الالتزام العقدى من حيث المضمون

أو

فى تفسير العقد

الفرع الأول — فى تحديد النطاق بتفسير العقد

١٨٥ — مشكلة التفسير لا تعرض فى القوانين الشكلية ١٨٦ — قيام مشكلة التفسير فى القوانين الرضائية بسبب انحراف الارادة الباطنة عن الارادة الظاهرة . عزل منطقة الغلط عن منطقة التفسير ١٨٧ — وظيفة القاضى البحث عن النية المشتركة للطرفين .

١٨٥ — يتحدد مضمون الالتزام العقدى بالرجوع الى شروط العقد وتفسيرها عند الاقتضاء .

ولا تكاد تظهر مسألة التفسير فى الشرائع الشكلية ، ذلك أن المتعاقدين فى ظل هذه الشرائع يلتزمون بمراعاة أشكال معينة . ومتى روعيت هذه الأشكال أسفرت عن نشوء التزام معلوم الحدود مقدما على وجه لا يختلف باختلاف المتعاقدين . واذا لم تراع الأشكال فلا عقد ولا التزام . أما فى النظم القانونية العصرية حيث جردت الارادة من الأوضاع وأطلق لها عنان الحرية وحيث زالت

القوالب الثابتة التى كانت تفرض على الأفراد قديما لصياغة العقود التى تكون من نوع واحد ، فان نصوص العقود وصيغها أصبحت تختلف باختلاف الأشخاص وتفاوت مصالحهم وطرائق تعبيرهم ومراعاتهم للدقة فى هذا التعبير ومقدار عنايتهم بأمورهم الخ .

١٨٦ — وقد فتح هذا الباب لانحراف الارادة الباطنة عن التعبير عنها أى عن الارادة الظاهرة . ان كل ارادة لا بد من اعلانها والا كانت محض ظاهرة نفسية لا أثر لها فى العالم الاجتماعى . ويفترض اعلان الارادة قيام الاتحاد بين هذا الاعلان و بين الارادة الباطنة . على أن اطلاق الحرية للإرادة يؤدى كما رأينا الى جواز انحراف اعلان الارادة عن حقيقتها وذلك بسبب رعونة المعلن أو عدم احتياطه أو عدم دقته أو حتى بسبب عجز اللغة عن التعبير .

فى مثل هذه الأحوال نتساءل عما نعتد به . هل نعتد بالارادة الباطنة أم بالارادة الظاهرة . ان مبدأ الرضائية — كما رأينا فى الباب السابق [1] — يقتضينا الأخذ بالارادة الباطنة لأنها الارادة الحقيقية فى حين أن الاستقرار يقتضينا الأخذ بالارادة المعلنة لأنها وحدها التى يتاح للمتعاقد الآخر العلم بها . وقد اختلفت الشرائع فى تغليب احدى الارادتين على الأخرى . فالقانون الفرنسى والقانون المصرى يغلبان الارادة الباطنة . أما القانون الألمانى والسويسرى فهما يغلبان الارادة الظاهرة .

وكما تحرك نظرية الارادة الباطنة نظرية الغلط [2] كذلك هى تحرك نظرية التفسير . على أن هذا التحريك المزدوج يقتضينا أن نحدد منطقة كل من الغلط والتفسير نفيا لما قد يقع بينهما من لبس : ان النزاع الذى يقوم بين المتعاقدين والذى يتخذ صورة الطعن بالغلط يفترض أن الطاعن يدعى بأن ارادته الباطنة لم توافق ارادة الطرف الآخر . فكأنه يدعى بأن الارادتين لم تقترنا الا فى الظاهر . ومؤدى هذا الطعن بطلان العقد .

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٥٥ وما بعدها .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ١١٨ وما بعدها .

على أن النزاع قد يتخذ صورة أخرى. قد يدعى كل من الطرفين بأن الارادتين الباطنتين مقترنتان، ولكن كلا منهما يجذب هذا الاقتران لناحيته فيدعى الأول بأنهما قد اقترنتا على معنى معين ويدعى الآخر أنهما انما اقترنتا ولكن على معنى ثان. ومؤدى هذا النزاع تفسير العقد يتولاه القاضى ووصف الاقتران على الوجه الصحيح تمهيدا لتحديد نطاق الالتزامات العقدية. ومن هنا كان الغلط متعلقا بانعقاد العقد بينما التفسير يتعلق بنطاق الالتزام العقدى.

١٨٧ — وقد ترتب على تغليب الارادة الباطنة عند تفسير العقد فى القانون المصرى والقانون الفرنسى أن أصبحت وظيفة القاضى فى هذين القانونين السعى وراء النية المشتركة للطرفين commune intention (المادة ١١٥٦ فرنسى) والغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصدوه عند التعاقد (المادة ١٣٨ / ١٩٩ مصرى) أما فى القانون الألمانى — وهو يغلب الارادة الظاهرة — فان الصيغة المستعملة للتعبير عن الارادة (أى الارادة الظاهرة) انما تفسر على نور العرف والعادات الاجتماعية والوسط الذى ظهرت فيه الارادة (المادة ١٥٧ ألمانى) بمعنى أن اعلان الارادة يستقل عن الارادة ذاتها فيتناوله القاضى مجردا عن الفكرة التى صدر عنها.

على أن الاعتداد بالارادة الباطنة فى قانوننا لا يعنى اغفال الارادة الظاهرة. بل تلك الأخيرة هى الأصل المعتمد عليه باعتبارها مظهر الارادة الباطنة. والقاعدة أن الارادة الظاهرة تتفق مع الارادة الباطنة حتى يثبت العكس. وتتبين ذلك من الفرع الثانى الخاص بكيفية التفسير.

الفرع الثانى — فى كيفية التفسير[1]

١٨٨ — وسائل التفسير بالرجوع الى العقد ١٨٩ — وسائل التفسير بالرجوع الى القانون.

١٨٨ — يمكننا أن نتبين كيفية التفسير من استنباط النتائج التى تترتب

(١) راجع پلانيول وريپير واسمان فقرة ٣٧٣ وما بعدها — السنهورى فقرة ٨٢٦ وما بعدها.

على الاعتداد بالارادة الباطنة . فمن تلك النتائج أنه اذا كانت نصوص العقد وهى الارادة الظاهرة للطرفين جلية واضحة بحيث تنجلى عنها ارادة الطرفين وجب الأخذ بحكمها ، لأن المفروض أن تلك الارادة الظاهرة تعبر عن نية الطرفين وارادتهم الحقيقية فلا يجوز البحث عن ارادة أخرى وراء ذلك . على أن العبرة لا تكون بالمعنى الحرفى للألفاظ بل بالغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه (المادة ١٣٨/١٩٩) وبالعرف المصطلح عليه لتفسير هذه الألفاظ .

وأنه اذا لم تكن نصوص العقد واضحة بأن كانت غامضة أو متناقضة لم يمكن القول بأن الارادة الظاهرة تعبر عن ارادتهما الحقيقية اذ لا يمكن افتراض أن الطرفين قد قصدا الغموض والتناقض ، بل يجب جلاء هذا الغموض وقطع ذاك التناقض على اعتبار أن ارادة الطرفين الحقيقية انما هى ارادة محددة واضحة .

وقد بين القانون الفرنسى — على سبيل الارشاد للقاضى — الوسائل التى يلتجىء اليها لاستجلاء النية الحقيقية وذلك فى طائفة من النصوص نقل بعضها الشارع المصرى . منها أنه اذا كان الشرط يحتمل عدة معانى وجب حمله على المعنى الذى يجعل له أثرا قانونيا (وهذا ما يعبر عنه فقهاء الشريعة بقولهم « إعمال الكلام خير من إبطاله » (المادة ١١٥٧ فرنسى) كما يجب حمله على المعنى الذى يتفق وموضوع العقد (المادة ١١٥٨) ومنها أن النصوص الغامضة تفسر بعرف البلد الذى عقد فيه العقد (المادة ١١٥٩ فرنسى والمادة ١٣٨/١٩٩ مصرى) وأن نصوص العقد يفسر بعضها بعضا (المادة ١١٦١ فرنسى) وأن النصوص وان كانت عامة لا تشمل الا الأشياء التى تعاقد الطرفان من أجلها (المادة ١١٦٣ فرنسى) وأن تخصيص حالة بالذكر تفسيرا للالتزام لا يعنى أن الالتزام لا يشمل غيرها (المادة ١١٦٤ فرنسى) ومنها أخيرا أنه عند الشك يكون التفسير لمصلحة الملتزم (المادة ١١٦٢ فرنسى و ١٤٠/٢٠١ مصرى) .

على أن هذه الوسائل جميعا انما وضعت لارشاد القاضى عندما يعمل على استجلاء نية الطرفين الحقيقية . ومن أجل ذلك لا تنفى هذه الوسائل غيرها متى

أدت تلك الأخيرة الى جلاء نية الطرفين . ومن ذلك أن النية قد تتبين من كيفية تنفيذ العقد .

١٨٩ — على أن تحديد مضمون الالتزام العقدى قد لايكفى فيه كل ذلك . ذلك أن حدود الالتزام العقدى المختلف عليها بين الطرفين قد تتعلق بأمر لم يتعرض له العقد البتة . ففى عقد البيع مثلا قد لا تتعرض شروط العقد لبيان المكان الذى يجب على البائع تسليم المبيع فيه . وقد يقوم النزاع بين الطرفين بعد ذلك على مكان التسليم فيسعى القاضى وراء نية الطرفين المشتركة دون جدوى . وهو بعد ملزم بفض هذا النزاع .

لقد عنيت القوانين المكتوبة بهذه المسألة فهى تتضمن نصوصا تسمى بالنصوص المفسرة أو المكملة تضع الأحكام التى يجب على القاضى تطبيقها فى مثل هذه الأحوال . وقد سميت تلك النصوص كذلك لأنها لا تلزم الطرفين الا إذا لم تظهر ارادتهم على وجه يخالفها . تلك النصوص تكمل فى الواقع قواعد التفسير من حيث أنها تساعد على تحديد مضمون الالتزام . ولكنها مبعثرة ضمن الأحكام الخاصة بالعقود المختلفة .

وقد نتساءل عن امكان بسط نطاق الالتزام العقدى بحيث يتضمن أحكاما لم يردها المتعاقد أو على الأقل عن صحة وصف الالتزام عند ما يتضمن هذه الأحكام بأنه التزام عقدى . على أنه لا سبيل الى الشك فى صحة هذا الوصف متى لاحظنا أن هناك ارادة ظاهرة يجب أن نعتد بها باعتبارها مطابقة للارادة الباطنة حتى يتقدم الدليل على عكس ذلك . تلك الارادة الظاهرة محلها الأخذ بأحكام النصوص المكملة التى يقضى بها القانون . وطريق التعبير عن هذه الارادة انما هو سكوت الطرفين عن النص على ما يخالفها . نعم ان واقعة السكوت ليست فى ذاتها بذات دلالة على المعنى المراد استخلاصه منها ألا وهو رضا الطرفين بحكم نصوص القانون المكملة . على أنه لم يكن بد من الأخذ بهذه النتيجة من باب التقديرات الشرعية إعمالا للعقود وفضا للمنازعات على وجه معلوم[1] .

(١) راجع فيما بعد وقارن ما سيذكر عند الكلام فى مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية (التمهيد للباب الثالث) وفى الموضع المذكور عرض أشمل لهذه المسألة .

الفرع الثالث – فى مراقبة محكمة النقض

١٩٠ — مراقبة محكمة النقض تفسير محكمة الموضوع للعقد بمراجعة أسباب الحكم الموضوعى . مراقبتها تكييف محكمة الموضوع للوقائع واستخلاص النتائج القانونية من هذا التكييف .

١٩٠ — متى تحدد مضمون الالتزام العقدى بالرجوع الى نصوص العقد وتفسيرها وتكميلها عند الاقتضاء فان هذا المضمون يفرض على الطرفين ، بمعنى أن المدين يلتزم به لا بأقل والدائن يطالب به لا بأكثر . وهذا هو فى الواقع معنى قولنا ان العقد شريعة المتعاقدين . على أن المضمون متى تحدد فهو لا يفرض على الطرفين فقط بل كذلك على القاضى فلا يجوز له أن يقضى بالزام المدين بأقل من هذا المضمون ولا أن يقضى للدائن بأكثر منه .

على أن تحديد المضمون يتوقف على التفسير ، ونبراسنا فى التفسير نية الطرفين والبحث عن هذه النية لاتفرض فيه على القاضى طرق معينة ، فقد رأينا أن الشارع اكتفى بوضع قواعد لارشاده . استجلاء النية اذن مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضى question de fait وهى بهذا الوصف تخرج عن مراقبة محكمة النقض .

على أن محكمة النقض لم تخرج المسألة جملة عن نطاق مراقبتها ، بل هى تميز من ناحية بين التفسير والتكييف qualification .

أما عن التفسير فهى تعتبر خطأ محكمة الموضوع فيه أصلا خطأ واقعيا لا شأن لها فى مراقبته . فهى تقر لقاضى الموضوع بالسلطة التامة فى تفسير العقود والمحررات طبقا لنية المتعاقدين . ولكنها من طريق آخر تبسط نوعا من الرقابة على تسبيب الأحكام[1] ، وقد تؤدى هذه الرقابة الى نقض الحكم لأن عدم تسبيب الأحكام

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، النقض فى المواد المدنية والتجارية فقرة ١٠١ ص ٢٨١ وما بعدها .

ومحكمة النقض الفرنسية تطلق عليه اسم الرقابة على مسخ المعنى الواضح لنصوص العقد الظاهرة . وهذا المسخ يقع على صورتين : « اما أن يكون قاضى الدعوى قد عنى فى حكمه بالتنويه عن المستند المدعى بمسخه وعنى بنقل ما جاء فى هذا المستند من العبارات الدالة على ثبوت واقعة من =

أو نقص تسبيبها أو تناقض أسبابها تعد من وجوه النقض لوقوع بطلان جوهرى فى الحكم . وتنحصر هذه الرقابة على التسبيب « فى مطالعة العقد أو الشرط المختلف على تفسيره والعلم بمعناه الذى يتبادر للفهم وفى مطالعة أسباب الحكم المطعون فيه لمعرفة ما اذا كان لعدول القاضى عن هذا المعنى الى غيره اعتبارات كافية معقولة لتعضيد الحمل عليه أو لم يكن ، بحيث إذا خلا الحكم من ذلك فانها تنقضه لعدم قيامه على الأسباب الكافية التى يجب أن يشتمل عليها والا أبرمته »[1] .

أما الخطأ فى التكييف فان محكمة النقض تعتبره خطأ فى القانون تبسط رقابتها عليه بهذا الاعتبار فهى ترى من حقها أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانونى لما تثبته فى حكمها من الوقائع ، وذلك

= وقائع الدعوى ... ثم تراه مع ذلك — عند استخلاصه فهم الواقع فى الدعوى — قد تغافل عن هذا المستند وعن ثبوت تلك الواقعة ... وحكم فى الدعوى بغير أن يبين لم تغافل وكيف اعتبر تلك الواقعة منفية ... مع شهادته هو بثبوتها ... وفى هذه الصورة يكون عيب الحكم أن أسبابه متناقضة وأنه قد نفى ... أمرا على خلاف الثابت بمستند قد شهد القاضى بوجوده وبدلالته على ثبوت هذا الأمر » .

والصورة الثانية أن يكون قاضى الموضوع « قد اكتفى فى سياق سرد وقائع الدعوى ومستنداتها بالاشارة الى مستند بعينه بغير أن ينقل عنه عبارته الدالة على ثبوت واقعة من وقائع الدعوى ... ثم تراه عند تحصيل فهم الواقع فى الدعوى قد ادعى أن هذه الواقعة قد ثبتت ... بهذا المستند على خلاف الثابت به ثم حكم فى الدعوى على هذا الاعتبار . وفى هذه الصورة لا تجد فى ظاهر الحكم ذلك التناقض فى الأسباب الذى رأيته فى الصورة الأولى ، وانما يواجهك التناقض بين ما قررته المحكمة فى حكمها بشأن ثبوت تلك الواقعة ... وبين ذلك الذى ثبت فى الواقع بهذا المستند » . المرجع السابق فقرة ٩٩ ص ٢٧٩ .

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، المرجع السابق فقرة ١٠١ و ١٠٢ ص ٢٨١ وما بعدها — وراجع نقض ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ ملحق القانون والاقتصاد ٣ رقم ٤٠ و ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٣٢ ، ٣ رقم ٦٢ و ٥ يناير سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٦٥ و ١٣ مايو سنة ١٩٣٣ ملحق القانون والاقتصاد ٣ رقم ١١٥ و ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ، ٥ رقم ١٥ و ٢ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١٨٧ و ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ ملحق القانون والاقتصاد ٥ رقم ٧٣ و ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ ، ٥ رقم ٧٨ و ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ ، ٥ رقم ٨٣ .

لتعرف ما اذا كان هذا التكييف قد جاء موافقا للقانون أو مخالفا له [١] . فلها أن تقضى بأن العقد الذى وصفته محكمة الموضوع بأنه بيع ان هو الا وصية . كذلك فان الآثار التى يرتبها قاضى الموضوع على هذا التكييف القانونى تكون خاضعة لرقابة محكمة النقض [٢] ، فاذا وصف قاضى الموضوع العقد بأنه بيع ولكنه رتب عليه أحكاما تخالف الأحكام التى يرتبها القانون كان لمحكمة النقض أن تنقض حكمه .

والمسألة التى تعرض فى التكييف هى معرفة هل النتيجة التى حصلها القاضى من الواقع فى الدعوى « تخالف ما كان ينبغى استنتاجه منها لو أخذ فيها بحكم القانون مما جاء به من تحديد طبيعة عناصر هذا الواقع وتعيين وصفه القانونى أو من تقرير ما يترتب على وجود هذه العناصر من آثار وأحكام قانونية » [٣] .

الفصل الثانى

فى نطاق الالتزام العقدى من حيث الأشخاص

أو

فى نفاذ العقد [٤]

١٩١ — قاعدة قصور حكم العقد على أطرافه . الأطراف والغير . الأطراف والخلفاء .

١٩١ — فى الفصل السابق تناولنا تحديد نطاق الالتزام العقدى من

---

(١) المرجع السابق فقرة ١٠٩ ص ٣٠٤ وراجع نقض ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ ملحق القانون والاقتصاد ٣ رقم ٥١ و٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ، ٣ رقم ٨٣ و٢ مارس سنة ١٩٣٣ ، ٣ رقم ١٠٣ و٢٢ يونيو سنة ١٩٣٣ ، ٣ رقم ١٣٠ و١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ ، ٤ رقم ٦٥ .

(٢) نقض ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٠ .

(٣) المرجع السابق فقرة ١٠٦ ص ٣٠١ .

(٤) **مراجع** — لابورد لاكوست ، رسالة بوردو سنة ١٩١٨ — ليارنيير ، مقال =

حيث مضمونه ، وكان موضوع الفصل الاجابة على تساؤلنا ما الذى يطالب به الدائن وما الذى يلتزم به المدين . وقد تناولنا هذا المضمون بفرض أن الدائن والمدين محددين . والآن نتناول تحديد الالتزام العقدى من حيث الأشخاص فنتساءل عمن هو المدين الذى يطالب بأداء الالتزام ومن هو الدائن الذى يطالب به ، بفرض أن الالتزام محدد المضمون .

الأصل أن أطراف الالتزام العقدى هم أطراف العقد الذى أسفر عن هذا الالتزام . فالعقد لا ينفذ الا بالنسبة للمتعاقدين فلا ينفذ بالنسبة لغيرهما . وفى هذا تقضى المادة ٢٠٢/١٤١ بأنه لا يترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها كما تقضى المادة ٢٠٣/١٤٢ بأنه لا يترتب عليها ضرر لغير عاقديها (يقابلهما المادة ١١٦٥ فرنسى) .

ولتحديد مدى هذه القاعدة — قاعدة قصور حكم العقد على عاقديه — لا بد من تحديد المقصود بغير العاقدين أو بالغير tiers كما اصطلح على تسميتهم . ان كلمة الغير متشعبة المعانى . فهناك الغير بالنسبة لأطراف التصرفات الناقلة للحقوق العينية عموما وهناك الغير بالنسبة للتصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية . وهناك الغير بالنسبة لأطراف الحكم . وهناك الغير بالنسبة لأطراف العقد . وهم فى كل صورة من هذه الصور مختلفون عنهم فى الأخرى . على أنه لا يعنينا الآن غير تحديد الغير بالنسبة لأطراف العقد الذين يقصر حكم العقد عن النفاذ فى حقهم .

ليس يقصد بالغير أى شخص غير المتعاقدين . ذلك أن قصر نفاذ الالتزام على طرفى العقد اخراجا لغيرهما من الأشخاص من شأنه أن يعطل المعاملات .

= فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٢٤ ص ٤٨١ وما بعدها — حامد فهمى ، مقال فى حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال فى حق الخلف بسبب خاص ، المحاماة ٨ ص ٤٢٣ — ساقاتييه ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ٥٢٥ وما بعدها — پلانيول وريپير واسمان ، الالتزامات ١ فقرة ٣٢٨ وما بعدها — ديموج ، الالتزامات ٧ فقرة ٦٦١ وما بعدها وفقرة ٦٧٦ وما بعدها — جودميه ، الالتزامات ص ٢٠٨ وما بعدها — السنهورى ، فقرة ٧٤٠ وما بعدها — دى پاج ، ١ فقرة ١١٧ وما بعدها و ٢ فقرة ٦١٢ وما بعدها .

فالالتزام نعم رابطة بين شخصين ولكنه مع ذلك مال متقوم له حظه من التداول والتعامل . وهو على هذا الوصف الأخير فى حاجة الى الاستقلال عن أطرافه فلا تعقد حياته بحياتهم . واذا كانت حياة الأشخاص معقودة بالموت فالالتزام معقود بأدائه كما أن الحق [١] معقود باستيفائه . ولن يمكن أن تستقر معاملة اذا كانت الديون تعقد بحياة أطرافها أو بأشخاصهم فتنقضى بموت الدائن أو المدين أو لا يمكن أن تؤدى الا من هذا المدين لذاك الدائن .

من أجل ذلك قضى القانون بنفاذ حكم العقد فى حق طائفة من الأشخاص هم الخلفاء ayants-cause . وقد عبرت عن ذلك المادة ١١٢٢ من القانون المدنى الفرنسى بقولها « المفروض أن يشترط الشخص لنفسه وللورثة وللخلف الا اذا صرح بالعكس أو ظهر العكس من طبيعة الاتفاق » . و بعض الكتاب يفسر المادة على خلاف ظاهرها فيحمل كلمة يشترط stipuler على معنى يتعاقد contracter أى يكون طرفا فى العقد دائنا كان أو مدينا [٢] .

وسنرى أن إلحاق الخلفاء بسلفائهم أطراف العقد يدخل فى صميم قاعدة قصور حكم العقد على طرفيه ولا يقوم استثناء لهذه القاعدة [٣] .

حكم العقد اذن قد ينصرف الى غير أطرافه . بل ويتفاوت انصراف حكمه الى هذا الغير شدة وضعفا : فقد ينفذ حكم العقد فى حق الغير اطلاقا فاذا بمن لم يكن طرفا فى العقد ينصرف أثر العقد اليه مثل انصرافه الى طرفه كما لو كان هذا الغير طرفا فى العقد (الخلف العام) ، وقد ينفذ حكم العقد فى حق غير أطرافه مثل انصرافه الى طرفه وانما فى حدود ارتباط العقد بمال معين بذاته (الخلف الخاص) ، كذلك قد ينفذ فى حق الغير حكم معين بذاته من أحكام العقد (الاشتراط لمصلحة الغير) ، بل قد يتضاءل نفاذ حكم العقد الى أقل من ذلك فيؤثر فى حق الغير قيام العقد فى عالم الوجود دون أحكامه الداخلية .

---

(١) نقصد الحق الشخصى .

(٢) راجع دمولومب جزء ٢٤ فقرة ٢٥٩ وهوك جزء ٧ فقرة ٥٥ .

(٣) راجع فيما بعد فقرة ١٩٣ و ١٩٨ .

وليس يعنينا أن نحصى آثار العقد تقع فى حق الغير على اختلاف مواقعها شدة وضعفا وتفاوت تشابهها بانصراف أثر العقد للمتعاقد نفسه بقدر ما يعنينا ترتيب هذه الآثار وتقسيمها الى طوائف وردها الى نصابها ووضعها بعضها فوق بعض طبقات حتى يسهل علينا بعد ذلك تسمية المسميات بأسمائها ورسم حدود القاعدة وحدود استثناءاتها .

الفرع الأول - فى قصور حكم العقد على أطرافه — القاعدة

١٩٢ — كسر الفرع على شقيه . نفاذ حكم العقد باعتباره عملا قانونيا ونفاذ حكمه باعتباره واقعة قانونية .

١٩٢ — قد يظهر أن هذه القاعدة ذات شقين : أولهما نفاذ حكم العقد على أطرافه وثانيهما قصور حكمه عن أن يصيب الغير . على أن الواقع أن كسر القاعدة على هذين الشقين ليس يقدمنا فتيلا اذ كلاهما تعبير عن عين القاعدة أحدهما بالايجاب والآخر بالسلب ، ودراسة الشق الأول وتفصيله يغنينا منطقيا عن دراسة الثانى . انما يساعدنا على جلاء الموضوع وترتيبه ورد كل أمر الى نصابه أن نكسر هذا الفرع على مبحثين : فى نفاذ حكم العقد باعتباره عملا قانونيا (المبحث الأول) ، وفى نفاذ حكم العقد باعتباره مجرد واقعة قانونية (المبحث الثانى) .

والقاعدة مقصورة على نفاذ حكم العقد بوصفه عملا قانونيا أى نفاذ أحكامه الداخلية . ومتى تحددت القاعدة على هذا الوجه تحددت منطقة الاستثناء بحيث يخرج نفاذ حكم العقد فى حق غير أطرافه ، بوصفه مجرد واقعة ، عن نطاق القاعدة واستثناءاتها .

المبحث الأول — فى نفاذ حكم العقد باعتباره عملا قانونيا

١٩٣ — بسط القاعدة وحصر منطقة الاستثناء . الحاق الخلفاء بالأطراف .

١٩٣ — يقصد بنفاذ حكم العقد باعتباره عملا قانونيا نفاذ حكمه الداخلى[1]

(١) قارن سافاتييه فى مقاله المشار اليه فقرة ٤ ودى باج ١ فقرة ١١٩ وما بعدها .

الذى عليه اجتمعت الارادتان ، بمضمونه وأوصافه وحدوده . هـذا الحكم ينفذ فى حق أطراف العقـد دون غيرهم من الناس . غير هؤلاء لا يؤثر فيهم حكم من أحكام العقد فلا ينتصب لهم منه حق ولا يقع عليهم منه التزام : وارث اصطلح مع أحد دائنى التركة أو مدينيها فى عقد صلح لم ينعقد الا بينهما ، هذا العقد نافذ الحكم بين الطرفين ولـكنه لا يؤثر فى بقية الورثة الذين لم يكونوا طرفا فيه بل يبقى لهؤلاء الحق الأصلى لا يمسه الصلح الذى عقده هـذا الوارث بزيادة ولا بنقص . كذلك فان عقـد البيع الذى يعقده واضع اليد على العقار ليس يؤثر فى المـالك الحقيقى ، فلا يحرمه من حقه فى الملـكية ولا يمنحه حق مطالبة المشترى بالثمن . فبقية الورثة والمالك الحقيقى فى المثالين السابقين ان هما الا أجنبيان عن العقد penitus extranei لا تؤثر فيهما أحكامه . ذلك ما يعبر عنه المبدأ اللاتينى بقوله res inter alios acta alius neque nocere neque prodesse potest.

ولـكن من هم الغير ؟ هل يعتبر من الغير كل شخص خلاف المتعـاقدين بحيث ينفرج استثناء القاعدة فيشمل نفاذ حكم العقد ليس فقط فى حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير بل كذلك نفاذ حكمه فى حق الخلف [1] ؟ هنا تعرض نظرية الخلف ayant-cause وهى كما سنرى نظرية يفرضها فرضا حسن الصنعة القانونية technique juridique . فأى غرابة فى الحاق الوارث (الخلف العام) بسلفه ما دام هـذا الخلف يتحمل جميع التزامات سلفه ويرث حقوقه فتقع تلك الالتزامات والحقوق فى ذمته على نفس الوجه الذى كانت تقع عليه فى ذمة سلفه . وأى كبير غرابة فى الحاق من يتلقى حقا معينا (الخلف الخاص) بسلفه ما دام هذا الخلف يتلقى الحقوق التى ترتبط بالحق الذى استخلف عليه . أى غرابة فى أن تنبسط قاعدة قصور حكم العقد على طرفيه فتشمل هؤلاء الخلفاء ملحقين بالأطراف أنفسهم ؟

نعم ان نفـاذ حكم العقـد فى حق الخلفاء قد يرجع الى مصدر مستقل عن مصدر نفاذ حكمه فى حق الأطراف أنفسهم ، فقد يرجع الى قواعد الميراث فى حالة

---

(١) راجع من هذا الرأى أوبرى ورو الطبعة الخامسة جزء ٢ ص ٩٩ حاشية ٥ .

الخلف العام وقد يرجع الى الحوالة الضمنية فى حالة الخلف الخاص [١] . ولكن لا ينبغى أن يغيب عنا أن الخلف العام أو الخاص انما يخلف سلفه فيحل محله ويصبح كما لو كان هو طرف العقد بدلا من سلفه بعكس المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير الذى يكتسب من العقد الذى لم يكن طرفا فيه حقا يقع فى ذمته ابتداء فلا يخلف فيه أحد الطرفين ونحار فى تعيين مصدر له نرده الى القواعد العامة . ليس غريبا بعد ذلك أن تقضى المادة ١١٢١ فرنسى بأن « المفروض أن يشترط الشخص لنفسه وللورثة وللخلف الا اذا صرح بالعكس أو ظهر هذا العكس من طبيعة الاتفاق » . فتلك قاعدة يفرضها حسن الصنعة ولو لم يقض بها الشارع فى نص صريح . ولا غرابة بعد فى أن نبسط قاعدة قصور حكم العقد على طرفيه فتشمل الخلفاء الى جانب الطرفين بحيث يقتصر استثناء القاعدة على وضع الاشتراط لمصلحة الغير .

وليس يبقى بعد ذلك إلا أن نحدد من هم أطراف العقد ومن هم الخلفاء وأن نبين نطاق الالتزام العقدى بالنسبة لكل منهم .

المطلب الأول — فى نفاذ العقد فى حق أطرافه

١٩٤ — تحديد أطراف العقد : الأصيل فى النيابة . النيابة القانونية . الوارث الظاهر ومن يلحقه ١٩٥ — مدى نفاذ حكم العقد فى حق الأطراف : تاريخ العقد . الصورية .

١٩٤ — ليس فى الأمر صعوبة إذا كان طرفا العقد انما يعقدان العقد بشخصيهما ولحسابهما الخاص . فى هذه الصورة تقع فى ذمتهما أحكام العقد فيلتزم المدين بتنفيذ الالتزام العقدى على الوجه المتفق عليه ويصبح للدائن حق مطالبة المدين بتنفيذ الالتزام على هذا الوجه .

على أن من يعقد العقد ويظهر فيه قد يكون نائبا عن شخص ثالث لا يظهر فى العقد وان عقد العقد باسمه . فى حالة النيابة هذه يكون طرف العقد هو الأصيل بمعنى أن أحكام العقد تقع لهذا الأصيل ايجابا وسلبا على الوجه الذى عقده

---

(١) راجع فيما بعد فقرة ١٩٨ و ٢١٧ .

النائب [١] . أما النائب فلا يعتبر طرفا فى العقد الذى يعقده باسم الأصيل فلا تقع له الحقوق التى تخلص منه ولا عليه الالتزامات التى يقضى بها [٢] .

والأمر كذلك سواء كانت النيابة اتفاقية وهى التى يكون مصدرها عقد التوكيل أو قانونية كنيابة الولى الشرعى عن القاصر أو الفضولى عن رب العمل أوقضائية كنيابة الوصى عن القاصر والقيم عن المحجور عليه . على أن النيابة القانونية لا تقف عند حالتى الولاية الشرعية عن القاصر والفضالة . بل نحن نجد من نصوص القانون ما يقضى بنفاذ حكم عمل قانونى فى حق شخص لم يعقده ولا نرى لهذا النفاذ من تفسير الا فكرة النيابة [٣] . فالمادة ١٦٧/٢٣٠/١٢٤٠ تقضى بأن الوفاء يجب أن يكون للدائن أو لوكيله فى ذلك أو لمن له الحق فى الشىء المتعهد به au possesseur du droit à l'obligation . ويقصد بهذا الأخير المالك الظاهر للدين أو الوارث الظاهر [٤] . فنص القانون يصحح الوفاء الحاصل للمالك الظاهر للدين ولو أنه فى الواقع ليس مالكه الحقيقى ولا يمكن تفسير ذلك الا بالقول إن القانون يعد هذا المالك الظاهر نائبا عن المالك الحقيقى نيابة قانونية فلا يستغرب بعد أن تنفذ تصرفات هذا النائب فى حق الأصيل مباشرة و يحتج بها عليه . كذلك تقضى المادة ١٦٧٣/٤٣١/٣٤٥ — وهى واردة فى الفصل الخاص ببيع الوفاء —

---

(١) راجع فيما تقدم بالنسبة لتفسير وقوع آثار العقد للأصيل فقرة ٥٠ ص ٧٦ وما بعدها .

(٢) قد يتعهد النائب بضمان قبول الأصيل لما يعقده من تصرفات خارج حدود وكالته وهو فى هذه الحالة يعقد ما يسمى بعقد التوثيق عن الغير أو قد يكفل تنفيذ الأصيل للالتزامات (عقد كفالة) وهو فى هذه الأحوال يعتبر طرفا فى التزام عقدى يعقده باسمه ولحسابه الخاص لا باعتباره نائبا عن الأصيل . وظاهر أن هذه الصور ليس فيها أى خروج عن القاعدة الأصلية التى تقضى بأن النائب لا يعتبر طرفا فى العقد الذى يعقده باسم الأصيل (راجع فيما بعد الفرع الثانى من هذا الفصل) .

(٣) قارن ساڤاتييه ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ٥٣١ .

(٤) راجع والتون ، الالتزامات جزء ٢ ص ٤٥٠ وراجع س م ٢٣ يونيو سنة ١٩١٠ المجموعة ٢٢ ص ٣٨٣ و س م ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ المجموعة ٢٤ ص ٢٣ و س م ١٥ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة ٢٥ ص ٣٨١ .

بأن البائع وفاء يلتزم — اذا استرد العين المبيعة — بتنفيذ الايجارات التى أجرها المشترى وفاء بدون غش بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين . ومعلوم أن حق المشترى وفاء على العين انما هو حق معلق على شرط فاسخ ، والمفروض عند تحقق الشرط باسترداد البائع للعين أن تسقط جميع تصرفات هذا المشترى من بيع ورهن وايجار . ولكن القانون مع تطبيقه لهذه القاعدة بالنسبة لجميع تصرفات المشترى استثنى ايجاراته فجعلها نافذة فى حق البائع المسترد بشروط معينة . ولا تفسير لنفاذ هذه الايجارات فى حق البائع الا اعتبار المشترى نائبا بحكم القانون عن البائع فيما يتعلق بالاجارة وهى عمل من أعمال الادارة actes d'administration .

والقضاء لم يقف عند حد هذه النصوص فلم يقتصر على تصحيح الوفاء تحت يد الوارث الظاهر أو المالك الظاهر كما تقضى المادة ١٦٧ بل أنه ذهب الى تصحيح تصرفات هذا الوارث الظاهر جميعها بما فى ذلك أعمال التصرفات[١] . كما أن حكم المادة ٣٤٥ الخاصة بالايجارات الصادرة من المشترى وفاء استخرج منه الفقه والقضاء حكما عاما يقضى بأن أعمال الادارة الصادرة من واضع يد على العين أبطل حقه فيما بعد أو فسخ تعتبر حجة على المالك الحقيقى[٢] .

يخلص من أحكام القضاء المشار اليها قواعد عرفية أى مصدرها العرف لها ما للتشريع من قوة تقضى بقيام نيابة قانونية بين الوارث الظاهر (أو المالك الظاهر) والوارث (أو المالك) الحقيقى تؤدى الى نفاذ أحكام العقود التى يعقدها الأول فى حق الثانى[٣] .

---

(١) نقض فرنسى فى ٢٦ يناير سنة ١٨٧٧ دالوز ١٩٠٠ — ١ — ٣٣ وتعليق سارو .

(٢) راجع چوسران ٢ فقرة ٢٦١ و ١ فقرة ١٨١٩ و ١٩٠٣ والأحكام المشار اليها فيه .

(٣) راجع بالنسبة لنظرية « الخطأ الشائع يقوم مقام القانون » error communis facit jus وتطبيقاتها فى حالة الوارث الظاهر ، مقال بهجت بدوى عن آثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد الثالث ص ٣٤٤ وما بعدها والمراجع المذكورة فيه — وراجع فيما سبق فقرة ١٦٨ .

١٩٥ — أما عن مدى نفاذ حكم العقد فى حق أطرافه فتلك مسألة لا تعرض فيها صعوبة جديدة متى انتهينا الى تحديد نطاق الالتزام من حيث مضمونه (الفصل السابق) ، فينشأ الالتزام فى ذمة المدين والحق فى ذمة الدائن على نفس الوجه الذى يخلص لنا من تفسير العقد . فقط يعنينا فى هذا الشأن ابراز نتيجتين تتعلقان بالموضوع الذى نحن بصدده .

النتيجة الاولى : من أحكام العقد التى تنفذ فى حق أطرافه صدوره فى التاريخ الذى انعقد فيه . ويعتبر التاريخ الوارد فى العقد دليلا على تاريخ الانعقاد بالنسبة للطرفين . على أن هذه القاعدة تحدها قواعد الاثبات التى تقضى بأنه لا يجوز نقض مضمون المحرر الكتابى بما فى ذلك تاريخه الا بمثله . فلا يجوز لأحد الأطراف اثبات أن التاريخ الحقيقى للعقد غير التاريخ الوارد فيه الا بالكتابة .

النتيجة الثانية : أنه اذا كان العقد صوريا فالعبرة بالاتفاق الحقيقى لا بالعقد الصورى سواء كانت الحقيقة تنفى العقد بأكمله أو تنفى بعض أحكامه . على أن هذه القاعدة كذلك تحدها قواعد الاثبات التى تقضى بأنه لا يجوز فيما بين الطرفين اثبات صورية العقد الا بالكتابة . فالاتفاق الظاهر بين الطرفين يعتبر معبرا عن الحقيقة حتى يقدم الدليل الكتابى على عكس ذلك وهو ما يسمى ورقة الضد أو سند التلجئة contre-lettre (١) .

وتترتب نفس النتائج بالنسبة للأصيل فى حالة انعقاد العقد بنائب عنه باعتبار الأصيل طرف العقد .

المطلب الثانى — فى نفاذ العقد فى حق الخلفاء أو فى الاستخلاف على الحقوق والالتزامات

١٩٦ — الخلف العام والخلف الخاص . مقارنة فكرة الاستخلاف بفكرة النيابة .

١٩٦ — قد يخلف شخص آخر فى ذمته جملة أو حصة كما هو الحال فى

= وقارن ما سيذكر فيما بعد عن نفاذ حكم العقد فى حق غير أطرافه بحكم القانون ، فقرة ٢١٩ و ٢٢١ مكرر والفرع الثانى من هذا الفصل .

(١) راجع فيما بعد بالنسبة للصورية ، الجزء الثانى من هذا الكتاب .

الميراث فيصبح للوارث الحق فى أن يقتضى مدينى سلفه المورث التزاماتهم على الوجه الذى كان للمورث أن يقتضيهم اياها كما يصبح ملتزما قبل دائنى مورثه بالالتزامات التى التزم بها مورثه قبلهم . فاذا طبقنا هذا الحكم على الحقوق والالتزامات التى تسفر عنها العقود لرأينا أن حكم العقد ينفذ ايجابا وسلبا فى حق الوارث مثل نفاذه فى حق أطرافه . ويسمى الوارث بالخلف العام ayant-cause universel .

ويقابل الخلف العام الخلف الخاص particulier وهو من يستخلف لا على ذمة سلفه auteur وانما على حق معين بذاته . وهو اذ يُستخلف على ذلك الحق قد يخلف سلفه فى بعض حقوق تتصل بالحق الذى استخلف عليه صلة التبعية ، فاذا كان مصدر تلك الحقوق عقد عقد بين السلف وآخر فكأن حكم هذا العقد ينفذ فى حق الخلف وان لم يكن طرفا فيه . مثال ذلك مالك لعقار يؤمن عليه ضد الحريق لدى شركة تأمين فينشأ له بهذا العقد حق قبل الشركة ثم يبيع العقار فينتفع المشترى (الخلف الخاص) بحق التأمين الناشىء عن عقد لم يكن طرفا فيه .

ويحسن فى هذا الصدد أن نجرى مقارنة بين نظرية الاستخلاف ونظرية النيابة . ومن شأن تلك المقارنة أن تعمل على جلاء فكرة الاستخلاف : فالالتزام والحق الناشئان عن العقد الذى يعقده النائب يقعان فى ذمة الأصيل دون النائب بحيث يعتبر الأصيل هو طرف العقد فلا تعرض لنا فى صدد الأصيل والنائب مسألة نفاذ حكم العقد فى حق غير أطرافه . أما صورة الاستخلاف فهى بمحض اسمها تشعرنا بأن حقاً قد وقع فى ذمة السلف بانعقاد العقد الذى عقده هذا السلف ثم انقطع عنها وانتقل إلى ذمة الخلف إما بالموت (الخلف العام) أو بانعقاد عقد الاستخلاف الذى نقل الحق الى الخلف الخاص [1] .

§ ١ — الخلف العام

١٩٧ — تحديد الخلف العام . الدائن العادى ليس خلفا عاما ١٩٨ — مدى نفاذ حكم العقد فى حق الخلف العام . وقوع هذا النفاذ ضمن نطاق القاعدة ١٩٩ — تصرفات تنفذ

(١) راجع فيما بعد فقرة ٢٣٩ بالنسبة لمقارنة فكرة الاستخلاف بفكرة الاشتراط لمصلحة الغير .

فى حق السلف ولا تنفذ فى حق الخلف العـام ٢٠٠ — تصرفات تنفذ فى حق الخلف العام مباشرة . الوصية . التصرفات الملحقة بالوصية لصدورها فى مرض الموت .

١٩٧ — يعتبر الوارث خلفا عاما لمورثه سواء كان هو الوارث الوحيد أو كان مشتركا مع ورثة آخرين أو موصى اليهم . وكذلك يعتبر خلفا عاما الموصى اليه بحصة من التركة (الثلث ، الربع) دون الموصى اليه بعين معينة فيها أو بمبلغ معين[١] .

ولكن ما الرأى بالنسبة للدائن العـادى ؟ هل يلحق وصف الخلف العـام الوارث والموصى اليه بحصة دون غيرهما أم هو وصف يلحق كذلك الدائن العادى لكل متعاقد ؟

يرى بعض الكتاب أن الدائن العادى يلحقه كذلك وصف الخلف العـام لمدينه اذ هو ينتفع من تصرفات مدينه هـذا ويضر بهـا بقدر ما تضيف هـذه التصرفات الى الضمان العام وتنقص منه . ولست من هذا الرأى لأن الدائن العادى لا يخلف مدينه فى ذمته فيلتزم بديونه وتنتقل اليه حقوقه كما تقضى بذلك نظرية الاستخلاف . واذا كانت تصرفات المدين تؤثر فى الضمان العام للدائن فهى لا تنفذ فى حق هذا الأخير بوصفها أعمالا قانونية وانما تنفذ نتائجهـا باعتبارها مجرد وقائع مادية[٢] .

نظرية الخلف العام يجب قصرها اذن على الوارث والموصى اليه بحصة من التركة .

١٩٨ — هذا من حيث تحديد الخلف العام . أما من حيث مدى انتقال الذمة الى الخلف العام أو بتعبير أدق من حيث مدى نفاذ حكم العقد الذى يعقده السلف فى حق الخلف العام فأول ما نلاحظ اختلاف القاعدة فى القانون المصرى عنها فى القوانين اللاتينية . ففى القوانين اللاتينية كالقانون الفرنسى يعتبر الوارث امتـدادا لشخصية المورث فتنتقل اليه حقوق المورث والتزاماته وتنصب فى ذمته

---

(١) يسمى الوارث الوحيد خلفا عاما ayant-cause universel والوارث المشترك مع غيره أو الموصى اليه بحصة معينة خلفا بسبب عام ayant-cause à titre universel . على أن اختلاف التسمية لا يؤثر فى الأحكام التى نحن بصددها الا بقدر اختلاف الحصة فى التركة . فالوارث الذى يقع له نصف التركة يقع له نصف الحقوق وعليه نصف الالتزامات .

(٢) راجع فيما بعد فقرة ٢٢٢ و ٢٢٤ وما بعدها .

مختلطة بحقوقه الشخصية والتزاماته . أما فى القانون المصرى حيث تنطبق أحكام الشريعة الاسلامية فى هـذا الصدد بالنسبة للمصريين (المادة ٧٧/٥٤ مدنى) فالقاعدة ألا تركة الا بعد سداد الديون [١] بمعنى أن الوارث يتلقى بالميراث حقوق سلفه ولـكن بعد سداد الديون . فهو اذن يلتزم بسداد جميع ديون التركة بقدر ما اكتسب من أموالها ، فلا يلتزم بأكثر من قيمة تلك الأموال . وما يزيد من أموال التركة من ديونها يصبح حقا خالصا له .

ما يعنينا أن الالتزام فى هذه الحدود ينفذ فى حق الوارث على نفس الوجه والصورة والشروط والأوضاع والأوصاف التى كان ينفذ عليها فى حق السلف . نعم ان انتقال الحق للوارث انما يرد الى وضع قانونى مستقل لا يمت بسبب الى العقد الذى عقده المورث . هذا الوضع هو الميراث باعتباره سببا من أسباب التمليك [٢] . بل ان التزام الوارث بسداد ديون التركة يرد كذلك الى هـذا الوضع اذ انتقال الأعيان للوارث مقيد بسداد ديون التركة . فكأن حق الوارث فى التركة يرجع الى سبب قانونى من أسباب التملك (الميراث) لا الى سبب ارادى كما أن التزامه بسداد ديون التركة ليس التزاما ارادياً وانما هو مسئولية قضى بها القانون فى هذه الحدود .

على أن صدق هذه الملاحظة لا ينفى صحة صياغة القاعدة على وجه يقضى بنفاذ حكم العقد فى حق الوارث سلبا وايجابا . واذا صح أن سبب هذا النفاذ هو وضع الميراث فصحيح كذلك أن العقد ينقطع حـكمه عن ذمة المورث ليستقر فى ذمة الوارث وينفذ فى حقه على نفس الوجه والصورة والأوصاف الخ التى كان ينفذ بها فى حق السلف . وتلك نتيجة لا يستبدع عندها ولا يستغرب صنع قاعدة تقضى بأن حـكم العقد ينفذ فى حق الخلف العام مثل نفاذه فى حق السلف ويحل فيها الخلف محل سلفه طرفا فى العقد بحيث لا يخرجنا هذا النفاذ عن نطاق القاعدة الى استثناءاتها .

١٩٩ — وطبيعى أن نفاذ حـكم الالتزام فى حق الوارث من ناحيته

(١) راجع فى تفصيل ذلك كتاب على زكى العرابى ، مركز الوارث فى الشريعة الاسلامية سنة ١٩١٣ ومقال عبد الحميد بدوى فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها .

(٢) راجع شفيق شحاته ، الالتزامات ص ١٠٤ . وقارن فيما بعد فقرة ٢٢١ .

الايجابية والسلبية معقود بحياة الالتزام نفسه فمن الالتزامات ما ينقطع حكمه بموت العاقد أخذا بطبيعة العقد وذلك فى العقود التى تقوم على اعتبار خاص intuitu personæ ، لشخص المعاقد أو قدرته وكفايته ، مثل عقد شركة الأشخاص (على عكس شركة الأموال) وعقد الوكالة . وقد يكون الاعتبار الشخصى قاصرا على أحد الطرفين دون الآخر ، كما هو الحال فى عقد العمل ينقضى بموت العامل دون صاحب العمل (١) .

كذلك قد ينقطع حكم الالتزام بموت العاقد أخذا بوصف الالتزام فى نفس العقد . وما ذلك الا تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة . فيجوز مثلا أن يتفق الطرفان فى عقد الايجار على انتهاء الاجارة — وبالتالى التزامات الطرفين — بوفاة المستأجر .

٢٠٠ — ولكن هل يجوز العكس ؟ هل يجوز أن يقضى العقد — أو العمل القانونى — بنفاذ حكمه فى حق الورثة مباشرة دون نفاذه فى حق العاقد نفسه فيصبح الوارث هو الدائن أو المدين مباشرة دون مورثه ؟ هنا تتداخل قاعدة حظر التصرف فى تركة مستقبلة فتحول دون ذلك (مادة ٢٦٣/٣٣٢/١٦٠٠) . على أن الأمر جائز بطريق الوصية . فالوصية بطبيعتها مضافة الى ما بعد الموت فلا تنفذ الا فى حق الوارث ولا تلقى المسئولية الا على عاتقه . وهى على هذا الوجه تختلف عن الالتزامات التى يعقدها المورث فى أثناء حياته والتى تنفذ فى حقه ثم فى حق ورثته مستخلفين عليها .

وقد حدد الشارع سلطة الشخص فى الوصية فقيدها بثلث المال . وكل وصية تتجاوز الثلث بعد سداد الديون لا تنفذ وتظل معطلة ما لم يجزها الورثة (كما أنه قيد كل وصية لوارث مهما بلغ مقدارها باجازة الورثة) . فكأن الموصى عندما يتجاوز النصاب الشرعى انما يتصرف فيما لا يملك اذ هو يتصرف فى حق للورثة حفظه لهم القانون réserve légitime فتلقوه من الشارع نفسه . ولا يكون لهذا التصرف من أثر نافذ فى حق الورثة بقدر ما لا يكون لبيع ملك الغير من أثر نافذ

(١) راجع كولان وكاپيتان جزء ٢ فقرة ١١٧ ص ١١٤ — وراجع س م ٨ مايو سنة ١٨٩٠ المجموعة ٢ ص ٤٠٩ .

فى حق المالك الحقيقى (١) . و بتعبير آخر لا يعتبر الورثة خلفا للمورث بالنسبة لهذا التصرف حتى ينفذ فى حقهم كباقى تصرفاته وانما هم يعتبرون من الغير فتنطبق قاعدة قصور حكم التصرف على عاقديه دون الغير .

ويقضى الشارع بالحاق بعض التصرفات الصادرة فى مرض الموت بالوصية . هذه التصرفات ، وهى البيع والهبة والوقف ، لا تنفذ فى حق الوارث الا فى الحدود التى تنفذ فيها الوصية . يجب اذن حتى تنفذ تصرفات المورث فى حق الوارث باعتباره خلفا عاما أن تكون بمنجاة من شبهة التصرف فى مرض الموت ، ولكى تكون كذلك يجب أن تكون سابقة على هذا المرض . ولما كانت فترة مرض الموت لا تتحدد الا بعد الوفاة فأى تصرف صادر من المورث لا ينفذ فى حق ورثته باعتبارهم خلفاء الا اذا كان ثابت التاريخ بوجه رسمى قبل هذه الفترة . ان لم يكن ثابت التاريخ لحقته هذه الشبهة وجاز للورثة أن يتخلصوا من نفاذه فى حقهم باعتبارهم خلفاء ولم يبق الا التزامهم بتنفيذه باعتباره وصية فى الحدود التى تجوز فيها الوصية .

§ ٢ — الخلف الخاص (٢)

٢٠١ — تحديد الخلف الخاص ٢٠٢ — مدى نفاذ حكم العقد فى حق الخلف الخاص ٢٠٣ — حصر الموضوع فى نطاقه الفنى : حصره فى نفاذ الالتزام العقدى فى حق غير أطرافه — أى فى نفاذ الحقوق والالتزامات الناشئة عن الأعمال الارادية — بطريق الاستخلاف ٢٠٤ — حصره فى نفاذ الالتزام العقدى دون الحق العينى أو الحق فى الشىء على وجه العموم ٢٠٤ مكرر — جلاء التفرقة بين نفاذ الالتزام العقدى ونفاذ الحق العينى ٢٠٥ — حصره فى نفاذ الالتزام العقدى دون الالتزامات الناشئة عن أعمال غير ارادية ٢٠٦ — حصره فى نفاذ الالتزام العقدى بطريق الاستخلاف دون غيره . مواجهة الموضوع

(١) راجع شفيق شحاته ، الالتزامات (بالفرنسية) ص ١٠٩ .

(٢) **مراجع** — لپارنيير ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٢٤ ص ٤٨١ وما بعدها — حامد فهمى ، مقال فى حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال فى حق الخلف بسبب خاص ، مجلة المحاماة السنة الثامنة ص ٤٢٣ وما بعدها — سافاتييه ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ٥٢٥ وما بعدها — پلانيول وريپير واسمان فقرة ٣٣١ وما بعدها — السنهورى ، فقرة ٧٠٠ وما بعدها — جودميه ص ٢١٧ وما بعدها .

بعد حصر منطقته . التفرقة بين صورة الاستخلاف على الالتزام والاستخلاف على الحق الشخصى .

٢٠١ — على عكس الخلف العام الذى يستخلف على ذمة المتوفى باعتبارها مجموعة universalité دون حصر لمفرداتها السلبية والايجابية فان الخلف الخاص هو من يستخلف على حق معين بذاته ut singuli كمن يتلقى حقا فى عين معينة بذاتها individualisé بالبيع أو الهبة أو الوصية أو الرهن أو فى شىء معنوى كمشترى الدين (المحال) أو الحال subrogé .

فوضع الخلف الخاص يستلزم اذن[1] : (١) أن يكون المستخلف عليه حقا فى شىء معين بذاته سواء كان هذا الشىء ماديا أو معنويا — وهذا ما يميز الخلف الخاص عن الخلف العام .

وقد يستغرب أن يعتبر المحال اليه الدين خلفا خاصا مع أنه يتلقى حقا شخصيا قبل المدين ، على أنه لا يجب أن يفوتنا أن عقد الحوالة يولد نعم رابطة بين شخصين ولكنه فى نفس الوقت عقد بيع[2] ينقل الى المحال حقا فى شىء jus in re هو الحق فى الدين[3] أو هو كما تقول المادة ٣٤٩/٤٣٥ و ٤٣٦ ينقل ملكية الدين transfère la propriété de la créance . وليس بعد فرق من حيث الطبيعة بين نقل الحق فى شىء معنوى ونقل الحق فى شىء مادى ، كلاهما نقل عينى للحق ينفذ فى حق جمهور الناس بعد اتباع أوضاع خاصة قصد بها الشهر والعلانية . على أن هذه الأوضاع قد تختلف باختلاف نوع الحق : هل هو حق فى شىء مادى أو فى شىء معنوى ، هل الشىء المادى عقار أو منقول ، فبالنسبة للعقار هناك وضع التسجيل وبالنسبة للمنقول هناك وضع الحيازة والتسليم وبالنسبة للشىء المعنوى هناك وضع ثبوت التاريخ (م ٣٤٩/٤٣٦) .

(٢) أن يكون تلقى الحق بعمل ارادى صادر من شخص لمنفعة شخص

(١) قارن لابورد لاكوست — رسالة بوردو سنة ١٩١٦ ، الذى يؤلف فكرة الخلف الخاص من عناصر أخر (ص ٩٠ وما بعدها) . ويلاحظ أن وضع الخلف الخاص عند المؤلف المذكور يتسع للدائن العادى .

(٢) أو هو عقد هبة اذا كانت الحوالة تبرعا . أو عقد كفالة عينية اذا كانت الحوالة لضمان دين على الغير .

(٣) قارن فيما سبق ص ٢٢ .

آخر كالعقد أو الوصية . أما اذا كان تلقى الحق بطريق آخر من طرق اكتساب الحق فلا يعرض لنا وضع الخلف . فمن يتملك العين بوضع اليد والتقادم لا يعتبر خلفا خاصا لآخر مالك لها على المعنى الفنى لهذه الكلمة (١) . كذلك لا يعرض لنا وضع الخلف اذا كان الحق يستقر فى ذمة الشخص بحكم الرجوع أو الابطال أو الفسخ لعقد سبق أن أخرج الحق من ذمته (٢) .

(٣) أن يكون تلقى الحق بطريق الاستخلاف عليه أى انتقاله من شخص لآخر . ولذلك لا يعتبر المستأجر من الباطن فى التأجير من الباطن sous-location خلفا للمستأجر اذ هو لا يتلقى حق المستأجر كما هو الحال بالنسبة للمحال فى حوالة حق الايجار cession de bail (٣) . وانما هو يحصل بعقد التأجير من الباطن على حق شخصى جديد قبل المستأجر . أما الحق الأصلى وهو حق المستأجر قبل المؤجر الأصلى فهو باق للمستأجر الأصلى لم ينتقل الى المستأجر من الباطن .

٢٠٢ — بعد تحديد الخلف الخاص نتساءل عن مدى نفاذ أحكام العقد فى حقه ، أى عن مدى ارتباط فكرة الخلف بفكرة نفاذ أحكام العقد . مشترٍ تلقى من آخر ملكية عقار . ينتقل اليه حق الملكية على الوجه والتحديد الواردين فى عقد البيع . بل وتنتقل اليه حقوق الارتفاق المقررة لمنفعة هذه العين كما يتحمل حقوق الارتفاق المقررة على العين لمنفعة عقار آخر وذلك كله ولو لم تذكر فى عقد البيع حقوق الارتفاق .

ولكن ما القول اذا كان بائع العقار قد سبق أن تعهد لجاره بهدم حائط فى أرضه يحجب النور عن هذا الجار . هل ينتقل هذا الالتزام الى المشترى بانعقاد عقد البيع باعتبار هذا المشترى خلفا خاصا للبائع ؟ وما القول بالنسبة لعقد التأمين ضد الحريق مثلا الذى سبق أن عقده البائع مع شركة تأمين . هل يستفيد منه

---

(١) قارن لابورد لاكوست ص ١١٦ وما بعدها . وهو يرى أن من يتملك بوضع اليد والتقادم يعتبر خلفا للمالك السابق .

(٢) قارن مقال حامد فهمى المشار اليه فقرة ١ .

(٣) راجع عكس ذلك حامد فهمى فقرة ١ .

المشترى فيمتد التزام الشركة فى مواجهته باعتباره خلفا خاصا للبائع ؟ فى هاتين الصورتين وغيرهما تدق المسألة ولا يبده الحل فيها كما يبده فى حالة حق الارتفاق. على أن دقة المسألة انما ترجع الى تعقيدها بتركيب صور عليها لا تمت اليها بسبب.

٢٠٣ — لذلك يجمل بنا حصر الموضوع فى نطاقه الفنى وتشذيب فروعه التى لا تمت اليه بسبب :

ينبغى حصر الموضوع فى نفاذ الالتزام العقدى من ناحيته السلبية والايجابية ، أى فى نفاذ الحقوق الشخصية والالتزامات الناشئة عن الأعمال الارادية ، بطريق الاستخلاف .

تلك صيغة لا تعرض بمجردها حلا للصعوبات التى تكتنف هذا الموضوع ولكنها تعرض هذه الصعوبات فى حدودها وتعمل على حصر الموضوع فى نطاقه الفنى . ولنحلل هذه الصيغة أولا لنتبين هذه الحدود ثم ننتقل بعد ذلك الى مواجهة الموضوع بعد حصره .

٢٠٤ — **أولا** — ينبغى حصر الموضوع فى **نفاذ الالتزام العقدى** .

ان الاستخلاف على الالتزام العقدى يفترض دائما وجود عقدين : عقد نقل من شخص لآخر حقا فى شىء معين بذاته ، هذا الشىء قد يكون عقارا أو منقولا معينا بذاته أو حقا فى دين معين droit de créance . ثم عقد آخر يرتبط بهذا الشىء منشىء لحقوق والتزامات . ونحن بعد نتساءل هل استخلاف الخلف على الشىء بالعقد الأول الناقل للحق العينى يستتبع حتما استخلافه على الحق الشخصى أو الالتزام الذى أنشأه العقد الآخر .

وكأن وضع الاستخلاف على الالتزام العقدى لا يقوم الا مستندا الى الاستخلاف على حق فى شىء معين (على حق عينى أو حق فى دين) . على أنه مع ذلك مستقل عنه فى صورته وأحكامه بقدر استقلال وضع الالتزام عن وضع الحق العينى . وأقل ما يقتضينا هذا الاستقلال أن نبدأ بتصفية عقد الاستخلاف على الحق العينى (أو الحق فى الشىء على العموم) واستنفاد أحكامه قبل الاجابة على السؤال المعروض .

ان نقل الحق فى الشيء تحكمه قاعدتان معروفتان ألا وهما القاعدة التى تقضى بأن فاقد الشيء لا يعطيه وتلك التى تقضى بأن الملحقات [١] تتبع الأصل . وهاتان القاعدتان ترتبان من النتائج ما يفسر طائفة من الآثار جرى الرأى دون موجب على الكلام فيها فى صدد نفاذ الالتزام العقدى بوصفها مترتبة على هذا النفاذ فى حين أنها تقع بمعزل عنه [٢] .

فمشترى العقار يتلقاه مثقلا بحقوق الارتفاق التى ترتبت عليه وينتفع بتلك الملحقة به مقررة على عقار مجاور طبقا لقواعد الحق العينى الذى انتقل اليه بعقد البيع ، وبالذات طبقا للقاعدتين المشار اليهما — فاقد الشيء لا يعطيه والملحقات تتبع الأصل . فاذا كانت حقوق الارتفاق قد أنشأها عقد عقده البائع مع جاره فلا يقال ان عقد انشاء الارتفاق قد نفذ فى حق مشترى العقار طبقا لقاعدة نفاذ أحكام العقد فى حق أطرافه وخلفائهم ملحقين بهم . ذلك أن نفاذ الارتفاق فى حق المشترى ليس نفاذا للأحكام الداخلية لعقد انشاء الارتفاق وانما هو نفاذ لأحكام الحق العينى نفسه ولا فرق فى ذلك بين نفاذ هذا النوع من الارتفاق ونفاذ الارتفاق الذى يكون البائع أو الجار قد تملكه بالتقادم . واذا أردنا رد هذا النفاذ الى العقد قلنا انه نفاذ لنتائج هذا العقد بوصفها وقائع قانونية لا بوصف العقد عملا قانونيا . وهذا النفاذ كما سنرى يخرج عن القاعدة التى نحن بصددها [٣] .

كذلك مشترى الدين اذا انتفع بما يلحقه من كفالة فانما لأنها من ملحقات الحق الذى استخلف عليه ، حكمها فى هذا حكم الأوصاف القانونية التى تلحق الدين والتى قد لا تترتب على عقد ، كوصف الدين بأنه تجارى . فلا يقال بسبب انتفاع المشترى بالكفالة ان عقد الكفالة ينفذ فى حقه طبقا لقاعدة نفاذ أحكام

---

(١) ويقصد بذلك الملحقات القانونية الضرورية على الوجه الضيق أى الحقوق التبعية التى لا يتصور قيامها مستقلة عن الحق الأصلى . فحق الارتفاق ملحق بحق الملكية لا يقوم مستقلا عنه وكذلك حق الرهن وحق الكفالة كلاهما لا يقوم مستقلا عن الحق فى الدين .

(٢) راجع فيما بعد فقرة ٢٠٤ مكرر .

(٣) راجع فيما بعد فقرة ٢٢٢ وما بعدها .

العقد فى حق الخلفاء . وكذلك لو أن الدائن الأصلى كان قد أمهل المدين فان هذا الامهال ينفذ فى حق مشترى الدين طبقا لقاعدة فاقد الشىء لا يعطيه فلا يقال ان الاتفاق على الامهال قد نفذ فى حقه بوصفه خلفا .

والقانون بعد قد ينظم نفاذ تلك الملحقات والقيود فى حق الخلف الذى استخلف على الشىء تنظيما خاصا يتعلق بانتقال الحقوق . فهو يشترط التسجيل لنفاذ الارتفاق وثبوت التاريخ لنفاذ الامهال .

ينبغى اذن أن نستنفد أحكام عقد الاستخلاف على الشىء بوصفه عقدا ناقلا لحق عينى أو بتعبير أدق بوصفه عقدا ناقلا لحق فى شىء وذلك بتطبيق قواعد انتقال الحقوق مع ملاحظة قواعد النفاذ التى قررها القانون بالنسبة لهذه الحقوق (التسجيل ، ثبوت التاريخ) . و بحثنا فى هذا لا يتعلق بالقاعدة التى نحن فى صددها أى قاعدة قصور حكم العقد على أطرافه وانما يتعلق بقواعد انتقال الحقوق[1] .

فاذا استنفدنا هذه الأحكام أمكن الانتقال الى العقود التى يعقدها السلف متعلقة بالشىء الذى استخلف عليه الخلف والتى تنشىء للسلف حقا أو ترتب عليه التزاما دون أن تدخل تلك الحقوق والالتزامات فى معنى القيود والملحقات على الوجه السالف الذكر فنتساءل هل يستخلف عليها الخلف فيلتزم بتلك الالتزامات وتقع له هذه الحقوق . هذا هو وضع نفاذ العقد فى حق الخلف الخاص أو نظرية الاستخلاف على الالتزام العقدى محصورا فى منطقته الفنية .

٢٠٤ مكرر — ولكى تتجلى لنا هذه التفرقة بين نفاذ الحق العينى ونفاذ الالتزام العقدى نسوق الصورتين الآتيتين :

(١) عقد انشاء حق ارتفاق لمنفعة عين اتفق فيه على أن مالك العقار

---

(١) ويحسن أن نلاحظ فى هذا الصدد أن التزام من يتلقى ملكية عين بما يقع عليها من تكاليف أو حقوق عينية (حق ارتفاق ، حق رهن) لا يقع فى ذمته — فهو تكليف على العين نفسها يتحمله متملك العين ما دام مالكا . وفى مكنة مشترى العقار المثقل بحق الارتفاق أو المرهون أن يخلص من أحكام الارتفاق أو الرهن بترك العين (راجع المادة ٦٩٩ فرنسى بالنسبة لحق الارتفاق والمواد ٥٧٥ و ٥٨٥/٦٩٨ و٧٠٩ بالنسبة للرهن) .

المرتفق (المخدوم) يدفع لمالك العقار المرتفق به (الخادم) مبلغا من المال ثمنا لحق الارتفاق يدفع على أقساط . بانعقاد هذا العقد و باتباع اجراءات شهر هذا التصرف يصبح لمالك العقار المرتفق حق عينى على العقار المرتفق به . وهو حق عينى ينتقل الى مشترى هذا العقار المرتفق بانتقال الملكية اليه لا طبقا لقواعد نفاذ العقود (والمقصود هنا عقد انشاء الارتفاق) فى ذمة الخلف [١] وانما طبقا لقواعد نفاذ الحق العينى و بالذات طبقا للقاعدة التى تقضى بأن الملحقات تتبع الأصل . وعلى هذا الوصف يخرج البحث فى نطاق الحق العينى عن موضوعنا .

انما يعنينا فى هذه الصورة و يدخل فى الموضوع الذى نحن بصدده التساؤل عن التزام صاحب العقار المرتفق بدفع ثمن حق الارتفاق . هل ينتقل هذا الالتزام الى مشترى العقار المرتفق ؟ يعنينا هذا البحث لأنه بحث فى نطاق الالتزام العقدى من حيث الأشخاص ، و بالذات بحث فى نفاذ الالتزام العقدى فى حق الخلف الخاص .

(٢) تلقى شخص ملكية عقار بعقد قابل للفسخ لسبب ما (عدم سداد الثمن كاملا مثلا) ثم باع هذا العقار الى ثالث . يتلقى المشترى ملكية العقار قابلة للفسخ لا طبقا لقواعد نفاذ أحكام العقود فى ذمة الخلف (والمقصود هنا عقد البيع الأول القابل للفسخ) ولكن طبقا لقواعد نفاذ الحق العينى و بالذات طبقا لقاعدة فاقد الشىء لا يعطيه . وعلى هذا الوصف يخرج البحث فى نطاق هذا الحق العينى عن موضوعنا .

انما يعنينا فى هذه الصورة أن نتساءل عن التزام المشترى الأول فى العقد القابل للفسخ عن التعويض بسبب فسخ العقد عند حصوله . هل ينتقل هذا الالتزام الى مشترى العقار ؟ يعنينا هذا البحث لأنه بحث فى نفاذ الالتزام العقدى فى حق الخلف الخاص [٢] .

---

(١) راجع فيما سبق فقرة ٢٠٤ .

(٢) لهذا نجد أن دعوى المالك الأصلى التى يطلب فيها استرداد العين تعتبر دعوى عينية أما دعوى الفسخ قبل المشترى الأول فهى دعوى شخصية .

فى هاتين الصورتين ليس من شك فى عدم نفـاذ الالتزام العقدى فى حق الخلف الخاص فلا مشترى العقار المرتفق يلتزم بدفع ثمن حق الارتفاق الى صاحب العقار المرتفق به ولا مشترى العين يلتزم قبل البائع الأصلى عند فسخ عقد التمليك الأصلى عن التعويض بسبب الفسخ . كلاهما خلف خاص نعم ولكنهما لا يختلفان سلفهما فى التزامه العقدى [١] . وانما ألقينا بهاتين الصورتين لبيـان لزوم التفرقة بين نفـاذ الحق العينى ونفـاذ الالتزام العقدى فى حق الخلف ووجوب حصر موضوعنا فى اطاره الفنى الضيق .

٢٠٥ — ثانيا — كذلك يجب حصر الموضوع فى نفاذ الالتزام العقدى ، أقصد الحقوق الشخصية والالتزامات **الناشئة عن الاعمال الارادية** . و بذلك يخرج عنه الحقوق والالتزامات التى تنشأ عن مصادر غير ارادية . فمالك العقار له على من غصبه أو تعدى على منافعه حق فى الضمان مصدره الجنحة المدنية أو شبه الجنحة . فاذا باع هذا العقار بعد الغصب أو التعدى ثم تساءلنا عن جواز رجوع المشترى (الخلف الخاص) على الغاصب أو المعتدى بالتعويض لما كان وضع هذا السؤال بحثا فى الموضوع الذى نحن بصدده . انما نحن نبحث فى نفاذ الالتزام العقدى والحق الذى يقابله فى حق الخلف الخـاص . والالتزام فى الصورة المعروضة ليس التزاما عقديا والحق المقابل له لم ينشأ عن عقد بل مصدرهما فعل الغاصب أو المعتدى [٢] .

٢٠٦ — ثالثا — وأخيرا ينبغى حصر الموضوع فى نفاذ الالتزام العقدى **بطريق الاستخلاف** . والاستخلاف يقتضى انتقال عين الحق والالتزام من ذمة الى ذمة . لذلك يخرج عن موضوعنا فلا يعد استخلافا التزام الخلف قبل المتعاقد مع السلف بالتزام يقوم بسبب جديد الى جانب التزام السلف قبله حتى ولو كان

---

(١) راجع فيما بعد فقرة ٢٠٧ وما بعدها .

(٢) قارن حامد فهمى فى مقاله المشار اليه فقرة ١٦ وراجع س م ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ المجموعة ١٣ ص ٢٢٣ .

هذا الالتزام الجديد يطابق التزام السلف فى موضوعه وحدوده وأوصافه . ان الاستخلاف على الحق أو الالتزام يفترض انتقال هذا الحق أو ذاك الالتزام من ذمة الى ذمة منقطعا عن الذمة الأولى مستقرا فى الذمة الثانية . أما اذا كان الحق أو الالتزام يظل قائما فى ذمة السلف ويستحدث مثله فى ذمة الخلف فلا استخلاف [١] .

بعد هذا الحصر نستطيع أن نواجه مدى نفاذ الالتزام العقدى فى حق الخلف الخاص . ويحسن فى هذا الصدد أن نميز بين نفاذ الالتزام العقدى من ناحيته السلبية ونفاذه من الناحية الايجابية أى بين صورة الاستخلاف على الالتزام وصورة الاستخلاف على الحق الشخصى ، فنقيم القواعد العامة التى تحكم هذا النفاذ ثم نبين الأحوال التى يخرج فيها القانون على حكم القواعد العامة .

١ — فى صورة الاستخلاف على الالتزام

٢٠٧ — الالتزام لا يستخلف عليه . المبادىء التى تعترض الاستخلاف ٢٠٨ — المبدأ الأول : قبول الالتزام لا يفترض . حوالة الديون غير ممكنة ٢٠٩ — تطبيق المبدأ فى أحكام المحاكم ٢١٠ — أحكام تقضى بانتقال الالتزام . تصوير الالتزام فى صورة التكليف العقارى ٢١١ — تصويرات أخرى خاطئة ٢١٢ — المبدأ الثانى : تغيير المدين لا يفرض . جواز نشوء الالتزام فى ذمة الخلف بطريق الاشتراط عليه لمصلحة الغير . نشوء الالتزام على هذه الصورة لا يعنى الاستخلاف عليه ٢١٣ — تطبيقات المحاكم .

٢٠٧ — لا يمكن فى هذا الشأن اقامة القاعدة على أساس أن من يتلقى عينا معينة يخلف سلفه فى التزاماته الشخصية حتى ولو قيدنا الالتزامات بوصف تلك التى تنشأ بمناسبة العين التى تلقاها [٢] . اذ يعترض القاعدة على هذا الوجه مبدآن : أولهما أن قبول الالتزام لا يفترض وثانيهما أن تغيير المدين لا يفرض .

٢٠٨ — **المبدأ الاول** : ان الالتزام لا يقع فى الذمة الا بالرضا أو الجبر .

---

(١) راجع فى توضيح ذلك فيما بعد فقرة ٢١٢ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ، الالتزامات جزء ١ فقرة ٣٣٢ وجودميه ص ٢١٩ .

والخلف الخاص اما أن يرتضى تحمل الالتزام بقبوله الصريح أو الضمنى واما أن يفرض عليه الشارع الالتزام جبرا . وليس فى نصوص القانون ما تخلص منه قاعدة عامة تقضى بفرض الالتزام على الخلف الخاص مثل تلك التى تقضى بفرض التزامات التركة على الخلف العام (الوارث) . والمادة ١١٢٢ فرنسى التى تقضى بأن العاقد يفترض فيه أنه يشترط لنفسه وللورثة وللخلف انما تناولت العاقد بوصفه دائنا يشترط على غيره stipule . نعم ان بعض الكتاب يحمل كلمة يشترط على معنى يتعاقد أى يكون طرفا فى العقد دائنا أو مدينا . ولكن هؤلاء يقصرون حكم المادة على الوارث والخلف العام دون الخلف الخاص . ويستفيدون من نصها حكم التزام الوارث بديون التركة إذ المورث قد تعاقد عنه دائنا ومدينا . أما نفاذ حكم العقود فى حق الخلف الخاص سواء من ناحية استخلافهم على الحق أو على الالتزام فهم يتركونه للقواعد العامة (١) .

لا نص اذن يجبر الخلف على تحمل التزامات سلفه ولو تعلقت بالعين التى تلقاها . فلا وجه لالزامه الا بقبوله . كذلك لا وجه لافتراض هذا القبول على الأقل فى نظم قانونية لا تعرف حوالة الديون cession des dettes كما هو الحال فى القانون الفرنسى والقانون المصرى (٢) .

والقول بغير ذلك يحيط انتقال الحقوق والأعيان بخطر يحجم المتعاقدون حياله عن التعاقد ما دام يعرضهم الى تحمل التزامات هم لم يقبلوها والقانون لم يقض بها وحتى لم يوضع نظام لشهرها .

نعم ان بعض الكتاب يرى ان الالتزام العقدى ينفذ فى حق الخلف متى كان هذا الالتزام من محددات الشىء الذى انتقل للخلف وكان نشوؤه سابقاً

---

(١) راجع مقال حامد فهمى المشار اليه فقرة ٥ وفيما بعد فقرة ٢١٦ .

(٢) راجع بالنسبة للقانون الألمانى ، جودميه فى حوالة الديون ، رسالة ديجون سنة ١٨٩٨ — وسالي فى حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٩ ص ٨٢ — ٩٤ . وكتابه عن نظرية الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٨١ — ١٠٥ .

على انتقاله اليه[١] . وما أظنهم يتنكرون للقاعدة التى تقضى بأن الالتزام لا ينفذ فى حق الخلف الا بقبوله ، وان كانوا على أى حال يضعونها فى صيغة تخفيها . فالواقع ان كون الالتزام من محددات الشىء الذى تلقاه الخلف وكونه سابقا على العقد الذى تلقى به ان هى الا علامات قد تدل على القبول الضمنى للالتزام لا بمحضها ولكن باقترانها بعلامات أخرى .

ويظل الأصل أن الخلف لا يلتزم بالتزامات السلف حتى المرتبطة بالحق الذى استخلف عليه الا اذا قبل هذه الالتزامات صراحة أو ضمنا . وحتى اذا استخلصنا هذا القبول فلن يجر ذلك بمحضه وضع الاستخلاف اذ يحول دون ذلك المبدأ الثانى الذى يقضى بأن تغيير المدين لا يفرض على الدائن[٢] .

٢٠٩ — وتطبيق هذا الأصل مضطرد فى أحكام المحاكم . فمن ذلك : اذا اتفق أصحاب مهنة معينة فى بلد معين على عدم فتح محالهم يوم الأحد من كل أسبوع وهو اتفاق نافذ بين أطرافه ثم باع أحدهم محله لم ينتقل الالتزام بالكف عن العمل يوم الأحد الى المشترى[٣] .

كذلك اذا اتفق اتحاد العمال مع اتحاد أصحاب المناجم على أن يعطى أصحاب المناجم التابعين لهذا الاتحاد لعمالهم أجورا اضافية ثم تنازل أحد أصحاب المناجم عن امتيازه لآخر لم يلتزم هذا الأخير بالأجور الاضافية[٤] .

واذا اشترى شخص عقارا مثقلا بحق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور متبوع بشرط جزائى على صاحب العقار المرتفق به فالمشترى يتحمل الارتفاق ولكنه لا يلتزم بالتعويض الجزائى .

---

(١) السنهورى فقرة ٧٠٤ و ٧٠٨ وقارن بلانيول وريبير واسمان ص ٤٥٦ حاشية ١ .

(٢) راجع فيما سبق فقرة ٢٠٦ وفيما بعد فقرة ٢١٢ .

(٣) محكمة ديجون فى ١٥ يناير سنة ١٩٠٨ سيرى ١٩١١ — ٢ — ٧٥ . وقد يكون هذا سببا لفسخ العقد الذى اجتمع عليه أصحاب المهنة . راجع كابيتان فى السبب ص ٣٨ .

(٤) نقض فرنسى فى ١٥ يناير سنة ١٩١٨ دالوز ١٩١٨ — ١ — ١٧ .

واذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بالامتناع عن تصديرها للخارج ثم باع هذا الحق الذى اشتراه الى مشترٍ ثان دون أن يشترط عليه هذا الشرط لم ينتقل الالتزام الى المشترى الثانى (١).

واذا اشترى تاجر محل تجارة فهو لايلتزم بتسديد ديون البائع تجارية كانت أو غير تجارية (٢).

ويمكن القول استطرادا أن التزام مالك السيارة مع صاحب الجراج لا ينتقل الى مشترى السيارة . وأن الوعد ببيع العقار الى شخص معين لا يلزم مشترى هذا العقار (٣) .

٢١٠ — على أن من أحكام المحاكم ما قضى بوقوع الالتزام فى ذمة الخلف الخاص : باعت احدى شركات التعدين سطح الأرض الذى يغطى المنجم واشترطت على المشترى ألا يكون له حق التعويض عما يصيب سطح الأرض من ضرر من جراء أعمال التعدين المألوفة . ثم باع المشترى سطح الأرض لآخر وأصاب الأرض ضرر من جراء أعمال التعدين فطالب المشترى الثانى الشركة بالتعويض فقضى برفض طلبه أى بالتزامه بما التزم به سلفه (٤) . والظاهر أن المحكمة صورت الاتفاق مع المشترى الأول على اعفاء الشركة من التعويض فى صورة حق الارتفاق وهو على هذا الوجه ينفذ فى حق الخلف الخاص طبقا لقواعد

---

(١) س م ٤ أبريل سنة ١٩٢٣ المجموعة ٣٥ ص ٣٣٨ وراجع ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٢ ص ٣٢٧ .

(٢) نقض فى ١٨ ديسمبر سنة ٤٤ سيرى ٤٥ — ١ — ١٩٠ — محكمة ليون فى ٣١ اكتوبر سنة ١٨٨٩ حوليات القانون التجارى ١٨٩ ص ٤٧ — محكمة اميان فى ١٣ يوليو سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٨ — ٢ — ١٤٨ — محكمة دواى فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٩ دالوز ١٣ — ٢ — ٥٧ — وراجع لپارنيير ص ٥٣٢ وما بعدها .

(٣) السنهورى فقرة ٧٠٨ .

(٤) نقض فرنسى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ — ١ — ٣٦١ — سيرى ١٩٠١ — ١ — ٤٩٧ وتعليق تيسييه — الپاندكت ١٩٠٠ — ١ — ٢٤١ وتعليق چينى — وراجع مقال چينى فى مجلة تشريع المناجم سنة ١٨٩٧ ص ٢٥٧ وما بعدها .

الحق العينى لا طبقا لقواعد نفاذ الالتزام [١] .

ومن أحكام المحاكم ما قضى صراحة بوصف الالتزام بوصف التكليف المقرر على عقار أى بوصف حق الارتفاق مخرجا المسألة بذلك عن نطاق موضوعنا . فمنها ما قضى بأن التزام مالك المنزل المجاور لكنيسة بعدم اقامته هو وخلفاؤه على الدوام والاستمرار حفلات راقصة فيه ان هو الا تقرير حق ارتفاق للكنيسة عليه [٢] . وان بيع قطعة من أرض أعدت لبناء مساكن بشروط وقيود خاصة من حيث مراعاة العلو والمسافات يقرر حق ارتفاق لمصلحة باقى القطع [٣] .

فى هذه الصور — وعلى الأخص فى الصورة الأخيرة — قد تختلف أحكام المحاكم فى وصف الالتزام بوصف التكليف العقارى وهى قد تخطىء فى هذا وتصيب . وقد يكون اختلافها راجعا الى اختلاف شروط العقد الذى يفرض هذا الالتزام على المشترين [٤] . على أننا لسنا فى صدد البحث فى صحة تصوير المحاكم لهذا الالتزام [٥] . ولا يعنينا الا أن نقول ان تصوير الالتزام فى صورة حق الارتفاق يخرج المسألة عن نطاق البحث فى نفاذ الالتزام العقدى . وأنه اذا لم يصور الالتزام فى هذه الصورة فهو لا ينفذ فى حق الخلف وذلك طبقا للمبدأ الذى نحن

---

(١) بلانيول وريبير واسمان فقرة ٣٣٢ ص ٤٥٦ حاشية ١ — وقارن لپارنيير ص ٥٣٧ وما بعدها وحامد فهمى فقرة ٢٦ الذى يصور نفاذ الاعفاء عن التعويض فى حق المشترى بأن هذا الاعفاء شرط فى العقد الأصلى علق المتعاقدان فسخ العقد على مخالفته .

(٢) محكمة دواى فى ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ مجموعة سيرى ١٩٠٤ — ٢ — ١٣٠ .

(٣) استئناف باريس فى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٤ — دالوز الأسبوعى سنة ١٩٢٤ رقم ٢١ ص ٣٩٨ .

(٤) راجع فى ذلك حامد فهمى فقرة ٥٤ وما بعدها — وراجع س م فى أول أبريل سنة ١٩٢٦ المجموعة ٣٨ ص ٣١٨ و س م فى أول مايو سنة ١٩٢٨ المجموعة ٤٠ ص ٣٢٨ و س ا فى ٨ مايو سنة ١٩٢٨ و س ا فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ . وحكم النقض رقم ٨٩ سنة ٢ قضائية ، مجموعة القواعد القانونية لمحمود عمر رقم ١٠٢ ص ١٨٤ .

(٥) راجع فى ذلك مقال لپارنيير ص ٥٥٨ وما بعدها والأحكام المنشورة فيه ومناقشتها ، ومقال حامد زكى فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١ عدد ٢ ص ٢١٤ وما بعدها .

بصدده . ولئن التزم المشترى الثانى بهذا الالتزام فلا يكون ذلك الا نفاذا لشرط جديد فى عقد تمليكه قد يتخذ صورة الاشتراط لمصلحة الغير لا نفاذاً لحكم الالتزام الوارد فى العقد الأصلى فى حقه بوصفه خلفا خاصا (١) .

٢١١ — كذلك من أحكام المحاكم ما قضى بوقوع الالتزام فى ذمة الخلف الخاص فى صور لم يكن فيها الحق المستخلف عليه حقا عقاريا . فمنها ما قضى بأنه اذا التزم صاحب متجر لآخر بعدم فتح فرع لمتجره فى جهة معينة منعا للمنافسة ثم باع الملتزم متجره وقع هذا الالتزام فى ذمة مشترى المتجر (٢) . ومن هذه الأحكام ما أسبغ على نفاذ الالتزام فى حق الخلف الخاص صورة هى أقرب ما يكون الى صورة الارتفاق . فهى تسمى حق بائع المتجر فى عدم منافسته حقا عينيا منقولا droit réel mobilier (٣) وكأنها بذلك تقضى بنشوء حق ارتفاق على المنقول . وما بنا حاجة الى تفنيد هذا النظر وهو يقدح فى نفسه بنفسه . وتلك على أى حال أحكام فريدة يغمرها عدد أكبر من الأحكام التى وردت على خلافها (٤) . ويكفى أن نقول انه اذا أمكن استخلاص التزام المشترى الكف عن المنافسة فلا يعنى ذلك أن الالتزام قد انتقل اليه بطريق الاستخلاف اذ يعترضنا المبدأ الثانى (٥) .

---

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٢٠٦ وفيما بعد فقرة ٢١٢ .

(٢) باريس فى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٧ سيرى ٨٤ — ٢ — ٤٠ — روان فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٧ — ٢ — ١٧٣ وتعليق لپارنيير .

(٣) راجع حكم محكمة روان المشار اليه .

(٤) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ — ١ — ٤٦٠ و ١٧ يناير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ — ١ — ٣٢٤ و ٨ يوليو سنة ١٨٥١ دالوز ٥١ — ١ — ١٨٨ ومحكمة جرينوبل فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٨٨ جريدة محكمة جرينوبل سنة ١٨٩٩ ص ١٨٠ .

(٥) قد يقع الالتزام فى ذمته اذا اشترط عليه سلفه ذلك فى عقد بيع المتجر اليه . ويكون ذلك طبقا للاشتراط لمصلحة الغير لا طبقا للاستخلاف (راجع بالنسبة لجواز الاشتراط لمصلحة الغير ضمنا فيما بعد الفرع الثانى) . وقد يسأل الخلف حتى ولو لم يشترط عليه سلفه اذا قام بالمنافسة وهو عالم بالشرط الذى اشترط على سلفه على اعتبار أن قيامه بالمنافسة يعد من قبيل =

٢١٢ — المبدأ الثانى : لا يفرض على الدائن تغيير المدين . قد يقبل الخلف تحمل التزامات سلفه المرتبطة بالحق الذى استخلف عليه ، فاذا قبل الدائن الخلف مدينا له بدلا من السلف قبولا صريحا فنحن أمام عملية استبدال للالتزام بتغيير المدين novation وهذا الاستبدال يؤدى الى انقضاء الالتزام الأول ونشوء التزام جديد ، وهذا وحده ينفى وضع الاستخلاف الذى يفترض انتقال عين الالتزام .

على أنه كثيرا ما يكون قبول الخلف لالتزامات سلفه المرتبطة بالحق الذى استخلف عليه بطريق الاشتراط لمصلحة الغير stipulation pour autrui فيشترط السلف على خلفه فى العقد الناقل للشىء أن يلتزم هذا الأخير بالالتزامات التى كانت تقع على السلف قبل دائنه مرتبطة بهذا الشىء .

وفى هذه الصورة يقوم الى جانب المدين الأصلى (السلف) مدين جديد هو الخلف التزم لا بطريق الاستخلاف ولكن بطريق الاشتراط لمصلحة الغير وهو سبب جديد يتنافى مع وضع الاستخلاف . ولن يؤثر فى هذا النظر كون التزام الخلف منطبقا تمام الانطباق على التزام السلف مشابها له تمام المشابهة لأن وضع الاستخلاف لا يميزه اتحاد التزام كل من السلف والخلف فى الحدود والأوصاف والنطاق بقدر ما يميزه انتقال عين الالتزام من ذمة الى ذمة منقطعا عن الأولى مستقرا فى الثانية . والصورة المعروضة ، صورة التزام الخلف بطريق الاشتراط لمصلحة الغير ، ان هى الا صورة التزام يقع فى ذمتين : فى ذمة السلف بالعقد الأصلى وفى ذمة الخلف بالاشتراط الذى اشترطه عليه السلف . ولا تبرأ بهذا الاشتراط ذمة السلف لأن الدائن لا يفرض عليه تغيير المدين . ويكفى لنفى وضع الاستخلاف أن يبقى التزام المدين الأصلى قائما . وها أمثلة على ذلك :

٢١٣ — اشترى شخص من آخر متجره واشترط عليه البائع استبقاء

= اشتراكه فى الغش فهو جنحة مدنية (راجع پلانيول وريپير واسمان ص ٤٥٦ حاشية ١ وحكم ليون فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٨ — ١ — ٢٥) .

مستخدمى المتجر . ان عقد اجارة الأشخاص الذى انعقد بين المالك الأصلى للمتجر ومستخدميه لا ينشىء الالتزام الا فى ذمة أطرافه ومجرد بيع المتجر لا ينقل الالتزام الى المشترى بل تظل التزامات هذا العقد قائمة فى ذمة البائع . واذا التزم مشترى المتجر فى عقد شرائه باستبقاء المستخدمين وعدم فسخ عقودهم ودفع أجورهم فهو التزام جديد يضاف الى التزام البائع فيصبح للمستخدمين مدينان : بائع المتجر ومشتريه[1] .

التزم صاحب متجر لآخر بعدم فتح فرع لمحله فى جهة معينة ثم باع هذا الملتزم متجره الى ثالث واشترط عليه نفس الاشتراط الأصلى ملزما اياه بعدم فتح فرع لمحله فى تلك الجهة المعينة . لا نزاع فى هذه الصورة فى التزام مشترى المتجر بالكف عن المنافسة . ولكن التزامه لا يقع فى ذمته بطريق الاستخلاف ، اذ ما زال سلفه ملتزما كذلك بعدم المنافسة لم يبرأ من هذا الالتزام باستخلاف المشترى على المتجر .

٢ — فى صورة الاستخلاف على الحق

٢١٤ — التحديد الفنى لمنطقة هذه الصورة : استبعاد ما يتعلق بقواعد انتقال الحقوق . حصر الموضوع فى الاستخلاف على الحقوق التى تتصل بالشىء المستخلف عليه وتزيد فى قيمته أو منافعه دون أن تجرى منه مجرى الأوصاف والملحقات ٢١٥ — تطبيق المبدئين المتقدمين على الاستخلاف على الحق : قبول الحق مما يمكن افتراضه . جواز تغيير الدائن ما لم يعترض ذلك الاعتبار الشخصى للدائن ٢١٦ — تحديد درجة الارتباط بين الحق والشىء المستخلف عليه ٢١٧ — مناقشة تطبيقات المحاكم وهى محصورة فى صور ثلاث ٢١٨ — صورة الالتزامات المقابلة للحقوق .

٢١٤ — ننتقل الآن بعد أن انتهينا من الكلام فى نفاذ حكم العقد فى حق الخلف الخاص من الناحية السلبية أى من ناحية الالتزامات التى ينشئها

---

(١) راجع فى تطبيق ذلك بالنسبة لالتزام بائع المتجر ومشتريه قبل المستخدم عن فسخ عقد استخدامه بدون اعطائه مهلة س م فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة ٤٥ ص ٥٦ وفى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المجموعة ٤٦ ص ٤٢ — ولپارنيير ص ٥٤٣ — وراجع مع ذلك حكم باريس فى ٤ أغسطس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ — ٢ — ٤٧٦ وتعليق پلانيول ، الذى رفض التعويض المطلوب من بائع المتجر ، وراجع نقد لپارنيير لهذا الحكم فى مقاله ص ٥٤٤ .

العقد الى نفاذ حكمه فى حق الخلف الخاص من الناحية الايجابية أى من ناحية الحقوق التى يقررها العقد .

لسنا نقصد بالعقد الذى نتساءل عن نفاذ حكمه ذلك الذى نقل الحق من شخص الى آخر فجعل الثانى خلفا للأول على حق فى شىء كعقد البيع أو الحوالة أو الاتفاق على الحلول subrogation . هذا العقد انما ورد منشئا لحقوق الخلف وهو يتلقاها طبقا لقواعد انتقال الحق فى شىء . كذلك لا نقصد العقود المنشئة لحقوق تتصل بالحق الذى استخلف عليه الخلف صلة التبعية وتجرى منه مجرى الأوصاف والملحقات . فمشترى العقار تقع له حقوق الارتفاق المقررة لمصلحة هذا العقار طبقا لقواعد انتقال الحق العينى فلا يقال ان هذا الوقوع يعنى نفاذ العقد المنشىء لهذا الحق فى حقه . ومشترى الدين يكون له حق الرجوع على الكفيل الضامن للوفاء بالدين طبقا لقواعد انتقال الحق فى الدين بوصف الكفالة من ملحقات الحق فى الدين لا على سبيل نفاذ عقد الكفالة فى حقه .

فى هذه الصور جميعا نصل الى التغلب على الصعوبات التى تعترضنا والى تحديد مركز الأطراف بالرجوع الى قواعد انتقال الحقوق دون حاجة الى امتحان نطاق الالتزام العقدى من ناحيته الايجابية وامتحان نظرية الاستخلاف عليه[1] .

---

(١) نعم ان المحال اليه الدين أو الحال subrogé بمقتضى الاتفاق على الحلول انما يخلف المحيل أو الدائن الأصلى فيصبح كما لو كان هو طرف العقد المنشىء للدين وينتقل حكم هذا العقد اليه من سلفه . وليس من شك فى أن هذه صورة من صور الاستخلاف على الالتزام العقدى من الناحية الايجابية . على أن هذه الصورة قبل أن تكون كذلك انما هى صورة استخلاف على حق فى شىء . فى حالة الحوالة والحلول قد تختلط الصورتان لأول وهلة بسبب أن الحق المستخلف عليه ذو وجهين فهو من وجه حق فى شىء وهو من وجه آخر وفى نفس الوقت حق شخصى أى جانب ايجابى فى التزام عقدى . وقد يأخذنا الوجه الثانى فيلهينا عن الوجه الأول ، ما لا يحصل فى حالة الاستخلاف على ملكية عين مادية .

على أن التمييز بين الوجهين واجب ولا فرق فى الطبيعة بين عقد البيع وعقد الحوالة (راجع فيما تقدم فقرة ٢٠١ ص ٢٩٧) . وكما قدمنا (راجع فيما تقدم فقرة ٢٠٤ ص ٣٠١) يجب أن نستنفد أحكام الاستخلاف على الحق فى الشىء قبل أن نعرض لصورة الاستخلاف على الالتزام العقدى . فاذا طبقنا أحكام الاستخلاف على الحق فى شىء على حالة الاستخلاف على الحق =

انما نعرض لهـذا النطاق اذا تساءلنا عن نفـاذ الالتزام العقدى من ناحيته الايجـابية بعد استبعاد ما تقضى فيه قواعد انتقال الحق فى شىء . فنتساءل عن مدى نفـاذ العقد المنشىء لحق شخصى يتصل بالشىء الذى استخلف عليه الخلف ويزيد فى قيمته أو منافعه دون أن يجرى هذا الحق مجرى الأوصاف والملحقات لهذا الشىء .

وتكاد المسألة وهى موضوعة هذا الوضع لا تتجاوز بضع صور عملية محصورة لم نعثر على غيرها فى تطبيقات المحاكم .

٢١٥ — لقد رأينا أن انتقال الالتزام المرتبط بالشىء الى ذمة المستخلف على هذا الشىء يعترضه مبدآن : ان قبول الالتزام لا يفترض وأن تغيير المدين لا يفرض . فاذا ما تناولنا انتقال الحق الشخصى المرتبط بالشىء الى ذمة المستخلف عليه مع تهيئة هذين المبدئين لمقابلة الوضع الجديد mutatis mutandis ، فأول ما نلاحظه أنه اذا ما كان قبول الالتزام وهو انتقاص من الذمة لا يفترض فالأمر على خلاف بالنسبة لقبول الحق وهو زيادة فى الذمة . أما عن المبدأ الثـانى فان الملحوظ أن نقل الحق الشخصى لدائن غير الدائن الأصلى لا يعترضـه الا كون الالتزام قد عقد مع ملاحظة الاعتبار الشخصى للدائن . وتلك مسألة نتبينها لا بالرجوع الى العقـد الذى استخلف به الخلف على الشىء الذى يرتبط به هذا الحق الشخصى بل بالرجوع الى العقـد الذى أنشأ هـذا الحق الشخصى للدائن الأصلى والى ظروف هذا العقد .

لا مانع مبدئيا يمنع اذن من انتقال الحقوق الشخصية المرتبطة بالشىء الذى استخلف عليه الخلف الخاص والتى تزيد فى قيمته أو منافعه الى هذا الأخير الا أن يكون المدين الذى سيطالب بأداء هذا الحق انما التزم لشخص الدائن الأصلى دون غيره فيحول هذا الاعتبار الشخصى دون نقل الحق وتغيير الدائن .

٢١٦ — ولا يبقى بعد ذلك الا أن نتساءل عن الدرجة المطلوبة لارتباط

= فى الدين تغلبنا فى الواقع على كل صعوبة دون حاجة لامتحان نطاق الالتزام العقدى فأصبحت نظرية الاستخلاف على الالتزام العقدى فى صدد الحوالة والحلول اسما بلا جسم .

الحق محل النظر بالشيء الذى استخلف عليه الخلف .

يرى بعض الشراح أن الحقوق المرتبطة بالشيء لا تنتقل الى الخلف على هذا الشيء ما لم تكن من ملحقاته القانونية وأن الخلف يعتبر بالنسبة للحقوق التى لا تدخل ضمن الملحقات من الغير فلا ينفذ العقد فى حقه . وهذا على الرغم من نص المادة ١١٢٢ من القانون الفرنسى التى تقضى بأن المفروض أن يشترط المتعاقد لنفسه وللورثة وللخلف الا اذا صرح بالعكس أو ظهر العكس من طبيعة الاتفاق . على أن الملحوظ أن هذا الفريق من الكتاب لا يفهم هذه المادة على ظاهرها بل يفسر كلمة يشترط stipuler الواردة فى هذه المادة على معنى يتعاقد دائنا أو مدينا ويقصر كلمة الخلف ayant-cause على معنى الخلف العام دون الخلف الخاص (١) . فكأن المادة ١١٢٢ قاصرة فى نظر هذا الفريق على قاعدة انتقال الحقوق والالتزامات الى الخلف العام . وكأن حالة الخلف الخاص لم يرد عنها نص فى القانون فتنطبق عليها القواعد العامة . ولم يستخلص هذا الفريق من القواعد العامة غير قاعدة تتبع الملحقات للأصل (٢) . على أن هذا التفسير لم يسد لا فى الفقه الفرنسى ولا فى القضاء الفرنسى . اذ حتى لو أخرجنا معنى الخلف الخاص من حكم المادة ١١٢٢ فما زالت القواعد العامة نفسها تقضى بانتقال الحقوق التى تزيد فى قيمة الشيء أو منافعه الى الخلف الخاص ، وما وقوع هذا الانتقال الا من قبيل القاعدة التى تقضى بأن الملحقات تتبع الأصل . لذلك يرى فريق آخر أن تلك الحقوق تنتقل متى كانت لا مصلحة فى استعمالها لغير صاحب الحق فى الشيء .

وعندى أنه لا حاجة لوضع صيغة تحدد درجة الارتباط بين الحق الشخصى و بين الشيء المستخلف عليه فالمسألة مسألة وقائع ، ولعل كون الحق مما يزيد فى قيمة الشيء أو منافعه كافيا لافتراض انتقال هذا الحق بانتقال الشيء نفسه ، والمهم ألا يحول دون نقل الحق المرتبط بالشيء ارادة المدين فى العقد الذى انعقد بينه و بين السلف أو ارادة السلف نفسه فى العقد الذى انعقد بينه و بين الخلف .

---

(١) راجع ديمولومب جزء ٢٤ فقرة ٢٥٩ وهوك جزء ٧ فقرة ٥٥ .

(٢) راجع أوبرى ورو ، ٢ § ١٧٦ — بودرى وبارد ، ١ فقرة ٢٢٥ .

٢١٧ — و بعد فما بالنا نطيل فى مناقشة آراء الفقهاء والمسألة تجلوها أحكام المحاكم . لم تعرض هذه المسألة كما قدمنا الا فى صدد صور ثلاث : اشتراط الكف عن المنافسة التجارية لمصلحة صاحب متجر ينتقل بانتقال المتجر من يد الى يد . والتأمين على العقار ضد الحريق ينتقل الحق فيه الى مشترى العقار ، وعقود العمل مع موظفى المتجر أو المصنع تنتقل بانتقالهما من يد الى يد .

تاجر يباشر تجارته فى جهة معينة اشترط على تاجر آخر عدم فتح فرع لمحله فى الجهة التى يباشر فيها التاجر الأول عمله ، ثم باع التاجر المنتفع بشرط الكف عن المنافسة متجره الى ثالث . اذا نص فى عقد البيع على انتقال الحق فى مطالبة المتعهد بالكف عن المنافسة الى مشترى المتجر فلا نزاع فى هذا الانتقال . ولكن ما الحكم اذا لم ينص على ذلك فى عقد البيع ؟ تقضى المحاكم اضطرادا بانتقال هذا الحق الى مشترى المتجر [(١)] . فالحق فى مطالبة المدين بالكف عن المنافسة انما يتعلق بالمتجر الذى استخلف عليه المشترى ويزيد فى قيمته ومنافعه فالمفروض انتقاله بانتقال الحق فى المتجر ما لم يتبين أن المتعهد انما تعهد للمالك الأصلى للمتجر اعتبارا بشخصه أو أن البائع انما قصد فى عقد بيع المتجر عدم انتقال هذا الحق الى المشترى . وبهذا الانتقال يكون المشترى قد استخلف على حق المطالبة بالكف عن المنافسة على المعنى الدقيق للاستخلاف اذ هو حق ينقطع عن ذمة البائع ليستقر فى ذمة المشترى [(٢)] . ويمكن تكييف هذا الانتقال بفكرة الحوالة الضمنية [(٣)] .

---

(١) محكمة ليون فى ٦ أبريل سنة ١٨٩٢ سيرى ٩٣ — ٢ — ٢١٩ ومحكمة باريس فى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ — ٢ — ٤٧٦ ومحكمة ليون فى ٢١ فبراير سنة ١٩٠١ جازيت المحاكم فى ٣٠ أغسطس سنة ١٩٠١ ونقض فى ٥ يوليو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ — ١ — ٤٢٥ وفى ١٨ مايو سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٩ — ١ — ٣٦٦ .

(٢) قارن بالنسبة لصورة الاستخلاف على الالتزام فيما تقدم فقرة ٢١٣ .

(٣) راجع بلانيول وريبير واسمان فقرة ٣٣١ . ويلاحظ أننا ننظر لعقد الكف عن المنافسة (أو عقد التأمين أو عقد العمل فى الصورتين اللاحقتين) بوصفه عقدا منشئا لحقوق والتزامات ونتساءل عن مدى نفاذه فى حق الخلف الخاص (مشترى العقار أو المتجر) فاذا قلنا بأن الحق ينتقل الى المشترى استنفدنا الاجابة على السؤال . وقد يعرض بعد ذلك سؤال آخر : =

مالك أمن على عقاره ضد الحريق ودفع أقساط التأمين مقدما لمدة سنة ثم باع العقار وتلف العقار بالحريق وهو على ملك المشترى قبل انتهاء المدة المدفوعة عنها الأقساط . هل يكون للمشترى مطالبة شركة التأمين بالتعويض باعتبار الحق فى التأمين قد انتقل اليه ببيع العقار ؟

يقر بعض الشراح للمشترى بهذا الحق (١) . على أن المحاكم لاترى هذا الرأى وهى فى مذهبها هذا لا تخرج عن القاعدة التى أقمناها فيما سلف ، ذلك أنها تعتبر التأمين من العقود التى يراعى فيها شخص المتعاقد intuitu personae . فشخصية المتعاقد فى التأمين ضد الحريق عامل أساسى فى تحديد التبعة risque التى يتحملها المؤمن (٢) . على أن هـذه المسألة قد حلت فى القانون الفرنسى بما عمـدت اليه الشركات فى عقود التأمين نفسها من تنظيم انتقال الحق فى التأمين الى مشترى العقار (٣) وبما قرره الشارع الفرنسى بعد ذلك فى المـادة ٦٩ من قانون التأمين الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩٣٠ من انتقال حق التأمين الى المشترى .

كذلك تقضى المحاكم بأن مشترى المتجر يكون له حق مطالبة المستخدمين بتنفيذ عقد العمل الذى عقدوه مع البائع باعتبار أن هذا الحق قد انتقل له بشرائه

= ما مدى الحق الذى ينقل الى المشترى ؟ وتلك مسألة تقضى فيها قواعد انتقال الحقوق وتحكمها قاعدتا فاقد الشىء لا يعطيه وتتبع الملحقات للأصل . أما بالنسبة لما قد يقابل هذا الحق من التزام ايجابى فراجع فيما بعد فقرة ٢١٨ .

وبالنسبة لتنظيم انتقال هذا الحق قد يكون فى اتباع اجراءات الشهر المطلوبة بالنسبة للحق الأصلى (الحق فى المتجر ، ملـكية العقار المؤمن) ما يغنى عن اتباع اجراءات خاصة لانتقال الحقوق التى تزيد فى منفعة هذا الحق الأصلى فيستغنى عن اعلان الحوالة . ناهيك عن أن الحوالة الضمنية تجافى بحسب طبيعتها هذا الاعلان . أما بالنسبة لاشتراط قبول الحوالة فى القانون الأهلى فراجع فيما بعد الجزء الثانى .

(١) تعليق هيار على حكم النقض فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٧ سيرى ١٩٠٨ — ١ — ٣٣٧ .

(٢) محكمة أورليان فى ٤ أغسطس سـنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ — ٢ — ٢٩٢ ونقض ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٧ المشار اليه آنفا ومحكمة نانتوا فى ٤ يوليو سنة ١٩١٢ جازيت دى پاليه ١٩١٢ — ٢ — ٤٢٣ ومصر الأهلية فى ١٠ يوليو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١١٤٣ و س م فى ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة ٤٣ ص ٣٥٥ .

(٣) لپارنيير ص ٥٢٠ وتعليق هيار المشار اليه .

المتجر ما لم يكن المستخدم انما تعاقد مع مالك المتجر اعتبارا بشخصه . فاذا كان الأمر كذلك فحق مطالبة المستخدم بتنفيذ التزاماته لا ينتقل الى مشترى المتجر حتى ولو نص فى عقد بيع المتجر على ذلك (١) و (٢) .

---

(١) محكمة ليون فى ٨ يناير سنة ١٨٤٨ دالوز ٤٨ — ٢ — ١٧٥ ومحكمة باريس فى ١١ أبريل سنة ١٩٠٨ دالوز ٩٠٩ — ٢ — ١٩٦ وملاحظات ديموج فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٠٩ ص ٩٠٦ .

(٢) يمكن اضافة صورة رابعة ألا وهى حق البائع فى الضمان قبل البائع الأصلى ينتقل الى المشترى من هذا البائع . على أن جمهور الكتاب والأحكام يعتبر دعوى الضمان من الملحقات الضرورية للعين تنتقل الى المشترى بانتقالها طبقا لأحكام المادة ٢٨٥/٣٧٥/١٦١٥ — (راجع نقض فرنسى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٨٨٤ سيرى ٨٦ — ١ — ١٤٩ و س م فى ٣ فبراير سنة ١٨٩٩ المجموعة ١١ ص ١٣٤ وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة ١٨ ص ١٧١ وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٩ ص ١٢١ وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٨ المجموعة ٣٠ ص ١٨٧ و س ا فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٣١٧ وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ ص ٢١٨ وراجع بلانيول وريبير جزء ١٠ بند ١٠٤ وجوسران ٢ بند ١١٠٧ والهلالى وحامد زكى فى البيع فقرة ٤١٦) — فاذا سلمنا بانتقال الحق فى الضمان طبقا لهذا الوصف أى طبقا لقواعد انتقال الحق العينى وملحقاته لم يعد محل لعرض المسألة فى صدد نطاق الالتزام العقدى من الناحية الايجابية والاستخلاف عليه .

كذلك يمكن اضافة صورة خامسة ألا وهى صورة حق مشترى العقار فى الرجوع على المقاول والمهندس بالتعويض اذا انهدم العقار وهو على ملكه فى خلال مدة السنوات العشر المنصوص عليها فى المادة ٤٠٩/٥٠٠/١٧٩٢ . فمن أحكام المحاكم ما يقضى بأن المشترى له أن يرفع دعوى التعويض على المهندس أو المقاول مباشرة دون حاجة الى أن يستعمل لهذا الغرض دعوى البائع قبلهم (نقض بلجيكى فى ٨ يوليو سنة ١٨٨٦ الباسيكريزى ١٨٨٦ — ١ — ٣٠٠) ولا تفسير لهذا الحق المباشر الا أن يقال ان البائع انما حول ضمنا حقه فى مطالبة المهندس أو المقاول عند ما باع العين الى المشترى (راجع فيما بعد فى الدعوى المباشرة المبحث الثانى من الفرع الثانى من هذا الفصل) . وقد لا نعدم من يصف هذه الدعوى بوصف الملحقات الضرورية تنتقل الى المشترى بانتقال العين .

على أنه يصعب ادخال هذه الدعاوى (دعوى الضمان قبل البائع الأصلى ودعوى التضمين قبل المهندس والمقاول) فى معنى الملحقات القانونية اذ الملحقات القانونية بالمعنى الضيق هى تلك الحقوق التى لا يتصور قيامها مستقلة عن الحق الأصلى . ولكن المحاكم تتوسع على وجه العموم فى فكرة الملحقات أخذا بمبدأ وجوب تنفيذ العقود بحسن نية (راجع فيما بعد عرض هذا المبدأ فى صدر الباب الثالث من هذا الكتاب) . وفكرة الملحقات على هذا المعنى =

٢١٨ — على أن تلك الصورة الأخيرة تثير مسألة قلما تناولها الكتاب عند معالجة الاستخلاف على الالتزام العقدى . إن الصورتين الأوليين تفترضان حقا يرتبط بالشيء المستخلف عليه لا يقابله التزام ما زال مستحق التنفيذ ، حق مطالبة المتعهد بالكف عن المنافسة ، حق مطالبة شركة التأمين بمبلغ التأمين . ولكن ما الرأى فى الصورة الأخيرة وهى تفترض حقا يقابله التزام ما زال مستحق التنفيذ ألا وهو تنفيذ التزامات صاحب المتجر فى عقد العمل الذى عقد مع المستخدم ؟ ليس من شك فى أن المستخدم الذى يطالبه مشترى المتجر بتنفيذ التزاماته يستطيع دفع هذه المطالبة اذا كان المشترى لم يقم بالالتزامات التى يفرضها عقد العمل على صاحب العمل (دفع الأجرة وما اليه) . ولكن ليس معنى ذلك أن مشترى المتجر أى الخلف الخاص المستخلف على هذا المتجر يلتزم بالتزامات سلفه البائع (الالتزام بدفع أجرة المستخدمين) بطريق الاستخلاف . ذلك أنه اذا التزم بدفع أجرة المستخدمين فاما تنفيذا لاشتراط اشترط عليه فى عقد بيع المتجر لمصلحة المستخدمين ، اشتراط استبقائهم ، واما تنفيذا لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ exceptio non adempletti contractus التى تعترضه عند ما يطالب المستخدمين بحقه قبلهم الذى استخلف عليه دون الوفاء بالالتزام المقابل . وينفى وضع الاستخلاف على أى حال أن الالتزام بدفع الأجرة لا ينقطع عن ذمة السلف (بائع المتجر) ليستقر فى ذمة خلفه المشترى بل يظل كلاهما مدينا بالأجرة للمستخدم (١) .

= انما تتميز وتستقل عن فكرة الملحقات القانونية بالمعنى الضيق . فهذه الأخيرة تتعلق بنظرية نقل الحق العينى والاستخلاف عليه . أما الملحقات التى يتصور قيامها مستقلة عن الحق الأصلى والتى تقضى أحكام المحاكم بنقلها الى الخلف الخاص فهى أدخل فى نظرية الاستخلاف على الالتزام العقدى من الناحية الايجابية متى كانت هذه الملحقات حقوقا قبل الغير مصدرها عقد ما ، ويحكمها مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية ويرد تكييفها القانونى الى فكرة الحوالة الضمنية .

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٢١٢ وراجع تطبيقات المحاكم الفرنسية للقواعد المتقدمة بالنسبة لعقود العمل مع الممثلين فى حالة بيع المسرح ومع المحررين فى حالة بيع الجريدة فى لپارنيير ص ٥٤٥ — ٥٤٧ .

٣ — فى خروج القانون عن حكم القواعد العامة

٢١٩ — الاستثناءات التى خرج بها الشارع عن القواعد المتقدمة . هى خروج عن المبدأ الأول القاضى بأن قبول الالتزام لا يفترض ولكنها لا تعنى الاستخلاف على الالتزام .

٢١٩ — أقمنا فيما تقدم حكم القواعد العامة بالنسبة للاستخلاف على الالتزام والاستخلاف على الحق . وقد انتهينا الى أن الالتزام العقدى لا يستخلف عليه من ناحيته السلبية فلا تنتقل الالتزامات المتعلقة بعين معينة الى من يستخلف على هذه العين . على أن الشارع يخرج أحيانا عن تلك القاعدة العامة فى صور معينة . ولا اعتراض طبعا على هذا الخروج من جانب الشارع صاحب السلطان المطلق ، وهو بعد يتأثر فى ذلك بالعوامل الاجتماعية التى منها يتألف العنصر المادى للقاعدة القانونية .

كل ما يعنينا فى هذا الصدد أن نبرز ونحن نستعرض تلك الصور وجوب وضعها موضع الاستثناء لقاعدة قائمة . فلا ينبغى وهى على ذلك الوضع أن تخل بالقاعدة أو تنضح عليها .

من هذه الاستثناءات ما قرره القانون فى المواد ٣٨٩ و ٣٩٠/٤٧٤ و٤٧٥ و ٤٧٦ من أن عقد الايجار لا يفسخ ببيع العين المؤجرة اذا كان سند الايجار ثابت التاريخ قبل تاريخ البيع . وأنه اذا لم يكن ثابت التاريخ فليس للمشترى أن يخرج المستأجر الا بعد التنبيه عليه بالخروج فى المواعيد القانونية و بعد اعطائه التضمينات اللازمة من المؤجر أو من المشترى .

لو لم توجد هذه النصوص لكان الحكم أن المشترى له أن يطالب المستأجر بتنفيذ عقد الايجار باعتباره مستخلفا على حقوق المؤجر لارتباطها بالعين على أن يقوم بتنفيذ الالتزام المقابل الذى يقع على المؤجر ، ما لم يتبين أن الاستئجار عقد مع مراعاة شخص المؤجر الأصلى . ومن ناحية أخرى لا يجوز للمستأجر أن يفرض على المشترى تنفيذ التزامات المؤجر بل ان المشترى بالخيار بين الابقاء على عقد الايجار و بين اهماله واخراج المستأجر من العين ، ولا يبقى للمستأجر الا الرجوع على البائع الذى تعاقد معه بالتعويض لعدم قيامه بتنفيذ التزامه العقدى . تلك هى

الأحكام التى تستفاد من تطبيق القواعد العامة التى سبق لنا بيانها . فلننظر الآن الى أى مدى خرج القانون عن هذه الأحكام . كل ما صنعه القانون فى المادة ٣٨٩/ ٤٧٤ أن حرم المشترى من حق الخيار وفرض عليه احترام عقد الايجار متى كان ثابت التاريخ ، ومراعاة مواعيد معينة واعطاء التضمينات اللازمة اذا أراد اخراج المستأجر ولم يكن عقد ايجاره ثابت التاريخ (٣٨٩ فقرة ثانية و٣٩٠/٤٧٥ و٤٧٦ و٤٧٧)[١] . فهو قد فرض على المشترى وهو الخلف الخاص على العين التزامات سلفه التى يقررها عقد الايجار . هذا خروج عن قاعدة عدم جواز فرض الالتزام على الشخص رغما عنه . على أنه خروج بنص الشارع وهو بهذا النص عبارة عن التزام قانونى . ورغم هـذا الخروج لا نرى أن المشترى يخلف البائع فى هـذا الالتزام . ان الاستخلاف كما قدمنا يفترض انتقال عين الالتزام منقطعا عن ذمة مستقرا فى ذمة أخرى . وليس الأمر كذلك فى هذه الصورة . اذ التزام المشترى الذى قررته نصوص المواد المتقدمة انما يضاف الى التزام البائع (المؤجر) ولا تبرأ ذمة هذا الأخير بثبوت الالتزام فى ذمة خلفه[٢] .

ومن هـذا القبيل ما قرره الشارع الفرنسى فى قوانين خاصة . فقانونا ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ و ٢٣ يونيو سنة ١٩٢١ قضيا بأن الجنود المسرحين من الحرب العالمية لهم الحق فى استئناف عملهم فى مختلف المحال والصناعات طبقا لأحكام عقد العمل الذى عقدوه قبل تجنيدهم حتى ولو انتقل المحل من مالك الى آخر . فالقانون فرض على مشترى المحل قبول المستخدم وحرمه من حق الخيار . وكذلك ما قرره الشارع الفرنسى فى المادة ٧ من قانون ١٧ مارس سنة ١٩٠٩ الخاص بالمتجرات . فهو يقضى بأنه اذا كانت الحصة التى يقدمها الشريك فى شركة ما عبارة عن متجر فلدائنى هـذا المتجر فى خلال مدة معينة أن يطالبوا الشركة بتسديد الديون التى لهم على الشريك .

---

(١) راجع فى تفصيل هذه الأحكام ، السنهورى ، عقد الايجار ص ٥٧٢ وما بعدها .

(٢) راجع مع ذلك لپارنيير ، المرجع السابق ص ٥٥١ الذى يتناول هذه الحالة كما لو كانت استخلافا على الالتزام .

خاتمة

٢٢٠ — تركيز القواعد ٢٢١ — تقريب الاستخلاف على الالتزام العقدى من الاستخلاف على الحق فى شىء . ادماج الوضع الأول فى الوضع الثانى بتدخل الشارع . تصوير ذلك . تمهيد العمل والقضاء لهذا الادماج . ٢٢١ مكرر — نفى نظرية الاستخلاف عموما من حظيرة الالتزام الارادى بالرجوع الى التفرقة بين الدين والمسؤولية .

٢٢٠ — لقد أطلت فى عرض قاعدة نفاذ حكم العقد فى حق الأطراف والخلفاء اطالة قد يبدو أنها لا تتناسب مع حدود هذا الكتاب .

على أن ما التزمته من حدود هو بيان أصول القواعد . ومسألة الاستخلاف على الالتزامات والحقوق من المسائل الشائكة الدقيقة التى اختفت أصولها بين مرور بعض الكتاب عليها مرا سريعا وتركيز البعض الآخر تفكيره فى نفاذ الحق العينى مع أنه فى صدد الالتزام العقدى .

وجدير بنا بعد أن عرضنا أصول هذه القواعد أن نختم هذا الفرع ببعض ملاحظات عامة نستكمل بها وضع الأمر فى نصابه وجلاء ما بقى محيطا بالموضوع من غموض أكثره يرد الى تشابك فروعه .

لقد حصرنا الموضوع فيما تقدم فى نفاذ الالتزام العقدى فى حق غير أطرافه بطريق الاستخلاف عليه . ورأينا أن الاستخلاف على الحق فى الشىء وعلى ملحقاته وقيوده انما يدخل فى نظرية انتقال الحق العينى أو الحق فى شىء ولا يدخل فى نظرية نفاذ أحكام العقد [١] .

كما رأينا أن وضع الاستخلاف على الالتزام العقدى يفترض بل ويتطلب أن عين الالتزام أو عين الحق الشخصى الذى يقابله ينتقل من ذمة السلف منقطعا عنها الى ذمة الخلف مستقرا فيها [٢] . وانتهينا الى أن هذا الاستخلاف لا يعوقه من الناحية الايجابية الا أن يكون العقد انما عقد مع اعتبار شخص الدائن [٣] . أما من الناحية السلبية فيحول دون الاستخلاف عوائق جمة تضعها المبادىء

---

(١) فيما تقدم فقرة ٢٠٣ وما بعدها .

(٢) فيما تقدم فقرة ٢٠٦ .

(٣) فيما تقدم فقرة ٢١٥ .

القانونية المسلم بها : أولا أنه لكى يقع الالتزام فى ذمة الخلف لا غنى عن قبوله ولا يجوز افتراض هذا القبول [١] . وثانيا أننا حتى اذا استخلصنا هذا القبول أو حتى اذا حل محله نص الشارع فلا يعنى ذلك حتما وقوع الاستخلاف [٢] ، اذ هذا القبول اما أن يصطحب قبول الدائن انتقال الالتزام من ذمة السلف الى ذمة الخلف فنكون أمام صورة استبدال للالتزام بتغيير المدين novation par changement du débiteur والاستبدال ينفى الاستخلاف ما دام التزام الخلف ليس هو عين التزام السلف بل هو التزام جديد ، واما ألا يصطحب هذا القبول فيصبح للدائن مدينان هما الخلف والسلف . وهذا كذلك ينفى وضع الاستخلاف اذ الالتزام لم ينتقل . فكأن الاستخلاف على الالتزام العقدى جائز من الناحية الايجابية غير جائز من الناحية السلبية .

٢٢١ — مما تقدم أقمت الاستخلاف على الالتزام العقدى وضعا مستقلا عن الاستخلاف على الحق فى شىء . على أننى انما قصدت بذلك أن أعزل وضعا قانونيا عن وضع آخر وزعا لما يؤدى اليه زحف الأوضاع على بعضها البعض من اختلاط الأحكام وتعقيدها وصعوبة استخراج الحلول وتفسيرها . ولم أقصد بحال أن أنفى اطلاقا تبعية الوضع الأول (الاستخلاف على الالتزام) للوضع الثانى (الاستخلاف على الحق فى شىء) — لم أقصد نفى هذه التبعية بل اننى أؤكدها بالملاحظات التالية :

أولا — ما كان للاطالة التى انسقنا اليها أن تجعلنا نغفل عن نقطة الابتداء ألا وهى أن الاستخلاف على الالتزام العقدى لا يعرض الا فى صدد استخلاف على حق فى شىء [٣] — شخص يخلف الآخر فى حق فى شىء فيعرض لنا أن نتساءل عن مصير العقود التى ترتبط بهذا الشىء وما تقضى به من التزامات على

---

(١) فيما تقدم فقرة ٢٠٨ .

(٢) فيما تقدم فقرة ٢١٢ و ٢١٣ و ٢١٩ .

(٣) فيما تقدم فقرة ٢٠١ و ٢٠٤ .

السلف قبل الغير أو على الغير قبل السلف . ما مصيرها وهل تنتقل الى الخلف أحكامها ؟

ثانيا — ان كل من يدرس عن قرب ما نظرية الاستخلاف على الالتزام العقدى تغريه تلك الدراسة بأن يهيب بالشارع ألا يكتفى فى هذا الموضوع بالركون الى القواعد العامة وأن يتدخل بتنظيم هذا الاستخلاف[1] . والشارع بعد صاحب السلطان المطلق فهو مستطيع أن يقضى فى صور ما بقيام الالتزام فى ذمة الخلف وهو مستطيع أكثر من ذلك أن يقضى بقيام هذا الالتزام منقطعا عن ذمة السلف مستقرا فى ذمة الخلف وبهذا يقضى بالاستخلاف على الالتزام . ويفترض هـذا التنظيم جعل نظام للعلانية والشهر يقابل نظام التسجيل فى التصرفات العقارية .

ما يعنينا من ذلك أن محض هـذا التنظيم يؤدى حتما الى تقريب الحق الشخصى من الحق فى الشىء . فاذا اضطرد هذا التنظيم ربما انتهى الى الغاء وضع الاستخلاف على الالتزام العقدى وادماجه فى وضع الاستخلاف على الحق فى الشىء . وها بيان ذلك :

لنتناول حقا فى شىء كحق ملكية عين . ان الاستخلاف على هـذا الحق بالبيع مثلا يتضمن الاستخلاف على ملحقات هذا الحق وقيوده . هذه الملحقات اما أن تكون ملحقات مادية للشىء محل الحق كالبناء والغراس يلحقان الأرض (راجع فى هـذا نصوص المواد من ٢٨٥ — ٢٨٩/٣٥٧ — ٣٦٢ فى باب البيع) واما أن تكون ملحقات معنوية أى حقوقا ودعاوى قبل الغير تلحق حق الملكية كحقوق الارتفاق المقررة على عقار مجاور لمصلحة العقار المبيع تنتقل الى المشترى بانتقال العين اذ لا وجود لها مستقلة عنها ، وذلك طبعا مع مراعاة قواعد شهر التصرفات — على أنه قد يكون هناك حقوق شخصية نشأت للسلف عن عقود عقدها مع الغير مرتبطة بالعين دون أن تجرى مجرى الملحقات القانونية أى مجرى الحقوق التى لا يتصور قيامها مستقلة عن العين كحقوق الارتفاق .

---

(١) راجع لپارنيير فقرة ٢٩ ص ٥٨١ وحامد فهمى ص ٤٤٥ .

تلك الحقوق الشخصية هى التى تثير وضع الاستخلاف على الالتزام العقدى من ناحيته الايجابية وهى بعد محصورة فى صور معينة لا تكاد تتجاوزها .

أما قيود الحق فهى اما أن تكون قيودا مادية للشىء محل الحق ، فما انهدم من العقار وما انقلع من الغراس قبل التصرف فى العقار لا ينتقل طبعا بانتقال العقار الى الخلف . واما أن تكون قيودا معنوية أى تكاليف تلحق حق الملكية كحقوق الارتفاق المرتبة على العقار المستخلف عليه تنتقل الى المشترى بانتقال العين . على أنه قد توجد تكاليف والتزامات التزم بها السلف قبل الغير دون أن تجرى مجرى التكاليف العينية التى لا يتصور قيامها مستقلة عن العين .

هذه التكاليف والالتزامات هى التى تثير وضع الاستخلاف على الالتزام العقدى وهى بعد تكاد تكون محصورة فى صور معينة ، فهى اما تكاليف على عقار لم تستكمل صورة حق الارتفاق أو هى تكاليف تتصل بالحق فى المتجر .

ليس ينقص تلك الحقوق التى لا تعتبر من ضمن الملحقات القانونية ولا تلك التكاليف التى لا تعتبر من ضمن التكاليف العينية الا أن يتقدم الشارع تلك الخطوة التى يقضى بها التقدم الاجتماعى فيسبغ على تلك الحقوق والتكاليف بقوانين خاصة يصدرها ما يجعلها تلحق الحق الأصلى فتنتقل بانتقاله ، وهو اذ يفعل ذلك يجعل حتما نظاما للشهر والعلانية يتفق ونوع الحق المستخلف عليه . فاذا فعل أجهز على نظرية الاستخلاف على الالتزام العقدى وأكمل ادماجها فى نظرية الاستخلاف على الحق فى شىء . وقد رأينا صورا من التمهيد لهذا المصير فى اتفاقات المتعاملين بما تجرى عليه شركات التأمين من تنظيم انتقال الحق فى التأمين الى مشترى العين وذلك فى نفس عقد التأمين [١] . وبما يجرى عليه القضاء من التساهل فى استخلاص وضع الارتفاق من خارج حدوده المرسومة [٢] .

وحتى دون تدخل الشارع قد يوفق القضاء نفسه الى ادماج نظرية الاستخلاف على الالتزام من الناحية الايجابية فى نظرية انتقال الحقوق وذلك

---

(١) فيما تقدم فقرة ٢١٧ ص ٣١٦ .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٢١٠ .

بتطبيق مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية وتهذيبه لفكرة الملحقات الضرورية وتوسعه فيها [١] . وما أظن هذه الوسيلة تعجز عن الوصول الى انتقال جميع الحقوق التى تتصل بالشىء المستخلف عليه وتزيد فى قيمته ومنافعه انتقال استخلاف . أما عن انتقال الالتزام فالقضاء مقيد بالمبدئين السابق عرضهما — قبول الالتزام لا يفترض وتغيير المدين لا يفرض [٢] — وهو لم يوفق الى نقل الالتزام الا بأن أسبغ على الالتزام وصف الارتفاق بعد أن لوى نظرية الارتفاق عن وضعها المرسوم . فى هذا الميدان — نقل الالتزام — لا مناص من تدخل الشارع ليقضى بهذا النقل فهو وحده سيد هذا الميدان [٣] .

---

(١) راجع فيما بعد التمهيد للكتاب الثالث الخاص بتنفيذ الالتزام العقدى .

(٢) ولربما لم تكن العلة فى عدم انتقال الالتزام للخلف الخاص لترجع الى هذين المبدئين بقدر ما هى ترجع الى نظرية الذمة فى القوانين اللاتينية . فالنظرية السائدة فى هذه القوانين (نظرية أوبرى ورو) تجعل الذمة متصلة بالشخص لا تنفك عنه ، فلا ذمة مالية الا مسندة لشخص معين ، وليس للشخص الا ذمة واحدة . أما النظرية الألمانية فهى لا تربط الذمة بالشخص ، بل الذمة عندهم مجموعة أموال تخصص لغرض معين وتتألف من عناصر ايجابية وعناصر سلبية ، ولذلك فهى قد توجد دون شخص تسند اليه — المهم أن يكون لها غرض تخصص له — بل وقد تتعدد الذمات المالية للشخص الواحد . فالمتجر عبارة عن وحدة واحدة ، عن ذمة مالية ، اذا انتقلت من شخص لآخر فهى تنتقل محتفظة بكيانها غير مندمجة فى أمواله قائمة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات — فى مثل هذا النظام ليس ما يعترض انتقال الحقوق بل والالتزامات الى الخلف متى كانت تتعلق بمجموعة مالية معينة (راجع فى النظرية الألمانية جودميه ، فى حوالة الديون ، رسالة ديجون سنة ١٨٩٨ — مذكرات ليفى أولمان لطلبة الدكتوراه ، باريس سنة ١٩٢٧ ص ٣٢ وما بعدها و ص ٥٢ وما بعدها) .

(٣) مثلا فى حالة الاستخلاف على حق الاختراع أو حق الصنع قد يوجد الشارع سجلات خاصة تقيد فيها هذه الحقوق وما يرد عليها من قيود وتصرفات — راجع أحكام محكمة الاستئناف المختلطة المشار اليها فيما تقدم ، فقرة ٢٠٩ ص ٣٠٦ التى قضت بأنه اذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بعدم تصديرها للخارج ثم باع المشترى هذا الحق لمشتر ثان ولم يشترط عليه هذا الشرط فلا يلتزم المشترى الثانى بالامتناع عن التصدير للخارج — فهذا القيد الذى فرضه البائع الأول مما يجوز تنظيم نفاذه فى حق المستخلفين على حق الصنع بقيده فى سجلات يسهل الرجوع اليها فيصبح حكمه حكم حق الارتفاق يلحق حق الملكية وينتقل بانتقاله .
=

٢٢١ مكرر — فاذا انحسرنا بعد ذلك عن الأحكام التى قدمناها فى الاستخلاف عموما من استخلاف عام (الخلف العام) واستخلاف خاص (الخلف الخاص) وجعلنا نصب أعيننا التفرقة بين الدين والمسؤولية أى بين الالتزام الارادى والالتزام الذى تقضى به ارادة الشارع فقد نخلص بنتيجة هامة : هى نفى نظرية الاستخلاف عموما من حظيرة الالتزام الارادى . فهى من الناحية الايجابية ، الاستخلاف على الحق ، تندمج فى نظرية انتقال الحقوق . وهى من الناحية السلبية ، الاستخلاف على الالتزام ، لا كيان لها ما دام الاستخلاف لا يقع الا بحكم القانون . أليس هو وحده الذى يقضى بالزام الوارث بديون التركة[1] ، وأليس هو وحده الذى يقضى بالزام الخلف الخاص بالتزامات سلفه[2] . أما الصور التى يقبل فيها الخلف الخاص بارادته التزامات سلفه فهى كما رأينا ليست من صور الاستخلاف ، اذ هى تفترض وجود اشتراط لمصلحة الغير أو استبدال للالتزام بتغيير المدين ، وتلك كما قدمنا أوضاع ينفى قيامها وضع الاستخلاف[3] .

= ويلاحظ أنه لا حاجة لتنظيم تشريعى خاص لنفاذ قيود الحق فى حق الخلف فى حالة ما يكون الحق فى الشىء عبارة عن حق فى دين droit de créance . فالاتفاق على امهال المدين ينفذ فى حق مشترى الحق فى الدين (المحال) متى كان ثابت التاريخ قبل الحوالة . ولعل كفاية وضع ثبوت التاريخ لتنظيم نفاذ قيود الحق فى الدين عند حوالته مردها أن الحق فى الدين هو فى نفس الوقت حق شخصى أى قبل شخص معين هو المدين . وفى تحديد المدين بشخص معين ما يغنى عن وضع نظام خاص للشهر اذ يستطيع المحال اليه الحق فى الدين أن يتوجه لهذا المدين ليعلم منه ما ورد على هذا الحق من قيود . وهذا على عكس مشترى حق الاختراع أو حق الصنع فهو يتلقى حقا عينيا لا يباشره قبل شخص معين بل فى مواجهة كافة الناس فيتعين جعل نظام خاص للشهر يتوقف على اتباع أحكامه نفاذ القيود التى تفرض على الحق فى حق الخلف الذى يستخلف عليه .

(١) راجع فيما تقدم فقرة ١٩٨ .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٢٠٨ وما بعدها وفقرة ٢٢٠ — كذلك يخرج من حظيرة الالتزام الارادى التزام الأصيل فى حالة النيابة القانونية بالالتزامات التى يعقدها عنه النائب القانونى أو القضائى (الولى والقيم والوصى والفضولى والوارث الظاهر) . راجع فيما تقدم فقرة ٥٠ ص ٧٩ .

(٣) راجع فيما تقدم فقرة ٣١٢ وفقرة ٢٢٠ .

المبحث الثانى — فى نفاذ حكم العقد باعتباره واقعة قانونية

٢٢٢ — تحديد منطقة القاعدة باستبعاد حكم العقد بوصفه واقعة قانونية ٢٢٣ — تقسيم الموضوع .

٢٢٢ — فى المبحث السابق تكلمنا فى نفاذ أحكام العقد بوصفه عملا قانونيا فأقمنا القاعدة التى تقضى بنفاذ حكم العقد فى حق أطرافه وخلفائهم دون غيرهم . ولتلك القاعدة استثناء أفردنا له الفرع الثانى من هذا الفصل . على أنه لا محيص من تحديد منطقة القاعدة على الوجه الدقيق حتى نرسم على نفس الوجه حدود الاستثناء . لا بد من هذا التحديد لكى نستبعد من منطقة القاعدة بعض نتائج تظهر فى صورة الاستثناء منها فى حين أنها لا تمت اليها بسبب . ينبغى أن نستبعد الأحوال التى ينفذ فيها حكم العقد فى حق غير أطرافه وخلفائهم لا باعتباره عملا قانونيا ولكن باعتباره واقعة قانونية . هذا النفاذ ليس استثناء من القاعدة لأنه انما يقع بمعزل عنها . فالقاعدة قاصرة على أحكام العقد بوصفه عقدا وذلك النفاذ انما هو نتائج ترتبت على مجرد وقائع قانونية .

نعم فلئن كان العقد تنفذ أحكامه فى حق أطرافه بوصفه عملا قانونيا فان هذا النفاذ بما ينشئه للأطراف من حقوق وعليهم من التزامات يؤثر فى الغير باعتباره نتيجة واقعة أى باعتباره مجرد واقعة قانونية (١) .

٢٢٣ — وسنتناول فى هذا المبحث آثار العقد باعتباره واقعة قانونية فنستعرض هذه الآثار ونقسمها . ان أثر العقد بوصفه واقعة قانونية فى حق غير أطرافه قد يختلف وقعه . واذا جاز لنا أن نقسم وقع هذا الأثر من حيث وصفه الى أقسام يجمع كلاً منها جامع واحد فلن يتيسر لنا الا تقسيمه الى وقع ايجابى

---

(١) ويمكن القول بصيغة عامة أن كل عمل قانونى ان هو الا مجرد واقعة قانونية بالنسبة لغير أطرافه . ولا يظهر ذلك فقط بالنسبة لصياغة القاعدة التى نحن بصددها بل يظهر كذلك فى قواعد الاثبات ، حيث يجوز لغير أطراف العمل القانونى اثباته بجميع طرق الاثبات مهما بلغت قيمته بوصفه مجرد واقعة واثبات الوقائع لا يقيد بطريق معين من طرق الاثبات (راجع فى هذا الجزء الثانى من هذا الكتاب) .

ووقع سلبى ، وقع ينفع الغير ووقع يضر به ، وفيما عدا ذلك لا سبيل الى التقسيم وأحكام العقد بوصفها مجرد وقائع قانونية يتفاوت أثرها فى حق الغير تفاوتا لا نهاية له ولا ضابط . على أنه يمكن تقسيم وقع هذه الآثار تقسيما أظهر بحسب فئة الأشخاص الذين تقع لهم هذه الآثار وعليهم . ولذلك سنتكلم فى أثر العقد فى دائنى أطرافه ثم فى الخلف الخاص ثم فى غير الأطراف وخلفائهم ودائنيهم .

المطلب الأول — فى أثر العقد فى الدائنين العاديين لأطرافه

٢٢٤ — الدائن العادى ليس خلفا عاما ٢٢٥ — الدائن العادى ليس خلفا خاصا ٢٢٦ — حماية الشارع للدائن العادى من بعض الآثار الضارة به ٢٢٧ — حرمان الشارع الدائن العادى من بعض الآثار النافعة .

٢٢٤ — تؤثر أحكام العقد فى دائنى أطرافه العاديين بقدر ما تضيف الحقوق التى يسفر عنها العقد الى الضمان العام لدائنى الدائن فى العقد وما تنقص الالتزامات التى تنشأ عنه من الضمان العام لدائنى المدين فيه .

ان للدائن العادى حقوقا لا فى أموال مدينه ولكن على أمواله . فأموال المدين ضمان عام لدائنه يستطيع أن ينفذ عليها لاستيفاء دينه . وسعة هذا الضمان متحركة بحركة كل نشاط للمدين ذى أثر قانونى ، فيتسع الضمان ويضيق ليس فقط بما يعقده المدين من عقود تنشىء له حقوقا وترتب عليه التزامات بل كذلك بما يصدر منه من أفعال ضارة تنشىء التزامه بالتعويض وبما يضاف الى ذمته من حقوق قبل الغير فى تعويض الضرر اللاحق به الناشىء عما ارتكبه هذا الغير من أفعال ضارة ، وبمثل ذلك من الأفعال النافعة التى تصدر من المدين فتنشىء له حقا أو من الغير فترتب عليه التزاما .

ويستطيع الدائن أن يباشر اجراءات التنفيذ ، لاستيفاء حقه ، على مجموعة أموال المدين بالحالة التى تكون عليها هذه الأموال فى تاريخ التنفيذ فيقع محلا لهذا التنفيذ كل ما اكتسبه مدينه قبل هذا التاريخ ويخرج من نطاقه ما خرج قبله من ذمة المدين . فالدائن العادى لا يعتبر خلفا عاما لمدينه كما يعتبر وارث المدين . واذا انتفت عنه هذه الصفة فليس فقط لأنه لا يخلف المدين فى ذمته فتنقطع الحقوق

والالتزامات من ذمة المدين لتستقر فى ذمة الدائن بل حتى لأنه لا يتلقى تلك الحقوق ولا يلتزم بتلك الالتزامات .

كل ما فى الأمر أن تلك الحقوق والالتزامات التى تقع للمدين وعليه انما تؤثر فى الضمان العام للدائن بسطا وحصرا . وهذا الأثر لا يرتبه العقد الذى يعقده المدين بوصفه عقدا وانما ترتبه نتائج هـذا العقد فى ذمته بوصفها مجرد وقائع . وقد قدمنا أن هذا الأثر لا يتخلف عن العقود وحدها بل هو يتخلف كذلك عن كل مصدر آخر من مصادر الالتزام والحق .

٢٢٥ — وكذلك لا يعتبر الدائن العـادى خلفا خاصا على الأقل لأنه لا يتلقى حقا فى عين معينة بذاتها individualisé [(١)] .

---

(١) راجع مع ذلك مذهب كازيل فى رسالته ، باريس سنة ١٩٠٥ ولابورد لا كوست فى رسالته ، بوردو سنة ١٩١٦ وبونكاز ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٢٠ ص ١٠٣ وما بعدها ، ويذهب الثانى الى أن الخلف الخاص هو من يتلقى حقا فى عين معينة déterminé دون أن تكون معينة بذاتها individualisé . وهو على هذا الوضع يعد الدائن العادى خلفا خاصا ما دام يتلقى حقا فى شىء معين — هذا الشىء عبارة عن قيمة اقتصادية يتصرف فيها المدين فتخرج من ذمته الى الدائن فتدخل فى ذمته لا فرق فى ذلك بين أن تكون القيمة عبارة عن عقار أو منقول معين بذاته أو دين بمبلغ من المال . وهو يرد على الاعتراض القائل بأنه اذا تجاوزت ديون المدين حقوقه فالدائنون يقتصر حقهم على قسمة أمواله قسمة غرماء دون أن يكون لكل منهم حق فى شىء معين بأن العبرة عند تحديد القيمة القانونية أو الاقتصادية لكل حق انما تكون بقيمته وقت تحصيله : اشترى شخص من آخر عقارا مع اضافة نقل الملكية الى أجل أو بالذات اشترى عقارا واحتفظ البائع بحق الانتفاع به حتى وفاته . ما القيمة الاقتصادية التى تلقاها المشترى ؟ انما تقاس هذه القيمة بقيمة العقار وقت وفاة البائع . وعلى المشترى أن يقدر مقدما ما قد يصيب العقار من تلف أو نقص فى القيمة . ومركز الدائن العادى لا يختلف عن مركز المشترى فى المثال المتقدم : لا اعتبار بالقيمة الاسمية للدين ، بل الاعتبار بما سوف يحصل عليه الدائن وقت حلول دينه . فاذا كانت أموال المدين قيمتها ألف جنيه وعليه دينان كل منهما بمبلغ ألف جنيه فكأنه باع أمواله الى دائنيه بأجل بثمن يساوى ضعف قيمتها . وكان على المشترين أى الدائنين أن يحسنوا التقدير حذوهم فى هذا حذو مشترى العقار فى الصورة المتقدمة (لابورد لا كوست ص ١٥٣ وما بعدها وكازيل ص ٣٦٤ وما بعدها) .

ليس يتسع المقام لتقدير هذا المذهب أو نقده . كل ما يعنينى الآن أن أستظهر أن النتيجة التى وصل اليها ألا وهى اعتبار الدائن العادى خلفا خاصا للمدين انما ترتبت على اقامة وضع الخلف الخاص على عناصر تختلف عن تلك التى أقمتها عليه (راجع فيما سبق فقرة ٢٠١) .

٢٢٦ — على أن الشارع يحمى الدائن العادى أحيانا من نفاذ أثر بعض تصرفات المدين فى حقه اذا كانت تنتقص من الضمان العام . وذلك :

(١) فى حالة الغش fraude . اذا كان العقد الذى عقده المدين انما قصد به اخراج مال من ذمته اضرارا بالدائن فلا ينفذ فى حقه حتى نتائج العقد بوصفها وقائع قانونية — بمعنى أن المال يعتبر باقيا فى الضمان العام لم يخرج منه و يظل له حق التنفيذ عليه . وللدائن الطعن فى تصرف المدين القائم على هذا الغش بما يسمى الدعوى البولسية أو دعوى ابطال التصرفات action paulienne . وقد يكون خير تصوير لهذه الدعوى أن غش المدين ومن تعامل معه جنحة مدنية لا يقرها القانون وللدائن أن يطلب ازالة آثارها بنوع من الاصلاح العينى لما يلحقه من ضرر وذلك باعتبار العقد القائم على هذا الغش غير مؤثر فى حقوقه .

كذلك للدائن العادى أن يطعن فى عقد يعقده المدين بصوريته simulation . فاذا كان ظاهر العقد يخرج مالا من ذمة المدين وهو فى حقيقته عقد صورى لم يخرجه فللدائن بعد اقامة الدليل على الصورية التنفيذ على هذا المال باعتبار أنه لم يخرج فى الحقيقة من ذمة المدين و بالتالى من ضمان الدائن .

(٢) اذا اتخذ الدائن العادى اجراءات نزع الملكية على العقار بتسجيل التنبيه العقارى يظل هذا العقار فى ذمة المدين بالنسبة للدائن العادى باقيا فى ضمانه العام حتى ولو تصرف المدين فى عقاره بعد ذلك (المادة ٦٠٨ مرافعات مختلط) .

(٣) كذلك تعتبر تصرفات المدين بعد اعلان افلاسه غير نافذة فى حق دائنه العادى فلا تخرج المال من الضمان العام لدائنى التفليسة (المادة ٢٢٧/٢٣٥ تجارى) .

٢٢٧ — وعلى العكس قد يقضى الشارع بحرمان الدائن العادى من الانتفاع من أثر تصرف من شأنه أن يضيف الى الضمان العام فكأنه يقضى باخراج حقوق معينة من منطقة الضمان العام .

فمن هذا القبيل ما يقضى به الشارع من عدم جواز الحجز على مرتبات مستخدمى الحكومة وغيرهم من المستخدمين الا فيما يتجاوز نسبة معينة (م ٤٣٤/

٤٩٦ مرافعات والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩١٨) . أو من عدم جواز الحجز على بعض منقولات معينة (المادة ٥١٨/٤٥٥ مرافعات) أو على الملكية العقارية الصغيرة (راجع قانون عدم جواز الحجز على الملكية الزراعية الصغيرة الصادر فى أول مارس سنة ١٩١٣) . وكذلك ما تقضى به المادة ٢٠٢/١٤١ من أن الدائنين لهم استعمال حقوق المدين ودعاواه التى يهمل فى استعمالها لادخالها فى الضمان العام ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه .

المطلب الثانى — فى أثر العقد فى الخلف الخاص لأطرافه

٢٢٨ — الغير فى المادة ٢٠٣/١٤٢ يقصد به الخلف الخاص . المادة ٢٠٣/١٤٢ لا تتناول الأحكام الداخلية للعقد . المواد ٢٠٣/١٤٢ و ٦٨/٤٦ والمادتين الأولى والثانية من قانون التسجيل تدور على معنى واحد . نظرية الغير لا تعرض فى صدد الالتزام العقدى بل فى صدد نظرية انتقال الحقوق .

٢٢٨ — تناولنا فى المبحث السابق [١] نفاذ حكم العقد فى حق الخلف الخاص بوصفه عقدا أى نفاذ أحكامه الداخلية ، ونحن الآن نتناول أثر العقد فى حق الخلف الخاص لأطرافه بوصفه مجرد واقعة قانونية . ان الخلف الخاص هو من يتلقى حقا عينيا أو حقا فى شىء بطريق الاستخلاف . وهو على هذا الوصف يتأثر بالعقود التى عقدها سلفه ناقلة للغير حقا فى الشىء الذى استخلف عليه ، لا على أساس أن الالتزام العقدى الذى تقضى به هذه العقود ينفذ فى حقه ولكن على أساس أنه يتأثر بأحكام هذه العقود باعتبارها وقائع قانونية أى بقدر ما أفقدت السلف حقا لا يملك أن يعطيه بعد ذلك [٢] . فاذا باع بكر الى زيد عينا معينة بذاتها ثم باعها بعد ذلك الى خالد فان عقد البيع الأول يؤثر فى حق خالد ، الخلف الخاص الثانى ، بقدر ما أفقد هذا العقد السلف بكراً حق التصرف فى العين مرة ثانية . واذا اتفق الدائن مع المدين على امهاله ثم باع الدين الى ثالث فان الاتفاق

---

(١) فقرة ٢٠٢ وما بعدها .

(٢) والخلف الخاص بوصفه دائنا تطبق عليه الأحكام المذكورة فى الفقرتين السابقتين ٢٠٦ و ٢٠٧ .

على الامهال يؤثر فى حق مشترى الدين بقدر ما أفقد هـذا الاتفاق الدائن الأصلى (بائع الدين) حق مطالبة المدين بالدين قبل حلول ميعاد الامهال .

على أن الشارع يتناول هذا الأثر للعقود بالتنظيم . فهو يحمى الخلف الخاص من هذا الأثر متى راعى الخلف أوضاع معينة ، يحميه اذا كان عقده مسجلا قبل تسجيل أى عقد آخر ينقل للغير حقا فى العين التى استخلف عليها . هذا اذا كان الخلف قد استخلف على حق عينى عقارى (المادة ١ من قانون التسجيل) أو اذا كان قد استلم العين التى استخلف عليهـا وذلك فى حالة ما يكون الحق المستخلف عليه حقا عينيا فى منقول (المـادة ٦٨/٤٦) أو اذا كان عقده ثابت التاريخ قبل ثبوت العقود التى تنقل للغير حقا فى العين التى استخلف عليها وذلك فى غير الأحوال السابقة (المادة ٢٠٣/١٤٢) .

ومن هذا نخلص بالنتائج الآتية : **أولا** — أن المادة ٢٠٣/١٤٢ وهى تقضى بأن العقود لا تضر الغير ولا يتمسك بها عليه الا اذا كانت ثابتة التاريخ انما تقصد أثر العقد من حيث هو ناقل لحق عينى أو لحق فى شىء فهى لا تتناول مسألة نفاذ الأحكام الداخلية للعقود فى حق الغير .

ثانيا — أن الغـير المقصود بحكم هـذا النص العـام ليس هو الغير بالمعنى الواسع ، ليس هو أى شخص خلاف المتعاقدين ، بل المقصود هو الخلف الخاص للمتعاقد .

ثالثا — أن نصوص المادة ٢٠٣/١٤٢ و ٦٨/٤٦ والمادتين الأولى والثانية من قانون التسجيل انما تجتمع على معنى واحد من حيث فحواها ومرماها ولا يفرقها الا اختلاف التنظيم بين التسجيل والتسليم وثبوت التاريخ .

رابعا — ان نظرية الغير وتفصيلاتها لا تعرض عند الـكلام فى الالتزام العقدى بل هى تعرض فى صدد نظرية انتقال الحقوق . ومن أجـل هذا تناولنا الـكلام فى أثر العقد فى الغير ونحن نتكلم فى حكم العقد بوصفه واقعـة ولم نشعر بحاجة الى تناول هـذا الأثر ونحن نتكلم فى نفاذ العقد بوصفه عملا قانونيا ، بل

الغير ونحن نبحث فى هذا النفاذ لا يحتاج الى تفصيل فهو غير الأطراف والخلفاء .

المطلب الثالث — فى أثر العقد فى الغير

٢٢٩ — مجموع الناس قد يتأثر بالعقد فيلتزم باحترام المركز القانونى الناشىء عنه أو يستفيد من قيامه .

٢٢٩ — قد يؤثر قيام العقد فى عالم الوجود فى غير أطرافه ودائنيه وخلفائهم ، أى فى مجموع الناس . بمعنى أن قيام العقد فى عالم الوجود ، وتنفيذه ، عبارة عن واقعة ينشىء وقوعها مركزا قانونيا يلتزم الغير باحترامه و يستفيد أحيانا من قيامه . وقد لا يخلو عقد من العقود من ترتيب هذا الأثر . فبالنسبة لعقد البيع على الغير الأجنبى عن العقد أن يحترم المركز القانونى الذى أنشأه هذا العقد وألا يمس بالحقوق التى ترتبت للمشترى . فاذا تعرض الغير للمشترى أو اغتصب منه العين المبيعة كان للمشترى قبله دعوى منع التعرض أو دعوى الملكية والمطالبة بالتعويض . والأمر كذلك بالنسبة لعقد الايجار ، فاذا تعرض الغير للمستأجر وحرمه من حيازة العين كان للمستأجر أن يرفع عليه دعوى استرداد الحيازة وأن يطالبه بالتعويض . وكذلك بالنسبة لعقد اجارة الأشخاص : اذا حرض صاحب مصنع مهندسا يعمل فى مصنع آخر على ترك الخدمة فى المصنع الأول والالتحاق بمصنعه فهو يمس بالمركز القانونى الذى نجم عن عقد اجارة الأشخاص الذى عقده صاحب المصنع الأول و يلتزم قبله بالتعويض [1] .

وقد يستفيد الغير من قيام هذا المركز القانونى . فعقد اجارة الأشخاص ينشىء علاقة التبعية بين الخادم والمخدوم lien de préposition ومن هذا يستفيد الغير الذى يصيبه ضرر من فعل الخادم وخطئه فيكون له حق الرجوع على المخدوم بالتعويض باعتباره مسؤولا عن خادمه .

---

(١) راجع رسالة هوجنى فى مسؤولية الغير الشريك فى نقض العقد ، ديجون سنة ١٩١٠ ومقال لالو فى دالوز الأسبوعى سنة ١٩٢٨ ص ١٦٩ — وراجع تطبيقات عديدة فى جوسران ٢ ص ١٣٧ وديموج ٧ فقرة ١١٦٢ وما بعدها ومقال ساڤاتيه فى مجلة القانون المدنى ، سنة ١٩٣٤ ص ٥٢٥ وما بعدها وجودميه ، الالتزامات ص ٢١١ .

تلك جميعا آثار ترتبت فى ذمة الغير على قيام العقد . وهى لا تعنى أن العقد ينفذ فى حق الغير ، لأن نفاذ العقد — أقصد أحكامه الداخلية — لا يكون الا بالنسبة لأطرافه ومن يلحق بهم من الخلفاء على الوجه المتقدم بيانه فى المبحث السابق . والحقوق التى نشأت للمتعاقد قبل الغير أو للغير قبل المتعاقد فى الصور المتقدمة لا ترد بعد الى العقد بل الى المسؤولية التقصيرية . ولكن كان للعقد على الأقل هذا الأثر من أنه جعل الحق للمتعاقد دون غيره (المشترى ، المستأجر ، صاحب المصنع) أو قبل المتعاقد دون غيره (المخدوم فى الصورة الأخيرة) .

الفرع الثانى — فى قصور حكم العقد على أطرافه — الاستثناء

٢٣٠ — استعراض النصوص ٢٣١ — ملاحظات عامة على النصوص ٢٣٢ — تقسيم الموضوع .

٢٣٠ — فى الفرع الأول تناولنا الكلام فى قاعدة قصور حكم العقد على أطرافه وانتهينا الى رسم الدائرة التى تحوم فيها القاعدة فضيقنا هذه الدائرة بقصر نطاق القاعدة على نفاذ الأحكام الداخلية للعقد مستبعدين بذلك من هذا النطاق نفاذ حكم العقد باعتباره واقعة قانونية (المبحث الثانى) كما بسطنا هذه الدائرة من ناحية أخرى باقامة القاعدة على أساس نفاذ حكم العقد على هذا الوجه فى حق أطرافه وخلفائهم ملحقين بهم غير داخلين فى معنى الغير (المبحث الأول) .

على أن القاعدة حتى بعد هذا التحديد المزدوج ما زال يرد عليها الاستثناء . ان المادة ١١١٩ من القانون المدنى الفرنسى قد عبرت عن القاعدة بقولها « لا يجوز للشخص على وجه العموم أن يتعاقد باسمه دائنا أو مدينا stipuler ou s'engager الا عن نفسه ولنفسه » . ثم وردت المادة ١١٢٠ تستدرك من هذه القاعدة بقولها « ومع ذلك فيجوز للشخص أن يوثق عن الغير se porter fort فيتعهد بأن يقوم هذا الغير بعمل معين أو يدفع من تعهد عن الغير أو تعهد بالحصول على اقراره للعقد تعويضا اذا رفض هذا الغير قبول الالتزام » . وتبعتها المادة ١١٢١

بقولها « يجوز كذلك للشخص أن يشترط لمصلحة الغير اذا كان هـذا الاشتراط محملا على اشتراط اشترطه لمصلحته أو على هبة منه لآخر . ولا يجوز لمن اشترط للغير أن ينقض ما اشترطه اذا أعلن الغير رغبته فى الاستفادة منه » .

ثم عادت المـادة ١١٦٥ وهى واردة تحت عنوان « أثر الاتفاقات بالنسبة للغير » فأكدت هذه الأحكام بقولها « لا يكون للاتفاق من أثر الا بالنسبة لأطرافه فلا يضر بالغير ولا ينتفع به الغير الا فى الحالة المنصوص عنها فى المـادة ١١٢١ (الاشتراط لمصلحة الغير) » .

والملحوظ فى هذا النص أنه لم يشر الى المادة ١١٢٠ التى تتناول حالة التوثيق عن الغير باعتبارها استثناء واكتفى بالاشارة الى المـادة ١١٢١ الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير .

ثم ان الشارع الفرنسى أتبع المادة ١١٦٥ بالمادة ١١٦٦ وهى تتناول حق الدائن فى استعمال حقوق مدينه برفع الدعاوى التى تكون لمدينه قبل الغير (الدعوى غير المباشرة) action oblique معتبرا هذه الحالة استثناء من حكم المادة ١١٦٥ التى تقضى بأن العقد لا يضر ولا ينفع غـير عاقديه . فكأنه يعد حق الدائن فى استعمال حق مدينه وانتفاعه مما يضيف به هذا الحق الى ذمة المدين خروجا عن شق القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينفع غير عاقديه .

أما القـانون المصرى فقد قضى فى المادة ١٣٧/١٩٨ بأن « من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها أو رفضها » ثم قضى فى المادة ١٤١/٢٠٢ بأنه « لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها الا لمداينى العاقد فانه يجوز لهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم أن يقيموا باسمـه الدعاوى التى تنشأ عن مشـارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهـدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه » . وفى المادة ١٤٢ بأنه « لايترتب على المشارطات ضرر لغير عاقديها ولا يجوز التمسك بها على الغير الا اذا كان تاريخها ثابتا بوجه رسمى » .

٢٣١ — ونبادر فنلاحظ على هذه النصوص ما يأتى : **أولا** — أنها لم تراع

الدقة عند ما جعلت استعمال دائنى المتعاقد للحقوق التى تنشأ له عن العقود استثناء من القاعدة التى تقضى بقصر نفاذ حكم العقد على أطرافه دون الغير . وليس عيب هذه النصوص أو وجه عدم الدقة فيها ما يراه البعض [١] من أنها تعد الدائن من الغير فى حين أنه خلف عام انتفاعه من حكم العقد تطبيق للقاعدة لا استثناء لها ، بل عيب النصوص أنها لم تحصر نطاق القاعدة فى نفاذ الأحكام الداخلية للعقد . ولو أننا حصرنا القاعدة فى هذا النطاق لخرج استعمال الدائن لحقوق مدينه لا عن نطاق الاستثناء فحسب بل كذلك عن نطاق القاعدة ذاتها . ذلك أن الدائن انما ينتفع بجميع أموال المدين وحقوقه بوصفها ضمانا عاما لحقه . فهو لا يصبح بالعقود التى يعقدها مدينه دائنا أو مدينا حتى يقال ان أحكامها تنفذ فى حقه ، بل فقط يتسع بها ضمانه أو يضيق [٢] . وهو بالدعوى غير المباشرة انما يستوفى للمدين هذه الحقوق ويحولها من مجرد حق الى مال يسهل التنفيذ عليه وهو اذ يفعل يرفع الدعوى باسم مدينه باعتباره نائبا عنه (راجع نص المادة ٢٠٢/١٤١) .

كذلك يلحق نفس العيب نص المادة ٢٠٣/١٤٢ التى تقضى بأنه « لا يترتب على المشارطات ضرر لغير عاقديها ولا يجوز التمسك بها على الغير الا اذا كان تاريخها ثابتا بوجه رسمى » [٣] .

ثانيا — أن نص المادة ١٢٢٠ من القانون الفرنسى تناول حالة التوثيق عن الغير باعتبارها استثناء من القاعدة مع أن المسلم به أن الغير الموثق عنه لا يلتزم بعقد التوثيق ولا يضر بهذا العقد ، بل يظل له الحق فى اقرار العقد أو عدم اقراره . واذا كان الموثق عن الغير يلتزم بالتعويض فى حالة عدم اقرار الغير للعقد فانما لأنه أخل بالتزامه الشخصى ألا وهو الحصول على قبول الغير للعقد أو اقراره . وقد يجوز القول بأن الشارع الفرنسى نفسه قد أدرك ضعف تصويره لحالة الاستيثاق فى صورة

---

(١) السنهورى فقرة ٧١٣ .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٢٢٤ وراجع فيما بعد الجزء الثانى .

(٣) راجع فيما تقدم فقرة ٢٢٨ .

الاستثناء فلم ينص عليها فى المادة ١١٦٥ التى أكدت قاعدة عدم نفاذ حكم العقد فى حق الغير ولم تستثن الا حالة الاشتراط لمصلحة الغير .

عيب المادة ١٢٢٠ اذن أنها جعلت الاستيثاق استثناء وهو ليس كذلك فى حين أنها أغفلت حالة لعلها هى وحدها التى تصلح استثناء من شق القاعدة الذى يقضى بأن العقد لا يضر غير طرفيه . ألا وهى حالة الصلح مع المفلس concordat . هذا الصلح لا يشترط لانعقاده رضا جميع الدائنين بل يكفى لذلك رضا الأكثرية . ومتى انعقد على هذا الوجه نفذت أحكامه فى حق الأقلية التى رفضت قبوله أو اقراره . لعل تلك هى الصورة الوحيدة التى نجد فيها أن العقد بوصفه عقدا ينفذ فى حق غير المتعاقدين فيضر بهم . على أن الملحوظ أنه حتى فى هذه الصورة لا يترتب على انعقاد العقد نشوء التزامات فى ذمة الغير الذى لم يكن طرفا فيه . فالدائن الذى لم يوافق على الصلح يضر نعم بالعقد بانقاص مبلغ دينه ولكن لا يترتب على الصلح نشوء التزامات فى ذمته .

ثالثا — ان الشارع الفرنسى لم يستثن من قاعدة قصر الانتفاع بالعقد على طرفيه الا حالة الاشتراط لمصلحة الغير . مع أن هناك أحوالا يقضى فيها القانون بأن ينتفع أجنبى عن العقد من أحكامه فتكون له قبل المدين فى العقد دعوى مباشرة دون أن تدخل هذه الصور فى دائرة الاشتراط لمصلحة الغير (راجع نصوص المواد ٤١٤ و ٤١٥/٥٠٦ و ٥٠٧ و ٥٢٠/٦٢٧/١٩٩٤) . وقد يكون هناك وجه لجمع هذه الأحوال واستخراج الجامع الذى يجمعها والقول بوجود استثناء آخر لقاعدة قصر الانتفاع بالعقد على طرفيه [1] . أما الشارع المصرى فهو لم ينص صراحة على استثناء القاعدة حتى فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير . ولكنه نص فى المادة ١٣٧/١٩٨ على أن « من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . وقد لوحظ على هذه المادة غموض نصها العربى ووضوح النص الفرنسى الذى يقضى بأنه « اذا اشترط شخص لمصلحة الغير دون توكيل منه فلهذا الغير

---

(١) راجع فيما بعد المبحث الثالث من هذا الفرع .

الخيار بين أن يقر العقد أو أن يرفض الاعتراف به . وقد يبدو — وعلى الأخص اذا رجعنا للنص العربى — أن المقصود حالة التوثيق عن الغير convention de porte-fort [١] على أن الرجوع للنص الفرنسى يتكفل باستبعاد هذا القصد [٢]. فهو يتناول حالة شخص يشترط لمصلحة الغير stipule pour un tiers لا حالة شخص يتعهد عن الغير كما هو الحال فى التوثيق عن الغير . ناهيك عن أنه من غير المعقول أن يغفل الشارع المصرى النص على حالة الاشتراط لمصلحة الغير بوصفها استثناء من القاعدة العامة وأن ينص بدل ذلك على حالة التوثيق عن الغير بهذا الوصف فى حين أن الفقه الفرنسى قد أجمع من زمن طويل على أنها ليست فى الحقيقة استثناء من القاعدة بل تطبيقا للقواعد العامة [٣].

الحقيقة اذن أن الشارع المصرى قد قصد فى المادة ١٣٧/١٩٨ أن ينص على حالة الاشتراط لمصلحة الغير [٤].

تقسيم الموضوع

٢٣٢ — يسهل علينا بعد هذه الملاحظات تقسيم هـذا الفرع الى ثلاثة مباحث : الأول فى الاشتراط لمصلحة الغير . والثانى فى الدعوى المباشرة . والثالث فى التوثيق عن الغير . أما الدعوى غير المباشرة action oblique فسنتناولها فى الجزء الثانى الخاص بالنظرية العامة للالتزام ليس فقط لأنهـا ليست استثناء من القاعدة بل لأن أحكامها لا تقتصر على استعمال حقوق المدين الناشئة عن عقد بل كذلك حقوقه الأخرى . أما الاستيثاق فهنا محله وان لم يكن استثناء من القاعدة ، هنا محله اذ يجب أن ننفى عنه صفة الاستثناء التى قد تبدو فى الظاهر كما لا محل للكلام عليه فى غير هذا الموضع . أما حالة الصلح مع المفلس فهى تخرج عن نطاقنا وليرجع فى أحكامها الى شروحات القانون التجارى .

---

(١) من هذا الرأى دى هلتس ، تحت كلمة الاشتراط لمصلحة الغير فقرة ٢ و ٥ و ٦ وعبد السلام ذهنى ، الالتزامات فقرة ١٨٥ .

(٢) السنهورى فقرة ٧٧٨ .

(٣) راجع فيما تقدم الملاحظة الثانية .

(٤) السنهورى فقرة ٧٧٨ .

المبحث الأول — فى الاشتراط لمصلحة الغير (١)

٢٣٣ — تطبيق قواعد المعقول ٢٣٤ — قواعد المنقول . القانون الرومانى وفكرة شخصية الروابط العقدية . تحرر الشارع الفرنسى من هذه الفكرة فى النيابة وخضوعه لها فى انتفاع غير المتعاقد بحكم العقد . نص القانون المصرى . تقسيم الموضوع .

٢٣٣ — يرد الاستثناء على قاعدة قصور حكم العقد على طرفيه فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير ، فيجوز أن تنفذ الأحكام الداخلية للعقد ، و بهذا الوصف ، فى حق أجنبى عن العقد فينتفع بأحكامه وهو لم يكن طرفا فيه ولا خلفا لأطرافه . ينتفع بأحكام العقد فينشأ له عنه حق مباشر يتكيف بنفس الكيفية التى رسمت له فى العقد و يرد مصدره اليه . مثلا شخص يتعاقد مع شركة تأمين مؤمنا على حياته لمصلحة أولاده فينشأ بعقد التأمين للمؤمن لمصلحتهم حق يتلقونه بهذا العقد مباشرة فى مواجهة شركة التأمين فلا ينتقل لهم من المؤمن ولا يمر بذمته .

قد لا يكون من المقبول عقلا أن يصبح الشخص **مدينا** بالتزام عقدى لم تظهر فيه ارادته بالقبول . ولكن ليس ما يحول عقلا دون التسليم بجواز صيرورة الشخص **دائنا** فى التزام عقدى دون اعلان لارادته بالقبول . ان الدائنية منفعة وهى على هذا الوجه صفة غير لازمة فيجوز لصاحب هذه الصفة أن يتخلى عنها برفض الالتزام لمصلحته . فأين تلك القاعدة من قواعد المعقول التى تحول دون

---

(١) **مراجع** ، شامبو ، رسالة باريس سنة ١٨٩٣ — لامبير ، رسالة باريس سنة ١٨٩٣ — سالي الالتزامات فى القانون الألمانى ، فقرة ٢٤٥ وما بعدها — مقال لابيه فى المجلة العملية سنة ١٨٨٩ ص ٣١٤ وما بعدها — مقال بنشون فى المجلة الانتقادية السنة التاسعة والعشرون ص ٦١٢ وما بعدها — بودرى لاكانتنرى ، الالتزامات ١ فقرة ١٤٥ وما بعدها — مقال طباع فى مصر العصرية ٨ ص ٣٣٧ وما بعدها — مقال جولدنبرج فى الجازيت ٢١ ص ٣٦٩ وما بعدها — حامد الهيتمى ، رسالة باريس عن القانون الانكليزى سنة ١٩٢٥ — پلانيول وريپير واسمان ، الالتزامات ١ فقرة ٣٥٢ وما بعدها — ديموج ، الالتزامات ، ٧ فقرة ٧٥٩ وما بعدها — چوسران ٢ فقرة ٢٧٠ وما بعدها — السنهورى ، فقرة ٧٧٨ وما بعدها — دى پاج ، ٢ فقرة ٦٥٠ وما بعدها — جودميه ، الالتزامات ص ٢٣٧ وما بعدها .

صيرورته دائنا ؟

٢٣٤ — هـذا من حـ ث المعقول . ولـكن الأمر من حيث المنقول على خلاف . ففى القانون الرومانى وهو قانون شكلى كان محور نظرية الالتزام الذى تدور عليه هو فـكرة شخصية الروابط العقدية ، فلم يكن يجوز اذا انعقد عقـد أن ينتفع بحكمه أجنبى عنه لم يرتبط برابطته alteri stipulare nemo potest .

ولم يظهر أثر هذه الفـكرة الشخصية فى صدد انتفاع غير المتعاقدين من حكم العقد فحسب بل ظهر أثرها كذلك فى النيابة . فلم يكن يقع أثر العقد الذى يعقده النائب فى ذمة الأصيل وانما فى ذمة النائب . وقد وصـل القانون الفرنسى الى التخلص من ر بقة هـذه الفـكرة الرومانية فى صدد النيابة فجعل أثر العقد الذى يعقده النائب يقع مباشرة للأصيل . ولـكنه لأمر ما لم يستطع التخلص منها فى صدد انتفاع غير المتعاقدين من حكم العقد ، فقضت المادة ١١١٩ بأن هذا الانتفاع غير جائز . نعم ان المادة ١١٢١ استثنت من هذه القاعدة حالة الاشتراط لمصلحة الغير . ولـكن وضع المـادتين ١١١٩ و ١١٢١ يظل يجعل القاعدة على خلاف المعقول عنـد ما يحصر جواز انتفاع الغير بحكم العقد فى صور محدودة وردت على سبيل الاستثناء (اذا كان الاشتراط لمصلحة الغير محـلا على اشتراط لمصلحة المشترط نفسه أو شرطا فى هبة منـه لآخر) والمفهوم من ذلك أن حظر الانتفاع ما زال قائما فى الصور التى لا تدخل تحت هذا الاستثناء .

وتلك نتيجة اذا ارتضاها نظام شكلى كالقانون الرومانى لا ترتضيها النظم القانونية التى تحررت من قيود الشكل وأقامت قواعـد العقد على أساس تحليل الارادة وتحريرها واطلاقها .

ومع ذلك فهذا ما ذهب اليه الشارع الفرنسى . على أن الفقه الفرنسى — وتبعه القضاء — انتهى منذ زمن طويل الى التوسع فى تفسير الصورتين الواردتين فى المـادة ١١٢٠ [1] حتى كاد الاستثناء أن يشمل كل صورة للاشتراط لمصلحة

(١) راجع فيما بعد فقرة ٢٣٥ .

الغير فأصبح من الجائز أن ينتفع بحكم العقد أجنبى عنه متى كان فى العقد اشتراط لمصلحته .

وفى القانون المصرى لم يرد نص مقابل لنص المادة ١١٢١ فلم يحصر الاشتراط لمصلحة الغير فى أحوال معينة بل اكتفت المادة ١٣٧/١٩٨ بأن بينت حكما من أحكام الاشتراط لمصلحة الغير فقضت بأن المشترط لمصلحته له الحق فى قبول المشارطة أو رفضها .

على أن هذا كله لا يعنى أن حكم العقد بوصفه عقداً ينصرف الى غير أطرافه اطلاقا . بل ما زال هذا الانصراف مقيداً بوضع الاشتراط لمصلحة الغير . يجب أن يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير بالمعنى الفنى حتى ينصرف حكم العقد الى أجنبى عنه . فاذا لم نكن أمام هذا الوضع مستجمعا لشرائطه الفنية لم ينصرف حكم العقد الى غير أطرافه .

ينبغى اذن أن نبدأ بحصر الاشتراط لمصلحة الغير فى نطاقه الفنى (المطلب الأول) ثم نتبع ذلك بالكلام فى حق المنتفع (المطلب الثانى) ثم نتناول أخيراً أحكام الاشتراط لمصلحة الغير (المطلب الثالث) .

المطلب الأول — فى حصر الاشتراط لمصلحة الغير فى نطاقه الفنى

٢٣٥ — الصور التى نصت عليها المادة ١١٢١ فرنسى . بسط نطاق الاشتراط فى الفقه والقضاء بمسخ النص ٢٣٦ — ما زال النطاق ضيقا رغم ذلك فهو لا يضم صورة الاشتراط المجرد ٢٣٧ — مناقشة مذاهب الفقه فى صورة الاشتراط المجرد . جواز الاشتراط المجرد فى القانون المصرى ٢٣٨ — تعريف الاشتراط لمصلحة الغير . حصر نطاقه بتحليله الى عناصره لا بحصر صوره ٢٣٩ — العنصر الموضوعى : يجب أن يكون المشترط لمصلحته (المنتفع) أجنبيا عن العقد . النيابة والفضالة والاستخلاف تنفى جميعها وضع الاشتراط ٢٤٠ — العنصر النفسانى : يجب أن يقصد المشترط نشوء الحق مباشرة فى ذمة المنتفع . مسألة وقائع . جلاؤها بضرب الأمثلة ٢٤١ — أمثلة عملية للاشتراط لمصلحة الغير .

٢٣٥ — اذا رجعنا الى نص المادة ١١٣١ لوجدنا أن الاشتراط لمصلحة الغير بوصفه وضعا قانونيا تنجم عنه آثار معينة ، ينحصر فى صورتين :

(١) أن يتعاقد شخص مع آخر فيشترط لنفسه منفعة ثم يشترط فى نفس

الوقت منفعة لأجنبى عن العقد .

(٢) أن يهب شخص لآخر عينا أو مالا ويشترط على الموهوب له أداء منفعة لأجنبى عن عقد الهبة .

ولو وقفنا عند هاتين الصورتين لانتفى جواز الاشتراط لمصلحة الغير اذا كان العقد ينشىء الالتزام على عاتق المشترط ولا يقرر له منفعة ، اللهم الا فى حالة الهبة بشرط . وعلى هذا لايجوز الاشتراط لمصلحة الغير فى الصورة الآتية : شخص يتعاقد مع شركة على التأمين على حياته لمصلحة أولاده أو صاحب مصنع يتعاقد معها على التأمين على سلامة عماله . هنا المشترط (الأب أو صاحب المصنع) يلتزم فى هذا العقد بدفع أقساط التأمين ولا يشترط لنفسه أية منفعة اذ أن مبلغ التأمين يدفع فى حالة وفاة الأب الى أولاده وفى حالة اصابة العامل الى العامل أو ورثته . ولا تدخل هذه الصور تحت الصورتين الواردتين فى المادة ١١٢١ فلا المشترط يشترط لنفسه منفعة يحمل عليها الاشتراط لمصلحة الغير ولا العقد يمكن تكييفه بأنه هبة من المؤمن لشركة التأمين (هبة الأقساط) بشرط دفع مبلغ التأمين الى الأولاد أو العمال .

ومع ذلك فتلك صور عملية يفرض فيها الصالح الاجتماعى اجازتها قانونا . من أجل ذلك عمل الفقه الفرنسى على التوسع فى تفسير نص المادة ١١٢١ . فهو يفسر كلمة stipulation الواردة فى هذه المادة (الصورة الأولى) بمعنى التعاقد على وجه العموم . يكفى اذن أن يكون الاشتراط لمصلحة الغير محملا على عقد كان المشترط طرفا فيه بوصفه دائنا أو مدينا حتى يكون هذا الاشتراط جائزا طبقا للصورة الأولى الواردة فى هذه المادة . وبهذا يجوز تأمين الأب لمصلحة أولاده وصاحب المصنع لمصلحة عماله إذ الاشتراط لمصلحة الأولاد والعمال محمل على عقد (عقد التأمين) المشترط فيه مدين بالأقساط . وظاهر أن فى هذا التفسير تحميلا للنص ما لا يطيق فالمادة ١١٢١ صريحة فى تطلب أن يكون الاشتراط محملا على اشتراط لمصلحة المشترط نفسه condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même . فضلا عن أن تحميل النص هذا المعنى يجعل ايراد الصورة الثانية (الهبة بشرط) لغوا لا محل له وهى تدخل حتما فى المعنى الممسوخ للصورة

الأولى . على أن الضرورة قضت بهذا التفسير والتخلص من تقاليد القانون الرومانى . وقد استقرت القاعدة على هذا الوجه فى أحكام القضاء [١] .

٢٣٦ — على أن تفسير المادة ١١٢١ على هذا الوجه ان اتسع لكثير من الصور العملية ما زال يضيق عن بعضها ما دمنا نشترط تحميل الاشتراط على عقد من العقود المشترط دائن فيه أو مدين : مطلقة تعقد مع مطلقها عقدا تشترط عليه فيه أن يقوم بنفقة تعليم ابنهما فى أوروبا . شريك فى شركة تعرض له صفقة فى مصلحة الشركة وليس له السلطة فى اجرائها يحصل من أحد التجار على التزام باجراء هذه الصفقة لمصلحة الشركة [٢] . صديق يجد مشتريا لعقار صديقه الغائب بسعر مناسب فيحصل منه على وعد بشراء هذا العقار بسعر معين [٣] ، هل يجوز الاشتراط فينشأ للابن حق مباشر قبل أبيه وللشركة قبل التاجر ولمالك العقار قبل الواعد بالشراء فى الوقت الذى لا ينشىء فيه هذا العقد حقا أو التزاما للمشترط يحمّل عليه الاشتراط لمصلحة الغير ؟ لن يجوز ذلك الا اذا سلمنا بأن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتقيد بتحميله على عقد وأنه من الممكن أن يقوم مستقلا مقصودا لذاته مكونا وحده محل العقد مجردا عن أى عقد يحمل عليه .

٢٣٧ — لم ينعقد اجماع الفقه فى هذه المسألة كما انعقد على مسخ كلمة stipulation فى المادة ١١٢١ . ففريق يرى وجوب التقيد بنص المادة ١١٢١ وأنه اذا جاز التوسع فى تفسير كلمة stipulation بحيث تتسع لمعنى التعاقد فلا يجوز التوسع لدرجة اجازة الاشتراط المجرد اذ فى ذلك هدم النص بأكمله [٤] . وهذا الفريق يسلم فى نفس الوقت بأنه لا يعترض اجازة الاشتراط المجرد لمصلحة الغير

(١) بلانيول وريبير واسمان ، الالتزامات ١ فقرة ٣٥٣ .

(٢) قارن بلانيول وريبير واسمان ، الالتزامات ١ فقرة ٣٥٣ .

(٣) س م ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ المجموعة ٣٧ ص ٢١٤ .

(٤) بلانيول ، ٢ فقرة ١٢٣١ — بودرى ، الالتزامات ١ فقرة ١٤٨ — تعليق ليكلرك على حكم النقض البلجيكى فى ٢ مايو سنة ١٩٣٠ الباسيكريزى ١٩٣٠ — ١ — ١٩٣ — دى پاج ، ٢ فقرة ٦٥٤ — وراجع من هذا الرأى س م ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ المجموعة ٣٧ ص ٢١٤ و س م ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة ٣٩ ص ٢١٤ .

سوى نص المادة ١١٢١ فلا تعترضها قواعد المعقول و يستحسن تعديل نص هذه المادة على وجه لا يحول دون اجازة الاشتراط المجرد (١) .

و بعض هذا الفريق يرى أن الصور العملية المشار اليها يمكن الوصول الى اجازتها بأن يشترط المشترط على المتعهد شرطا جزائيا عند الاخلال بتعهده (٢)، اذ بهذا الشرط الجزائى يصبح المشترط دائنا و يتحقق شرط المادة ١١٢١ . على أن هذا النظر يعترض عليه بأن الشرط الجزائى المشترط على المتعهد انما هو التزام تبعى لالتزام أصلى يدور معه وجودا وعدما فاذا كان الالتزام الأصلى باطلا — على رأى هذا الفريق — فالالتزام التبعى باطل ، ولا يعقل أن يصحح هذا الالتزام التبعى الالتزام الأصلى نفسه (٣) .

كما يرى البعض جواز تصحيح هذه الصور العملية لا باعتبارها اشتراطا لمصلحة الغير بل باعتبارها فضالة . فالمتعاقد لمصلحة ثالث فى الصور المشار اليها انما هو فضولى والثالث ان هو الا رب العمل وتطبيق قواعد الفضالة كفيل بوقوع الحق فى ذمة رب العمل (٤) .

على أنه ينبغى ألا يفوتنا أن الفضالة وضع مستقل عن وضع الاشتراط . ويكفى لتفنيد هذا الرأى أن نلاحظ أن الفضالة لا تكون الا بالنسبة للأعمال الضرورية التى يترتب على عدم اجرائها ضرر برب العمل . أما تلك الصور التى نحن بصددها فهى أعمال نافعة وليست بضرورية وكل ما يترتب على عدم اجرائها فوات منفعة الشخص الثالث الذى تجرى هذه الأعمال لمصلحته (٥) .

على أن جمهور الشراح يرى أنه يكفى أن يكون للمشترط مصلحة ولو أدبية فى الاشتراط لمصلحة الغير حتى يكون الاشتراط صحيحا (٦) . ولعلهم لم يتنبهوا الى

(١) راجع دى باج فقرة ٦٥٣ ص ٥٥٦ .
(٢) بلانيول ٢ فقرة ١٥٣٢ .
(٣) جوسران ، ٢ فقرة ٢٨٦ .
(٤) بلانيول وريبير واسمان ، ٦ ص ٤٨٦ .
(٥) راجع فيما بعد فى التمييز بين الفضالة والاشتراط فقرة ٢٤٤ .
(٦) بلانيول وريبير ، ٦ فقرة ٣٥٣ — كولان وكاپيتان ، ٢ فقرة ١٢٦ — جوسران ، ٢ فقرة ٢٨٤ .

أن هذا النظر يؤدى بهم حتما الى تصحيح الاشتراط لمصلحة الغير منعزلا عن أى عقد ، اذ لا يعقل أن يكون المشترط لمصلحة الغير مجردا عن المصلحة الأدبية اللهم الا اذا كان الاشتراط عبث عابث أو نزوة مخبول وفى مثل هذه الأحوال يبطل العمل الارادى بأكمله لعدم توفر شروط الارادة .

وعلى أى حال فالاشتراط لمصلحة الغير حتى مجردا عن أى عقد آخر اذا كان محل خلاف فى القانون الفرنسى فهو جائز فى القانون المصرى أو اجازته على الأقل واجبة[1] فيه . ذلك أن العقبة التى تعترضه فى القانون الفرنسى ألا وهى نص المادة ١١٢١ ليست قائمة فى القانون المصرى حيث لم يرد فى المادة ١٣٧/١٩٨ تحديد لصور الاشتراط لمصلحة الغير . ولعل الشارع المصرى استفاد فى هذا من اتجاه الفقه الفرنسى فأطلق فكرة الاشتراط لمصلحة الغير .

٢٣٨ — ومع ذلك فما زال للاشتراط لمصلحة الغير حدود لا بد من الوقوف عندها حتى يستقيم وضعه وتنطبق أحكامه . ليست هذه الحدود صورا يصب فيها الاشتراط كما تقضى المادة ١١٢١ ولكنها عناصر يتحلل اليها وهى تفيدنا فى عزله عن الأوضاع الأخرى . ونتبين هذه العناصر من تعريف الاشتراط لمصلحة الغير وتحليل هذا التعريف .

يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير اذا عقد شخص مع آخر عقدا حصل منه فيه على التزامه قبل شخص أجنبى عنهما التزاما يكون لهذا الأجنبى حق مباشر فى مطالبة المتعهد بتنفيذه لمصلحته .

تتحلل هذه الصيغة الى عنصرين : (١) يجب أن يكون المشترط لمصلحته أجنبيا عن العقد .

(٢) يجب أن يكون المشترط قصد نشوء الحق فى ذمة المنتفع مباشرة بحيث يكون لهذا المنتفع دعوى مباشرة قبل المتعهد . أما اذا كان المقصود انشاء هذا

---

(١) راجع مع ذلك س م ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ المجموعة ٣٧ ص ٢١٤ ، و س م ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة ٣٩ ص ٢١٤ .

الحق للمشترط دون أن يكون للمنتفع تلك الدعوى المباشرة فلسنا أمام وضع الاشتراط لمصلحة الغير حتى ولو ترتب على هذا العقد مزايا لهذا الأجنبي أو منافع.

والعنصر الأول تغلب فيه الناحية الموضوعية أما العنصر الثاني فتغلب فيه الناحية النفسية بمعنى أننا نتبينه بالرجوع الى نية المتعاقد وتحليل ارادته.

٢٣٩ — العنصر الموضوعي: يجب أن يكون من اشترط لمصلحة أجنبيا عن العقد. وعلى ذلك يخرج من وضع الاشتراط لمصلحة الغير نفاذ حكم العقد لمصلحة الأصيل الذي عقد العقد باسمه، اذ تتكفل قواعد النيابة بتفسير هذا النفاذ دون أن تجعل منه خروجا عن قاعدة قصر نفاذ العقد على أطرافه[1].

كذلك يخرج من وضع الاشتراط لمصلحة الغير نفاذ حكم العقد الذي يعقده الفضولي في حق رب العمل، اذ تتكفل قواعد الفضالة بتفسير ذلك. والفضالة في الواقع ان هي الا نوع من النيابة القانونية[2].

كذلك يخرج من نفس الوضع انتفاع الخلف الخاص على عين معينة من العقود التي عقدها سلفه مرتبطة بالعين والتي ترتب لهذا السلف حقا قبل آخر. فالخلف اذ يتلقى هذا الحق الناشيء عن هذه العقود انما يتلقاه بالحوالة الضمنية. وتلك الحوالة الضمنية قد يدل عليها كون الحق محل النظر يتصل بالشيء الذي تلقاه الخلف ويزيد في قيمته أو منافعه[3]. وظاهر أن هذا الوضع يختلف عن وضع الاشتراط لمصلحة الغير، اذ في حالة الخلف الخاص ينتقل نفس الحق التبعي الى الخلف بطريق الحوالة في حين أن الاشتراط لمصلحة الغير انما ينشيء الحق ابتداء لمصلحة الغير (المنتفع) فهو ليس بحق نشأ في ذمة المشترط واستخلف عليه المنتفع.

٢٤٠ — العنصر النفسي: يجب أن يكون المشترط قد قصد نشوء الحق مباشرة في ذمة المنتفع. استجلاء هذا العنصر يساعدنا على عزل الاشتراط

---

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٥٠ وفقرة ١٩٤ وفقرة ٢٢١ مكرر.

(٢) راجع فيما بعد فقرة ٢٤٤ وراجع الكتاب الثاني.

(٣) راجع فيما تقدم فقرة ٢١٤ وما بعدها.

لمصلحة الغير عن الأوضاع الأخرى . وهو كما قلنا عنصر نفسانى [١] نستعين على جلائه باستكشاف نية المتعاقد وتحليل ارادته . والبحث فى هـذا العنصر بحث فى تفسير ارادة المتعاقدين ، وتلك مسألة وقائع يرجع فيها الى ظروف العقد وملابساته . وليس ما يمنع مبدئيا من أن تكون ارادة المشترط التى قصد بها نشوء الحق المباشر للمنتفع قد عبر عنها ضمنا [٢] . وكل ما يمكن ملاحظته فى هذا الصدد أنه لكى يتحقق هذا العنصر لا أقل من أن يكون المتعهد عالما بأن المشترط يشترط لمصلحة الغير [٣] . إذ تلك ارادة — أو على الأقل وصف لها — يجب اعلانه حتى يؤتى أثره .

ولئن كان هذا العنصر وهو يثير مسألة وقائع question de fait لا يجلى بوضع الضوابط فهو يجلى بضرب الأمثلة :

رب أسرة يستأجر مسكنا . ينتفع بهذا العقد أعضاء الأسرة ولكن لا ينشأ لهم حق مباشر فلا يقال ان رب الأسرة عند ما تعاقد انما اشترط لمصلحتهم [٤] .

صاحب مصنع يتفق مع طبيب على أن يعالج هذا الأخير العمال الذين يصابون فى مصنعه . ينتفع العمال بهذا الاتفاق ولكنه لا يولد حقا مباشراً لهم ضد الطبيب [٥] .

تأمين على سيارة فى شركة تأمين ضد الحوادث . لا ينشأ للمصاب بعقد التأمين حق مباشر قبل شركة التأمين إذ المؤمن انما قصد أن يغطى مسؤوليته [٦] .

---

(١) ديموج ، ٧ فقرة ٧٦٦ و ٧٦٧ — چوسران ، ٢ فقرة ٢٨١ — دى پاج ، فقرة ٦٥٤ ص ٥٩٩ .

(٢) على أنه يجب التحرز عند استنباط هذه الارادة . انما نشير بذلك الى أحكام المحاكم التى كثيرا ما تستخلص الاشتراط لمصلحة الغير فى صور لا تتوفر فيها عناصره فتخلط بينه وبين أوضاع أخرى — راجع فيما بعد حاشية ٦ .

(٣) ديموج ، ٧ فقرة ٧٦٧ ص ١٣٣ .

(٤) دى پاج ، ٢ فقرة ٦٥٤ ص ٥٦٠ .

(٥) چوسران ، ٢ فقرة ٢٨١ .

(٦) س م فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٢ ص ٣٨٩ وراجع س م فى ١٥ =

نعم ان بعض القوانين الأجنبية تقضى بهذا الحق المباشر للمصاب قبل الشركة بنصوص خاصة (قانون سنة ١٩٣٠ فى فرنسا) . ولكن حتى فى تلك الصورة لا يكون الحق المباشر تطبيقا لوضع الاشتراط لمصلحة الغير [١] .

شركة أراضى للبناء تقسمها وتبيعها للغير تشترط على المشترين شروطا من حيث ارتفاع البناء وأبعاده . هل يعتبر اشتراط الشركة هذه الشروط على كل مشتر من نوع الاشتراط لمصلحة الغير (المشترين الآخرين المجاورين) ؟ ما لم يعتبر هذا الاشتراط انشاء لحق ارتفاق [٢] فهو اشتراط لمصلحة الغير بالمعنى إذ الشركة قصدت بهذا الشرط انشاء حق للغير وهم مشترو القطع الأخرى وخلفاؤهم المشترون منهم . ويلاحظ أن المتعهد فى هذا الاشتراط هو كل مشتر اشترى من الشركة وفرض عليه هذا الشرط . أما خلفاء المشترين من الشركة فهم لا يلتزمون بمراعاة تلك الشروط الا اذا اشترط عليهم من جديد فى عقد البيع لهم أو اذا اعتبر الالتزام بمراعاة الشروط قد قبل منهم قبولا ضمنيا فى عقد البيع .

عقد من عقود المنافع العامة تشترط فيه الحكومة على ملتزم المنفعة العامة شروطا فى صالح جمهور المستهلكين بأن يخفض سعر النور مثلا . هذا اشتراط لمصلحة الغير (المستهلكين) فينتفع به حتى المستهلكون الذين تعاقدوا مع الشركة على أساس السعر القديم قبل تعديله إذ ينشأ لهم بهذا الاشتراط حق مباشر . تلك صورة من صور الاشتراط لمصلحة الغير لأن الحكومة انما تشترط هذا الشرط لمصلحة المستهلك مباشرة .

= يونيو سنة ١٩٣٢ المجموعة ٤٤ ص ٣٧٦ الذى قضى بأنه اذا كان المؤمن قصد أن يجعل للمصاب حق الرجوع على الشركة بالتعويض فيكون له قبلها دعوى مباشرة . وهذا الحكم قد أحسن وضع القواعد لأنه يعلق الحق المباشر على توفر العنصر الذى نحن بصدده ولكنه قد يكون محل نظر فى تقديره الموضوعى لتوفر هذا العنصر ، وراجع تعليق حامد زكى على هذا الحكم فى مجلة القانون والاقتصاد ، ٢ ص ٦٩٨ — راجع مع ذلك س م فى ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ المجموعة ٤٧ ص ٢٥٧ الذى قضى بحق المصاب اطلاقا فى الرجوع مباشرة على شركة التأمين .

(١) راجع فيما بعد المبحث الثانى ، فقرة ٢٦٢ .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٢١٠ .

٢٤١ — تلك هى العناصر التى تميز وضع الاشتراط لمصلحة الغير ونراها متوفرة فى الأمثلة العملية الآتية :

الهبة بشرط donation sub modo — بيع عقار يشترط فيه على المشترى ترتيب ايراد لشخص ثالث مدى حياته rente viagère — التأمين على الحياة لمصلحة الأولاد (دون وصفهم بالورثة) — تأمين صاحب المصنع على سلامة عماله — النص فى كتاب الشروط cahier des charges أى فى العقد بين الحكومة أو هيئة الادارة على العموم والمقاول على شروط لمصلحة عمال المقاول — عقد نقل البضائع عند ما يكون المرسل اليه شخصا آخر غير المرسل (المرسل يشترط فى عقد النقل لمصلحة المرسل اليه) — التأمين على البضاعة لمصلحة مالكها أيا كان — الاشتراطات التى ينص عليها فى عقد بيع المتّجر لمصلحة المستخدمين — الشروط التى يشترطها المؤجر على المستأجر فى عقد الايجار لمصلحة المستأجر اللاحق (اعداد الأرض للزراعة المقبلة عند انتهاء عقد الايجار) — اشتراط بائع العقار المرهون على المشترى سداد باقى الثمن الى الدائن المرتهن — ايداع مبلغ فى خزينة المحكمة لذمة شخص ثالث .

فى جميع هذه الصور ينعقد اشتراط لمصلحة الغير بالمعنى الدقيق ويترتب عليه حق مباشر للغير قبل المتعهد .

المطلب الثانى — فى حق المنتفع

٢٤٢ — تقسيم الموضوع .

٢٤٢ — ينحصر الأثر الأساسى للاشتراط لمصلحة الغير الذى يسبغ عليه مزاياه العملية فى أنه ينشىء حقا مباشرا لمصلحة المنتفع الذى لم يكن طرفا فى العقد ولم يتدخل فيه بأى وجه من الوجوه ولم يكن حتى خلفا لأحد أطرافه . كيف نفسر هذه النتيجة ؟ حار الشراح فى ذلك طوال القرن الماضى ولم يكن لمناقشاتهم فى هذا الصدد أهمية عملية ما دام نص المادة ١١٢١ يقضى صراحة بهذا الحق المباشر ، وان كان لها شأنها ولكن من الناحية الفقهية البحتة اذ هى قاصرة على التكييف القانونى لهذا الحق المباشر وتفسير ذلك الحكم الذى قضى به الشارع .

وسنتناول التكييف القانونى لهذا الحق ثم تعيين صاحب الحق ثم طبيعة هذا الحق وخصائصه .

§ ١ — فى التكييف القانونى لحق المنتفع

٢٤٣ — نظرية الايجاب وعيوبها ٢٤٤ — نظرية الفضالة والاعتراض عليها ٢٤٥ — التسليم بالاستثناء دون تفسيره . تفسيره بنظرية الارادة المنفردة . نقد هذا المذهب . التزام المتعهد التزام عقدى . تقرير الحق المباشر للمنتفع ليس الا تطبيقا لقواعد الارادة .

٢٤٣ — نستعرض مذاهب الفقه فى هذا الصدد .

قال البعض[1] بنظرية الايجاب offre . فعند ما يشترط المشترط لمصلحة الغير انما ينعقد عقدان متلاحقان : أحدهما بين المشترط والمتعهد ينعقد بقبول هذا الأخير ويترتب على هذا العقد نشوء الحق للمشترط ، ثم ينعقد عقد ثان بين المشترط والمنتفع يوجب فيه المشترط نقل هذا الحق للمنتفع وهذا العقد الثانى ينعقد بقبول هذا الأخير للاشتراط لمصلحته . لا غبار على هذا المذهب من الناحية الفقهية فهو يستعين بوضع قانونى مسلم به ألا وهو وضع العقد . ولكنه مجرح من الناحية العملية لأنه يؤدى الى نتائج تختلف عن تلك التى قصدها الشارع . ان وضع الاشتراط لمصلحة الغير يتميز بتنشئته حقا مباشرا للمنتفع ينشأ بمجرد انعقاد العقد بين المشترط والمتعهد دون أن يتوقف هذا النشوء على قبول المنتفع . نعم ان المنتفع له رفض الاشتراط لمصلحته كما للمشترط أن ينقض المنفعة التى قررها لمصلحة المنتفع فينقلها لنفسه أو لمنتفع جديد . ولكنه رغم ذلك حق ينشأ فى ذمة هذا المنتفع بمجرد انعقاد العقد . ونظرية الايجاب تؤدى الى نتائج مختلفة ، اذ يقضى منطقها بأن حق المنتفع يبقى معلقا حتى قبوله الايجاب الصادر من المشترط فاذا سقط هذا الايجاب بوفاة المشترط لما أمكن نشوء الحق فى ذمة المنتفع . والأمر كما رأينا على خلاف ذلك فى قواعد الاشتراط لمصلحة الغير حيث لا تحول هذه الوفاة دون نشوء الحق بل حيث تزيده تأكيدا اذ بها على الأقل ينقطع حق المشترط فى نقض الاشتراط .

---

(١) لوران ، ١٥ فقرة ٥٥٩ — ديمولومب ، ٢٤ فقرة ٢٤٨ .

كذلك يترتب على الأخذ بهذه النظرية أن حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه ، وهو الحق الذى يتلقاه المشترط فينقله الى المنتفع بايجاب جديد ، يقع فى ذمة المشترط ابتداء ويظل فيها حتى يقع قبول المنتفع . ومعنى ذلك أنه يقع فى الضمان العام لدائنى المشترط حتى يعلن المنتفع قبوله . وتلك نتيجة تخالف ارادة المتعاقدين ويظهر الضرر فيها فى حالة التأمين على الحياة على الأخص . فعند تأمين الشخص على حياته لمصلحة أولاده يصبح مبلغ التأمين ضمانا لدائنى المؤمن لهم التنفيذ عليه حتى يقع القبول من المؤمن لمصلحتهم فيشترك هؤلاء والدائنين فى استيفاء حقهم من مبلغ التأمين ويتعرضون بذلك لخطر اعسار المؤمن .

٢٤٤ — لذلك اتجه الفقه فى شبه اجماع الى استبعاد هـذا التفسير . فكيّف البعض وقوع الحق المباشر للمنتفع بالرجوع الى الفضالة . فالمشترط ان هو الا فضولى يعقد العقد لمصلحة المنتفع (رب العمل) والمنتفع ان هو الا رب العمل géré الذى يملك اقرار العقد ratification أو عدم اقراره ، فاذا أقره (بالقبول) وقع الاقرار بأثر رجعى ينسحب الى يوم اجراء التصرف أى الى يوم التعاقد بين المشترط والمتعهد . كل ذلك بالتطبيق لقواعد الفضالة . وبعد هذا الاقرار يكون المنتفع بمثابة الطرف الآخر للعقد أما طرفه الأول فالمتعهد . ذلك أن الفضالة تنقلب بالاقرار الى وكالة وينسحب الفضولى من التصرف كما ينسحب منه الوكيل وتتركز العلاقة بين رب العمل (المنتفع) ومن تعامل مع الفضولى (المتعهد)[1] .

بهذا التفسير يمكن دفع الأضرار التى تعرض لها النظرية السابقة : احتمال سقوط الايجاب بموت المشترط واعسار هذا الأخير . ولكنه تفسير لم يسلم بدوره من النقد . فعملية الفضالة مستقلة عن عملية الاشتراط لمصلحة الغير بل ان احداهما تطرد الأخرى[2] . ففى الفضالة لا يزيد الفضولى على أن يكون نائبا عن الغير ، رب العمل ، ان هو أحسن ادارة العمل . فاذا أقر الغير تصرفه سد بهذا مكان النقص

(١) لابيه ، تعليق فى سيرى ١٨٧٧ — ١ — ٣٩٣ و ١٨٨٨ — ٢ — ٤٩ — بنسون ، مقاله المشار اليه ص ٦٣٤ — بلانيول ، ٢ فقرة ١٢٢٢ .

(٢) جوسران ، ٢ فقرة ٢٨٠ و ٣٠٢ .

فى نيابته وأصبح حكمه حكم الوكيل وارتفعت يده عن العملية . أما فى الاشتراط لمصلحة الغير فان المشترط يشترط عادة لنفسه و ينفذ العقد لحسابه وهو الذى يوجه حق المنتفع فيكون له نقضه واسترجاعه لنفسه أو تحقيقه لآخر . وله أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته جميعا ، ما كان منها لمصلحته وما كان لمصلحة المنتفع . وليس الأمر كذلك فى الفضالة حيث تتضاءل شخصية الفضولى وتصغر . نعم ان الاشتراط لمصلحة الغير جائز — على الأقل فى القانون المصرى — على صورته المجردة عن أى اشتراط آخر . وفى تلك الصورة قد يزول الفارق بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير من حيث قيام اشتراطات أخرى بجانب الاشتراط لمصلحة الغير . على أنه حتى فى تلك الصورة يظل الفرق قائما بين الوضعين ، إذ الفضالة بحسب وضعها تقف عند حد الأعمال الضرورية ، أما صورة الاشتراط لمصلحة الغير المجرد عن أى اشتراط آخر فهى صورة أعمال نافعة ، ولعل الاشتراط لمصلحة الغير يكمل فى هذه الحالة مكان النقص فى الفضالة .

كل من العمليتين اذن مستقل عن الأخرى ، بل أن احداهما لا توجد الا حيث لا توجد الأخرى .

٢٤٥ — لذلك لم يجد جمهور الشراح المحدثين مناصا من التسليم بأن عملية الاشتراط لمصلحة الغير ان هى الا خروج عن نص المادة ١١١٩ وعن قاعدة قصور الانتفاع بالعقد على أطرافه . فالتعاقد بين المشترط والمتعهد يولد حقا مباشرا للمنتفع فى أن يطالب المتعهد بالمنفعة المقررة له فى العقد . وهذا الحق يتولد استثناء من القاعدة العامة [1] .

على أن هذا النظر لا يخرج عن أن يكون تقريرا للحكم constatation دون أن يتضمن تبريراً له أو تفسيرا [2] . و يظل السؤال بعد ذلك قائما دون جواب :

(١) لامبير ، فى رسالته ص ٧٠ وما بعدها — بوفنوار ، الملكية والعقد ص ٥٧٦ — بودرى ، الالتزامات ، ١ ، فقرة ١٥٤ و ١٦١ — سالي ، الالتزامات ص ٢٧٠ — كولان وكاپيتان ، ٢ فقرة ١٣١ — چوسران ، ٢ فقرة ٣٠٣ — السنهورى ، فقرة ٨١٥ — ديموج ، ٧ فقرة ٨١٨ — دى پاج ، ٢ فقرة ٦٩٧ — جودميه ص ٢٤٩ .

(٢) پلانيول ، ٢ فقرة ١٢٢٥ .

كيف نفسر وقوع الحق مباشرة للمنتفع الذى لم يكن طرفا فى العقد ؟

هل يكفى فى هذا الصدد أن نقف خاشعين أمام هـذا الحق المباشر فنقرر أنه انما نشأ استثناءاً من القاعدة العامة فلا حاجة لنا بعد ذلك لتفسيره ؟

لم يرتض فريق كبير من الشراح أن يقف من هذا الحق هذا الموقف . ان نشوء هذا الحق يتقرر نعم استثناءاً من قاعدة قصور حكم العقد ولكن ألا يكون تطبيقا لقاعدة عامة **أخرى** غير قاعدة القصور ؟ ليس ما يحول دون تقرير القانون قاعدة ما ثم تقرير استثناءات لها . على أن حكم الصنعة القانونية يقتضينا أن نستعرض القواعد العامة نستنطقها تفسيراً لهذا الاستثناء حتى نستنفدها جميعا .

لذلك يرى فريق كبير أن حق المنتفع انما يرد الى نظرية الارادة المنفردة[1] : لقد التزم المتعهد قبل المنتفع بارادته المنفردة ، وفى القواعد العامة ما يجعل للارادة المنفردة أن تنشىء الالتزام . ومتى قلنا ارادة منفردة خرجنا عن نطاق وضع العقد ونطاق القاعدة التى تقضى بقصور حكم العقد على أطرافه .

ولم يسلم هذا الرأى بدوره من المآخذ . فاعترض عليه البعض بأنه لو صح أن منشأ حق المنتفع هو الارادة المنفردة الصادرة من المتعهد لكان لهذا المتعهد — لا للمشترط — حق نقض الاشتراط وتحويله لآخر . وتلك نتيجة تخالف أحكام الاشتراط لمصلحة الغير المسلم بها[2] .

على أن هذا الاعتراض لا يصيب هذا المذهب فى موضع ضعفه . ان عيب هذا المذهب لا يقف عند مجرد عجزه عن تفسير الحق المباشر أو سوء تفسيره لهذا الحق بل العيب أجسم من ذلك . ان هذا المذهب وهو يحاول هذا التفسير **يقرر غير الواقع** . ان حق المنتفع والتزام المتعهد الذى يقابله لم ينشأ عن الارادة

---

(١) شامبو ، فى رسالته ص ١٠٨ — ورمز ، رسالته فى الارادة المنفردة ، باريس سنة ١٨٩١ ص ١١٤ — بودرى ، ١ فقرة ١٦١ — كولان وكاپيتان ، ٢ فقرة ١٣١ — جوسران ، ٢ فقرة ٣٠٤ — دى پاج ، ٢ فقرة ٦٦٧ .

(٢) السنهورى فقرة ٨١٥ .

المنفردة وانما هو قد نشأ عن **عقد**[١]، عن اجتماع ارادتين : ارادة المشترط وارادة المتعهد[٢]. لولا اجتماع هاتين الارادتين لما نشأ الالتزام ولا تقرر الحق . فلا يقبل بعد ذلك أن يقال ان الالتزام يصدر عن ارادة منفردة . ان المتعهد قد التزم قبل المنتفع (على الأقل فى معظم صور الاشتراط لمصلحة الغير) لأن المشترط قد التزم قبله ، والغرض من التزام المتعهد انما تحقق بصدور ارادة المشترط بالالتزام . واذا كان الاشتراط لمصلحة الغير ينبو عن القواعد العامة فهو لا ينبو عن القاعدة التى تقضى بلزوم ارادتين[٣] .

و بعد فالاشتراط لمصلحة الغير من حيث هو يقرر حقا مباشرا للمنتفع ان هو اذن الا استثناء من قاعدة قصور منفعة العقد على طرفيه . ولكن هذا الاستثناء تفسره القواعد العامة فى الارادة و بالذات قاعدة السبب ومبدأ سلطان الارادة . ان قواعد الارادة لا تحول دون أن يلتزم شخص لمصلحة آخر لم يظهر بعد ارادته بقبول هذا الالتزام[٤] . كل ما تستلزمه تلك القواعد العامة أن يكون لارادة الملتزم سبب ولا يتحتم أن يكون هذا السبب هو ارادة صاحب الالتزام . وفى الاشتراط لمصلحة الغير لارادة المتعهد سبب هو التزام المشترط قبله .

ولعلنا الآن نستطيع الاجابة على السؤال : كيف نفسر وقوع الحق المباشر للمنتفع ؟ فيكون جوابنا : هكذا أراد المتعاقدان ، المشترط والمتعهد . بل السؤال أسىء وضعه . أما وضعه السليم فهو الآتى : ما الذى يحول فى القواعد العامة دون اجتماع ارادة شخصين على أن ينشأ لثالث حق مباشر قبل أحدهما ؟ اللهم لا حائل يحول دون ذلك لا من القواعد التى ننتهى اليها من تحليل الارادة ولا من قواعد النظام

---

(١) راجع فى هذا المعنى سالي ، الالتزامات ، ص ٢٧٢ وما بعدها — السنهورى ، فقرة ٨١٥ .

(٢) تظهر أهمية ذلك بالنسبة للدفوع التى يكون للمتعهد أن يدفع بها مطالبة المنتفع ، راجع فيما بعد فقرة ٢٥٢ .

(٣) راجع فيما تقدم فقرة ٧٧ ص ١١٩ و ١٢٠ .

(٤) قارن لامبير ص ٥٧ وجودميه ص ٢٤٩ .

العام . لا حائل الا نص المادة ١١١٩ الذى صاغ القاعدة على وجه يجعل تقرير الحق المباشر للمنتفع استثناء لها . ولكن يبقى بعد ذلك أن حكم المادة ١١٢١ اذا كان استثناء من القاعدة التى قررتها المادة ١١١٩ وهى قاعدة خاصة فهو تطبيق لقواعد أعم منها وأشمل ألا وهى قواعد الارادة . وما ظهر حكم المادة ١١٢١ فى مظهر الاستثناء الا لأن الصنعة القانونية technique juridique التى اصطنعها الشارع جعلت الوحدة فى الالتزامات الارادية هى العقد بدلا من التعهد الارادى نفسه ، فاقتضى وضع العقد قصر منفعة العقد على هؤلاء الذين دخلوا فى دائرته أى المتعاقدين .

§ ٢ — فى تعيين المنتفع

٢٤٦ — الاشتراط لشخص غير معين بذاته ولكن قابل للتعيين . جوازه ٢٤٧ — الاشتراط لشخص مستقبل . الاعتراضات التى جعلت القضاء لا يجيزه ٢٤٨ — الرد على هذه الاعتراضات .

٢٤٦ — يكون تعيين المنتفع عادة فى نفس العقد الذى اشترط فيه لمصلحة الغير . ولكن ليس ما يمنع من أن يكون التعيين فى عقد لاحق هو فى الواقع جزء مكمل للعقد الأصلى . ويظهر هذا فى حالة نقض الاشتراط . فقد يشترط شخص لمصلحة شخص معين ثم يعود فينقض هذا الاشتراط ويجعل المنفعة لنفسه أو لشخص جديد . وهذا جائز كما سنرى ما دام يقع قبل قبول المنتفع .

ولكن هل يجوز أن يكون المنتفع شخصا غير معين بذاته indéterminé أو شخصا غير موجود حالا future أم لا بد من تعيينه حالا بذاته ؟

متفق على أن المنتفع يجوز أن يكون شخصا غير معين بذاته ما دام قابلا للتعيين . القابلية للتعيين تكفى اذن لصحة الاشتراط لمصلحة الغير . ولن يطالب بالمنفعة على أى حال الا شخص معين بذاته . ويظهر ذلك فى حالة التأمين لمصلحة مالك الشىء أيا كان ، فينتقل الشىء من يد ليد ويكون المنتفع هو مالك الشىء وقت تلفه فيكون له الحق فى المطالبة بمبلغ التأمين ، وفى حالة الاشتراط لمصلحة أوائل الخريجين من الجامعة مثلا . هؤلاء غير معينين وقت الاشتراط ولكنهم

قابلون للتعيين فهم يتعينون فيما بعد بنتيجة الامتحان .

أما اذا كان الاشتراط لمصلحة شخص غير معين وغير قابل للتعيين فهو غير جائز ، كالاشتراط لمصلحة الفقراء دون تعيين لهم بشروط معينة أو بمنطقة معينة .

٢٤٧ — أما الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل غير موجود حالا فقد احتدم فيه الخلاف . لا خلاف اذا كان المنتفع جنينا فى وقت الاشتراط فهو فى حكم الشخص الموجود[1] . ولكن الخلاف فى حالة الاشتراط لشخص غير موجود حالا . كيف نفسر نشوء حق حال مباشر لشخص لم يوجد بعد . ان هذا النشوء يصادف اعتراضات تقيمها القواعد العامة فى الحق :

لو أن حق المنتفع لا ينشأ الا بعد وجوده لما قام اعتراض ولكنه حق ينشأ بمجرد انعقاد العقد الذى اشترط فيه لمصلحة الغير فكيف ينشأ هذا الحق ولا صاحب له يتعلق به sujet de droit ؟ ان كل حق لا بد له من صاحب فاذا كان صاحب الحق لم يوجد بعد فالحق كذلك لم ينشأ بعد . تلك بديهية يقوم عليها منطق القانون طبق حكمها كثير من النصوص فالمادة ٧٢٥ من القانون الفرنسى تشترط لكى يكون الوارث أهلا للميراث أن يكون موجودا وقت وفاة المورث وعلى ذلك لا يرث من لم يكن مولودا أو جنينا وقت الوفاة . كذلك تقضى المادة ٩٠٦ بنفس الحكم بالنسبة للهبة والوصية . يجب أن يكون الموهوب له أو الموصى له مولودا أو جنينا وقت الهبة أو وقت وفاة الموصى . تردد القضاء الفرنسى ازاء هذه الاعتراضات فى اجازة الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل[2] . أما الفقه فهو لم يتردد فى اجازته . لم يتردد فى اجازة تأمين الشخص على حياته لمصلحة أولاده

(١) جوسران ، ٢ فقرة ٢٩٣ .

(٢) نقض فرنسى فى ٧ فبراير سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٧ — ١ — ٣٣٧ ، وفى ٢ يوليو سنة ١٨٨٤ سيرى ٨٥ — ١ — ٥ ، وفى ٨ فبراير سنة ١٨٨٨ سيرى ٨٨ — ١ — ١٢١ ، وفى ٧ مارس سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ — ١ — ٧٧ ، وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ — ٢ — ٣٧٧ ، وس م فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة ١٤ ص ٢٧ . ويلاحظ أن القضاء الفرنسى عندما لا يجيز نشوء الحق للأولاد الذين لم يولدوا يعتبرهم أشخاصا غير معينين لا أشخاصا مستقبلين ، راجع فى هذا جوسران ٢ فقرة ٢٩٥ وجودميه ص ٢٦٥ .

المولودين والذين يولدون فيما بعد[١] ، فتلك صورة عملية لارادة محمودة أخلاقيا نافعة اجتماعيا ، فلماذا لا تؤتى هذه الارادة ثمارها .

٢٤٨ — ان الاعتراضات السالفة الذكر تقتضى رب الأسرة أن يقصر التأمين على أولاده الموجودين حالا فاذا ما رزق طفلا جديدا التزم بتعديل شروط التأمين حتى يضمنها المولود الجديد . وقد يدركه الموت قبل أن ينهض لهذا التعديل بل قد يدركه وهو لا يعلم بالحمل الجديد . لماذا اذن نعطل ارادة المؤمن ، وكلها نفع ، لاعتبارات فنية مردود عليها :

ان كل حق لا بد له من محل objet وصاحب sujet . وما دام من المسلم به أن محل الحق يجوز شيئا مستقبلا فما المانع من أن يكون صاحب الحق شخصا مستقبلا[٢] . واذا كنا نسلم بأن الحق ينشأ للمنتفع باجتماع ارادة المشترط والمتعهد بغض النظر عن اعلان ارادة المنتفع فما المانع من نشوء هذا الحق بغض النظر حتى عن وجوده[٣] . اللهم ما فى قواعد المعقول ما يحول دون ذلك القياس . أما عن المنقول فان نصوص المادتين ٧٢٥ و ٩٠٦ من القانون الفرنسى تفسرها اعتبارات تاريخية لا محل هنا للافاضة فيها[٤] . وهى اذا استندت بجانب ذلك الى اعتبارات عملية فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة لحق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير : قد يبرر نصوص المادتين ٧٢٥ و ٩٠٦ ضرورة استقرار ملكية التركة وقطع كل بلبلة فيها ، والضرورة تقضى بأن يكون لأموال التركة مالك معلوم فلا ينتقل حق الملكية بالميراث أو الهبة أو الوصية الا لشخص موجود . أما فى الاشتراط لمصلحة الغير فنحن فى صدد حق شخصى لا تتجلى معه هذه الضرورة .

بل وأبين من هذا أن القانون الفرنسى القديم والمفروض أنه أقل تقدما

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ٦ فقرة ٣٦٨ — السنهورى فقرة ٨٠١ .

(٢) جودميه ص ٢٥٩ .

(٣) بلانيول وريبير واسمان ، ٦ فقرة ٣٦٨ .

(٤) راجع فى هذا جودميه ص ٢٥٩ وما بعدها .

من القانون الحالى كان يجيز الهبة بشرط يشترط لمصلحة شخص غير موجود[١] . والهبة بشرط ان هى الا صورة من صور الاشتراط لمصلحة الغير . بل والقانون الفرنسى نفسه يقضى بجواز نشوء الحق لشخص لم يولد بعد فى المواد ١٠٤٨ و١٠٤٩ و١٠٨٢ — بل والقضاء الفرنسى نفسه — وهو الذى ما زال يتردد ازاء الاشتراط لمصلحة شخص غير موجود — أجاز الهبة لشخص بشرط أن ينشىء فى المستقبل منشأة لها شخصية معنوية[٢] تقع لها المنفعة .

وأخيرا فان الاشتراط لشخص غير معين حالا ولكن قابل للتعيين ، وهو جائز حتى عند القضاء الفرنسى ، قد يكون فى بعض صوره اشتراطا لمصلحة شخص مستقبل[٣] : تأمين لمصلحة مالك الشىء أيا كان ، قد ينتقل الشىء الى مالك لم يكن ولد بعد وقت التأمين . تأمين صاحب المصنع لمصلحة عماله ضد حوادث العمل ، قد يكون من العمال المصابين المنتفعين بهذا التأمين من لم يكن موجودا وقت التأمين .

لا شىء اذن يحول دون الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل ولا شىء يحول دون نشوء الحق مباشرة وحالا لمصلحة هذا الشخص[٤] . والحق بعد لن يباشره الا شخص موجود .

نعم قد يكون فى تعليق الحق مدة طويلة أضرار يجب التأمل فيها ومعالجتها ، ولكن لا ينبغى من أجل ذلك أن توضع القاعدة العامة بحظر الاشتراط لمصلحة شخص غير موجود ، بل الأصل يجب أن يكون جواز هذا الاشتراط على أن تنظم أحكامه تنظيما تشريعيا . وقد تولى الشارع الفرنسى هذا التنظيم فى صدد أهم صورة للاشتراط لمصلحة الغير فأصدر فى سنة ١٩٣٠ قانونا ينظم أحكام عقد

---

(١) لامبير فقرة ١٤٨ .

(٢) نقض فرنسى ٥ أبريل سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٦ — ١ — ٢٢٥ ، و ١٨ أبريل سنة ١٨٩٩ سيرى ١٩٠١ — ١ — ٤٥٩ .

(٣) پلانيول وريپير واسمان ، ٦ فقرة ٣٦٨ .

(٤) چوسران ، فقرة ٢٩٣ وجودميه ص ٢٥٧ وما بعدها .

التأمين ونص فى هذا القانون صراحة على جواز التأمين على الحياة لمصلحة الأولاد المولودين والذين يولدون فيما بعد فأقال بذلك القضاء الفرنسى مما بقى له من تردد .

أما فى مصر فلم يصدر بعد مثل هـذا التشريع . على أن من أحكام المحاكم ما قضى باجازة الاشتراط لمصلحة شخص غير موجود حالا [1] .

§ ٣ — فى ميزات حق المنتفع

٢٤٩ — تعداد الميزات ٢٥٠ — (١) حق المنتفع حق مباشر لا يتوقف نشوؤه على قبول المنتفع أو اقراره ٢٥٠ مكرر — الاقرار لا ينشىء الحق ولكن يثبته . الاقرار عمل ارادى . رفض الانتفاع بالحق ٢٥١ — (٢) حق المنتفع قابل للنقض . أمثلة لحقوق أخرى تنشأ قابلة للنقض . حق النقض يكون للمشترط . النقض عمل ارادى . هل يسقط حق النقض بوفاة المشترط ؟ ٢٥٢ — (٣) حق المنتفع مستمد من العقد الذى اشترط فيه لمصلحته ٢٥٣ — (٤) حق المنتفع لا يجعل منه طرفا فى العقد ٢٥٤ — ملاحظة عامة .

٢٤٩ — يميز هذا الحق ميزات أربع : (١) فهو حق مباشر ينشأ للمنتفع بانعقاد عقد الاشتراط دون أن يتوقف نشوؤه على قبول المنتفع ، (٢) قابل للنقض revocable ، (٣) مستمد من عقد الاشتراط ، (٤) لا يجعل المنتفع طرفا فى العقد .

٢٥٠ — (١) حق المنتفع حق مباشر — المنتفع الحق فى أن يطالب المتعهد مباشرة بالمنفعة التى تقررت له . هذا الحق أنشأته ارادة المشترط والمتعهد ، ولذلك فالمفروض الرجوع الى هذه الارادة لرسم حدود هذا الحق . بل و يرجع الى هذه الارادة لتحديد وصف الحق نفسه ، هل قصد أن يترتب للمنتفع حق مباشر أم أن الأمر لا يعدو ايجابا يعرض لهذا المنتفع لا يرتب الحق الا بعد قبوله ومن تاريخ هذا القبول ، أم العملية فضالة تعرض نتائجها على رب العمل فاذا أقرها انقلبت الى وكالة . فى هذا كله قد تنقصنا الضوابط القانونية ، وعلة هذا النقص أننا فى صدد تفسير ارادة المتعاقدين وهى بطبيعتها مسألة وقائع تحكمها ظروف التعاقد وملابساته [2] . ولا سبيل لضبط هـذه المسألة وتنظيمها الا بفرض قرائن قانونية

(١) محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٢٩ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ١ ص ١١٨ ومحكمة طنطا الأهلية فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١٤٠ .

(٢) دى پاج ، ٢ فقرة ٦٧٩ .

يقدرها الشارع نفسه ، وهذا ما لم يفعل الشارع الفرنسى ولا الشارع المصرى ، فهما أطلقا الأمر ولا عنان له سوى القواعد العامة فى تفسير ارادة المتعاقدين . أما القانون الألمانى فبعد أن أطلق القاعدة فيما يشبه حكم القانونين الفرنسى والمصرى قضى فى المادة ٣٢٨ بجواز حصول المنتفع الأجنبى عن العقد على حق مباشر وبأن صفة هذا الحق المباشر تستفاد من الارادة الصريحة أو من ظروف العقد والغرض منه ، عاد فافترض أن ارادة المتعاقدين تتجه نحو انشاء هذا الحق المباشر فى حالة عقد التأمين[١] . ففيما عدا عقد التأمين تظل المسألة معروضة لتقدير القاضى لظروف العقد والغرض منه : هل قصد المتعاقدان انشاء حق مباشر للغير أم لم يقصدا هذا الانشاء . وحكم القانون الألمانى فى هذا هو نفس حكم القانونين الفرنسى والمصرى . أما فى عقد التأمين فالمفروض أن المتعاقدين قصدا تقرير الحق المباشر للغير ما لم ينص على غير ذلك . ولا أظن أن هذه القرينة القانونية التى قضى بها القانون الألمانى مما يعسر استخلاص حكمها باطراد من ظروف الواقع فى قوانيننا التى لم تقض بها .

هذا الحق المباشر الذى يتلقاه المنتفع يتذبذب بين القبول والنقض ، بين القبول من جانب المنتفع والنقض[٢] من جانب المشترط .

٢٥٠ مكرر — القبول أو الاقرار — على أن القبول لا ينشىء الحق وانما هو يثبته ويحول دون نقضه ، أو هو كما قال فى ذلك البعض[٣] « ان هو الا تنازل من جانب المنتفع عن رخصة faculté التنازل عن حق قائم » . ولذلك عمداً لم يستعمل الشارع الفرنسى فى المادة ١١٢١ ولا الشارع المصرى فى النص الفرنسى للمادة ١٩٨/١٣٧ لفظ القبول acceptation وهما فى صدد ارادة تثبت الحق ولا تنشئه[٤] ، بل استعمل الشارع الفرنسى عبارة « اعلان الرغبة فى الانتفاع

---

(١) سالي ، الالتزامات فقرة ٢٥١ وجودميه ص ٢٥١ .

(٢) راجع فى نقض الحق فيما بعد فقرة ٢٥١ .

(٣) لامبير فى رسالته ص ١٠٣ .

(٤) لامبير فى رسالته ص ٨٢ — بودرى ، ١ فقرة ٧٦٤ — ديموج ، ٧ فقرة ٨١٨ .

« déclarer vouloir en profiter » [١] واستعمل الشارع المصرى عبارة « confirmer أى الاجازة » . ولربما كان أصدق ما يعبر عن المعنى المقصود هو كلمة الاقرار ratification .

الاقرار لا ينشىء الحق اذ الحق قد نشأ من قبل بانعقاد العقد الذى اشترط فيه لمصلحة المنتفع . ولا عجب فى أن يحصل الشخص على حق قبل أن يعلن ارادته بقبوله أو اقراره فالأمثلة على ذلك عديدة فى نصوص القانون . فحقوق الوارث والموصى اليه انما تنشأ قبل أن يعلن صاحب الحق ارادته بالقبول [٢] . وحق رب العمل فى الفضالة ينشأ قبل أن يعلن ارادته بالاقرار .

ولذلك يرجع الحق الى العقد نفسه ولا يمر بذمة المشترط و يترتب للمنتفع من تاريخ هذا العقد حتى ولو كان تعيين المنتفع لاحقا على العقد نفسه بأن نقض حق المنتفع الأول وقرر الحق لمنتفع جديد كما يقع فى عقد التأمين . تلك هى القاعدة ولكنها ليست من النظام العام اذ أساسها تفسير نية المتعاقدين وتحكيم سلطان الارادة ، ولذلك فليس ما يمنع من أن تتجه الارادة الى تأجيل نشوء الحق أو تعليقه على شرط . كل ما فى الأمر يجب أن تكون هذه الارادة واضحة عند اتجاهها هذا الاتجاه . وقد يغلب عند ذلك أن يكون المقصود عملية أخرى خلاف الاشتراط لمصلحة الغير .

واذا كان الاقرار لا ينشىء حق المنتفع فهو يثبته فيحول دون نقضه . فهو حق ينشأ بالعقد ولكن قابلا للنقض ولا يحول دون نقضه الا هذا الاقرار .

والاقرار عمل ارادى ولذلك تنطبق عليه قواعد الارادة على العموم فيشترط فى المنتفع أهلية الأداء وقت الاقرار وان لم تشترط وقت نشوء الحق .

ولا يشترط فى الاقرار لكى تترتب عليه هذه الآثار شكل خاص ، فيجوز

---

(١) على أن الشارع الفرنسى عندما أصدر قانون التأمين فى سنة ١٩٣٠ استعمل لفظ القبول acceptation للتعبير عن ارادة المنتفع وأخذ عليه الكتاب عدم مراعاة الدقة فى التعبير (چوسران ، ٢ فقرة ٣١٥) .

(٢) دى پاج ، ٢ ص ٥٧٦ .

أن يكون صريحا أو ضمنيا . بل والملحوظ أن المحاكم تتوسع فى التسليم بالاقرار الضمنى توسعا قد لا يخلو من خطورة [١] . وهو يؤتى أثره حتى ولو لم يعلم به المشترط ، كما أن الحق ينتقل بوفاة المنتفع الى ورثته فيجوز صدور الاقرار من هؤلاء الورثة مثله فى ذلك مثل الحق فى الوصية وفى الميراث . وتلك نتيجه ترتبت على نشوء الحق من قبل الاقرار . ولو أنه كان ينقطع بوفاة المنتفع لما كان هناك حق نشأ وانما ايجاب معروض سقط بموت الموجب له .

وللمنتفع حق رفض الانتفاع بالحق . ومصير المنفعة بهذا الرفض يتوقف على نية المتعاقدين فى العقد الذى اشترط فيه لمصلحة الغير . فقد يستفيد بهذا الرفض المشترط نفسه أو ورثته كما هو الحال فى عقد التأمين أو المتعهد كما هو الحال فى عقد الهبة بشرط أو شخص ثالث اذا نص فى نفس العقد على أن الحق يتقرر لمنتفع آخر اذا رفض المنتفع الأول [٢] . وعلى العموم تنطبق فى حالة رفض الاقرار القواعد التى تنطبق فى حالة نقض الاشتراط .

٢٥١ — (٢) حق المنتفع حق قابل للنقض — يجوز للمشترط أن ينقض حق المنتفع . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١١٢١ . ولم يرد فى القانون المصرى نص مقابل ولكن أحكام المحاكم المصرية تسلم بهذا الحق [٣] . وقد حسمت المادة ١١٢١ خلافا كان قائما فى القانون الفرنسى القديم فى صدد هذا الحق [٤] .

وحق النقض يتعلق بالمشترط . تلك هى القاعدة العامة ولكن قد يستفاد من مجموع العقد أن النقض يضر بالمتعهد فيفهم من هذا ضمنا أن الطرفين (المشترط والمتعهد) قد قصدا تقرير الحق للمنتفع غير قابل للنقض أو أنه لا يقبل النقض الا

(١) دى باج ، ٢ فقرة ٦٨١ .

(٢) دى باج ، ٢ فقرة ٦٨٦ مكرراً .

(٣) س م فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة ٢٧ ص ٧١ — ١٠ مايو سنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٤١٥ — ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة ٣٠ ص ٢٢١ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة ٣٤ ص ١٦ .

(٤) لامبير فى رسالته فقرة ٧٤ .

بتوافق ارادة المشترط والمتعهد [١] .

وليس غريبا أن ينشأ الحق قابلا للنقض revocable فالهبة بين الأزواج فى القانون الفرنسى تنشىء للموهوب له حقا قابلا للنقض (المادة ١٠٩٦) وحق الموهوب له فى الشريعة الاسلامية ينشأ أصلا قابلا للنقض الا فى أحوال معينة ، والوصية تنشىء الحق للموصى له و يقبل هذا الحق نقضه من الموصى . وأى غرابة فى أن يكيف المشترط الحق كما يشاء وهو الذى أنشأه وكان فى استطاعته عدم انشائه [٢] . أى غرابة فى أن ينشئه قابلا للنقض ؟ والأمر كذلك سواء كان حق المنتفع هبة وهبه اياها المشترط بهذا الطريق غير المباشر (الاشتراط لمصلحة الغير) أو كان تقرير هذا الحق على سبيل المعاوضة ، كأن قصد المشترط بذلك تسديد دين للمنتفع قبله ، اذ فى هذه الحالة الأخيرة يؤتى النقض أثره ولكن فى نفس الوقت يبقى للمنتفع حق الرجوع على المشترط لاستيفاء حقه [٣] .

والنقض بعد عمل ارادى فتنطبق عليه قواعد الارادة على العموم فيجوز أن يقع صراحة أو ضمنا كما يترتب أثره حتى ولو لم يعلم به المنتفع . ويسقط الحق فى النقض بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا كما يسقط باقرار المنتفع اذ يترتب على هذا الاقرار تثبيت حق هذا الأخير . على أن المسألة ما زالت محكومة بارادة المتعاقدين فى عقد الاشتراط وقد يستفاد من ارادة المشترط أن الاقرار الذى يقع فى حياته لا يمنع حقه فى النقض . وقد يدل على هذه الارادة نفس ظروف العقد وطبيعته . ففى عقد التأمين على الحياة لمصلحة الأولاد أو غيرهم مفهوم أن يحتفظ المؤمن بحقه فى نقض حق المنتفعين وتعديل أحكام عقد التأمين طول حياته ورغم اقرار المنتفعين الذين عينهم فى أول الأمر [٤] .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ٦ فقرة ٣٥٨ وراجع نقض فرنسى ٣٠ يوليو سنة ١٨٧٧ سيرى ٧٨ — ١ — ٥٥ .

(٢) بلانيول ، ٢ فقرة ١٢٤٧ .

(٣) دى باج ، ٢ فقرة ٦٨٨ .

(٤) بلانيول وريبير واسمان ، الالتزامات ١ فقرة ٣٦٠ .

ولكن هل يسقط حق النقض بوفاة المشترط أم ينتقل هذا الحق للورثة ؟ قضت محكمة النقض الفرنسية بانتقاله للورثة [١] . على أن تقرير هذا المبدأ لا يخلو من خطورة على الأقل فى حالة التأمين على الحياة [٢] ، اذ قد يكون المنتفعون غير الورثة أو بعضهم دون البعض الآخر فاذا انتقل حق النقض للورثة لم يتحقق غرض المؤمن اذ الورثة ناقضون حتما حقا خص به مورثهم غيرهم . وقد يرد على ذلك بأنه ما على المؤمن الا أن ينص صراحة فى عقد التأمين على أن حق النقض لا ينتقل للورثة [٣] . وعلى أى حال لم تقرر محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ فى صدد حالة تأمين على الحياة . على أن الشارع الفرنسى نص صراحة فى المادة ٦٤ من قانون التأمين الصادر فى سنة ١٩٣٠ على أن حق النقض يكون للمؤمن أثناء حياته ولا يجوز للورثة استعماله بعد موته الا بعد حلول مبلغ التأمين وفى خلال ثلاثة أشهر من مطالبة المنتفع باعلان ارادته بالقبول .

ومصير الحق فى المنفعة بعد نقضه تحدده ارادة المتعاقدين فى عقد الاشتراط فقد يرجع للمشترط يصرفه كيف يشاء وقد يرجع للمتعهد أو لشخص ثالث أى لمنتفع جديد . وعلى أى حال لا يترتب على النقض وتحويل المنفعة لآخر زيادة التزامات المتعهد [٤] .

٢٥٢ — (٣) حق المنتفع مستمد من العقد الذى اشترط فيه لمصلحته — فهو كما رأينا لا يصدر عن الارادة المنفردة للمتعهد بل عن اجتماع ارادة كل من المشترط والمتعهد . هذه الارادة المشتركة هى التى تحكم وجود الحق وترسم حدوده [٥] . فهو اذن تابع لهذا العقد معقود مصيره بمصيره دائر معه وجودا وعدما . فاذا كان العقد باطلا امتنع نشوء الحق واذا فسخ العقد بعدم تنفيذ المشترط التزامه مثلا سقط

(١) ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيرى ٨٦ — ١ — ٤٢٢ .

(٢) جودميه ، الالتزامات ص ٢٥٦ .

(٣) جودميه ، المرجع السابق .

(٤) بلانيول ، ٢ فقرة ١٢٤٩ .

(٥) ديموج ، ٧ فقرة ٨١٢ .

حق المنتفع وجاز للمتعهد أن يسترد منه ما استولى عليه واذا لم ينفذ المشترط التزامه جاز للمتعهد أن يدفع مطالبة المنتفع بحقه بعدم تنفيذ المشترط لالتزامه ، أو بأى دفع آخر مستمد من العقد الأصلى [١] .

٢٥٣ — (٤) ترتب الحق للمنتفع لا يجعل منه طرفا فى العقد الذى انعقد بين المشترط والمتعهد — ان المنتفع صاحب التزام قبل المتعهد . ومصدر هذا الالتزام هو العقد الذى انعقد بين المشترط والمتعهد . ولكنه رغم ذلك لا يعتبر طرفا فى هذا العقد ، بمعنى أن الرابطة التى نشأت بمقتضاه بين المشترط والمتعهد لا تربط هذا المنتفع . كل ما فى الأمر أنه يترتب على انعقاد العقد نشوء الحق المباشر للمنتفع .

ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) لا تعتبر الأحكام الصادرة فى النزاع بين المشترط والمتعهد فى صدد العقد حجة على المنتفع فلا تكتسب فى مواجهته قوة الشىء المحكوم فيه [٢] .

(٢) اذا عدل العقد الأصلى فلا يعتبر هذا التعديل حجة على المنتفع الا اذا كان ثابت التاريخ طبقا لأحكام المادتين ٢٢٨ و ٢٢٩/٢٩٣ و ٢٩٤ [٣] .

(٣) لا يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالمقاصة بدين له قبل المشترط [٤] .

(٤) يجوز للمنتفع اثبات حقه بجميع الطرق اذ هو ليس طرفا فى العقد الذى انعقد بين المشترط والمنتفع [٥] .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ٦ فقرة ٣٦٣ .

(٢) ديموج ، ٧ فقرة ٨٠٩ ودى باج فقرة ٧٠٥ .

(٣) ديموج ، ٧ فقرة ٨٢٠ ثالثا . تظهر أهمية ذلك فى حالة صدور الاقرار من المنتفع . فاذا كان تاريخ التعديل ثابت الأسبقية فقد ينتفى حق المنتفع طبقا لنصوص التعديل .

(٤) ديموج ، ٧ فقرة ٨٠٥ .

(٥) دى باج فقرة ٦٩٨ — راجع بالنسبة للصورية وهى مسألة مختلف عليها ديموج ، ٧ فقرة ٨٠٢ و ٨٢٠ ثالثا ودى باج فقرة ٧٠٥ .

(٥) لا يجوز للمنتفع عند اخلال المتعهد بالتزامه أن يطلب فسخ العقد الذى اشترط فيه لمصلحته [١] .

٢٥٤ — نخلص من ذلك كله بأن حق المنتفع يخضع فى تكييفه وتحديده الى ارادة المتعاقدين فى عقد الاشتراط أى الى ارادة المتعهد والمشترط . فلهما أن يجعلا هذا الحق مباشرا أو غير مباشر فينتفى بذلك وضع الاشتراط لمصلحة الغير ، ولهما أن يجعلا هذا الحق مؤجلا أو معلقا على شرط ، قابلا للنقض أو غير قابل له ، وأن يعلقا هذا النقض على ارادة أحدهما أو كليهما وأن يحتفظا بحق النقض حتى بعد قبول المنتفع للمشترط طول حياته أو له وورثته (على ألا يؤ بد حق النقض) . كل ذلك بشرط عدم اصطدام هذا الاتفاق بالقواعد العامة المتعلقة بالنظام العام .

كما نخلص من ذلك بأن استخلاص هذا الاتفاق مسألة وقائع . وقد لوحظ فى هذا الصدد أن أحكام المحاكم تتأثر بصورة عقد التأمين فتستخرج قواعد الاشتراط لمصلحة الغير على أساس هذه الصورة مع أنها محكومة بقواعد خاصة يحسن أن يكون تنظيمها بطريق التشريع [٢] .

المطلب الثالث — فى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٢٥٥ — الاشتراط لمصلحة الغير عملية ثلاثية .

٢٥٥ — يسهل علينا بعد ذلك الكلام فى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير . ان الاشتراط لمصلحة الغير عملية ثلاثية فهى كما رأينا تتطلب ثلاثة أشخاص : المشترط والمتعهد والمنتفع . وهى من حيث أحكامها تولد علائق بين المشترط والمتعهد ثم بين المنتفع والمتعهد ثم بين المشترط والمنتفع . ونحن الآن نتناول هذه العلائق الثلاث . وسنرى أننا فى بيان هذه الأحكام انما نعقب على الأحكام التى تناولناها فى المطلبين السابقين .

---

(١) راجع فيما بعد فقرة ٢٥٧ .

(٢) دى پاج ، ٢ فقرة ٦٩٤ .

§ ١ — فى العلاقة بين المشترط والمتعهد

٢٥٦ — حق الفسخ وحق التنفيذ .

٢٥٦ — للمشترط قبل المتعهد ولهذا الأخير قبل المشترط حقوق والتزامات يحددها العقد الذى انعقد بينهما ، ويكفى فى تحديد هـذه الحقوق والالتزامات الرجوع الى القواعد العامة فى العقود التى تقرر لكل متعاقد فى عقد ملزم للطرفين حق الفسخ وحق التنفيذ عند اخلال المتعاقد الآخر بالتزامه . على أن العقد الذى انعقد بينهما انما يتميز بأنه يتضمن اشتراطا لمصلحة المنتفع الذى لم يكن طرفا فى العقد . وللمشترط حقوق قبل المتعهد بالنسبة لهـذا الاشتراط . هذه الحقوق تنشأ له بجانب حقه فى مطالبة المتعهد بتنفيذ ما التزم به مباشرة لمصلحته . بل قد لا يكون للمشترط حقوق شخصية تنشأ له بانعقـاد العقد وذلك فى الصور التى لا يكون الاشتراط فيها لمصلحة الغير محملا على عقد يقرر حقوقا شخصية لأطرافه فى مواجهة بعضهم البعض بل مستقلا ومجردا عن أى اشتراط آخر [١] مكونا وحده محل العقد .

هناك اذن حقوق للمشترط قبل المتعهد بالنسبة لتنفيذ الاشتراط لمصلحة الغير هى فى حاجة الى بحث خاص ، وهى تتلخص فى حق الفسخ وحق التنفيذ .

له دعوى الفسخ اذا أخل المتعهد بما التزم به قبل المنتفع . ذلك أن تنفيذ المتعهد هذا الالتزام ان هو الا سبب لتنفيذ المشترط لا لتزامه قبل المتعهد . فاذا لم يقع هذا التنفيذ أصبح تنفيذ المشترط لالتزامه بغير سبب فوجب الرجوع فيه [٢] .

وله كذلك قبل المتعهد دعوى يطالب فيها بتنفيذ التزام هذا الأخير قبل المنتفع . له أن يطـالب بالتنفيذ العينى فاذا كان هـذا التنفيذ مستحيلا فله أن يطالب بالتعويضات .

أما حقه فى المطالبة بالتنفيذ العينى فقـد أنكره البعض الا فى حالة وجود

---

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٢٣٦ .

(٢) اذا كان المشـترط لم يلتزم بالتزامات قبل المتعهد بأن كان الاشـتراط مجردا فلا محل للفسخ اذ الفسخ عبـارة عن رجوع فى تنفيذ التزام والتزام المشترط فى صورة الاشتراط المجرد لا وجود له .

مصلحة مادية له فى هذا التنفيذ [١] . ومردود على هذا الرأى بأن المصلحة الأدبية تكفى للمطالبة ، على الأقل فيما وصل اليه تقدم القانون الحالى . لذلك لم يسد هذا الرأى بل يكاد ينعقد الاجماع على تقرير دعوى التنفيذ للمشترط [٢] . وتقرير هذه الدعوى للمشترط ليس يستقيم فقط مع القواعد العامة بل انه الى جانب ذلك ذو فائدة عملية محسوسة فى بعض الصور . ففى عقود احتكار المنافع العامة تشترط الحكومة شروطا لمصلحة جمهور المستهلكين . وقد يعسر على المستهلكين مباشرة حقهم والمطالبة بتنفيذ هذه الشروط وهم يواجهون فى هذا خصما قويا لدودا . فلا أجدى من تقرير حق المطالبة بالتنفيذ للمشترط نفسه (الحكومة أو الهيئة العامة) وهى أقدر من الجمهور على تلك المطالبة [٣] .

أما عن الحق فى المطالبة بالتعويض فى حالة استحالة التنفيذ فالبعض يرى قصره على التعويض عن الضرر الذى يصيب نفس المشترط من جراء اخلال المتعهد بالتزامه قبل المنتفع [٤] . وهذا التحديد مفهوم اذا كان المشترط انما يطلب التعويض لنفسه . ولكن أليس يجوز للمشترط أن يطالب بالتعويض للمنتفع عن الضرر الذى أصاب هذا الأخير من جراء اخلال المتعهد بالتزامه ؟ ان المصلحة الأدبية التى كفت لكى تجعل للمشترط حق مطالبة المتعهد بالتنفيذ تكفى حتما لكى تجعل له حق مطالبة المتعهد بدفع التعويض للمنتفع [٥] .

§ ٢ — فى العلاقة بين المنتفع والمتعهد

٢٥٧ — للمنتفع حق المطالبة بالتنفيذ وليس له دعوى الفسخ . للمتعهد أن يتمسك بالدفوع المستمدة من العقد .

٢٥٧ — لا نزاع فى أن المنتفع له بمقتضى الحق المباشر أن يطالب المتعهد

(١) بلانيول ، ٢ فقرة ١٢٥٨ .

(٢) كولان وكاپيتان ، ٢ فقرة ١٣٥ — جوسران ، ٢ فقرة ٣١٨ — بلانيول وريبير ، ٦ فقرة ٣٦٤ — ديموج ، ٧ فقرة ٧٨٤ — السنهورى فقرة ٨١٤ — دى پاج فقرة ٧٠٠ — جودميه ص ٢٥٢ و ٢٥٣ .

(٣) السنهورى فقرة ٨١٤ وجودميه ص ٢٥٢ و ٢٥٣ .

(٤) دى پاج ، ٢ فقرة ٧٠٠ .

(٥) من هذا الرأى السنهورى فقرة ٨١٤ حاشية ص ٩١٠ .

بتنفيذ ما تعهد به لمصلحته وفى التعويض عن عدم التنفيذ . وله فى سبيل ذلك أن ينتفع بالتأمينات التى قدمها المتعهد فى عقد الاشتراط[١] مالم يتبين أن نية الطرفين فى العقد (المشترط والمتعهد) قد انصرفت الى جعل هذه التأمينات خاصة بالمشترط[٢] .

وللمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفوع التى يستمدها من العقد الذى اشترط عليه فيه لمصلحة المنتفع .

أما بالنسبة لدعوى الفسخ فهى لا تتقرر للمنتفع قبل المتعهد ، اذ هو لم يكن طرفا فى العقد[٣] ، وبتعبير أدق اذ دعوى الفسخ تفترض قيام التزامين على سبيل التقابل . والتزام المتعهد قبل المنتفع لا يقابله التزام يقع على عاتق هـذا الأخير فى مواجهته بل يقابله التزام المشترط قبل المتعهد . ولذلك يكون حق الفسخ للمشترط دون المتعهد .

§ ٣ — فى العلاقة بين المنتفع والمشترط

٢٥٨ — التفرقة بين الهبة والخدمة والمعاوضة .

٢٥٨ — لا ينشىء الاشتراط لمصلحة الغـير حقا أو دعوى للمنتفع قبل المشترط أو لهذا الأخير قبل المنتفع[٤] . ولـكن هـذا لا يمنع من أننا ازاء عملية ثلاثية ومن أن الحق الذى نشأ للمنتفع قبـل المتعهد انما ألقى به المشترط فى ذمة المنتفع — وهو اذ يلقى بهذا الحق قد يقصد الهبة أو أداء الخدمة أو المعاوضة — وبالقاء هذا الحق تترتب آثار قانونية .

---

(١) بلانيول وريبير ، ٦ فقرة ٣٦٣ وديموج ، ٧ فقرة ٨١٠ .

(٢) دى باج ، ٢ فقرة ٧٠٤ . وهناك خلاف بالنسبة لامتياز البائع والرأى الراجح أنه خاص بالمشترط فلا يضمن حق المنتفع فلا يجوز اذا اشترط فى عقد البيع سـداد باقى الثمن لدائن البائع أن ينتفع هذا الدائن بامتياز البائع (س م ١٥ مايو سـنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٤٢١) — وراجع فى هذا الخلاف بلانيول وريبير ، ٦ فقرة ٣٦٣ .

(٣) بلانيول وريبير ، ٦ فقرة ٣٦٣ — ديموج ، ٧ فقرة ٨١٠ — دى باج فقرة ٧٠٣ — السنهورى فقرة ٨١٩ .

(٤) دى باج ، ٢ فقرة ٧٠٦ .

قد يقصد الهبة وهى بهذا السبيل هبة بواسطة شخص آخر (المتعهد) donation par personne interposée فهى ما يسمى بالهبة غير المباشرة donation indirecte وهى على هذا الوجه معفاة من شرط الرسمية. ولكن اتخاذ هذا السبيل لا يعفى من الشروط الموضوعية فى الهبة [١]، فيشترط فى الواهب (المشترط) أهلية التبرع ويجوز له الرجوع فى الهبة بالتطبيق للقواعد العامة.

ولكى يكون هناك هبة يجب أن يكون المشترط قد انتقص من ماله أما اذا كان يؤدى خدمة للمنتفع على سبيل التبرع دون أن ينتقص من ماله فهو ليس بواهب [٢]. وعلى أى حال فالهبة قاصرة على القدر الذى انتقص من مال المشترط ولو زادت المنفعة التى أصابت المنتفع على هذا القدر. مثلا فى عقد التأمين على الحياة تكون الهبة قاصرة على قيمة الأقساط المدفوعة وان كان مبلغ التأمين يزيد عليها. ذلك أن حق المنتفع فى مبلغ التأمين ان هو الا نتيجة لوضع الاشتراط لمصلحة الغير وصنعته القانونية. فهو ليس نتيجة لمجرد الهبة من جانب المشترط. وتظهر أهمية ذلك فى الرجوع فى الهبة فبهذا الرجوع تعود الى ذمة المشترط الأقساط المدفوعة منه أما ما زاد عليها من مبلغ التأمين فيكون حقا للمنتفع [٣]. كما تظهر فى الدعوى البولسية التى يطعن بها دائن المشترط فى تصرفه [٤]. اذا نجحت هذه الدعوى عاد مبلغ الأقساط لا مبلغ التأمين الى ذمة المشترط ضمانا للدائن الطاعن.

وقد يقصد المشترط معاوضة: كأن يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير تسديد دين عليه لهذا الغير (المنتفع) نشأ لهذا الأخير بسبب قانونى سابق على الاشتراط لمصلحة الغير مستقل عنه. وفى هذه الحالة يعتبر ترتيب حق المنتفع (دائن المشترط)

---

(١) راجع س م فى ١٨ يناير سنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ١٦٣ — محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٨ يونيو سنة ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٧٦ رقم ٥٣٦.

(٢) راجع الصور المشار اليها سابقا فى فقرة ٢٣٦.

(٣) س م فى ١٨ يناير سنة ١٩١٧ المشار اليه.

(٤) س م فى ١١ فبراير سنة ١٩٠٠، المجموعة ١٢ ص ١١١ — وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦، جازيت ٧ ص ٤٨ رقم ١٣٦.

اعتياضا أى وفاء للدين بمقابل dation de paiement [١] ويترتب على ذلك انقضاء دين المنتفع قبل المشترط . كل ذلك بشرط أن يتبين من الاشتراط أن المقصود هو اجراء المعاوضة . وعبء اثبات ذلك يقع على المشترط فى حالة النزاع [٢] .

المبحث الثانى — فى الدعوى المباشرة [٣]

٢٥٩ — أمثلة للدعوى المباشرة ٢٦٠ — حصر صور الدعوى المباشرة ٢٦١ — حصر الدعوى فى منطقتها الفنية . استبعاد الصور التى تقضى فيها قواعد الاستخلاف وقواعد النيابة ٢٦٢ — الصور الباقية يجمعها جامع واحد هو فكرة الاثراء على حساب الغير دون سبب مفرغة فى قالب الامتياز . ضرورة النص الصريح .

٢٥٩ — هل هناك استثناء ثان لقاعدة قصور منفعة العقد على طرفيه ؟ هل هناك أحوال ينتفع فيها من العقد أجنبى عنه لم يكن طرفا فيه ولا خلفا لأطرافه فينشأ له حق مباشر يتكيف بنفس الكيفية التى رسمت له فى العقد ويرد مصدره اليه دون أن يكون فى العقد اشتراط لمصلحته ؟

نعم هناك أحوال يترتب فيها لأجنبى عن العقد دعوى مباشرة قبل أحد أطرافه ترد الى هذا العقد ولا نستطيع ادخالها فى وضع الاشتراط لمصلحة الغير : فالمواد ٤١٤ و ٥٠٦/٤١٥ و ٥٠٧ تقضى بأن المقاول من الباطن المستحق له مبالغ قبل المقاول الأصلى له أن يرفع دعوى على المالك الذى كلف المقاول الأصلى بالعمل يطالبه فيها بهذه المبالغ فى حدود المبالغ المستحقة على المالك للمقاول الأصلى . والمادة ١٧٩٨ فرنسى المقابلة تقضى بهذا الحق لعمال المقاول قبل المالك . كما تقضى المادة ٦٣٧/٥٢٠ بأن الموكل له دعوى مباشرة قبل نائب الوكيل .

---

(١) السنهورى فقرة ٨٢٣ .

(٢) دى باج ، ٢ فقرة ٧٠٩ .

(٣) **مراجع** — لابيه ، مقال فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٦ ص ٥٧١ — سولوس ، رسالة باريس سنة ١٩١٤ — دبراى ، رسالة باريس سنة ١٩٢٨ — بلانيول وريبير واسمان ، ٧ فقرة ٩٢٥ و ٦ فقرة ٣٣١ — ساقاتييه ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ٥٢٥ وما بعدها — ديموج ، ٧ فقرة ٩٨٩ وما بعدها — دى باج ، ٢ فقرة ٧١٣ وما بعدها .

ان الوضع الطبيعى كان يقضى بأن المقاول الأصلى يرجع على المالك بما له قبله طبقا لعقد المقاولة ، وأن المقاول من الباطن (وهو قد تعاقد مع المقاول الأصلى لا مع المالك) يرجع على المقاول الأصلى يطالبه بما له قبله طبقا لعقد المقاولة من الباطن . وللمقاول من الباطن أن يستعمل حقوق مدينه (المقاول الأصلى) قبل مدين هذا المدين (المالك) بطريق الدعوى غير المباشرة action oblique . على أنه باتخاذ هذا الطريق يتعرض لخطر اعسار مدينه (المقاول الأصلى) إذ ثمرة هذه الدعوى تقع فى ذمة هذا الأخير يشترك فيها جميع دائنيه .

أما الدعوى المباشرة action directe التى تقررت له قبل مدين مدينه ، أى المالك ، فهى تحميه من اعسار مدينه المباشر وتدرأ عنه اشتراك دائنيه معه ، إذ معنى الدعوى المباشرة رجوعه على مدين مدينه يقتضى منه التزامه فيختص بالمال دون اشتراك [1] . كذلك الموكل له الرجوع مباشرة على نائب الوكيل أى وكيل وكيله يطالبه بثمرة العقد الذى عقده مع الغير . والموكل بهذه الدعوى المباشرة يحمى من اشتراك دائنى الوكيل معه الذى كان لا بد يتحمله لو أنه استعمل حقوق مدينه الوكيل قبل مدين مدينه (نائب الوكيل) بطريق الدعوى غير المباشرة .

هذه أحوال نص فيها القانون على حق مباشر يكتسبه أجنبى عن العقد فيقتضى هذا الأجنبى أحد أطراف العقد تنفيذ الالتزام العقدى لمصلحته . ولا يقال ان هذه صور أو تطبيقات للاشتراط لمصلحة الغير . اذ لم يقصد المقاول الأصلى عند ما تعاقد مع المالك أن يشترط لمصلحة المقاول من الباطن بل وقد لا يعرض ذكر المقاولة من الباطن فى العقد . ومع ذلك فالحق المباشر مقرر للمقاول من الباطن فى جميع الأحوال . والأمر كذلك فى حالة الدعوى المباشرة التى تكون للموكل قبل نائب الوكيل .

لنحصر اذن الأحوال التى يكون فيها لأجنبى عن العقد هذه الدعوى

---

(١) راجع س م فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ المجموعة ١٣ ص ٢١٦ وفى ١٨ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٧ ص ٣٣٥ وفى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة ٣٢ ص ٢٤٢ .

المباشرة ولنبحث عن جامع يجمعها ولننظر فى تبرير هذا الخروج عن قاعدة قصور حكم العقد على طرفيه .

٢٦٠ — أما صور الدعوى المباشرة فهى كما يعرضها الفقه عادة تنحصر فيما عدا الحالتين المتقدمتين فى الصور الآتية [١] :

(١) يقضى القانون الفرنسى فى المادة ١٧٥٣ بأن المؤجر له الحق فى أن يقتضى مباشرة من المستأجر من الباطن الأجرة المستحقة عليه للمستأجر الأصلى مع أن المستأجر من الباطن تعاقد مع المستأجر الأصلى ولم يتعاقد مع المؤجر ، وليس المؤجر بخلف للمستأجر الأصلى .

(٢) يقضى قانون التأمين الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٣٠ كما يقضى القضاء المختلط بأن المصاب فى حادثة له الرجوع مباشرة على شركة التأمين التى أمن لديها المتسبب فى الحادثة [٢] .

(٣) استقر القضاء — فى فرنسا وفى مصر — على أن المشترى له اذا استحق المبيع للغير أن يرجع مباشرة على البائع الأصلى يطالبه بالضمان . الأصل أن حق الضمان يتقرر له قبل البائع الذى تعاقد معه . وله طبقا للقواعد العامة أن يستعمل حق هذا البائع قبل البائع الأصلى بطريق الدعوى غير المباشرة . ولكن القضاء يقضى بحقه فى الرجوع مباشرة على البائع الأصلى [٣] .

(٤) يقضى القضاء البلجيكى بأن مشترى البناء له أن يقتضى التعويض

---

(١) راجع دى باج ، ٢ فقرة ٧١٧ و ٧١٨ .

(٢) س م ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ المجموعة ٤٧ ص ٢٥٧ . وقد أتى هذا الحكم على خلاف قضاء سابق ، فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ (المجموعة ٤٢ ص ٣٨٩) بأن المصاب لا يكون له هذا الحق المباشر . ثم قضت فى ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ (المجموعة ٤٤ ص ٣٧٦) بأن المصاب لا يكون له هذا الحق الا اذا تبين أن المؤمن قد قصد بالتعاقد مع الشركة أن يقرر له هذا الحق ، أى اذا تبين من نصوص العقد أنه قصد أن يعقد اشتراطا لمصلحة المصاب . أما حكم سنة ١٩٣٥ فهو يطلق ولا يعلق دعوى المصاب على الشركة على قيام اشتراط لمصلحته .

(٣) راجع الأحكام المشار اليها فى فقرة ٢١٧ ص ٣١٧ حاشية ٢ .

مباشرة من المقاول والمهندس فى حالة حصول خلل فى البناء وهو على ملكه فى خلال عشر سنوات من اقامته[١] . لقد قضى القانون بهذا الحق للمالك الذى تعاقد مع المقاول أو المهندس (المادة ٤٠٩/٥٠٠/١٧٩٢) والمفروض أن مشترى البناء يكون له فى حالة سقوطه الرجوع على من باعه اياه بدعوى الضمان . كما يكون له أن يستعمل حق البائع فى الرجوع على المهندس والمقاول المقرر بمقتضى المواد المذكورة وذلك بطريق الدعوى غير المباشرة . والجديد فى الأمر أن القضاء المذكور يقضى لمشترى البناء بدعوى مباشرة قبل المهندس والمقاول فلا يشترك معه فى ثمرتها دائنو مدينه البائع .

٢٦١ — يرى البعض أن هذه الصور يجمعها جامع ، هو أنها جميعا تقضى بدعوى مباشرة يختص رافعها بثمرتها استثناء من قواعد الدعوى غير المباشرة action oblique التى تقضى أحكامها باشتراك دائنى المدين جميعا مع رافع الدعوى فى ثمرتها . ولذلك يغلب أن يتناول الشراح الكلام فى هذه الصور بعد تناولهم شرح الدعوى غير المباشرة[٢] . على أن هذا اذا صح تقريرا[٣] لحكم هذه الصور لا يصح تبريرا لها .

ويحسن قبل أن نحدد الجامع الذى يجمع هذه الصور التى تتقرر فيها دعوى مباشرة لمن لم يكن طرفا فى العقد قبل المدين فيه وقبل النظر فى التكييف القانونى لهذه الصور أن نحصر هذه الدعوى فى منطقتها الفنية . ان الشراح يقحمون تحت هذا الوضع الجديد صورا هى فى الواقع مردودة لأوضاع أخرى انتهينا من الكلام فيها . ان رجوع المشترى على البائع الأصلى بدعوى الضمان ورجوع مشترى البناء بدعوى التعويض على المهندس والمقاول اللذين توليا اقامته انما يكون بوصفهما خلفا

---

(١) نقض بلجيكى فى ٨ يوليو سنة ١٨٨٦ الباسيكريزى ١٨٨٦ — ١ — ٣٠٠ .

(٢) جوسران ، ٢ فقرة ٦٧٣ — السنهورى ، فقرة ٧٢٦ — ديموج ، ٧ فقرة ٩٨٩ وما بعدها .

(٣) حتى هذا التقرير محل نظر ، اذ الأسلم أن تعد الدعوى المباشرة خروجا عن قاعدة قصور حكم العقد على طرفيه . ومن هذا الرأى دى پاج ، ٢ فقرة ٧١٣ .

خاصا للبائع . ان المشترى يخلف البائع فى الشىء المبيع وفى الحقوق التى ترتبط بهذا الشىء وتزيد فى قيمته ومنافعه ولو لم تجر منه مجرى الملحقات القانونية . واذا كانت دعاوى الضمان قبل البائع الأصلى ودعاوى التعويض قبل المهندس والمقاول لاتعتبر من الملحقات القانونية بالمعنى الدقيق فهى من الحقوق التى ترتبط بالشىء وتزيد فى قيمته ومنافعه ، تنتقل الى المشترى أخذا بمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية و يتكيف انتقالها بالحوالة الضمنية[١] .

كذلك فان رجوع الموكل على نائب الوكيل انما تتكفل بتفسيره قواعد النيابة . فالوكيل الذى ينيب عنه الغير فى اجراء العمل القانونى الموكل فى اجرائه وليكن عقد بيع مثلا انما يقوم بهذه الانابة بعمل قانونى هو عقد توكيل النائب . واجراء هذا العقد داخل فى سلطته متى كان هـذا الوكيل مأذونا بالانابة فى عقد التوكيل[٢] . ونفس قواعد النيابة تقضى بأن العقود التى يعقدها الوكيل فى حدود سلطته تقع للأصيل الموكل . وتطبيق هذه القواعد على عقد الانابة تجعل الموكل الأصلى طرف هـذا العقد وتقضى بوقوع أحكام عقد الانابة لهذا الموكل فيكون النائب وكيلا عنه[٣] .

فاذا أجرى نائب الوكيل العمل القانونى المقصود بالتوكيل ألا وهو عقد البيع كان للموكل أن يطالبه مباشرة بتسليم الثمن اليه وذلك طبقا لأحكام عقد الوكالة الذى انعقد بينهما ومثّله فيه الوكيل .

٢٦٢ — أما الصور التى تبقى بعد ذلك فهى حقيقة صور الدعوى المباشرة التى لا ترد الى القواعد العامة التى سبق أن تناولناها (الاستخلاف والنيابة) و يعنينا

---

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٢١٧ ص ٣١٧ و ٣١٨ حاشية .

(٢) أما اذا لم يكن الوكيل مأذونا فى الانابة وفعل فان النائب يعتبر فضوليا . ومتفق على أن الدعوى المباشرة التى تكون للموكل قبل النائب فى هـذه الصورة تتوقف على اقراره عمل النائب . والاقرار انما يقلب الفضالة الى وكالة فتنطبق الأحكام المذكورة فى المتن .

(٣) راجع فيما تقدم فقرة ٥٠ .

الآن أن نبحث عن الجامع الذى يجمعها وأن نبين فى نفس الوقت تكييفها القانونى .

ان هذه الصور يجمعها جامع واحد ألا وهو فكرة الاثراء على حساب الغير enrichissement sans cause . ففى صورة المواد ٤١٤ و ٥٠٦/٤١٥ و ٥٠٧ لولا ما صرفه المقاول من الباطن من مال أو ما صرفه العمال من مجهود لما تم العمل أو لما قام البناء . فاذا لم نقل بالدعوى المباشرة لهؤلاء الأخيرين لاستفاد المالك من مجهود المقاول من الباطن أو العمال دون سبب فلا هو يدفع ما استحق للمقاول الأصلى ولا هذا الأخير يدفع ما استحق للمقاول من الباطن أو للعمال فى الوقت الذى يقع فيه للمالك ثمرة مجهود هؤلاء . وفى صورة المادة ١٧٥٣ فرنسى لولا أن قدم المؤجر العين للمستأجر الأصلى لما كان للمستأجر من الباطن أن ينتفع بالعين . فاذا لم نقل بالدعوى المباشرة لاستفاد هذا الأخير من فعل المؤجر دون سبب فلا هو يدفع ما استحق للمستأجر الأصلى ولا هذا الأخير يدفع ما استحق للمالك فى الوقت الذى تقع فيه للمستأجر من الباطن قيمة المنفعة[1] .

والحقيقة أن المواد المذكورة التى تقضى بالدعوى المباشرة انما تقرر حق امتياز للمقاول من الباطن على حق المقاول الأصلى قبل المالك (الصورة الأولى) وللمالك على حق المستأجر الأصلى قبل المستأجر من الباطن (الصورة الثانية) . وحق الامتياز نفسه قائم فى مجموعه على نفس فكرة الاثراء على حساب الغير . فالشارع انما يختار بعض صور من صور هذا الاثراء غير المشروع لا يقنع فيها بالقاعدة العامة بل يقرر لمن حصل الاثراء على حسابه حق امتياز على مقابل المنفعة التى تلقاها الغير دون وجه حق .

المهم أن انتفاع غير المتعاقد فى الصور المتقدمة بأحكام العقد أى تقرير

---

(١) كذلك الحال فى صورة المصاب فى حادثة يكون له الرجوع مباشرة على شركة التأمين التى أمن لديها الفاعل . وقد قضى بهذا الحق صراحة قانون التأمين الصادر فى سنة ١٩٣٠ فى فرنسا . أما فى مصر فلا نصوص فى هذا الصدد ولكن أحكام محكمة الاستئناف المختلطة قضت بالحق المباشر — فيما تقدم فقرة ٢٦٠ .

حقه المباشر فى أن يطالب المتعاقد بأن يخلى يديه من التزامه اليه مباشرة اذا وقع خروجا عن قاعدة قصر أحكام العقد على أطرافه فانما تطبيقا لقاعدة عامة أخرى لا تقل عنها شأنا ألا وهى قاعدة الاثراء على حساب الغير مفرغة فى قالب الامتياز مصاغة فى نص صريح .

وهذا يعنى أنه لا يجوز القياس على هذه الأحوال و بسط نطاقها [١] . انما يكون للشارع وحده أن يختار من صور الاثراء غير المشروع ما يحلو له أن يصبه فى قالب الامتياز و يقضى فيه بالدعوى المباشرة فى نص صريح . أما توفيقه فى هذا الاختيار فأمر آخر . لقد ذهب بعض الكتاب [٢] الى أنه كلما تلقى شخص حق دائنية اكتسبه على حساب خسارة لحقت دائنه كان لهذا الدائن حق امتياز على حق الدائنية المشار اليه . ذهبوا الى تقرير هذا الحكم واطلاقه قاعدة عامة لا تتقيد بنص صريح فى القانون . واجتهدوا فى تبريره ما وسعهم الفقه . على أن هذا المذهب يعيبه أنه يقرر حق امتياز دون نص ، والأصل أن الامتياز لا يكون الا بنص صريح .

المبحث الثالث — فى التوثيق عن الغير [٣]

٢٦٣ — قاعدة قصور حكم العقد على أطرافه مطلقة فى جانبها السلبى . التوثيق عن الغير ليس خروجا عن القاعدة ٢٦٤ — أمثلة عملية للتوثيق عن الغير ٢٦٥ — عناصر التوثيق عن الغير التى تعزله عن الأوضاع الأخرى ٢٦٦ — تطبيق أحكام القواعد العامة على التوثيق عن الغير ٢٦٧ — صور التوثيق عن الغير ٢٦٨ — أحكام التوثيق عن الغير . الأحكام العامة للتوثيق فى صورته البسيطة ٢٦٩ — أحكام الصور المركبة . أحكام الاقرار . الأثر الرجعى ٢٧٠ — أحكام التوثيق عن الغير المركب على عقد آخر .

---

(١) راجع س م فى ١٤ فبراير سنة ١٩٣٣ المجموعة ٤٥ ص ١٦٨ الذى يقضى بعدم تطبيق حكم النص على حالة من يورد مواد البناء للمقاول — وراجع كذلك بالنسبة للبنك الذى يمول المقاول للقيام بعمله س م فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٢٢١ .

(٢) لابيه ، المجلة الانتقادية ١٨٧٦ ص ٥٧١ وما بعدها و ص ٦٦٥ وما بعدها — كولان وكاپيتان ، ٢ فقرة ٦٦٨ .

(٣) **مراجع** — تامبواز ، رسالة ليل سنة ١٩٠٦ — دى بلومايز ، رسالة باريس =

٢٦٣ — تناولنا فى المبحثين السابقين استثناءات قاعدة قصور حكم العقد على أطرافه من حيث هى تقرر قصور منفعة العقد على هؤلاء الأطراف فكنا بصدد أجنبى عن العقد يصبح دائنا لأحد أطرافه وهو لم يدخل منطقة العقد ولم يعلن ارادته بقبول الانتفاع بحكمه . ونتناول الآن الجانب الآخر للقاعدة فنتساءل هل يجوز أن يصبح أجنبى عن العقد مدينا لأحد أطرافه بانعقاد هذا العقد دون أن يعلن ارادته بقبول الالتزام . لا نتردد فى المبادرة باقامة قاعدة قصور حكم العقد على أطرافه مطلقة فى جانبها السلبى ، فنقول انه لا يجوز أن يصبح الأجنبى عن العقد مدينا لأحد أطرافه فى أية صورة من الصور وان القاعدة لا استثناء لها من هذا الجانب . نعم ان الصلح مع التاجر المفلس تفرضه أكثرية الدائنين على أقليتهم ، فتضار الأقلية بهذا العقد بتخفيض الديون ، ولكن هذا الأثر لا يعنى أن الدائن الذى لم يوافق على الصلح بشروطه والذى لم يدخل منطقة العقد قد أصبح بهذا العقد مدينا لأحد أطرافه . كنا نكتفى اذن بالمبحثين السابقين لولا أن هناك وضعا قانونيا قد يلبس شبهة الاستثناء من هذا الجانب من القاعدة ألا وهو وضع التوثيق عن الغير convention de porte-fort وهى بعد شبهة تشف عما تحتها فتكفى النظرة الأولى لكى نتبين أن التوثيق للغير ان هو إلا محض تطبيق للقواعد العامة وأنه لا يتضمن أى خروج عن قاعدة قصور حكم العقد على أطرافه .

وكنا نتجاوز بعد تلك النظرة عن تناول أحكامه لولا أن تلك الشبهة قد جازت على الشارع الفرنسى فأقام التوثيق عن الغير استثناء من قاعدة قصور حكم العقد (راجع المادة ١١٢٠) ولولا أن القواعد العامة التى يثير التوثيق عن الغير تطبيقها فى حاجة الى بعض البيان والتحديد .

٢٦٤ — تعاقد زيد مع عمرو على أن بكرا يبيعه منزله (لعمرو) بمبلغ ألف جنيه . هذا التعاقد باطل لا أثر له مادام بكرا لم يوكل زيدا فى بيع المنزل .

= سنة ١٩٠٧ — ساڤاتييه ، مقال فى مجلة الموثقين ١٩٢٨ ص ٦١ و٩٣ — پلانيول وريپير واسمان ، ٦ فقرة ٤٩ وما بعدها — ديموج ، ٧ فقرة ٨٨١ وما بعدها — بولانجيه ، التوثيق عن الغير ، پاريس سنة ١٩٣٣ — دى پاج ، ٢ فقرة ٧٢٩ وما بعدها .

فلن ينشأ عن هذا العقد التزام بكر بالبيع وهو لم يعلن ارادته هـذا الالتزام ولا سبيل الى فرضه عليه رغما عنه . كذلك لن ينشأ عنه التزام زيد بالبيع وهو لم يتعهد شخصيا به . هـذا التعهد عن الغير باطل (١) اذن بطلانا تقضى به القواعد العامة . وهو على هذه الصورة المعروضة التى لا ترتب أثرا غير متصور الوجود فى العمل . لذلك يجرى العمل فى حالة التعاقد عن الغير على أن يلتزم المتعاقد شخصيا التزاما مستقلا عن التزام الغير . وبهذا نصل الى ما يسمى التوثيق عن الغير فيتعهد زيد فى المثال السابق بأن يحمل بكرا على قبول بيع المنزل . وبهـذا يلتزم زيد التزاما شخصيا محله الحصول على قبول بكر للبيع فيصح العقد وينشأ عنه التزام لا فى ذمة الغير (بكر) بل فى ذمة أحـد المتعاقدين (زيد) ولا تبرأ ذمة المتعهد الا بتنفيذ هذا الالتزام واذا أخل به نشأت مسؤولية العقدية . ولا يؤثر العقد فى عمرو الذى يظل له حق قبول البيع أو عدم قبوله . كل هذا يقع فى حدود القواعد العامة ولا يمس بأى وجه قاعدة قصور حكم العقد على طرفيه .

والتوثيق عن الغير عظيم الفائدة فى الحياة العملية . ومن أمثلته أن يملك عدة أشخاص عينا على الشيوع أحدهم غائب أو مريض أو ناقص الأهلية يبيعونها للغير ويتعهدون له بضمان قبول الغائب بعد حضوره أو المريض بعد ابلاله أو القاصر بعد بلوغه أو بضمان موافقة المجلس الحسبى حتى لا يتأخر العقد فى انتظار اتمام الاجراءات . أو ملاك على الشيوع أحدهم ناقص الأهلية يجرون القسمة ويتعهدون لمن يتردد منهم فى اجرائها بسبب نقص أهلية أحد المشتاعين بضمان قبول هـذا الأخير بعد بلوغه — وكيل يجرى عمـلا قانونيا لحساب موكله ولـكنه يتجاوز حدود الوكالة يتعهد لمن يتعاقد معه بضمان اقرار الموكل لهـذا العمل الخارج عن حدود الوكالة — مالك يبيع عينا مرهونة للغير يتعهد للمشترى بضمان قبول الدائن تقسيط الدين المضمون بالرهن .

٢٦٥ — عناصر التوثيق عن الغير — وعناصر التوثيق عن الغير التى

(١) راجع س م فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة ١٧ ص ١٥٣ وفى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة ٢١ ص ٦٦ .

تحدد منطقته تحديدا فنيا وتعزله عن غيره من الأوضاع تتلخص فى عنصرين :

أولا — يلتزم الموثق عن الغير بالتزام شخصى [١] . أما اذا كان يعقد الالتزام باسم الغير دون أن يلتزم شخصيا فلسنا أمام وضع التوثيق عن الغير ، سواء فى هذا كان له سلطة تمثيل الغير — بعقد وكالة مثلا — أو لم يكن : اذا عقد الالتزام باسم الغير وكان له سلطة النيابة عنه فنحن أمام وضع النيابة وأمام عقد طرفاه الأصيل والغير الذى يتعاقد معه النائب . واذا عقد الالتزام باسم الغير موهما أنه نائب عنه ولم يكن لديه سلطة النيابة عنه أو كانت نيابته قاصرة عن أن تشمل العقد الذى يعقده فالعقد لا يرتب أثرا فى ذمة أحد . قد يسأل من عقد العقد مغتصبا صفة النائب مسؤولية تقصيرية على اعتبار أنه غرر بآخر ولكنه لا يعتبر موثقا عن الغير ما دام لم يلتزم بالتزام شخصى . كذلك قد يلتزم الغير الذى يعقد العقد لمصلحته دون نيابة عنه بأحكام العقد طبقا لقواعد الفضالة اذا توفرت شروطها ، بأن كان العمل القانونى الذى يعقد لمصلحته من الأعمال الضرورية وكان الفضولى قد أحسن الادارة . ولكن لا يعتبر من عقد العقد موثقا عن الغير ما دام لم يلتزم بالتزام شخصى .

ثانيا — يلتزم الموثق عن الغير بحمل شخص على قبول عقد معين أو اقرار عقد يعقده هو لمصلحته دون نيابة عنه [٢] . فهو يلتزم دائما بفعل obligation de faire [٣] هو الحصول على رضا الغير أو اقراره . لا بأقل من ذلك ولا بأكثر . أما اذا كان يلتزم بمجرد السعى لدى الغير bons offices للحصول على اقراره فلسنا أمام وضع التوثيق عن الغير . ان هو الا التزام بالتوسط لدى الغير ينقضى اذا أثبت أنه بذل هذا المسعى . أما اذا كان يلتزم لا بضمان الحصول على رضا الغير وانما بتنفيذ هذا الغير للعقد فنحن أمام وضع الكفالة لا التوثيق .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ٦ فقرة ٤٩ — دى باج ، ٢ فقرة ٧٣٣ .

(٢) راجع فيما بعد فقرة ٢٦٧ بالنسبة لصور التوثيق عن الغير .

(٣) دى باج ، ٢ فقرة ٧٣٣ .

تلك هى حدود التوثيق عن الغير التى تميزه وتعزله عن الوكالة والفضالة والكفالة والوساطة . والتزام الموثق عن الغير لا ينقضى الا بالحصول على رضا الغير أو اقراره .

٢٦٦ — وهو بعد هذا التحديد يخضع للقواعد العامة فى العقود ، فعقد التوثيق عن الغير عقد باطل اذا كان الموثق يلتزم بحمل الغير على قبول التزام محله غير مشروع أو اقراره [١] . وهو بعد قد يتناول قبول الغير لالتزام بفعل أو بامتناع أو بنقل حق عينى . وقد يكون الموثق عنه شخصا معينا بذاته أو شخصا غير معين [٢] ، كشخص يتعهد بالحصول على عدد معين من المكتتبين فى شركة مساهمة [٣] أو من المشتركين فى مجلة . وهو لا شكل له وقد يستفاد التوثيق عن الغير ضمنا من نصوص العقد وظروفه [٤] ، ولكن بالتطبيق للقواعد العامة . فلا يجوز أن يقال بصفة عامة أنه كلما تعاقد شخص مع آخر وكان محل التعاقد التزام الغير فالعقد يتضمن توثيقا عن الغير . بل يجب أن يستفاد من ظروف العقد التزام المتعاقد بالحصول على رضا الغير وذلك بشكل واضح . فاذا لم تدل الظروف على ذلك فالمفروض أن المتعاقد قد قصد التزام الغير دون أن يلتزم هو شخصيا بضمان ذلك وبهذا يقع العقد باطلا [٥] .

٢٦٧ — **صور التوثيق عن الغير** — وينبغى أن نميز بين الصور المختلفة التى قد يصور فيها التوثيق عن الغير ، إذ لكل صورة أحكام تختلف عن الأخرى فالتوثيق قد يكون بسيطا بأن يتعهد الموثق للموثق له بالحصول على قبول شخص

---

(١) دى باج ، ٢ فقرة ٧٣٨ .

(٢) ديموج ، ٧ فقرة ٢٦٢ .

(٣) نقض بلجيكى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٠٩ الباسيكريزى ١٩٠٩ — ١ — ١٨٨ .

(٤) س م فى ٣١ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٤ ص ١٢٣ .

(٥) س م ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٧٣ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦ . ويرى بعض الكتاب أن التوثيق الصريح مطلوب متى كان هذا التوثيق محملا على عقد آخر — بولانجيه ، فقرة ٤٥ .

ثالث هو الموثق عنه اجراء عمل قانونى معين . وقد تتعقد هذه الصورة البسيطة بأن يتعاقد الموثق باسم الغير دون توكيل منه و يتعهد بالحصول على اقراره لهذا العمل . وقد تتعقد الى أكثر من هذا بأن يكون الموثق يجرى عقدا لمصلحته و يوثق عن أجنبى عن العقد له مصلحة مشتركة فيه فيجرى العقد عن نفسه و باسم الأجنبى دون توكيل منه متعهداً بالحصول على اقراره [١] .

٢٦٨ — أحكام التوثيق عن الغير — وسنبين أحكام التوثيق عن الغير فى صورته البسيطة ثم نتبعها بالأحكام الخاصة التى تترتب فى حالة الصور الأخرى .

يلتزم الموثق بالحصول على رضا الغير باجراء العقد على الوجه المعروض فى عقد التوثيق . وهو يلتزم بتحصيل هذه النتيجة فلا تبرأ ذمته باثبات أنه بذل ما وسعه الجهد فى سبيل تحقيق هذه النتيجة [٢] . ولكن تبرأ ذمته اذا أثبت أن عدم تنفيذ التزامه يرجع الى القوة القاهرة أو الحادث الجبرى [٣] ، إذ هو باثبات ذلك ينفى علاقة السببية بين فعله والضرر الذى أصاب الموثق له من عدم التنفيذ .

واذا حصل على قبول الغير انقضى التزامه فلا يسأل بعد ذلك عن تنفيذ الغير للالتزام لأن الموثق عن الغير ليس كفيلا وذلك مالم ينص فى عقد التوثيق على ضمانه للتنفيذ فيكون قد عقد فى الواقع عقدين : عقد التوثيق وعقد الكفالة .

وقبول الغير لا شكل خاص له الا اذا كان العقد الموثق عنه مما يتطلب فيه القانون الشكل الرسمى كالهبة أو الرهن [٤] فيتعين أن يكون قبول الموثق عنه ، اذا كان هو الواهب أو الراهن ، فى عقد رسمى . وفيما عدا ذلك يكون القبول صريحا أو ضمنيا . والقبول الضمنى يستفاد من الظروف كتنفيذ الموثق عنه للعقد بل قد يستفاد من مجرد سكوته اذا اصطحب هذا السكوت بظروف تدل

---

(١) قارن بولانجيه ، فقرة ٣ — دى باج ، ٢ فقرة ٧٤٢ .

(٢) راجع فيما بعد الباب الثالث بالنسبة للتفرقة بين الالتزام بمسعى والالتزام بتحصيل نتيجة .

(٣) ديموج ، ٧ فقرة ٩٠٠ .

(٤) بولانجيه ، فقرة ٨١٨ — دى باج ، ٢ فقرة ٧٤٩ .

على القبول . ومن أحكام المحاكم[١] ما يتشدد فى هذا الشأن دون موجب فيقضى بأن توقيع الموثق عنه على عقد التوثيق دون أن يبين ان كان وقع بصفته شاهدا أو قابلا لا يكفى دليلا على القبول ! !

ولا يؤتى القبول أثره الا اذا كان ايجاب الموثق له فى عقد التوثيق ما زال قائما . فاذا سقط الايجاب بسبب من أسباب سقوطه لم يمكن أن تترتب بالقبول العلاقة التعاقدية بين الموثق له والموثق عنه .

وللموثق له اثبات حصول قبول الموثق عنه بجميع طرق الاثبات ولا تعترضه فى هذا الشأن أحكام المادة ٢١٥/٢٨٠[٢] . ذلك أن الموثق عنه لم يكن طرفا فى عقد التوثيق فلا يجوز له التمسك بالنص المذكور .

واذا لم ينجح الموثق عن الغير فى الحصول على قبول الموثق عنه لزمته المسؤولية العقدية . ويتحول التزامه حتما الى التزام بالتعويض . فلا يجوز أن يعرض قيامه بالعمل الموعود به بدلا من الموثق عنه[٣] . واذا دفع هذا التعويض فهو لا يرجع به على الموثق عنه وذلك على عكس الكفيل الذى يكون له الرجوع على المدين المكفول[٤] .

أما الموثق عنه فله كامل الحرية فى قبول العقد الموثق به عنه أو عدم قبوله . ولا يمكن بطبيعة الحال اجباره على هذا القبول .

٢٦٩ — تلك هى الأحكام التى تترتب على التوثيق للغير فى صورته البسيطة بل وفى جميع صوره وهى جميعا لا تخرج عن تطبيق القواعد العامة ولا تمس قاعدة قصور حكم العقد على أطرافه . على أن تضاف اليها أحكام جديدة

(١) س م ١٤ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤٧ .

(٢) دى پاج ، ٢ فقرة ٧٤٩ .

(٣) المسألة متفق عليها اذا كان هناك اعتبار شخصى للغير الموثق عنه . وفيما عدا ذلك فهى مختلف عليها . والأصح أنها مسألة تتعلق بتفسير ارادة الموثق له — راجع بوفنوار ، الملكية والعقد ص ٥٧٦ — وراجع فى عرض الخلاف ديموج ، ٧ فقرة ٩٠٤ .

(٤) س م ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤١ — ٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٩٢ .

فى حالة التوثيق المركب .

فاذا كان الموثق عن الغير عقد العقد باسم الموثق عنه وتعهد بالحصول على اقراره كوكيل يتجاوز حدود التوكيل فيعقد العقد باسم الموكل و يتعهد بالحصول على اقراره اياه ratification فان الاقرار يحل محل القبول فى الصورة السالفة الذكر ولكن تجد لنا أحكام جديدة أهمها :

(١) أن الاقرار يكون له أثر رجعى بمعنى أن العمل القانونى الذى عقده الموثق عن الموثق عنه دون توكيل منه والذى تعهد باقرار هذا الأخير اياه يعتبر بحصول الاقرار منعقدا بين الموثق عنه والموثق له من تاريخ التوثيق و بهذا تتحول العملية الى وكالة . وليس فى ترتيب هذا الأثر الرجعى أى خروج عن القواعد العامة . اذ متى أقر الموثق عنه العمل القانونى الذى عقد باسمه ففى الاقرار معنى موافقته على عمل الموثق واستحسانه اياه ومما يطابق ارادته اجراء الأثر الرجعى للتصرف [١] . على أن هذا الأثر الرجعى قاصر على أطراف العقد الذى ينعقد بالاقرار أى بين الموثق له والموثق عنه . أما غير هؤلاء فلا يعتبر تاريخ العقد حجة عليهم الا من تاريخ الاقرار الثابت بوجه رسمى بل ومن تاريخ التسجيل اذا كان التصرف الموثق عنه ناقلا للملكية [٢] .

(٢) ان الموثق عنه وان لم يلتزم مبدئيا باقرار العقد قد يلتزم بأحكامه بالتطبيق لقواعد الفضالة اذا توفرت شروطها فيلتزم بقدر الفائدة التى لحقته من عمل الموثق [٣] .

٢٧٠ — تلك هى أحكام التوثيق اذا كان الموثق يعقد العقد باسم الموثق عنه دون توكيل منه . ونضيف اليها بعض الأحكام التى تترتب اذا كان الموثق عن الغير قد عقد العقد عن نفسه وعن غيره دون توكيل منه وبالتوثيق عنه . فى هذه

---

(١) دى پاج ، ٢ فقرة ٦٤٨ .

(٢) پلانيول وريپير واسمان ، ٦ فقرة ٥١ .

(٣) پلانيول وريپير واسمان ، ٦ فقرة ٤٩ ص ٦٤ — راجع مع ذلك بولانجيه فقرة ٦ ص ١٣ و ١٤ .

الصورة يبقى الموثق ملتزما بما تعاقد به عن نفسه أيا كان مصير التوثيق عن الغير أى سواء أقر هذا الغير اختيارا أو لم يقر ، التزم بأحكامه طبقا لقواعد الفضالة أو لم يلتزم . فمن يبيع حصته فى عين و يبيع حصة شريكه موثقا عنه لا يجوز له فى حالة عدم اقرار الشريك الرجوع فى بيع حصته . ولا يمس هذا بطبيعة الحال حق الموثق له فى فسخ العقد اذا كان فى تجزئته ما يذهب الغرض الذى تعاقد من أجله .

الباب الثالث
فى تنفيذ الالتزام العقدى

٢٧١ — موضوع الباب .

٢٧١ — تعقد آلاف الالتزامات العقدية فى الحياة العملية وتنقضى دون أن تعرض على القضاء . وما يعرض للقضاء أن يقول كلمته فيها الا عند ما يخل الملتزم بالتزامه أو يدعى الدائن ذلك فيطلب من القضاء أن يقضى فى مسؤولية المتعاقد . فتنفيذ الالتزام هو المرحلة التى تثير أكثر المنازعات بين المتعاقدين . والمنازعات التى تثيرها هذه المرحلة تفترض أن العقد قد انعقد صحيحا وان الالتزام العقدى قد تحدد . وهذا موضوع البابين السابقين . على أننا سنرى أن تحديد الالتزام على المعنى الدقيق يحكم الى حد كبير المسؤولية العقدية التى نتناولها فى هذا الباب . وجريا على الخطة التى التزمناها نمهد لهذا الباب بتصديره بالمبدأ العام الذى يحكم تنفيذ الالتزام العقدى ثم بتقسيم موضوع هذا الباب .

تمهيد لتنفيذ الالتزام العقدى

§ ١ — فى المبدأ الذى يحكم تنفيذ الالتزام العقدى § ٢ — فى تقسيم الموضوع .

§ ١ — فى وجوب تنفيذ العقود بحسن نية

٢٧٢ — تاريخ المبدأ . ازدياد أهميته باتساع تطبيقه فى أحكام المحاكم .

٢٧٢ — قضى بهذا المبدأ نص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى . وكما انتهى تطور القانون الى نشوء مبدأ الرضائية والى نبذ القاعدة الرومانية التى تقضى بأن الاتفاق المجرد لا يولد حقا ولا دعوى [1] ، كذلك انتهى هذا التطور الى اخضاع العقود جميعا الى وجوب تنفيذها بحسن نية . لقد كان

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٣٨ .

القانون الرومانى يفرق فى العقود والدعاوى بين عقود القانون الضيق stricti juris ، وهذه يلتزم فيها القاضى بالرجوع الى حرفها ونصها لا يتجاوزه الى البحث عن نية المتعاقدين ، وبين عقود حسن النية bona fides ، وهذه يجوز للقاضى أن يتقصى فيها النية الفعلية متجاوزا الألفاظ والنصوص التى استعملت فى التعبير عنها فيكشف عما يكون هناك من غش سترته الألفاظ وتحايل سبكته نصوص العقد .

أما فى القوانين العصرية فجميع العقود تخضع لمبدأ وجوب تنفيذها بحسن نية حتى العقود الشكلية . وعلى القاضى أن يتقصى بجميع الطرق الارادة الفعلية للطرفين أى الغرض الذى اليه يقصدان . ويبدو من ذلك أن هذا المبدأ انما يتعلق بتفسير العقد .

على أن القاضى وهو يلاحق هذه الارادة لا يقف عند استجلاء ما قصده الطرفان فعلا عند التعاقد . فقد تعرض منازعات عند تنفيذ العقد يقطع من يقضى فيها بأن الطرفين لم يتعرضا لحكمها عند التعاقد . وقد لا تسعفنا فى هذه المنازعات حتى نصوص القانون المتممة . والقاضى بعد ملزم بأن يقضى فى هذه المنازعات . فما الذى يهديه ؟ انما يهديه المبدأ الذى نحن بصدده . فالمفروض أن العقود تنفذ بحسن نية . وصيغة هذا المبدأ لا تتسع فقط الى تنفيذ العقود طبقا للغرض الحقيقى الذى رمى اليه الطرفان بل كذلك الى تنفيذها حسبما يقضى به العرف والأمانة والذمة فى المعاملات [1] . وفى هذا تقول المادة ١١٣٥ بأن العقود لا تلزم فقط بما ورد فيها بل كذلك بما ترتبه العدالة والعرف ونص القانون على طبيعة الالتزام .

فمثلا اذا باع تاجر متجره لآخر فعليه أن يمتنع عن القيام بأعمال التجارة التى تعنى منافسة المشترى والاضرار بتجارته ولو لم ينص عقد بيع المتجر على ذلك . تلك نتيجة ترتبها على طبيعة الالتزام العقدى الذى يسفر عنه عقد بيع المتجر أحكام العدالة أو الذمة أو العرف وان لم يرتبها نص القانون .

والمبدأ كما ترى متواضع العنوان . ويختفى هذا التواضع اذا استقرأت منه المعنى فى تطبيقات المحاكم . وحتى هذا العنوان المتواضع كثيرا ما يفسح الطريق

(١) راجع كولان وكاپيتان ، ٢ فقرة ٧٤ ص ٦٩ .

فى كتابات بعض الكتاب لأضخم الأسماء وأهيبها ، فلا يرتضون عنه بديلا أقل من اسم التضامن الاجتماعى solidarité sociale . تلك أسماء ضخمة ولكنها لا تعنى فى الواقع أكثر مما يعنى مبدأ حسن النية ولا تتسع لأكثر مما يتسع اليه .

يعرض لنا فى صدد هذا المبدأ مسألتان : الأولى — ما طبيعة دور القاضى فى تطبيق هذا المبدأ ؟ والثانية — ما أخذنا بمقياس مجرد ، الأمانة والذمة ، فى التزام نسميه ارادیا ؟ وسنتناول هاتين المسألتين ثم ننتقل بعد ذلك الى استعراض تطبيقات المحاكم .

١ — دور القاضى فى تطبيق المبدأ

٢٧٣ — المسألة الأولى : ما طبيعة دور القاضى فى تطبيق هذا المبدأ ؟ دوره يصطف الى جانب دوره فى تطبيق فكرة النظام العام ٢٧٤ — المسألة الثانية : ما أخذنا بمقياس مجرد فى التزام نسميه ارادیا ؟ الخروج عن قواعد الذمة والأمانة وحسن النية دون تعديل ميزان العقد يخالف النظام العام .

٢٧٣ — أما عن المسألة الأولى فأول ما نلاحظ أن نفس نصوص القانون المتممة انما يحكمها المبدأ الذى نحن بصدده . فالشارع يقضى فى هذه النصوص بحلول يستقيها مما تقضى به قواعد العرف والأمانة والذمة فى المعاملات . وهو يفترض دائما أن أطراف العقود انما يجعلون من هذه النصوص نبراسا ما داموا لم يتعرضوا لمخالفة هذه الحلول فى عقودهم . على أنه يسن هذه النصوص ولا يخاطب بها الناس خطاب الأمر أو النهى : هذا ما تقضى به الذمة والأمانة والعرف ولكنها ليست نصوصا يتعلق نفاذها على صورتها بالنظام العام . بمعنى أن الأطراف لهم الخروج عنها بنص صريح فى عقودهم ولا تعترض هذا الخروج مبادىء النظام العام اذ المفروض أن الطرف الذى خرجت لمصلحته نصوص العقد عن حكم نصوص الشارع انما قدم ضمن ما قدم للطرف الآخر منافع تقابل هذا الخروج : عقد بيع اتفق فيه على أن مصاريف المشال تقع على عاتق البائع خلافا لما تقضى به نصوص القانون المتممة من جعل هذه المصاريف على المشترى . الاتفاق نافذ والمفروض أن البائع عند ما قبل تحمل هذه المصاريف لم يرتض البيع الا بثمن

أعلا من الثمن الذى كان يرتضيه لو أن هذه المصاريف جعلت على عاتق المشترى .

على أن الشارع وهو يضع هـذه النصوص لا يمكنه أن يسن منها مجموعة كاملة ، اذ هناك من ناحية حد أدنى لما يجب أن تجتمع عليه ارادة المتعاقدين حتى ينعقد العقد وينشأ الالتزام . هذا الحد الأدنى لا يمكن أن تغنى عنه ارادة الشارع فى نصوصه المتممة فلا يمكن أن يتولى الشارع تحديد ثمن المبيع اذا اتفق الطرفان على تعيين المبيع دون تعيين الثمن ، ولا أن يحيل فى ذلك على العرف أو ثمن المثل[1] . ومن ناحية أخرى فانما الشارع يتعرض لأكثر المسائل وقوعا فى العمل أو لما يمكنه حصره منها . ويبقى بعد ذلك طائفة من هـذه المسائل لم يتعرض لها الشارع لأنها قليلة الوقوع فى العمل أو لأنه لم يستطع لسبب ما أن يحصرها أو لأنها لم تخطر فى باله أو لأنها جدت فى المعاملات بعد سن هـذه النصوص . والمبدأ الذى طبقه الشارع — مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية — ما زال قائما واجب التطبيق . وقصور الشارع عن تخصيص تطبيقه فى الحالات المغفلة أو المستجدة لا يعنى أننا نواجه فراغا لا سبيل الى سده ، بل القاضى يتولى ذلك بدلا عنه فى المنازعات التى تعرض عليه .

ودور القاضى فى هـذا السبيل انما يصطف الى جانب دوره فى مراقبة الأعمال القانونية من حيث مطابقتها لقواعد النظام العام وحسن الآداب أو عدم مطابقتها . فى هـذا الباب يقضى الشارع ببطلان العمل القانونى فى صور معينة يتألف منها مجموعة ليست فى ذاتها شاملة exhaustive بل يكملها القضاء بأحكامه . وكذلك الأمر فى وجوب تنفيذ العقود بحسن نية . ذلك مبدأ تخصصه المحاكم فى المنازعات التى تعرض أمامها مكملة فى هذا ما يفعله الشارع .

من أجل ذلك كله لم يكن هناك شك فى قيام حكم المادة ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى فى القانون المصرى وان لم يرد عنها نص صريح . فحكم هذه المادة

---

(١) هذا الحد الأدنى قد يختلف باختلاف نوع العقود . فالاجارة تنعقد ولو لم يقع الاتفاق على الأجرة ويتولى العرف تحديدها بأجر المثل (راجع السنهورى فى الايجار ، فقرة ١٣٢) .

انما ينهض أصلا من أصول القانون لا يقدم النص فى شأنه أو يؤخر ما دام هذا الأصل متغلغل التطبيق فى مختلف النصوص .

٢٧٤ — من الاجابة على المسألة الأولى تسهل الاجابة على المسألة الثانية . فالقاضى عند ما يجعل نبراسه تنفيذ العقود بحسن نية لا يعمل فقط على استجلاء نية الطرفين الفعلية بل يعمل على تكملتها أخذا بما يقضى به أحكام العرف والذمة والأمانة فى المعاملات ، ذلك أن المفروض أن المتعاقدين قد قصدا ذلك وان لم يعبرا عن الحكم الذى أخذ به القاضى . لقد كان فى طاقة المتعاقدين أن يخرجا عن هذه الأحكام ، والمفروض أنهما بهذا الخروج يعدلان ميزان العقد فتزيد المنفعة المقدمة لأحد المتعاقدين مقابلة لما سيفقده بهذا الخروج . فاذا لم يفعلا طبقت عليهما الأحكام التى يقضى بها العرف والذمة والأمانة . أما الخروج عن هذه الأحكام الأخيرة دون تعديل لميزان العقد وتقديم ما يقابل هذا الخروج من منافع فهو أمر لا يقره القضاء لأنه يعد مخالفا للنظام العام .

والحال لا يخرج بعد عن الصور الآتية : اما أن يكون الطرفان قد ارتضيا فعلا الأحكام التى سوف يطبقها القاضى وان لم تقض بها صراحة نصوص العقد وبهذا يكفيانا النزاع ويكون سكوتهما رضا فعليا بهذه الأحكام — واما أن يكونا قد ارتضيا أحكاما على خلافها والمفروض حتما فى هذه الحالة أنهما قد جعلا ميزان العقد متفقا مع هذا الوضع الجديد . وفى هذه الصورة تعمل ارادتهما متى أعلنت بأية صورة من الصور — واما أن يكون أحدهما قد ارتضى هذا الحكم ولم يرتضه الآخر دون أن يعلن كل منهما ارادته ، وفى هذه الصورة كان المفروض ابطال العقد للغلط لولا أن ارادة الطرف الذى أضمر فهم العقد على صورة تقع لمصلحته خروجا عن نصوص القانون المتممة دون أن يجعل للطرف الآخر مقابلا لما يفقده هذا من منفعة من جراء هذا الخروج انما هى ارادة مخالفة لقواعد النظام العام فتقع باطلة فى حدود هذه المخالفة ويجرد عنها العقد وبهذا تنفذ الأحكام التى يطبقها القاضى طبقا لقواعد الأمانة والذمة .

٢ — تطبيقات المحاكم

٢٧٥ — فكرة التعاون بين الدائن والمدين وفكرة الملحقات .

٢٧٥ — ولا يبقى بعد عرض هاتين المسألتين الا استعراض تطبيقات المحاكم لهذا المبدأ .

ان المبدأ يقضى بأن العبرة بالغرض الذى يرمى اليه المتعاقدان والمحاكم تغلب هذا الغرض حتى على نصوص العقد . فاذا كان عقد التأمين يفرض على المؤمن أن يقرر déclarer عن وقائع معينة ولم يقم المؤمن بالتقرير ولكن ثبت علم الشركة بالوقائع المطلوب التقرير عنها فلا يعد المؤمن مخلا بالتزاماته (١) .

على أن أمتع أحكام المحاكم فى هذا الشأن تلك التى صدرت تطبيقا لفكرة التعاون collaboration بين الدائن والمدين (٢) وهى الفكرة التى استخرجتها من مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية و بالذات تنفيذها طبقا لما تقضى به الذمة والأمانة فى المعاملات . وتلك التى صدرت تطبيقا لفكرة الملحقات .

فكرة التعاون collaboration

٢٧٦ — وجوب الاخطار عما يجد من حوادث وظروف أثناء تنفيذ العقد . ٢٧٧ — وجوب الامتناع عن التعسف فى استعمال الحق ٢٧٨ — وجوب الامتناع عن افشاء سر المتعاقد الآخر ٢٧٩ — تطبيقات أخرى ظاهرة فى أحكام المحاكم ٢٨٠ — على الدائن أن يهون على المدين تنفيذ التزامه ٢٨١ — وأن يعمل على تخفيف الأضرار التى تصيبه وعلى ألا يزيد كلفة المدين ٢٨٢ — على المدين أن يخضع لرقابة الدائن ٢٨٣ — واجبات المتعاقد المحترف .

٢٧٦ — من تطبيقات فكرة التعاون التزام كل من المتعاقدين بأن يخطر الآخر بما يجد من حوادث وظروف فى أثناء تنفيذ العقد يقع له العلم بها قبل الآخر أو دونه ولكن يعنى هذا الآخر العلم بها لتعلقها بتنفيذ العقد . فعلى المدين اخطار

---

(١) نقض فرنسى فى ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ — ١ — ٣٢٧ و ٦ يونيو سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٣ — ١ — ١٩١ — ديموج ، ٧ فقرة ٤ .

(٢) راجع ديموج ، ٧ فقرة ١٢ وما بعدها .

الدائن بالقوة القاهرة التى تؤخر التنفيذ . وعلى المؤمن أن يخطر شركة التأمين بالحوادث التى تزيد أخطار التأمين risque والتى تقتضى دفع قسط أكبر surprime مقابل تحمل الشركة تبعة هذه الأخطار (١) . وعلى مكتب الاستعلامات الذى يقدم المعلومات المطلوبة للعميل عن شخص معين أن يبادر باخطاره بالمعلومات المختلفة التى تصله بعد ذلك (٢) — وعلى الشركة التى تتعهد بصيانة المصعد الكهربائى أن تخطر المالك بالاصلاحات التى يستوجبها الاستعمال (٣) — وعلى شركة الاستيداع فى حالة حريق المخزن والبضائع أن تخطر مالك البضاعة بأن الخبراء قد قدروا بضاعته بأقل من قيمتها حتى يتخذ الاجراءات اللازمة لحفظ حقوقه (٤) — وعلى الدائن الذى يمهل مدينه أن يخطر الكفيل بذلك لعله يرجع على المدين طبقا لنص المادة ٦١٣/٥٠٣ و٢٠٣٩/٦١٤ (٥) — وعلى المستأجر أن يخطر المالك بحصول التعرض له فى ابتداء حصوله (م ١٧٢٦/٤٦٠/٣٧٥ و١٧٦٨) — وعليه كذلك أن يخطر المالك بما تستلزمه العين من اصلاحات أثناء الاستعمال (٦) — وعلى المستأجر كذلك أن يخطر المالك بأن العين على وشك السقوط ، اذا كان المالك مقيما فى بلد آخر (٧) — وعلى من طلب عربة سكة حديد لشحنها ببضاعة ، فأرسلت له

---

(١) نقض فرنسى فى ٤ أبريل سنة ١٨٨٧ سيرى ١ — ٢٦٠ — دالوز ١٨٨٧ — ١ — ٢٤١ . وقد صاغ الشارع الفرنسى هذه الحلول فى نصوص قانون التأمين الصادر فى سنة ١٩٣٠ (المادة ١٧) .

(٢) ديموج ، ٧ ص ٣٩ — ٤٠ .

(٣) محكمة باريس فى ٢٢ أغسطس سنة ١٩٣٠ جازيت دى پاليه ١٩٣٠ — ٢ — ٦٦٩ .

(٤) نقض فى ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ جازيت دى پاليه ١٩١٠ — ٢ — ٥٣٥ .

(٥) محكمة باريس فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت دى پاليه ١٩٣٠ — ٢ — ١٠٤٢ .

(٦) س م فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٢ ص ٢٥٨ .

(٧) نقض فى ١١ يناير سنة ١٨٩٢ ، دالوز ١٨٩٢ — ١ — ٢٥٧ وتعليق پلانيول ومحكمة باريس فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٨ ، جازيت دى پاليه ، ١٩٢٩ — ١ — ٣٨١ .

الشركة عربة فى حالة سيئة ، عليه اخطار الشركة بذلك قبل شحن البضاعة[١] — وعلى العميل الذى يكلف سمسار البورصة اجراء عملية معينة فى البورصة فأجراها على خلاف التعليمات أن يبادر باخطاره بخطئه حتى يغطى هذه العملية بغيرها فى جلسة البورصة التالية [٢] — وعلى مشترى السيارة التى ضمن بائعها متانتها لمدة معينة أن يبادر باخطار البائع بعدم صلاحيتها اذا وجدها غير صالحة حتى يثبت فى مواجهته هذه الحالة[٣] — وعلى من باع كمية معينة من القطن محددة بعدد القناطير ولكن بوصفها ناتجة من زراعة أرضه أن يخطر المشترى فى الوقت المناسب اذا كانت الكمية المنتظر الحصول عليها من الزراعة بعد نبات المحصول أقل من الكمية المتعهد بها وذلك حتى يراقب المشترى صحة العجز المدعى به فى المحصول الناتج وحتى يدبر أمره بتغطية مركزه بشراء ما يقابل العجز . و إلا تحمل البائع الشرط الجزائى المنصوص عنه فى العقد فى حالة عدم تسليم الكمية كاملة [٤] .

٢٧٧ — كذلك من تطبيقات فكرة التعاون وجوب امتناع المتعاقد عن التعسف فى استعمال حقه عند تنفيذ العقد . فعلى المتعاقد أن يمتنع عن أن يستعمل حقه أو عن أن يختار وجها لاستعماله دون غيره لا لشىء الا لقصد الاضرار بطرف العقد الآخر . هذا مبدأ عام ينطبق على العقود وغيرها . وتطبيقه على تنفيذ العقد انما يدخل فى حيز فكرة التعاون .

فلا يجوز فى شركات المساهمة أن تقترع فئة من المساهمين تجتمع لها الأكثرية على تدبير فى مصلحة هذه الفئة ضار بمصلحة الشركة نفسها [٥] — واذا نص فى عقد الايجار على أن المستأجر لا يجوز له أن يؤجر العين من الباطن الا اذا اعتمد

---

(١) محكمة كان فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ مجلة القانون فى ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ .

(٢) باريس فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٨ ، دالوز ١٩٠٩ — ٢ — ٣١١ .

(٣) س م فى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٣ ص ٤٢٥ .

(٤) س م فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٣ ص ٩٩ .

(٥) محكمة السين فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ چورنال الشركات سنة ١٩٢٥ ص ٥٠٩ — ديموج ، ٧ فقرة ٢٣ .

المؤجر شخص المستأجر من الباطن فعلى المؤجر ابداء أسباب رفضه هذا الاعتماد وللقاضى مراقبة هذه الأسباب وتقدير وجاهتها [١] — وكذلك الحال اذا نص فى العقد على أن المستأجر لا يجوز له اجراء تعديلات فى العين الا بموافقة المالك [٢] — واذا كان للمدين مهلة لتنفيذ التزامه وأمكنه القيام بالتنفيذ قبل انتهاء المهلة فلا يجوز له الامتناع عن التسليم بدون مسوغ [٣] — واذا اتفق فى العقد على اعفاء البائع من المسؤولية عن التأخير فى التسليم فلا يعمل بهذا الاعفاء اذا تبين أن البائع انما استند على هذا الاعفاء بقصد الاضرار بالمشترى [٤] — واذا كان عقد التأمين يقضى بسقوط حق المؤمن déchéance اذا لم يرفع الدعوى فى ميعاد معين فلا يعمل بهذا النص اذا كانت شركة التأمين قد جعلت تسوف فى مفاوضة المؤمن بقصد تفويت الميعاد عليه [٥] .

ويتصل بذلك نص المادة ١٢٤٦ مدنى فرنسى التى تقضى بأنه اذا كان محل الالتزام شيئا لم يعين الا بنوعه فالمدين لا يلتزم الا باعطاء شىء من الصنف المتوسط [٦] .

٢٧٨ — كذلك تقضى فكرة التعاون بوجوب امتناع المتعاقد عن افشاء

---

(١) محكمة باريس فى ٤ يوليو سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص ٦٥٧ وليون فى ٥ يونيو سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص ٥٢١ — وليون فى ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ سيرى ١٩٢٦ — ٢ — ١٣ — راجع فى التفرقة بين الشرط المانع من التأجير من الباطن clause prohibitive وشرط اعتماد المستأجر من الباطن clause d'agrément كتاب چوسران فى نسبية الحق فقرة ١٢٩ .

(٢) نقض فى ١٨ مايو سنة ١٩٢٥ سيرى ١٩٢٦ — ١ — ٢٠٠ .

(٣) نقض فى ٢٢ يوليو سنة ١٨٨٤ جازيت دى پاليه ١٨٨٥ — ١ — ٨٧ .

(٤) محكمة ليموج فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت دى پاليه ١٩٢٦ — ١ — ٤٩٥ .

(٥) محكمة السين التجارية فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه ١٩٢٩ — ٢ — ٣٦ .

(٦) راجع كولان وكاپيتان ، ٢ فقرة ٧٤ ص ٦٨ .

صر المتعاقد الآخر الذى هيأ له العقد الاطلاع عليه . فلا يجوز للبنك أن يطلع الغير على مقدار المبالغ أو السندات التى أودعها لديه عميل معين [١] . ولا يجوز للكاتب فى مصنع أن ينقل من دفاتر المصنع التى يتداولها أسماء العملاء تمهيدا لبيع كشف الأسماء لمصنع منافس أو لاستعمالها بنفسه فى منافسة المصنع [٢] .

٢٧٩ — على أن أظهر ما تقضى به فكرة التعاون بين الدائن والمدين ما تفرضه على الدائن من أن يهون على المدين تنفيذ التزامه ، وأن يعمل على وزع الضرر الذى يلحقه (يلحق الدائن) من عدم التنفيذ أو التأخير فيه وملافاته بقدر الامكان ، وأن يعمل كذلك على ألا يزيد تكاليف المدين عند تنفيذ الالتزام — وما تفرضه على المدين من الخضوع لرقابة الدائن عند تنفيذ الالتزام حتى يطمئن هذا الى وقوع التنفيذ طبقا لأحكام العقد . وأخيرا ما تفرضه تلك الفكرة على المتعاقد المحترف professionnel من واجب تنبيه المتعاقد الآخر الى ما يجهله بحكم كونه غير محترف .

٢٨٠ — على الدائن أن يهون على المدين تنفيذ التزامه : ومن أحكام المحاكم فى ذلك أنه اذا عرض المدين على الدائن مبلغ الدين المتنازع عليه فرفضه الدائن باعتباره عرضا غير كاف فعلى الدائن أن يقدم حسابا بدينه وأن يحدد المبلغ المطلوب [٣] — وأن مؤلف الكتاب عليه القيام بتصحيح التجارب (البروفات) والتأشير عليها باجازة الطبع وإلا فلا تسمع منه الشكوى ضد الناشر بسبب الأخطاء المطبعية [٤] — وأنه فى العقد بين الممثل وصاحب المسرح على هذا الأخير أن يضع

(١) چوكار ، ايداع السندات فى البنوك ، رسالة پاريس سنة ١٩٠٧ ص ٥٩ — ديموج ، ٧ فقرة ٣٠ .

(٢) پاريس فى ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ جازيت دى پاليه ١٩٠٤ — ٢ — ٤٥٨ ومحكمة السين التجارية فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت دى پاليه ١٩٢٦ — ١ — ٤٠١ وقارن نقض ٢ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ — ١ — ٢٤ .

(٣) س م فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة ٤٢ ص ٥٩ .

(٤) محكمة السين فى ١٥ أبريل سنة ١٨٦٣ ومحكمة پاريس فى ١٤ فبراير سنة ١٩٠٨ ، ديموج ، ٦ ص ٢٤ .

المسرح تحت تصرف الممثل للقيام بالتجارب (البروفات) وتحديد مواعيدها[١] . وعلى العموم فى كل عقد عمل على صاحب العمل أن يقدم للعامل ما يلزم لهذا الأخير للقيام بعمله[٢] — وأن شركة السكة الحديدية التى عليها بمقتضى العقد أن تزن البضاعة بمجرد وصولها ليس لها أن تشتكى من بقاء البضاعة دون استلام والمطالبة بأجر التخزين (الأرضية) اذا كانت قد تأخرت فى القيام بوزن البضاعة[٣] — وأن من كلف آخر باقامة بناء لا تسمع منه الشكوى من عدم اقامته اذا كان هو لم يقم من ناحيته بتحديد مكان اقامة البناء[٤] .

٢٨١ — كذلك على الدائن أن يعمل على وزع ما يلحقه من ضرر تخفيفا لمسؤولية المدين : فمن اشترى آلة من الآلات ضمنها البائع لمدة معينة لا يجوز له الرجوع بالضمان اذا كان تلف الآلة يرجع الى عدم قيامه باصلاحات بسيطة كان من شأنها منع الضرر[٥] .

وأن يعمل على ألا تزيد كلفة المدين : فاذا تأخر المدين عن التسليم فى الميعاد فعلى الدائن أن يبادر بالمطالبة بالتنفيذ وألا ينتظر حتى يحل الوقت الذى يصبح فيه التنفيذ أشد كلفة[٦] — واذا تخلف الدائن عن الحضور فى الميعاد الذى حدده لاعطاء التعليمات للمدين فلهذا الأخير أن يطالب بمصاريف سفره لمكان الميعاد[٧] — وأنه اذا لم يحدد صاحب البضاعة طريقا معينا للنقل فعلى مصلحة

---

(١) محكمة چنوا فى ٨ أبريل سنة ١٩١٠ ومحكمة روان فى ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٠ ديموج ، ٦ ص ٢١ .

(٢) ديموج المرجع السابق .

(٣) نقض فرنسى فى ٢١ اكتوبر سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ — ١ — ١٢ .

(٤) ديموج ، ٦ ص ٢٠ .

(٥) محكمة السين فى ١٧ فبراير سنة ١٨٩١ مجلة القانون ١٧ مارس سنة ١٨٩١ .

(٦) س م ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة ٣٨ ص ١٨٥ .

(٧) ديموج ، ٦ ص ٢٠ .

السكة الحديدية أن تنقلها بأقرب طريق حتى لا تزيد الكلفة[١] — وأنه اذا طلب من شركة الكهرباء توصيل التيار وتوريده فى مكان معين فالتمست لاقامة المواصلة طريقا طويلا معوجا فلا يسأل العميل إلا عن مصاريف التوصيل المعقولة[٢] .

٢٨٢ — كذلك على المدين أن يخضع لرقابة الدائن عند تنفيذ الالتزام : فاذا كان عقد بيع البنجر يحدد السعر وفقا لكمية السكر فى البنجر فللبائع (الدائن بالثمن) أن يطلب حضوره أو حضور ممثل له عند تحليل البنجر لمعرفة كمية السكر التى يحتويها[٣] — وللموصى فى شركة التوصية أن يفحص حسابات الشركة للاطلاع على مقدار أرباح الشركة[٤] — وفى عقود التأمين ضد اصابات العمل التى يحدد فيها قسط التأمين بنسبة مجموع أجور العمال ، لشركة التأمين أن تفحص حسابات المؤمن للتأكد من صحة تقريره عن أجور العمال ولو لم يقض عقد التأمين لها بهذا الحق[٥] — وفى عقد النشر اذا كان جعل المؤلف محددا بنسبة عدد النسخ المبيعة فللمؤلف حق فحص دفاتر الناشر لمراقبة العدد المبيع[٦] — ولمن يطلب من شركة النور توصيل النور الى منزله أن يتطلب قيام الشركة بهذا العمل تحت اشراف مهندس من قبله[٧] — وعلى الممثل الذى يمتنع عن عمله بسبب المرض أن يقبل زيارة طبيب المسرح[٨] — ولشركة السكة الحديدية حق فتح

---

(١) نقض فى ٢٠ فبراير ١٩١٢ سيرى ١٩١٢ — ١ — ٥٢٥ وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ سيرى ١٩٠٧ — ١ — ٤٢١ .

(٢) نقض فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٧٧ .

(٣) مجلة القانون المدنى ١٩٠٣ ص ٨٩٤ وديموج ، ٦ ص ٣٥ .

(٤) نقض فى ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ سيرى ١٨٩٧ — ١ — ٣٩٦ .

(٥) نقض فى ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢١ — ١ — ٨١ وتعليق سارو .

(٦) محكمة السين فى ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٨ — ٢ — ٧٣ وفى ١٨ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دى پاليه ١٩٢٠ — ٢ — ٦٣ .

(٧) محكمة ماكون فى ٤ يوليو سنة ١٩١٢ جازيت المحاكم ١٩٢١ الجزء الثانى — ٢ — ٣٠٤ .

(٨) محكمة السين فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٦١ ، ديموج ، ٦ ص ٣٧ .

الطرود التى تكلف بنقلها للتحقق من محتوياتها [١] — ولمشترى شىء معين بنوعه أن يحصل من البائع على « عينة » للتأكد من مطابقة البضاعة المسلمة للاتفاق [٢].

وقد يتخذ واجب الخضوع للرقابة صورة ايجابية أى صورة الالتزام بتقديم حساب ، وذلك فى حالة الوكيل الاتفاقى أو القضائى أو الشرعى [٣].

ولحق الرقابة حدود . فلا يجوز استعماله اذا كان فى ذلك كشف لسر المهنة أو سر العمل [٤].

٢٨٣ — وأخيرا فان فكرة التعاون تفرض على المتعاقد المحترف واجب تنبيه المتعاقد معه وحفظه من الوقوع فى الأخطاء التى قد يقع فيها بحكم كونه غير محترف . فاذا سلم شخص سندا لمصرف ليتولى بيعه فعلى المصرف أن يتحقق من أن السند لم يستهلك وأن ينبه مالك السند الى ذلك [٥] . وعلى من يبيع لآخر مواد قابلة للانفجار أن ينبه المشترى الى طرق وقاية انفجارها عفوا [٦]، بل وقد يمتد واجب المحترف فيقتضيه الامتناع عن التعاقد . فالمهندس مسؤول اذا أقام بناء على

---

(١) نقض فى ١١ أغسطس سنة ١٨٨٤ ، دالوز ١٨٨٥ — ٥ — ٨٥ .

(٢) ديموج ، ٦ ص ٣٧ .

(٣) ديموج ، ٦ ص ٣٨ .

(٤) باريس فى ١٦ يناير سنة ١٩٢٠ سيرى ١٩٢١ — ٢ — ٤ — بوردو فى ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧ سيرى ١٨٩٨ — ٢ — ١٢٩ — ونقض فى ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ جازيت دى پاليه ١٩١٤ — ١ — ٦٠٨ .

(٥) محكمة كان فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٨ جازيت دى پاليه ١٨٨٩ — ١ — ٤٦٥ .

(٦) نقض فى ٥ مايو سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص ٤٣٣ — وراجع بالنسبة لواجبات الموثقين notaires بحكم حرفتهم نقض فى ٢٤ اكتوبر سنة ١٨٩٣ سيرى ٩٤ — ١ — ٢٢٦ وفى ٦ يونيو سنة ١٨٩٤ سيرى ٩٥ — ١ — ٣٩٥ وفى ١٩ اكتوبر سنة ١٨٩٧ سيرى ٩٨ — ١ — ١٨٣ وفى ٣ أبريل سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ — ١ — ٤٧٩ وفى ١٦ فبراير سنة ١٩١٠ سيرى ١٩١٠ — ١ — ٥٥٧ وفى ٣١ مايو سنة ١٩١١ سيرى ١٩١٢ — ١ — ٥٠٠ وفى ٦ يوليو سنة ١٩٢٢ سيرى ١٩٢٢ — ١ — ٣٥١ — وراجع ديموج ، ٦ فقرة ١٨٣ وما بعدها .

أرض غير صالحة أو بأدوات غير صالحة ولا يكفى أن ينبه المالك الى ذلك [١] .

فكرة الملحقات

٢٨٤ — الملحقات القانونية والملحقات الضرورية . توسع المحاكم فى فكرة الملحقات الضرورية .

الملحقات القانونية

٢٨٤ — الى جانب فكرة التعاون بين الدائن والمدين ، استخرج القضاء من مبدأ وجوب تنفيذ العقود بحسن نية فكرة الملحقات accessoires . ان فكرة الملحقات فكرة متسعة الأرجاء . فهناك الملحقات القانونية للشىء التى لا تقوم مستقلة عنه والتى تنتقل بانتقاله ، كالحق فى الرهن والكفالة يلحقان الحق فى الدين وكحق الارتفاق يلحق الحق فى الملكية — هذا النوع من الملحقات يلحق بحسب طبيعته الحق فى الشىء وينتقل بانتقاله طبقا لقواعد انتقال الحقوق [٢] — الى جانب هذه الملحقات القانونية هناك الملحقات الضرورية التى قد تقوم مستقلة عن الحق الأصلى ولكنها تلحقه وتنتقل بانتقاله لا طبقا لطبيعة الحق الأصلى ولكن طبقا لمبدأ وجوب تنفيذ العقود بحسن نية . من هذه ما قضى به القانون صراحة فى نصوصه المكملة ومنها ما أغفله الشارع فتولاه القضاء فى أحكامه مستلهما نفس المبدأ . وحتى نصوص القانون قد تكتفى بصياغة قاعدة انتقال الملحقات دون بيان للملحقات وتعريف بها فتتولى ذلك أحكام المحاكم . فالمادة ٣٥٧/٢٨٥ تقضى بأن تسليم المبيع يجب أن يكون شاملا للمبيع ولجميع ما يعد من ملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين . وقد أدخل القضاء فى معنى الملحقات الضرورية دعوى الضمان التى تكون للبائع قبل البائع الأصلى فجعلها تنتقل الى المشترى الأخير بوصفها من الملحقات الضرورية للعين [٣] .

الملحقات الضرورية

أما متى تعتبر الملحقات من الملحقات الضرورية فتلك مسألة وقائع يفصل فيها القاضى طبقا لقصد المتعاقدين وطبيعة الشىء وطبقا لقواعد العرف والذمة

(١) بودرى وثال ، الاجارة ٢ فقرة ٣٩٤٢ — ديموج ، ٦ فقرة ٢٢ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ٢١٤ وما بعدها و ٢٢٠ وما بعدها .

(٣) راجع الأحكام المذكورة فى فقرة ٢١٧ ص ٣١٧ حاشية ٢ .

والأمانة . وقد يكون المقياس فى هذا الشأن أن ما ينتقل من الملحقات هو تلك التى لا فائدة من بقائها تحت يد ناقل الشىء ولا غنى عنهـا فى نفس الوقت لمن تلقاه .

ومن أحكام المحاكم فى هذا الشأن أن من يبيع سـيارة مستعملة عليه أن يسـلم الأوراق المتعلقة بها [١] — وأن من يبيع جريدة من الجرائد عليه تسليم كشف بالاشـتراكات المدفوعة [٢] — وأن من يبيع آلة له عليهـا حق الاخـتراع machine brévetée عليه أن يبيع للمشترى أدواتها accessoires التى لا غنى عنها لتسييرها [٣] — وان بائع المتجر عليه أن يسلم لمشتريه سجلات حساباته [٤] .

§ ٢ — فى تقسيم الموضوع

٢٨٥ — المسؤولية العقدية وانقضاء الالتزام العقدى بانقضاء سببه .

٢٨٥ — لم يبق لنا فى صدد نظرية الالتزام العقدى بل فى نظرية العقد الا أن نتكلم فى تنفيذ الالتزام العقدى . ولن نتناول فى هذا الباب الا الأحكام التى يختص بها الالتزام العقدى ولا يشترك فيها مع غيره من الالتزامات . فنتكلم أولا فى الجزاء العام الذى يترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدى على الوجه الذى تحدد به أى فى المسؤولية العقدية (الفصل الأول) ثم فى الجزاء الخاص الذى يترتب على عدم تنفيذ نوع معين من الالتزام العقدى ، أقصد ذلك الالتزام الذى يكون سببه هو التزام مقابل أى عند ما نكون أمام عقد ملزم للطرفين (الفصل الثانى) . وبتعبير آخر نتناول فى الفصل الثانى حالة انقضاء الالتزام العقدى التى يتميز بها عن غيره من الالتزامات ألا وهى حالة انقضائه بانقضاء سببه ، فنختم بهذا أحكام الالتزام العقدى مستوفين انعقاده ونطاقه وانقضاءه أى ميلاده وحياته ومماته لننتقل بعد ذلك فى الكتاب الثانى الى الكلام فى الالتزام غير الارادى .

(١) نقض فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ — ١ — ١٢٣ .

(٢) محكمة أنجيه فى ٥ يناير سنة ١٨٧٧ دالوز ١٨٧٧ — ٢ — ٧٩ .

(٣) محكمة رين فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ جازيت دى پاليـه ١٩٢٢ — ١ — ٦١ . ومحكمة دواى فى أول فبراير سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٩٣ .

(٤) نقض فى ٢٠ مارس سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٣٠٤ .

الفصل الأول

فى المسؤولية العقدية (١)

٢٨٦ — توزيع الموضوع وتقسيمه .

٢٨٦ — اذا أخل المدين بالتزامه العقدى نشأت مسؤوليته العقدية . وأركان هذه المسؤولية وآثارها لا تختلف مبدئيا عن أركان المسؤولية غير العقدية (وتسمى عادة المسؤولية التقصيرية) وآثارها . كل مسؤولية انما تنشأ عن اخلال بالتزام سابق فهى تجتمع على ضرر وتقصير وعلاقة سببية بين التقصير والضرر . وقد يختلف نوعها بعد ذلك باختلاف مصدر هذا لالتزام السابق : اذا كان مصدره الارادة فهى مسؤولية عقدية ، واذا كان مصدره القانون فهى مسؤولية غير عقدية . ومحل المسؤولية على اختلاف نوعها هو اصلاح الضرر الواقع من جراء عدم تنفيذ الالتزام بما يقابله فى حدود الامكان ويكون ذلك عادة بالحكم على المخل بتعويضات تحل محل هذا التنفيذ .

---

(١) **مراجع** — ليفيفر ، مقال فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ — جرانمولان ، رسالة رين سنة ١٨٩٢ — أوبان ، رسالة بوردو سنة ١٨٩٩ — عبد الحميد مصطفى ، مقال فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٣ ص ٥٥٤ وما بعدها — رادوان ، رسالة باريس سنة ١٩٢٠ — كروزيل ، مقال فى المجلة العامة للقانون سنة ١٩٢٦ — بونكاز ، ملحق بودرى جزء ٣ فقرة ٢٣٩ وما بعدها — لالو ، فى المسؤولية المدنية سنة ١٩٢٧ — پلانيول وريپير واسمان ، ٦ فقرة ٣٧٦ وما بعدها — چوسران ، فى النقل فقرة ٥٦٨ وما بعدها و ٨٥٨ وما بعدها — ديموج ، ٦ فقرة ١٤٩ وما بعدها و ٢٢٥ وما بعدها و ٥ فقرة ١٢٣٧ — نبواييه ، دروس للدكتوراه فى جامعة باريس سنة ١٩٣٠ — ١٩٣١ — هنرى وليون مازو ، فى المسؤولية سنة ١٩٣١ — مقالات فى مجلة القانون المدنى : اسمان سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ وما بعدها وسنة ١٩٣٤ ص ٣١٧ وما بعدها — ڤينى ، ١٩٣٥ ص ١٩ وما بعدها — مارتون ص ٤٩٩ وما بعدها — مازو سنة ١٩٣٦ ص ١ وما بعدها — مارتى سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها — السنهورى فقرة ٨٤٨ وما بعدها — دى پاج ، فقرة ٥٨٣ وما بعدها — سليمان مرقس ، رسالة القاهرة سنة ١٩٣٦ .

ولقد كان اجتماع أحكام المسؤولية على مضمون يكاد يكون واحدا وان اختلفت أنواع هذه المسؤولية من الأسباب التى جعلتنى أرى أن تقسيم نظرية الالتزامات الى قسمين أساسيين هما الدين والمسؤولية هو وحده التقسيم المنطقى الذى يلقى من الوضوح نورا على كثير من أحكام هذه النظرية ، وأستحسن نفى النظرية العامة للالتزام المدعى بأن أحكامها تنطبق على جميع الالتزامات وان اختلفت مصادرها ، وتوزيع أحكام هذه النظرية العامة بين أحكام الدين وأحكام المسؤولية (١) .

على أننى لسبب ما (٢) عدلت عن اتباع هذا التقسيم الذى اقترحته مع تمام اقتناعى بسلامة منطقه وجنحت الى التقسيم التقليدى متناولا نظرية الالتزامات فى جزئين أولهما فى مصادر الالتزام وثانيهما فى النظرية العامة للالتزام . وفى الجزء الثانى نتناول آثار المسؤولية عموما (٣) التى تترتب عليها مهما اختلف نوعها . وفى الكتاب الثانى من هذا الجزء الأول نتناول الالتزام غير الارادى والمسؤولية غير العقدية . وهناك سيعرض لنا أن نحدد منطقة كل من المسؤوليتين العقدية وغير العقدية وأن نقارنهما .

لذلك سأقتصر فى الفصل الحاضر على أن أتناول من أحكام المسؤولية العقدية تلك التى تتأثر بالعقد وبتعبير أدق بتحديد مضمون الالتزام العقدى ، على أن أرجىء الأحكام العامة التى تشترك فيها كل مسؤولية الى الجزء الثانى الخاص بالنظرية العامة ، وعلى أن أعهد بالأحكام التى لا تظفر بالوضوح اللازم الا عند تناولها فى موضع الكلام فى المسؤولية غير العقدية الى الكتاب الثانى من

(١) فيما تقدم فقرة ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٢٨ .

(٣) يلاحظ أن معنى المسؤولية فى التقسيم الذى اقترحته فى فقرة ٢٦ وما بعدها انما هو أوسع من معناها المقصود فى هذا الفصل والذى اصطلح عليه جمهور الكتاب . فالمسؤولية التى تقابل المديونية لا تشمل فقط التعويض عن الضرر الناشىء عن الاخلال بالتزام سابق بل هى تشمل كذلك التنفيذ العينى للالتزام السابق كلما كان هذا التنفيذ ممكنا . وأحكام هذا التنفيذ انما تستقل فى الواقع عن أحكام التعويض .

هذا الجزء الخاص بالالتزامات غير الارادية . ففى هذا الكتاب الثانى نتناول المقارنة بين المسؤوليتين وتحديد منطقة كل منهما والخروج عن أحكامهما باتفاقات الاعفاء من المسؤولية .

وهذا الفصل مكسور على أربعة فروع : الفرع الأول فى أركان المسؤولية العقدية . الفرع الثانى فى اثبات المسؤولية العقدية . الفرع الثالث فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير . الفرع الرابع فى نظرية تغير الظروف Théorie de l'imprévision .

الفرع الأول — فى أركان المسؤولية العقدية

٢٨٧ — تعداد الأركان . هى نفس أركان المسؤولية اللاعقدية (التقصيرية) .

٢٨٧ — أركان المسؤولية العقدية هى كما قدمنا الضرر والتقصير وعلاقة السببية القائمة بينهما . وهى هى أركان المسؤولية التقصيرية . وسنتناول أركان المسؤولية العقدية فى هذا الفرع وان كنا سنعود الى نفس الأركان عند الكلام فى المسؤولية التقصيرية . على أن بعض هذه الأركان يحتاج بيانه الى تفصيل أوفى عند الكلام فى احدى هاتين المسؤوليتين أكثر مما يحتاج اليه عند الكلام فى الأخرى . وهـذا ما سنراعيه فى هذا الفرع . وسنخصص مبحثا لكل ركن من الأركان .

المبحث الأول — فى ركن الضرر

٢٨٨ — الضرر جوهر المسؤولية المدنية . شروطه (احالة) . أنواعه .

٢٨٨ — لا مسؤولية مدنية بغير ضرر . فالضرر هو جوهر هذه المسؤولية عقدية كانت أو لا عقدية . وهى بهذا تتميز عن المسؤولية الأدبية [1] وجوهرها النوايا والبواعث . وقد ورد ذكر الضرر فى نصوص القـانون عنـد الكلام فى المسؤولية اللاعقدية فى المادة ٢١٢/١٥١ : « كل فعل نشأ عنه **ضرر** للغير يوجب

(١) راجع فى المقارنة بين المسؤولية المدنية والأدبية والجنائية فيما بعد الكتاب الثانى .

ملزومية فاعله بتعويض **الضرر** » . وعند الكلام فى المسؤولية العقدية فى المادة ١٧٩/١٢١ [١] : « التضمينات عبارة عن مقدار **ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب** بشرط أن يكون ذلك ناشئا مباشرة عن عدم الوفاء » .

لا يكفى اذن أن يكون المتعاقد قد أخل بالتزامه حتى يقال بنشوء مسؤوليته العقدية . اذ ما محل هذه المسؤولية ؟ ان هو الا اصلاح الضرر الواقع فاذا لم يكن هناك ضرر لم يكن للمسؤولية محل فلا وجود لها [٢] . نعم ان الاخلال يرتب فى غالب الأحوال ضرراً بالدائن وينشىء مسؤولية المدين . على أن غلبة التلازم بين الاخلال والضرر لا تنفى أن الضرر ركن مستقل من أركان المسؤولية العقدية بل هو جوهرها الذى يميزها عن المسؤولية الأدبية كما قدمنا . وقد عرض للمحاكم أن تقضى برفض دعاوى المسؤولية العقدية على أساس تخلف ركن الضرر . مثال ذلك : عقد نقل أخل فيه أمين النقل بالتزامه بأن تأخر فى نقل البضاعة ولكن لم يتبين أن هذا التأخير قد أضر بأى وجه بصاحب البضاعة [٣] . لا مسؤولية .

ولكى يتوفر ركن الضرر هناك شروط لا بد من اجتماعها . فيجب أن يكون الضرر موجودا محققا لاحقا شخص المدعى بالمسؤولية . وقد كان المفروض أن نتكلم فى صدد ركن الضرر على شروطه وأنواعه واثباته . أما الشروط فتجتمع عليها المسؤوليتان العقدية واللاعقدية بل قد تكون تطبيقاتها أظهر فى هذه الأخيرة .

---

(١) وردت المادة ١٧٩/١٢١ فى باب التعهدات على العموم ولكن الواقع أن المواد ١٧٣/١١٨ وما بعدها انما تتعلق بالمسؤولية العقدية .

(٢) قارن سليمان مرقس ، رسالة ، فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ، القاهرة سنة ١٩٣٦ ص ٦ .

(٣) محكمة كازابلانكا فى ٢١ نوفبر سنة ١٩٢٩ جازيت محاكم مراكش فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ — بعض أحكام المحاكم الفرنسية تقضى بتعويض زهيد (فرنك واحد مثلا) فى حالة عدم وجود الضرر لكى تحمل المدين الذى أخل بالتزامه وان لم يترتب على الاخلال ضرر مصاريف الدعوى ، راجع محكمة ليون فى ٣١ مايو سنة ١٩٢٩ ، جريدة ليون القضائية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ — هنرى وليون مازو ، ١ فقرة ٢١١ .

ولذلك نكتفى هنا بتعدادها محيلين فى بيانها الى الكتاب الثانى عند الكلام على المسؤولية اللاعقدية . والأمر كذلك فى أنواع الضرر وتقسيمه الى ضرر مادى وضرر معنوى . على أننا سنتناول هنا الكلام فى أنواع الضرر فى المسؤولية العقدية لمناقشة مذهب فقهى يقضى بنفى المسؤولية عن الضرر المعنوى فى المسؤولية العقدية ولبيان تطبيقات المحاكم التى لم تأخذ بهذا المذهب . وبهذا ينقسم هذا البحث الى مطلبين : المطلب الأول فى أنواع الضرر ، والمطلب الثانى فى اثبات الضرر .

المطلب الأول — فى أنواع الضرر أو فى الضرر المعنوى (١)

٢٨٩ — تعريف الضرر المعنوى . تأكيد الحق فى التعويض عنه . تطبيقات المحاكم .

٢٨٩ — الضرر قد يكون ماديا أو معنويا . ويقصد بالضرر المعنوى ذلك الذى لا يلحق ذمة الانسان المالية patrimoine بل يلحق ذمته المعنوية اذا صح هذا التعبير préjudice extrapatrimonial . والضرر المعنوى على أنواع فمنه ما يمس الكيان الاجتماعى للشخص كخدش الشرف ومنه ما يمس الشعور والعواطف كالألم الذى ينتاب الشخص لوفاة أحد أحبائه ومنه ما يصيب الجسم وان لم يؤثر فى القدرة على العمل كتشويه الوجه أو تبريح الألم . كثيرا ما يترتب على الضرر المعنوى أضرار مادية فتشويه وجه ممثلة يصيبها بضرر مادى محتم لأنه يحرمها من الكسب ، والطعن فى شرف التاجر يؤثر فى تجارته وقد يؤدى الى افلاسه . على أن محل النظر هو الضرر المعنوى البحت المستقل عن الضرر المادى أى الذى لا ينقص من ذمة الشخص المالية .

---

(١) **مراجع** — شوس ، مقال فى المجلة النقدية ، ١٨٩٥ ص ٤٣٦ وما بعدها — دورفيل ، رسالة باريس سنة ١٩٠١ — فونتين ، رسالة باريس سنة ١٩٠٧ — جانو ، رسالة باريس سنة ١٩٢٤ — لالو ، فى المسؤولية المدنية — ديموج ، ٤ فقرة ٤٠٢ وما بعدها و ٦ فقرة ٢٦١ — چوسران ، عقود النقل فقرة ٩٠٦ وما بعدها — ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، فقرة ١٨١ وما بعدها — هنرى وليون مازو ، فى المسؤولية المدنية فقرة ٣٢٩ وما بعدها .

لقد اعترض بعض الكتاب على قيام المسؤولية عن الضرر المعنوى اطلاقا[١].

كما اعترض البعض على قيام المسؤولية العقدية عن الضرر المعنوى[٢]. هؤلاء الأخيرون يسلمون بقيام المسؤولية اللاعقدية عن الضرر المعنوى ولكنهم ينفون قيام المسؤولية العقدية ما دام الضرر معنويا وليس ماديا. وحجتهم فى ذلك أن تقاليد القانون الرومانى تقضى بذلك، وهى تقاليد تداولها القانون الفرنسى القديم[٣] ولم يعدل عنها قانون نابوليون كما تدل على ذلك روح المناقشات فى مشروع القانون الفرنسى قبل اصداره[٤].

قد يكفى لتفنيد هذا المذهب أن يقال ان نصوص القانون وحرف المناقشات المذكورة لم يرد فيها صراحة ما يقضى باستبعاد الضرر المعنوى من منطقة المسؤولية العقدية[٥]. وهى حجة صالحة فى القانون المصرى حيث لم يرد فى نصوصه ما يقضى بهذا الاستبعاد. على أن هنالك ما هو أحسم من ذلك وأقطع: فقد أثبت بعض الكتاب[٦] أن القانون الرومانى نفسه — الذى يستند الى فقهه هذا المذهب — كان يقضى بنشوء المسؤولية العقدية وبحق التعويض عن الضرر المعنوى، عن الضرر المترتب على خدش الشرف وجرح الشعور والعواطف وحتى المساس بالعقائد. وما كان مذهب كتاب القانون الفرنسى القديم المراد الأخذ به فى القانون الحالى تقليدا عنهم، الا ثمرة لسوء فهمهم لنصوص القانون الرومانى فى هذا الصدد.

---

(١) سنتناول هذا الاعتراض والرد عليه عند الكلام فى المسؤولية اللاعقدية، راجع فيما بعد الكتاب الثانى.

(٢) لوران، ١٦ فقرة ٢٨١ — بودرى وبارد، الالتزامات، ١ ص ٢٧٦.

(٣) راجع فى عرض فقه القانون القديم، جانو المرجع السابق ص ١٨ وما بعدها — وراجع پوانييه، ٢ فقرة ١٣٨ وما بعدها.

(٤) راجع فى هذه المناقشات، لوكريه ١٢ ص ٥٥٠ وما بعدها.

(٥) راجع هنرى وليون مازو، فقرة ٣٣٠.

(٦) أيرنج، آثاره المختارة، ٢ ص ١٦٤ وما بعدها.

لذلك جرت المحاكم اضطرادا على الحكم بالتعويض عن الضرر المترتب على الاخلال بالالتزام العقدى ولو كان هـذا الضرر معنويا ، وأيدها فى مذهبها فريق كبير من الشراح [١] . ذلك أن مصلحة المتعـاقد لا يتحتم أن تكون مصلحة مادية ، بل هى تجوز معنوية ويترتب على المساس بهـا ما يترتب على المسـاس بالمصلحة المادية من نشوء المسؤولية والحق فى التعويض .

ومن أحكام المحاكم فى هذا الصدد ما يقضى بالتعويض عن الاخلال بتنفيذ العقد الخاص بصورة عائلية [٢] — وعن ذكر صـاحب المسرح اسم ممثلة كبيرة فى الاعلانات بحروف صغيرة من شأنهـا أن تقلل من مكانتها عند الجمهور — وعن تأخير أمين النقل الذى ترتب عليه عدم تمكن المسافر من الوصول فى الميعاد والسير فى جنازة شخص من أحبائه [٣] — وعن عدم ايجاد محل لراكب القطار فى الدرجة التى يحمل تذكرتها [٤] — وعن اخلال العامل بعقد العمل على وجه يؤثر فى هيبة صاحب العمل لدى العمال [٥] — وعن احداث الناشر لتغييرات فى مخطوط المؤلف قد تؤدى الى زيادة انتشـار الـكتاب ولـكنهـا تؤذى سمعـة المؤلف الأدبية [٦] .

---

(١) دورفيل ، المرجع السابق — جانو ، ص ٤٨ وما بعدها و ٦٥ وما بعدها — بلانيول وريبير ، ٢ فقرة ٢٥٢ — چوسران ، ٢ فقرة ٦٢٨ و ٦٢٩ — بلانيول وريبير واسمان ، ٧ فقرة ٨٥٧ — هنرى وليون مازو ، فقرة ٣٣٢ .

(٢) محكمة باريس فى ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ١٨٩٨ — ٢ — ٤٦٥ .

(٣) محكمة ليون التجارية فى ٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ ، جازيت ليون التجارية فى ٧ يونيو سنة ١٩١١ — مازو ، فقرة ٣٧٤ .

(٤) محكمة تولوز فى ١٢ يوليو سـنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ — ٣ — ٣٩ وسان اتيان فى ٢٦ أبريل سـنة ١٩٠١ سيرى ١٩٠٤ — ٢ — ١١٦ — والسين فى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٠٣ جازيت دى پاليه الجزء الثانى ص ٦٠٦ .

(٥) محكمة مارسيليا فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه ١٩٣٠ — ١ — ٤٢٦ .

(٦) هنرى وليون مازو ، فقرة ٣٣٤ .

المطلب الثانى — فى اثبات الضرر

٢٩٠ — عبء الاثبات على الدائن . خروج القانون عن القاعدة فى حالة الفوائد . خروج المتعاقدين عنها بالاتفاق على الشرط الجزائى . أحكام المحاكم .

٢٩٠ — ليس الضرر فقط ركنا من أركان المسؤولية لابد من توفره حتى يقضى بها ، بل أكثر من ذلك لا بد من أن يتولى المدعى بالمسؤولية (الدائن) اثبات وجوده وتوفر شروطه . بمعنى أن اخلال المتعاقد بالتزامه لا يصلح قرينة على قيام الضرر . بل على الدائن أن يقيم الدليل على هذا الضرر حذوه فى هذا حذو المصاب فى المسؤولية اللاعقدية .

هذه هى القاعدة العامة ، وليس فى وضعها أى خلاف فى الفقه أو القضاء[1] . على أنها ليست من النظام العام . فقد يخرج القانون عنها فى بعض الأحيان كما قد يخرج عن أحكامها المتعاقدون أنفسهم . فقد نصت المادة ١١٥٣ فرنسى على أنه اذا كان محل الالتزام مبلغا من المال فان التعويض عن الضرر الناتج عن التأخير فى الوفاء يكون فى صورة فوائد يلزم بها المدين دون حاجة لأن يثبت الدائن الضرر الذى لحقه من جراء التأخير فى الوفاء . الضرر فى هذه الصورة مفترض بقرينة قانونية لا تقبل الدليل العكسى والقانون لم يكتف بافتراض وجوده بل تولى تحديده بمقدار الفوائد القانونية . ونص المادة ١٨٢/١٢٤ من القانون المصرى الذى يقابل نص المادة ١١٥٣ لم يقض بهذه القرينة صراحة ، ولكن المحاكم المصرية لم تتردد فى الأخذ بها .

كذلك قد يتفق المتعاقدان على مقدار التعويض المستحق على المدين عند اخلاله بالتزامه . وهذا ما يسمى بالشرط الجزائى clause pénale . وقد استقرت المحاكم الفرنسية[2] على أنه متى ثبت اخلال المدين بالتزامه وتقصيره فالدائن

---

(١) راجع بالنسبة للتفرقة بين اثبات الضرر واثبات مداه فيما بعد الكتاب الثانى .

(٢) محكمة باريس فى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٨ دالوز ١٨٩٠ — ٢ — ٢٣٨ — محكمة نيم فى ٧ يونيو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ — ٢ — ٤٤٧ — محكمة بوردو فى ١٩ يونيو =

فى غير حاجة لاثبات الضرر بل ان الضرر مفترض بمجرد الاخلال . بل ولا تقبل هذه القرينة الدليل العكسى . ذلك أن الطرفين باتفاقهما على الشرط الجزائى انما قصدا التزام المدين بالتعويض المتفق عليه فى جميع الأحوال بمجرد اخلاله بالتزامه .

أما المحاكم المصرية فقد تضاربت أحكامها زمنا طويلا وانتهى هذا التضارب الى صدور حكمين من الدوائر المجتمعة لكل من محكمة الاستئناف المختلطة [١] والأهلية [٢] وكلاهما يشترط ثبوت الضرر حتى يقضى بالشرط الجزائى مخالفين بهذا أحكام القضاء الفرنسى . على أن هذين الحكمين لم يحسما الخلاف . فقد صدرت بعد ذلك أحكام من محكمة الاستئناف الأهلية تقضى بأن اتفاق المتعاقدين على التعويض الجزائى ومقداره ، عند الاخلال بالالتزام ، يتضمن اقرارا بالضرر فلا يقبل بعد ذلك من المدين « مطالبة الدائن باثبات حصول الضرر ولا قيامه هو باثبات عدم حصوله » [٣] . وظاهر أن هذه الأحكام انما تأخذ بفقه الأحكام الفرنسية . كما صدرت بعد ذلك أحكام من محكمة الاستئناف المختلطة [٤] تقضى بأن ثبوت الضرر مفترض بحصول الاخلال ولكن للمدين أن يثبت العكس [٥] .

= سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٦ — ٥ — ٢٩ — محكمة النقض فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٣ — ٢ — ٤٥٣ — مجلس الدولة فى ٩ مارس سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٣٠ — ٣ — ١٣ — وراجع پلانيول ، ٢ فقرة ٢٥٥ و ٢٥٦ — چوسران ، ٢ فقرة ٦٤٣ وهنرى وليون مازو ، ٢ فقرة ١٦٨٤ و ٢٣٣٥ وما بعدها .

(١) س م دوائر مجتمعة فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ المجموعة ٣٤ ص ١٥٥ .

(٢) س ا دوائر مجتمعة فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠١ ص ١٥٣ .

(٣) س ا فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٦٠ وحكم آخر صادر منها فى نفس التاريخ المحاماة ١٣ ص ٣٠٥ .

(٤) س م فى ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٢ ص ٣٨١ .

(٥) راجع فى تفصيل أحكام الشرط الجزائى ، الجزء الثانى الخاص بالنظرية العامة للالتزام .

المبحث الثانى — فى ركن التقصير

٢٩١ — دقة الموضوع وأسبابها . تقسيم الموضوع .

٢٩١ — ركن التقصير فى المسؤولية العقدية من المسائل التى احتدم فيها الخلاف بين الكتاب ، فى أصولها وفى كل فرع من فروعها . واشترك فى اثارة هذا الخلاف نفس نصوص القانون الفرنسى بما يقوم من تعارض ظاهر بين بعضها البعض ، وبينها وبين تقاليد القانون الفرنسى القديم . فضلا عن دقة الموضوع فى ذاته وازدياد هذه الدقة باجراء المقابلة والمقارنة بين التقصير العقدى والتقصير اللاعقدى ثم ارتباط ركن التقصير بركن السببية وسهولة الخلط بينهما وطغيان أحدهما على الآخر وأخيرا ضرورة حصر الموضوع فى منطقته الفنية وما يكتنف هذا الحصر من صعوبة .

كل أولئك عوامل ساهمت فى تعقيد الموضوع ورفعه الى مرتبة المشاكل القانونية التى يكاد يتأبد فيها الخلاف الفقهى . وليس فى عزمى أن أستعرض مختلف الآراء الفقهية فى أصول الموضوع ومختلف فروعه . لا لأنى أخرج بذلك عن حدود هذا الكتاب بقدر ما لأنى بهذا العرض لا أحل عقدة الموضوع . لست أنكر على الموضوع تعقيده ولكن لعل العقدة الأولى معقودة بتضارب نصوص القانون الفرنسى ، وهى بحمد الله عقدة محلولة فى القانون المصرى الذى لم يرد فيه مثل هذا التضارب . على أن الخلاف الفقهى فى فرنسا ما زال يحتدم حتى بعد تجريد الموضوع عن نصوص القانون وعند دراسته بمجرد تعقله وترتيب منطقه . ولعل أكثر الخلاف مردود الى أن بعض الكتاب وهم يتعقلون الموضوع لا يحبسون فى خاطرهم الا بعض صور تطبيقه دون البعض الآخر فلا يحصرون مختلف التطبيقات التى لا بد من حصرها قبل صياغة كل قاعدة حتى تخرج سليمة من عيب القصور .

من أجل هذا كله رأيت أن أعالج الموضوع بطريق حصر المسائل التى

تتحكم فيه والتوسل بحلها لتوضيح الموضوع فى مجموعه . تلك المسائل هى الآتية[1] :

أولا — متى تعرض مسألة المسؤولية العقدية ؟

ثانيا — الى أى حد تتوقف المسؤولية العقدية على تحديد مضمون الالتزام العقدى ؟

ثالثا — هل مجرد الاخلال بالالتزام عبارة عن تقصير ؟

رابعا — ألا يجب عزل المسؤولية عن الضمان ؟

خامسا — ما هو التقصير العقدى . ما تعريفه وما مقياسه ؟

سادسا — هل يعنى ثبوت السبب الأجنبى نفى التقصير وهل يعنى نفى التقصير ثبوت السبب الأجنبى ؟

سابعا — ما حكم قواعد عبء الاثبات فى ركن التقصير ؟ من المكلف بالاثبات بين الدائن والمدين وما الذى عليه اثباته ؟

وسنتناول كل مسألة من هذه المسائل على أن نجمع المسائل الأربعة الأولى فى مطلب واحد اذ كلها تدور حول حصر الموضوع فى نطاقه الفنى ، وعلى أن يكون الكلام فى المسألة السادسة فى المبحث الثالث الخاص بركن السببية لارتباطها بهذا الركن الأخير . أما المسألة الأخيرة فقد أخرجناها من هذا الفرع وأفردنا لها الفرع الثانى لنتناول فيها معا اثبات التقصير واثبات السببية لما يقوم بينهما من ارتباط .

نبدأ اذن بحصر المسؤولية العقدية فى نطاقها الفنى فنتناول المسائل الآتية : متى تعرض مسألة المسؤولية العقدية — الى أى حد تتوقف تلك المسؤولية على

---

(١) من بين هذه المسائل كيف تتحدد منطقة المسؤولية العقدية اخراجا للمسؤولية غير العقدية . على أن هذه المسألة لا تظفر بالوضوح اللازم الا عند تناولها عند الكلام فى المسؤولية غير العقدية ولذلك سنتكلم عنها فى الكتاب الثانى . ولنفس السبب لا نتناول المقارنة بين التقصير العقدى والتقصير اللاعقدى الا فى الكتاب الثانى .

تحديد مضمون الالتزام العقدى — هل مجرد الاخلال بالالتزام عبارة عن تقصير — ألا يجب عزل المسؤولية عن الضمان (المطلب الأول) . وبعد ذلك نتناول تعريف التقصير ومقياسه (المطلب الثانى) .

المطلب الأول — فى حصر المسؤولية العقدية فى نطاقها الفنى

١ — متى تعرض مسألة المسؤولية العقدية ؟

٢٩٢ — المسؤولية العقدية لا تعرض الا عند استحالة التنفيذ العينى للالتزام ٢٩٣ — التمييز بين أحوال التنفيذ العينى وأحوال التنفيذ بمقابل . التنفيذ على حساب المدين تنفيذ عينى . التأخير يجعل التنفيذ مستحيلا . مسألة التعويض لا تعرض الا بصورة احتياطية ٢٩٤ — متى يعتبر التنفيذ العينى مستحيلا ؟ توقف ذلك على تحديد مضمون الالتزام بدقة ٢٩٥ — يجب أن تكون الاستحالة مطلقة .

٢٩٢ — اذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى اختيارا فللدائن أن يطلب تنفيذ هـذا الالتزام جـبرا تنفيذا عينيا exécution en nature . وما دام هذا التنفيذ ممكنا لا يجوز للمدين أن يحرم الدائن منه فيعرض عليه دفع مبلغ من المال تعويضا عنه . أليس من بين المبادىء التى تحكم العقد أن الاتفاق قانون المتعاقدين (المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى) ؟ وهل هناك اخلال بقانون العقد أكثر من تغيير محل الالتزام واستبدال التعويض بالتنفيذ العينى ؟ ثم أليست المادة ١٢٤٣ من القانون الفرنسى — وحكمها عام — تقضى بأنه ليس للمدين أن يعرض الوفاء بشىء آخر غير الذى تعهد به حتى ولو كان المعروض أكثر قيمة[1] ؟

كذلك فان حق الدائن يقع على الشىء الموعود . وما دام التنفيذ العينى ممكنا فلا يجوز له أن يعدل عن الشىء الموعود الى المطالبة بتعويضات[2] . ما دام التنفيذ العينى ممكنا لا تعرض اذن مسألة المسؤولية العقدية . انمـا تعرض هذه

---

(١) اذا عرض المدين تعويضـات فقبلها الدائن فالأمر لا يعدو اعتياضا أى وفاء بالالتزام بمقابل dation en paiement — راجع ثينى ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٢٨ .

(٢) يجوز للدائن أن يطلب الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين — راجع بالنسبة للفسخ فيما بعد الفصل الثانى .

المسألة عند ما يصبح التنفيذ العينى مستحيلا[1]. اذ عندئذ — لا قبل ذلك — نتساءل عما اذا كان المدين مسؤولا عن استحالة هذا التنفيذ فيحكم عليه بالتعويضات المقابلة للتنفيذ العينى أو اذا كان غير مسؤول ، لانتفاء الضرر أو لأن فعله المتسبب فى الضرر ليس بفعل تقصيرى أو لأن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ انما يرجع الى سبب أجنبى ، فتبرأ ذمته .

٢٩٣ — على أنه ليس من الميسور دائما التمييز بين أحوال التنفيذ العينى وأحوال التنفيذ بمقابل أى بدفع تعويضات . لا صعوبة اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من المال أو تسليم عين معينة بذاتها . فى هذه الأحوال ينفذ الدائن على أموال المدين لاستيفاء المبلغ أو يستلم العين المعينة بذاتها جبرا ما دامت موجودة على ملك المدين ولم يتعلق بها حق للغير . وما من شك فى أن هذا تنفيذ عينى للالتزام .

كذلك لا صعوبة اذا كان محل الالتزام فعلا متعلقا بشخص المدين كنحت تمثال أو عمل صورة زيتية . هنا امتناع المدين يجعل التنفيذ العينى مستحيلا ولا سبيل الى جبره على هـذا التنفيذ فلا يبقى الا الحكم بالتعويض .

على أن محل الالتزام قد يكون عملا لا يتعلق بشخص المدين أو تسليم أشياء معينة بنوعها فلا ينفذ المدين فيحصل الدائن على اذن المحكمة بعمل ما تعهد به المدين على مصاريفه أو بشراء هذه الأشياء على حسابه (المادة ١١٧/١٧٤) . فى هذه الصورة المدين لم يقم بتنفيذ الالتزام ولكن الدائن حصل على حقه طبقا للعقد لأنه حصل على العمل الموعود أو الأشياء الموعودة ، على حساب المدين . وما من شك فى أن هذه صورة للتنفيذ العينى اذ ليست العبرة فى تنفيذ الالتزام بما يقوم به المدين بقدر ما هى بما يحصل عليه الدائن[2] .

---

(١) نقض بلجيكى فى ٦ مارس سنة ١٩١٩ الباسيكريزى ١٩١٩ — ١ — ٨٠ وفى ١٧ مارس سنة ١٩٢١ — ١ — ٢٩٨ وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ — ١ — ٢٥٥ . وراجع ثينى ، المرجع السابق ص ٢٧ وما بعدها .

(٢) ثينى ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٣١ .

ومن ناحية أخرى فان تأخير المدين فى تنفيذ الالتزام يؤدى الى الحكم عليه بتعويضات . ذلك أن التنفيذ العينى كان يفترض تنفيذ الالتزام فى وقت معين ، والوقت عنصرهام فى تنفيذ الالتزام . وما دام هذا الوقت قد فات فالتنفيذ العينى بمعناه الدقيق أصبح مستحيلا ولن يحل محله التنفيذ المتأخر . لذلك يلزم المدين فى حالة التأخير بتعويضات وتتحرك مسألة المسؤولية العقدية[١] .

والأمر كذلك فى حالة سوء التنفيذ ، أى تنفيذ المدين على وجه يخالف الوجه المتفق عليه .

المفروض اذن أن يطالب الدائن بالتنفيذ العينى ما دام هذا التنفيذ ممكنا فلا تعرض مسألة التعويضات الا بصورة احتياطية[٢] subsidiaire أى اذا استحال هذا التنفيذ[٣] . والأمر كذلك فى جميع الصور حتى ولو اقتضى هذا التنفيذ العينى الالتجاء الى شخص ثالث يقوم بالتنفيذ على حساب المدين[٤] .

على أنه ينبغى فى هذا الصدد ابداء ملاحظتين :

الأولى — لا يلتمس سبيل التنفيذ العينى على حساب المدين بطريق شخص ثالث الا باذن المحكمة (المادة ١١٧/١٧٤) . ومن قال اذن المحكمة قال بحقها فى تقدير ان كان التماس هذا السبيل لارضاء الدائن مناسبا أو غير مناسب . فهناك اعتبارات اقتصادية تراعيها المحكمة عند ما يطلب منها هذا الاذن . فمن كلف مقاولا بناء عمارة ولاحظ عند استلامها مخالفتها للمواصفات لا تأذن له المحكمة — عند أية مخالفة — بأن يكلف شخصا ثالثا بهدمها واعادة بنائها طبقا للأوصاف

---

(١) ثيني ، ص ٣٢ .

(٢) راجع بلانيول وريبير واسمان ، ٧ فقرة ٧٨١ — وراجع تفصيل هذه المسألة فى الجزء الثانى من هذا الكتاب .

(٣) وقد يكون سبب الاستحالة تأخير المدين تأخيرا يجعل التنفيذ الذى يحصل بعد ميعاده غير منتج اطلاقا .

(٤) بل وحتى فى صورة الالتزام بفعل يتعلق بشخص المدين . فان التعويضات لا يبررها الا تأخير الدين . لأن هذا التأخير هو الذى يجعل التنفيذ العينى غير ممكن (ثيني ص ٣٧) .

لما فى ذلك من التعسف (١).

الثانية — أن الدائن كثيرا ما يتجاوز طلب التنفيذ العينى فيطلب التعويض مباشرة ويحرك مسألة المسؤولية العقدية . وكثيرا ما تفصل المحاكم فى هذه المسؤولية وتقضى بالتعويض أو برفضه دون أن تعرض مسألة التنفيذ العينى . على أن جرى العمل على ذلك لا يقدح فى صياغة القاعدة على الوجه المتقدم ، اذ يجوز للمدين أن يعرض التنفيذ العينى يقوم به بنفسه أو ثالث على حسابه وبهذا تعرض حتما مسألة هذا التنفيذ فلا تنظر المحكمة فى المسؤولية العقدية وفى التعويض الا بعد البت فى مسألة التنفيذ العينى .

٢٩٤ — ولكن متى يعتبر التنفيذ العينى مستحيلا ؟ كلما كان مضمون الالتزام محددا سهل البت فى مسألة الاستحالة . ويظهر ذلك فى صورة ما اذا تعهد المدين بتوريد بضاعة معينة **من بلد معين** ثم ثبت أنه لا يمكن استيراد هذه البضاعة من هذا البلد . هنا التنفيذ العينى قد أصبح مستحيلا حتى ولو كان الاستيراد من بلد آخر ممكنا (٢) . كذلك فى صورة ما اذا باع شخص قطنه **النامج من أرضه** وثبت أن محصول الأرض قد تلف . بل وفى صورة كل تعهد بتسليم عين معينة بذاتها corps certain ثبت هلاكها .

كذلك يساعد على البت فى مسألة الاستحالة تحديد أوصاف الشىء المتعهد به وميعاد تسليمه وكيفيته ومكانه الى آخر ما هنالك من محددات مضمون الالتزام ونحواه . فاذا تعهد صاحب مصنع بتسليم كمية معينة من منتجات مصنعه على أن يكون نقلها بطريق السكة الحديدية ثم منعه من ذلك اضراب عمال السكة الحديدية فالتنفيذ قد أصبح مستحيلا حتى ولو كان نقل البضاعة بطريق السيارات ممكنا (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ٧ فقرة ٧٨٣ .

(٢) محكمة باريس فى ٢٥ أبريل سنة ١٨٧٣ سيرى ٧٤ — ١ — ٤٢٨ — نقض فى ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ — ١ — ١٦ .

(٣) قارن دى پاج ، ٢ فقرة ٦٠٢ .

٢٩٥ — وكثيرا ما يعرض فى صدد الاستحالة السؤال الآتى : هل يجب أن تكون الاستحالة مطلقة ؟ والحقيقة أن هذا السؤال لا يجب أن يعرض الا بعد الفراغ من مسألة تحديد مضمون الالتزام على وجه الدقة . بمعنى أن مسألة المطالبة بالتنفيذ العينى لن تعرض بطبيعة الحال الا اذا كان العمل الذى يطلب الدائن تنفيذه يقضى به الالتزام العقدى . وتلك مسألة تتعلق بتفسير العقد و بمبدأ وجوب تنفيذ العقود بحسن نية . بعد ذلك يجوز القول بأن الاستحالة النسبية لا تقف عقبة فى سبيل التنفيذ العينى . فاذا كان العمل الذى ثبت أن الالتزام العقدى يقضى به قد امتنع المدين عن تنفيذه وتأخر مع قدرته عليه أو لعدم قدرته عليه مع قدرة غيره عليه ، واذا لم يكن امتناع المدين وتأخيره قد جعلا التنفيذ بفرض حصوله متأخرا غير منتج ، فيمكن الحكم بالتنفيذ العينى على حساب المدين بوساطة شخص ثالث . فلا يقف عقبة فى سبيل هذا التنفيذ لا عدم قدرة المدين عليه عند ثبوت اقتدار غيره وهذا ما يفسر قولنا أن الاستحالة يجب أن تكون مطلقة ، ولا ارهاق الالتزام للمدين أو شدة وطأته عليه أو ازدياد كلفته أو مصاريفه وهذا الذى يفسر أن نظرية تغيّر الظروف théorie de l'imprévision التى وجدت لها محلا فى القانون الادارى لم تجد لها سبيلا الى نظرية العقد فى القانون المدنى . على أن الملحوظ أن مسألة استحالة التنفيذ أكثر ما تعرض فى صدد المسؤولية العقدية وعند المطالبة لا بالتنفيذ العينى بل بالتعويض عن عدم التنفيذ . و يرجع ذلك اما لأن الامتناع والتأخير قد فوت الوقت الذى كان ينتج فيه التنفيذ العينى فأصبح التنفيذ العينى بهذا التأخير مستحيلا . أو لأن الدائن لا يطالب بالتنفيذ العينى وانما يطالب بالتعويضات ولا يدفع المدين هذه المطالبة بعرض التنفيذ العينى لأنه انما يسلم بأن هذا التنفيذ قد أصبح مستحيلا ولكنه يدعى بأن سبب الاستحالة هو القوة القاهرة أو أى سبب آخر أجنبى عن تقصيره . وفى الحالتين تعرض مسألة المسؤولية العقدية ونتساءل عما اذا كانت استحالة التنفيذ ترجع الى تقصير المدين أم الى سبب أجنبى [1] .

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٢٩٣ وفيما بعد فقرة ٣٠٩ وما بعدها .

٢ — الى أى حد تتوقف المسؤولية على تحديد مضمون الالتزام ؟

٢٩٦ — تقسيم الالتزامات الى التزامات بتحصيل نتيجة والتزامات بالعمل على تحصيلها
٢٩٧ — النتائج التى تترتب على هذا التقسيم ٢٩٨ — مناقشة النتائج .

٢٩٦ — رأينا أن تحديد مضمون الالتزام وفحواه يحكم الى حد كبير مسألة استحالة التنفيذ التى لا بد منها لكى تعرض المسؤولية العقدية . ورأينا أنه متى تحدد مضمون الالتزام على الوجه الدقيق سهل علينا البت فيما اذا كان التنفيذ قد أصبح مستحيلا لننتقل بعد ذلك الى البحث فى المسؤولية العقدية . أو اذا كان الالتزام ما زال ممكن التنفيذ فيجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ العينى مهما اشتد عبؤه على المدين وتكاليفه .

فاذا تبين أن الالتزام قد أصبح مستحيل التنفيذ عرضنا للمسؤولية العقدية فتساءلنا عما اذا كان المدين مقصرا فى تنفيذ الالتزام فحق عليه تعويض الدائن أم غير مقصر فبرؤت ذمته وانتفت مسؤوليته .

وبعض الكتاب يفرق عند ما يعرض لركن التقصير فى المسؤولية العقدية بين الالتزام بتحصيل نتيجة معينة obligation de résultat والالتزام بالعمل على تحصيل نتيجة معينة أى ببذل العناية أو المجهود الذى من شأنه أن يؤدى الى تحقيق هذه النتيجة (١) obligation de moyen . فاذا كان الالتزام من النوع الأول فالمدين مقصر بمجرد عدم تحصيل النتيجة بمعنى أن ثبوت عدم تنفيذ الالتزام يكون بمثابة ثبوت التقصير . واذا كان الالتزام من النوع الثانى فثبوت قيام المدين بالعناية التى يفرضها عليه العقد يبرىء ذمته من المسؤولية ليس فقط لأنه لم يقصر متى قام بهذه العناية بل لأنه بقيامه بها انما قام بتنفيذ التزامه . فمن تعهد بتسليم عين فى ميعاد معين انما يلتزم بتحصيل نتيجة وهو مسؤول بمجرد عدم حصول التسليم فى الميعاد وليس يجوز له أن ينفى مسؤوليته باثبات أنه لم يكن مقصرا وأنه

---

(١) ديموج ، ٥ فقرة ١٢٣٧ — هنرى مازو ، مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ١ وما بعدها — وقارن دى باج ، ٢ فقرة ٥٩٦ .

بذل كل مجهود ممكن للقيام بتنفيذ التزامه اذ تقصيره قد ثبت نهائيا بعدم تحصيل النتيجة أى بعدم تسليم العين فى الميعاد . كل ما يمكنه أن يفعل لدرء مسؤوليته هو اثبات أن عدم التنفيذ انما يرجع الى سبب أجنبى عن فعله . أما من تعهد بالمحافظة على عين فهو يبرأ من المسؤولية اذا أثبت أنه قام على المحافظة عليها وصرف فى ذلك العناية المطلوبة منه . ذلك أن الالتزام بالمحافظة على عين لا يفرض على المدين نتيجة يلتزم بتحصيلها وانما هو يفرض عليه قدرا من العناية عليه صرفه . ومتى قام بالعناية المطلوبة فهو قد نفذ التزامه فانقضى الالتزام بالوفاء .

وتختلف العقود — فى فقه هؤلاء الكتاب — من حيث هى تقرر التزاما بنتيجة أو التزاما بعناية . بل وقد يتضمن العقد الواحد التزامات مختلفة بعضها بنتيجة والبعض الآخر بعناية [1] . ومن أمثلة الالتزام بتحصيل نتيجة التزام المستأجر والمستعير والوديع برد العين المؤجرة أو المعارة أو المودعة عند انتهاء العقد والتزام الموثق عن الغير بالحصول على رضا الغير porte-fort والتزام البائع بضمان الاستحقاق . ومن أمثلة الالتزام بعناية التزام الوكيل بادارة عين بأن يحسن الادارة والتزام الطبيب بمعالجة المريض والتزام المستأجر والمستعير والوديع بالمحافظة على العين عند استعمالها . وقد يقلب الشارع الالتزام من نوع الى آخر . فاذا كان صاحب المصنع قد أصبح بقانون اصابات العمل مسؤولا عن اصابة العامل فى أثناء العمل بغض النظر عن خطئه وتقصيره فانما لأن هذا القانون قد فرض على صاحب المصنع الالتزام بتأمين سلامة العامل وهو التزام بنتيجة [2] . كما أن المحاكم تتجه الى التوسع فى صبغ الالتزامات بصبغة الالتزامات بنتيجة فمحكمة النقض الفرنسية استقرت منذ زمن بعيد على اعتبار عقد نقل الأشخاص متضمنا التزام الناقل بتأمين سلامة المسافرين بمعنى أنها تقضى بمسؤوليته متى ثبت أن المسافر لم يصل الى محطة الوصول سليما ما لم يثبت أن اصابة المسافر انما ترجع الى

---

(١) مقال مازو فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٤٢ .

(٢) دى باج ، ٢ فقرة ٥٩٦ ص ٥١٧ .

سبب أجنبى [١] .

وقد التمس بعض الكتاب لهذه التفرقة بين الالتزام بنتيجة والالتزام بعناية أصولا فى القانون الرومانى نفسه [٢] . فالقانون الرومانى كان يعتبر صاحب الخان مسؤولا عن رد أمتعة المسافرين مسؤولية لا يبرأ منها الا اذا أثبت أن الأمتعة قد فقدت بسبب سرقة مسلحة . فهو قد التزم بردها وثبوت عدم الرد ثبوت لخطئه فلا يبرأ الا باثبات السبب الأجنبى وهو السرقة المسلحة التى لا قبل له بدفعها أى أنه التزم بتحقيق نتيجة لا بصرف عناية .

بل وقد ذهب بعض الكتاب إلى أن هذا التقسيم هو الذى يجب أن يحكم نظرية الالتزامات ويحل فيها محل تقسيم الالتزامات إلى التزامات عقدية وغير عقدية [٣] .

٢٩٧ — لا نزاع فى أن تحديد مضمون الالتزام وفحواه تحديدا دقيقا يحكم المسؤولية العقدية برمتها وركن التقصير فيها بوجه خاص . هذا التحديد مسألة أوليّة question préjudicielle يجب الانتهاء من حلها حتى يسهل البت فى مسألة التقصير .

كذلك لا نزاع فى أن تحديد مضمون الالتزام يقتضينا أن نفرق بين أنواعه ونقسم وأن نجعل لكل قسم حكما .

ولكن هل معنى ذلك الأخذ بالتقسيم المذكور على الوجه الذى قال به هؤلاء الكتاب ؟ ان مذهب هؤلاء الكتاب يتلخص فى تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والتزامات بعناية ، ثم ترتيب نتائج على هذا التقسيم .

---

(١) نقض فرنسى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩ وتعليق سارو .

(٢) أرانجيو رويز ، مقال فى جريدة مصر القضائية فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ — هنرى مازو ، مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٦ فقرة ٢٩ .

(٣) هنرى مازو ، المرجع السابق فقرة ٣٥ ص ٣١ .

أما عن التقسيم نفسه — دقته وصعوبة التمييز بين الالتزام بنتيجة والالتزام بعناية — فلا محل هنا للوقوف عنده . انما يهمنا النتائج التى يرتبها أنصاره على اقامته . وسنرى أن مناقشتها تؤدى إلى استبعادها .

تلك النتائج هى الآتية :

أولا — إذا كان الالتزام مضمونه مجرد المسعى أو الوسيلة أو العناية التى من شأنها أن تؤدى إلى نتيجة معينة دون أن يكون التزاما بتحقيق هذه النتيجة ، فالمدين يعتبر قد أوفى بالتزامه بمجرد بذل المسعى أو العناية بغض النظر عن تحقق النتيجة أو عدم تحققها .

ثانيا — ان مجرد عدم تنفيذ الالتزام — بعدم تحقيق النتيجة إذا كان الالتزام بنتيجة أو بعدم القيام بالعناية إذا كان الالتزام بعناية — عبارة عن تقصير فلا يبرأ المدين من المسؤولية عند ثبوت عدم التنفيذ إلا باثبات السبب الأجنبى عن فعله (١) .

٢٩٨ — أما عن النتيجة الأولى فيمكن القول ان المسألة تتوقف على الناحية التى ننظر منها إلى الالتزام . هل ننظر اليه من ناحية الدائن أم من ناحية المدين . يمكن القول ابتداء أننا إذا نظرنا من ناحية الدائن فكل التزام انما هو التزام بنتيجة أما من ناحية المدين فكل التزام انما هو التزام بعناية . اذا نظرنا للالتزام باعتباره قيمة اقتصادية يحصل عليها الدائن فالالتزام فى جميع الأحوال لا يعتبر قد نفذ الا اذا حصل الدائن على بغيته التى اليها رمى عند ما أجرى العمل القانونى . فالدائن بالنسبة للالتزام بالمحافظة على شىء انما يهمه أن يسترد الشىء سليما دون تلف . والمريض الذى يتعاقد مع الطبيب انما بغيته الشفاء . وهكذا الأمر فى كل التزام حتى ولوكان التزاما بعناية . ومن هذه الناحية وحدها

---

(١) راجع فيما عدا المراجع السابقة سالي ، نظرية الالتزامات ص ٤٣٦ — ٧٣٦ — سوزيه ، المجلة النقدية سنة ١٨٨٣ ص ٦١٣ وسنة ١٨٨٥ ص ١٧٧ — سليمان مرقس ص ٩٣ .

ينظر بعض الكتاب الى الالتزام فيرى أن الالتزامات جميعا انما هى التزامات بنتيجة (١).

على أننا لسنا فى صدد الحساب الاقتصادى للعمل القانونى . انما نحن نبحث فى المسؤولية . وكل مسؤولية ينظر اليها من ناحية المدين وتقوم على التقصير ركنا أساسيا فيها . فاذا نظرنا الى الالتزام من هذا الوضع — وهو الوضع السليم — قلنا ان مسؤولية المدين لا تشغل بمجرد عدم ارضاء الدائن وعدم تحقيق بغيته العملية الاقتصادية . بل هى لا تشغل الا اذا كان عدم تحقيق هذه البغية نتيجة تقصير من المدين . وقد يصح من هذه الناحية — ناحية المسؤولية العقدية — أن يقال ان كل التزام انما هو التزام بعناية (٢) . بمعنى أن مجرد الاخلال بالالتزام أى مجرد عدم تنفيذه وعدم تحقيق بغية الدائن لا يعتبر بمجرده تقصيرا ، بل لابد من أن يكون هذا الاخلال تقصيريا (٣) .

وبهذا نصل الى استبعاد النتيجة الثانية التى تقضى بأن مجرد الاخلال بالالتزام عبارة عن تقصير .

على أن المسألة ليس يكفى فيها مجرد التدليل العقلى . بل لا بد من أن ندخل فى حسابنا نصوص القانون .

---

(١) وأصحاب هـذا النظر هم غالبا أنصـار نظرية تحمل التبعة risque الذين يستبعدون التقصير من أركان المسؤولية . راجع مقـال مارتون فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٥٠٠ .

(٢) راجع فى عرض الفقه الألمانى الذى يقول بذلك مقـال مارتون المشار اليه ص ٥٠٣ وما بعدها وعلى الأخص مذهب شلوسمان الذى يرى أن محل الالتزام يكون دائما القيام بأعمال معينة ولا يمكن أن يكون محله قيام واقعة مادية أو عدم قيامها . فالالتزام بتحصيل نتيجة ان هو اذن الا التزام بالقيام بالأعمال الضرورية لتحقيقها وضمان قيام الشروط الأخرى اللازمة لهذا التحقيق .

(٣) مع عدم الاخلال بقواعد الاثبات . راجع فيما بعد فقرة ٣١٥ وما بعدها . وبضرورة التميز بين المسؤولية والضمان . راجع فيما بعد فقرة ٣٠٢ و ٣٠٣ .

٣ — فى ضرورة التقصير

٢٩٩ — نصوص القانون المصرى والقانون الفرنسى — التعارض بين المادتين ١١٤٧ و ١١٣٧ فرنسى . المادة ١١٤٧ هى التى تضع القاعدة العامة ٣٠٠ — نظرية تحمل التبعة ونظرية التقصير . هل مجرد عدم التنفيذ عبارة عن تقصير ؟ عدم أخذ المحاكم بهذا المذهب ٣٠١ — تفنيد المذهب . صور الاخلال غير التقصيرى . تعارض المذهب مع نص المادة ١١٩/ ١٧٧ من القانون المصرى .

٢٩٩ — تقضى المادة ١١٩/١٧٧ بأن « التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء لا تكون مستحقة — زيادة على رد ما أخذه المتعهد — الا اذا كان عدم الوفاء أو التأخير **منسوبا للتقصير المتعهد المذكور** » . هذا النص هو الذى يحكم مسألة المسؤولية العقدية فى القانون المصرى . وهو صريح فى اشتراط التقصير لنشوء المسؤولية العقدية[1] دون أن يميز بين التزام وآخر ، وفى أن عدم التنفيذ لا يعد بمجرده تقصيرا ، اذ المادة تشترط فى عدم التنفيذ أن يكون منسوبا لتقصير المدين . كذلك يؤيد حكم هذه المادة نص المادة ٢٤١/١٧٨ التى تقضى بأنه « اذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفا رسميا ألزم بالتضمينات » .

أما فى القانون الفرنسى فيقضى النص المقابل وهو نص المادة ١١٤٧ ، بأنه « يحكم على المدين بالتضمينات بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فى التنفيذ مالم يثبت أن عدم التنفيذ راجع الى سبب أجنبى غير منسوب اليه وعلى ألا يكون هناك سوء نية من ناحيته » وظاهر هذا النص يجعل المدين مسؤولا عن عدم التنفيذ مالم يثبت السبب الأجنبى أى مالم يثبت أن عدم التنفيذ لا يرجع لفعله بل الى قوة قاهرة أو حادث جبرى (المادة ١١٤٨) . فكأن تقصير المدين ليس ركنا مطلوبا فى المسؤولية العقدية . فلا يستطيع المدين أن يتخلص من المسؤولية باثبات انه لم يقصر بل لابد من أن ينفى علاقة السببية بين فعله والضرر باثبات

---

(١) راجع س م فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٩ ص ١٠٧ وفى ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المجموعة ٣٨ ص ٢٩٣ وفى ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة ٣٩ ص ٢١٩ .

أن سبب الضرر انما يرجع الى القوة القاهرة أو الحادث الجبرى .

على أن المادة ١١٣٧ من القانون الفرنسى تقضى بأن الالتزام بالمحافظة على الشىء — سواء كان العقد لمصلحة أحد الطرفين أو كليهما — يفرض على الملتزم أن يبذل فى المحافظة على الشىء عناية رب الأسرة » . وهذه المادة تحرك من جديد مسأله التقصير اذ هى تتطلب من المدين عناية معينة والمفروض أنه اذا قام بها لم يكن هناك وجه لشغل مسؤوليته . كذلك فان نصوص المواد ١٣٠٢ و ١٢٤٥ و ١٧٣٢ و ١٧٣٣ و ١٨٠٦ و ١٨٠٩ و ١٨١٠ و ١٨٥٠ و ١٩٢٧ و ١٩٩٢ وهى نصوص تتعلق بالقواعد العامة أو بالعقود المعينة تعرض عن قرب ما لمسألة التقصير مع اختلاف فى التعبير ليس هنا محل الافاضة فى التعليق عليه (١) .

المهم أن المادة ١١٤٧ هى التى تضع القاعدة العامة فى المسؤولية العقدية . يدل على ذلك موقعها فهى فى الفصل الخاص « بالتعويضات المترتبة على عدم تنفيذ الالتزام » فضلا عن أن فحوى المادة لا يدع أى شك فى هذا الصدد .

٣٠٠ — ظاهر المادة كما رأينا لا يشترط التقصير للرجوع بالتعويض كما تقضى المادة ١١٩/١٧٧ من القانون المصرى . وقد استغل أنصار نظرية تحمل التبعة risque هذه المادة للقول بأن التقصير ليس ركنا فى المسؤولية العقدية وأن مجرد اخلال المدين بالتزامه يجعله مسؤولا عن التعويض لا يبرأ منه الا اذا نفى علاقة السببية بين فعله والضرر . وذلك مالم يكن العقد الذى أسفر عنه الالتزام العقدى من عقود التبرع (٢) .

على أن نظرية تحمل التبعة لم تسد فى الفقه الفرنسى . وما زال جمهور الفقه يرى أن التقصير ركن فى كل مسؤولية عقدية كانت أو غير عقدية . فاذا كان الأمر كذلك فعلام يحمل نص المادة ١١٤٧ ؟ يبدأ أنصار التقصير (٣) بتحديد منطقة كل من المادتين ١١٣٧ و ١١٤٧ . فالمادة ١١٣٧ التى تعرض صراحة

---

(١) راجع فى ذلك هنرى وليون مازو فى المسؤولية ، ١ فقرة ٦٥٦ وما بعدها .

(٢) مارتون فى مقاله المشار اليه فقرة ٧ و ٨ .

(٣) وهم فى الغالب أنصار التفرقة بين الالتزام بتحصيل نتيجة والالتزام بالعمل على تحقيقها .

لواجب عناية المدين انما تتعلق بحالة خاصة هى حالة الالتزام بالمحافظة على الشىء [١] . بل أكثر من ذلك هى تحدد مضمون هذا النوع المعين من الالتزام العقدى (المحافظة على الشىء) ومداه دون أن تعرض للمسؤولية العقدية [٢] . ان هى الا نص من النصوص المكملة التى تبين مدى نوع معين من الالتزام العقدى اذا قصر العقد عن بيان هذا المدى . وهل أدل على ذلك من نص الفقرة الثانية من هذه المادة التى تقضى بأن « هذا الالتزام يختلف مداه باختلاف العقود التى تبين أحكامها فى هذا الصدد فى الفصول الخاصة بها » بمعنى أن العناية المطلوبة التى رسمها الشارع فى الفقرة الأولى من المادة ١١٣٧ قد تختلف باختلاف العقود فيتطلب الشارع عنـاية أخف أو أشد فى عقود معينة بذاتها كما قد يتفق الطرفان فى أى عقد من العقود على تشديدها أو تخفيفها . نص المادة ١١٣٧ يتعلق اذن بتحديد مدى الالتزام أخـذا بمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية مصاغا فى نص من النصوص المكملة فلا يتعلق بالمسؤولية العقدية . والأمر كذلك فى كثير من النصوص المبعثرة فى مختلف العقود كالمواد ١٨٠٦ و ١٩٢٧ و ١٩٩٢ . أما المادة ١١٤٧ فهى التى تتعلق بالمسؤولية العقدية . نعم هى لم تبن مسؤولية المدين على التقصير بصورة صريحة . هى تجعله مسؤولا عن مجرد الاخلال أى مجرد عدم تنفيذ الالتزام . ولـكنها تقوم مع ذلك على أساس التقصير . ذلك أن مجرد إخلال المدين بالتزامه العقدى عبارة عن تقصير . فهو فعل لا يصدر من الرجل الحريص الذى يفترض فيه دائما قيامه بالتزاماته . ليس هذا الاخلال مجرد قرينة على التقصير بل بثبوت الاخلال يثبت التقصير فعلا [٣] l'inexécution est une faute prouvée . ولذلك فلا يسمح للمدين فى سبيل ابراء ذمته أن يثبت أنه لم يقصر بعد أن ثبت تقصيره باخلاله بحكم الالتزام العقدى ، الا أن يثبت أن اخلاله يرجع الى سبب أجنبى . هذا هو السبيل الوحيد لابراء مسؤوليته أو لاثبات عدم تقصيره . وهذا

---

(١) چوسران ، ٢ فقرة ٢٩٨ .

(٢) هنرى وليون مازو ، ١ فقرة ٦٦١ .

(٣) راجع نقد پلانيول لهذا التعبير ، ٢ فقرة ٨٨٩ .

الذى يفسر — عند أهل هذا الرأى — أن الشارع يعبر أحيانا بقوله فعل المدين وأحيانا بقوله تقصير المدين وهو فى الحالين يقصد نفس المعنى . كما يعبر أحيانا بقوله قوة قاهرة وأحيانا بقوله عدم وجود تقصير من المدين وهو فى الحالين يقصد نفس المعنى (١) .

على أن أنصار هذا الرأى وهم يعملون على اقامته على أسانيد عقلية منطقية ويحملون نصوص القانون على المعنى الذى يريدون يسلمون فى نفس الوقت بأن القضاء لا يعنى بوضع القواعد على الوجه الذى يفعلون وأنه يجيز للمدين التخلص من المسؤولية باثبات أنه لم يقصر دون حاجة لأن يقيم الدليل على أن الاخلال بالالتزام انما يرجع الى سبب أجنبى عن فعله . وأوقع من ذلك أنهم يسلمون بأن القضاء على حق فيما يذهب اليه (٢) .

٣٠١ — وما بنا حاجة بعد ذلك الى تفنيد هذا الرأى . ويكفى أن نقول لتأييد مذهب القضاء أنه متى سلمنا بأن التقصير ركن فى المسؤولية العقدية وبأن المدين لا يسأل الا اذا كان مقصرا فلا يفهم أن يمنع المدين من اثبات أنه لم يقصر ليدرأ مسؤوليته وأن يلزم باثبات السبب الأجنبى . ذلك أننا بالزامه باثبات السبب الأجنبى انما نتجاوز عن ركن التقصير لننتقل بعد ذلك الى ركن مستقل آخر هو علاقة السببية . ولا فرق بين هذا النظر وبين القول مع أنصار نظرية تحمل التبعة théorie de risque بأن التقصير لا يلزم ركنا فى المسؤولية العقدية .

ولنسق لتصوير ذلك مثالا نختار فيه التزاما من الالتزامات التى توصف بأنها التزامات بتحصيل نتيجة . صاحب مصنع التزم بتوريد منتجات معينة فى ميعاد معين (التزام بنتيجة) ولم يوردها فى الميعاد . المدين (صاحب المصنع) لم ينفذ التزامه ولم يحقق الغاية العملية التى رمى اليها الدائن . ولكن ذلك لا يعنى حتما أن صاحب المصنع مقصر فى عدم تنفيذ التزامه مسؤول قبل الدائن ما لم يثبت

---

(١) هنرى وليون مازو ، ١ فقرة ٦٦٨ .

(٢) هنرى وليون مازو ، ١ فقرة ٦٧٢ .

السبب الأجنبى . اذ قد يمنعه قيام حالة الحرب وتفضيله اختيارا تشغيل مصنعه لمواجهة طلبات الجيش بدافع الوطنية[١] . ولن تتردد المحاكم فى اعتباره غير مقصر فى هذه الصورة[٢] . ولا يقال ان حالة الحرب انما هى قوة قاهرة تنفى ركن السببية ما دام تفضيل صاحب المصنع تشغيل مصنعه للجيش وقع اختيارا لا نتيجة لأمر استيلاء[٣] .

كذلك يعتبر الاخلال غير تقصيرى اذا كان راجعا الى خطأ أو جهل لم يكن من الممكن دفعه erreur ou ignorance inévitable . أو بتعبير أدق اذا كان هذا الخطأ أو الجهل مما يقع فيه الرجل المتوسط الحرص اذا وجد فى نفس الظروف الموضوعية[٤] .

مثل هذا الخطأ أو الجهل لا يعتبر تقصيرا . والأمثلة على هذا عديدة فى أحكام المحاكم . فقد حكم بأن المدين الذى يسىء تفسير شروط العقد فى صورة يدق فيها هذا التفسير لا يسأل عن تنفيذه الخاطىء للعقد[٥] .

---

(١) على أن يتبين أن الدافع هو الوطنية وليس زيادة الربح .

(٢) حكم محكمة لوش فى ٢١ يناير سنة ١٩١٥ سيرى ١٩١٧ — ٢ — ٤٩ — وراجع تطبيقات أخرى لنفس فكرة الوطنية فى حكم شامبرى فى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٦ سيرى ١٩١٧ — ٢ — ٨٥ — وبامون فى ٥ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت المحاكم ١٩١٥ — ٢ — ٤٩٦ — وقارن ڤينى فى مقاله المشار اليه ص ٥٧ وما بعدها .

(٣) راجع مع ذلك فيما بعد فقرة ٣١٠ المذهب الذى يرى أن هذه حالة استحالة أدبية فتنتفى المسؤولية لأن الضرر راجع الى سبب أجنبى .

(٤) راجع فيما بعد فى تعريف التقصير فقرة ٣٠٣ .

(٥) محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٢٦ يناير سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ٨٠ . كذلك قضى بأن المؤمن الذى لا يبلغ عن الحادثة فى الميعاد الذى يتطلبه عقد التأمين لا يسقط حقه فى التأمين ولو قضى العقد بسقوطه عند عدم التبليغ فى الميعاد — اذا كان لم يعلم بالحادثة الا بعد الميعاد — نقض فى ١٢ فبراير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٤ — ١ — ٤٦٩ ومحكمة السين فى ٣٠ أبريل سنة ١٩١٣ جازيت المحاكم ١٩١٣ — ٢ — ٢ — ٣٠٠ ومحكمة كان فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٦ دالوز ١٩١٨ — ٢ — ١ وبوردو فى ١٤ مايو سنة ١٩١٧ دالوز ١٩١٨ — ٢ — ٢١ — وراجع ديموج ، ٦ فقرة ٥٦٧ .

نعم ان كثيرا من الكتاب والأحكام يبرىء المدين فى هذه الصور على أساس القوة القاهرة أى أنهم يعتبرون أن الاخلال فى صورة الخطأ أو الجهل انما يرجع الى سبب أجنبى [١] . وعندى أن هذا التصوير غير صحيح . انما يرجع الاخلال الى فعل المدين لا الى سبب أجنبى . ولكنه فعل غير تقصيرى وعلى هذا الأساس وحده تنتفى مسؤوليته .

على أنه اذا كان نص المادة ١١٤٧ من القانون الفرنسى من شأنه أن يساهم فى اثارة كل هذا الخلاف فان نص المادة ٣٥٧/١١٩ من القانون المصرى لا يدع سبيلا للشك فى ضرورة التقصير ركنا فى المسؤولية العقدية وفى اعتبار أن مجرد عدم التنفيذ غير كاف لاعتبار المدين مقصرا [٢] . أليست المادة المذكورة تعبر بقولها « لا تستحق التعويضات . . . **الا اذا كان عدم الوفاء أو التأخير فى الوفاء منسوبا للتقصير المتعهد** » . ومع ذلك فلم نعدم من كتابنا من أخذ بالرأى القائل إن مجرد عدم التنفيذ يقوم تقصيرا ثابتا لا سبيل الى نقضه باثبات عكسه [٣] .

= وراجع كذلك حكم محكمة ليون فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٦٩ دالوز ١٨٧٠ — ٣ — ٦٣ ومحكمة كان فى ٨ فبراير سنة ١٩١١ سيرى ١٩١٢ — ٢ — ١٣٥ وباريس فى أول مارس سنة ١٩١٣ جازيت دى پاليه ١٩١٣ — ٢ — ٢ — ٢٤١ .

(١) راجع ديموج ، ٦ فقرة ٥٤١ ص ٥٨١ وفقرة ٥٦٧ ص ٤١٣ وما بعدها — وسليمان مرقس الذى مع اعتراضه على اعتبار ثبوت السبب الأجنبي ثبوتا لعدم التقصير (رسالة ، ١٩٣٦ ص ٩٤) يرى أن الخطأ والجهل يعتبر فى الصور المتقدمة قوة قاهرة أى سببا أجنبيا ويشترط من أجل ذلك أن يكون هذا الخطأ أو الجهل مما يصدر من الرجل المتوسط الحرص اذا وجد فى نفس الظروف الموضوعية (ص ٢٣٧ حاشية ٤) . وكأنه بهذا يعود فيرى أن عدم التقصير والسبب الأجنبي ان هما الا أمر واحد .

(٢) راجع كذلك المادة ٢٧٦ من القانون المدنى الألمانى التى تقيم المسؤولية على أساس تقصير المدين وتجيز للمدين أن يدفع مسؤوليته باثبات أنه لم يقصر . وكذلك المادة ٩٧ من القانون السويسرى .

(٣) راجع سليمان مرقس ، رسالة القاهرة سنة ١٩٣٦ ص ١٠٧ وما بعدها . وراجع تعليله استعمال الشارع المصرى لكلمة تقصير فى المادة ١٧٧/١١٩ ص ١٩٠ و ١٩٦ .

٤ — فى ضرورة التفرقة بين المسؤولية والضمان — خاتمة

٣٠٢ — المسؤولية مسألة والضمان مسألة أخرى ٣٠٣ — خاتمة : صياغة القواعد التى تحكم ركن التقصير .

٣٠٢ — الأصل اذن أن التقصير ركن فى المسؤولية العقدية وأن التقصير أمر آخر غير مجرد الاخلال بالالتزام . على أنه لا بد من التسليم بأن هناك التزامات يتحملها المدين و يتحمل تبعة عدم تحقيقها . فالبائع يضمن للمشترى عدم استحقاق العين للغير كما يضمن العيوب الخفية . فاذا استحقت العين لثالث وجب عليه تعويض المشترى ولن يسعفه فى هذا الشأن حسن نيته واعتقاده وقت البيع أنه مالك وعنايته بتحقيق ملكية من تلقى هو الملك عنه . والأمر كذلك فى حالة العيوب الخفية (١) .

وكما يقضى القانون نفسه فى نصوصه المتممة — كما هو الحال فى ضمان الاستحقاق وضمان العيب — بتحمل المدين تبعة تحقيق نتيجة معينة كذلك قد يقضى اتفاق الطرفين نفسه بتحمل المدين هذه التبعة فى غير ذلك من الصور .

على أن تلك الالتزامات التى يتحمل فيها المدين تبعة عدم تنفيذها ليست من السعة والكثرة بحيث تعادل الالتزامات بتحصيل نتيجة كما يصورها أنصار التفرقة المعترض عليها . بل أكثر من ذلك أن تحمل المدين تبعة تنفيذ الالتزام يخرجنا من منطقة المسؤولية ليدخل بنا فى منطقة ضمان التبعة garantie de risque . وتلك مسألة مستقلة عن مسألة المسؤولية . فى حالة تحمل التبعة يسأل المدين عن عدم التنفيذ ولا يجوز له أن يتخلص من ذلك باثبات أنه لم يخطىء . بل وفى كثير من الصور لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية باثبات أن عدم التنفيذ يرجع الى سبب أجنبى .

---

(١) ويلاحظ أن الالتزام بالضمان لا يكون الا فى عقود المعاوضة . ومن هذا تتبين العلاقة بين فكرة الضمان وفكرة السبب cause فالمشترى الذى استحقت عليه العين لثالث لا يحصل على مقابل الثمن — راجع مقال اسمان فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٣ ص ٦٦١ و ٦٦٢ . وراجع فى انقضاء الالتزام بانقضاء سببه ، الفصل الثانى من هذا الكتاب .

٣٠٣ — خاتمة — يمكن مما سبق وضع القواعد الخاصة بضرورة ركن التقصير فى الصيغ الآتية :

(١) اذا لم ينفذ المدين الالتزام العقدى بأن لم يحقق الغرض العملى الذى يرمى اليه الدائن فلا يعنى ذلك مسؤوليته حتما ، اذ يجب أن يتبين أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يرجع الى عمل تقصيرى من جانبه . وللمدين أن ينفى ركن التقصير دون حاجة لنفى علاقة السببية لهذا الغرض .

(٢) يجب تحديد مضمون الالتزام العقدى ونحواه على الوجه الدقيق تمهيدا للبحث فى مسألة التقصير . وهذا المضمون تحكمه ارادة المتعاقدين فى العقد ونصوص القانون المكملة ومبدأ وجوب تنفيذ العقود بحسن نية . وقد يضطرد الالتزام فى الشدة أخذا بفكرة ضمان التبعة garantie . وحتى هذا الضمان قد يختلف شدة وضعفا طبقا لارادة المتعاقدين أو لنصوص القانون وقد يصل فى شدته الى ضمان تحقيق نتيجة معينة لا يبرأ المدين عند عدم تحقيقها باثبات عدم تقصيره حتى ولا باثبات السبب الأجنبى عن فعله . فالبائع يضمن الاستحقاق والعيوب الخفية ولا سبيل له للتخلص بهذا الضمان لا باثبات عدم تقصيره ولا حتى باثبات السبب الأجنبى .

كذلك قد تذهب ارادة المتعاقدين مذهبا عكسيا فتخفف مضمون الالتزام بالاتفاق على الاعفاء من المسؤولية .

وكلا الصورتين — التشديد والتخفيف — عبارة عن صورة عارضة incidente يجب تناولها مستقلة عن قواعد المسؤولية وتجريدها عنها حتى لا تشوش على أحكامها . فاذا جردت عنها قواعد المسؤولية العقدية ظل المبدأ قائما يقضى بأن التقصير ركن من أركان المسؤولية . وأن عدم التنفيذ لا يعنى التقصير حتما . وأن المدين تبرأ ذمته باثبات أنه لم يقصر . فاذا تحمل المدين التعويض رغم اثباته أنه لم يقصر فى صور الضمان فليس لأنه لا يجوز له نفى التقصير بل لأنه قد قبل تحمل تبعة عدم التنفيذ ونصب من نفسه مؤمنا للدائن assureur وفكرة التأمين فى

ذاتها تقوم على اعتبارات عدة [١] ليس من بينها التقصير . وفى هذا يصح ما قاله البعض من أن المسؤولية مسألة والضمان مسألة أخرى وأن قواعد المسؤولية لا يمكن جلاؤها الا اذا وضعنا نصب أعيننا هذه التفرقة بين المسؤولية والضمان [٢] .

ولكن ألا تكون التفرقة بين المسؤولية والضمان عين التفرقة بين الالتزام بتحصيل نتيجة معينة (الضمان) والالتزام ببذل العناية التى تؤدى الى تحصيل نتيجة معينة (مسؤولية) . اللهم اذا كان هذا هو المقصود من التفرقة بين النتيجة والعناية فانى من أنصار هذه التفرقة . وليس اختلاف الأسماء بذى شأن عندى اذا كان المسمى واحدا . على أن الأمر فى ظنى يعدو مجرد الاختلاف فى الأسماء . إن من قالوا بالتفرقة بين الالتزام بتحصيل نتيجة والالتزام ببذل عناية يرون فى مجرد الاخلال بالالتزام أى عدم تنفيذه تقصيرا وهذا فى جميع الصور . وهنا محل الاعتراض اذ فى صياغة القاعدة على هذا الوجه مسخ لقواعد المسؤولية ساقهم اليه جمعهم بين وضعين قانونيين مستقلين فى صعيد واحد : هما المسؤولية والضمان . وهل أدل على استقلال الوضعين من أن المدين فى حالة الضمان قد يتحمل تبعة عدم التنفيذ فى جميع الأحوال أى ليس فقط حتى ولو تبين أنه لم يقصر بل حتى ولو كان عدم التنفيذ راجعا الى سبب أجنبى عنه . أين من هذا المسؤولية وأين من هذا التقصير حتى ولو سمينا مجرد الاخلال كذلك ؟

يجب اذن أن نجرد المسؤولية من صور الضمان الذى فيه وحده يسأل المدين عن مجرد عدم تحقيق الواقعة محل الضمان . أو اذا لم تستسغ تلك التفرقة بين المسؤولية والضمان فلنسم الضمان نوعا خاصا من المسؤولية له أحكامه المستقلة ولنعزله عن المسؤولية فى معناها العادى حتى لا تنضح أحكامه على أحكامها فيقال ان التقصير فى المسؤولية عموما ان هو الا مجرد الاخلال بالالتزام .

---

(١) تقوم على فكرة السبب cause فكل ضمان لا بد له من عوض يقابله فى التزام المنتفع بهذا الضمان .

(٢) اسمان فى مقاله المشار اليه فقرة ١٨ وما بعدها وقارن بالنسبة لفكرة الضمان فى المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، بهجت بدوى ، رسالة باريس سنة ١٩٢٩ .

المطلب الثانى — فى تعريف التقصير ومقياسه

٣٠٤ — تعريف التقصير . مقياسه مجرد موضوعى ٣٠٥ — نفى نظرية درجات التقصير .

٣٠٤ — وبعد فما هو التقصير . ما تعريفه وما مقياسه .

لقد عرف البعض التقصير بأنه الاخلال بالتزام سابق [١] . وليس يعاب على هذا التعريف أنه خاطىء . نعم كل تقصير عبارة عن اخلال بالتزام سابق . اذ كل تقصير يفترض قيام التزام سابق . ولكنه تعريف قاصر اذ ليس كل اخلال بالتزام سابق تقصيرا . اللهم الا اذا كان المقصود بالاخلال أمرا غير مجرد عدم التنفيذ . وهذا ما يقصر التعريف عن بيانه .

متى يعتبر الاخلال بالالتزام العقدى أى عدم تنفيذ هذا الالتزام تقصيرا . لا مناص فى هذا السبيل من الرجوع الى مقياس يطبق عليه تصرف المدين فاذا انطبق عليه برؤ من التقصير واذا لم ينطبق عد مقصرا . هذا المقياس هو تصرف الرجل المتوسط الحرص . هو تصرف رب الأسرة العاقل . قد يكون هذا المقياس عتيقا . ولكنه المقياس الوحيد الذى ثبت على كل امتحان [٢] .

وهو مقياس مجرد in abstracto . ذلك أننا لا نعنى بتصرفات المدين وقدر العناية الذى يبذله عادة فى تصريف أموره [٣] بل بتصرفات شخص مجرد تصورى هو الرجل المتوسط الحرص مع الاعتبار بالظروف الموضوعية objectives التى وجد فيها المدين دون اعتبار بظروفه الشخصية [٤] . وعلى أن يختار من نفس وسط المدين الاجتماعى . فاذا كان المدين مهندسا تعهد باقامة بناء طابقنا تصرفه على تصرف المهندس المتوسط الحرص الذى وجد فى نفس ظروفه الموضوعية . والأمر كذلك اذا كان طبيبا يقوم بعمليه جراحية أو محاميا يقوم بالدفاع فى دعوى .

---

(١) بلانيول ، ٢ فقرة ٨٦٣ .

(٢) لنا عودة الى تعريف التقصير فى الكتاب الثانى الخاص بالمسؤولية اللاعقدية .

(٣) راجع مع ذلك نص المادة ٤٨٢/٥٩٠ فى باب الوديعة .

(٤) هنرى وليون مازو ، ١ فقرة ٦٧٨ .

نقيس تصرفاته على تصرفات الطبيب أو المحامى المتوسط الحرص الذى وجد فى نفس الظروف الموضوعية .

وتلك بعد مسألة موضوعية المحاكم أولى من الفقه بحلها وجلائها .

ويكفينا هنا أن نعرف التقصير بأنه سوء التصرف الذى لا يصدر مثله من الرجل المتوسط الحرص اذا وجد فى نفس الظروف الموضوعية التى وجد فيها المدين (١) .

٣٠٥ — ويكفى أى تقصير من جانب المدين لشغل مسؤوليته . يكفى انحرافه عن جادة تصرفات الرجل الحريص الحازم لعده مقصرا فلا محل للتفرقة بين تقصير يسير وتقصير جسيم وفعل متعمد .

كل ما هنالك من فرق بين حالة التقصير اليسير وغيره أن القانون يمد فى مدى التعويض فى حالة اخلال المدين بالتزامه متعمدا فيحمله تعويض الضرر كاملا حتى ذلك الذى لم يكن متوقع الحصول عقلا وقت العقد dommage imprévisible . ويلحق التقصير الجسيم بالاخلال المتعمد بالنسبة لهذا الأثر .

على أن القانون الفرنسى القديم كان يفرق بين درجات التقصير من ناحية وبين فئات العقود من ناحية أخرى . ويجعل لكل فئة درجة من التقصير هى التى تشغل عندها مسؤولية المدين . فالعقد اما أن يعقد لمصلحة المدين وحده كعقد العارية أو لمصلحة الدائن وحده كعقد الوديعة أو لمصلحة كليهما كعقد الاجارة . فى الفئة الأولى من العقود يسأل المدين حتى عن تقصيره اليسير جدا culpa levissima . وفى الفئة الثانية لا يسأل المدين الا عن تقصيره الجسيم culpa lata وفى الفئة الثالثة يسأل المدين عن تقصيره اليسير culpa lévis (٢) .

على أن هذا التقسيم حمل عليه النقاد فى القانون الفرنسى القديم (٣) ولذلك

---

(١) المرجع السابق .

(٢) بواتييه ، شرح الالتزامات فقرة ١٤٢ .

(٣) وعلى الأخص لبران ، راجع ملحق شرح الالتزامات لبواتييه جزء ٢ ص ٥٠٣ .

لم يأخذ به الشارع الفرنسى [١] بل أخذ بمقياس مجرد ثابت هو مقياس رب الأسرة . فالمادة ١١٣٧ التى تتناول حالة الالتزام بالمحافظة على الشىء تقضى فى فقرتها الأولى أن المدين بهذا الالتزام يلتزم ببذل عناية رب الأسرة — سواء كان العقد لمصلحة أحد الطرفين أو كليهما . وظاهر أن المقصود من هذه الجملة الأخيرة هو استبعاد نظرية درجات التقصير التى كان يقضى بها القانون القديم . نعم ان هذه المادة عادت فى فقرتها الثانية فقضت بأن هذا الالتزام قد يختلف باختلاف العقود . وقد يبدو من ذلك أن الشارع الفرنسى قد عاد الى تقرير نظرية درجات التقصير الذى يختلف باختلاف العقود . على أن الشراح الفرنسيين يحملون نص هذه الفقرة وما تحيل عليه من نصوص فى باب العقود على غير هذا المعنى . فتلك النصوص فى عرفهم ترمى الى تحديد مضمون الالتزام العقدى لا الى تحديد درجة التقصير المطلوبة لشغل المسؤولية [٢] .

المبحث الثالث — فى علاقة السببية

٣٠٦ — ضرورة التفرقة بين ركن التقصير وركن السببية ٣٠٧ — أمثلة لثبوت التقصير وثبوت السبب الأجنبى . أمثلة لانتفاء التقصير وانتفاء السبب الأجنبى .

٣٠٦ — لكى تشغل مسؤولية المدين لا بد من أن يكون الضرر راجعا الى تقصير المدين أى أن يكون التقصير هو سبب الضرر وهـذا ما يسمى بركن السببية causalité . وهو كما قدمنا ركن مستقل عن ركن التقصير اذ هو عبارة عن ارتباط التقصير بالضرر ارتباط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول . على أن كثيرا من الكتاب يمزج الركنين فى المسؤولية العقدية فيرى أنه كلما ثبت أن الضرر راجع الى سبب أجنبى عن فعل المدين فمعنى ذلك حتما أن المدين لم يقصر وأن المدين

---

(١) بلانيول وريبير ، ٢ فقرة ٢٣٧ — جوسران ، ٢ فقرة ٦١٢ — مازو ، ١ فقرة ٦٨٣ .

(٢) مازو ، ١ فقرة ٦٨٥ .

لا ينفى تقصيره الا باثبات أن الضرر راجع الى سبب أجنبى [1] . قد يتفق فقه هذا الرأى مع النتائج العملية التى تؤدى اليها غالبا قواعد الاثبات ولعل أهل هذا الرأى قد تأثروا بتلك الصورة العملية فصاغوا القاعدة فى المسؤولية العقدية على الوجه المتقدم . على أن صناعة القواعد القانونية ينبغى لها أن يرتأبها عن التأثر بما يجرى عليه العمل الا بقدر ما يراد اصطناع قاعدة تقوم عمدا على أساس غالب الأحوال كما هو الحال فى القرائن présomptions . كما أن النتائج العملية لقاعدة ما لا يجب أن تؤثر فى كيان القواعد الأخرى . ينبغى اذن إعطاء كل قاعدة حقها بغض النظر عن النتائج العملية التى تترتب على القواعد واشتباكها والا انتهينا الى اضطراب القواعد نفسها تأثرا بنتائجها العملية .

الحاصل أن نفى تقصير المدين يكون **عادة** باثبات السبب الأجنبى وأن اثبات السبب الأجنبى يعنى **عادة** نفى التقصير . ولكن وقوع ذلك عادة ليس يؤثر فى صياغة القاعدة . ويظهر لى أن الكتاب المشار اليهم يفهمون التقصير على معنى أنه سوء التصرف **الذى أدى الى الضرر** . اذا صح هذا الفهم وجب اذن الاستغناء عن ركن السببية . وعلى هذا الأساس وحده يصح قولهم ان اثبات السبب الأجنبى نفى للتقصير وان نفى التقصير اثبات للسبب الأجنبى . ولكن الواقع أن التقصير والسببية ركنان مستقلان كما قدمنا فالتقصير هو سوء التصرف الذى لا يصدر من رب الأسرة اذا وجد فى نفس الظروف الموضوعية . فاذا طابقنا تصرفات المدين على تصرفات رب الأسرة فانطبقت عليها فهو غير مقصر واذا انحرفت عنها فهو مقصر بغض النظر عن أثر هذا التقصير فى احداث الضرر . وبحثنا فى هذه الحدود بحث فى مسألة التقصير . على أننا نتساءل بعد ذلك عما اذا كان

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ٦ فقرة ٥٤٠ — چوسران ، ٢ فقرة ٦١٥ و٩٦١ — هنرى وليون مازو ، فقرة ٦٦٩ — اسمان ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٣ ص ٦٣٦ — ڤينى ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٧٣ — راجع عكس ذلك سليمان مرقس ، ص ٩٤ وما بعدها . وهو يرى أن التقصير والسببية ركنين مستقلين ولكنه ممن يرى أن مجرد الاخلال عبارة عن تقصير (راجع رسالته ص ٩٣) .

تقصير المدين هو الذى أدى الى الضرر أم أن الذى أدى اليه سبب أجنبى لم يتداخل فيه هذا التقصير . وهذا بحث آخر مستقل لا يجب خلطه مع البحث السابق .

٣٠٧ — ولكى ندلل على استقلال ركن التقصير عن ركن السببية يكفى أن نقدم مثالا يتبين منه أن التقصير ثابت (بالمعنى الدقيق للتقصير لا بمعنى مجرد عدم تنفيذ الالتزام) ومع ذلك يبرأ المدين من المسؤولية لأن الضرر ليس بسبب تقصيره بل بسبب أجنبى ومثالا آخر يتبين منه أن الضرر وقع بسبب فعل المدين لا بسبب أجنبى ومع ذلك يبرأ من المسؤولية لأن هذا الفعل ليس تقصيريا :

محام كلف برفع استئناف عن حكم ما فرفعه بعد ميعاد الاستئناف فرفض الاستئناف شكلا أو أهمل رفعه اطلاقا فأصبح الحكم الابتدائى نهائيا . هو لم يقم بالتزامه ولا نزاع فى تقصيره اذ هو قد تصرف على وجه لا يصدر من المحامى الحريص . والمفروض بعد ذلك شغل مسؤوليته والزامه بتعويض الضرر الذى لحق الموكل من ذلك (خسارة الدعوى) . على أنه اذا تبين للمحكمة وهى تنظر فى التعويض أن الاستئناف حتى ولو رفع فى الميعاد كان حتما مرفوضا موضوعا لقيامه على غير أساس وانه لم يكن هناك وجه لتجريح الحكم الابتدائى لا من ناحية استخلاصه للوقائع ولا من ناحية التطبيق القانونى فلا نزاع فى رفض دعوى المسؤولية . ولا يقال ان المسؤولية تنتفى فى هذه الحالة بسبب انتفاء ركن الضرر (١) . فالضرر قائم وهو خسارة الموكل دعواه وصيرورة الحكم الابتدائى نهائيا فى مواجهته . بل المسؤولية منتفية لانتفاء ركن السببية لأن الضرر الواقع (خسارة الدعوى) لم يقع بسبب تقصير المدين (المحامى) بل بسبب أجنبى ألا وهو أن الدائن (الموكل) غير محق فى دعواه .

كذلك اذا كان المدين ملتزما بتسليم عين معينة وأعذر بهذا التسليم ولم

---

(١) يقول بذلك هنرى وليون مازو ، ١ فقرة ٢١١ . راجع مع ذلك بلانيول وريبير واسمان ، ٦ فقرة ٥٣٩ وراجع نقض فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ — ١ — ٥٦٩ .

يفعل فهلكت تحت يده فالمفروض أنه مسؤول حتى ولو كان الهلاك بقوة قاهرة [١]. على أنه اذا تبين أن العين كانت هالكة لا محالة حتى ولو كان قد سلمها فى الميعاد كدابة نفقت بسبب مرض قديم كامن المدين غير مسؤول عنه ، فلا نزاع فى انتفاء مسؤوليته . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى . والمسؤولية تنتفى فى هذه الحالة رغم تقصير المدين (عدم تسليم العين بعد الاعذار بتسليمها عمل تقصيرى) لانتفاء ركن السببية بين تقصير المدين والضرر (الهلاك) اذ سبب الضرر هو المرض الكامن وليس تقصير المدين .

أما عن الصورة الأخرى أى الصورة التى يثبت فيها أن المدين غير مقصر وان كان الضرر وقع بسبب فعله لا بسبب أجنبى فقد سبق أن قدمنا عنها أمثلة الاخلال غير التقصيرى (راجع مثال صاحب المصنع الذى لا يورد المنتجات التى وعد بتوريدها لتفضيله تشغيل مصنعه لمواجهة طلبات الجيش فى حالة الحرب . ومثال الخطأ أو الجهل الذى لا يمكن دفعه) [٢] .

و يبقى بعد ذلك أن نتكلم فى الأحوال التى ينتفى فيها ركن السببية ألا وهى حالة السبب الأجنبى وحالة السبب البعيد (الضرر غير المباشر) [٣] .

المطلب الأول — فى السبب الأجنبى

٣٠٨ — النصوص القانونية . السبب الأجنبى هو الجنس والقوة القاهرة نوع منه . تعريف السبب الأجنبى ٣٠٩ — عناصر السبب الأجنبى ٣١٠ — يجب أن يكون الحادث مما يجعل التنفيذ مستحيلا ٣١١ — يجب أن يكون الحادث مما لا يمكن توقعه ولا دفعه ٣١٢ — أنواع السبب الأجنبى . القوة القاهرة والحادث الجبرى وعدم التفرقة بينهما . فعل الدائن وتقصيره وتأخيره ٣١٣ — أثر السبب الأجنبى .

٣٠٨ — تقضى المادة ١١٤٧ من القانون الفرنسى بأن المدين لا تبرأ

---

(١) المدين يضمن القوة القاهرة بعد الاعذار (راجع فيما بعد الجزء الثانى) .

(٢) فيما تقدم فقرة ٣٠١ ص ٤٢٥ — ٤٢٧ .

(٣) يبقى كذلك الكلام فى تعدد الأسباب التى أنشأت الضرر وأثر هذا التعدد فى المسؤولية اذا كان تقصير المدين أحد هذه الأسباب . ولما كانت هذه المسألة تجلوها تطبيقات المسؤولية اللاعقدية فقد أرجأناها الى الكتاب الثانى عند الكلام فى المسؤولية اللاعقدية .

ذمته الا اذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع الى سبب أجنبى غير منسوب اليه . وتتبعها المادة ١١٤٨ بقولها انه لا محل للتعويضات اذا منع المدين من تنفيذ التزامه قوة قاهرة أو حادث جبرى . والملحوظ أن المادة الأولى ذكرت السبب الأجنبى أما المادة الثانية فقد ذكرت القوة القاهرة والحادث الجبرى دون غيرها . على أن المادة ١١٤٧ هى التى تضع المبدأ . فالسبب الأجنبى cause étrangère هو الجنس genre . أما القوة القاهرة والحادث الجبرى فهما نوعان espèces من هذا الجنس . فيعتبر سببا أجنبيا الى جانب القوة القاهرة والحادث الجبرى : فعل الغير بشرط ألا يكون المدين مسؤولا عنه — فعل الدائن نفسه الذى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون تقصير من المدين — أمر الحاكم fait du prince كالقوانين والأوامر العسكرية التى تصدر فى حالة الحرب أو عند اعلان الأحكام العرفية — العيب فى ذات الشىء الذى يؤدى الى هلاكه دون تقصير من المدين .

أما القانون المصرى فلم يرد فيه ما يقابل هذين النصين . وقد قدمنا أن نصوص القانون المصرى صريحة فى ضرورة التقصير للمسؤولية وفى اعتبار التقصير أمرا آخر غير مجرد الاخلال (المواد ١١٩/١٧٧ و ١٧٨/٢٤١) . على أن القانون المصرى ذكر الأثر المبرىء للقوة القاهرة والحادث الجبرى فى نصوص متفرقة — راجع المواد ٤٨٩/٥٩٨ و ٥٤٤/٦٦٦ ، وهى تتعلق بهلاك الشىء بقوة قاهرة و براءة ذمة المدين من الالتزام برد الشىء — كما أنه فى نصوص أخرى يذكر عدم التقصير سببا لنفى المسؤولية ولا يذكر القوة القاهرة — راجع المواد ٢٩٧/٣٧١ و ٣٩٩/٤٨٧ . ولا أهمية لاختلاف التعبير فى الحالين لأن القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١١٩/١٧٧ لا تدع محلا للشك فى أن المدين تبرأ ذمته باثبات أنه غير مقصر أو باثبات أن الضرر انما يرجع الى سبب آخر غير تقصيره (السبب الأجنبى) .

ويمكن تعريف السبب الأجنبى بأنه الحادث أو الواقعة أو الظرف غير المنسوب non imputable لتقصير المدين والذى أدى الى الضرر[1] .

---

(١) قارن سليمان مرقس ، رسالة القاهرة سنة ١٩٣٦ ص ١٨١ وقارن كولان وكابيتان ، ٢ فقرة ٨٠٢ الذى يعرفه بأنه الحادث المستقل عن ارادة المدين .

٣٠٩ — عناصر السبب الأجنبي — ان الفقه والقضاء يشترطان دائما فى الحادث الأجنبى أن يكون من شأنه جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وأن يكون من غير الممكن توقعه imprévisible ودفعه inévitable . على أن هذه الشروط لا تضيف فى الواقع عنصرا جديدا . ان هى الا بسط ايجابى للعنصر الوحيد للسبب الأجنبى ألا وهو عدم نسبته الى تقصير المدين . فاذا كان الحادث المدعى به مما كان من الممكن توقعه prévisible أو دفعه évitable فالمدين لا يبرأ من المسؤولية ، اذ هو مقصر فى عدم توقع الحادث وتدبره ودفعه فيصير الحادث بذلك منسوبا الى تقصيره لا الى سبب أجنبى عنه . كذلك فان شرط استحالة الوفاء ليس شرطا جديدا اذ قد قدمنا أن مسألة المسؤولية العقدية لا تعرض الا اذا كان تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلا فنتساءل عند ذلك عما اذا كان المدين غير مسؤول لانتفاء ركن من أركان المسؤولية أم مسؤولا لاستيفاء هذه الأركان . أما قبل هذه الاستحالة فالمفروض التنفيذ العينى للالتزام . البحث فى استحالة التنفيذ هو اذن بحث أولى سابق préjudicielle للمسؤولية العقدية [1] . على أن الحقيقة أن مسألة استحالة التنفيذ تثار عملا فى صدد المسؤولية العقدية أكثر مما تثار فى صدد التنفيذ العينى للالتزام [2] . وهى عند ما تعرض فى صدد المسؤولية انما تعرض للرد على السؤال الآتى : هل الحادث المدعى به يجعل التنفيذ حقيقة مستحيلا أم أن التنفيذ كان رغم ذلك ممكنا فعدم التنفيذ منسوب لتقصير المدين ؟

المهم اذن أن يبرأ المدين من أن يكون تقصيره سببا فى الحادث فيكون هذا الحادث هو سبب عدم تنفيذ الالتزام — أو سبب الضرر بتعبير أدق — دون تقصير المدين . على أن بسط موضوع السبب الأجنبى يقتضينا بحث هذه الشروط

---

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٢٩٢ وما بعدها .

(٢) راجع فيما تقدم ٢٩٣ و ٢٩٥ .

فهى من ناحية تبسط أهم تطبيقاته العملية ومن ناحية أخرى تبرز السبب الأجنبى فى صورته الايجابية .

٣١٠ — (١) الحادث يجعل التنفيذ مستحيلا — يجب أن تكون الاستحالة مطلقة . مطلقة بمعنى أنه لا يكفى كون التنفيذ صعبا أو مرهقا للمدين أو مجحفا به [(١)] . بل على المدين أن يقوم بالتنفيذ عينا ما دام التنفيذ العينى ممكنا ومنتجا ولو تكلف من أجل ذلك ما تكلف . فاذا أصبح التنفيذ العينى رغم امكانه غير منتج (تأخر فى التنفيذ [(٢)] فصار التنفيذ العينى المتأخر غير منتج) ألزم بالتعويضات لأن سبب الضرر لا يرجع إلا الى فعله التقصيرى . وليست صعوبة التنفيذ وحدها مما يجعل اخلال المدين غير تقصيرى .

ولكن هل يجب أن تكون الاستحالة مطلقة بمعنى عدم الاكتفاء بكون التنفيذ قد أصبح مستحيلا بالنسبة لشخص المدين ؟ قد يستحيل التنفيذ على المدين ولكن يستطيع غيره القيام به . وبعض الكتاب يكتفى بالاستحاله النسبية ، نسبة الى شخص المدين . يكتفى بأن تكون كل مغالبة من المدين للحادث طبقا

---

(١) راجع فيما بعد فى نظرية تغير الظروف ، الفرع الرابع من هذا الفصل . وراجع س م فى ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٤ ص ٣٦٨ وفى ١٥ مارس سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٢٠٢ وفى ٧ يونيو سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٤١٤ وفى ١٧ يناير سنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٧٧ ومحكمة الاسكندرية المختلطة فى ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ الجازيت ٧ — ٦٧ — ١٩٢ و س م فى ٧ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة ٣٣ ص ٣٠٨ وفى ٨ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة ٣٤ ص ٢٢٦ وفى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة ٣٤ ص ٢٧٩ وفى ٢٢ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت سنة ١٩٢٤ ص ٢٥٠ وفى ٦ يناير سنة ١٩٢٧ المجموعة ٣٩ ص ١٣٨ وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة ٤٠ ص ١١٢ وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٢ ص ٣٨١ وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المجموعة ٤٤ ص ٣٥ وفى ٥ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة ٥٣ ص ٨٧ ومحكمة الاسكندرية الأهلية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١١٦ ص ٢٢٣ ومحكمة استئناف مصر الأهلية فى ٧ يونيو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ ص ٥٦١ . وراجع حكم محكمة النقض فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ٧٣٣ .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٢٩٣ وما بعدها وراجع مقال ڤينى ، مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٢٧ وما بعدها .

لظروفه وملابساته ليس من شأنها التغلب عليه [١] . على أن الرأى السائد هو وجوب تقدير هذه الاستحاله تقديرا موضوعيا مجردا كما هو الحال فى مقياس التقصير على العموم . بمعنى أننا نتساءل عما اذا كان من الممكن للرجل المتوسط الحرص اذا وجد فى نفس الظروف الموضوعية أن يقوم بتنفيذ الالتزام والتغلب على العقبة القائمة أم ذلك من غير الممكن [٢] .

وكما قدمنا كلما تحدد مضمون الالتزام سهل البت فى مسألة الاستحالة . فاذا كان المدين قد تعهد بتوريد منتجات ذات علامة تجارية معينة فان احتراق المصنع الذى يصنعها يجعل التنفيذ مستحيلا [٣] أما اذا كان العقد يمكن تنفيذه بعدة طرق واستحال التماس أحدها فلا يعتبر التنفيذ قد أصبح مستحيلا ما دام يمكن تنفيذه بالطرق الأخرى . مثلا منتجات يجب نقلها وتسليمها فى ميعاد معين . اذا استحال النقل بالسكة الحديدية فقد يكون النقل النهرى أو البرى ممكنا [٤] .

والاستحالة قد تكون مادية physique كهلاك الشىء الواجب تسليمه أو قانونية légale كصدور قانون أو أمر عسكرى بحظر توريد مواد معينة أو تصديرها فيستحيل تنفيذ الالتزام بتوريدها أو تصديرها . بعض الكتاب [٥] يضيف الى ذلك الاستحالة الأدبية morale أو النفسانية psychologique . فالتزام المؤلف

---

(١) من هذا الرأى ليون مار ، رسالة باريس فى سنة ١٩١٠ ص ٢٤ . راجع فى نقد هذا المذهب ، سليمان مرقس ١٩٧ .

(٢) هنرى وليون مازو ، ٢ فقرة ١٥٧٦ — على أنه لا مناص من الرجوع الى التقدير الشخصى اذا كان التنفيذ يجب أن يؤديه المدين بشخصه فتقدر الاستحالة تقديرا ذاتيا — سليمان مرقس ، ص ١٩٨ .

(٣) محكمة اكس فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠١ مجموعة مارسيليا ١٩٠٢ — ١ — ٧٤ — محكمة ليج فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ الباسيكريزى ١٨٨١ — ٢ — ١٥٢ — محكمة السين فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٧ جازيت دى پاليه ١٩١٧ — ١٠٣٢ وراجع س م فى ٧ يونيو سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٤١٦ .

(٤) رادوان ، رسالة باريس سنة ١٩٢٠ ص ٣٥ — ديموج ، ٦ فقرة ٦٠٦ .

(٥) رادوان ، ص ٢٢ وما بعدها — هنرى وليون مازو ، ٢ فقرة ١٥٧٠ — سليمان مرقس ص ١٩٩ .

المسرحى بتقديم الرواية فى ميعاد معين يعتبر مستحيل التنفيذ أدبيا اذا منعه من ذلك مرض أسنانه وآلامها التى جعلت من المستحيل عليه تركيز ذهنه مدة طويلة[١] . والتزام صاحب الملهى قبل الممثلين يصبح مستحيل التنفيذ أدبيا اذا رأى اغلاق ملهاه عند اعلان الحرب بدافع الوطنية[٢] . والتزام صاحب المصنع بتوريد منتجات معينة يصبح مستحيل التنفيذ أدبيا اذا رأى تشغيل مصنعه للجيش بدافع الوطنية[٣] .

على أن الواقع أنه لا حاجة — من أجل الوصول لهذه النتيجة — للاستناد على الاستحالة الأدبية ، على الأقل فى الصور الأخيرة . اذ المسألة محلولة ببحث ركن التقصير ، لأننا نتساءل عن تصرف المدين هل هو ينطبق على تصرف رب الأسرة اذا وجد فى نفس الظروف الموضوعية أم ينحرف عنها . وتستطيع المحاكم أن تبرىء مسؤوليته على أساس أنه غير مقصر دون حاجة للقول بأن هناك استحالة أدبية ونفى المسؤولية على أساس انتفاء ركن السببية . وظاهر فى هذه الأمثلة أن الاخلال بالالتزام نتيجة فعل المدين العمدى لا نتيجة حادث أجنبى . كل ما فى الأمر أن فعله غير تقصيرى .

٣١١ — (٢) الحادث مما لا يمكن توقعه ولا دفعه — عدم امكان توقع الحادث ينفى نسبته لتقصير المدين . أما عدم توقع المدين للحادث فعلا فلا يكفى بمجرده لنفى نسبته اليه اذ قد يكون العقد يفرض عليه توقع هذا الحادث ولم يفعل[٤] . والتزام المدين فى هذا الصدد تحدده طبيعة العقد ونية الأطراف

---

(١) محكمة باريس فى ٧ يناير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ — ١١ — ٢٩٢ .

(٢) محكمة شامبرى فى ٣١ يوليو سنة ١٩١٥ سيرى ١٩١٧ — ٢ — ٨٥ ومحكمة بايون فى ٥ فبراير سنة ١٩١٦ جازيت المحاكم ١٩١٦ — ٢ — ٤٩٦ .

(٣) محكمة لوش فى ٢١ يناير سنة ١٩١٥ سيرى ١٩١٧ — ٢ — ٤٩ .

(٤) اسمان ، تعليق على حكم النقض البلجيكى فى ٤ يوليو سنة ١٩٢٩ سيرى ١٩٣٠ — ٤ — ١ — سليمان مرقس ص ٢٠٥ — محكمة مصر الأهلية فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٩ ص ٤٠٦ .

ومبدأ تنفيذ العقود بحسن نية . فاذا ثبت هذا الالتزام فليس معنى ذلك أنه مسؤول عن كل حادث يقع يتصل بتنفيذ التزامه . اذ منطقيا كل حادث — ما لم يكن يحدث لأول مرة — يعتبر متوقع الحصول (١) . فاذا تبين من تفسير العقد أن المدين عليه أن يتوقع نوعا من الحوادث يتصل بتنفيذ التزامه العقدى وجب أن نتساءل بعد ذلك أمام الحادث الواقع عما اذا كان هذا الحادث مما كان من الممكن للمدين أن يتوقعه أم لا . والتقدير هنا موضوعى ومقياسه تصرفات رب الأسرة . ومناط المسألة درجة احتمال طروء مثل هذا الحادث ، هل هى تدخل فى حدود المألوف normal فيعتبر الحادث مما يمكن توقعه أم أن الحادث استثنائى بحيث لم يكن يمكن تقدير احتمال وقوعه (٢) .

على أن كون الحادث مما يمكن توقعه على الوصف المتقدم ليس يعنى حتما أنه يصير منسوبا لتقصير المدين . ذلك أنه قد يكون مما لا يمكن دفعه . انما هو يعتبر منسوبا لتقصير المدين اذا كان من الممكن توقعه **عند التعاقد** (٣) . اذ المدين الذى يقدم على التعاقد رغم امكان طروء هذا الحادث الذى يعوق التنفيذ انما هو مغامر ينبغى له أن يتحمل نتيجة مغامرته ولا يمكنه أن يحتج بعد ذلك بأن الحادث مما لا يمكن دفعه . أما اذا كان امكان توقع الحادث لم يعرض الا بعد التعاقد فلا تقصير يمكن نسبته الى المدين الا أن يكون هذا الحادث المفاجىء الذى لم يكن من الممكن توقعه كان من الممكن دفعه . اذ عدم دفع المدين اياه يجعل الاخلال منسوبا لتقصيره لا لسبب أجنبى . مثال ذلك أن تحترق العين المؤجرة ويثبت نشوء الحريق فى عقار مجاور ثم اتصاله بالعين المؤجرة . هذا حادث مفاجىء لم يكن يمكن توقعه ولكن قد يثبت أن المستأجر كان فى امكانه دفع اتصال الحريق

---

(١) سليمان مرقس ، ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

(٢) س م فى ١٠ مارس سنة ١٨٩٦ المجموعة ٨ ص ٣٢٢ و ١٤ مايو سنة ١٩٠٨ المجموعة ٢٠ ص ٢٢٠ و ٢٤ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ — ٢٨٤ .

(٣) ديموج ، ٦ فقرة ٥٣٩ — نقض فى ١٣ فبراير سنة ١٨٧٦ دالوز ١٨٧٧ — ١ — ٢٥٥ — سليمان مرقس ، ص ٢٠٧ وما بعدها .

بالعين المؤجرة ولم يفعل .

على المدين اذن متى أصبح الحادث الذى لم يكن من الممكن توقعه متوقعا أو متى طرأ أن يعمل على دفعه أو التهوين من أثره والا نسب اليه الحادث أو تجسم آثاره والتزاماته فى هـذا الصدد تحددها طبيعة العقد ونية الطرفين ومبدأ تنفيذ العقود بحسن نية . وقد يقتضى هذا المدين القيام بأعمال لم يفرضها عليه نص العقد وذلك أخذا بالمبدأ المذكور [1] .

٣١٢ — أنواع السبب الأجنبى — أما عن أنواع السبب الأجنبى فقد رأينا أن أهمها القوة القاهرة force majeure والحادث الجبرى cas fortuit . وهما تعبيران مختلفان عن معنى واحد ، يغلب فى كل منهما عنصر من عنـاصر السبب الأجنبى . فالحادث فجائى لأنه مما لا يتوقع حصوله وهو قوة قاهرة لأنه مما لا يمكن قهره أو دفعه . والشارع قد يستعمل التعبيرين سويا أو أحدهما دون الآخر دون أن يقصد التفريق بينهما فى الحكم [2] (راجع المواد ٣٤٢/٤٢٧ و ٤٨٩/٥٩٨ و ٣٩٢/٤٧٩ و ٣٩٣/٤٨٠ و ٤١١/٥٠٢ و ٥٦٢/٦٨٦ و ٤١٧/٥٠٩ و ٥٤٤/٦٦٦) .

ومن أمثـلة القوة القاهرة والحادث الجبرى : الفيضان والعواصف وانفجار

---

(١) راجع الأحكام المذكورة فيما تقدم ص ٣٩١ عن فـكرة التعاون بين الدائن والمدين .

(٢) حاول بعض الـكتاب التفرقة بين الحادث الفجائى والقوة القاهرة وجعل المدين مسؤولا عن الحادث الفجائى دون القوة القاهرة . فالقوة القاهرة فى نظرهم يجب أن تكون ذات عنصر خارجى غير داخلة فى دائرة نشاط المدين élément d'extériorité . وهى وحدها التى تؤدى الى نفى مسؤوليته . أما الحوادث التى يحتملها نشاط المدين فهو مسؤول عنهـا بغض النظر عن ثبوت تقصيره — راجع كتاب أكسنر (وهو أول من قال بهذه التفرقة) فى القوة القاهرة سنة ١٨٩٢ — سالي ، فى حوادث العمل والمسؤولية سنة ١٨٩٧ ، وتعليقه فى دالوز ١٨٩٧ — ١ — ٤٣٣ — چوسران ، فى النقل فقرة ٥٧٥ — وفى القـانون المدنى ، ٢ فقرة ٤٥١ . ولا حاجة بنا الى بسط هذا المذهب وهو لا يجد سندا لا فى نصوص القانون ولا فى أحكام المحاكم فضلا عن أن جمهور الفقه لم يأخذ به — راجع مع ذلك أهمية العنصر الخارجى للحادث بالنسبة للاثبات ، فيما بعد فقرة ٣٢٠ .

البراكين والحريق والسرقة والمرض والحرب والثورة والاضراب وأمر السلطة العامة fait du prince .

على أن أى حادث لا يعتبر بمجرده سببا أجنبيا ، بل يجب أن يكون غير منسوب لتقصير المدين على الوجه الذى بيناه آنفا . ومجموعات الأحكام غنية بالتطبيقات وعلى الأخص بالنسبة للحرب والحريق والسرقة والاضراب (١) .

كذلك من أنواع السبب الأجنبى تقصير الدائن نفسه . فاذا تلفت البضاعة التى يتولى أمين النقل نقلها بسبب سوء تعبئتها من جانب صاحبها (الدائن) فان تقصير هـذا الأخير يؤدى الى نفى مسؤولية المدين (أمين النقل) ما دام الضرر

---

(١) راجع فى الحرب وأثرها ، رسائل : ليمونييه ، كان سـنة ١٩١٨ — چيليت ، باريس سنة ١٩١٩ — لپارنيير ، باريس سـنة ١٩٢٠ وراجع والتون ، ٢ ص ٣١٧ وما بعدها — پلانيول وريپير واسمان ، ٢ فقرة ٨٤٣ . وراجع الأحكام المصرية المشـار اليها فيما تقدم فقرة ٣١٠ ص ٤٣٩ حاشية ١ وراجع نقض فرنسى فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ سيرى ١٩٢٢ — ١ — ٣٥٨ وفى ٢٦ ديسمبر سـنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٤ — ١ — ٣٨٤ .

راجع فى الحريق ، والتون ، ٢ ص ٣٠٩ وما بعدها — السنهورى ، فى الايجـار فقرة ٢٩٢ وفقرة ٣٠٠ .

وراجع فى الاضراب والتون ، ٢ ص ٣٢٤ وما بعدها — پلانيول وريپير واسمان ، ٢ فقرة ٨٤٢ — ڤينى ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٦٠ وما بعدها ورسائل : هامليه ، باريس سنة ١٩٠٣ — رادوان ، باريس سنة ١٩٢٠ — پوش ، باريس سـنة ١٩٢١ وراجع س م فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة ٣٧ ص ٣٨٣ والأحكام البلچيكية والفرنسية المشار اليها فى مقال ڤينى ص ٦٠ وما بعدها .

وراجع فى أمر السلطة العامة س م فى ١٠ مايو سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٣٠٦ وفى ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٩ ص ١٠٧ وفى ٢ مايو سنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٣٩٦ وفى ١٦ مايو سـنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٢٤٢ وفى ٢٦ يونيو سـنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٥١٥ وفى أول يونيو سنة ١٩٢١ المجموعة ٣٣ ص ٦٣٢ وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة ٣٣ ص ٦٥ وفى ١٤ مارس سـنة ١٩٢٢ المجموعة ٣٤ ص ٢٣٠ وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة ٣٧ ص ١٣٢ .

وراجع فى السرقة والتون ، ٢ ص ٣١٢ وما بعدها و س م فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٩ المجموعة ١ ص ٨٣ وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة ٣٧ ص ٢٩ . وفى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ المجموعة ٥١ ص ٢١٤ .

الواقع لم يرجع الى تقصيره بل الى تقصير الدائن . كذلك قدمنا أن مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية يقضى بوجوب التعاون بين الدائن والمدين . وأن فكرة التعاون تفرض على الدائن أن يهون على المدين تنفيذ التزامه وأن يعمل على تخفيف الأضرار التى تلحقه حتى لا يزيد كلفة المدين ومسؤوليته [١] . فاذا قصر الدائن فى ذلك فان لهذا التقصير أثره فى مسؤولية المدين . وقد يترتب على تقصير الدائن نفى مسؤولية المدين أو تخفيفها . كما قد يترتب على تقصير الدائن حق المدين فى مطالبته بالتعويض [٢] .

على أن فعل الدائن وان لم يكن تقصيريا يؤدى كذلك الى نفى مسؤولية المدين اذا اجتمعت له صفات السبب الأجنبى بأن جعل التنفيذ مستحيلا ولم يكن من الممكن توقعه ودفعه [٣] . متى اجتمعت له هذه الصفات فهو والقوة القاهرة سواء .

كذلك فان تأخير الدائن demeure du créancier عن قبول التنفيذ من المدين يجعل المدين غير مسؤول اذا أصبح التنفيذ بعد ذلك مستحيلا كأن هلك الشىء الذى التزم المدين بتسليمه بقوة قاهرة بعد اعذار الدائن باستلامه . فالمدين باعذار الدائن باستلام الشىء الذى لم يقم عائق دون استلامه لا يسأل عن الهلاك العارض بعد الاعذار بل ويحق له أن يطالب المعذر بتنفيذ الالتزام المقابل الذى يقع على عاتقه . فاذا أعذر البائع المشترى باستلام الشىء ولم يفعل هذا الأخير فلا يسأل البائع عن هلاكه ويحق له المطالبة بالثمن (المادة ٢٩٧/٣٧١ وقارن المادة ٤١٧/٥٠٩) .

ويكون عرض التنفيذ على الدائن اذا كان محله تسليم شىء معين بذاته بمجرد انذاره باستلامه (المادة ٦٩٨/٧٨٦ من قانون المرافعات) . ويجوز له أن

---

(١) فيما تقدم فقرة ٢٨٠ و ٢٨١ .

(٢) راجع فى تطبيق ذلك نص المادة ٤١٨/٥١٠ وراجع س م فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٥ المجموعة ٤٧ ص ١٦٣ .

(٣) سليمان مرقس ص ٢٦٢ .

يطلب تعيين حارس على هذا الشيء (المواد ٧٨٧/٦٩٩ مرافعات و ٢٣٩/١٧٦ مدنى) . أما اذا كان محل الالتزام مبلغا من المال فالمدين لا يبرأ بمجرد عرض المبلغ على الدائن الممتنع عن الاستلام offre simple بل يجب أن يصطحب هذا العرض بالايداع فى خزانة المحكمة على ذمة الدائن offre réelle avec consignation . كذلك فاذا كان محل الالتزام فعلا معيناً obligation de faire فلا تبرأ ذمة المدين بمجرد عرضه على الدائن أنه مستعد للقيام به . انما له عند امتناع المتعهد له عن قبول العمل وقت العرض أن يطالبه بتعويض الضرر المترتب على امتناعه (المادة ٢٣٧/١٧٤ مدنى)[1] .

٣١٣ — أثر السبب الأجنبى — يترتب على قيام السبب الأجنبى انتفاء مسؤولية المدين بقدر ما أثر هذا السبب فى تنفيذ الالتزام . فاذا كان قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا كلية برأت ذمة المدين . واذا كان يجعل التنفيذ مستحيلا جزئيا برأت ذمته بهذا القدر والتزم بتنفيذ الباقى . واذا كان يجعل التنفيذ مستحيلا فى الميعاد المتفق عليه أبرأ المدين من التعويض عن التأخير ويظل المدين ملزما بعد ذلك بالتنفيذ متى زال أثر الحادث[2] .

وقد يؤدى الحادث الى براءة ذمة المدين ولكن بطريق غير مباشر . وذلك عند ما لا يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا ولكنه يجعل تحقيق الغرض (السبب) من الالتزام مستحيلا ، فينقضى التزام المدين بانقضاء سببه . مثال ذلك اذا صدر قانون بمنع زراعة القطن فى منطقة معينة فان مستأجر العين الواقعة فى هذه المنطقة لزراعتها قطنا تبرأ ذمته من دفع الأجرة[3] بانقضاء التزامه بانقضاء

---

(١) تولى بعض التشريعات تنظيم تأخير الدائن من ناحية كيفية اثباته وأثره . راجع فى ذلك المواد ٢٩٣ وما بعدها من القانون المدنى الألمانى والمواد ٩١ وما بعدها من القانون السويسرى وراجع سليمان مرقس ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٢) راجع س م فى ٢٩ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة ٢٧ ص ٤٤٤ .

(٣) راجع س م فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١ المجموعة ٣٣ ص ٦٥ وقارن الأحكام المشار اليها فيما تقدم فقرة ٣١٠ ص ٤٤١ حاشية ٢ و ٣ وراجع فيما بعد فى انقضاء الالتزام بانقضاء سببه ، الفصل الثانى من هذا الباب .

سببه . فى مثل هذه الصورة لا يقال أن أمر السلطة fait du prince الذى منع زراعة القطن قد جعل تنفيذ التزام المستأجر مستحيلا ، اذ التزامه ألا وهو دفع الأجرة ممكن التنفيذ دائما على المعنى الدقيق . انما يترتب على صدور القانون استحالة تنفيذ التزام المؤجر وجعل حصول المستأجر على المنفعة مستحيلا و بهذا يصير الالتزام بدفع الأجرة بدون سبب فتبرأ ذمة المستأجر و يفسخ العقد .

المطلب الثانى — فى السبب البعيد

٣١٤ — انتفاء علاقة السببية بين التقصير والضرر غير المباشر .

٣١٤ — اذا تبين أن عدم التنفيذ راجع الى تقصير المدين فان هذا الأخير حتى ولو أخل بالتزامه عمدا و بسوء نية لا يسأل عن تعويض الدائن الا عن الأضرار المباشرة directs المترتبة على عدم التنفيذ (المادة ١١٥١ فرنسى وحكمها عام) . أما الأضرار غير المباشرة فلا يسأل عنها . ذلك أن تقصيره وان كان سببا فيها الا أنه سبب بعيد . هذا ما قضى به الشارع الفرنسى أخذا عن پوتييه الذى ذكر لتصوير السبب البعيد المثال الآتى : بائع مواشٍ باع لأحد المزارعين بقرة مصابة بمرض معد فانتقل المرض بالعدوى الى ماشية المزارع ونفقت جميعها فترتب على ذلك عدم استطاعته زراعة الأرض وترتب على تخلف الزراعة أن عجز عن سداد ديونه فحجز على أرضه الخ . تقصير البائع يجعله مسؤولا عن ثمن المواشى التى نفقت ولكنه لا يسأل عن الأضرار اللاحقة من عجز عن الزراعة وحجز على الأرض الى آخر ما هنالك . ذلك أن تقصير البائع ليس هو السبب المباشر لهذه الأضرار . انما هو السبب البعيد . وكما قالت محكمه النقض الفرنسية فى أحد أحكامها[1] الضرر المباشر الذى يسأل عنه المدين هو ذلك الذى لا ينجم عن حوادث لاحقة على التقصير الذى أنشأه . بمعنى أنه اذا اشتركت أسباب أخرى

---

(١) نقض فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠١ وتعليق رواست وقارن س م فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة ٥١ ص ٣٤٣ . وراجع پلانيول وريپير واسمان ، ٧ فقرة ٨٦٠ .

مع التقصير فى احداث ضرر ما سواء كانت سابقة على التقصير أم معاصرة له فان هذا لا يمنع من أن يعتبر التقصير سببا مباشرا للضرر. أما تلك الحوادث أو الوقائع التى تلحق التقصير وتعمل على سلسلة الأضرار فلا يسأل المدين عنها لأن التقصير ليس سببا مباشرا فى حدوثها.

نعم ان المبدأ الذى ساد فى القضاء هو أن تعدد الأسباب واشتراك أسباب أخرى مع التقصير فى احداث الضرر لا يمنع من أن يعد التقصير سببا فى هذا الضرر[1]. على أنه عندما تتسلسل الوقائع و يبعد التقصير سببا فى الضرر يصعب القول انه لولا التقصير لما حدث الضرر البعيد غير المباشر. لا نزاع فى أنه لولا تقصير البائع لما نفقت مواشى المزارع. ولكن هناك شك فى أنه لولا تقصير البائع لما عجز المشترى عن زراعة أرضه. لقد كان فى امكانه تأجيرها ودفع الضرر أو الاستعانة بمواشى الغير.

الفرع الثانى — فى اثبات المسؤولية

٣١٥ — المبادىء التى تحكم مسألتى عبء الاثبات ومداه ٣١٦ — تطبيق هذه المبادىء على اثبات المسؤولية العقدية ٣١٧ — الصعوبة مكانها فى مسألة مدى الاثبات. مسألة وقائع ٣١٨ — عرض المسألة من الناحية العملية: (١) المدين يقر بالاخلال وينفى عن نفسه التقصير ٣١٩ — (٢) المدين لا يقر بالاخلال ويدعى أنه قام بالتنفيذ. أهمية التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بعناية بالنسبة للاثبات. أمثلة ٣٢٠ — (٣) المدين يقر بالاخلال وينفى علاقة السببية. أهمية التفرقة بين الحادث الخارجى والحادث الداخلى بالنسبة للاثبات. تحديد منشأ الحادث يفك عقدة الموضوع. لا تقوم الصعوبة الا اذا كان الحادث مجهول المنشأ ٣٢١ — كل دقة فى اثبات المسؤولية تدور حول مسألة مدى ما على المثبت اثباته.

٣١٥ — قدمنا أن اثبات الضرر لا يثير صعوبة من حيث عبء الاثبات. على أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للأركان الأخرى فى المسؤولية. وأكبر النزاع فى اثبات التقصير. أن اثبات التقصير يثير مسألتين: من عليه عبء الاثبات: الدائن أم المدين؟ واذا تحدد من عليه الاثبات فما الذى عليه اثباته،

---

(١) راجع فى تعدد الأسباب وأثره، الكتاب الثانى فى المسؤولية غير العقدية. وراجع مقال مارتى فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٩، ص ٦٨٥ وما بعدها.

ما مدى هـذا الاثبات [١] ؟ وهاتان المسألتان من المسائل الدقيقة التى تصعب صياغتها فى قاعدة محددة . ولعل ذلك راجع الى أن توزيع عبء الاثبات يتوقف على طبيعة الوقائع المراد اثباتها [٢] .

هناك بعض مبادىء تتحكم فى عبء الاثبات ومداه عامة [٣] . وقد يمكن الاستعانة بها على حل الصعوبات فى اثبات التقصير . منها أن من يستند على الوضع الطبيعى لا يلزم بالاثبـات principe de l'inertie (راجع المـادة ٢١٤/٢٧٨ و ٢٧٩ التى تقضى بأنه على الدائن اثبات دينه وعلى المدين اثبـات براءته من الدين) — وأن من يقع عليه عبء الاثبات لا يكلف بأن يقدم الدليـل كاملا أى باثبات جميع الوقائع التى تفترض دعواه حصولها principe de la probabilité suffisante — وأنه اذا تهيأ الدليل لأحد الخصمين دون الآخر فعلى الأول اقامته principe de l'aptitude à la preuve ، وأن الاثبات لا يقع الا على الوقائع لا على القواعد القانونية .

٣١٦ — وتطبيقا لهذه المبادىء يقع على الدائن أن يثبت مضمون الالتزام العقدى بادىء ذى بدء أى أن يثبت انعقاد العقد ومضمونه . وليس عليه طبعا أن يقيم الدليل على التزام المدين بتنفيذ ما يقضى به العقد . ذلك أن هذا الالتزام ان هو الا التزام قانونى تقضى به قاعدة قانونية . والأصل أنه يكفى اثبات الوقائع وهى هنا مضمون الالتزام . واذا كان الالتزام العقدى عبارة عن التزام بامتناع obligation de ne pas faire كتاجر يتعهد لآخر بالامتناع عن اجراء صفقات تجارية تدخل فى مهنته فى منطقة معينة ، فعلى الدائن الذى تعهد المدين لمصلحته

(١) هناك مسألة ثالثة وهى ما طرق الاثبات التى يجوز اثبات التقصير بها . والاثبات هنا جائز بجميع الطرق اذ الأمر يتعلق بمجرد واقعة مادية وليس يتعلق بعمل قانونى — راجع فى طرق الاثبات فيما بعد الجزء الثانى .

(٢) راجع حاشية بارتان على أوبرى ورو § ٧٤٩ حاشية ٢٠ مكررة . وبارتان نفسه — وكتاباته من أدق ما كتب فى موضوع عبء الاثبات — يقرر أن كل مجهود لضبط قواعد الاثبات لن يثمر .

(٣) راجع مقال اسمان فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٣ ص ٦٤٢ وما بعدها .

بهذا الالتزام أن يثبت ارتكاب المدين للفعل الممنوع .

واذا كان المدين يدعى بأنه قد قام بالتنفيذ بعد أن ثبت عليه الالتزام فعليه اثبات هذا الادعاء .

فاذا ثبت عدم تنفيذ المدين للالتزام — مجرد عدم التنفيذ — فهل يقع على الدائن اثبات أن عدم التنفيذ كان بتقصير من المدين أم على المدين أن يثبت أنه لم يقصر . وهل هناك محل للتفرقة فى هذا الصدد بين الالتزام بفعل والالتزام بامتناع ؟

على المدين اثبات أنه لم يقصر أخذا بالمبدأ الثالث اذ الأمر يتعلق بنشاطه وفعله فيتهيأ له أن يثبت عدم تقصيره أكثر مما يتهيأ للدائن أن يثبت تقصيره . كما أن الوضع الطبيعى يقضى بأنه فى حالة الاخلال بالالتزام يفترض أن هذا الاخلال ان هو الا اخلال تقصيرى .

ولا فرق فى ذلك بين التزام بفعل أو التزام بامتناع . فى الحالين يفترض أن الاخلال تقصيرى وعلى المدين أن يثبت عكس ذلك . كذلك يؤدى تطبيق المبادىء المتقدمة الى افتراض أن الاخلال بالالتزام انما يرجع الى المدين لا الى سبب أجنبى . فاذا ادعى المدين بأن هناك سببا أجنبيا هو الذى يرجع اليه الضرر الذى لحق الدائن فعليه عبء اثبات ذلك (١) .

٣١٧ — الى هنا تبدو المسألة واضحة وهى تتعلق بمجرد عبء الاثبات . انما تظهر الصعوبة فى المسألة الثانية وهى مدى ما على المكلف بالاثبات اثباته . لقد قدمنا أن من يقع عليه عبء الاثبات لا يكلف بأن يقدم الدليل كاملا أى باثبات جميع الوقائع التى تفترض دعواه حصولها .

على أن هذا وضع سلبى لا يفك عقدة الموضوع ، اذ يعرض لنا السؤال الآتى : وما الذى يجب عليه اثباته حتى يقضى له أو ينتقل عبء الاثبات الى خصمه ؟ كل ما يمكن أن يقال فى هذا الصدد ان من يكلف بالاثبات عليه أن

---

(١) س م فى أول مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة ١٧ ص ١٣٨ وفى ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٢٥١ وفى ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٢٦٠ .

يقدم من الأدلة ما يجر شبهة الحق الى ناحيته ويهدم الوضع الطبيعى القائم . وتلك مسألة لا تقضى فيها المبادىء بقدر ما تتحكم فيها الوقائع وتتوقف فى نهاية الأمر على اقتناع القاضى .

٣١٨ — اذا أردنا بعد ذلك أن نعرض مسألة اثبات المسؤولية العقدية فى صورتها العملية قلنا أن الحال لا يخلو مما يأتى :

(١) اما أن يقر المدين بأنه أخل بالالتزام و بأن الاخلال نتيجة فعله ولكنه يدعى بأن هذا الفعل ليس تقصيريا . وهنا يتعين عليه أن يقيم الدليل على أن فعله غير تقصيرى وأن مثله يصدر من الرجل المتوسط الحرص اذا وجد فى نفس الظروف الموضوعية [١] .

٣١٩ — (٢) واما ألا يقر المدين بأنه أخل بالالتزام بل يدعى أن ما قام به انما هو تنفيذ له على الوجه المتفق عليه وأنه قد قام بكل ما يتطلبه منه هذا الالتزام . فى هذه الحالة تظهر أهمية التفرقة بين الالتزام بتحصيل نتيجة معينة والالتزام بالقيام بالعناية التى من شأنها تحصيل هذه النتيجة . لقد استبعدنا هذه التفرقة حيث هى تؤدى الى جعل مجرد الاخلال تقصيرا . على أنها ذات جدوى فى اثبات المسؤولية العقدية [٢] . فاذا كان الالتزام بتحصيل نتيجة فان مجرد اثبات مضمون الالتزام يلقى على المدين عبء اثبات أنه قد حصل النتيجة على الوجه المتفق عليه فلا يقبل منه الادعاء بأنه قد قام بالتزامه الا باثبات تحصيل هذه النتيجة المعينة ولا صعوبة هنا حتى بالنسبة لمدى ما على المدين اثباته ، اذ هى نتيجة معينة عليه اثبات حصولها حتى يصح ادعاؤه . أما اذا كان الالتزام ببذل العناية التى من شأنها أن تؤدى الى تحصيل نتيجة معينة فالمسألة لا تخلو من دقة . الأصل أن عبء اثبات القيام بالالتزام يقع على عاتق المدين . ولكن ما الذى يجب عليه اثباته حتى يجر شبهة الحق الى ناحيته ؟ مستأجر ملتزم بالمحافظة على العين كما يحافظ عليها

(١) راجع الأمثلة المذكورة فى فقرة ٣٠١ .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٢٩٦ وما بعدها .

رب الأسرة أى الرجل المتوسط الحرص . رد المستأجر العين فى نهاية الايجار وادعى الدائن (المؤجر) بأنها تلفت وأن هذا التلف يتجاوز حدود المألوف . هنا يتعين على الدائن أن يثبت حالة العين عند تسليمها للمدين حتى يمكن بعد ذلك تبين مدى التلف الحاصل . وغالبا ما يتخلص الدائن من هذا العبء بالنص فى العقد على أن العين سلمت وهى فى حالة جيدة صالحة للاستعمال . وعلى المدين بعد ذلك أن يثبت أن العين لم تتلف تلفا يتجاوز حدود المألوف أو أنه لم يستعملها الا فى حدود الاستعمال المألوف . والواقعة محل الاثبات فى هذه الصورة واقعة عامة يسهل على المدين اثباتها . ولن ينجح الدائن فى جعل المدين مسؤولا الا أن يثبت واقعة معينة ينسبها للمدين يجعل منها سببا للتلف كأن يثبت أن المدين قد أعد العين لمباشرة صناعة من شأنها اتلافها خروجا عن حدود الاستعمال الذى أعدت له العين[1] .

طبيب كلف باجراء عملية ولم تنجح العملية وادعى المريض (الدائن) أن الطبيب لم يقم بالعناية اللازمة بينما يدعى الطبيب أنه انما قام بكل عناية يقتضيها فنه فى الحالة المعروضة . لا يسهل على المريض اثبات أن الطبيب لم يقم بالتزامه الا اذا أثبت أن هناك عملا معينا يتطلب واجب العناية من الطبيب اجراءه ولم يفعل أو أن هناك عملا أجراه كان واجب العناية يقتضيه الامتناع عنه .

٣٢٠ — (٣) واما أن يقر المدين بعدم تنفيذ الالتزام ولكن ينسب عدم التنفيذ الى سبب أجنبى عنه . هنا على المدين أن يقيم الدليل على هذا السبب الأجنبى ، كالقوة القاهرة أو الحادث الجبرى أو فعل الغير الخ . على أن أى حادث مهما عظم شأنه لا يصلح بمجرده سببا أجنبيا ينفى علاقة السببية بين تقصير المدين والضرر[2] . اذ ليست الأهمية بعظم شأن الحادث بقدر ما هى فى عدم نسبته الى المدين . فلا يكفى مثلا اثبات أن هلاك العين والاخلال بالالتزام بردها راجع الى احتراق العين لكى تبرأ حتما ذمة المدين . اذ قد يكون الحريق نفسه منسوبا لتقصير

---

(١) قارن دى باج ، ٢ فقرة ٥٩٦ ص ٥١٧ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ، ٦ ص ٥٣٥ .

المدين . ولكن هل معنى ذلك أن المدين عليه أن يثبت الحادث الأجنبى وأن يثبت فى نفس الوقت عدم نسبته اليه ؟ لقد قدمنا أن المكلف بالاثبات لا يلتزم بأن يقيم الدليل على جميع الوقائع التى تفترض دعواه حصولها . كما قدمنا أن من يدعى بما يخالف الوضع الطبيعى يلتزم باثبات ادعائه . ومن مزج هذين المبدئين يمكن الأخذ من حيث الاثبات بالتفرقة بين الحادث الخارجى والحادث الداخلى التى سبق أن استبعدناها عند ما كان المقصود منها التفرقة بين القوة القاهرة التى لا يسأل عنها المدين والحادث الجبرى الذى يسأل عنه (١) . فيمكن القول انه اذا كان الحادث الذى أثبته المدين خارجا عن دائرة نشاطه كالصاعقة والفيضان فالمفروض أنه غير منسوب اليه . وعلى الدائن الذى يدعى عكس ذلك اثبات ادعائه . أما اذا كان الحادث ليس خارجا عن دائرة نشاطه كالحريق أو السرقة فعلى المدين نفسه أن يثبت عدم نسبته اليه حتى يبرأ عن المسؤولية (٢) . وحتى هذه التفرقة بين الحادث الخارجى والحادث الداخلى ليست الا تعبيرا مختصرا لا يحتوى بمجرده على كل الدقة اللازمة . ومازالت التفرقة بين الحادث الخارجى والحادث الداخلى مسألة وقائع . وكلما أمكن الرجوع الى منشأ الحادث وتبين فى الحدود التى وصلنا اليها عند البحث فى منشئه أنه أجنبى عن المدين سهل البت فى المسألة (٣) . فالحريق اذا نشأ فى العين الملتزم المدين بالمحافظة عليها حادث داخلى متى لم نصل فى تحديد منشأ الحريق الى أكثر من أنه قد نشأ فى العين . اما اذا تبين أنه قد اتصل بالعين من عين مجاورة فهو حادث خارجى . والمفروض عدم مسؤولية المدين حتى يثبت الدائن أن الضرر منسوب رغم ذلك الى المدين لأن الحريق وان

---

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٣١٢ .

(٢) راجع ديموج ، ٦ فقرة ٥٤٤ وما بعدها — هنرى وليون مازو ، ٢ فقرة ١٥٧٨ وما بعدها وفقرة ١٥٩٨ وما بعدها — سليمان مرقس ٢٣٢ وما بعدها . وراجع س م فى ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة ٤١ ص ٢٠٦ .

(٣) راجع المادة ٢٨٢ من القانون المدنى الألمانى التى تقضى بأنه عند الشك فى كون الواقعة التى تسببت فى استحالة التنفيذ منسوبة للمدين فعلى المدين يقع عبء الاثبات .

اتصل بالعين من الخارج الا أن المدين كان بامكانه دفعه ولم يفعل .

فاذا كان منشأ الحادث (الحريق) مجهولا فالمدين مسؤول حتى يثبت عدم نسبته اليه . وهنا تقوم الصعوبة التى تعترضنا دائما فى مسألة الاثبات ألا وهى معرفة مدى ما على المكلف بالاثبات اثباته . هل يكفى من المدين أن يثبت أنه قام بالعناية المطلوبة والاحتياطات اللازمة التى كان من شأنها دفع الحادث حتى يعتبر الحريق المجهول المنشأ أجنبيا عن فعله أم لا يكتفى منه بذلك و يتعين عليه أن يثبت منشأ الحريق وعدم نسبته اليه ؟ كثير من الكتاب لا يكتفى من المدين بهذا الاثبات و يشايعهم فى هذا المذهب محكمة النقض الفرنسية [١] . على أن أحكام محاكم الاستئناف الفرنسية وكذلك أحكام المحاكم المصرية تذهب مع فريق آخر من الكتاب الى الاكتفاء بهذا الاثبات العام من المدين لدرء مسؤوليته [٢] . وعندى أن المسألة مدارها الوقائع التى يقوم المدين باثباتها وقوتها فى الاقناع . فالأصل أن المدين لا يكلف بالاثبات الكامل . ومسألة متى يكفى الدليل الذى قدمه لاقناع القاضى لكى يلقى بعبء الاثبات العكسى على خصمه مسألة متروكة لتقدير محكمة الموضوع . وعلى أى حال لا يجوز القول اطلاقا بأن المدين مسؤول حتى يثبت منشأ الحريق وأنه غير منسوب اليه وأنه كلما ظل منشأه مجهولا فهو المسؤول عنه . وهل اذا ثبت أن المدين قد استلم مفتاح العين ثم نشأ

---

(١) بودرى ، الايجار ، ١ ص ٥٦٣ — ديموج ، ٦ فقرة ٥٥٩ ص ٦٠٢ وقارن سليمان مرقس ص ٢٤١ — وراجع نقض فى ٣ يونيو سنة ١٨٧٤ سيرى ١٨٧٤ — ١ — ٤٤٤ وفى ٦ يناير سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ٣٥٦ وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ سيرى ١٩٣٠ — ١ — ٢٩٣ (حريق) وفى ٨ نوفمبر سنة ١٨٨١ دالوز ١٨٨٢ — ١ — ٥٤ وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢١ — ١ — ٣٢ (سرقة) .

(٢) ديمولومب ، ١٨ فقرة ٧٦٧ — بلانيول ، ٢ فقرة ١٧١٨ — اسمان ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٣ فقرة ١٣ ص ٦٥١ . وراجع نقض فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ — ١ — ٢١ — وراجع س م فى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة ٤٧ ص ١٢٨ وقارن س م فى ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة ٤١ ص ٢٠٦ وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة ٣٧ ص ٢٩ .

الحريق بسبب مجهول فى الفترة بين استلامه المفتاح واستلامه العين فعلا ودخوله فيها يكون هذا المدين مسؤولا عن هلاك العين بالحريق لمجرد أن الحريق مجهول المنشأ [١] ؟ ألا يكفى اثبات هذه الوقائع لاقناع المحكمة بأن الحريق ليس منسوبا الى المدين ؟

٣٢١ — مما تقدم يتبين أن كل دقة فى مسألة الاثبات أو صعوبة تهون كلما تبين أن الالتزام لم ينفذ وكلما تحدد على وجه الدقة سبب الضرر الذى لحق الدائن . انما تقوم الصعوبة اذا كان النزاع ما زال قائما حول حصول التنفيذ أو عدم حصوله أو اذا ظل منشأ الحادث الذى تسبب فى الضرر مجهولا . والصعوبة تقوم فى الحالين على معرفة مدى ما على المكلف بالاثبات اثباته وهى كما قدمنا مسألة وقائع تترك لتقدير محكمة الموضوع ولا يجمل تقييدها بقاعدة قانونية تفرض حلولا ثابتة .

الفرع الثالث - فى المسؤولية عن فعل الغير [٢]

٣٢٢ — الغير الذى يسأل عنه المدين : من يستعين به ومن يحله محله فى التنفيذ . النصوص القانونية ٣٢٣ — أساس المسؤولية : الضمان . الضمان القانونى لا الارادى ٣٢٤ — تعديل أحكام المسؤولية بتعرض العقد لاشتراك الغير فى تنفيذ الالتزام .

٣٢٢ — ان فعل الغير قد ينفى مسؤولية المدين اذا توفرت فيه صفات السبب الأجنبى على الوجه الذى قدمناه . على أن هناك طائفة من الأشخاص les auxiliaires لا يستطيع المدين أن يحتج بفعلهم لدرء مسؤوليته . وهم الأشخاص الذين يستعين بهم لتنفيذ التزامه aides أو يحلهم محله فيه substituts . ان المدين

---

(١) راجع مقال اسمان فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٣ ص ٦٥٦ و ٦٧٣ .

(٢) **مراجع** — بكيه ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ٤١٩ وما بعدها — بونيه ، المجلة النقدية سنة ١٩١٢ ص ٣١٨ — سالي ، نظرية الالتزامات ص ١٦ وما بعدها وص ٤٠٦ — رينو ، رسالة باريس سنة ١٩٢٣ — بهجت بدوى ، رسالة باريس سنة ١٩٢٩ — ديموج ، ٦ فقرة ٥٧٢ وما بعدها — اسمان ، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٣٣ ص ٦٧٤ — سليمان مرقس ، رسالة القاهرة ١٩٣٦ ص ٤٢٧ وما بعدها .

فى أغلب الأحوال لا يقوم وحده بتنفيذ الالتزام فالصانع يستعين بعماله لتنفيذ التزامه بصنع المنتجات وتسليمها والمقاول قد يعهد باقامة البناء الذى تعهد باقامته الى مقاول من الباطن . فاذا كان سبب اخلال المدين فى تنفيذ التزامه فعل من استعان بهم أو أحلهم محله فى التنفيذ لم يكن له أن يحتج بفعلهم لدرء مسؤوليته .

ان الشارعين الفرنسى والمصرى لم ينظما المسؤولية العقدية عن فعل الغير بوضع قواعد عامة تحكمها بعكس بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الألمانى والتشريع السويسرى . فالقانون الألمانى بعد أن قضى بأن المدين تبرأ ذمته عند كل حادث يجعل التنفيذ مستحيلا بشرط ألا يكون وقوع هذا الحادث بتقصير من المدين . عاد فقضى فى المادة ٢٧٨ بأن « المدين مسؤول عن تقصير نائبه الشرعى وتقصير الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ تعهده كما يسأل عن تقصيره الشخصى » . وبهذا المعنى تقضى المادة ١٠١ من قانون الالتزامات السويسرى التى أضافت الى طائفة الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين هؤلاء الذين يشاركونه الانتفاع بالحق المقابل لالتزامه . وصورة ذلك مساكنو المستأجر من أقارب وغيرهم . هؤلاء قد لا يستخدمهم المدين (المستأجر) فى تنفيذ التزامه ولكنهم يشاركونه الانتفاع بحقوقه المستمدة من عقد الايجار و يسأل عنهم .

وقد أراد البعض [1] أن يستخلص من نص المادة ١١٤٧ فرنسى قضاءها بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير . وحجتهم فى ذلك أن هذه المادة تقضى بأن المدين مسؤول . . . ما لم يثبت أن عدم التنفيذ راجع الى **سبب أجنبى لا يمكن نسبته اليه** . و يقصد بعدم النسبة الى المدين ألا يكون الحادث منسوبا الى تقصيره . أما وصف السبب بأنه أجنبى فيقصد منه معنى آخر غير عدم نسبته الى تقصير المدين . يقصد منه أن يكون حادثا خارجيا . فهناك شرطان أحدهما يتعلق بعدم التقصير والآخر يتعلق بالعنصر الخارجى élément d'extériorité عن نشاط المدين . وفعل من يستعين بهم المدين فى تنفيذ التزامه أو من يحلهم محله فيه

---

(١) بكيه ، ص ٢٨٥ و ٢٨٦ .

لا يعتبر أجنبيا أى عنصرا خارجيا عنه . ولذلك فهو مسؤول عن فعلهم .

ومهما يكن من شأن هذا التفسير فالثابت أن نصوصا عديدة فى القانونين الفرنسى والمصرى أشارت الى المسؤولية العقدية عن فعل الغير . من ذلك نصوص المواد ٣٧٨/٤٦٣ و ٤١٣/٥٠٥ و ٥٢٠/٦٣٦ من القانون المصرى و ١٢٤٥ و ١٧٣٥ و ١٧٨٢ و ١٧٩٧ و ١٩٥٣ و ١٩٩٤ من القانون الفرنسى . ولا يظهر من هذه النصوص ولا من الموضوع الذى وردت فيه أنها نصوص استثنائية يقتصر تطبيقها على الأحوال المذكورة فيها نفيا للمسؤولية العقدية عن فعل الغير فى غيرها . بل هى تطبيق للقاعدة العامة فى مسؤولية المدين عمن يستعين بهم و يحلهم محله فى تنفيذ الالتزام .

٣٢٣ — أما عن أساس هذه المسؤولية فقد رأى البعض رده الى فكرة الضمان الضمنى garantie tacite [(١)] . فالمدين يضمن للدائن فعل معاونيه auxiliaires فى تنفيذ الالتزام . ومعنى الضمان أنه لا يجوز له الاحتجاج بفعلهم واعتباره سببا أجنبيا يبرىء ذمته من المسؤولية عن عدم التنفيذ . ولا اعتراض على هذا المذهب الا فى جعله هذا الضمان ارادياً بقبول المدين اياه قبولا ضمنيا ، اذ لا يمكن استخلاص هذا القبول فى جميع الأحوال . والأصح أن يعتبر هذا الضمان قانونيا أى مقررا من الشارع نفسه مراعاة منه لاعتبارات تدخل فى دائرة النظام العام [(٢)] . ذلك أن من يستعين بهم المدين فى تنفيذ التزامه هم فى الغالب أشخاص معسرون لن يستوفى الدائن حقه منهم اذا أبرأنا ذمة المدين قبله وقصرنا حق هذا الدائن على الرجوع على هؤلاء المعسرين . وتلك الاعتبارات هى التى قضت بالمسؤولية اللاعقدية عن فعل التابع préposé [(٣)] .

٣٢٤ — والمدين مسؤول كما قدمنا عمن يعينه فى تنفيذ الالتزام كعمال

---

(١) سالي ، الالتزامات ص ١٦ و ص ٤٠٦ .

(٢) راجع بكيه ، ص ٢٨١ .

(٣) راجع بهجت بدوى ، رسالة باريس سنة ١٩٢٩ ص ٤١ وما بعدها وص ٥٩ — وراجع فيما بعد فى مسؤولية المتبوع مسؤولية لاعقدية عن فعل تابعه ، الكتاب الثانى .

المصنع بالنسبة للمدين بالتوريد و بواب المنزل بالنسبة للمؤجر . ومن يشاركه فى الحق العقدى كساكنى المستأجر . وعمن يحله محله فى تنفيذ الالتزام كالمقاول من الباطن والمستأجر من الباطن ونائب الوكيل . بل وعن كل من يعقد معه المدين عقدا يتعلق بموضوع التزامه . فالمؤجر مسؤول قبل المستأجر عن عدم اخلاء المستأجر السابق للعين (١) . فلا يستطيع أن يدفع مسؤوليته عن عدم التسليم بتعنت المستأجر السابق (٢) .

وهذه المسؤولية قد تتعدل طبقا لأحكام نفس العقد . فاذا كان العقد يصرح للمدين باحلال غيره محله كعقد التوكيل يجيز للوكيل انابة غيره عنه فلا يسأل المدين (الوكيل) عن فعل الغير الذى أنابه عنه الا اذا كان هناك تقصير من المدين فى اختيار النائب كأن اختار نائبا معسرا أو غير أهل للعمل (راجع المادة ٥٢٠/٦٣٦ فى الوكالة) .

ولا مسؤولية عليه بطبيعة الحال اذا كان الدائن هو الذى اختار النائب أو أقر اختياره (٣) .

الفرع الرابع — فى نظرية تغير الظروف (٤)

٣٢٥ — وضع النظرية .

٣٢٥ — قدمنا أن المدين لا يبرأ من المسؤولية اذا عجز عن تنفيذ

---

(١) س م فى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ٨٨ — ١٦٨ وقارن حكم محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة فى ٩ فبراير سنة ١٩٢١ جازيت ١١ — ١٤٣ — ١٩٦ و س م فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة ٣٩ ص ٤١٦ .

(٢) راجع أمثلة أخرى عديدة فى ديموج ، ٦ فقرة ٥٧٢ وما بعدها .

(٣) نجتزىء بهذه الأحكام فى المسؤولية العقدية عن فعل الغير . وسنعود الى هذه المسؤولية فى الكتاب الثانى عند مقارنتها بالمسؤولية اللاعقدية عن فعل الغير .

(٤) **مراجع** — رسائل : لپارنيير ، باريس سنة ١٩٢٠ — لوڤو ، رن سنة ١٩٢٠ — مورى ، تولوز سنة ١٩٢٠ — فيو ، ديجون سنة ١٩٢١ — بروزان ، بوردو سنة ١٩٢٢ — ڤواران ، نانسى سنة ١٩٢٢ — جاتان ، باريس سنة ١٩٢٩ — حامد زكى (فى القانون الانجليزى) ، باريس سنة ١٩٣٠ — مقال ڤال فى مجلة القانون =

الالتزام الا أن يكون عدم التنفيذ راجعا الى سبب أجنبى يجعل هذا التنفيذ مستحيلا . وأنه اذا طرأ ظرف لا يجعل التنفيذ مستحيلا بل يجعله أكثر كلفة فهو غير مؤثر فى مسؤولية المدين .

على أن هناك طائفة من العقود يستطيل أمد تنفيذها مثل عقد الاجارة الطويلة والحكر ومثل عقد التوريد لآجال طويلة وعقود التزام منفعة من المنافع العامة كتوريد الماء أو النور للجمهور أو عقود النقل المشترك . فى هذه العقود قد تتغير الظروف التى نشأ فى محيطها العقد وتطرأ حوادث غير مألوفة لم يكن من الممكن توقعها عقلا تؤدى الى اختلال الميزان الاقتصادى للعقد وقلب كيانه بحيث يظهر جليا أن المتعاقد كان يحجم حتما عن التعاقد لو أنه علم بها علما سابقا وأن الابقاء على العقد على الوجه المتفق عليه مصيره الى اثراء أحد الطرفين اثراء مفرطا على حساب الطرف الآخر الذى يتحمل فى سبيل تنفيذ العقد أبهظ المصاريف وأثقل التكاليف . من أجل ذلك اصطنعت نظرية تقضى بوجوب تعديل أحكام العقد كلما تغيرت ظروفه تغيرا غير مألوف théorie de l'imprévision . واختلف الفقه فى شأنها بين محبذ وناقد . كما اختلف محبذوها فى صياغتها الفنية وفى تحديد المبدأ الذى ترد اليه من مبادىء القانون المدنى .

ويحسن قبل أن نناقش مذاهب الفقه فى هذا الموضوع أن نحصر النظرية فى نطاقها الفنى وأن نعزلها عن الأوضاع القانونية الأخرى التى قد تختلط بها .

المبحث الأول — فى حصر النظرية فى نطاقها الفنى

٣٢٦ — النظرية تتعلق بتنفيذ العقود المستطيلة التنفيذ وتفترض قيام ظرف يؤثر فى ميزان العقد تأثيرا غير مألوف .

٣٢٦ — لا تتعلق هذه النظرية بانعقاد العقد . فهى لا تتحرك الا بعد

= المدنى سنة ١٩١٦ — كتابه عن الحرب والقانون المدنى سنة ١٩١٨ — ١٩١٩ — مقال سربسكو فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٢٧ — ريبير ، فى القاعدة الأخلاقية رقم ٨١ وما بعده — بلانيول وريبير ، ٦ فقرة ٣٩١ — ٣٩٨ — ديموج ، ٦ فقرة ٦٣٢ وما بعدها — دى باج ، ٢ فقرة ٥٧٤ وما بعدها — السنهورى ، فقرة ٨٦٢ وما بعدها — عبد الفتاح السيد ، مقال فى مجلة مصر العصرية السنة الثانية والثلاثون ص ٦٤٩ وما بعدها .

انعقاده وفى أثناء تنفيذه بسبب تغير ظروفه . لذلك يجب عزلها عن عيوب الرضا كالغلط مثلا . فاذا كان هناك ظرف قائم عند انعقاد العقد يجهله المتعاقد ولا يتوقع قيامه ولم يكن ليتعاقد لو أنه علم به قبل التعاقد فقد يجعل هذا الظرف العقد باطلا للغلط متى توفرت الشروط المطلوبة لهذا البطلان . وفرق بين هذه الصورة و بين صورة النظرية التى نحن بصددها التى تفترض تغير الظروف تغيرا لاحقا على انعقاد العقد . ولنفس السبب يجب عزل النظرية عن الغبن . اذ العبرة فى الغبن — فى الصور التى يكون فيها مؤثرا فى العقد — باختلال التعادل بين القيم والمنافع وقت انعقاد العقد لا بعد انعقاده .

النظرية تتعلق اذن بتنفيذ العقد . وهى أقرب ما يكون الى نظرية القوة القاهرة من حيث هى تفترض طروء حادث مفاجىء أثناء تنفيذ العقد لم يكن يتوقعه المدين ولم يكن فى طاقته دفعه . على أنها اذا اتفقت معها من حيث طبيعة الحادث وعدم نسبته للمدين فهى تختلف عنها من حيث أثر الحادث : اذا كان الحادث يجعل التنفيذ مستحيلا فنحن فى صورة القوة القاهرة ونفى مسؤولية المدين اطلاقا . أما اذا كان الحادث يزيد كلفة المدين فنحن فى صورة تغير الظروف [١] .

وهى لا تتعلق الا بطائفة العقود التى يستغرق تنفيذها مدة طويلة يتاح معها تغير الظروف تغيرا غير مألوف . فاذا تعهد مقاول بحفر بئر ولم يتحفظ بالنسبة لطبيعة الأرض ثم تبين أن حفر البئر يكلفه أضعاف ما كان يقدر بسبب ما ظهر عند حفرها من أن طبيعة الأرض صخرية فلا تعرض فى هذه الصورة نظرية تغير الظروف [٢] .

ولا تعرض هذه النظرية الا اذا كان تغير الظروف يؤثر فى ميزان العقد تأثيرا غير مألوف ، كالحرب تؤدى الى تضاعف الأسعار وكالأزمات الاقتصادية

---

(١) فاذا أجر شخص منافذ منزله للجمهور لمشاهدة موكب ثم ألغى سير الموكب فى الشارع الذى يقع فيه المنزل انقضى التزام صاحب المنزل بسبب قوة قاهرة لا بسبب تغير الظروف (دى پاج فقرة ٥٧٤ ص ٤٩١) .

(٢) المرجع السابق .

تؤدى الى هبوط العملة هبوطا غير مألوف . لا يكفى اذن أن يتخلف حساب المدين وأن يزيد عبؤه عما كان يتوقع لتعرض لنا هذه النظرية . ذلك أن كل متعاقد انما يعقد العقد وهو يسعى فى صفقة رابحة . وفى العقود الممتدة الأمد — وهى التى تعرض فيها هذه النظرية — لا يكتفى المتعاقد بالأمد القصير و يعقد العقد لأمد طويل بسعر ثابت وهو يقصد بالذات أن يتقى تقلب الأسعار . والمفروض بعد ذلك أن كل متعاقد انما يتحمل تبعة هذا التقلب وتغير قيمة المنفعة الاقتصادية التى يطلبها بالعقد أو يقدمها . فلا يقال بعد ذلك لمجرد أن تخلف حسابه أن ظروف العقد قد تغيرت وأن أحكامه من أجل هذا واجبة التعديل . انما تعرض نظرية تغير ظروف العقد اذا اختل ميزان العقد الاقتصادى على وجه غير مألوف خارج عن التراوح الطبيعى للمعاملات .

المبحث الثانى — فى الصياغة الفنية للنظرية

٣٢٧ — داعى العدالة . النظرية فى القضاء الادارى . اصطدام داعى العدالة بداعى الاستقرار وبنصوص القانون المدنى ومبادئه ٣٢٨ — الصياغة الفنية للنظرية : مذهب الشرط الضمنى . مذهب حسن النية . مذهب التعسف . مذهب الاثراء غير المشروع . تفنيد هذه المذاهب . القضاء لم يأخذ بالنظرية ٣٢٩ — العلاج المناسب هو التشريع لكل حالة .

٣٢٧ — لا نزاع فى أن العدالة تدعو فى حالة تغير ظروف العقد تغيرا غير مألوف الى تعديل ميزان العقد لا بالغائه ولكن بالتخفيف من غلوائه وذلك بتحميل الدائن الذى تؤدى أحكام العقد الى اثرائه جزءا من تبعة الحادث الطارىء ينتقل اليه من عاتق المدين . ولهذا أتيح للقضاء الادارى فى فرنسا — وهو يرجع فى أحكامه الى مبادىء العدالة — أن يأخذ بهذه النظرية و يطبق حكمها . ووطأ له السبيل عدم تقيده فى قضائه بنصوص معينة كما هو حال القضاء المدنى . والقضاء الادارى على أى حال انما يطبق هذه النظرية على العقود التى تعقدها السلطات مع هيئات تؤدى خدمة عامة كالشركات التى تلتزم خدمة مرفق عام كتوريد النور والماء الى الجمهور . ولهذه العقود طابع خاص اذ هى تتناول مصلحة عامة لا مجرد مصلحة فردية . فاذا ارتفعت أسعار المواد الأولية اللازمة

لتوريد الماء أو النور فقد يصبح السعر الذى التزمته هذه الشركات عند تعاقدها مع السلطة العامة غير مجز بل مؤدٍ الى خسارتها وقد تنتهى هذه الخسارة باضطراد الزمن الى افلاس الشركة (١) . ومعنى هذا الافلاس حرمان الجمهور من هـذه الخدمة العامة حرمانا مهما قصرت فترته فهو وخيم العواقب . من أجل ذلك يعرض فى هذه العقود تعديل أسعارها اتقاءاً لهذه النتائج . أما القـانون المدنى فلا تجيز نصوصه مثل هذا التعديل كما لا تجيزه المبادىء العامة التى تتحكم فى هذا القانون وأعنى المبدأ القائل ان العقد شريعة المتعاقدين . كما أن داعى العدالة الذى يقتضى تعديل أحكام العقد يقابله داعى الاستقرار securité الذى لا يقل عنه شأنا وهو ينادى بعدم المساس بأحكام العقد متى كان قد عقد باقتران ارادتين اجتمعت لهما الحرية والبصيرة وكان الغرض الذى اليه ترميان مشروعا غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

٣٢٨ — ومع ذلك فقد ذهب بعض كتاب القانون المدنى الى الأخذ بهذه النظرية (٢) . فاذا ضاقت بهم صياغتها الفنية ردوها الى قواعد تفسير العقد . فالنظرية فى عرفهم ان هى الا ثمرة لتفسير ارادة المتعـاقدين . فهما عند التعاقد انمـا ضمنا اتفاقهما شرطا يقضى بأن العقد لا ينفذ على الوجه المتفق عليه الا اذا بقيت ظروفه قائمة لم تتغير أو اذا لم تتغير الا فى حدود المألوف (٣) . أما اذا تجاوز هذا التغير تلك الحدود فيتعين تعديل أحكام العقد أو عدم العمل بها . ويرد فقه هذا المذهب الى فقه القانون الكنسى الذى كان يقضى بتضمين العقود مثل هذا الشرط الضمنى clause rebus sic stantibus .

على أن هـذا المذهب مردود عليه بأنه انمـا يستخرج ارادة من العدم ويفترضها افتراضا وهى لا وجود لهـا (٤) . وحتى فى القانون الكنسى قضى على

---

(١) السنهورى ، فقرة ٨٦٦ .

(٢) راجع فى عرض المذاهب المختلفة ، رسالة حامد زكى ص ٧٤ وما بعدها .

(٣) ڤال ، فى كتابه عن الحرب والقانون المدنى ، ٢ ص ١٢ .

(٤) دى پاج ، ٢ فقرة ٥٧٦ . على أنه اذا تبين من تفسير العقد وظروفه أن الطرفين قد =

هذا المذهب استقرار المبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين وما يقوم عليه هذا المبدأ من قواعد أخلاقية تتعلق باحترام العهد المقطوع .

كذلك ذهب البعض الآخر من الكتاب الى اقامة النظرية على أساس المبدأ القائل بوجوب تنفيذ العقود بحسن نية [١] . حسن النية يقتضى عدم تنفيذ العقد الا فى حدود التغيرات المألوفة التى توقعها المتعاقدان وألفها الناس فى معاملاتهم . أما التغيرات غير المألوفة التى تهز كيان العقد فليس من حسن النية فى شىء اعتبارها غير مؤثرة فى العقد والمطالبة بتنفيذه على علاته دون تعديل فيه .

وأخيرا استند البعض الآخر الى نظرية التعسف فى استعمال الحق abus de droit [٢] . فالدائن الذى يتمسك بتنفيذ العقد طبقا لأحكامه مع تغير الظروف تغيرا غير مألوف انما يتعسف فى استعمال حقه . والأصل أن كل تعسف يجب الحد منه . أو هو يثرى بتنفيذ العقد على حساب الطرف الآخر اثراء غير مشروع [٣] .

وظاهر أن هذه المحاولات الأخيرة وان توفر فيها حسن المقصد لا تنجح فى صياغة النظرية صياغة فنية سليمة . فمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية انما يتعلق بتحديد نطاق الالتزام العقدى بتضمينه الالتزامات التبعية التى تتعلق به وطريقة تنفيذها . وهو لم يشرع لاجازة المطالبة بتعديل ميزان العقد تعديلا جوهريا اذا اختل هذا الميزان . خصوصا وأننا اذا أجزنا تعديل العقد عند تغير الظروف فانما نحن نفرض على المتعاقدين حتما شروطا جديدة لم يقع عليها اتفاقهما . ولا يقال ان عدم ارتضاء المتعاقد تعديل أحكام العقد يعتبر ارادة مخالفة للنظام العام يجرد عنها العقد [٤] .

= اشترطا فعلا هذا الشرط فلا نزاع فى العمل به . وعيب هذا المذهب أنه يفترض هذا الشرط اضطرادا دون أن يعنى بتبين ان كان الطرفين قد قصدا اشتراطه حقيقة أم لم يقصدا .

(١) ريبير ، فى القاعدة الأخلاقية فقرة ٨٤ وما بعدها .

(٢) چوسران ، ٢ فقرة ٤٠٥ .

(٣) پلانيول وريبير واسمان ، ١ فقرة ٣٩٦ .

(٤) قارن فيما تقدم فقرة ٢٧٤ .

ذلك أننا بتضمين ارادة الطرفين قبول هذا التعديل عند تغير الظروف انما نتناول مسألة جوهرية لو أن الشارع قصد اعتبارها متعلقة بالنظام العام لما تأخر عن النص عليها . والأمر على خلاف ذلك فيما يقضى فيه مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية من مسائل فرعية اذا اكتفى فيها الشارع بهذا المبدأ العام فلاستحالة تفصيلها فى النصوص بسبب تعلقها بالمعاملات اليومية وتشعبها وعرف هذه المعاملات وتفاوته .

أما القول بتعسف المتعاقد فى استعمال حقه عند ما يطالب بتنفيذ العقد طبقا لأحكامه رغم تغير الظروف فمردود عليه بأن نظرية التعسف انما شرعت للحد من استعمال الحقوق بقصد اضرار الغير . والدائن فى صورة تغير الظروف لا يقصد الاضرار بالمدين عند ما يطالب بتنفيذ العقد طبقا لأحكامه . انما هو يطلب تحقيق المنفعة التى هيأه لها حسن تبصره أو حسن حظه . وأخيرا فلا اثراء دون سبب عند ما يطالب المتعاقد بتنفيذ أحكام العقد الذى قبلت أحكامه اختيارا . اذا أثرى من تنفيذ العقد فانما هو اثراء يقوم على سبب والسبب هو نفس العقد الذى يطلب تنفيذه أو هو بتعبير أدق الالتزام العقدى الذى تحمله فى هذا العقد والذى يقابل الالتزام المدعى بتعديله .

لذلك كله جرى القضاء اضطرادا على عدم الأخذ بهذه النظرية [1] .

٣٢٩ — الحقيقة أن هذه النظرية لا يمكن ادخالها فى حظيرة القانون المدنى لا باسنادها الى نصوص القانون المكتوب ولا الى المبادىء العامة التى تتحكم فى هذا القانون . فهى على العكس تناقض هذه النصوص وتتعارض مع هذه المبادىء العامة .

ثم ان اجراء تعديل أحكام العقد مسألة لا تخلو من شعب . وهى ذات آثار بعيدة القاضى وهو يقضى فى نزاع معين لا يملك حصرها والبصيرة بخطرها . فاذا هبط سعر العملة بسبب أزمه اقتصادية وطلب من القاضى بسبب هذا الظرف زيادة التزامات المستأجر برفع الأجرة أخذا بتغير الظروف فهل يجوز اجراء هذا

---

(١) راجع الأحكام المنشورة فيما تقدم فقرة ٣١٠ ص ٤٣٩ حاشية ١ .

التعديل دون تعديل سعر فائدة سندات الدولة مثلا التى يملكها المستأجر ؟ ان الظرف الذى هبط بقيمة الأجرة هو هو الذى هبط بقيمة ريع السندات . واذا اقتضت العدالة تعديل الالتزام الأول فهى كذلك تقضى بتعديل الثانى وغيره[١] .

تعديل أحكام العقد مسألة تخرج اذن عن حدود الفن القضائى ونطاقه لتقع فى نطاق سياسة التشريع . ولا يملك البت فيها الا من يملك النظرة الشاملة يلقيها على الأعمال القانونية واتجاهها وتأثير الظروف فيها وعلى أثر المساس بطائفة منها فى الطوائف الأخرى وتسلسل هـذه الآثار . أقصد بذلك الشارع . فالظرف الذى يخل بميزان العقد انما هو دائما ظرف **عام** ولا يجمل عنده الا اتخاذ تدبير **عام** بتشريع تراعى فيه المصالح المتشابكة المتضاربة . ولا أدل على صحة ذلك كله من الواقع . فقد تداخل الشارع الفرنسى على أثر الحرب الماضية باصدار طائفة من القوانين . وفعل مثله الشارع المصرى على أثر الحرب الماضية وفى الحرب الحاضرة بالقوانين والأوامر العسكرية[٢] .

الفصل الثانى

فى انقضاء الالتزام العقدى[٣]

٣٣٠ — تحديد موضوع الفصل بانقضاء الالتزام العقدى بانقضاء سببه ٣٣١ — تنفيذ الالتزام العقدى عمل ارادى مستقل عن انعقاد العقد لا يقع صحيحا الا اذا استوفى شروط الارادة ومن بينها المحل والسبب ٣٣٢ — تخلف المحل أو السبب قد يقع قبل وقوع التنفيذ فيحول دون حصوله وبهذا ينقضى الالتزام العقدى . أثر نظرية السبب فى تنفيذ الالتزام العقدى . فى صور ثلاث ٣٣٣ — أثر استقلال التنفيذ عن نفس التعهد : سبب التنفيذ غير سبب التعهد .

---

(١) دى باج ، ٢ فقرة ٥٧٩ ص ٤٩٩ .

(٢) قارن عبد الفتاح السيد فى مقاله بمجلة مصر العصرية السنة ٣٢ ص ٦٤٩ وما بعدها وراجع قرارات مؤتمر باريس الدولى فى سنة ١٩٣٧ المشار اليها فيه .

(٣) **مراجع** — رينو ، رسالة باريس سنة ١٩٠٦ — سالي ، فى الالتزامات ، =

٣٣٠ — لن نتناول فى هذا الفصل دراسة الأسباب التى تنقضى بها الالتزامات على العموم كالوفاء والاستبدال والمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم. فهذه محلها النظرية العامة للالتزام. انما نقصر هذا الفصل على دراسة الأسباب الخاصة التى ينقضى بها الالتزام العقدى. بل ومن بين هذه الأسباب ما لا محل للكلام فيه فى هذا الفصل اما لأنها لا تستدعى بيانا خاصا واما لأن هذا البيان أولى به دراسة العقود المعينة.

من هذه الأسباب التى نكتفى بالمرور عليها موت المتعاقد الملتزم اذا كان الالتزام قد اعتبر فيه بشخصه كالتزام الممثل والمصور والنحات. ومنها تراضى أطراف العقد على الغائه mutuus dissensus وجعل أحكامه كأن لم تكن فيزول بذلك كل التزام عقدى نشأ بنشوء هذا العقد (المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى). ومنها الغاء العقد بارادة أحد طرفيه résiliation الغاء به يزول أثر العقد فى المستقبل وتنقضى الالتزامات التى أنشأها دون أن يؤثر فى نفاذه فى الماضى. وذلك فى الأحوال التى يجوز فيها هذا الالغاء بارادة أحد الطرفين كما هو الحال فى عقد العمل غير المحدد المدة (المادة ٤٠٤/٤٩٢) والشركة غير المحددة المدة (٤٤٥/٥٤٢) والاجارة غير المحددة المدة (المادة ٣٨٣/٤٦٨) وعقد الوكالة (المواد ٥٢٢ و ٥٢٩/ ٦٤٠ و ٦٥٠) وعقد الوديعة (المادة ٤٨٢/٥٩٠).

انما يعنينا أن نتناول فى هذا الفصل انقضاء الالتزام العقدى فى العقود التبادلية بانقضاء سببه لارتباط هذا الأمر بالمسؤولية العقدية من ناحية ولانسحاب هذا السبب من أسباب الانقضاء على جميع الالتزامات العقدية التى ينشئها عقد تبادلى دون أن يتخصص بنوع معين من العقود.

٣٣١ — ان الالتزام العقدى وهو نتيجة تسفر عنها الارادة الصحيحة التى انعقد بها العقد انما يدور مع الارادة وجودا وعدما. ذلك أن الارادة لا تظهر

= فقرة ١٧١ وما بعدها — كاسان، رسالة باريس سنة ١٩١٤ — كابيتان، فى السبب، فقرة ١٢٠ وما بعدها — بوابيه، رسالة تولوز سنة ١٩٢٤ — بيكار، مقال فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ٦١ وما بعدها — السنهورى، فقرة ٦٢٩ وما بعدها.

فقط عند انعقاد العقد بل هى تظهر كذلك عند تنفيذ الالتزام العقدى . فتنفيذ الالتزام العقدى ليس مجرد عمل مادى . ان هو الا عمل ارادى يقصد به تحقيق نتيجة قانونية هى القيام بالواجب الذى فرضه العقد . وكما أن القانون له حكمه فى الارادة التى ينعقد بها العقد باسطا حمايته على المتعاقد ناقص الأهلية أو المكره أو مانعا الأعمال التى تخالف النظام العام أو الآداب [1] فله كذلك نفس الحكم فى العمل الارادى الذى يرمى الى تنفيذ الالتزام العقدى . بل وللقانون حكم جديد فى صدد هذا التنفيذ ألا وهو فرضه أن يكون تنفيذ الالتزام العقدى على الوجه المتفق عليه ، والترخيص بالتنفيذ الجبرى فى حدود معينة اذا امتنع المتعاقد عن القيام بواجب التنفيذ اختيارا .

ويبقى بعد ذلك أن تنفيذ الالتزام عبارة عن عمل قانونى acte juridique أو عمل ارادى acte volontaire ان ارتبط بالعقد نفسه بوصفه اذعانا للواجب الذى فرضه هذا العقد فهو مستقل عنه بقدر وقوعه بارادة جديدة . ولذلك لا غنى لهذا العمل الارادى الجديد ألا وهو التنفيذ عن أن يستوفى جميع شروط الارادة وإلا وقع باطلا ووجب تجريده عن آثاره . فاذا كان العقد قد انعقد صحيحا ونشأ عنه الالتزام العقدى فقد يقع التنفيذ باطلا لغلط أو اكراه أو نقص فى الأهلية عرض عند التنفيذ ولم يعرض عند انعقاد العقد . والأمر كذلك اذا كان التنفيذ بوصفه عملا ارادیا قد تخلف محله أو سببه . فى هذا كله تطبق قواعد الارادة التى قدمناها فى الباب الأول من هذا الكتاب [2] .

٣٣٢ — على أن الأمر يحتاج الى تفصيل بالنسبة لأثر تخلف المحل والسبب فى العقود التبادلية — وعلى الأخص تخلف السبب . ويتميز هذان العنصران بأن كلا منهما قد يتخلف قبل وقوع التنفيذ فيحول دون وقوعه [3] . وبهذا التخلف

(١) راجع فيما تقدم فقرة ١٤٩ وما بعدها .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٤٧ وفقرة ١٤٩ وما بعدها وراجع فيما بعد فى الكتاب الثانى دفع مالا يجب paiement de l'indu وتحكيم قواعد الارادة فيه .

(٣) وهذا على عكس عيوب الارادة كالغلط أو الاكراه فهى وان كانت تجعل التنفيذ باطلا بوصفه عملا ارادیا الا انها تفترض دائما حصول التنفيذ فعلا .

ينقضى واجب تنفيذ الالتزام العقدى ويسقط الالتزام . كما أن تخلف السبب قد يكون مؤقتا فيعلق تنفيذ الالتزام . فنظرية السبب التى تفعل فى العقد عند انعقاده تفعل كذلك فيه عند تنفيذه . وهى اذ تفعل فيه عند التنفيذ أوجدت ثلاثة أوضاع هى التى نتناولها فى هذا الفصل : (١) فهى التى تقضى بأنه اذا سقط التزام أحد الطرفين باستحالة تنفيذه (بسقوط محله) سقط التزام الطرف الآخر (بسقوط سببه) (٢) وهى التى تقضى بأنه اذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد ليبرأ من تنفيذ التزامه (٣) وهى التى تقضى بوجوب تنفيذ الالتزامات التبادلية على وجه التقابل الزمنى exécution simultanée .

٣٣٣ — وقد بلغ من بعض الكتاب اقتناعهم بأثر نظرية السبب فى تنفيذ العقود التبادلية مبلغا دعاهم الى تعريف سبب الالتزام فى العقد التبادلى بأنه تنفيذ الالتزام المقابل لا مجرد نشوء الالتزام المقابل [١] . على أننى مع اقتناعى بأثر السبب فى تنفيذ العقود لا أرى الموافقة على هذا التعريف . فالارادة التى ينعقد بها العقد التبادلى سببها مجرد نشوء الالتزام المقابل . أما تنفيذ الالتزام فهو كما قدمنا عمل ارادى جديد لا بد له من سبب جديد وسبب هذا التنفيذ هو **الحصول** على تنفيذ الالتزام المقابل . فنحن فى مرحلة انعقاد العقد ونشوء الالتزام الارادى نكتفى بنشوء الالتزام المقابل سببا لنشوء التزام المتعاقد . أما فى مرحلة تنفيذ الالتزام فسبب تنفيذ التزام المتعاقد هو حصوله على تنفيذ الالتزام المقابل بحيث اذا لم يتم هذا التنفيذ المقابل أصبح تنفيذ التزام المتعاقد عملا اراديا لا سبب له يجب الرجوع فيه ان كان قد تم (الفسخ لاستحالة الوفاء أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل) أو عدم المضى فيه اذا كان لم يتم (الدفع بعدم التنفيذ) .

وسنتناول فى ثلاثة مباحث الآثار الثلاثة التى تترتب على فعل نظرية السبب فى مرحلة تنفيذ الالتزام العقدى فى العقود التبادلية .

---

(١) كابيتان ، فى السبب فقرة ١٣ .

المبحث الأول — فى فسخ العقد التبادلى بسبب استحالة تنفيذ الالتزام أو فى تحمل التبعة risque

٣٣٤ — سقوط التزام المدين باستحالة تنفيذه . أثر ذلك فى الالتزام المقابل . عرض مسألة تبعة العقد .

٣٣٤ — اذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بعد انعقاد العقد التبادلى كما لو هلكت العين المراد بيعها أو تأجيرها انقضى واجب هذا الطرف فى تنفيذ الالتزام [١] . تلك بديهية يعبر عنها المبدأ القائل بأنه لا يجبر أحد على فعل المستحيل à l'impossible nul n'est tenu . وليس يعنينا من هذه البديهية صياغتها بقدر ما يعنينا تعليلها . ان تنفيذ الالتزام عمل ارادى . وكل عمل ارادى لا بد له من محل يقع عليه وللمحل شروط قدمنا الكلام فيها [٢] من بينها أن يكون فعلا ممكنا . وباستحالة هذا الفعل بهلاك العين مثلا يتخلف محل التنفيذ بوصفه عملا ارادیا فيسقط واجب التنفيذ أى يسقط التزام المتعاقد الذى التزم بتسليم العين . وعن هذا تعبر المادة ١٧٧/٢٤٠ بقولها « تزول التعهدات بالفسخ اذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن » .

و بسقوط هذا الالتزام يعرض لنا التساؤل عن مصير الالتزام المقابل . اذا هلكت العين المبيعة أو المؤجرة سقط التزام البائع أو المؤجر المتعلق بهذه العين . ولكن ما مصير التزام المشترى أو المستأجر أى الدائن بالنسبة للالتزام الذى أصبح تنفيذه مستحيلا ؟ اذا قلنا انه يظل يلتزم بتنفيذ التزامه فكأنه يتحمل تبعة العقد risque du contrat اذ هو لم يحصل على تنفيذ الالتزام المقابل ويلتزم فى نفس الوقت بتنفيذ التزامه . أما اذا قلنا انه يبرأ من تنفيذ التزامه فالعقد مفسوخ ولا

---

(١) المفروض أن الاستحالة قد عرضت بعد انعقاد العقد فحالت دون التنفيذ . أما اذا كانت الاستحالة قبل انعقاد العقد فالعقد باطل ولا ينشأ الالتزام العقدى .

(٢) فيما تقدم فقرة ٩١ وما بعدها .

تبعة يتحملها أحـد [١] . وظاهر أن نظرية السبب تؤدى الى الحل الثانى أى فسخ العقد .

وسنتناول فيما يلى أساس الفسخ (المطلب الأول) ثم آثاره (المطلب الثانى) .

المطلب الأول — فى أساس الفسخ

٣٣٥ — نظرية السبب تؤدى الى سقوط الالتزام المقابل عند استحالة تنفيـذ الالتزام ٣٣٦ — لا محل للتفرقة فى هذا بين العقود الناقلة لحق عينى وغيرها . المادة ١١٣٨ فرنسى . اتفاق حكمها مع حكم القانون الرومانى . اختلاف العلة . العلة هى مبـدأ أن الهلاك على المالك ٣٣٧ — تطبيق فـكرة السبب فى غير حالة المادة ١١٣٨ ٣٣٨ — القانون المصرى يطبق القواعد السليمة ٣٣٩ — تطبيق فـكرة السبب فى حالة الاستحالة الـكلية والجزئية والمؤقتة .

٣٣٥ — اذا رجعنا الى نظرية السبب أى الى الغرض الذى يرمى اليـه المتعاقد واذا لاحظنا أن تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد ان هو الا عمل ارادى يشترط فيه لـكى يقع صحيحا أن يتحقق الغرض الذى يرمى اليه لما ترددنا فى القول بأنه بسقوط التزام أحد الطرفين بسبب استحالة التنفيذ يسقط الالتزام الآخر ولا يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذه اذ قد تخلف الغرض الذى كان يرمى اليه من هذا التنفيذ ألا وهو الحصول على تنفيذ الالتزام المقابل . هـذا ما يؤدى اليه تطبيق قواعد العمل الارادى وقواعد السبب .

٣٣٦ — وتطبيق هذه القواعد لا يحتمل التفرقة بين العقود الناقلة لحقوق عينية وغيرها من العقود . أيا كان الالتزام الذى أصبح تنفيذه مستحيلا يترتب على استحالة تنفيذه عدم وجوب تنفيذ الالتزام المقابل [٢] .

على أن الشارع الفرنسى لم يطبق قواعد السبب فى جميع الأحوال . ذلك أنه يفرق بين العقود الناقلة لحقوق عينية وغيرها من العقود . فالمادة ١١٣٨ فرنسى

---

(١) كابيتان ، فى السبب فقرة ١٣٢ — سالي ، الالتزامات ص ١٩٩ .

(٢) سالي ، الالتزامات ص ١٨٣ — بلانيول ، تعليق فى دالوز ٩١ — ١ — ٣٢٩ — كابيتان ، فى السبب فقرة ١٣٣ .

تقضى بأن تبعة الهلاك تقع على الدائن فى الالتزام بنقل حق عينى (المشترى مثلا) بمعنى أنه يلتزم بتنفيذ التزامه (دفع الثمن) ولو هلكت العين المبيعة قبل تسليمها حتى ولو كان هذا التسليم مؤجلا. وهو بهذا يجعل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام يتحملها الدائن بهذا الالتزام الذى أصبح تنفيذه مستحيلا.

لقد كان القانون الرومانى يقضى بمثل ذلك ويجعل التبعة على المشترى الذى يحرم من الشىء بهلاكه ويلتزم مع ذلك بدفع الثمن. ولكن لا ينبغى من أجل ذلك رد هذا الحكم الذى أخذ به الشارع الفرنسى (المادة ١١٣٨) الى القانون الرومانى. ففى القانون الرومانى كان التزام البائع مستقلا عن التزام المشترى يحيا كل منهما حياة خاصة[١]. ولم يعرف هذا القانون نظرية السبب التى تربط بين الالتزامات المتقابلة برباط وثيق يجعل مصير أحدهما متحكما فى مصير الآخر. اذن فما هى العلة التى من أجلها أخذ الشارع الفرنسى بهذا الحكم؟ لقد قال البعض بأن تبعة الهلاك التى يتحملها الدائن فى الالتزام بنقل حق عينى (المشترى) انما تقابل زيادة القيمة التى تلحق العين والتى تكون من حقه بمجرد انعقاد العقد. ومردود على ذلك بأن التعادل بين الهلاك وزيادة القيمة غير قائم. انما يقابل زيادة القيمة نقص هذه القيمة وليس يقابلها الهلاك[٢]. الحق أن الشارع الفرنسى انما تأثر عند ما وضع المادة ١١٣٨ بالمدرسة الدولية (جروشيوس وأتباعه) التى كانت تقضى بهذا الحكم على أساس أن تبعة هلاك الشىء تكون على مالكه res perit domino[٣]. واذ كان من يتلقى ملكية عين بعقد يتملك هذه العين بمجرد التعاقد فيجب أن تكون عليه تبعة هلاك العين[٤]. وكأن الشارع الفرنسى جرد المسألة من العلاقة التعاقدية فلم ير الا صفة المالك. وهذا وجه العيب

---

(١) كابيتان، فقرة ١٣٥.

(٢) سالي، الالتزامات ص ٢٠١.

(٣) جروشيوس، قانون الحرب والسلم، ٢ الفصل ١٢، فقرة ١٥.

(٤) فاذا كان نقل الملكية مؤجلا وهلكت العين قبل الأجل كان الهلاك على البائع وبرأ المشترى من دفع الثمن، كابيتان فقرة ١٣٧.

اذ مبدأ الهلاك على المالك انما يتعلق بتبعة الشيء risque de la chose والمسألة المعروضة انما تتعلق بتبعة العقد[١].

٣٣٧ — وعلى أى حال فان حكم المادة ١١٣٨ الذى يخرج عن قواعد السبب والغرض الذى يرمى اليه المتعاقد ، أخذا بمبدأ الهلاك على المالك ، هذا الحكم قاصر على حالة العقود الناقلة للملكية والحقوق العينية . ولذلك فان الشارع الفرنسى عاد الى أحكام السبب فى العقود الأخرى غير الناقلة للملكية وقضى بسقوط الالتزام المقابل عند استحالة تنفيذ الالتزام (راجع المواد ١٧٢٢ و ١٧٤١ فى عقد الاجارة و ١٧٨٨ و ١٧٩٠ فى عقد الاستصناع) . نعم ان هذه النصوص وردت فى صدد بعض العقود دون البعض الآخر ولكن مسلم فى الفقه والقضاء بتطبيق هذا الحكم على بقية العقود التبادلية غير الناقلة للملكية أى التى يكون محل الالتزام فيها فعل أو امتناع حتى ولو لم يقض القانون فى شأنها صراحة بهذا الحكم . بل ان الشارع الفرنسى نفسه — حتى فى العقود الناقلة لحق عينى — عاد الى القول بسقوط الالتزام المقابل اذا كان الالتزام بنقل الملكية الذى انقضى بهلاك الشيء أى بالاستحالة معلقا على شرط موقف (المادة ١١٨٢)[٢] . مع أن الأثر الرجعى للشرط الموقف عند تحققه يجعل المشترى مالكا من يوم العقد لا من يوم تحقق الشرط . وتملكه من يوم العقد كان يعنى جعل هلاك العين على عاتقه والتزامه بالثمن رغم الهلاك أخذا بحكم المادة ١١٣٨ . رغم ذلك قضت المادة ١١٨٢ فرنسى بسقوط التزام الدائن بنقل الملكية (المشترى مثلا) وكأنها بهذا رجعت الى قواعد السبب[٣] .

---

(١) كابيتان ، فى السبب فقرة ١٣٦ .

(٢) تقابلها المادة ١٠٦/١٦٠ من القانون المصرى وهى تقضى بنفس الحكم ولكنها تتفق مع القاعدة العامة فى القانون المصرى . راجع الفقرة اللاحقة .

(٣) بل ان القضاء الفرنسى حتى فى صورة المادة ١١٣٨ يعمل على مداورة حكم هذه المادة ويلتمس لهذا سبلا مختلفة ، راجع نقض فى ٨ يناير سنة ١٩٠٦ دالوز ٩٠٦ — ١ — ٢٦٢ ومحكمة رن فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦ سيرى ١٩٠٧ — ٢ — ١٦٤ وراجع كابيتان فى السبب ، فقرة ١٣٦ ص ٢٨٦ حاشية ٢ .

٣٣٨ — أما القانون المصرى فقد رجع الى القواعد السليمة ولم يقحم قاعدة الهلاك على المالك فى تحمل تبعة العقد . فالمادة ١٧٩/٢٤٢ تقضى بأنه « اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان الوفاء تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به correla-tives بدون اخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق » وهذه المادة صريحة فى أنه بسقوط الالتزام باستحالة الوفاء (المادة ١٧٧/٢٤٢) يسقط الالتزام المقابل correlative . وموضعها لا يخلو من شأن فهى واردة فى الكتاب الثانى الخاص بالالتزامات وفى الباب الخاص بانقضاء الالتزامات تحت عنوان « فسخ التعهدات » أى أنها تقضى بقاعدة عامة تنطبق على جميع العقود التبادلية أيا كان نوعها[1] . وقد أكد الشارع المصرى هذه القاعدة بما نص عليه فى باب البيع من أنه « اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو اهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع الا اذا كان المشترى قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد »[2] كما أكدها فى نصوص أخرى كثيرة فى مختلف العقود . راجع المواد ٣٧٠/٤٥٤ و ٣٧١/٤٥٦ و ٣٧٤/٤٥٩ و ٣٩٣/٤٨٠ فى الايجار و ٤١١ و ٤١٧/٥٠٢ و ٥٠٩ فى الاستصناع .

٣٣٩ — وكما أن فكرة السبب أو الغرض هى التى تحكم مصير الالتزام المقابل أيا كان نوع الالتزام الذى أصبح تنفيذه مستحيلا (نقل حق عينى أو فعل أو امتناع) فكذلك تحكم هذه الفكرة مصير هذا الالتزام المقابل أيا كان نوع استحالة التنفيذ ، كلية أو جزئية أو مؤقتة . اذا استحال تنفيذ الالتزام كلية فظاهر أن هذه الاستحالة تؤدى الى عدم وجوب تنفيذ الالتزام المقابل أخذا بارادة المتعاقدين و بنظرية السبب . على أن الالتزام قد يستحيل تنفيذه جزئيا فما أثر هذه الاستحالة الجزئية على الالتزام المقابل ؟ مثلا تلفت العين المبيعة قبل تسليمها .

---

(١) قارن السنهورى ، فقرة ٦٦٠ .

(٢) راجع مع ذلك نصوص المواد ٢٤٠/٣٠٦ و ٤٢٤/٥١٦ التى تقضى بعكس القاعدة .

لا نزاع فى أنه يتعين فى هذه الصورة تخفيض الثمن بما يقابل التلف والا فان تنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن يصبح ولا مقابل له ولا سبب فى القدر المقابل للتلف . بل ان احترام ارادة المتعاقدين والأخذ بفكرة الغرض قد يؤدى الى أكثر من ذلك والى سقوط الالتزام المقابل كليـة اذا كان ما تم من التنفيذ الجزئى لا يحقق الغرض الذى يرمى اليه المتعاقد . وكذلك الأمر اذا كان الالتزام مستحيل التنفيذ مؤقتا . فاذا ترتب على تأخير التنفيذ عن ميعاده أن فات الغرض الذى يرمى اليه المتعاقد الآخر فان التزامه المقابل للالتزام الأول يصبح غير واجب التنفيذ . واذا كان هذا التأخير لا يفوت الغرض جملة ولـكنه يقلل من المنفعة التى كان يحصل عليها الدائن فى هذا الالتزام وجب تخفيض الالتزام المقابل بمـا يناسب الاقلال من المنفعة أو تعويضه عن هذا التأخير .

تلك هى الأحكام التى تقضى بها نظرية السبب . وقد أخذ بهـا الشارع نفسه فى المواد ٣٧٠ و ٣٧١/٤٥٤ و ٤٥٥ و ٤٥٦ فى باب الايجار بالنسبة لعدم التنفيذ الجزئى بسبب حصول خلل فى العين المؤجرة أو اجراء مرمات ضرورية يترتب عليها حرمان المستأجر جزئيا من الانتفاع . فقضى بحق الفسخ للمستأجر أو تنقيص الأجرة . والمحاكم نفسها تتوسع فى النصوص الواردة فى القانون فتبسط حكمها على أحوال لم ترد النصوص عنها أخذا بالفكرة التى تقوم عليها هذه النصوص (١) .

كما أن أحكام المحاكم لم تتردد فى الأخذ بنظرية السبب وتطبيق أحكامها فى حالة استحالة التنفيذ المؤقتة وأثر تأخير التنفيذ فى الالتزام المقابل . فهى تقضى بأنه اذا عرضت قوة قاهرة ترتب عليها منع التنفيذ مؤقتا فالمدين لا تبرأ ذمته من الالتزام بل يظل العقد معلقا حتى يزول العائق من التنفيذ الا اذا كان التنفيذ

---

(١) تخفيض الأجرة بسبب الحرمان من حق الصيد (باريس فى ١٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ جازيت المحاكم فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٦) أو بسبب عدم تدفئة المسكن (محكمة السين فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ جازيت المحاكم فى ١٩ — ٢٠ يونيو سنة ١٩١٨ وفى ٨ يناير سنة ١٩١٩) — كابيتان ، فقرة ١٤٤ ص ٣٠٣ حاشية ١ .

يفقد قيمته بعد فوات الميعاد فتبرأ ذمة المدين و يسقط حقه فى الالتزام المقابل [١].

المطلب الثانى — فى آثار الفسخ

٣٤٠ — أثر الفسخ ٣٤١ — الالغاء وأثره فى العقود الممتدة ٣٤٢ — هل يترتب على استحالة التنفيذ انفساخ العقد من تلقاء نفسه . مذهب الفقه والقضاء فى فرنسا . النص المصرى .

٣٤٠ — يترتب على سقوط أحد الالتزامين فى العقد التبادلى باستحالة تنفيذه سقوط الالتزام المقابل أو بتعبير أدق عدم وجوب تنفيذه بسبب تخلف السبب . فاذا طالب الطرف الذى استحال تنفيذ التزامه الطرف الآخر بتنفيذ التزامه دفع هذا الأخير هذه المطالبة بأن تنفيذ التزامه يصير بلا سبب . واذا كان قد نفذ التزامه فعلا جاز له الرجوع فى هذا التنفيذ ومطالبة خصمه برد ما استولى عليه (المادة ١٧٩/٢٤٢) على أساس أنه انما دفع ما لا يجب [٢] (المادة ١٤٥/ ٢٠٦) — و بهذا يزول كل أثر للعقد بطريق فسخه أو انفساخه [٣].

واذا كانت استحالة التنفيذ جزئية وأدت مع ذلك الى الفسخ أخذا بفكرة السبب وجب على الطرف الذى استولى على التنفيذ الجزئى أن يرده ما دام هو قد خلص من تنفيذ التزامه .

ولا يترتب على الفسخ اخلال بحقوق الدائنين المرتهنين بحسن نية (المادة ١٧٩/٢٤٢) [٤].

---

(١) محكمة نيم فى ٤ يناير سنة ١٩١٨ جازيت المحاكم فى ٢٨ — ٢٩ أغسطس سنة ١٩١٨ ونقض فى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت دى پاليه فى ٢٥ يناير سنة ١٩٢٥ وراجع الأحكام العديدة المنشورة فى كاپيتان فقرة ١٤٥ ص ٣٠٥ حاشية ١ — وراجع سالي ، الالتزامات فقرة ١٨٧ و ١٩٤ .

(٢) س م فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٤ ص ٢٨٤ .

(٣) راجع فيما بعد فقرة ٣٤٢ و ٣٤٧ .

(٤) قد يكون من الصعب تصور وجود حق يجوز رهنه ونحن بصدد استحالة التنفيذ . راجع مع ذلك ، عز الدين عبد الله ، رسالة القاهرة ص ١٧١ الذى يعمل النص بتصور حالة =

٣٤١ — على أن هناك عقودا ممتدة successives وهى التى يتجزأ فيها التنفيذ ويقابل كل تجزئة لتنفيذ التزام أحد الطرفين فيها تجزئة مقابلة لتنفيذ التزام الآخر كعقد الايجار وعقد العمل[١] . فى هذه العقود اذا استحال تنفيذ التزام المؤجر مثلا لم يعد هناك محل لتنفيذ التزام المستأجر وانفسخ العقد . على أن العقد لا ينفسخ بالنسبة للماضى اذ قبل هذه الاستحالة قد نفذت التزامات المؤجر بانتفاع المستأجر بالعين وقابلها الأجرة المستحقة ومثل هذا التنفيذ لا يرجع فيه طبعا . انما ترتب على الاستحالة العارضة أن أصبح كل تنفيذ مستقبل لالتزام المؤجر مستحيلا فيلغى العقد résiliation ومؤدى ذلك سقوط التزام المستأجر بالأجرة بالنسبة للمستقبل وحقه فى استرداد ما يكون قد دفعه من أجرة عن هذه المدة المستقبلة اللاحقة على استحالة التنفيذ . أما الأجرة عن المدة السابقة على الاستحالة فان دفعها له مقابل وسبب ألا وهو انتفاع المستأجر بالعين تنفيذا للعقد فلا وجه لردها . واذا كانت لم تدفع جاز للمؤجر المطالبة بها . وهو فى هذه المطالبة لا يرجع على أساس قدر المثل كما يقول البعض[٢] بل على أساس عقد الايجار نفسه لأنه انما ألغى بالنسبة للمستقبل دون الماضى . وللمؤجر الانتفاع بجميع ضماناته فى هذا الصدد أى بحق امتيازه وحقه فى الحجز التحفظى .

٣٤٢ — ولكن هل بمجرد استحالة تنفيذ الالتزام يسقط الالتزام المقابل من تلقاء نفسه وينفسخ العقد أم لا بد من رفع النزاع للقضاء لينظر فى الأمر فيقضى بفسخ العقد . يتجه الفقه[٣] الى أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه فى حالة استحالة

= بيع عقار وانتقال الملكية فيه بالتسجيل ثم رهنه من المشترى قبل استلامه وهلاك العقار قبل هذا الاستلام فيترتب على ذلك فسخ البيع ورد الثمن ولكن مع حفظ حق الدائن المرتهن فى الأولوية على الثمن قياسا على حكم المادة ٦٩١/٥٦٧ .

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٣٢ .

(٢) السنهورى ، فقرة ٦٥٦ و س ا فى ٢٩ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ١٣١ رقم ٩٨ .

(٣) بلانيول ، ٢ فقرة ١٣١٣ — تعليقه فى دالوز ١٨٩١ — ١ — ٣٨٩ — بودرى وبارد ، الالتزامات ، ٢ فقرة ٩١٤ — كابيتان ، فى السبب فقرة ١٣٩ .

تنفيذ التزام أحد الطرفين كلية ويسقط الالتزام المقابل دون حاجة الى حكم المحكمة . وهو يستند على نصوص المواد ١٧٢٢/٤٥٥/٣٧٠ التى تقضى بانفساخ الايجار حتما فى حالة هلاك الشىء المؤجر . ويرى أنه يجوز القياس عليها فى غير ذلك من أحوال الاستحالة الكلية . أما القضاء الفرنسى فهو لا يرى حصول الفسخ بمقتضى القانون الا فى الأحوال التى نص فيها القانون على ذلك صراحة (١) . أما فيما عدا ذلك من الأحوال فهو يطبق المادة ١١٨٤ التى تقضى بأن الفسخ يكون بحكم المحكمة وطبقا لتقديرها . هذا مع أن المادة ١١٨٤ انما وردت فى الواقع لتحكم حالة فسخ العقد التبادلى بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين بتقصيره . وهى صورة مختلفة على أى حال عن صورة فسخ العقد بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد طرفيه ، ويشير بينهما الفقه (٢) الفروق الآتية : فى حالة الفسخ بسبب الاخلال التقصيرى لا يكون للمقصر أن يتمسك بالفسخ وأن يطالب به بعكس حالة فسخ العقد بسبب استحالة التنفيذ اذ يكون للطرفين التمسك بالفسخ بوصفه أمرا واقعا — فى حالة الاخلال التقصيرى الفسخ متروك لتقدير المحكمة أما فى حالة الفسخ لاستحالة التنفيذ فالقاضى يقضى به حتما متى تبين استحالة التنفيذ — وأخيرا فقد يحكم بالتعويضات على المقصر عند الفسخ للاخلال التقصيرى ولا وجه لهذه التعويضات عند الفسخ لاستحالة التنفيذ بسبب قوة قاهرة (٣) .

أما فى القانون المصرى فقد ورد نص عام لا مقابل له فى القانون الفرنسى يقضى بأنه « اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان الوفاء **تنفسخ** أيضا كافة

---

(١) راجع الأحكام المنشورة فى كابيتان ، السبب ص ٢٩٠ حاشية ١ — راجع مع ذلك محكمة دواى فى ١٠ مارس سنة ١٨٨٦ سيرى ٨٩ — ٢ — ٣ واكس فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ونقض فى ٥ نوفمبر سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ — ١ — ٢٤٤ وهى تقضى بانفساخ العقد بحكم القانون .

(٢) كابيتان فى السبب ، فقرة ١٣٩ .

(٣) نقض فى ١٩ مارس سنة ١٨٨٤ سيرى ٨٥ — ١ — ٥٦ وفى ١٩ مارس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٤ — ١ — ١٨١ وفى ٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ دالوز ٩٤ — ١ — ١٦ وباريس فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيرى ٩٠٢ — ٢ — ٥١ — كابيتان ، فقرة ١٣٩ .

التعهدات المتعلقة به (المقابلة له) » وهذا النص يؤيد فكرة انفساخ العقد بقوة القانون . وعلى الأخص عند مقارنته بنص المادة ١١٧/١٧٣ التى تعطى الدائن الحق فى طلب فسخ العقد اذا امتنع المدين من أداء الالتزام [١] .

على أن المسألة تتوقف فى نهاية الأمر على فوات الغرض من تنفيذ الالتزام وفى هذا قد يختلف رأى المحكمة عن رأى المتعاقد . والوضع كما سنرى لا يختلف فى حالتى الانفساخ والفسخ [٢] .

المبحث الثانى — فى فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزام

٣٤٣ — النصوص . المادة ١١٨٤ فرنسى تقيم الفسخ على أساس الشرط الضمنى .

٣٤٣ — تقضى المادة ١١٨٤ فرنسى « بأن الشرط الفاسخ متضمن دائما فى العقود التبادلية فى حالة ما اذا لم يقم أحد المتعاقدين بما عليه من التزام . وفى هذه الحالة لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه بل يكون للطرف الذى لم يستوف التزامه الخيار بين اجبار غريمه على تنفيذ العقد متى كان هذا التنفيذ ممكنا أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويضات . ويجب أن تكون المطالبة بالفسخ أمام القضاء ويجوز منح المدين مهلة على حسب الأحوال » .

وظاهر من هذا النص أن القانون الفرنسى يقيم الفسخ على أساس شرط ضمنى اشترطه المتعاقدان يقضى لكل منهما بحق الفسخ اذا أخل الآخر بالتزامه . أما القانون المصرى فقد ورد فيه النص عاريا عن هذا الأساس . وحسنا فعل . فالمادة ١١٧/١٧٣ و ١٧٤ تقضى بأنه « اذا امتنع المدين من وفاء ما هو ملزم به بالتمام فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقم المدين بوفائه فقط — ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بازالة ما فعله مخالفا

---

(١) راجع فى الفسخ الحتمى نقض فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ ملحق العددين الأول والثانى من مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٩ ص ٦٥ .

(٢) راجع فيما بعد فقرة ٣٤٧ .

لتعهده مع الزامه بالمصاريف وهذا وذاك مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال » .

وسنتناول فى هذا المبحث أساس الفسخ وما يترتب على اعتماد هذا الأساس من آثار ثم دعوى الفسخ وأخيرا آثار فسخ العقد فيما بين أطراف العقد والغير .

المطلب الأول — فى أساس حق الفسخ

٣٤٤ — اعتراض فريق من الفقه على جعل السبب أساسا لحق الفسخ ٣٤٥ — حجتهم النقلية والرد عليها . مصدر الفسخ ليس القانون الرومانى بل القانون الكنسى ٣٤٦ — حجتهم العقلية ، تفرقتهم بين الفسخ لاستحالة التنفيذ والفسخ لعدم التنفيذ . الرد عليها . الفسخ لعدم التنفيذ ليس الا فسخا لاستحالة التنفيذ . بيان ذلك ٣٤٧ — ليس هناك فرق فى الطبيعة بين الصورتين . الفرق بينهما فى التعويض ٣٤٨ — ما دام أساس الفسخ هو نظرية السبب فالفسخ ممكن فى جميع العقود التبادلية . حكم العقود العينية . العقود الممتدة . العقود الاحتمالية .

٣٤٤ — يرى بعض الكتاب أن حق الفسخ المقرر للمتعاقد فى العقد التبادلى ليس الا خروجا عن القواعد العامة . إذ ما دام الطرفان قد ارتبطا برابطة العقد فلا محل لأن نجيز للمتعاقد فسخ هذه الرابطة بحجة أن غريمه لم ينفذ التزامه اختيارا . وما على المتعاقد الا أن يلزم غريمه قضاء بتنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا . وهم ينكرون على نظرية السبب أن تكون ذات أثر فى هذه الصورة . فاذا سلم بأنه عند استحالة تنفيذ التزام أحد الطرفين بسبب أجنبى تبرأ ذمة الآخر من التزامه طبقا لنظرية السبب فالأمر على خلاف ذلك اذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا الى اهمال المتعاقد أو تقصيره أو سوء نيته . ليس صحيحا فى هذه الصورة أن التزام المتعاقد طالب الفسخ قد أصبح بلا سبب . بل التزامه ذو سبب قائم ألا وهو التزام غريمه . وما دام هـذا الالتزام قائما محققا المقابل لالتزام طالب الفسخ فما على هذا الأخير الا أن يتبع الطرق القانونية لالزام غريمه ولا محل لأن يتحلل هو من التزامه بفسخ العقد [1] . ذلك هو حكم القواعد العامة فى نظرهم فاذا تقرر حكم الفسخ

---

(١) بلانيول ، تعليق فى دالوز ١٨٩١ — ١ — ٣٨٩ — سالي الالتزامات ، ص ١٩٦ .

للمتعاقد رغم ذلك فهو انما يتقرر استثناء من هذه القواعد فيجب التضييق فى تطبيقه [١] . وهم يردون هذا الاستثناء الى تقاليد القانون الرومانى التى جرت على أن يدرج فى عقد البيع شرط lex commissoria يخول البائع الفسخ اذا لم يف المشترى بالثمن [٢] . تلقى القانون الفرنسى القديم هذه التقاليد وانتهى الشارع الفرنسى الى صياغتها فى نص المادة ١١٨٤ .

٣٤٥ — ظاهر أن تدليل هذا الفريق من الكتاب انما يستند الى حجة نقلية وأخرى عقلية . أما عن أن حكم المادة ١١٨٤ منقول عن القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم فالأمر يحتاج الى تفصيل . نعم ان القانون الرومانى كان يقضى بادراج الشرط الفاسخ فى عقد معين هو عقد البيع ولكن كان يقع الفسخ بمجرد اعلان البائع ارادته فى الفسخ دون حاجة الى حكم من القضاء . بينما نحن فى صدد فسخ يتقرر بحكم القاضى (راجع نص المادة ١١٨٤) . ونعم ان كتاب القانون الفرنسى القديم كانوا يقربون بين فسخ العقد قضاء لعدم تنفيذ الالتزام و بين فسخه لتعليقه على شرط فاسخ صريح فى العقد تحقق وقوعه . على أنهم وان انساقوا — كما يحلو دائما للفقهاء — الى التقريب بين الوضعين فقد حرصوا فى نفس الوقت على عدم تشبيه أحدهما بالآخر [٣] . وكان أن نقل الشارع الفرنسى عن بعض كتابات هؤلاء الفقهاء نقلا سقيما ألقى فى ذهن شراح هذا القانون أن الشارع الفرنسى انما تلقى تقاليد القانون الرومانى وأنه يرد الفسخ الى شرط ضمنى فى العقد التبادلى [٤] .

وقد تنبه فريق آخر من الشراح المحدثين [٥] الى جلية الأمر فلم يتقيد

---

(١) بودرى وبارد ، ٢ فقرة ٩٠٣ و ٩٠٤ و ٩٠٥ .

(٢) پلانيول ، المرجع السابق .

(٣) راجع دوما ، فى عقد البيع ، ١ ص ٣٢٠ وپوتييه ، البيع ، فقرة ٤٧٦ .

(٤) راجع كابيتان فى السبب ، فقرة ١٥١ .

(٥) كابيتان فى السبب ، فقرة ١٤٧ و ١٤٩ و ١٥٠ وراجع ديمولومب ، ٢٥ فقرة ٤٨٩ .

بحرف المادة ١١٨٤ ولم يفته الرجوع الى مصدر تاريخى آخر عظيم الشأن فى نظرية العقد ألا وهو القانون الكنسى . والحقيقة أن قواعد هذا القانون الأخير وهى كما قدمنا [١] المصدر الحقيقى لنظرية السبب هى هى التى يجب أن ينظر اليها مصدرا فعليا لقاعدة الفسخ فى العقد التبادلى . وفعلا ظهر أثر تلك القواعد فى كتابات فقهاء القانون الفرنسى القديم فقضوا بحق المتعاقد فى طلب الفسخ **قضاء** اذا لم ينفذ غريمه التزامه [٢] .

و بعد فلمحض أن أحكام هذا الفسخ فى القانون الحديث — وهى تقضى بأنه يكون أصلا بحكم القاضى — قائمة على خلاف أحكامه فى القانون الرومانى — وهى تقضى بوقوعه بمجرد اعلان ارادة المتعاقد — لما يقطع وحده فى نسب قاعدة الفسخ وردها الى القانون الكنسى دون القانون الرومانى .

أما القضاء الفرنسى فهو لم يرد المادة ١١٨٤ الى التقاليد الرومانية بل الى مبادىء العدالة [٣] ثم عاد يردها الى سندها السليم أى الى نظرية السبب [٤] .

وقد قدمنا أن الشارع المصرى كان أدق تعبيرا فى نص المادة ١١٧/١٧٣ و١٧٤ عن الشارع الفرنسى فلم يرد الفسخ الى الشرط الفاسخ الضمنى [٥] .

٣٤٦ — أما عن الحجة العقلية القائلة بوجوب التفرقة بين الفسخ لعدم قيام المدين بالتنفيذ تقصيرا أو عمدا والفسخ لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبى قاهر و بأن نظرية السبب اذا فسرت الفسخ فى الصورة الثانية لا تفسره فى الصورة الأولى ، فلن نتبين نصيبها من الصواب الا بتحليل فكرة السبب أى الغرض من التعاقد . وسنرى أن تحليل هذه الفكرة يؤدى الى فسخ العقد فى الصورتين والى

---

(١) فيما تقدم فقرة ١٠٥ .

(٢) كابيتان ، فقرة ١٥٠ .

(٣) نقض فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٦ — ١ — ٢٧ .

(٤) نقض فى ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ دالوز ٩١ — ١ — ٣٢٩ .

(٥) راجع مع ذلك حكم محكمة النقض فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٤٩٢ الذى يستعمل تعبير « الشرط الفاسخ الضمنى » .

عدم وجود فرق فى الطبيعة بينهما .

عندما نحدد غرض المتعاقد يجب أن نلتفت الى أن غرضه هو قيام غريمه بعمل معين فى ميعاد معين على وجه معين . واستحالة تنفيذ التزام غريمه تنفيذا عينيا ليست تتحقق فقط فى حالة عدم امكان القيام به اطلاقا ، بل هى تتحقق متى لوحظ فى الالتزام أن ينفذه المدين بشخصه (نحت تمثال مثلا) وامتنع هذا المدين عن التنفيذ مع قدرته عليه بل هى تتحقق حتى ولو أمكن قيام المدين بتنفيذ الالتزام ولكن بعد الميعاد أو على خلاف الوجه المتفق عليه أو بجزء منه دون الجزء الآخر متى تبين أن القيام به متأخرا أو على غير الوجه الدقيق المتفق عليه أو بجزئه دون كله لا يحقق غرض المتعاقد [١] . وهذا هو بالذات الأمر الذى يقدره القاضى . فاذا تبين أن قيام المدين بالتنفيذ متأخرا لا يفوت غرض الدائن طالب الفسخ فللقاضى أن يرفض هذا الطلب اكتفاء بالتنفيذ العينى والتعويض عن التأخير . وله أن يصرح للدائن بدلا من الفسخ بأن يعهد الى غير المدين بالتنفيذ على حسابه . وكذلك اذا قام المدين بتنفيذ بعض الالتزام دون البعض الآخر وتبين القاضى أن هذا الاخلال الجزئى لا يفوت الغرض فله أن يرفض الفسخ [٢] وأن يقضى بالتعويض عن الجزء الباقى أو بتخفيض الالتزام المقابل [٣] وله أن يمنح المدين مهلة للوفاء متى تبين أن ذلك لا يضر الدائن ضررا جسيما (المادة ١٦٨/٢٣١ و٣٣٣/٤١٤) أى متى تبين أن ذلك لا يفوت غرضه .

وله اذا تبين أن التأخير أو قصر التنفيذ على جزء من الالتزام أو التنفيذ على وجه مخالف انما يفوت غرض المتعاقد أن يقضى بالفسخ اذ قد أصبح التنفيذ

---

(١) كذلك اذا كان الالتزام الذى لم ينفذ هو دفع مبلغ من المال (ثمن المبيع مثلا) فان الدائن (البائع) قد يحق له طلب الفسخ حتى لا يتعرض لاعسار المدين أو تأخير حصوله على المبلغ بسبب اجراءات التنفيذ على المدين وما الى ذلك وهو لم يقصد الى كل هذا عند ما قبل نقل الملكية مقابل الثمن .

(٢) س م فى أول أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٧ ص ٢٥٨ وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة ٣٣ ص ٨ .

(٣) راجع تطبيقا فى المواد ٢٩١/٣٦٤ وما بعدها .

العينى على الوجه المتفق عليه بالمعنى الدقيق مستحيلا [١] .

حق الفسخ ليس اذن استثناءا من القواعد العامة بل هو تطبيق لقواعد الارادة وبالذات لنظرية السبب . فنظرية السبب هى التى تفسر حق الفسخ وهى التى تبين متى يكون الفسخ ومتى لا يكون . وهى التى يهتدى بها القاضى عندما يرجع لتقديره للقضاء بالفسخ أو لمنح مهلة للمدين . وهو اذ يقضى بالفسخ انما يقضى به على أثر تقديره أن تنفيذ الالتزام تنفيذا يحقق غرض الدائن قد أصبح على الوجه الدقيق مستحيلا . والاستحالة كما بينا قد تستخلص من مجرد عدم تنفيذ الالتزام فى ميعاده . وهكذا يتبين ألا فرق فى الطبيعة بين الفسخ لاستحالة التنفيذ الذى تناولناه فى المطلب السابق والفسخ لعدم التنفيذ الذى نحن بصدده ، كلاهما فى الحقيقة فسخ لاستحالة التنفيذ اذ القاضى لا يقضى بالفسخ لمجرد عدم التنفيذ ، بل هو يقضى به لأنه يقدر أن تنفيذ الالتزام تنفيذا يرضى الدائن طبقا لغرضه الذى حفزه على التعاقد قد أصبح مستحيلا . وتقدير هذه الاستحالة مسألة موضوعية متروكة لقاضى الموضوع فلا يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض . ولكن متى تبين هذه الاستحالة تعين عليه الحكم بالفسخ اذ معنى هذه الاستحالة سقوط التزام المدين بسقوط محله objet ويقابل ذلك سقوط التزام الدائن لتخلف غرضه cause .

٣٤٧ — على أن الفقه متجه كما قدمنا (فقرة ٣٤٢) الى التفرقة بين الصورتين والى القول بأن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه اذا انقضى التزام أحد الطرفين باستحالة الوفاء بسبب أجنبى عن تقصير المدين فى حين أنه لا يفسخ أصلا الا بحكم القاضى فى حالة اخلال المدين بالتزامه عمدا أو عن تقصير . والحق أن نصوص القانون المصرى تؤيد هذه التفرقة (قارن تعبير المادة ١١٧/١٧٣ وقولها (أن يطلب الفسخ » وتعبير المادة ١٧٩/٢٤٢ وقولها « اذا انفسخ » التعهد) . أما القضاء الفرنسى فهو يطبق المادة ١١٨٤ فى صورتى الفسخ المشار اليهما . وقد اقتضاه الرجوع الى هذه المادة أن يجعل الفسخ غير واقع أصلا الا بحكم المحكمة .

---

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٢٩٣ .

وعندى أن التفرقة فى الحكم بين الصورتين المشار اليهما ليست دقيقة . ان العبرة باستحالة تنفيذ التزام المدين . وليس بذى شأن أن تكون هذه الاستحالة بسبب تقصيره أو بسبب قوة قاهرة . فى الحالتين المفروض انقضاء الالتزام المقابل وفسخ العقد . أما الفرق بين الصورتين فقد يكون فى حق الدائن فى التعويض الذى لا يتقرر الا عند ما تكون استحالة الوفاء بتقصير المدين (المادة ١٧٨/٢٤١) و يبقى بعد ذلك أن هناك صورا يكون فيها واضحا كل الوضوح استحالة تنفيذ التزام المدين وتخلف غرض الدائن : بائع لم ينفذ التزامه بتسليم العين بسبب هلاكها . لا نزاع فى سقوط التزام المشترى ولا حاجة فى هذه الصورة الى تقدير القاضى سواء فى هذا كان الهلاك بفعل البائع أم بفعل قوة قاهرة . المسألة مردها أمر واقع هو استحالة تنفيذ التزام المدين . فاذا قدر المدين فى غير هذه الصورة الواضحة أن هذه الاستحالة قائمة وأن التزامه قد سقط تبعا لذلك لتخلف غرضه وأن العقد قد أصبح مفسوخا وتصرف على أساس ذلك فهو انما يتحمل تبعة اختلاف تقديره عن تقدير المحكمة . سواء فى هذا كانت الاستحالة التى قدر قيامها سببها فعل المدين أم فعل القوة القاهرة [١] .

٣٤٨ — ورجوعنا الى فكرة الغرض يجعل الفسخ ممكنا فى جميع العقود التبادلية أى التى يلتزم فيها كل طرف التزاما مقابلا لالتزام الطرف الآخر . فالفسخ جائز فى العقود المسماة بالعقود العينية كالعارية ورهن الحيازة . فالمعير والراهن انما قبلا تسليم الشىء على اعتبار أن المستعير والمرتهن سيقومان بالتزاماتهما ليس فقط بالنسبة لرد الشىء بل كذلك بالنسبة لحفظه . فاذا أخل الأخيران بالتزاماتهما فى حفظ الشىء جاز فسخ عقد الرهن أو العارية [٢] .

---

(١) راجع نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ ملحق مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة ص ٦٥ .

(٢) راجع كابيتان فقرة ١٥٦ وقارن السنهورى فقرة ٦٣٧ . وقد قدمنا (فقرة ٣٦) أن الرهن والعارية والقرض والوديعة ان هى الا عقود رضائية . وهى ملزمة لجانبين فيما عدا عقد الوديعة .

كذلك يكون الفسخ فى العقود التبادلية الممتدة كعقد الايجار . كل ما فى الأمر أنه لا ينسحب الى الماضى فيسمى الغاءاً résiliation . ذلك أنه ما دام العقد منفذا فلا وجه لمحو آثاره . ينفذ المؤجر التزامه و يقابله تنفيذ التزام المستأجر بدفع الأجرة فاذا أخل المؤجر فى وقت ما بالتزامه انقطع سبب التزام المستأجر بدفع الأجرة طوال المدة التى حرم فيها من منفعة العين . واذا فسخ العقد لهذا الاخلال فهو لا يؤثر فى تنفيذه السابق (١) .

أما العقود الاحتمالية فان جانب الغرر والاحتمال فيها يدخل فى تقدير سبب الالتزام . ولذلك فانه متى بدىء فى تنفيذ العقد لم يجز بعد ذلك فسخه لاخلال أحد الطرفين بالتزامه . بل كل ما للدائن أن ينفذ على أموال مدينه لاستيفاء المقابل الذى يقضى به العقد (راجع المادة ٥٨٦/٤٨٠ — ٥٨٨) . عقد ترتيب ايراد مدى الحياة نقل به شخص ملكية عين لآخر مقابل دفع ايراد ثابت يستوفيه مدى حياته . هذا الايراد ليس مجرد ريع العين بل هو مبلغ اجمالى يتجاوز هذا الريع ملحوظ فيه تقدير مدة حياة الدائن بالايراد . وهو تقدير احتمالى غير صالح للتجزئة أو لاقتطاع جزء منه مقابل لما انقضى من سنى حياة الدائن بالايراد فى الفترة بين انعقاد العقد وطلب الفسخ . فاذا طلب فسخ العقد لعدم دفع الايراد فالفسخ محل نظر اذ لو قضينا برد العين الى الدائن بالايراد والى استرداد المدين ما سبق له دفعه منه قبل أن يتوقف عن الدفع فكأننا نحرم الدائن بالايراد من كل حقه فى العين فى هذه الفترة . واذا قضينا بالزام المدين بدفع مجرد ريع العين فى هذه الفترة (٢) فكأننا نجرد العقد عن التبعة الاحتمالية التى يقوم عليها ونحرم المدين بالايراد من فرصة قطع مرحلة من حياة الدائن كانت تقربه من نهاية التزامه دون أن نقرر له مقابلا لهذا الحرمان . لهذا قد يكون الأفضل — نظرا لعجزنا عن رد الحقوق الى أصحابها بسبب عدم صلاحية الغرر

---

(١) قارن السنهورى فقرة ٦٥٦ .

(٢) يقول بهذا السنهورى ص ٦٨٤ حاشية ١ .

للتجزئة — أن نستبقى العقد وأن يكون للدائن بالايراد أن يلجأ الى التنفيذ العينى ببيع أموال المدين والحصول على الايراد من ثمنها . وهذا ما تقضى به المادة ٤٨٠/٥٨٦ — ٥٨٨ .

المطلب الثانى — فى دعوى الفسخ

٣٤٩ — الفسخ أصلا متروك لتقدير القاضى . وهو لا يحكم به ما دام التنفيذ العينى ممكنا
٣٥٠ — التفرقة بين الفسخ وأساسه السبب والتعويض ومرجعه التقصير والمسؤولية العقدية
٣٥١ — جواز التراضى على أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه . دون دعوى أو انذار . حتى هذا النص لا يغنى عن الرجوع الى المحكمة . المدين قد يدعى حصول التنفيذ . الدائن قد يصر على التنفيذ العينى .

٣٤٩ — ليس يكفى بطبيعة الحال أن يطلب المتعاقد فسخ العقد التبادلى لعدم التنفيذ حتى يجاب الى طلبه . الأصل تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ولن يقضى بالفسخ الا اذا كان قد ترتب على امتناع المدعى عليه بالفسخ عن تنفيذ التزامه أو تقصيره أو تأخيره أن أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا فتخلف غرض المدعى بالفسخ الذى حفزه على التعاقد والذى كان من شأنه أن يحفزه على تنفيذ التزامه . وذلك أمر متروك لتقدير القاضى وهو يهتدى فى حكمه بهدى فكرة السبب . على أن هناك صورا يتضح فيها كل الوضوح تخلف غرض المتعاقد كما اذا كان المدين قد التزم بالامتناع عن فعل معين ثم ارتكبه وأصبح من غير الممكن ازالة هذه المخالفة . أو كما اذا كان انتظار حكم الفسخ يؤدى الى الاضرار بالدائن ضررا بالغا[1] أو كما لو كان محل التزام المدين تسليم عين ثبت هلاكها (بتقصير هذا المدين) . فى هذه الصور قد يستطيع الدائن أن يعتبر العقد مفسوخا قبل الحكم به وأن يتصرف على أساس ذلك دون أن يعرض نفسه الى تحمل تبعة اختلاف تقديره عن تقدير القاضى . اذ لن يتردد القاضى اذا ما رفع اليه الأمر أن يحكم بهذا الفسخ . على أنه قد يكون من مصلحة الدائن أن يعذر المدين قبل أن

(١) مثلا الدائن تاجر يفوت عليه الانتظار صفقة رابحة — راجع بلانيول وريبير واسمان ، ١ فقرة ٤٢٨ .

يعتبر العقد مفسوخا على الأقل اثباتا لحقه فى التعويض [١] . والقاضى لا يحكم بالفسخ اذا كان التنفيذ العينى ما زال ممكنا محققا غرض الدائن بأن عرض المدين هذا التنفيذ [٢] ولو بعد طلب الفسخ ، أو لم يعرضه وكان الحكم باجباره على التنفيذ العينى مما لا يعترضه ضرورة قيام المدين بالتنفيذ بشخصه . كذلك لا يحكم بالفسخ اذا كان الدائن طالب الفسخ قد صدر منه ما يفهم منه تمسكه بالتنفيذ العينى أى اعتباره أن التأخير فى التنفيذ لم يفوت غرضه من التعاقد [٣] .

٣٥٠ — ويجب التفرقة بين فسخ العقد والتعويض المترتب على هذا الفسخ . لن يحكم للدائن بالتعويض الا اذا ثبت أن هذا الدائن غير مقصر أى أنه قام بتنفيذ التزامه أو كان على الأقل مستعدا للقيام به وأن استحالة تنفيذ التزام المدين كانت بسبب تقصيره أو سوء نيته . وعلى الدائن أن يعذر المدين حتى يحفظ حقه فى التعويض . أما الفسخ فهو متوقف على ثبوت استحالة تنفيذ التزام أحد الطرفين وسقوط التزام الطرف الآخر تبعا لذلك . فلا يتوقف الفسخ على ثبوت تقصير المدعى عليه وعدم تقصير المدعى . ذلك أن التعويض يثير مسألة

---

(١) س م فى ١٤ يونيو سنة ١٩٠٠ المجموعة ١٢ ص ٣٥٠ — وراجع بلانيول وريبير واسمان ، ١ فقرة ٤٢٦ . ويعتبر رفع الدعوى اعذارا فيسرى الحق فى التعويض من هذا التاريخ — راجع س م فى ٣١ مايو سنة ١٩١٤ المجموعة ٢٦ ص ٤٠٤ وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ المجموعة ٣٤ ص ٣٣٠ .

(٢) س ا فى ٢٣ يناير سنة ١٤٠٠ المجموعة ١ ص ٢٨٣ وفى ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة ٧ عدد ٤٩ وفى ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة ٢٤ عدد ٤٢ و س م فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة ٣٠ ص ١١٤ .

(٣) كما اذا تقدم البائع فى توزيع لمال المدين ففهم منه أنه يطلب التنفيذ العينى لدفع الثمن فلا يجوز له طلب الفسخ واسترداد العين (نقض فى ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيرى ١٨٤٠ — ١ — ٤٢١) وكما اذا أجرى المشترى اصلاحات فى العين فلا يجوز له بعد ذلك أن يطلب فسخ البيع (س م فى ٣ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة ٢٤ ص ٢٤٩) . راجع كذلك س م فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة ١٩ ص ٩٦ وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة ٣٠ ص ٨٨ وفى ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المجموعة ٣٩ ص ١٧٩ وفى ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة ٤١ ص ٣٠٧ .

المسؤولية وشروطها معروفة . أما الفسخ فهو تقرير للأمر الواقع من سقوط الالتزامات بسبب تخلف ركن المحل أو السبب . فاذا رفع أحد طرفى عقد تبادلى دعوى بطلب فسخ العقد وثبت أن الطرفين قد أهملا كل من جانبه تنفيذ الالتزامات على وجه يتبين منه أن كل تنفيذ يقع بعد ذلك لا يحقق الغرض الذى رمى اليه كل منهما فلا نزاع فى أن القاضى يحكم بالفسخ متى تبين ذلك دون أن يعترض على المدعى بالفسخ أنه قصر فى تنفيذ التزامه [1] . ولكن قد يحكم بأن الفسخ بتقصير هذا المدعى ويلزم بالتعويض بسبب ذلك وتلك مسألة أخرى مستقلة عن الفسخ .

٣٥١ — الأصل اذن أن يكون الفسخ بحكم القاضى على الوجه السابق بيانه . ولكن يجوز لأطراف العقد أن يتراضيا على هذا الفسخ دون الالتجاء الى القضاء كما يجوز لهما أن ينظما حكم الفسخ فى ذات العقد ، فيتفقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه de plein droit اذا لم يقم أحدهما بالتنفيذ . فى هذا النص معنى أنهما يعدان أى تأخير فى تنفيذ الالتزام مفوتا غرض الدائن وأنهما يستبعدان خضوع الفسخ لتقدير القاضى . ولكن يبقى على الدائن واجب اعذار المدين حتى يحفظ حقه قبله فى التعويض وأن يرفع الأمر لاستصدار حكم بالفسخ حتى يطمئن الى أن القضاء يقر المعنى الذى استمده هو من النص على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه . والمفروض أن المحكمة اذا أقرت هذا المعنى تقر الفسخ دون أن تدخل فى تقدير أسبابه .

ويجوز للطرفين أن ينصا فى العقد على أنه يفسخ عند عدم التنفيذ من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو انذار فيعمل بهذا النص [2] .

على أن الملحوظ فى جميع الأحوال أن النص قد لا يغنى عن رفع الأمر

---

(١) راجع عكس ذلك السنهورى ، فقرة ٦٤٣ .

(٢) س م فى ٦ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة ١٣ ص ٣٦٢ وفى ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ المجموعة ٢٥ ص ٢٥٠ وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة ٣٨ ص ٨١ .

للمحكمة اذا نازع المدين فى فسخ العقد مدعيا أنه قام بالتنفيذ [١] . كما أن الفسخ وان اتفق على وقوعه من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم لا يعنى أن العقد يفسخ حتما ، فما زال الأصل هو التنفيذ العينى وللدائن أن يطالب دائما بهذا التنفيذ اذ فى هذه المطالبة معنى تقديره أن تأخير المدين لم يفوت بعد غرضه من الالتزام وأن اجبار المدين على التنفيذ العينى بحكم المحكمة ما زال يحقق غرضه . اذا طالب الدائن بذلك فليس للمدين أن يتمسك قبله بالنص القاضى بفسخ العقد من تلقاء نفسه [٢] .

المطلب الثالث — فى أثر الفسخ

٣٥٢ — أثره بين المتعاقدين . أثره بالنسبة للغير .

٣٥٢ — فسخ العقد عبارة عن سقوط التزام أحد الطرفين لاستحالة تنفيذه وسقوط التزام الآخر لتخلف سببه . ويقتضى هذا الفسخ رد الطرفين الى مركزهما قبل التعاقد أى الرجوع فيما يكون قد قام به كل متعاقد فى سبيل تنفيذ التزامه . اذ هذا التنفيذ من جانبه ان هو الا عمل ارادى لم يستوف شرائطه فهو باطل . والمفروض أنه بزوال كل أثر للعقد يزول أثر كل تصرف صدر من أحد أطرافه على أساس قيامه . على أن ترتيب هذه الأحكام قد يتعطل بسبب مساسه بحق للغير قرر القانون حفظه [٣] .

هذا الغير قد يتلقى حقه ممن طلب عليه الفسخ . فالمادة ١١٨ مكررة/١٧٦ تقضى بأن « فسخ العقد الناقل للملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين برهون مسجلة » . بمعنى أنه اذا فسخ عقد بيع العقار بناء على طلب البائع وكان المشترى فى الفترة بين

---

(١) راجع س م فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة ٣٣ ص ٩٤ وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة ١٥ ص ١١ .

(٢) س م فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة ٢٩ ص ١٠٠ .

(٣) وقد يتعطل الفسخ حتى بين الطرفين اذا استحال ردهما الى مركزهما قبل التعاقد ، راجع فيما تقدم فقرة ٣٤٨ .

انعقاد العقد وفسخه قد رتب رهنا على العقار فلا يضر هـذا الفسخ بحق الدائن المرتهن حسن النية[1] و يسترد البائع العين اذا شاء محملة بحق الرهن . على أن البائع طالب الفسخ يستطيع أن يدرأ عن نفسه نفاذ هذا الرهن فى حقه بالمبادرة بتسجيل صحيفة دعوى الفسخ . فاذا سجلها وفسخ العقد وأشر بمنطوق الحكم على هامش تسجيل الدعوى كان هذا الفسخ نافذا فى حق الدائن المرتهن الذى تلقى حقه بعد تسجيل صحيفة الدعوى (المواد ٧ و ١٠ و ١٢ من قانون التسجيل) . كذلك فان عقود الادارة التى تصدر ممن طلب عليه الفسخ فى الفترة بين انعقاد العقد وفسخه تنفذ فى حق طالب الفسخ اذا استرد العين بفسخ العقد .

وقد يتلقى الغير حقه من طالب الفسخ . فاذا كان المشترى قد رتب حقا عينيا على العين فلا يجوز له أن يطلب فسخ عقد تمليكه اذ هو ضامن لمن تلقى منه الحق العينى وحق هذا الأخير يمنعه من طلب الفسخ .

كذلك قد يتلقى الغير حقه من غير المدعى والمدعى عليه فى دعوى الفسخ . فاذا باع شخص عقارا لآخر ثم باع المشترى هذا العقار لثالث وطلب البائع فى عقد البيع الأول فسخ العقد فقد لا يكون لهذا الفسخ أثره فى حق الغير (المشترى الثانى) اذا كان قد تملك العين بالتقادم الطويل أو التقادم الخمسى .

المبحث الثالث — فى وجوب تنفيذ الالتزامات على وجه التقابل الزمنى أو فى الدفع بعدم التنفيذ

٣٥٣ — مبدأ الدفع بعدم التنفيذ . لم يعرفه القانون الرومانى رغم اسمه اللاتينى . مصدره القانون الكنسى . القانون الفرنسى والمصرى لم ينصا عليه ولكن طبقا أحكامه .

٣٥٣ — الأصل فى العقود التبادلية أن يتم فيها التنفيذ على وجه التقابل الزمنى execution simultanée, trait pour trait أى أن يتم تنفيذ الالتزامات المتقابلة فى نفس الوقت فيكون للمتعاقد الذى يطالبه غريمه بتنفيذ التزامه أن يمتنع عن التنفيذ ما دام هذا الغريم لم يقم من جانبه بتنفيذ ما عليه من التزام . وهذا

(١) راجع فى تفصيل ذلك ، عز الدين عبد الله ، رسالة القاهرة سنة ١٩٤٣ .

ما يسمى الدفع بعدم التنفيذ exceptio non adempleti contractus . ولا ترجع هذه القاعدة الى القانون الرومانى رغم اسمها اللاتينى . فهذا القانون لم يستوعب جميع النتائج التى تترتب على ارتباط الالتزامات التى ينشئها العقد الملزم للطرفين لمحض أنه لم يعرف نظرية السبب التى تقيم هذا الارتباط . وان كانت حاسة العدالة عند فقهاء الرومان جعلتهم يأخذون ببعض التطبيقات الظاهرة لقاعدة الارتباط فى عقود البيع والايجار والشركة (١) .

انما رسم هذه القاعدة القانون الكنسى الذى تدين له التشريعات الحديثة بنظرية السبب فصاغها فى المبدأ القائل « لا يرعى عهد من لا عهد له non servanti fidem non est fides servanda » . وتشبع بهذه القاعدة بعض المتأخرين من شراح القانون الرومانى postglossateurs حتى أرادوا استخلاص حكمها من القانون الرومانى نفسه فنسبوا اليه مبدأ الدفع بعدم التنفيذ وهو لم يعرفه ولم يقض به . ثم اختفى هذا المبدأ على أثر ما عمل عليه بعض علماء القانون الرومانى من أمثال كوجا Cujas من تطهير دراسات هذا القانون مما اصطنعه عليه وأقحمه فيه المتأخرون من شراحه (٢) .

أما فقهاء القانون الفرنسى القديم فهم وان لمحوا وجه الصواب فى مبدأ الدفع بعدم التنفيذ واستطابوه أساسا لطائفة من الأحكام لم يخصوا هذا المبدأ بدراسة خاصة . وهذا ما جعل القانون الفرنسى يسكت عن المبدأ اذ سكت عنه أدلاؤه من أمثال دوما و پوتييه . سكت عن الدفع بعدم التنفيذ وان أورد تطبيقاته فى عقد البيع (راجع المواد ٦١٢ و ١٦١٣ و ١٦٥١ و ١٦٥٣ و ١٧٠٤) . وكذلك فعل الشارع المصرى (راجع المواد ٢٧٩/٣٥٠ و ٢٨١/٣٥٣ و ٣٢٩/٤٠٨ و ٣٣١/٤١١) .

كذلك سكت عنه شراح القانون الفرنسى فهم لم يجعلوا فى شروحاتهم محلا له . وعندهم أن المواد الواردة فى عقد البيع المشار اليها انما هى تطبيق لحق

(١) راجع كاسان ، ص ١ — ٣٣ .

(٢) كاسان ، ص ٨٦ و ٨٧ — كابيتان فى السبب ، فقرة ١٢١ .

الحبس retention . وظل الأمر كذلك الى أن أتيح لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ فى أواخر القرن الماضى من عمل على احيائه وتخصيصه بدراسات مستفيضة (١) .

قاعدة التنفيذ على وجه التقابل الزمنى ليست اذن رومانية الأصل وان كانت تصاغ اليوم عادة فى صيغة مبـدأ الدفع بعدم التنفيذ فى تعبيره اللاتينى exceptio non a. c. . ويعنينا أن نبين أساس هذه القاعدة أو ذاك المبدأ والآثار التى تترتب على اعتماد هذا الأساس . ثم حصره فى نطاقه الفنى .

المطلب الأول — فى أساس الدفع بعدم التنفيذ

٣٥٤ — أساس الدفع هو فـكرة السبب وقواعد الارادة . الارادة أو طبيعة العقد قد تستبعد أحكام الدفع ٣٥٥ — التفرقة بين الالتزامات الأساسية والالتزامات التبعية وبين عدم التنفيذ اطلاقا والتنفيذ الجزئى على نور فـكرة السبب .

٣٥٤ — لا يكفى لاقامة الأساس القـانونى لمبدأ الدفع بعدم التنفيـذ اسناده — كما يرى جمهور الـكتاب — الى اعتبارات العدالة . انما يقوم هذا الدفع على قواعـد الارادة وبالذات على الغرض من الالتزام أى السبب cause . ان تنفيذ الالتزام كما قدمنا عمل ارادى . وكل عمل ارادى لا بد له من غرض يرمى اليه . وغرض المتعاقد من تنفيذ التزامه أن يحصل على تنفيذ الالتزام المقابل (٢) . فلا يفهم بعد ذلك أن يطالب المتعاقد بتنفيذ ما وعد به دون أن يحصل على ما رمى اليه . الأصل اذن أن المتعاقد الذى يطالب غريمه بتنفيذ التزامه ينبغى عليه أن يقوم أولا بتنفيذ التزامه . وأن من يطلب منه التنفيذ له حق الامتناع عنه حتى يقوم غريمه بالتنفيذ من جانبـه (٣) . ولا يتعلق حقه فى هذا الامتناع بترخيص من

---

(١) أول من بعث المبدأ سالي ، راجع مقاله فى حوليات القانون التجارى سـنة ١٨٩٢ ص ٩٣ وكتابه فى الالتزامات ، فقرة ١٦٨ — ١٧١ وهو أول من بعث الاسم اللاتينى للمبدأ وتبعه فى هذا جمهور الفقهاء — راجع كابيتان ، فى السبب فقرة ١٢٢ .

(٢) قارن سالي ، الالتزامات فقرة ١٧١ وكاسان ، ص ١٧١ وكابيتان ، فقرة ١٢٤ — وراجع فى انكار قيام السبب أساسا ، ديكر فى حق الحبس ، بروكسل سنة ١٩٠٩ ص ٢٥ .

(٣) راجع فى اسناد الدفع الى فـكرة السبب نقض فى ٨ يناير سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ =

القضاء [١] . ولا باعذار من الدائن لمدينه [٢] .

على أنه اذا وقف كل طرف من الآخر هذا الموقف فقد يتعسر التنفيذ ولن يفيد الرجوع الى القضاء فى تيسيره اذا كان كل منهما يقف من الآخر موقف المتشكك ولم يتبين القاضى أن أحدهما متعنت فى موقفه . وكل ما يملكه القاضى أن يحكم للمدعى المطالب بالتنفيذ بحقه فى الحصول من خصمه على تنفيذ التزامه بشرط أن يقوم هو من جانبه بتنفيذ ما عليه من التزام . وقد يحل الموقف أن يحكم القاضى بأن يودع كل طرف ما التزم به تحت يد شخص ثالث يتولى الاستلام والتسليم [٣] .

وهذه النتائج التى أدت اليها قواعد الارادة لا تترتب اذا قضت ارادة المتعاقدين أو طبيعة العقد بأن التنفيذ لا يكون على وجه التقابل الزمنى [٤] . فقد يكون التزام المشترى بالثمن مؤجلا ولا يمنع ذلك من أن يكون التزام البائع منجزا (المادة ٢٧٩/٣٥٠) فلا يجوز لهذا الأخير أن يمتنع عن التسليم حتى يدفع الثمن . ما لم يسقط الأجل الممنوح للمشترى باحدى مسقطاته (المادة ٢٨١/٣٥٣) . كذلك فان طبيعة العقد قد تقضى بأن التنفيذ لا يكون على وجه التقابل الزمنى و بأن أحد الالتزامين واجب التنفيذ قبل الآخر ، فتعمل تلك الطبيعة ما لم يتفق المتعاقدان على خلافها . ومن ذلك أن الوكيل بأجر عليه أن يقوم بتنفيذ ما عهد اليه من عمل

= — ١ — ٤٧٢ وفى ٥ مارس سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ — ١ — ٥٠٨ وفى ٢٠ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت دى پاليه فى ٥ أغسطس سنة ١٩٢١ . وراجع س م فى ١٨ يناير سنة ١٩١٧ المجموعة ٢٩ ص ٧٠ وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة ٣٧ ص ٦٦ وفى ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ المجموعة ٣٧ ص ٢٠٤ وفى ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ المجموعة ٤٠ ص ٢٤٧ وفى ٦ يونيو سنة ١٩٢٩ المجموعة ٤١ ص ٤٤٣ وفى ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة ٤٢ ص ٢٦٧ وفى ٥ يونيو سنة ١٩٣٥ المجموعة ٤٧ ص ٣٥٨ .

(١) پلانيول وريپير واسمان ، ١ فقرة ٤٥٥ .

(٢) س م فى ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ المجموعة ٣٤ ص ٢٣٠ .

(٣) پلانيول وريپير واسمان ، ١ فقرة ٤٥٦ .

(٤) كاسان ص ٥٣٠ — ٥٥٥ — كاپيتان ، فقرة ١٢٩ .

قبل أن يطالب بأجره . وأن المؤجر لا يطالب بالأجرة الا بعد حصول الانتفاع[١].

٣٥٥ — وليس كل عدم تنفيذ من جانب أحد الطرفين فى العقد التبادلى يجيز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه . بل يجب فى سبيل ذلك أن نميز بين الالتزامات الأساسية والتبعية وبين عدم التنفيذ كلية والتنفيذ بجزء من الالتزام دون الآخر . ويهدينا فى هـذا جميعه الارادة العقدية والغرض الذى ترمى اليه .

يجب أن نفرق أولا بين الالتزامات الأسـاسية والتبعية . فليست جميع الالتزامات التى يقضى بها عقد ما على نفس القدر والشأن . بل منها ما كان سببا حافزا للالتزام ومنها الالتزامات الثانوية أو التبعية التى لم يكن الحصول عليها عنصرا حافزا فى ارادة المتعاقد . فالبائع يرمى فى البيع الى الحصول على الثمن والمؤجر يرمى للحصول على الأجرة . هذه التزامات أساسية يجيز عدم تنفيذها امتناع البائع أو المؤجر عن تنفيذ التزامه . والى جانب هذه الالتزامات التزامات تبعية أو ثانوية ليست هى التى حفزت على التعاقد فلا تجيز للمتعاقد أن يتطلب تنفيذها من غريمه قبل أن ينفذ هو التزامه الأساسى . فاذا اتفق فى عقد الايجار على أن المستأجر عليه الامتناع عن ادخال كلاب فى العين وأخل المستأجر بهذا الامتناع فلا يجوز للمؤجر من أجل هذا الاخلال أن يرفع عن المستأجر الانتفاع بالعين[٢]. واذا اتفق فى عقد الايجـار على وجوب قيام المؤجر ببعض تحسينات فى العين فلا يجوز للمستأجر الامتناع عن دفع الأجرة متى تبين أن دفع الأجرة لم يكن معلقا فى ارادة الطرفين على تنفيذ هذه الأعمال[٣]. والتمييز بين الالتزام الأساسى والالتزام الثانوى أو التبعى مسـألة يقضى فيها قاضى الموضوع بالرجوع الى ارادة المتعاقدين

---

(١) كابيتان ، فقرة ١٢٩ .

(٢) كابيتان ، فقرة ١٣٠ .

(٣) نقض فى ٥ يناير سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ — ١ — ٢٦٧ وبوردو فى ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ جازيت دى پاليه ٩٧ — ١ — ٤٤ .

والى الغرض الذى ترمى اليه هذه الارادة [١] .

كذلك يجب التفرقة بين عدم التنفيذ كلية و بين التنفيذ بجزء من الالتزام دون الجزء الآخر . على أن الأصل أن المتعاقد له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى ولو كان عدم التنفيذ جزئيا اذ المتعاقد انما يريد الالتزام كاملا ونحن انما نهدر ارادته اذا أرغمناه على تنفيذ التزامه مع انه لا يحصل الا على جزء من حقه دون الجزء الآخر . ولذلك فالبائع له أن يرفض التسليم اذا لم يدفع له الثمن كاملا . وللمشترى وان استلم العين أن يمتنع عن دفع الثمن اذا حصل له تعرض أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية منه (المادة ٤١١/٣٣١) اذ هو لا يقصد مجرد الحيازة المادية للعين بل الحيازة الهادئة . والمسألة من قبل ومن بعد مردها للارادة . فهناك أحوال يجوز فيها تجزئة الالتزام وتجزئة ما يقابله . فاذا كان التعرض فى جزء من العين مستقل بذاته فلا يجوز للمشترى أن يحبس من أجل ذلك كامل الثمن [٢] .

المطلب الثانى — فى حصر المبدأ فى نطاقه الفنى

٣٥٦ — التباس المبدأ بحق الحبس .

٣٥٦ — ما دام مبدأ وجوب التنفيذ على وجه التقابل الزمنى قائما على فكرة الغرض فهو لن يعرض الا فى صدد عقد ملزم للطرفين يكون التزام كل طرف فيه سببا لتنفيذ التزام الطرف الآخر . على أن ما يقرره هذا المبدأ من الحق فى الامتناع عن تنفيذ الالتزام يقربه من حق الحبس فى أحكامه ويجعله ملتبسا به فى وضعه . ولهذا يحسن حصر هذا المبدأ فى نطاقه الفنى بتمييزه عن حق الحبس و بيان دائرة تطبيقه .

---

(١) ومن الطبيعى أن يتقبل القضاء الدفع بعدم التنفيذ — وهو لا يرمى الى انهاء الرابطة العقدية بل الى حث المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه — أكثر مما يتقبل الفسخ وهو يرمى الى انهاء هذه الرابطة . فهو يجيزه فى صور قد لا يجيز فيها فسخ العقد (كابيتان ، فقرة ١٣٠) .

(٢) راجع بوردو فى ٢٨ يونيو سنة ١٨٣١ سيرى ١٨٣١ — ٢ — ٣٣٤ وباريس فى ٤ يوليو ١٨٦٨ دالوز ٦٨ — ٢ — ٢٤٧ وراجع كابيتان ، ١٣١ .

١ — تمييز الدفع عن حق الحبس

٣٥٧ — اجتماع عناصر الدفع وعناصر الحبس فى صورة عقد البيع . الوضعان مختلفان مع ذلك
٣٥٨ — يفرق بين الوضعين أساس كل منهما . الدفع بعدم التنفيذ له أساس ثابت على عكس حق الحبس .

٣٥٧ — أكثر ما يلتبس الدفع بعدم التنفيذ بحق الحبس فى عقد البيع . فحق البائع فى الامتناع عن تسليم العين حتى يستلم الثمن قد يرد لحقه فى الدفع بعدم التنفيذ كما يرد لحق الحبس . فحق الحبس مقرر لمن يحوز شيئا مملوكا للغير اذا أصبح دائنا للمالك بمناسبة هذا الشيء أى اذا كان هناك ارتباط موضوعى بين حقه قبل المالك والشيء الذى يحبس debitum cum re junctum . وانتقال ملكية المبيع قبل التسليم الى المشترى يجعل البائع فى مركز يخول له حق الحبس فهو يحبس العين المملوكة للمشترى حتى يحصل على الثمن وهو حقه قبل المالك الذى نشأ بمناسبة العين المبيعة . وهو فى نفس الوقت يدفع المطالبة بالتسليم بعدم تنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن فلا يقوم بهذا التسليم الا عند أداء الثمن . على أن كلا من الحقين ، حق الحبس وحق الدفع بعدم التنفيذ ، وضع قانونى مستقل بذاته . وينبغى حصر نطاق كل منهما حتى لا يزحف أحدهما على الآخر . واذا انطبقت أحكام كل منهما فى صورة عقد البيع السالفة الذكر فهناك صور لا ينطبق عليها الا أحدهما دون الآخر .

فالحبس كما قدمنا يفترض شخصا يحوز عينا أو مالا مملوكا للغير . أما الدفع بعدم التنفيذ فيمكن التمسك به ولو كان ما يحبسه الدافع شيئا مملوكا له أو مجرد مبلغ من المال أو فعل شيء أو الامتناع عن فعل [1] . فهو حكم من أحكام العقد التبادلى أيا كان محل الالتزامات فيه . وظاهر أنه بهذا ينطبق فى صور لا يقوم فيها حق الحبس .

٣٥٨ — وأكبر ما يفرق بين الوضعين الأساس الذى يقوم عليه كل

---

(١) كابيتان ، فقرة ١٢٦ .

منهما . هذا الأساس المختلف هو الذى يرسم لكل منهما دائرة للتطبيق مختلفة . فأساس حق الدفع بعدم التنفيذ قواعد الارادة والغرض . أما حق الحبس فهو قائم على أساس المساواة بين مصلحتين متعارضتين : مصلحة مالك الشىء الذى يطالب برده ومصلحة حائزه الذى ترتب له حق قبل المالك بمناسبة هذا الشىء . فهو وسيلة لحث المالك على وفاء حق حائز الشىء وضمان لهذا الأخير . أليس من المجحف أن يلزم الحائز برد الشىء أولا على أن يطالب المالك فيما بعد بالمبالغ التى أصبح دائنا بها بمناسبة هذا الشىء [١] !

الأساس مختلف اذن . بل ان الملحوظ أن اعتبارات العدالة التى تفسر حق الحبس وتبرره ليست من تلك الاعتبارات التى تفرض نفسها على ذهن الانسان فرضا لا يدع محلا لاختلاف الرأى والتقدير [٢] . فحق الحبس من الحقوق التى تباينت فى شأنها التشريعات أشد التباين . فمن تشريعات تستبعده استبعادا ولا تمنحه الا للدائن المرتهن رهنا حيازيا حيث يكون حق الحبس مقررا بارادة المتعاقدين (القانون النمساوى الصادر فى سنة ١٩١٠ ، المادة ٤٧١) الى تشريعات تتوسع فيه الى أقصى الحدود كالقانون الألمانى الذى يصل فى بسط حق الحبس فى القانون التجارى الى أن يجعل لكل دائن له دين قبل تاجر آخر أن يحبس ما عليه له حتى يستوفى حقه بقطع النظر عن أى ارتباط موضوعى (المادة ٣٦٩ — ٣٧١ تجارى المانى) . واذا كان داعى الانصاف بين مالك الشىء وحائزه يقضى بحق الحائز فى الحبس حتى يستوفى ما صرف على الشىء فلا يجب أن يفوتنا أن تقرير حق الحبس له وهو يحميه من اعسار مدينه انما يضر ببقية دائنى هذا المالك [٣] . والأمر الذى يعرض للتقدير فيختلف الرأى فيه هو الموازنة بين مصلحة هذا الحائز ومصلحة بقية الدائنين .

حق الحبس اذن ليس وضعا ثابت الحدود . والقضاء والفقه مازالا مختلفين فى جواز التوسع فيه أو التضييق فى تفسيره وأحواله [٤] ولا يرجع ذلك كله الا

(١) و (٢) و (٣) المرجع السابق .

(٤) كامل مرسى ، التأمينات فقرة ٦٧٦ وما بعدها وراجع حكم محكمة مصر فى ٢٠ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة ١٧ رقم ٦٧ ص ١١٠ .

الى أن أساس هذا الحق ليس مفروغا منه بل هو ما زال وضعا معروضا لاختلاف النظر والتقدير . والحال على خلاف ذلك فى الدفع بعدم التنفيذ المستمد من نفس ارادة المتعاقدين والذى يفرض نفسه فرضا بحكم القواعد العامة فى الارادة .

٢ — فى دائرة تطبيق الدفع

٣٥٩ — الدفع يلازم العقد التبادلى . مذهب بعض الكتاب فى التوسع . تطبيقه فى عقود التبادل الناقصة . فى فسخ العقد وابطاله . فى الفضالة والوصاية . فى نزع الملكية للمنفعة العامة ٣٦٠ — وجوب حصر الدفع فى دائرته الضيقة .

٣٥٩ — الدفع بعدم التنفيذ يلازم العقد التبادلى [١] . بمعنى أنه يقوم لكل متعاقد فى عقد تبادلى أيا كان موضوع الالتزامات التى ينشئها هذا العقد . ولكن أهو يلازم العقد التبادلى بمعنى ألا يتصور له وجود خارج حدوده ؟

ان الأصل فى هذا الدفع أنه يلازم العقد التبادلى بمعنى ألا يتمسك به الا فى صدد تنفيذ هذا العقد فيمتنع المتعاقد من تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر . ومع ذلك فبعض الكتاب [٢] لا يقف عند هذا الحد بل يذهب الى بسط دائرة الدفع حتى تشمل جميع العلاقات التبادلية . فيرى جواز التمسك بهذا الدفع فى حالة عقود التبادل الناقصة كالوديعة والعارية عند ما يصرف الوديع أو المستعير مصاريف على العين لحفظها فيجيز لهما الامتناع عن تنفيذ التزامهما برد العين حتى تدفع لهما هذه المصاريف . كما يجيز التمسك بهذا الدفع عند فسخ العقد أو ابطاله عند ما يراد رد الطرفين الى مركزهما قبل التعاقد فيكون لكل طرف أن يمتنع عن رد ما استولى عليه بمقتضى العقد الباطل أو المفسوخ حتى يرد الطرف الآخر ما استولى عليه [٣] . بل هم يبسطون دائرة الدفع فتشمل العلاقات التبادلية التى لا تنشأ عن عقد . فالفضولى له أن يمتنع عن أن يسلم لرب

---

(١) بودرى وبارد ، ٢ فقرة ٩٦٥ .

(٢) راجع كاسان ، ص ٤٤٧ وما بعدها .

(٣) راجع محكمة الزقازيق فى ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ عدد ٨٩ — محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٥٢ .

العمل ما وقع له بحكم أعمال الفضالة حتى يدفع له هذا الأخير المصاريف التى صرفها . والوصى له أن يمتنع عن تسليم أموال القاصر حتى يستولى على مصاريفه . وصاحب الأرض المنزوعة ملكيتها للمنفعة العامة له أن يحبسها تحت يده حتى يدفع له الثمن . وقد ذهب هؤلاء الكتاب الى التوسع فى دائرة الدفع وحجتهم فى ذلك أننا اذا لم نتوسع فيه فالبتة من أن نتوسع فى حق الحبس وفى أن نطلقه من قيد الارتباط الموضوعى debitum cum re junctum .

٣٦٠ — وعندى أنه يحسن حصر الدفع بعدم التنفيذ فى دائرته الفنية الضيقة وقصره على حالة تنفيذ الالتزام فى العقد التبادلى[١] . أما جميع هذه الصور الأخرى التى يريد هؤلاء الكتاب بسط دائرة الدفع لتشملها فمجالها حق الحبس . وقد لا يصح منها للبقاء فى دائرة الدفع الا صورة فسخ العقد بالتقابل أى باتفاق الطرفين . فى هذه الصورة يجوز لكل طرف أن يمسك بما سلمه الآخر تنفيذا للعقد حتى يرد الآخر ما سلمه اياه تنفيذا للعقد . هذه الصورة أقرب الى الدفع بعدم التنفيذ منها الى حق الحبس اذ أن اتفاق الطرفين على الفسخ distractus ان هو الا اتفاق تبادلى جديد يتسع فيه المجال للدفع بعدم التنفيذ[٢] . أما الصور الأخرى كصورة عقود التبادل الناقصة وصورة الفسخ بحكم القضاء وابطال العقد[٣] والفضالة والوصاية ونزع الملكية للمنفعة العامة فهى فى الحق لا تتسع لها لا الدائرة الضيقة للدفع بعدم التنفيذ كما لا تتسع لبعضها الدائرة الضيقة لحق الحبس . ولذلك لم يكن غريبا أن يتلاقفها الوضعان . وعندى أنه أجدر بها وأولى أن تستقر فى دائرة حق الحبس . ولا ضير من أن نوسع فى دائرة هذا الحق حتى تتسع لها وأن نطلقها عن قيد الارتباط الموضوعى[٤] . وهو بعد قيد لم يطبقه القضاء تطبيقا

(١) هذا هو اتجاه القضاء المختلط فى أحكامه الأخيرة . راجع س م فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة ٤٨ ص ١٢٣ .

(٢) كابيتان ، فقرة ١٢٩ .

(٣) راجع عكس ذلك بالنسبة لصورة الفسخ بحكم القضاء وابطال العقد ، كابيتان ، فقرة ١٢٩ .

(٤) راجع فى هذا الرأى ، كابيتان ، فقرة ١٢٩ .

مطلقا . أليس القضاء يحرم الحائز سيء النيـة من حق حبس العين حتى يستولى على مصاريفه مع قيام مقياس الارتباط الموضوعى بين العين المحبوسة والمصاريف التى صرفها هذا الحائز ! فاذا جاز الخروج عن هذا المقياس بقبض حق الحبس دونه فجائز كذلك الخروج عنه ببسط حق الحبس خارج نطاقه . وهذا بعضها فعلت بعض التشريعات الأجنبية كالقانون الألمانى والقانون السويسرى التى تقرر حق الحبس دون أن تقيده بالارتباط الموضوعى (١) .

ينبغى اذن حصر الدفع بعدم التنفيذ فى دائرته الضيقة التى يتحكم فيها سند قانونى ثابت ألا وهو نظرية السبب فى الأعمال الارادية . على أن يلقى بالصور الأخرى التى لا تقوم على فكرة السبب فى دائرة حق الحبس .

---

(١) راجع المادة ٢٧٣ ألمانى و ٩٨١ سويسرى .

فالوكيل له أن يحبس تحت يده الأعيـان المملوكة للموكل حتى يقبض المصاريف التى صرفها لا على الأعيان المحبوسة بل على أعيان أخرى وقعت تحت يده بحكم الوكالة . أما قيد الارتباط الموضوعى فقد كان يقضى بأن الوكيل لا يحق له أن يحبس تحت يده الا العين التى صرف المصاريف بمناسبتها — راجع كابيتان ، فى السبب ص ٢٦٨ حاشية ١ .

استدراك : سقط من صدر الصفحة ٢١١ الفقرة الآتية : والمفروض أنه متى توفرت هذه العناصر ثم أعلنت الارادة واقترنت بأخرى فقد انعقد العقد ونشـأ الالتزام ولم يكن بعد ذلك سبيل الى تعطيل نشوئه . على أن هناك أحوالا يقبل فيها العقد الطعن حتى ولو استوفى العناصر السابقة . وتلك هى أحوال الغبن lésion .

كذلك سقط من الحاشية ٣ ص ٤٢١ الفقرة الآتية : ويلاحظ أن تحديد مضمون الالتزام على المعنى الواسع لا يصل الى مداه الا فى مرحلة التنفيذ . هذه المرحلة وما يعرض فيها هى التى تمكننا من تحديد المسلك الواجب أن يسلكه المدين فى تنفيذ التزامه مع الاعتبار بالظروف التى عرضت عند التنفيذ ولم يتناولها العقد . والبحث فى هذا المسلك بحث فى التقصير . ولذلك لم يكن من المقبول القول بأن مجرد عدم التنفيذ يعد تقصيرا الا اذا فهمنا تحديد مضمون الالتزام على المعنى الواسع شاملا مرحلة التنفيذ وما يعرض فيها . على أن هذا الفهم الواسع لا يخلو من مزج بين وضعين يحسن افرادهما : هما تحديد مضمون الالتزام والتقصير . فتحديد مضمون الالتزام يجب أن يقوم على أساس اقتصادى مجرد عن شخص القائم بالتنفيذ وعن الظروف التى تحيط به وقت قيامه بالتنفيذ . أما التقصير أى تحديد مسلك المدين فيجب أن يكون قائما على أساس مقياس الرجل المتوسط الحرص مع الاعتبار بالظروف الموضوعية التى قامت وقت التنفيذ .

فهرس

تمهيد لنظرية الالتزام

§ ١ — أهمية النظرية وطبائعها

١ — أهمية النظرية (ص ١) ٢ — صبغتها المنطقية التجريدية فى القانون الرومانى (ص ١) ٣ — هل هى نظرية ثابتة ؟ (ص ٢) ٤ — الجانب الثابت فى النظرية (ص ٦) ٥ — توحيد النظرية (ص ٨) .

§ ٢ — موضع نظرية الالتزامات من القانون المدنى

٦ — الالتزام والحق الشخصى (ص ٩) ٧ — الحق العينى والحق الشخصى (ص ٩) ٨ — نظرية توحيد الحقين (ص ١٠) ٩ — نقد النظرية (ص ١٠) ١٠ — موضع نظرية الالتزامات فى القوانين المختلفة : القانون الفرنسى والمصرى والسويسرى والألمانى (ص ١٢) .

§ ٣ — تقسيم نظرية الالتزام

١١ — تقسيم القانون الفرنسى (ص ١٥) ١٢ — تقسيم القانون المصرى (ص ١٧) .

§ ٤ — تعريف الالتزام

١٣ — التعاريف المختلفة (ص ١٧) ١٤ — المذهب الشخصى فى الالتزام (ص ١٩) ١٥ — المذهب المادى (ص ٢١) ١٦ — المذهب المادى فى فرنسا (ص ٢٣) ١٧ — خلاصة (ص ٢٤) ١٨ — المصلحة المادية فى الالتزام (ص ٢٥) .

§ ٥ — مصادر الالتزام

١٩ — تقسيم القانون الفرنسى للمصادر (ص ٢٦) ٢٠ — تقسيم القانون المصرى (ص ٢٨) ٢١ — مصدر التقسيم التقليدى (ص ٢٨) ٢٢ — نقد فكرة شبه العقد (ص ٣٠) ٢٣ — الانتقادات الأخرى (ص ٣٣) ٢٤ — التقسيمات المقترحة (ص ٣٣) ٢٥ — تقسيم المصادر الى الارادة والقانون (ص ٣٦) ٢٦ — التفرقة بين الدين والمسؤولية (ص ٣٦) ٢٧ — نفى النظرية العامة للالتزام (ص ٣٨) ٢٨ — استدراك (ص ٤٠) .

الكتاب الأول

فى العقد والارادة المنفردة

تمهيد للعقد

§ ١ — تعريف العقد

٢٨ مكرر — التفرقة بين العقد والاتفاق ، تحديد منطقة العقد بالنسبة للاتفاق (ص ٤٣) ٢٩ — تحديد منطقة العقد بالنسبة للقانون الخاص (ص ٤٤) .

§ ٢ — تقسيم العقود

٣٠ — التقسيمات المختلفة (ص ٤٦) ٣١ — تقسيم العقود الى عقود ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد . أهمية التمييز . عقود التبادل الناقصة (ص ٤٧) ٣٢ — تقسيم فرعى (ص ٤٩) ٣٣ — عقود المعاوضة وعقود التبرع . أهمية التمييز . كيفية التمييز (ص ٥٠) ٣٤ — تقسيم فرعى (ص ٥١) ٣٥ — العقود الرضائية والشكلية والعينية (ص ٥٢) ٣٦ — العقود العينية . نفى فكرة العقد العينى (ص ٥٥) .

§ ٣ — دستور العقد

٣٧ — تحليل المبادىء التى تهيمن على العلائق التعاقدية (ص ٥٩) .

الباب الأول — فى انعقاد العقد

تمهيد لانعقاد العقد

§ ١ — مبدأ الرضائية § ٢ — مبدأ سلطان الارادة § ٣ — تقسيم الموضوع .

§ ١ — مبدأ الرضائية

٣٨ — صيغة المبدأ . تاريخه (ص ٦١) ٣٩ — الرضائية والاثبات (ص ٦٣) .

§ ٢ — مبدأ سلطان الارادة

٤٠ — معنى سلطان الارادة (ص ٦٤) ٤١ — مصادر المبدأ (ص ٦٥) ٤٢ — تحديد المبدأ (ص ٦٦) .

§ ٣ — تقسيم الموضوع

٤٣ — صيغة القاعدة فى انعقاد العقد . أركان العقد فى القانون الفرنسى والقانون المصرى (ص ٦٨) ٤٤ — العقد هو التراضى . شروط السبب والمحل هى شروط فى التراضى (ص ٦٩) .

الفصل الأول : فى انعقاد العقد — القاعدة

٤٥ — العناصر الثلاثة فى التراضى (ص ٧١) .

الفرع الأول — فى الارادة

٤٦ — الارادة ظاهرة نفسية (ص ٧١) .

المبحث الأول — فى عناصر الارادة

٤٧ — تعداد العناصر (ص ٧٢) ٤٨ — هى عناصر العمل القانونى على وجه العموم (ص ٧٤) .

المبحث الثانى — فى الارادة التى ينعقد بها العقد — فى نظرية النيابة

٤٩ — نظرية النيابة فى القانون الرومانى وفى القوانين الحديثة (ص ٧٥) ٥٠ — تفسير أحكام النيابة (ص ٧٦) ٥١ — شروط النيابة (ص ٨٠) .

الفرع الثانى — فى اعلان الارادة

٥٢ — ضرورة اعلان الارادة . العنصر الاجتماعى فى التراضى (ص ٨١) .

المبحث الأول — فى كيفية التعبير عن الارادة

٥٣ — التعبير الصريح والتعبير الضمنى (ص ٨٢) ٥٤ — التعبير عن الارادة بالسكوت (ص ٨٤) .

المبحث الثانى — فى الارادة الباطنة والارادة الظاهرة

٥٥ — حكم الخلاف بين الارادة الباطنة والارادة الظاهرة بالتطبيق لمبدأ الرضائية (ص ٨٧) ٥٦ — عيوب الاعتداد بالارادة الباطنة . النظرية الألمانية (ص ٨٨) ٥٧ — تناقض النظرية الألمانية (ص ٨٩) ٥٨ — التوفيق بين الارادة الباطنة وبين الاستقرار . مادة ١٣٤١ مدنى فرنسى . المسؤولية اللاتعاقدية (ص ٩٠) .

الفرع الثالث — فى توافق الارادتين

٥٩ — تحليل الارادة يؤدى الى لزوم ارادتين متوافقتين لانعقاد العقد . العنصر القانونى فى التراضى (ص ٩٢) .

المبحث الأول — فى الايجاب والقبول

٥٩ مكرر — نقص نصوص القانون . تقسيم (ص ٩٣) .

المطلب الأول — كيف ينعقد العقد

٦٠ — الايجاب عبارة عن ارادة (ص ٩٤) ٦١ — متى يعتبر الايجاب باتا . منطقة العقد ومنطقة التمهيد للعقد (ص ٩٤) ٦٢ — التمييز بين المنطقتين وسبب دقته (ص ٩٥) ٦٣ — الايجاب للجمهور (ص ٩٦) ٦٤ — قيمة العرض (ص ٩٧) ٦٥ — قيمة الايجاب (ص ٩٨) ٦٦ — تفسير قوته الملزمة (ص ١٠٠) ٦٧ — الايجاب والوعد (ص ١٠٢) ٦٨ — القبول (ص ١٠٣) .

المطلب الثانى — كيف ينعقد العقد بين غائبين

٦٩ — الصعوبات التى تنشأ فى حالة انعقاد العقد بين غائبين (ص ١٠٤) ٧٠ — متى ينعقد العقد . أهمية السؤال . تحديد الأحوال التى يعرض فيها (ص ١٠٥) ٧١ — اختلاف

الآراء (ص ١٠٦) ٧٢ — الرجوع للنية والى قواعد الرضائية (ص ١٠٨) ٧٣ — حالة الموت ونقص الأهلية والعدول (ص ١١٢) ٧٤ — أين ينعقد العقد (ص ١١٣) .

المبحث الثانى — فى لزوم الارادتين (نظرية الارادة المنفردة)

٧٥ — الآثار التى تترتب على الارادة المنفردة . نفى نشوء الالتزام عن الارادة المنفردة فى المذهب التقليدى (ص ١١٤) ٧٦ — مذهب المحدثين فى الارادة المنفردة . تزكيته . تفنيده بالرجوع الى النية (ص ١١٦) ٧٧ — مناقشة الأوضاع القانونية التى زكى بها مذهب المحدثين (ص ١١٨) ٧٨ — مقارنة الشرائع اللاتينية بالقانون الألمانى (ص ١٢٠) ٧٩ — تعاقد الشخص مع نفسه (ص ١٢٢) ٨٠ — تكييفه القانونى (ص ١٢٢) ٨١ — تطبيقاته (ص ١٢٥) .

الفصل الثانى : فى انعقاد العقد — تفصيل القاعدة

٨٢ — تقسيم الموضوع (ص ١٢٧) .

الفرع الأول — فى الأهلية

٨٣ — أنواع الأهلية ونقص الأهلية (ص ١٢٨) ٨٤ — القانون الواجب تطبيقه (ص ١٢٩) ٨٥ — النقص الطبيعى فى الأهلية (ص ١٣٠) ٨٦ — النقص المدنى (ص ١٣١) .

الفرع الثانى — فى الاكراه

٨٧ — تعريف الاكراه . عناصره . أنواعه (ص ١٣٣) .

المبحث الأول — فى لزوم العنصر الموضوعى والعنصر النفسى فى الاكراه

٨٨ — فى النظرية التقليدية فى الاكراه . تحليل الاكراه الى عنصرين . العنصر الموضوعى والعنصر النفسى (ص ١٣٥) .

المبحث الثانى — فى كفاية العنصرين الموضوعى والنفسى فى الاكراه

٨٩ — تطبيق قواعد الرضائية فى الاكراه . حالة الضرورة (ص ١٤٠) .

الفرع الثالث — فى المحل

٩١ — ارتباط المحل بالارادة . شروط المحل (ص ١٤٤) .

المبحث الأول — فى اشتراط أن يكون المحل ممكنا ومعينا

٩٢ — شرط الوجود من صور شرط الامكان . القاعدة هى أن الامكان ينتفى بالاستحالة

المطلقة (ص ١٤٦) ٩٣ — تطبيق القاعدة فى بيع ملك الغير (ص ١٤٨) ٩٤ — تطبيقها فى حالة الأشياء المستقبلة . الاستثناءات (ص ١٤٨) ٩٥ — شرط تعيين المحل (ص ١٥١) .

المبحث الثانى — فى اشتراط أن يكون المحل مشروعا

٩٦ — ما الذى تقع عليه المشروعية (ص ١٥٢) ٩٧ — متى يعتبر المحل غير مشروع . قواعد النظام العام والآداب . دور الشارع (ص ١٥٣) ٩٨ — دور القضاء فى تحديد قواعد النظام العام والآداب (ص ١٥٥) ٩٩ — تطبيقات القانون المصرى (ص ١٥٦) .

الفرع الرابع — فى السبب

١٠٠ — الخلاف حول نظرية السبب . تقسيم الموضوع (ص ١٥٧) .

المبحث الأول — فى النظرية التقليدية فى السبب

١٠١ — مقارنة السبب بغيره من الأوضاع . السبب فى مختلف العقود (ص ١٥٩) ١٠٢ — نقد النظرية . هى من الناحية العقلية خاطئة وغير منتجة ومن الناحية التاريخية غير صحيحة (ص ١٦٠) ١٠٣ — الرد على النقد . التدليل على صحتها (ص ١٦٢) ١٠٤ — التدليل على أنها منتجة . ضرورة وجود السبب أى تحقق الغرض من التعهد (ص ١٦٣) ١٠٥ — التدليل على أنها صحيحة تاريخيا (ص ١٦٦) .

المبحث الثانى — فى اثبات السبب

١٠٦ — تطبيق القواعد العامة فى الاثبات . التفرقة بين حالة التعهد المذكور فيه سببه وحالة التعهد الخالى من ذكر السبب . اثبات أن السبب موهوم أو صورى أو غير مشروع . طرق الاثبات (ص ١٦٧) .

المبحث الثالث — فى صياغة نظرية السبب بالتطبيق لقواعد الرضائية

١٠٧ — العيب الذى يلحق النظرية التقليدية . ضرورة الأخذ بالباعث الدافع تطبيقا لقواعد الرضائية . صياغة النظرية بالنسبة لصحة السبب وبالنسبة لمشروعيته (ص ١٧٠) .

المبحث الرابع — فى السبب غير المشروع

١٠٨ — تطبيقات القضاء فى السبب غير المشروع (ص ١٧٤) ١٠٩ — مذهب القضاء فى اشتراط علم الطرفين بالدافع غير المشروع . مذهب بعض الفقهاء فى الاعتداد باعلان الارادة دون غيرها . مقارنة المذهبين من حيث تطبيق قواعد الرضائية (ص ١٧٦) ١١٠ — بيان قواعد الرضائية فى الموضوع (ص ١٧٧) .

المبحث الخامس — فى الغلط

١١١ — تعريف الغلط (ص ١٧٨) .

المطلب الأول — فى النظرية التقليدية للغلط

١١٢ — تقسيم الغلط الى مبطل ومفسد وغير مؤثر (ص ١٨٠) .

المطلب الثانى — فى الخروج عن النظرية التقليدية

١١٣ — تخفيف المقياس الموضوعى بشرط الضمان (ص ١٨١) ١١٤ — نقد المقياس الموضوعى (ص ١٨٢) ١١٥ — الأخذ بالمقياس الذاتى . موقف النصوص من هذين المقياسين (ص ١٨٣) ١١٦ — تطبيقات المحاكم فى أنواع الغلط كافة (ص ١٨٤) ١١٧ — صياغة القاعدة . التمييز بين الحافز الرئيسى ومجرد الباعث (ص ١٨٦) .

المطلب الثالث — فى تطبيق قواعد الرضائية على نظرية الغلط

١١٨ — النتائج التى تترتب على تطبيق قواعد الرضائية . مجافاة هذه النتائج لفكرة الاستقرار فى المعاملات باتساع دائرة البطلان (ص ١٨٧) ١١٩ — التوفيق بين الرضائية والاستقرار . اشتراط الغلط المشترك . تحديد المقصود بالغلط المشترك . الاكتفاء بالغلط الفردى مع وضع بعض القيود (ص ١٨٩) ١٢٠ — تضييق دائرة البطلان مع عدم المساس بقواعد الرضائية . الرضائية على وجهها الصحيح . قواعد الاثبات . قواعد المسؤولية اللاتعاقدية (ص ١٩١) ١٢١ — فكرة تحمل تبعة الغلط وأثرها فى تضييق دائرة البطلان (ص ١٩٢) ١٢٢ — قواعد الاثبات وقواعد المسؤولية اللاتعاقدية وتحقيقها للاستقرار (ص ١٩٤) ١٢٣ — الغلط فى القانون وتطبيق قواعد الرضائية (ص ١٩٦) .

المطلب الرابع — فى حصر منطقة نظرية الغلط

١٢٤ — نظرية الغلط هى نظرية السبب غير الصحيح . استبعاد حالة انعدام السبب وحالة عدم توافق الارادتين (ص ١٩٨) .

المبحث السادس — فى التدليس

١٢٥ — التدليس يشوب الارادة . التدليس جريمة مدنية (ص ٢٠٠) .

المطلب الأول — فى عناصر التدليس

١٢٦ — عناصر التدليس . استعمال حيل غير مشروعة (ص ٢٠١) ١٢٧ — ... تحمل على التعاقد (ص ٢٠٤) ١٢٨ — ... صادرة من طرف العقد الآخر . اختلاف نص القانون الفرنسى عن نص القانون المصرى . اختلاف الأصل عن الترجمة فى النص المصرى (ص ٢٠٥) .

المطلب الثانى — فى تطبيق قواعد الرضائية وقواعد المسؤولية

١٢٩ — نتائج الرضائية . اندماج التدليس فى الغلط (ص ٢٠٧) ١٣٠ — نتائج

المسؤولية . ابطال العقد للتدليس حيث لا يبطل للغلط . بقاء العقد صحيحا مع الحكم بالتعويض . التدليس الدافع وغير الدافع (ص ٢٠٩) .

الفرع الخامس — فى الغبن

١٣١ — تعريف الغبن . مقاييسه . تقسيم الموضوع (ص ٢١٠) .

المبحث الأول — فى المقياس المادى للغبن

١٣٢ — مشكلة الغبن . مساس الغبن بالمبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين (ص ٢١١) ١٣٣ — وضع القاعدة فى الغبن . القاعدة فى القانون الفرنسى واستثناءاتها (ص ٢١٢) ١٣٤ — القاعدة فى القانون المصرى (ص ٢١٤) ١٣٥ — تحقيق التعادل فى العقد دون تسمية الطعن بالغبن (ص ٢١٤) .

المبحث الثانى — فى المقياس الذاتى للغبن

١٣٦ — الطعن فى العقد بتطبيق قواعد الرضائية . الغلط والتدليس والاكراه (ص ٢١٥) ١٣٧ — استبعاد حالة الاكراه الاقتصادى (ص ٢١٧) ١٣٨ — مذهب القضاء الفرنسى فى الاستناد على نظرية السبب وعلى فكرة التبرع فى الوكالة . تفنيد المذهب (ص ٢١٨) ١٣٩ — الطعن فى العقد بتطبيق قواعد المسؤولية (ص ٢١٩) ١٤٠ — تلخيص . السبيل المادى والسبيل الذاتى فى الغبن . تركيز السبيل الذاتى فى تطبيق قواعد المسؤولية . مقارنة هذه النتيجة بحكم القانون الألمانى (ص ٢٢٠) .

المبحث الثالث — فى عقود الاذعان

١٤١ — الاكراه الاقتصادى وعقود الاذعان . عناصر عقد الاذعان (ص ٢٢٢) ١٤٢ — عقد الاذعان ليس عقدا وانما هو مركز قانون منظم . تفنيد الفكرة (ص ٢٢٤) ١٤٣ — أسلوب المحاكم فى تخفيف أضرار عقود الاذعان (ص ٢٢٥) ١٤٤ — تدخل الشارع لتخفيف الضرر (ص ٢٢٦) .

الفصل الثالث : فى انعقاد العقد — جزاء القاعدة

١٤٥ — تقسيم الموضوع (ص ٢٢٧) .

الفرع الأول — فى أنواع البطلان

١٤٦ — تعقيد نظرية البطلان بسبب قصور نصوص القانون (ص ٢٢٨) .

المبحث الأول — فى النظرية التقليدية

١٤٧ — صيغة النظرية . التفرقة بين أركان الانعقاد وأركان الصحة وبين البطلان

المطلق والبطلان النسبي (ص ٢٢٨) ١٤٨ — التقسيم الثلاثي للبطلان . تفنيد فكرة الانعدام (ص ٢٢٩) .

المبحث الثاني — في تطبيق قواعد الرضائية

١٤٩ — تقسيم البطلان الى مطلق ونسبي يطابق قواعد الرضائية (ص ٢٣١) ١٥٠ — استظهار العلة في جعل البطلان نسبيا في حالتي الغلط والتدليس (ص ٢٣٢) ١٥١ — ... في حالتي نقص الأهلية والاكراه (ص ٢٣٤) ١٥٢ — استكمال النظرية العامة للبطلان : باجراء تقسيم آخر (ص ٢٣٥) ١٥٣ — ... ببيان الاستثناءات (ص ٢٣٧) .

الفرع الثاني — في دعوى البطلان

١٥٤ — دعوى البطلان والدفع بالبطلان . تقسيم الموضوع (ص ٢٣٨) .

المبحث الأول — في التمسك بالبطلان

١٥٥ — البطلان المطلق . التمسك بالبطلان يكون لأطراف العقد وخلفائهم دون غيرهم (ص ٢٣٩) ١٥٦ — قضاء المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها (ص ٢٤٠) ١٥٧ — البطلان النسبي . حق التمسك قاصر على من شرع البطلان لمصلحته وخلفائه (ص ٢٤١) ١٥٨ — العقود الصادرة من المجنون ومن فاقد الوعي . مذهب القضاء الفرنسي وتفنيده (ص ٢٤٢) .

المبحث الثاني — في اجازة العقد الباطل

١٥٩ — العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يقبل الاجازة . اجازة العقد الباطل بطلانا نسبيا (ص ٢٤٣) ١٦٠ — الاجازة عمل ارادي يشترط فيه توفر شروط الارادة . الاجازة والاقرار (ص ٢٤٤) .

المبحث الثالث — في تقادم دعوى البطلان

١٦١ — البطلان المطلق . التفرقة بين دعوى البطلان والدفع بالبطلان (ص ٢٤٦) ١٦٢ — البطلان النسبي . نقص النصوص في القانون المصري . التفرقة بين دعوى البطلان والدفع بالبطلان (ص ٢٤٧) .

الفرع الثالث — في معنى البطلان

١٦٣ — معنى البطلان ارتداد الطرفين الى مركزهما قبل التعاقد . الاستثناء المقرر لمصلحة ناقصي الأهلية (ص ٢٤٩) ١٦٤ — التفرقة بين الآثار المترتبة على العقد بوصف كونه عقدا والآثار المترتبة على الوقائع القانونية . خروج القانون والقضاء على المبدأ القائل ان العقد الباطل لا أثر له . مذهب بعض الشراح . تقسيم (ص ٢٥٠) .

المبحث الأول — فى آثار العقد الباطل

١٦٥ — أنواع الآثار التى قد تترتب على العقد الباطل (ص ٢٥١) ١٦٦ — الآثار الثانوية : التعويض عن البطلان . تحول العقد (ص ٢٥١) ١٦٧ — الآثار الجوهرية . المؤقتة (الشركات الباطلة) . الدائمة بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض (الصورية وغيرها) . الدائمة بدون توقيت للمدة أو تحديد للأشخاص (الخطأ الشائع . البطلان لمخالفة النظام العام أو الآداب) (ص ٢٥٣) .

المبحث الثانى — فى علة ترتيب هذه الآثار

١٦٨ — بعض هذه الآثار تترتب استثناء من قواعد نفاذ العقود فى حق الغير لا من قواعد البطلان : تصرفات الوارث الظاهر . بطلان الشركات . بطلان انتقال الحق العينى (ص ٢٥٥) ١٦٩ — البعض الآخر يترتب بالتطبيق لقواعد قانونية أخرى . نظرية تحول الأعمال القانونية . امتناع استرداد ما وقع تنفيذا لعقد باطل متى كان المطالب بالرد آثما (ص ٢٥٧) .

المبحث الثالث — فى المسؤولية عن البطلان

نظرية الخطأ عند تكوين العقد

١٧٠ — التعريف بالنظرية . تقسيم الموضوع (ص ٢٥٩) .

المطلب الأول — فى مميزات نظرية الخطأ عند تكوين العقد

١٧١ — السند التاريخى للنظرية . جعل المسؤولية عن التعويض مسؤولية عقدية (ص ٢٦٠) ١٧٢ — السند العقلى للنظرية . استخلاص نظرية عامة على أساس هذا السند العقلى (ص ٢٦١) ١٧٣ — السند العملى للنظرية . قصر التعويض على المصلحة السلبية . مقارنة هذا التعويض بالتعويض عن المصلحة الايجابية (ص ٢٦٢) .

المطلب الثانى — فى تقدير نظرية الخطأ عند تكوين العقد

١٧٤ — المسؤولية ليست مسؤولية عقدية (ص ٢٦٤) ١٧٥ — النظرية تنحرف عن قواعد المسؤولية اللاتعاقدية بالاستغناء عن الخطأ . ولكنها لا تنحرف عنها بقصر التعويض على المصلحة السلبية (ص ٢٦٥) ١٧٦ — تطبيقات النظرية وصلاحيتها لاجابة داعى الاستقرار (ص ٢٦٧) ١٧٧ — ... بشرط الاستغناء عن ركن الخطأ وجعل المسؤولية قانونية (ص ٢٦٧) ١٧٨ — مذهب بعض الأحكام ونقده (ص ٢٦٩) ١٧٩ — حصر منطقة نظرية الخطأ عند تكوين العقد (ص ٢٧٠) .

الباب الثانى — فى نطاق الالتزام العقدى

١٨٠ — موضوع الباب (ص ٢٧٢) .

تمهيد للالتزام العقدى

§ ١ — فى المبدأ الذى يحكم الالتزام العقدى § ٢ — فى تقسيم الموضوع .

§ ١ — العقد شريعة المتعاقدين

١٨١ — ارتباط هذا المبدأ بالمبادىء التى تحكم انعقاد العقد (ص ٢٧٢) ١٨٢ — نتائج هذا المبدأ (ص ٢٧٣) ١٨٣ — مقارنة العقد بالقانون (ص ٢٧٤) .

§ ٢ — تقسيم الموضوع

١٨٤ — تحديد نطاق الالتزام من حيث المضمون وتحديد أطراف الالتزام (ص ٢٧٥) .

الفصل الأول : فى نطاق الالتزام العقدى من حيث المضمون أو فى تفسير العقد

الفرع الأول — فى تحديد النطاق بتفسير العقد

١٨٥ — مشكلة التفسير لا تعرض فى القوانين الشكلية (ص ٢٧٦) ١٨٦ — قيام مشكلة التفسير فى القوانين الرضائية بسبب انحراف الارادة الباطنة عن الارادة الظاهرة . عزل منطقة الغلط عن منطقة التفسير (ص ٢٧٧) ١٨٧ — وظيفة القاضى البحث عن النية المشتركة للطرفين (ص ٢٧٨) .

الفرع الثانى — فى كيفية التفسير

١٨٨ — وسائل التفسير بالرجوع الى العقد (ص ٢٧٨) ١٨٩ — وسائل التفسير بالرجوع الى القانون (ص ٢٨٠) .

الفرع الثالث — فى مراقبة محكمة النقض

١٩٠ — مراقبة محكمة النقض تفسير محكمة الموضوع للعقد بمراجعة أسباب الحكم الموضوعى . مراقبتها تكييف محكمة الموضوع للوقائع واستخلاص النتائج القانونية من هذا التكييف (ص ٢٨١) .

الفصل الثانى : فى نطاق الالتزام العقدى من حيث الأشخاص أو فى نفاذ العقد

١٩١ — قاعدة قصور حكم العقد على أطرافه . الأطراف والغير . الأطراف والخلفاء (ص ٢٨٣) .

الفرع الأول — فى قصور حكم العقد على أطرافه — القاعدة

١٩٢ — كسر الفرع على شقيه . نفاذ حكم العقد باعتباره عملا قانونيا ونفاذ حكمه باعتباره واقعة قانونية (ص ٢٨٦) .

المبحث الأول — فى نفاذ حكم العقد باعتباره عملا قانونيا

١٩٣ — بسط القاعدة وحصر منطقة الاستثناء . الحاق الخلفاء بالأطراف (ص ٢٨٦) .

المطلب الأول — فى نفاذ العقد فى حق أطرافه

١٩٤ — تحديد أطراف العقد . الأصيل فى النيابة . النيابة القانونية . الوارث الظاهر ومن يلحقه (ص ٢٨٨) ١٩٥ — مدى نفاذ حكم العقد فى حق الأطراف : تاريخ العقد . الصورية (ص ٢٩١) .

المطلب الثانى — فى نفاذ العقد فى حق الخلفاء أو فى الاستخلاف على الحقوق والالتزامات

١٩٦ — الخلف العام والخلف الخاص . مقارنة فكرة الاستخلاف بفكرة النيابة (ص ٢٩١) .

§ ١ — الخلف العام

١٩٧ — تحديد الخلف العام . الدائن العادى ليس خلفا عاما (ص ٢٩٣) ١٩٨ — مدى نفاذ حكم العقد فى حق الخلف العام . وقوع هذا النفاذ ضمن نطاق القاعدة (ص ٢٩٣) ١٩٩ — تصرفات تنفذ فى حق السلف ولا تنفذ فى حق الخلف العام (ص ٢٩٤) ٢٠٠ — تصرفات تنفذ فى حق الخلف العام مباشرة . الوصية . التصرفات الملحقة بالوصية لصدورها فى مرض الموت (ص ٢٩٥) .

§ ٢ — الخلف الخاص

٢٠١ — تحديد الخلف الخاص (ص ٢٩٧) ٢٠٢ — مدى نفاذ حكم العقد فى حق الخلف الخاص (ص ٢٩٨) ٢٠٣ — حصر الموضوع فى نطاقه الفنى : حصره فى نفاذ الالتزام العقدى فى حق غير أطرافه — أى فى نفاذ الحقوق والالتزامات الناشئة من الأعمال الارادية — بطريق الاستخلاف (ص ٢٩٩) ٢٠٤ — حصره فى نفاذ الالتزام العقدى دون الحق العينى أو الحق فى الشىء على وجه العموم (ص ٢٩٩) ٢٠٤ مكرر — جلاء التفرقة بين نفاذ الالتزام العقدى ونفاذ الحق العينى (ص ٣٠١) ٢٠٥ — حصره فى نفاذ الالتزام العقدى دون الالتزامات الناشئة عن أعمال غير ارادية (ص ٣٠٣) ٢٠٦ — حصره فى نفاذ الالتزام العقدى بطريق الاستخلاف دون غيره . مواجهة الموضوع بعد حصر منطقته . التفرقة بين صورة الاستخلاف على الالتزام والاستخلاف على الحق الشخصى (ص ٣٠٣) .

١ — فى صورة الاستخلاف على الالتزام

٢٠٧ — الالتزام لا يستخلف عليه . المبادىء التى تعترض الاستخلاف (ص ٣٠٤) ٢٠٨ — المبدأ الأول : قبول الالتزام لا يفترض . حوالة الديون غير ممكنة (ص ٣٠٤) ٢٠٩ — تطبيق المبدأ فى أحكام المحاكم (ص ٣٠٦) ٢١٠ — أحكام تقضى بانتقال الالتزام . تصوير الالتزام فى صورة التكليف العقارى (ص ٣٠٧) ٢١١ — تصويرات أخرى خاطئة (ص ٣٠٩) ٢١٢ — المبدأ الثانى : تغيير المدين لا يفرض . جواز نشوء الالتزام فى ذمة الخلف بطريق الاشتراط عليه لمصلحة الغير . نشوء الالتزام على هذه الصورة لا يعنى الاستخلاف عليه (ص ٣١٠) ٢١٣ — تطبيقات المحاكم (ص ٣١٠) .

٢ — فى صورة الاستخلاف على الحق

٢١٤ — التحديد الفنى لمنطقة هذه الصورة : استبعاد ما يتعلق بقواعد انتقال الحقوق . حصر الموضوع فى الاستخلاف على الحقوق التى تتصل بالشىء المستخلف عليه وتزيد فى قيمته أو منافعه دون أن تجرى منه مجرى الأوصاف والملحقات (ص ٣١١) ٢١٥ — تطبيق المبدئين المتقدمين على الاستخلاف على الحق : قبول الحق مما يمكن افتراضه . جواز تغيير الدائن ما لم يعترض ذلك الاعتبار الشخصى للدائن (ص ٣١٣) ٢١٦ — تحديد درجة الارتباط بين الحق والشىء المستخلف عليه (ص ٣١٣) ٢١٧ — مناقشة تطبيقات المحاكم وهى محصورة فى صور ثلاث (ص ٣١٥) ٢١٨ — صورة الالتزامات المقابلة للحقوق (ص ٣١٨) .

٣ — فى خروج القانون عن حكم القواعد العامة

٢١٩ — الاستثناءات التى خرج بها الشارع عن القواعد المتقدمة . هى خروج عن المبدأ الأول القاضى بأن قبول الالتزام لا يفترض ولكنها لا تعنى الاستخلاف على الالتزام (ص ٣١٩) .

خاتمة

٢٢٠ — تركيز القواعد (ص ٣٢١) ٢٢١ — تقريب الاستخلاف على الالتزام العقدى من الاستخلاف على الحق فى شىء . ادماج الوضع الأول فى الوضع الثانى بتدخل الشارع . تصوير ذلك . تمهيد العمل والقضاء لهذا الادماج (ص ٣٢٢) ٢٢١ مكرر — نفى نظرية الاستخلاف عموما من حظيرة الالتزام الارادى بالرجوع الى التفرقة بين الدين والمسؤولية (ص ٣٢٦) .

المبحث الثانى — فى نفاذ حكم العقد باعتباره واقعة قانونية

٢٢٢ — تحديد منطقة القاعدة باستبعاد حكم العقد بوصفه واقعة قانونية (ص ٣٢٧) ٢٢٣ — تقسيم الموضوع (ص ٣٢٧) .

المطلب الأول — فى أثر العقد فى الدائنين العاديين لأطرافه

٢٢٤ — الدائن العادى ليس خلفا عاما (ص ٣٢٨) ٢٢٥ — الدائن العادى ليس خلفا خاصا (ص ٣٢٩) ٢٢٦ — حماية الشارع للدائن العادى من بعض الآثار الضارة به (ص ٣٣٠) ٢٢٧ — حرمان الشارع الدائن العادى من بعض الآثار النافعة (ص ٣٣٠) .

المطلب الثانى — فى أثر العقد فى الخلف الخاص لأطرافه

٢٢٨ — الغير فى المادة ٢٠٣/١٤٢ يقصد به الخلف الخاص . المادة ٢٠٣/١٤٢ لا تتناول الأحكام الداخلية للعقد . المواد ٢٠٣/١٤٢ و٦٨/٤٦ والمادتين الأولى والثانية من قانون التسجيل تدور على معنى واحد . نظرية الغير لا تعرض فى صدد الالتزام العقدى بل فى صدد نظرية انتقال الحقوق (ص ٣٣١) .

المطلب الثالث — فى أثر العقد فى الغير

٢٢٩ — مجموع الناس قد يتأثر بالعقد فيلتزم باحترام المركز القانونى الناشىء عنه أو يستفيد من قيامه (ص ٣٣٣) .

الفرع الثانى — فى قصور حكم العقد على أطرافه — الاستثناء

٢٣٠ — استعراض النصوص (ص ٣٣٤) ٢٣١ — ملاحظات عامة على النصوص (ص ٣٣٥) ٢٣٢ — تقسيم الموضوع (ص ٣٣٨) .

المبحث الأول — فى الاشتراط لمصلحة الغير

٢٣٣ — تطبيق قواعد المعقول (ص ٣٣٩) ٢٣٤ — قواعد المنقول . القانون الرومانى وفكرة شخصية الروابط العقدية . تحرر الشارع الفرنسى من هذه الفكرة فى النيابة وخضوعه لها فى انتفاع غير المتعاقد بحكم العقد . نص القانون المصرى . تقسيم الموضوع (ص ٣٤٠) .

المطلب الأول — فى حصر الاشتراط لمصلحة الغير فى نطاقه الفنى

٢٣٥ — الصور التى نصت عليها المادة ١١٢١ فرنسى . بسط نطاق الاشتراط فى الفقه والقضاء بمسخ النص (ص ٣٤١) ٢٣٦ — ما زال النطاق ضيقا رغم ذلك فهو لا يضم صورة الاشتراط المجرد (ص ٣٤٣) ٢٣٧ — مناقشة مذاهب الفقه فى صورة الاشتراط المجرد . جواز الاشتراط المجرد فى القانون المصرى (ص ٣٤٣) ٢٣٨ — تعريف الاشتراط لمصلحة الغير . حصر نطاقه بتحليله الى عناصره لا بحصر صوره (ص ٣٤٥) ٢٣٩ — العنصر الموضوعى : يجب أن يكون المشترط لمصلحته (المنتفع) أجنبيا عن العقد . النيابة والفضالة والاستخلاف تنفى جميعها وضع الاشتراط (ص ٣٤٦) ٢٤٠ — العنصر النفسانى : يجب أن يقصد المشترط نشوء الحق مباشرة فى ذمة المنتفع . مسألة وقائع . جلاؤها بضرب الأمثلة (ص ٣٤٦) ٢٤١ — أمثلة عملية للاشتراط لمصلحة الغير (ص ٣٤٩) .

المطلب الثانى — فى حق المنتفع

٢٤٢ — تقسيم الموضوع (ص ٣٤٩) .

§ ١ — فى التكييف القانونى لحق المنتفع

٢٤٣ — نظرية الايجاب وعيوبها (ص ٣٥٠) ٢٤٤ — نظرية الفضالة والاعتراض عليهـا (ص ٣٥١) ٢٤٥ — التسليم بالاستثناء دون تفسيره . تفسيره بنظرية الارادة المنفردة . نقد هذا المذهب . التزام المتعهد التزام عقدى . تقرير الحق المباشر للمنتفع ليس الا تطبيقا لقواعد الارادة (ص ٣٥٢) .

§ ٢ — فى تعيين المنتفع

٢٤٦ — الاشتراط لشخص غير معين بذاته ولـكن قابل للتعيين . جوازه (ص ٣٥٥)
٢٤٧ — الاشتراط لشخص مستقبل . الاعتراضات التى جعلت القضاء لا يجيزه (ص ٣٥٦)
٢٤٨ — الرد على هذه الاعتراضات (ص ٣٥٧) .

§ ٣ — فى ميزات حق المنتفع

٢٤٩ — تعداد الميزات (ص ٣٥٩) ٢٥٠ — (١) حق المنتفع حق مباشر لا يتوقف على قبول المنتفع أو أقراره (ص ٣٥٩) ٢٥٠ مكرر — الاقرار لا ينشىء الحق ولـكن يثبته . الاقرار عمل ارادى . رفض الانتفاع بالحق (ص ٣٦٠) ٢٥١ — (٢) حق المنتفع قابل للنقض . أمثلة لحقوق أخرى تنشأ قابلة للنقض . حق النقض يكون للمشترط . النقض عمل ارادى . هل يسقط حق النقض بوفاة المشترط ؟ (ص ٣٦٢) ٢٥٢ — (٣) حق المنتفع مستمد من العقد الذى اشترط فيه لمصلحته (ص ٣٦٤) ٢٥٣ — (٤) حق المنتفع لا يجعل منه طرفا فى العقد (ص ٣٦٥) ٢٥٤ — ملاحظة عامة (ص ٣٦٦) .

المطلب الثالث — فى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٢٥٥ — الاشتراط لمصلحة الغير عملية ثلاثية (ص ٣٦٦) .

§ ١ — فى العلاقة بين المشترط والمتعهد

٢٥٦ — حق الفسخ وحق التنفيذ (ص ٣٦٧) .

§ ٢ — فى العلاقة بين المنتفع والمتعهد

٢٥٧ — للمنتفع حق المطالبة بالتنفيذ وليس له دعوى الفسخ . للمتعهد أن يتمسك بالدفوع المستمدة من العقد (ص ٣٦٨) .

§ ٣ — فى العلاقة بين المنتفع والمشترط

٢٥٨ — التفرقة بين الهبة والخدمة والمعاوضة (ص ٣٦٩) .

المبحث الثانى — فى الدعوى المباشرة

٢٥٩ — أمثلة للدعوى المباشرة (ص ٣٧١) ٢٦٠ — حصر صور الدعوى المباشرة (ص ٣٧٣) ٢٦١ — حصر الدعوى فى منطقتها الفنية . استبعاد الصور التى تقضى فيها قواعد الاستخلاف وقواعد النيابة (ص ٣٧٤) ٢٦٢ — الصور الباقية يجمعها جامع واحد هو فكرة الاثراء على حساب الغير دون سبب مفرغة فى قالب الامتياز . ضرورة النص الصريح (ص ٣٧٥) .

المبحث الثالث — فى التوثيق عن الغير

٢٦٣ — قاعدة قصور حكم العقد على أطرافه مطلقة فى جانبها السلبى . التوثيق عن الغير ليس خروجا عن القاعدة (ص ٣٧٨) ٢٦٤ — أمثلة عملية للتوثيق عن الغير (ص ٣٧٨) ٢٦٥ — عناصر التوثيق عن الغير التى تعزله عن الأوضاع الأخرى (ص ٣٧٩) ٢٦٦ — تطبيق أحكام القواعد العامة على التوثيق عن الغير (ص ٣٨١) ٢٦٧ — صور التوثيق عن الغير (ص ٣٨١) ٢٦٨ — أحكام التوثيق عن الغير . الأحكام العامة للتوثيق فى صورته البسيطة (ص ٣٨٢) ٢٦٩ — أحكام الصور المركبة . أحكام الاقرار . الأثر الرجعى (ص ٣٨٣) ٢٧٠ — أحكام التوثيق عن الغير المركب على عقد آخر (ص ٣٨٤) .

الباب الثالث — فى تنفيذ الالتزام العقدى

٢٧١ — موضوع الباب (ص ٣٨٦) .

تمهيد لتنفيذ الالتزام العقدى

§ ١ — فى المبدأ الذى يحكم تنفيذ الالتزام العقدى § ٢ — فى تقسيم الموضوع .

§ ١ — فى وجوب تنفيذ العقود بحسن نية

٢٧٢ — تاريخ المبدأ . ازدياد أهميته باتساع تطبيقه فى أحكام المحاكم (ص ٣٨٦) .

١ — دور القاضى فى تطبيق المبدأ

٢٧٣ — المسألة الأولى : ما طبيعة دور القاضى فى تطبيق هذا المبدأ ؟ دوره يصطف الى جانب دوره فى تطبيق فكرة النظام العام (ص ٣٨٨) ٢٧٤ — المسألة الثانية : ما أخذنا بمقياس مجرد فى التزام نسميه ارادیا ؟ الخروج عن قواعد الذمة والأمانة وحسن النية دون تعديل ميزان العقد يخالف النظام العام (ص ٣٩٠) .

٢ — تطبيقات المحاكم

٢٧٥ — فكرة التعاون بين الدائن والمدين وفكرة الملحقات (ص ٣٩١) .

فكرة التعاون collaboration

٢٧٦ — وجوب الاخطار عما يجد من حوادث وظروف أثناء تنفيذ العقد (ص ٣٩١) ٢٧٧ — وجوب الامتناع عن التعسف فى استعمال الحق (ص ٣٩٣) ٢٧٨ — وجوب

الامتناع عن افشاء سر المتعاقد الآخر (ص ٣٩٤) ٢٧٩ — تطبيقات أخرى ظاهرة فى أحكام المحاكم (ص ٣٩٥) ٢٨٠ — على الدائن أن يهون على المدين تنفيذ التزامه (ص ٣٩٥) ٢٨١ — وأن يعمل على تخفيف الأضرار التى تصيبه وعلى ألا يزيد كلفة المدين (ص ٣٩٦) ٢٨٢ — على المدين أن يخضع لرقابة الدائن (ص ٣٩٧) ٢٨٣ — واجبات المتعاقد المحترف (ص ٣٩٨) .

فكرة الملحقات accessoires

٢٨٤ — الملحقات القانونية والملحقات الضرورية . توسع المحاكم فى فكرة الملحقات الضرورية (ص ٣٩٩) .

§ ٢ — فى تقسيم الموضوع

٢٨٥ — المسؤولية العقدية وانقضاء الالتزام العقدى بانقضاء سببه (ص ٤٠٠) .

الفصل الأول : فى المسؤولية العقدية

٢٨٦ — توزيع الموضوع وتقسيمه (ص ٤٠١) .

الفرع الأول — فى أركان المسؤولية العقدية

٢٨٧ — تعداد الأركان . هى نفس أركان المسؤولية اللاعقدية (التقصيرية) (ص ٤٠٣) .

المبحث الأول — فى ركن الضرر

٢٨٨ — الضرر جوهر المسؤولية المدنية . شروطه (احالة) . أنواعه (ص ٤٠٣) .

المطلب الأول — فى أنواع الضرر أو فى الضرر المعنوى

٢٨٩ — تعريف الضرر المعنوى . تأكيد الحق فى التعويض عنه . تطبيقات المحاكم (ص ٤٠٥) .

المطلب الثانى — فى اثبات الضرر

٢٩٠ — عبء الاثبات على الدائن . خروج القانون عن القاعدة فى حالة الفوائد . خروج المتعاقدين عنها بالاتفاق على الشرط الجزائى . أحكام المحاكم (ص ٤٠٨) .

المبحث الثانى — فى ركن التقصير

٢٩١ — دقة الموضوع وأسبابها . تقسيم الموضوع (ص ٤١٠) .

المطلب الأول — فى حصر المسؤولية العقدية فى نطاقها الفنى

١ — متى تعرض مسألة المسؤولية العقدية

٢٩٢ — المسؤولية العقدية لا تعرض الا عند استحالة التنفيذ العينى للالتزام (ص ٤١٢) .

٢٩٣ — التمييز بين أحوال التنفيذ العينى وأحوال التنفيذ بمقابل . التنفيذ على حساب المدين تنفيذ عينى . التأخير قد يجعل التنفيذ مستحيلا . مسألة التعويض لا تعرض الا بصورة احتياطية

(ص ٤١٣) ٢٩٤ — متى يعتبر التنفيذ العينى مستحيلا ؟ توقف ذلك على تحديد مضمون الالتزام بدقة (ص ٤١٥) ٢٩٥ — يجب أن تكون الاستحالة مطلقة (ص ٤١٦) .

٢ — الى أى حد تتوقف المسؤولية على تحديد مضمون الالتزام ؟

٢٩٦ — تقسيم الالتزامات الى التزامات بتحصيل نتيجة والتزامات بالعمل على تحصيلها (ص ٤١٧) ٢٩٧ — النتائج التى تترتب على هذا التقسيم (ص ٤١٩) ٢٩٨ — مناقشة النتائج (ص ٤٢٠) .

٣ — فى ضرورة التقصير

٢٩٩ — نصوص القانون المصرى والقانون الفرنسى . التعارض بين المادتين ١١٤٧ و١١٣٧ فرنسى . المادة ١١٤٧ هى التى تضع القاعدة العامة (ص ٤٢٢) ٣٠٠ — نظرية تحمل التبعة ونظرية التقصير . هل مجرد عدم التنفيذ عبارة عن تقصير ؟ عدم أخذ المحاكم بهذا المذهب (ص ٤٢٣) ٣٠١ — تفنيد المذهب . صور الاخلال غير التقصيرى . تعارض المذهب مع نص المادة ١٧٧/١١٩ من القانون المصرى (ص ٤٢٥) .

٤ — فى ضرورة التفرقة بين المسؤولية والضمان — خاتمة

٣٠٢ — المسؤولية مسألة والضمان مسألة أخرى (ص ٤٢٨) ٣٠٣ — خاتمة . صياغة القواعد التى تحكم ركن التقصير (ص ٤٢٩) .

المطلب الثانى — فى تعريف التقصير ومقياسه

٣٠٤ — تعريف التقصير . مقياسه مجرد موضوعى (ص ٤٣١) ٣٠٥ — نفى نظرية درجات التقصير (ص ٤٣٢) .

المبحث الثالث — فى علاقة السببية

٣٠٦ — ضرورة التفرقة بين ركن التقصير وركن السببية (ص ٤٣٣) ٣٠٧ — أمثلة لثبوت التقصير وثبوت السبب الأجنبى . أمثلة لانتفاء التقصير وانتفاء السبب الأجنبى (ص ٤٣٥) .

المطلب الأول — فى السبب الأجنبى

٣٠٨ — النصوص القانونية . السبب الأجنبى هو الجنس والقوة القاهرة نوع منه . تعريف السبب الأجنبى (ص ٤٣٦) ٣٠٩ — عناصر السبب الأجنبى (ص ٤٣٨) ٣١٠ — يجب أن يكون الحادث مما يجعل التنفيذ مستحيلا (ص ٤٣٩) ٣١١ — يجب أن يكون الحادث مما لا يمكن توقعه ولا دفعه (ص ٤٤١) ٣١٢ — أنواع السبب الأجنبى . القوة القاهرة والحادث الجبرى وعدم التفرقة بينهما . فعل الدائن وتقصيره وتأخيره (ص ٤٤٣) ٣١٣ — أثر السبب الأجنبى (ص ٤٤٦) .

المطلب الثانى — فى السبب البعيد

٣١٤ — انتفاء علاقة السببية بين التقصير والسبب غير المباشر (ص ٤٤٧) .

الفرع الثانى — فى اثبات المسؤولية

٣١٥ — المبادىء التى تحكم مسألتى عبء الاثبات ومداه (ص ٤٤٨) ٣١٦ — تطبيق هذه المبادىء على اثبات المسؤولية العقدية (ص ٤٤٩) ٣١٧ — الصعوبة مكانها فى مسألة مدى الاثبات . مسألة وقائع (ص ٤٥٠) ٣١٨ — عرض المسألة من الناحية العملية : (١) المدين يقر بالاخلال وينفى عن نفسه التقصير (ص ٤٥١) ٣١٩ — (٢) المدين لا يقر بالاخلال ويدعى أنه قام بالتنفيذ . أهمية التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بعناية بالنسبة للاثبات . أمثلة (ص ٤٥١) ٣٢٠ — (٣) المدين يقر بالاخلال وينفى علاقة السببية . أهمية التفرقة بين الحادث الخارجى والحادث الداخلى بالنسبة للاثبات . تحديد منشأ الحادث يفك عقدة الموضوع . لا تقوم الصعوبة الا اذا كان الحادث مجهول المنشأ (ص ٤٥٢) ٣٢١ — كل دقة فى اثبات المسؤولية تدور حول مسألة مدى ما على المثبت اثباته (ص ٤٥٥) .

الفرع الثالث — فى المسؤولية عن فعل الغير

٣٢٢ — الغير الذى يسأل عنه المدين : من يستعين به ومن يحل محله فى التنفيذ . النصوص القانونية (ص ٤٥٥) ٣٢٣ — أساس المسؤولية : الضمان . الضمان القانونى لا الارادى (ص ٤٥٧) ٣٢٤ — تعديل أحكام المسؤولية بتعرض العقد لاشتراك الغير فى تنفيذ الالتزام (ص ٤٥٨) .

الفرع الرابع — فى نظرية تغير الظروف

٣٢٥ — وضع النظرية (ص ٤٥٨) .

المبحث الأول — فى حصر النظرية فى نطاقها الفنى

٣٢٦ — النظرية تتعلق بتنفيذ العقود المستطيلة التنفيذ وتفترض قيام ظرف يؤثر فى ميزان العقد تأثيرا غير مألوف (ص ٤٥٩) .

المبحث الثانى — فى الصياغة الفنية للنظرية

٣٢٧ — داعى العدالة . النظرية فى القضاء الادارى . اصطدام داعى العدالة بداعى الاستقرار وبنصوص القانون المدنى ومبادئه (ص ٤٦١) ٣٢٨ — الصياغة الفنية للنظرية : مذهب الشرط الضمنى . مذهب حسن النية . مذهب التعسف . مذاهب الاثراء غير المشروع . تفنيد هذه المذاهب . القضاء لم يأخذ بالنظرية (ص ٤٦٢) ٣٢٩ — العلاج المناسب هو التشريع لكل حالة (ص ٤٦٤) .

الفصل الثانى : فى انقضاء الالتزام العقدى

٣٣٠ — تحديد موضوع الفصل بانقضاء الالتزام العقدى بانقضاء سببه (ص ٤٦٦) ٣٣١ — تنفيذ الالتزام العقدى عمل ارادى مستقل عن انعقاد العقد لا يقع صحيحا الا اذا استوفى شروط الارادة ومن بينها المحل والسبب (ص ٤٦٦) ٣٣٢ — تخلف المحل أو

السبب قد يقع قبل وقوع التنفيذ فيحول دون حصوله وبهذا ينقضى الالتزام العقدى . أثر نظرية السبب فى تنفيذ الالتزام العقدى فى صور ثلاث (ص ٤٦٧) ٣٣٣ — أثر استقلال التنفيذ عن نفس التعهد : سبب التنفيذ غير سبب التعهد (ص ٤٦٨) .

المبحث الأول — فى فسخ العقد التبادلى بسبب استحالة تنفيذ الالتزام أو فى تحمل التبعة risque

٣٣٤ — سقوط التزام المدين باستحالة تنفيذه . أثر ذلك فى الالتزام المقابل . عرض مسألة تبعة العقد (ص ٤٦٩) .

المطلب الأول — فى أساس الفسخ

٣٣٥ — نظرية السبب تؤدى الى سقوط الالتزام المقابل عند استحالة تنفيذ الالتزام (ص ٤٧٠) ٣٣٦ — لا محل للتفرقة فى هذا بين العقود الناقلة لحق عينى وغيرها . المادة ١١٣٨ فرنسى . اتفاق حكمها مع حكم القانون الرومانى . اختلاف العلة . العلة هى مبدأ ان الهلاك على المالك (ص ٤٧٠) ٣٣٧ — تطبيق فكرة السبب فى غير حالة المادة ١١٣٨ (ص ٤٧٢) ٣٣٨ — القانون المصرى يطبق القواعد السليمة (ص ٤٧٣) ٣٣٩ — تطبيق فكرة السبب فى حالة الاستحالة الكلية والجزئية والمؤقتة (ص ٤٧٣) .

المطلب الثانى — فى آثار الفسخ

٣٤٠ — أثر الفسخ (ص ٤٧٥) ٣٤١ — الالغاء وأثره فى العقود الممتدة (ص ٤٧٦) ٣٤٢ — هل يترتب على استحالة التنفيذ انفساخ العقد من تلقاء نفسه ؟ مذهب الفقه والقضاء فى فرنسا . النص المصرى (ص ٤٧٦) .

المبحث الثانى — فى فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزام

٣٤٣ — النصوص . المادة ١١٨٤ فرنسى تقيم الفسخ على أساس الشرط الضمنى (ص ٤٧٨) .

المطلب الأول — فى أساس حق الفسخ

٣٤٤ — اعتراض فريق من الفقه على جعل السبب أساسا لحق الفسخ (ص ٤٧٩) ٣٤٥ — حجتهم النقلية والرد عليها . مصدر الفسخ ليس القانون الرومانى بل القانون الكنسى (ص ٤٨٠) ٣٤٦ — حجتهم العقلية ، تفرقتهم بين الفسخ لاستحالة التنفيذ والفسخ لعدم التنفيذ . الرد عليها . الفسخ لعدم التنفيذ ليس الا فسخا لاستحالة التنفيذ . بيان ذلك (ص ٤٨١) ٣٤٧ — ليس هناك فرق فى الطبيعة بين الصورتين . الفرق بينهما فى التعويض (ص ٤٨٣) ٣٤٨ — ما دام أساس الفسخ هو السبب فالفسخ ممكن فى جميع العقود التبادلية . حكم العقود العينية . العقود الممتدة . العقود الاحتمالية (ص ٤٨٤) .

المطلب الثانى — فى دعوى الفسخ

٣٤٩ — الفسخ أصلا متروك لتقدير القاضى . وهو لا يحكم به ما دام التنفيذ العينى ممكنا

(ص ٤٨٦) ٣٥٠ — التفرقة بين الفسخ وأساسه السبب والتعويض ومرجعه التقصير والمسؤولية العقدية (ص ٤٨٧) ٣٥١ — جواز التراضى على أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه . دون دعوى أو انذار . حتى هذا النص لا يغنى عن الرجوع الى المحكمة . المدين قد يدعى حصول التنفيذ . الدائن قد يصر على التنفيذ العينى (ص ٤٨٨) .

المطلب الثالث — فى أثر الفسخ

٣٥٢ — أثره بين المتعاقدين . أثره بالنسبة للغير (ص ٤٨٩) .

المبحث الثالث — فى وجوب تنفيذ الالتزامات على وجه التقابل الزمنى أو فى الدفع بعدم التنفيذ

٣٥٣ — مبدأ الدفع بعدم التنفيذ . لم يعرفه القانون الرومانى رغم اسمه اللاتينى . مصدره القانون الكنسى . القانون الفرنسى والمصرى لم ينصا عليه ولكن طبقا أحكامه (ص ٤٩٠) .

المطلب الأول — فى أساس الدفع بعدم التنفيذ

٣٥٤ — أساس الدفع هو فكرة السبب وقواعد الارادة . الارادة أو طبيعة العقد قد تستبعد أحكام الدفع (ص ٤٩٢) ٣٥٥ — التفرقة بين الالتزامات الأساسية والالتزامات التبعية وبين عدم التنفيذ اطلاقا والتنفيذ الجزئى ، على نور فكرة السبب (ص ٤٩٤) .

المطلب الثانى — فى حصر المبدأ فى نطاقه الفنى

٣٥٦ — التباس المبدأ بحق الحبس (ص ٤٩٥) .

١ — تمييز المبدأ عن حق الحبس

٣٥٧ — اجتماع عناصر الدفع وعناصر الحبس فى صورة عقد البيع . الوضعان مختلفان مع ذلك (ص ٤٩٦) ٣٥٨ — يفرق بين الوضعين أساس كل منهما . الدفع بعدم التنفيذ له أساس ثابت على عكس حق الحبس (ص ٤٩٦) .

٢ — فى دائرة تطبيق الدفع

٣٥٩ — الدفع يلازم العقد التبادلى . مذهب بعض الكتاب فى التوسع . تطبيقه فى عقود التبادل الناقصة . فى فسخ العقد وابطاله . فى الفضالة والوصاية . فى نزع الملكية للمنفعة العامة (ص ٤٩٨) ٣٦٠ — وجوب حصر الدفع فى دائرته الضيقة (ص ٤٩٩) .

استدراك (ص ٥٠٠) .

S 241

DATE DUE

DEMCO 38-297